



ANALELE ȘTIINȚIFICE
ALE
UNIVERSITĂȚII „ALEXANDRU IOAN CUZA” DIN IAȘI
(SERIE NOUĂ)

ȘTIINȚE JURIDICE
TOM LXVIII/II, 2022



Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

Colegiul redacțional:

Prof. dr. Tudorel TOADER (redactor-șef)
Prof. dr. Carmen Tamara UNGUREANU (director științific)

Consiliul editorial:

Conf. dr. Marius Nicolae BALAN
Conf. dr. Ioana Maria COSTEA
Lect. dr. Mihai DUNEA
Asist. dr. Despina Martha ILUCĂ
Lect. dr. Carmen MOLDOVAN
Conf. dr. Septimiu Vasile PANAINTE
Lect. dr. Nicolae-Horia ȚIȚ

Dezvoltare pagină WEB: Ciprian ICHIM

Volumul are la bază lucrările conferinței naționale

Avatarurile persoanei juridic, care s-a desfășurat la data de 7 mai 2022, online, la Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

Organizarea conferinței a fost coordonată de Ioana Maria Costea, Mihai Dunea, Nicolae-Horia Țiț

This volume reunites the proceedings of the national conference

Avatars of Legal Person, which took place on the 7th of May 2022 at the „Alexandru Ioan Cuza” University of Iași, coordinated by Ioana Maria Costea, Mihai Dunea, Nicolae-Horia Țiț

Comitet științific: prof. dr. Tudorel Toader, prof. dr. Carmen Tamara Ungureanu, conf. dr. Lucia Irinescu, conf. dr. Carmen Moldovan, conf. dr. Cosmin Dariescu, conf. dr. Marius Balan, conf. dr. Nicoleta Dominte, conf. dr. Septimiu Panainte, conf. dr. Alina Gentimir, conf. dr. Andra Trandafir, conf. dr. Cornelia Muntean, conf. univ. dr. Radu Rizoiu, asist. dr. Raluca Lazăr, conf. dr. Ioana Maria Costea, lect. dr. Mihai Dunea, lect. dr. Nicolae-Horia Țiț

Tehnoredactare: Florentina CRUCERESCU

ISSN: 1221-8464

ISSN-L: 1221-8464

Adresa redacției:

Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași
Facultatea de Drept
Bd. Carol I, nr. 11
Iași, România, 700506

Cuprins

De la infama cooperativă comunistă la cooperativa de date Carmen Tamara Ungureanu	7
Calitatea procesuală a persoanei juridice în procesul civil Alin Speriusi-Vlad, Claudia Roșu.....	25
Despre angajamentele cetățenești ale persoanei juridice și puterea disciplinatorie a dreptului „privat” Flaminia Stârc-Meclejan.....	43
Radiografia asocierilor fără personalitate juridică din perspectiva comparativă a codificărilor civile Cornelia Munteanu, Raluca Ștefania Lazăr.....	53
Dreptul la repaus săptămânal în cadrul drepturilor fundamentale ale salariaților consacrate la nivel internațional Crizantema Panainte.....	75
Evaluarea executorialității scrisorii de garanție bancară Luiza Cristina Gavrilescu.....	111
Protecția acționarilor minoritari în ipoteza dizolvării prin desprindere de active (art. 250 ¹ din Legea nr. 31/1990) Mihaela-Naziana Bucă (Gîdei).....	121
Siluețele juridice din <i>influencer marketing</i> Aura-Elena Amironesei.....	137
Viitoarea arhitectură a TPLF în cadrul Uniunii Europene Ion Arhiliuc.....	157
Internet of Things – Perspective europene asupra dreptului de acces la date Alexandru Chistruga	171
Necesitatea unei reglementări legislative a instituției străpungerii vălului corporative Roxana-Alexandra Istudor.....	183
Contestația în cazul măsurilor preventive aplicabile persoanei juridice Andra-Roxana Trandafir, George-Alexandru Lazăr	195
Articolul 151 Cod Penal – O încălcare a principiului personalității răspunderii penale? Laura Stănilă.....	211
Unele particularități specifice prevenirii, investigării și combaterii infracțiunilor comise de persoanele juridice Andrei Nastas, Lucia Rusu.....	239
Crimele internaționale. Subsidiaritatea răspunderii persoanei juridice Ioana C. Pașca.....	253

Abordări conceptuale privind latura obiectivă a infracțiunii de insolabilitate intenționată Natalia Janu	263
Persoana juridică și locul săvârșirii infracțiunii Dorel Herinean	277
Asociatul unic între optimizare fiscală și abuzul de drept Ioana Maria Costea	299
Repere istorice în evoluția personalității juridice a instituțiilor medicale Marius-Ioan Floare	315
Despre vitalitatea persoanelor juridice în fața Curții Europene a Drepturilor Omului Violeta Stratan.....	331
Prejudiciul moral al persoanei juridice, cauzat prin încălcarea libertății de exprimare, analizat prin prisma jurisprudenței instanțelor naționale, cât și a Curții Europene a Drepturilor Omului Cristina-Valentina Ploscaru	343
Persoana juridică afiliată: aspecte legale și jurisprudențiale în dreptul european și dreptul național Marius Cosmin Macovei	353
Sunt valabile clauzele de arbitraj ICSID în contractele de investiții încheiate prin contracte inteligente? Elnur Karimov	363
Un exercițiu de drept transnațional (privat) Radu Bogdan Bobei	383
Principiul validității hotărârilor judecătorești Laura Bzova	417
Dinamica obligațiilor în comparație Elena Sârghi.....	429

Table of contents

From the Infamous Communist Cooperative to the Data Cooperative Carmen Tamara Ungureanu	7
The locus standi of the legal person in the civil process Alin Speriusi-Vlad, Claudia Roșu.....	25
On the civic commitments of legal persons and the disciplinary power of „private” law Flaminia Stârc-Meclejan.....	43
Radiography of associations without legal personality from the comparative perspective of civil codifications Cornelia Munteanu, Raluca Ștefania Lazăr.....	53
The right to weekly rest within the internationally established fundamental rights of employees Crizantema Panainte.....	75
Assessment of the enforceability of the bank guarantee letter Luiza Cristina Gavrilesu.....	111
Protection of minority shareholders in the event of dissolution by detachment of assets (art. 250 ¹ of Law no. 31/1990) Mihaela-Naziana Bucă (Gîdei)	121
Legal Silhouettes in Influencer Marketing Aura-Elena Amironesei.....	137
The future architecture of the TPLF within the European Union Ion Arhiliuc.....	157
Internet of Things – European perspectives on data access rights Alexandru Chistruga	171
The regulatory role in regard to the subject of piercing of the corporate veil Roxana-Alexandra Istudor.....	183
Challenging the preventive measures applicable to legal persons Andra-Roxana Trandafir, George-Alexandru Lazăr	195
Article 151 Romanian Criminal Code – A Breach of the Principle of the Personal Criminal Liability? Laura Stănilă.....	211
Some particularities specific to preventing, investigating and combating crimes committed by legal persons Andrei Nastas, Lucia Rusu.....	239
International crimes. Subsidiarity of the liability of the legal person Ioana C. Pașca.....	253

Conceptual approaches regarding the objective side of the intentional insolvency offence Natalia Janu	263
The legal entities and the place of the crime Dorel Herinean	277
The sole associate between tax optimization and abusive practice Ioana Maria Costea	299
Historical landmarks in the evolution of legal personality of medical institutions Marius-Ioan Floare	315
About the vitality of legal entities before the European Court of Human Rights Violeta Stratan.....	331
The moral damage of legal entities, caused by the violation of freedom of expression, analyzed through the lens of the jurisprudence of the national courts, as well as of the European Court of Human Rights. Cristina-Valentina Ploscaru	343
Affiliated legal entity: legal and jurisprudential issues in European law and national law Marius Cosmin Macovei	353
Are the ICSID Arbitration Clauses in Investment Contracts Concluded via Smart Contracts Valid? Elnur Karimov	363
An exercise of transnational (private) law Radu Bogdan Bobei	383
The principle of the validity of judgment Laura Bzova	417
Dynamics of obligations in comparison Elena Sârghi.....	429

De la infama cooperativă comunistă la cooperativa de date

From the Infamous Communist Cooperative to the Data Cooperative

Carmen Tamara Ungureanu¹

Rezumat: După un scurt istoric, cooperativa este plasată în cadrul mai larg al economiei sociale, sub umbrela căreia prinde viață și cooperativa de platformă. Dintre sectoarele economiei digitale în care este utilizată, ne îndreptăm atenția spre acela al datelor. Cooperativa de date este definită, plecând de la semnificația cooperativei tradiționale, așa cum se reflectă în legislație. Sunt discutate, apoi, dezvoltarea acesteia în contextul exploziei de date digitale și utilizarea acestui avatar al cooperativei în profitul „producătorilor” de date. Sunt semnalate, succint, posibilele piedici în calea succesului cooperativei de date, iar, la final, este prezentată viziunea legiuitorului european cu privire la cooperativa de date, așa cum rezultă din noul Regulament (UE) 2022/868, supranumit *Data Governance Act*.

Cuvinte-cheie: cooperativă, cooperativa de date, întreprinderea socială, *Data Governance Act*

Abstract: After a short history, the cooperative is placed in the broader framework of the social economy, under the umbrella of which the platform cooperative comes to life. From the sectors of the digital economy within the platform cooperative is used, we turn our attention to that of data. The data cooperative is defined, starting from the significance of the traditional cooperative, as reflected in the legislation. Then, its development in the context of the digital data explosion and the use of this avatar of the cooperative for the benefit of the „producers” of data are discussed. Possible obstacles to the success of the data cooperative are briefly pointed out, and at the end, the European legislator’s vision for the data cooperative is presented, as set out in the new Regulation (EU) 2022/868, known as the *Data Governance Act*.

Keywords: cooperative, data cooperative, social enterprise, *Data Governance Act*

Introducere. Scurt istoric

Cooperativa, blamată la finalul epocii comuniste, a avut și are la bază principii corelate cu nevoile economice, sociale și culturale ale membrilor cooperatori și cu scopuri sociale privind comunitatea.

¹ Profesor univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: carmen.ungureanu@uaic.ro

În România, deși, poate, Generația *Baby Boomer* (1946-1964) sau/și Generația X (1965-1980)² încă privesc ideea de cooperativă ca pe una comunistă, care a provocat suferință și revoltă în rândul acelor care au trăit-o, ideea de cooperare și cooperativă este mult mai veche. Prima cooperativă³ este considerată a fi *Societatea agronomică și manufacturieră* (Falansterul de la Scăieni) din 1835⁴. Prima lege, însă, care reglementează cooperația, datează din 1929 (Legea nr. 35/1929 privind organizarea cooperației)⁵. Potrivit acesteia, societățile cooperative puteau avea ca obiect „*orice activitate în legătură cu nevoile economice și culturale comune ale asociațiilor lor.*” (art. 4). Deși reglementarea avea la bază ideea de cooperare în interesul membrilor cooperatori, societatea cooperativă întrunea toate trăsăturile unei societăți comerciale⁶. I.L. Georgescu spunea în 1931⁷ că societatea cooperativă, cooperația „(...) este ceva mai mult decât oricare din celelalte asociațiuni de drept privat. Ea nu este nici asociațiune fără scop lucrativ, fiindcă deși are la bază și un element de ordin sentimental, dezinteresat, urmărește totuși, în cea mai mare parte a cazurilor scopuri materiale, dobândirea de câștiguri; se deosebește și de celelalte societăți de drept privat, de societățile comerciale, caracterizate prin faptul că acestea întotdeauna urmăresc scopuri de câștig, prin aceea că acest element se împletește la cooperație cu un altul dezinteresat, cu o preocupare de ordin social general, cu toate că legiuitorul din 1929, socotește societățile cooperative societăți comerciale și le supune ca atare în mod subsidiar codului de comerț (...)”.

Această lege a suferit modificări succesive⁸, pentru ca în 1949 să fie adoptat de către Marea Adunare Generală a Republicii Populare Române, Decretul nr.

² Pentru ideea împărțirii generațiilor, a se vedea, W. Strauss, N. Howe, *Generations. The history of America's Future, 1584 to 2069*, Quill William Morrow, New York, 1991.

³ În Europa, prima cooperativă, care a fost înființată în 1844 (deși și alte forme existau deja) este Rochdale Society (în acest sens, A. Fici, *An Introduction to Cooperative Law*, pp. 22-23, în D. Cracogna, A. Fici, H. Henry (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Editura Springer, 2013). Această cooperativă, ce a luat ființă la Manchester ([Online] la <https://www.ica.coop/en/rochdale-pioneers>, accesat 11.02.2022), în nordul Angliei, a avut la bază ideea de întreprindere constituită în interesul membrilor ei, fie aceștia consumatori, furnizori sau lucrători, pe scurt într-un scop mutual (*mutual purpose*).

⁴ *Raport de cercetare privind economia socială în România din perspectivă europeană comparată* București, 2010, p. 33, [Online] la <http://www.economiesociala.net/m4-2-10-ro-Raport-de-cercetare-privind-economia-sociala-in-Romania-din-perspectiva-europeana-comparata->, accesat 11.06.2022.

⁵ Anexa 8 la *Raportul de cercetare privind economia socială în România din perspectivă europeană comparată* pp. 72-73, [Online] la https://www.researchgate.net/publication/296735081_Anexe_Raport_de_cercetare_privind_economia_sociala_in_Romania_din_perspectiva_europeana_comparata, accesat 11.06.2022.

⁶ Legea este disponibilă [Online] la: https://dspace.bcuculuj.ro/bitstream/123456789/82507/1/BCUCLUJ_FP_205267_1929_019.pdf, accesat 11.06.2022.

⁷ I.L. Georgescu, *Natura juridică a Societății Cooperative după Legea din 27 martie 1929*, în *Pandectele Române* nr. 6 /2016, (Din arhiva Pandectelor Române), p. 105.

⁸ Anexa 8 la *Raportul de cercetare... op. cit.*, pp. 73-74.

133/1949 privind organizarea cooperăției⁹, care a abrogat toate normele anterioare. În art. 1 al Decretului nr. 133/1949 sunt proclamate principiile specifice *economiei sociale*, care, deloc surprinzător pentru vremea respectivă, au rămas doar la stadiul de proclamații¹⁰.

În prezent, Legea nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea coope- rației¹¹, cu modificările și completările ulterioare, asigură cadrul legal pentru societățile cooperative. *Societățile cooperative*¹² fac parte integrantă din așa numita *economie socială*, fiind considerate *întreprinderi sociale*.

1. Societățile cooperative sub umbrela economiei sociale

Economia socială presupune desfășurarea de activități economice de către întreprinderile sociale cu dublul scop, acela de a servi interesele generale și de a obține profit. Potrivit art. 2 din Legea nr. 219/2015 privind economia socială „(1) *Economia socială reprezintă ansamblul activităților organizate independent de sectorul public, al căror scop este să servească interesul general, interesele unei colectivități și/sau interesele personale nepatrimoniale, prin creșterea gradului de ocupare a persoanelor aparținând grupului vulnerabil și/sau producerea și furnizarea de bunuri, prestarea de servicii și/sau execuția de lucrări. (2) Economia socială are la bază inițiativa privată, voluntară și solidară, cu un grad ridicat de autonomie și responsabilitate, precum și distribuirea limitată a profitului către asociați.*”

Într-un mod mai simplu spus, «*A social enterprise is a company that seeks to do „well” (financially) while doing „good” (socially)*»¹³.

În reglementarea românească, în categoria întreprinderilor sociale intră¹⁴, în principal, cooperativele (de gradul I, adică acelea constituite din persoane

⁹ Publicat în Buletinul Oficial nr. 15 bis, 2.04.1949.

¹⁰ Art. 1 din Decretul nr. 133/1949: „*Cooperativele sunt organizații de mase ale celor ce muncesc de la orașe și sate, create din inițiativa proprie a acestora, și care, prin activitate și mijloace comune, își satisfac trebuințele de ordin economic și cultural. Prin activitatea lor, cooperativele: Înlesnesc schimbul de produse între sat și oraș, înlăturând pe speculanți. Contribuie la mărirea producției mărfurilor de larg consum. Folosesc, în largă măsură, materiile prime locale. Creează posibilitatea de a folosi în agricultură cele mai avansate cuceriri ale științei agrotehnice și zootehnice, precum și mașinile agricole. Organizează puncte de închiriere de unelte agricole pentru cooperatori. Contribuie la mărirea producției agricole. Organizează reîncadrarea invalizilor în procesul de producție. Cooperativele contribuie la dezvoltarea vieții economice în folosul poporului și la mărirea veniturii naționale. (...). Statul acordă întregul său sprijin pentru dezvoltarea cooperăției.*”

¹¹ Republicată în M. Of. al României nr. 368, 20.05.2014.

¹² Art. 3(1) a) din Legea nr. 219/2015 privind economia socială, publicată în M. Of. al României, nr. 561, 28.07.2015.

¹³ J.W. Yockey, *Does Social Enterprise Law matter?*, în *Alabama Law Review*, vol. 66, nr.4/2015, pp. 767- 769, DOI:10.2139/SSRN.2389024, [Online] la <https://www.law.ua.edu/pubs/lrarticles/Volume%2066/Issue%204/Yockey%20Online.pdf>, accesat 2.06.2022.

¹⁴ Conform art. 3(1) din Legea nr. 219/2015, întreprinderi sociale pot fi: „*a) societățile cooperative de gradul I, care funcționează în baza Legii nr. 1/2005 privind organizarea și*

fizice¹⁵) și cooperativele de credit, societățile agricole, asociațiile și fundațiile și casele de ajutor reciproc, legiuitorul român făcând un melanj între persoanele juridice care au ca scop și *obținerea de profit* și persoanele juridice fără scop lucrativ.

Economia socială, în general, și întreprinderile sociale, în special, au susținători, dar și oponenți, atât la nivelul Uniunii Europene, cât și pe continentul nord american. În spațiul european, unele voci¹⁶ invocă lipsa recunoașterii juridice a întreprinderilor sociale, criticând concepția „*dihotomică și simplistă a formelor de întreprinderi*” europene, întreprinderile economiei sociale neregăsindu-se „*nici între întreprinderile de capital cu scop lucrativ, nici în rândul organizațiilor fără scop lucrativ (care nu urmăresc interese economice)*”. Indiferent de forma de organizare, toate întreprinderile care desfășoară o activitate economică, ce conduce și la profit sunt asimilate întreprinderilor de tip capitalist cu scop lucrativ. Astfel, în legislația europeană, ca și în cea națională, cooperativa, ca formă a întreprinderii sociale, la fel ca în perioada interbelică, este supusă regulilor aplicabile societăților comerciale, chiar dacă aceasta urmărește, în principal, un obiectiv social și doar corelativ obținerea de profit.

În Statele Unite ale Americii întreprinderea socială se constituie în temeiul *benefit corporation statutes*¹⁷, care au diverse forme în cadrul statelor americane, inclusiv în Delaware¹⁸. O întreprindere socială (*benefit corporation*), orice formă ar

funcționarea cooperăției, republicată; b) cooperativele de credit, care funcționează în baza Ordonanței de urgență a Guvernului

nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007, cu modificările și completările ulterioare; c) asociațiile și fundațiile, care funcționează în baza Ordonanței Guvernului nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 246/2005, cu modificările și completările ulterioare; d) casele de ajutor reciproc ale salariaților, care funcționează în baza Legii nr. 122/1996 privind regimul juridic al caselor de ajutor reciproc ale salariaților și al uniunilor acestora, republicată; e) casele de ajutor reciproc ale pensionarilor, care sunt înființate și funcționează în baza Legii nr. 540/2002 privind casele de ajutor reciproc ale pensionarilor, cu modificările și completările ulterioare; f) societățile agricole, care funcționează în baza Legii nr. 36/1991 privind societățile agricole și alte forme de asociere în agricultură, cu modificările ulterioare; g) orice alte categorii de persoane juridice care respectă, conform actelor legale de înființare și organizare, cumulativ, definiția și principiile economiei sociale prevăzute în prezenta lege.”

¹⁵ Art. 6 din Legea nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea cooperăției.

¹⁶ Comitetul Economic și Social European, *Către un cadru juridic european adaptat la întreprinderile din economia socială*, 2019, p. 3 și p. 5, JO C 282, 20.8.2019.

¹⁷ J.W. Yockey, *op. cit.*, p. 769.

¹⁸ Stat american cunoscut ca unul dintre cele mai favorabile dreptului afacerilor. În acest sens, B. Broughman J.M. Fried, D. Ibrahim, *Delaware Law as Lingua Franca: Theory and Evidence*, în *Journal of Law and Economics*, vol. 57, nr. 4/2014, pp. 865-895, <https://doi.org/10.1086/680932>, [Online] la <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3029&context=facpubs>, accesat 2.06.2022.

lua, trebuie să îndeplinească trei condiții¹⁹: să creeze beneficii sociale, managerii ei să aibă în vedere interese nefinanciare atunci când iau decizii de afaceri și să respecte standardele responsabilității sociale și a transparenței.

Susținătorii întreprinderii sociale americane²⁰ consideră că reglementarea acestora contribuie la recunoașterea ei ca *brand*, cu consecința creșterii acestui tip de afacere, atât în ceea ce privește atragerea de investitori preocupați de efectele sociale ale investiției lor, cât și referitor la angajați și consumatori.

Adversarii întreprinderii sociale²¹ găsesc prevederile normative lipsite de utilitate, având rezultatul negativ de subminare a responsabilității sociale a întreprinderii de tip capitalist (*Corporate Social Responsibility - CSR*)²². Totuși, CSR reprezintă doar o „grijă” colaterală a întreprinderii, pe când în cazul întreprinderii sociale CSR și obținerea de profit se află în raporturi sinergetice²³. De exemplu, societatea multinațională *Starbucks*²⁴ acționează într-un mod responsabil din punct de vedere social (potejează mediul; lanțurile de aprovizionare cu boabe de cafea promovează valori sociale, economice și de protecție a mediului în ceea ce-i privește pe fermieri și comunitățile lor locale; reciclează; oferă oportunități de angajare persoanelor vulnerabile, etc.²⁵), dar nu se încadrează în categoria întreprinderilor sociale. *Starbucks* „does not exist first and foremost to solve a social problem”²⁶, care să stea la baza a tot ceea ce întreprinde²⁷.

¹⁹ D. Brakman Reiser, *Benefit Corporations—A Sustainable Form of Organization?*, în *Wake Forest Law Review*, vol. 46, 2011, pp. 597-603, [Online] la http://www.wakeforestlawreview.com/wp-content/uploads/2014/10/Reiser_LawReview_10.11.pdf, accesat 12.05.2022.

²⁰ J.W. Yockey, *op. cit.*, p. 770; D. Brakman Reiser, *op. cit.*, pp. 621-624; J. Haskell Murray, *Choose Your Own Master: Social Enterprise, Certifications and Benefit Corporation Statutes*, *American University Business Law Review* vol. 2, nr. 1/2012, pp. 1-54, [Online] la <https://digitalcommons.wcl.american.edu/aublrvol2/iss1/1/>, accesat 2.04.2022.

²¹ J.W. Yockey, *op. cit.*, p. 770; J.W. Callison, *Putting New Sheets on a Procrustean Bed: How Benefit Corporations Address Fiduciary Duties, the Dangers Created, and Suggestions for Change*, în *American University Business Law Review*, vol. 2, nr. 1/2012, pp. 85-114, [Online] la <https://digitalcommons.wcl.american.edu/aublrvol2/iss1/3/>, accesat 2.04.2022.

²² Pentru o prezentare detaliată a CSR a se vedea, C.T. Ungureanu, *Rolul domiciliului în responsabilitatea socială a grupurilor transnaționale de societăți în Uniunea Europeană*, în *SUBB Jurisprudentia* nr. 2/2021, pp.5-52, DOI: 10.24193/SUBBjur.66(2021).2.1.

²³ D. Brakman Reiser, *For-Profit Philanthropy*, *Fordham Law Review*, vol. 77, nr. 5/2009, p. 2450, [Online] la <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol77/iss5/14/>, accesat 3.04.2022.

²⁴ În România Starbucks are forma unei societăți comerciale cu răspundere limitată, de naționalitate română, cu sediul social în București (SC AmRest Coffee SRL), [Online] la <https://www.starbucksromania.ro/ro/terms-of-use>, accesat 2.05.2022.

²⁵ Informații disponibile [Online] la <https://stories.starbucks.com/emea/stories/2020/starbucks-2019-global-social-impact-report-emea-highlights/>, accesat 2.05.2022.

²⁶ K.G. Raz, *Toward an Improved Legal Form for Social Enterprise*, în *N.Y.U. Review of Law & Social Change*, vol 36, nr.2/2012, p. 290, [Online] la https://socialchangenyu.com/wp-content/uploads/2017/12/Keren-Raz_RLSC_36.2.pdf, accesat 23.06.2022.

²⁷ D. Brakman Reiser, *For-Profit Philanthropy, op. cit.*, p. 2450.

Un exemplu european de întreprindere socială este *Specialisterne*. *Specialisterne* a luat ființă în Danemarca și s-a extins, devenind multinațională, în 23 de țări; are ca obiectiv principal includerea pe piața muncii a persoanelor care suferă de autism sau alte disfuncționalități neurologice *within neurodiversity*²⁸. *Specialisterne* ajută întreprinderile de tip capitalist să respecte principiile CSR prin anjagarea de persoane vulnerabile.

Întreprinderea socială, sub forma cooperativei, poate servi unei multitudini de nevoi sociale, printre care și aceea a exploatării datelor în beneficiul „producătorilor” lor și nu în acela al multinaționalelor. Ideea de cooperativă în forma ei tradițională, ca întreprindere constituită în interesul membrilor ei, a dobândit, datorită evoluției tehnologiei, și o altă dimensiune, întrupată în *cyberspace*: cooperativa de platformă²⁹ (de date).

2. Cooperativa de date

Cooperativa de date reprezintă un „răspuns”³⁰ la practicile utilizate în *economia de platformă* prin care datele cu caracter personal sunt mercantilizate în profitul câtorva corporații cu activitate globală, în principal, furnizoare de servicii digitale online. Cooperativa de platformă (de date) este, deci, parte componentă a economiei de platformă. Prin „economie de platformă” se înțelege ansamblul platformelor comerciale digitale³¹. Platformele digitale (online) sunt spații virtuale care fac posibilă interacțiunea dintre cel puțin două grupuri, cu rezultatul generării de valoare pentru ambele sau numai pentru unul dintre acestea³². Astfel de platforme online sunt rețelele sociale, platformele de jocuri online, așa numitele *marketplaces* (piețe digitale³³), în care platformele joacă rolul de intermediar între furnizorii de bunuri sau servicii și utilizatori, ș.a.

²⁸ Informație disponibilă [Online] la <https://specialisternespain.com/en/about-specialisterne/>, accesat 2.05.2022.

²⁹ Traducerea noțiunii de *platform cooperative* prin *cooperativă de platformă* a fost preluată din Avizul Comitetului Economic și Social European, *Munca atipică și cooperativele de platforme. Munca atipică și cooperativele de platforme în transformarea digitală a industriei* (aviz din proprie inițiativă), CCMI/182, raportori Giuseppe Guerini, Erwin De Deyn, 8.12.2021, [Online] la <https://www.eesc.europa.eu/ro/our-work/opinions-information-reports/>, accesat 11.06.2022.

³⁰ T. Scholz, I. Calzada, *Data Cooperatives for Pandemic Times*, în Public Seminar Journal, 2021, p. 3, DOI:10.13140/RG.2.2.12320.51200/1, [Online] la <https://publicseminar.org/essays/data-cooperatives-for-pandemic-times/>, accesat 5.05.2022.

³¹ Z. Kilhoffer, *State-of-the art. Data on the platform economy*, 2021, Deliverable n°12.3, Leuven, InGRID-2 project 730998 – H2020, p. 5. [Online] la https://www.inclusivegrowth.eu/files/Output/D12.3_EIND.pdf, accesat 2.06.2022.

³² J. Campos Carvalho *Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe*, în Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2020), vol. 12, nr. 1/2020, p. 865, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5227>, [Online] la www.uc3m.es/cdt, accesat 5.05.2022.

³³ Traducere în limba română conform IATE [Online] la <https://iate.europa.eu/search/result/1646384053558/1>, accesat 15.06.2022.

2.1. Ce este cooperativa de date și cum se reflectă în legislație?

Ideea cooperativei de date, ca un mijloc de contrabalansare a dominației platformelor online asupra datelor cu caracter personal ale utilizatorilor, a venit de la unul dintre „*tech-architects*” ai GDPR³⁴, profesorul american la MIT (*Massachusetts Institute of Technology*), Alex Pentland³⁵. Acesta, plecând de la reacția maselor la concentrarea puterii în mâinile câtorva întreprinderi, de fiecare dată când au avut loc schimbări majore în economia mondială în ultimul secol (printre care, industrializarea, trecerea de la plățile în numerar la plățile cu card bancar), când s-au format sindicate de lucrători, asociații de consumatori, cooperative de consum, ș.a., a apreciat că, în prezent, când are loc migrarea întreprinderilor de la comerțul tradițional la comerțul online, soluția este organizarea persoanelor vizate (cum sunt numite în GDPR³⁶) în cooperative, ca reprezentanți ai lor cu rolul de fiduciari, care să ajute la restabilirea echilibrului economic și social pe piața mondială³⁷.

Cooperativa de date este „construită” pe principiile cooperativei, așa cum este reglementată la nivel internațional, regional și național.

În plan internațional nu există prevederi *hard law* cu privire la cooperativă; au fost formulate doar câteva reguli *soft law*, care reprezintă, în principal, bune practici în materie. Aceste reguli aparțin unor organizații internaționale: *United Nations Guidelines on creating a supportive environment for the development of cooperatives (UN Guidelines)* din 2001³⁸ și *International Labor Organization's (ILO) Recommendation concerning the promotion of cooperatives (ILO R. 193)*³⁹, revizuită în 2012.

În Uniunea Europeană cooperativa ia forma Societății Cooperative Europene (SCE)⁴⁰. SCE este reglementată prin Regulamentul (CE) nr. 1435/2003 privind statutul societății cooperative europene și Directiva 2003/72/CE de completare a statutului societății cooperative europene în legătură cu participarea lucrătorilor, din care rezultă că SCE este societatea pe acțiuni sau cu răspundere

³⁴ General Data Protection Regulation, adică Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), JO L 119/1, 4.5.2016.

³⁵ T. Scholz, I. Calzada, *op. cit.*, p. 6.

³⁶ Persoanele vizate sunt persoanele fizice.

³⁷ T. Hardjono, A. Pentland, *Data Cooperatives: Towards a Foundation for Decentralized Personal Data Management*, 2019, p. 2, <https://doi.org/10.48550/arXiv.1905.08819>, [Online] la <https://arxiv.org/abs/1905.08819>, accesat 3.06.2022.

³⁸ [Online] la <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/56/73>, accesat 4.04.2022.

³⁹ [Online] la https://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_195533/lang-en/index.htm, accesat 4.04.2022.

⁴⁰ Regulamentul (CE) nr. 1435/2003 al Consiliului din 22 iulie 2003 privind statutul societății cooperative europene (SCE), JO L 207, 18.8.2003, pp. 1-24; Directiva 2003/72/CE a Consiliului din 22 iulie 2003 de completare a statutului societății cooperative europene în legătură cu participarea lucrătorilor, JO L 207, 18.8.2003, pp. 25-36.

limitată⁴¹, ce are ca obiect principal „satisfacerea nevoilor și/sau dezvoltarea activităților economice și sociale ale membrilor săi, în special prin încheierea unor acorduri cu aceștia, în vederea furnizării de bunuri sau de servicii sau a execuției de lucrări în cadrul activității exercitate sau controlate de SCE. SCE poate avea ca obiect și să răspundă nevoilor membrilor săi, încurajând, în același mod, participarea acestora la activități economice într-una sau mai multe SCE și/sau cooperative naționale.”⁴².

Definiția și principiile SCE se regăsesc și în legislația națională din România.

Prin urmare, la nivel național, *cooperativa de date* ar putea fi considerată, plecând de la accepțiunea de „cooperativă” din legislația română, ca fiind asociația autonomă cu capital privat, constituită pe baza consimțământului liber exprimat a persoanelor ce o formează, în scopul promovării intereselor economice, sociale și culturale ale membrilor cooperatori cu privire la *datele lor personale, nepersonale sau mixte*, fiind deținută în comun și controlată democratic de către membrii săi, în conformitate cu principiile cooperatiste⁴³.

Principiile cooperatiste pot fi rezumate astfel: principiul asocierii voluntare și deschise, principiul controlului democratic al membrilor cooperatori, principiul participării economice a membrilor cooperatori, principiul autonomiei și independenței cooperativei, principiul preocupării pentru comunitate⁴⁴.

Cooperativa de date nu a rămas doar în stadiul de idee, ci a devenit realitate.

2.2. Utilizarea cooperativei de date, în profitul „producătorilor” de date cu caracter personal

Cooperativa de date nu este un avatar-cenușăreasă a persoanelor juridice și nu este doar un concept teoretic. Există, deja, în practică și acționează în interesul membrilor ei sau/și în interesul general. Exemple de astfel de cooperative sunt MiData sau PolyPoly, printre altele⁴⁵.

MiData⁴⁶ este o cooperativă de date personale referitoare la sănătate, de naționalitate elvețiană, fondată în 2015, cu *scop nelucrativ*. MiData acționează ca *fiduciar* al datelor persoanelor care au un cont pe platforma MiData. Datele personale sunt criptate, iar membrii își controlează propriile date, pot decide cu privire la accesul la acestea în vederea *cercetării* sau pot refuza accesul, dacă solicitantul este, de exemplu, o societate farmaceutică, ale cărei principii/reguli nu sunt aprobate de membrii cooperatori⁴⁷. MiData nu prestează servicii care să permită

⁴¹ Pentru detalii privind SCE a se vedea, C.T. Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional*, Editura Hamangiu, București, 2018, pp. 62-65.

⁴² Art. 1 alin. (3) din Regulamentul SCE.

⁴³ A se vedea, art. 7 din Legea nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea cooperației.

⁴⁴ A se vedea art. 7 alin. (3) din Legea nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea cooperației, unde sunt explicate detaliat principiile cooperatiste.

⁴⁵ T. Scholz, I. Calzada, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁶ [Online] la <https://www.midata.coop/en/cooperative/>, accesat 6.03.2022.

⁴⁷ T. Scholz, I. Calzada, *op. cit.*, p. 6.

utilizatorilor să acorde acces la seturile lor de date contra cost⁴⁸. Datele provin din aplicații conectate la platforma MiData.

PolyPoly (*pc polypoly coop SCE mbH*)⁴⁹ este o societate cooperativă europeană (SCE) cu sediul la Berlin, în Germania, care are ca scop furnizarea de servicii în domeniul prelucrării datelor, creării și distribuirii de *software*, în special în sfera protecției datelor, precum și servicii de media și jurnalism⁵⁰. PolyPod⁵¹, care este o aplicație ce se instalează pe *device*-ul utilizatorului (care aparține PolyPoly), îl „întreabă” pe acesta când cineva vrea să afle ceva despre utilizator, iar acesta hotărăște cui îi permite sau nu să aibă acces la datele lui, care rămân pe propriul *device*. PolyPod acționează ca un depozitar și, în același timp, mediator între utilizator și terți care vor să obțină acces la date. De asemenea, PolyPod facilitează utilizatorului restituirea datelor lui cu caracter personal de la giganții *tech*, precum Meta sau Google, și stocarea lor pe propriul *device*. Apoi, utilizatorul poate acorda acces terților contra cost sau sub formă de liberalitate, via algoritmi furnizați de PolyPod, care sunt direcționați spre datele aflate în *local device* și nu invers.

Cooperativa de date poate acționa, deci, în interesul membrilor ei cooperatori, facilitându-le „exploatarea” datelor lor personale în beneficiul comun, general sau chiar și în beneficiul personal. Exemplele de mai sus reprezintă două modele diferite de „gestionare” a datelor personale de către cooperativă: MiData acționează ca *fiduciar*⁵², ceea ce ar putea însemna că ideea are la bază centralizarea datelor personale ale membrilor cooperatori în baze de date ale cooperativei, la care cooperativa dă acces; PolyPoly funcționează, dimpotrivă, pe ideea descentralizării, a stocării datelor personale ale membrilor cooperatori pe propriul lor dispozitiv/infrastructură.

Ambele modele ar putea să ofere beneficii „producătorilor” de date, dar ar putea să întâmpine și dificultăți pe parcursul îndeplinirii scopurilor lor.

⁴⁸ Art. 5 din statutul MiData disponibil [Online] la https://www.midata.coop/wp-content/uploads/2019/08/MIDATA_Statuten_20190626_EN.pdf, accesat 3.04.2022.

⁴⁹ [Online] la <https://polypoly.coop/en-de>, accesat 4.04.2022.

⁵⁰ Art. 2 din statutul PolyPoly disponibil [Online] la https://polypoly.coop/en/pp_C_Statute_English.pdf, accesat 6.03.2022.

⁵¹ [Online] la <https://polypoly.coop/en-de/polypod>, accesat 6.03.2022.

⁵² Dacă ar fi, însă, să avem în vedere calitatea de *fiduciar* al cooperativei în privința datelor cu caracter personal ale cooperabililor, se poate ridica problema intens dezbătută atât pe continentul european, cât și pe cel american referitoare la *proprietatea asupra datelor* (Pentru o prezentare a problemei, C.T. Ungureanu, *Legalitate echivocă în comerțul internațional cu date*, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași*, Tomul LXVIII/1, Seria Științe Juridice, 2022, pp. 7-35, DOI: <http://doi.org/10.47743/jss-2022-68-1-1>, [Online] la <http://pub.law.uaic.ro/ro/volume-publicate/2022/anale-uaic-tomul-lxviii-stiine-juridice-nr.-i/drept-privat/carmen-tamara-ungureanu-legalitate-equivoc-in-comerul-internaional>, accesat 23.06.2022). Fiducia este reglementată în Codul civil român (art. 773 și urm.).

2.3. Posibile piedici în calea succesului cooperativelor de date

Cooperativele de date presupun asocierea „producătorilor” de date în vederea atingerii unui scop social, care poate genera și profit. De exemplu, membrii cooperatori pot urmări ca datele lor personale privind sănătatea să fie utilizate în scopul cercetării în vederea obținerii de tratamente pentru diferite boli. Implicit, ei pot permite accesul la seturile lor de date unor întreprinderi producătoare de medicamente, contra cost.

Deși pare a fi o idee eficientă, se ridică următoarea întrebare: în ce context sunt „produse” datele, care sunt „gestionate” prin intermediul cooperativei de date? De exemplu, marile platforme online, precum Google, Samsung, Apple, ș.a. colectează datele personale privind sănătatea ale utilizatorilor de aplicații dezvoltate de aceste *tech platforms* și instalate pe diferite dispozitive electronice (telefon mobil, *smart watch*, etc.), cum ar fi Google Fit, Sami, HealthKit⁵³, etc. Pentru ca societatea cooperativă să poată colecta datele membrilor ei cooperatori trebuie să dezvolte/creze/achiziționeze o aplicație, prin intermediul căreia să colecteze date. Pentru ca baza de date a cooperativei să aibă relevanță pentru dublul scop urmărit este nevoie de un număr considerabil de utilizatori - cooperatori. Pentru asta, primul demers este convingerea „producătorilor” de date să se asocieze în cooperative.

Un mijloc ce merită a fi luat în considerare, pentru lărgirea bazei de date a cooperativei, odată constituită, este exercitarea dreptului membrilor cooperatori la *portabilitatea datelor*, drept recunoscut de GDPR. Astfel, conform art. 20 GDPR, persoana vizată are dreptul de a i se restitui datele cu caracter personal care o privesc și pe care le-a furnizat operatorului de date (de regulă, un profesionist, cum ar fi de exemplu, Google Fit), date care se restituie într-un *format structurat, utilizat în mod curent și care poate fi citit automat* și are dreptul de a transmite aceste date unui alt operator de date, cum ar fi societatea cooperativă al cărei membru a devenit.

PolyPoly, cooperativa europeană, ce utilizează aplicația PolyPod, are în vedere tocmai dreptul la portabilitatea datelor⁵⁴, pentru a putea exploata datele în interesul membrilor cooperatori și a simplilor utilizatori ai PolyPod, date care rămân însă stocate pe dispozitivele acestora, deci într-un mod descentralizat, opus ideii de *cloud*. Practic, PolyPoly operează pe principiile existente înainte de dezvoltarea *cloud computing*⁵⁵. PolyPod odată instalat, însă, funcționează ca un

⁵³ A.S. Tanwar, N. Evangelatos, J. Venne, L. Ann Ogilvie, K. Satyamoorthy, A. Brand, *Global Open Health Data Cooperatives Cloud in an Era of COVID-19 and Planetary Health*, OMICS A Journal of Integrative Biology, vol. 25, nr. 3/2021, p. 173, DOI: <https://doi.org/10.1089/omi.2020.0134>, [Online] la <https://www.liebertpub.com/doi/10.1089/omi.2020.0134>, accesat 23.06.2022.

⁵⁴ [Online] la <https://polypoly.coop/en-de/polypod>, accesat 20.06.2022.

⁵⁵ Pentru o prezentare despre *cloud computing*, C.T. Ungureanu, *Contractul cloud computing în comerțul internațional*, în Revista moldovenească de Drept Internațional și Relații Internaționale, vol. 37, nr. 3/2015, pp. 25-35, [Online] la <https://ibn.idsi.md/sites/default/>

server privat și cu acordul utilizatorului, poate permite terților interesați să ruleze algoritmi care să prelucreze datele utilizatorului. PolyPoly permite comercializarea datelor/a accesului la date.

Dacă datele generate de utilizator sunt voluminoase și, de regulă, sunt, dacă utilizatorul este unul activ online, se poate pune problema stocării datelor, mai precis al spațiului de stocare (în acest model de cooperativă, de stocare descentralizată a datelor). Aplicațiile generează o cantitate uriașă de date, care trebuie depozitate undeva. Acest „undeva” este reprezentat de infrastructura necesară, costisitoare, atât în ceea ce privește valoarea în sine a infrastructurii, cât și în ceea ce privește întreținerea acesteia, mare consumatoare de energie, cu efecte negative asupra mediului înconjurător. Ideea PolyPoly de a depozita datele local, pe *device*-ul utilizatorului, poate apărea fezabilă pe termen scurt, dar nu pe termen lung. Dacă datele nu sunt șterse și administrate de utilizator chiar cu ajutorul PolyPod, atunci fiecare utilizator ar avea nevoie de un spațiu special destinat plasării propriei infrastructuri. De aici a plecat, de altfel și ideea de *cloud computing*.

În lipsa infrastructurii, soluția este utilizarea unui furnizor de *cloud*. *Cloud computing* supune seturile de date ale membrilor cooperatori unor riscuri considerabile: stocarea datelor în multiple centre de date prin multiplicarea acestora; subcontractarea la care poate apela furnizorul de *cloud*, frecvent folosită în acest tip de *business*; stocarea în centre de date situate sub jurisdicții cu reglementări care pot impune divulgarea datelor, în anumite condiții; impunerea de către furnizorul de *cloud*, de regulă cu mare putere economică, net superioară cooperativei și membrilor ei cooperatori, de contracte standard, de adeziune, pe care cooperativa nu le poate deci negocia, etc. Rezultatul ar fi că asumarea acestor riscuri poate determina o întoarcere la punctul de plecare: datele membrilor cooperatori să ajungă la *Big Tech* și să piardă controlul asupra lor.

Prin urmare, dacă nu cooperativa este aceea care administrează datele, ci membrii cooperatori, utilizând tehnologia pusă la dispoziție de cooperativă, ca în modelul PolyPoly, atunci, cooperatorii, ca persoane vizate, pot beneficia de regulile protective din GDPR. Dacă, dimpotrivă, cooperativa administrează datele în numele membrilor cooperatori, atunci, se pare că singura garanție a cooperativei de date atunci când transferă datele în *cloud* este contractul încheiat cu furnizorul de *cloud*. Dincolo de contract, cooperativa nu poate beneficia de protecția oferită de prevederile GDPR, întrucât acestea îl privesc numai pe „producătorul” de date, persoană fizică. Când cooperativa nu folosește *cloud*-ul, ci propria infrastructură, așa cum se pare că procedează MiData, atunci are nevoie de investiții și de investitori dispuși să plătească pentru achiziționarea infrastructurii necesare și pentru întreținerea acesteia.

O altă posibilitate alternativă la *cloud* este *blockchain storage*, care este tot un fel de *cloud*, dar descentralizat. *Blockchain storage* permite stocarea datelor într-un network descentralizat, care folosește spațiul liber/neutilizat din *hard disk*-urile utilizatorilor în care sunt depozitate secvențe de date criptate și

răspândite astfel în toată lumea⁵⁶. Un exemplu, de furnizor de *blockchain storage* este STORJ – *Decentralized Cloud Storage*⁵⁷.

Aceste piedici în calea succesului cooperativei de date ar putea să fie surmontate în contextul noii reglementări europene, Regulamentul (UE) 2022/868, supranumit *Data Governance Act*⁵⁸.

2.4. Cooperativa de date în Data Governance Act

În Regulamentul (UE) 2022/868, cunoscut ca *Data Governance Act* (în continuare, DGA), care a intrat în vigoare pe 23 iunie 2022 (cu aplicare începând din 24 septembrie 2023), cooperativa de date face parte din categoria *furnizorilor de servicii de intermediere de date*. Serviciile de intermediere de date înseamnă „(...) stabilirea de relații comerciale în scopul *partajării de date* (sic) între un număr nedeterminat de persoane vizate și deținători de date, pe de o parte, și utilizatorii de date, pe de altă parte (...)” (art. 2.11 DGA). Prin „partajare de date” se înțelege, conform art. 2.10 „furnizarea de date de către o persoană vizată sau un deținător de date către un utilizator de date în scopul utilizării în comun sau individuale a unor astfel de date, pe baza unor acorduri voluntare sau a dreptului Uniunii sau a dreptului intern, direct sau printr-un *intermediar* (sic), de exemplu în baza unor licențe deschise sau comerciale, *contra unei taxe sau gratuit* (sic);”.

Trebuie subliniat că *persoanele vizate* (în accepțiunea GDPR), adică persoanele fizice, *nu sunt considerate deținători de date*. Conform art. 2.8 DGA, *deținător de date* este „(...) o persoană juridică, inclusiv organisme din sectorul public și organizații internaționale, sau o persoană fizică care nu este vizată în ceea ce privește datele specifice în cauză, care, în conformitate cu dreptul aplicabil al Uniunii sau cu dreptul intern aplicabil, are dreptul de a acorda acces la anumite date cu caracter personal sau fără caracter personal;”.

Conform art. 2.15 cooperativele de date sunt *structuri organizaționale constituite din persoane vizate, întreprinderi unipersonale sau IMM-uri*, care prestează *servicii de intermediere de date* și care au ca *obiective principale*:

- *sprijinirea membrilor* lor în exercitarea drepturilor acestora cu privire la anumite date, inclusiv în ceea ce privește luarea de decizii în cunoștință de cauză înainte ca aceștia să consimtă la *prelucrarea datelor*,

- *schimbul de opinii* cu privire la scopurile și condițiile de *prelucrare* a datelor, care ar reprezenta cel mai bine interesele membrilor lor în ceea ce privește datele acestora, și

⁵⁶ Pentru o prezentare a se vedea, V.A. Kanade, *A Blockchain-Based Distributed Storage Network to Manage Growing Data Storage Needs*, DOI: 10.1109/ICSPC51351.2021.9451813 articol publicat în 3rd International Conference on Signal Processing and Communication (ICPSC), 13–14 May 2021, Coimbatore, pp. 365-369, [Online] la <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=9451805>, accesat 20.6.2022.

⁵⁷ [Online] la <https://www.storj.io/>, accesat 5.06.2022.

⁵⁸ Regulamentul (UE) 2022/868 al Parlamentului European și al Consiliului din 30 mai 2022 privind guvernarea datelor la nivel european și de modificare a Regulamentului (UE) 2018/1724 (Regulamentul privind guvernarea datelor), JO L 152/1, 3.6.2022.

- *negocierea clauzelor și condițiilor pentru prelucrarea datelor în numele membrilor lor, înainte de acordarea permisiunii de a prelucra datele fără caracter personal sau înainte de acordarea consimțământului pentru prelucrarea datelor personale.*

Deși denumirea de *intermediar în partajarea de date* ar putea conduce la ideea că o cooperativă de date ar avea o activitate similară cu aceea a *brokerului de date*⁵⁹, foarte activ în prezent pe piața secundară de date, intenția legiuitorului european a fost alta.

*Brokerul de date, nereglementat în dreptul european, dar cu o activitate susținută în spațiul european, mai ales, în domeniul publicității comerciale online*⁶⁰, este definit în dreptul american ca fiind un profesionist, care în mod voluntar colectează și vinde sau transmite în temeiul unei licențe date cu caracter personal unor terți, date ce provin de la consumatori cu care *brokerul nu are o legătură directă*⁶¹. Potrivit art. 2.11(a) DGA, din serviciile de intermediere de date sunt excluse, printre altele, „*serviciile care obțin date de la deținătorii de date și agregă, îmbogățesc sau transformă datele în scopul adăugării unei valori substanțiale și acordă licențe utilizatorilor de date pentru utilizarea datelor rezultate, fără a stabili o relație comercială între deținătorii de date și utilizatorii de date;*”; aceste servicii sunt similare acelorla prestate de *brokerul de date* (în accepțiunea americană), care, deci, *nu sunt considerate servicii de intermediere în temeiul DGA.*

Prin includerea cooperativei de date în categoria furnizorilor de servicii de intermediere de date, un rezultat așteptat ar fi fost acela de intermediere (directă) a partajării de date. Dar cooperativa de date *nu* intermediază în vreun fel furnizarea de date de la persoanele vizate sau de la deținătorii datelor la utilizatorii acestora. Din DGA reiese că rolul cooperativei de date se manifestă *numai cu privire la prelucrarea datelor și numai în faza precontractuală sau anterior furnizării de date de către persoana vizată sau deținătorul acestora utilizatorului de date.*

Singura activitate de intermediere efectivă pare să fie *negocierea clauzelor și condițiilor pentru prelucrarea datelor în numele membrilor acesteia.* Sarcina negocierii ar putea să aibă un grad de dificultate sporit, dacă utilizatorii potențiali de date se află într-o poziție de superioritate economică, financiară sau de altă natură în raport cu cooperativa de date. Faptul că la baza comerțului electronic stau

⁵⁹ Despre brokerul de date, a se vedea, C.T. Ungureanu, *Legalitate echivocă...op. cit.*, pp. 25-30.

⁶⁰ În acest sens, M. Veale, F. Zuiderveen Borgesius, *Adtech and Real-Time Bidding under European Data Protection Law*, în *German Law Journal*, vol. 23, nr. 2/2022, pp. 226–256, <https://doi.org/10.1017/glj.2022.18>, [Online] la <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/adtech-and-realttime-bidding-under-european-data-protection-law/017F027B4E78EBCAE1DCBC1E12B93B9D>, accesat 24.06.2022.

⁶¹ B.A. Martin, *The Unregulated Underground Market for Your Data: Providing Adequate Protections for Consumer Privacy in the Modern Era*, în *Iowa Law Review*, vol. 105, nr. 2/2020, p. 882, [Online] la <https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-105-issue-2/the-unregulated-underground-market-for-your-data-providing-adequate-protections-for-consumer-privacy-in-the-modern-era/>, accesat 20.06.2022.

contractele de adeziune și nu cele negociate, ar putea fi o cauză pentru care rolul de negociator al cooperativei de date să fie puțin folosit.

Ceea ce ar putea facilita, însă, utilizarea serviciilor de intermediere de date este, pe de o parte, potențiala sursă de câștig (persoana vizată sau deținătorul de date furnizează date *contra unei taxe* – art. 2.10), iar, pe de altă parte, concentrarea datelor în anumite spații de stocare sau *data wallets* (care, potrivit considerentului 30 DGA, să „reunească date reale într-un spațiu al datelor cu caracter personal, astfel încât prelucrarea să poată avea loc în spațiul respectiv fără ca datele cu caracter personal să fie transmise unor terți, pentru a maximiza protecția datelor cu caracter personal și a vieții private. Astfel de spații ale datelor cu caracter personal ar putea conține date cu caracter personal statice, cum ar fi numele, adresa sau data nașterii, precum și date dinamice pe care le generează o persoană fizică, de exemplu prin utilizarea unui serviciu online sau a unui obiect conectat la internetul obiectelor. Acestea ar putea fi utilizate, de asemenea, pentru a stoca informații de identitate verificate cum ar fi numărul pașaportului sau informații privind securitatea socială, precum și acreditări cum ar fi permisul de conducere, diplomele sau informațiile privind contul bancar.”). Aceste *data wallets* sunt, de fapt, aplicații, care ajută la partajarea de date⁶².

În acest mod ar putea să fie soluționată problema stocării/depozitării datelor, pe care am semnalat-o ca pe o posibilă piedică în dezvoltarea cooperativei de date. Pentru a deveni o soluție viabilă, însă, este necesară „câștigarea” încrederii „producătorilor” de date (persoane vizate sau deținători de date) în cei care administrează *data wallets*. În DGA sunt impuse condiții foarte stricte de *control* al intermediarilor de date⁶³. Sunt desemnate autorități competente pentru serviciile de intermediere de date în fiecare stat membru, care controlează și monitorizează activitatea intermediarilor de date, având competența de a aplica sancțiuni în cazul nerespectării regulilor din DGA. Printre sancțiuni, așa cum reiese din art. 14 DGA, se numără acelea administrative (amenzi cu efect de descurajare, care pot avea și efect retroactiv), precum și amânarea, suspendarea sau încetarea furnizării serviciului de intermediere de date.

Supravegherea severă și controlul furnizorilor de servicii de intermediere de date i-ar putea „investi” cu încredere din partea „producătorilor” de date, dacă aceștia au încredere în mecanismul european de control și protecție.

Pentru apelarea la serviciile de intermediere oferite de cooperativele de date, cei interesați să partajeze datele trebuie, mai întâi, să devină membri în cooperativele respective, ceea ce presupune exprimarea *activă* a voinței „producătorilor” de date. Cu alte cuvinte, se impune ieșirea din pasivitate, din „lenea” de a bifa doar căsuțele puse la dispoziție de furnizorii de servicii digitale cu privire la prelucrarea datelor.

În ceea ce privește organizarea cooperativei de date, DGA nu oferă detalii, nefăcându-se nici o trimitere la noțiunea de cooperativă tradițională și la principiile

⁶² [Online] la <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/05/16/le-conseil-approuve-l-acte-sur-la-gouvernance-des-donnees/>, accesat 21.06.2022.

⁶³ A se vedea, art. 11- 14 DGA.

acesteia ori vreo mențiune cu privire la Societatea Cooperativă Europeană (SCE). În DGA se utilizează doar o sintagmă, „structură organizațională”, ce nu oferă indicii nici cu privire la forma juridică a cooperativei de date, nici referitor la scopul acesteia (lucrative sau nelucrative).

Ceea ce pare să rezulte din formulările considerentului 31 și ale art. 2.15 DGA, dacă acceptăm ideea de cooperativă tradițională, este că aceste cooperative de date pot fi nu numai de gradul 1 (constituite din persoane fizice), ci și de gradul 2⁶⁴ („constituite din societăți cooperative de gradul 1, în majoritate, și alte persoane fizice sau juridice, în scopul integrării pe orizontală sau pe verticală a activității economice desfășurate de acestea”, potrivit legii române⁶⁵), întrucât pot avea în componență întreprinderi unipersonale și IMM-uri. Cooperativa de date le oferă acestora din urmă „know-how”-ul necesar în partajarea de date (deoarece acestea sunt considerate la fel de vulnerabile ca persoanele vizate)⁶⁶.

Dintre cele două exemple de cooperative de date care funcționează în prezent, MiData și PolyPoly, discutate în paragrafele anterioare, a doua se pare că operează după modelul descris în DGA. MiData, fiind o cooperativă fără scop lucrativ, ar putea să fie considerată o organizație de promovare a altruismului în materie de date⁶⁷.

Concluzii

Dreptul la portabilitatea datelor, garantat de GDPR, combinat cu evoluția tehnologiei, care ar putea permite o eliberare a „producătorului” de date de dependența de *cloud* și de furnizorii acestuia, reprezintă premisele posibilității culegerii fructelor de către producătorul lor, fie că aceste fructe hrănesc binele comun sau și personal și poate, astfel, deschiderea drumului spre înflorirea unui nou model în economia digitală, cooperativa de date. Reglementarea cooperativei de date în DGA, ca furnizor de servicii de intermediere de date, poate da avânt

⁶⁴ În legislația în vigoare din România, cooperativele de gradul 2 nu fac parte dintre întreprinderile sociale.

⁶⁵ Art. 6 lit. m) din Legea nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea cooperației.

⁶⁶ A se vedea și J. Baloup, E. Bayamlioglu, A. Benmayor, Ch. Ducuing, L. Dutkiewicz, T. Lalova, Y. Miadzvetskaya, B. Peeters, *White Paper on the Data Governance Act*, CiTiP Working Paper 2021, pp. 29-30, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3872703>, [Online] la SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3872703> accesat 22.06.2022.

⁶⁷ Conform art. 2.16 DGA prin *altruism în materie de date* se înțelege „(...) partajarea voluntară de date pe baza consimțământului acordat de persoanele vizate în vederea *prelucrării datelor cu caracter personal care le privesc sau a permisiunilor acordate de deținătorii de date de a li se utiliza datele fără caracter personal fără a cere sau a primi ceva în contrapartidă, care să depășească o compensație legată de costurile pe care le suportă aceștia pentru punerea la dispoziție a datelor lor pentru obiective de interes general, astfel cum sunt prevăzute în dreptul intern, după caz, cum ar fi asistența medicală, combaterea schimbărilor climatice, îmbunătățirea mobilității, facilitarea dezvoltării, elaborării și difuzării de statistici oficiale, îmbunătățirea furnizării de servicii publice, elaborarea politicilor publice sau scopurile de cercetare științifică în interesul general.”.*

acesteia, sub controlul atent al autorităților desemnate în acest scop. Rămâne de văzut dacă „producătorii” de date vor alege să constituie cooperative de date, în ce formă și scop, dacă vor prefera formele altruiste de cooperative sau pe acelea, care ar putea să le ofere și „dividende”⁶⁸. Deși în DGA nu sunt incluse norme explicite care să permită comerțul cu date, reiese implicit că persoana vizată și deținătorul de date sunt plătiți în schimbul partajării datelor lor cu utilizatorii (furnizarea datelor făcându-se contra unei *taxe*). După Directiva 2019/770⁶⁹ (transpusă prin O.U.G. nr. 141/2021⁷⁰), potrivit căreia persoana vizată/consumatorul *furnizează date personale în loc de preț* în schimbul bunurilor digitale sau serviciilor digitale, DGA face încă un pas spre recunoașterea și din punct de vedere juridic a realității economice a mercantilizării datelor.

Referințe

- Baloup, J., Bayamlioglu, E., Benmayor, A., Ducuing, Ch., Dutkiewicz, L., Lalova, T., Miadzvetskaya, Y., Peeters, B., *White Paper on the Data Governance Act*, CiTiP Working Paper 2021, pp. 1-57, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3872703>, [Online]
- Brakman Reiser, D., *Benefit Corporations—A Sustainable Form of Organization?*, în *Wake Forest Law Review*, vol. 46, 2011, pp. 591-625, [Online]
- D. Brakman Reiser, *For-Profit Philanthropy*, *Fordham Law Review*, vol. 77, nr. 5/2009, pp. 2437-2473, [Online]
- Broughman, B., Fried, J. M., Ibrahim, D., *Delaware Law as Lingua Franca: Theory and Evidence*, în *The Journal of Law & Economics*, vol. 57, nr. 4/2014, pp. 865-895, <https://doi.org/10.1086/680932>, [Online]
- Callison, J.W., *Putting New Sheets on a Procrustean Bed: How Benefit Corporations Address Fiduciary Duties, the Dangers Created, and Suggestions for Change*, în *American University Business Law Review*, vol. 2, nr. 1/2012, pp. 85-114, [Online]
- Campos Carvalho, J., *Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe*, în *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2020), vol. 12, nr. 1/2020, pp. 863-874, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5227>, [Online] 1
- Comitetul Economic și Social European, *Către un cadru juridic european adaptat la întreprinderile din economia socială* (aviz din proprie inițiativă), JO C 282, 20.8.2019.
- Comitetul Economic și Social European, *Munca atipică și cooperativele de platforme. Munca atipică și cooperativele de platforme în transformarea digitală a industriei* (aviz din proprie inițiativă), CCMI/182, raportori Giuseppe Guerini, Erwin De Deyn, 8.12.2021, [Online]
- Fici, A., *An Introduction to Cooperative Law*, pp. 3-65, în D. Cracogna, A. Fici, H. Henry (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Editura Springer, 2013.
- Georgescu, I.L., *Natura juridică a Societății Cooperative după Legea din 27 martie 1929*, în *Pandectele Române* nr. 6 /2016, (Din arhiva Pandectelor Române), pp. 105-117.

⁶⁸ Referire la propunerea din 2019 în statul american California, *Data Dividend*, [Online] la <https://www.datadividends.org/>, accesat 22.06.2022.

⁶⁹ Directiva (UE) 2019/770 a Parlamentului European și a Consiliului din 20 mai 2019 privind anumite aspecte referitoare la contractele de furnizare de conținut digital și de servicii digitale, JO L 136, 22.5.2019.

⁷⁰ O.U.G. nr. 141 din 28 decembrie 2021 privind anumite aspecte referitoare la contractele de furnizare de conținut digital și de servicii digitale, M. Of. al României, nr. 1248, 30.12.2021.

- Haskell Murray, J., *Choose Your Own Master: Social Enterprise, Certifications and Benefit Corporation Statutes*, American University Business Law Review vol. 2, nr. 1/2012, pp. 1-54, [Online]
- Hardjono, T., Pentland, A., *Data Cooperatives: Towards a Foundation for Decentralized Personal Data Management*, 2019, pp. 1-12, <https://doi.org/10.48550/arXiv.1905.08819>, [Online]
- Kanade, V.A., *A Blockchain-Based Distributed Storage Network to Manage Growing Data Storage Needs*, DOI: <https://doi.org/10.1109/ICSPSC51351.2021.9451813> articol publicat în 3rd International Conference on Signal Processing and Communication (ICSPSC), 13 – 14 May 2021, Coimbatore, pp. 365-369, [Online]
- Kilhoffer, Z., *State-of-the art. Data on the platform economy*, 2021, Deliverable n°12.3, Leuven, InGRID-2 project 730998 – H2020, pp. 4-41, [Online]
- Martin, B.A., *The Unregulated Underground Market for Your Data: Providing Adequate Protections for Consumer Privacy in the Modern Era*, în Iowa Law Review, vol. 105, nr. 2/2020, pp. 865-900, [Online]
- Raport de cercetare privind economia socială în România din perspectivă europeană comparată* București, 2010, [Online]
- K.G. Raz, *Toward an Improved Legal Form for Social Enterprise*, în N.Y.U. Review of Law & Social Change, vol 36, nr.2/2012, pp. 283-309, [Online]
- Scholz, T., Calzada, I., *Data Cooperatives for Pandemic Times*, în Public Seminar Journal, 2021, p. 3, DOI:10.13140/RG.2.2.12320.51200/1, [Online]
- Strauss, W., Howe, N., *Generations. The history of America's Future, 1584 to 2069*, Quill William Morrow, New York, 1991.
- Tanwar A.S., Evangelatos N., Venne J., Ogilvie L.A., Satyamoorthy K., Brand A., *Global Open Health Data Cooperatives Cloud in an Era of COVID-19 and Planetary Health*, , OMICS A Journal of Integrative Biology, vol. 25, nr. 3/2021, pp. 169-175, DOI: <https://doi.org/10.1089/omi.2020.0134>, [Online]
- Ungureanu, C.T., *Rolul domiciliului în responsabilitatea socială a grupurilor transnaționale de societăți în Uniunea Europeană*, în SUBB Iurisprudentia nr. 2/2021, pp.5-52, DOI: [https://doi.org/10.24193/SUBBjur.66\(2021\).2.1](https://doi.org/10.24193/SUBBjur.66(2021).2.1), [Online]
- Ungureanu, C.T., *Dreptul comerțului internațional*, Editura Hamangiu, București, 2018.
- Ungureanu, C.T., *Legalitate echivocă în comerțul internațional cu date*, în Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Tomul LXVIII/1, Seria Științe Juridice, 2022, pp. 7-35, DOI: <http://doi.org/10.47743/jss-2022-68-1-1>, [Online]
- Ungureanu, C.T., *Contractul cloud computing în comerțul internațional*, în Revista moldovenească de Drept Internațional și Relații Internaționale, vol. 37, nr. 3/2015, pp. 25-35, [Online]
- Veale, M., Zuiderveen Borgesius, F., *Adtech and Real-Time Bidding under European Data Protection Law*, în German Law Journal, vol. 23, nr. 2/2022, pp. 226–256, <https://doi.org/10.1017/glj.2022.18>, [Online]
- Yockey, J.W., *Does Social Enterprise Law matter?*, în Alabama Law Review, vol. 66, nr.4/2015, pp. 767- 824, DOI: <https://doi.org/10.2139/SSRN.2389024>, [Online]

Calitatea procesuală a persoanei juridice în procesul civil

The locus standi of the legal person in the civil process

Alin Speriusi-Vlad¹, Claudia Roșu²

Rezumat: În articol este analizată calitatea procesuală a persoanei juridice. Calitatea procesuală este una dintre condițiile de exercitare ale acțiunii civile și semnifică identitatea între persoana reclamantului și persoana care este titularul dreptului subiectiv dedus judecătăii, respectiv identitatea între persoana pârâtului și cel obligat în cadrul raportului juridic dedus judecătăii. Calitatea procesuală se poate transmite pe parcursul derulării procesului civil, prin transmisiune legală sau convențională. În cazul persoanelor juridice, transmisiunea legală operează în cazul în care persoana juridică, parte în proces, este supusă reorganizării. Exemplele practice evidențiază modul în care s-au invocat în fața instanței de judecată excepția lipsei calității procesuale a persoanei juridice.

Cuvinte-cheie: condiții de exercitare, acțiune civilă, calitate procesuală, transmisiune, excepția lipsei calității procesuale

Abstract: The article analyzes the locus standi of the legal person. The locus standi is one of the conditions for exercising the civil action and signifies the identity between the person of the plaintiff and the person who is the holder of the subjective right brought to trial, respectively the identity between the person of the defendant and the person who owns the obligation under suit. The locus standi can be transferred during the civil trial, through legal or conventional transmission. In the case of legal person, the legal transmission operates if the legal person, participating in a lawsuit, is subject to reorganization. The practical examples highlight the way in which the procedural exception of the lack of standing of the legal person was brought before the court.

Keywords: requirements for seeking protection in the lawsuit, civil action, locus standi, transmission, the exception of the lack of standing

1. Preliminarii

Orice justițiabil care urmărește să se adreseze instanței de judecată trebuie să respecte anumite cerințe legale, care sunt necesare pentru buna organizare a actului de justiție.

Pentru a se putea promova în fața instanței o acțiune civilă, art. 32 C. pr. civ., impune întrunirea în mod cumulativ a anumitor condiții, cunoscute sub denumirea generică de condiții de exercitare ale acțiunii civile.

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, e-mail: alin.speriusi@e-uvv.ro.

² Profesor univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, e-mail: claudia.rosu@e-uvv.ro .

Condițiile de exercitare ale acțiunii civile sunt: capacitatea procesuală; calitatea procesuală, pretenția concretă și interesul urmărit pentru punerea în mișcare a acțiunii civile.

Aceste condiții sunt imperative și cumulative, fiind necesare și obligatorii nu numai pentru cererea de chemare în judecată, dar și pentru apărări, care de regulă aparțin pârâtului³.

Calitatea procesuală este o condiție care trebuie să existe pentru ca un subiect de drept să fie parte într-un proces civil. Ea reprezintă, de fapt, identitatea între persoana reclamantului și persoana care este titularul dreptului subiectiv dedus judecătii, respectiv identitatea între persoana pârâtului și cel obligat în cadrul raportului juridic dedus judecătii⁴.

Art. 36 C. pr. civ., arată în mod expres ce se înțelege prin calitate procesuală, care rezultă din identitatea dintre părți și subiectele raportului juridic litigios, astfel cum acesta este dedus judecătii.

Astfel, calitatea procesuală este de două feluri, și anume, calitatea procesuală activă și calitatea procesuală pasivă.

Calitatea procesuală activă constă în identitatea dintre persoana reclamantului și titularul dreptului subiectiv dedus judecătii.

Calitatea procesuală pasivă constă în identitatea dintre persoana pârâtului și titularul obligației corelative dreptului subiectiv dedus judecătii.

2. Calitatea procesuală a persoanei juridice

Pentru analiza calității procesuale este suficient să se probeze că reclamantul este titularul dreptului din raportul juridic dedus judecătii, iar pârâtul este cel obligat în același raport juridic. În schimb, însăși existența/inexistența dreptului reclamantului, respectiv existența/inexistența obligației pârâtului privește chiar fondul procesului, ceea ce înseamnă că se vor stabili după cercetarea procesului și parcurgerea etapei dezbaterilor în fond⁵.

Pe lângă titularul dreptului subiectiv, art. 37 C. pr. civ., recunoaște legitimare procesuală și altor persoane. Astfel, în cazurile și condițiile prevăzute de lege, se pot introduce cereri sau se pot formula apărări și de persoane, organizații, instituții sau autorități, care, fără a justifica un interes personal, acționează pentru

³ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă, vol. I*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 296. <https://www.ujmag.ro/drept/drept-procesual-civil/tratat-de-procedura-civila-vol-i-vol-ii-vol-iii>

⁴ C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea generală*, Editura C.H. Beck, București, 2016, p. 41. https://www.beckshop.ro/drept-procesual-civil-partea-generală?gclid=Cj0KCQjwgYSTBhDKARIsAB8KukvbtB7R14yQnikN-UDhmGsY2614mF9Rk3jJLo7V-akUzOh-n-7mmmAaAkMEEALw_wcB

⁵ M. Tăbărcă, *Drept procesual civil, vol. I*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 187. https://www.ujmag.ro/drept/drept-procesual-civil/drept-procesual-civil-vol-i-teoria-generală?gclid=Cj0KCQjwgYSTBhDKARIsAB8KukvbtB7R14yQnikN-UDhmGsY2614mF9Rk3jJLo7V-akUzOh-n-7mmmAaAkMEEALw_wcB

apărarea drepturilor ori intereselor legitime ale unor persoane aflate în situații speciale sau, după caz, în scopul ocrotirii unui interes de grup ori general.

Legitimare procesuală este recunoscută și unor organizații. Astfel, în exercitarea atribuțiilor lor, de apărare a drepturilor membrilor lor, organizațiile sindicale au dreptul de a întreprinde orice acțiune prevăzută de lege, inclusiv de a formula acțiune în justiție în numele membrilor lor, în baza împuternicirii scrise din partea acestora. În exercitarea acestor atribuții, organele sindicale au recunoscută calitate procesuală activă, astfel cum dispune art. 28 din Legea dialogului social nr. 62/2011, republicată⁶.

Uneori, legitimarea procesuală activă a fost recunoscută deopotrivă altor persoane, organizații, instituții ori autorități, care nu sunt titulare ale dreptului dedus judecătii. De exemplu, punerea sub interdicție poate fi cerută de următoarele persoane: persoanele apropiate minorului, precum și administratorii și locatarii casei în care locuiește persoana pentru care se cere măsura; serviciul de stare civilă, cu prilejul morții unei persoane, precum și notarul public, cu prilejul deschiderii unei proceduri succesoriale; instanțele judecătorești, cu prilejul condamnării la pedeapsa penală a interzicerii drepturilor părintești; organele administrației publice locale, instituțiile de ocrotire, precum și orice altă persoană, cum dispune art. 165 C. civ.⁷

Uneori, în lege este stabilită și calitatea procesuală pasivă. De exemplu, cererea de anulare a hotărârii și deciziilor contrare legii, a actului de constituire sau statutului, se soluționează în camera de consiliu de către instanța competentă în circumscripția căreia persoana juridică își are sediul în contradictoriu cu persoana juridică în cauză, reprezentată prin administratori, astfel cum prevede art. 216 alin. (3) C. civ.⁸

Părțile trebuie să își legitimeze dreptul lor de a sta în instanță.

Obligația de legitimare a acestui drept revine reclamantului, care trebuie să își justifice atât calitatea sa procesuală activă, cât și calitatea procesuală pasivă a celui chemat în instanță.

Instanța este însă obligată să verifice existența calității procesuale active și pasive, chiar și din oficiu, deoarece raportul juridic de drept procesual se întemeiază doar pe un raport juridic de drept material existent.

Calitatea procesuală se poate transmite pe parcursul derulării procesului civil, prin transmisiune legală sau convențională. Potrivit art. 38 C. pr. civ., calitatea de parte se poate transmite legal sau convențional, ca urmare a transmisiunii, în condițiile legii, a drepturilor ori situațiilor juridice deduse judecătii.

În cazul persoanelor juridice, transmisiunea legală operează în cazul în care persoana juridică, parte în proces, este supusă reorganizării⁹.

Transmisiunea convențională intervine pe baza convenției dintre una din părțile procesului civil și o terță persoană, la fel ca în cazul cesiunii de creanță, a

⁶ M. Of. al României nr. 625, 31.08.2012, cu modificările și completările ulterioare.

⁷ M. Tăbărcă, *op. cit.*, p. 198.

⁸ *Idem*, p. 207.

⁹ C. Roșu, *op. cit.*, p. 44.

preluării datoriei, dacă există consimțământul creditorului, și a vânzării sau donării bunului litigios.

La fel ca și în dreptul substanțial, transmisiunea calității procesuale poate fi universală, cu titlu universal sau cu titlu particular.

Transmisiunea universală are loc în caz de fuziune sau de absorbție. Transmisiunea cu titlu universal intervine în caz de divizare totală sau parțială. Transmisiunea cu titlu particular are loc când drepturile și obligațiile transmise privesc anumite bunuri determinate.

Lipsa calității procesuale poate fi invocată pe bază de excepție, de oricare dintre părți, inclusiv de instanță din oficiu sau de către procuror. Ea poate fi invocată în orice stare a procesului, atrăgând ca sancțiune respingerea cererii de chemare în judecată. Acțiunea va fi respinsă de instanță ca fiind introdusă de o persoană fără calitate, în cazul în care reclamantul nu are calitate procesuală activă, sau împotriva unei persoane fără calitate, pentru că pârâtul nu are calitate procesuală pasivă.

Excepția lipsei calității procesuale active sau pasive este o excepție de fond, absolută și peremptorie. Odată constatată lipsa calității procesuale active sau pasive, instanța are obligația de a respinge cererea de chemare în judecată ca fiind introdusă de o persoană fără calitate sau împotriva unei persoane fără calitate¹⁰.

3. Aspecte practice referitoare la calitatea procesuală a persoanei juridice

3.1. Invocarea lipsei calității procesuale pasive de către Statul român¹¹

Prin cererea înregistrată pe rolul Judecătorei Pitești, reclamanta P. S. G., în contradictoriu cu pârâții P. M. P. și O. C. și P. I. A., a solicitat pronunțarea unei hotărâri prin care să se constate dreptul de proprietate al Parohiei S. G. I. asupra terenului de 1.200 mp și asupra clădirii Bisericii amplasată pe acest teren, emiterea unei hotărâri judecătorești care să ateste proprietatea Parohiei S. G. I. asupra terenului de 1.200 mp și asupra clădirii Bisericii amplasată pe acest teren, aceasta ținând loc de titlu de proprietate în vederea reactualizării/reconstituirii/actualizării cărții funciare existente, dar care nu se regăsește la Oficiul de Cadastru și Publicitate Imobiliară Argeș (O. C. P. I.) sau documentele pe care le dețin să fie recunoscute de către O. C. P. I. Argeș, cu cheltuieli de judecată.

În motivare reclamanta a arătat că deține documente prin care se constată dreptul de proprietate al parohiei asupra clădirii bisericii și terenurile învecinate.

De asemenea, reclamanta menționează că a făcut demersuri la primărie și a primit adrese prin care se arată că terenul aferent bisericii nu se află în inventarul bunurilor care aparțin domeniului public sau privat al unității administrativ-teritoriale.

¹⁰ *Idem*, p. 45.

¹¹ <http://www.rolii.ro/hotarari/5bcd0b4e49009e01e000034>, Tribunalul Argeș, Secția civilă, Decizia civilă nr. 4110/2018.

Solicită să se constate faptul că P. S. G. are documentele necesare de a face dovada proprietății asupra clădirii Bisericii și terenului aferent acesteia, din documente reieșind mp reali dar inexistenți fizic în posesia parohiei și să se emită o hotărâre prin care să poată face dovada în fața autorităților că sunt proprietari și, nu în ultimul rând, pentru redeschiderea unei cărți funciare pe numele parohiei.

Interesul în promovarea acțiunii este reprezentat de necesitatea de a avea un act care să ateste proprietatea parohiei asupra clădirii bisericii și terenului în suprafață de 1200 mp în vederea accesării de fonduri europene, dovada proprietății fiind condiție de eligibilitate.

Reclamanta și-a precizat cadrul procesual pasiv, în sensul că solicită derularea procedurii judiciare în contradictoriu cu pârâții Statul Român prin Ministerul Finanțelor Publice și Municipiul Pitești, prin primar, renunțând la judecarea cauzei în contradictoriu cu Primăria Municipiului Pitești și O. C. P. I. Argeș.

Solicită ca pe baza probelor ce vor fi administrate să se pronunțe o hotărâre prin care să se constate dreptul de proprietate al parohiei asupra terenului de 1200 mp, situat în Piața V. M. Pitești și asupra clădirii Bisericii, în suprafață de 266 m. p. amplasată pe acest teren, să se emită o hotărâre judecătorească care să ateste proprietatea parohiei asupra terenului de 1200 mp și asupra clădirii bisericii amplasată pe acest teren, aceasta ținând loc de titlu de proprietate în vederea reactualizării/reconstituirii/actualizării cărții funciare existente, dar care nu se regăsește la O. C. P. I. Argeș sau documentele pe care le deține sa fie recunoscute de către O. C. P. I. Argeș.

Pârâtul Statul Român prin Ministerul Finanțelor Publice a formulat întâmpinare prin care a invocat excepția inadmisibilității acțiunii, *excepția lipsei calității procesuale pasive (s. n.)*, iar pe fond, a solicitat respingerea acțiunii.

(...) (Pentru demersul nostru interesează doar excepția lipsei calității procesuale pasive – s. n.)

Cu privire la excepția lipsei calității procesuale pasive a Statului Român prin Ministerul Finanțelor Publice a arătat că imobilul „teren” în suprafață de 1200 mp și clădirea Bisericii amplasată pe acest teren nu constituie domeniu public al statului, în înțelesul art. 2 alin. 3 din Legea nr. 213/1998 privind proprietatea publică și regimul juridic al acesteia, coroborat cu art. 858 și urm. C. civ., astfel că acțiunea este promovată împotriva unei persoane lipsită de calitate procesuală pasivă.

Pârâta Municipiul Pitești a formulat întâmpinare prin care a invocat excepția lipsei calității procesuale pasive, iar pe fond, a solicitat respingerea acțiunii.

A invocat excepția lipsei calității procesuale pasive, motivat de faptul că, în urma verificărilor cadastrale efectuate de serviciul de specialitate, suprafața de teren nu se află în inventarul bunurilor care aparțin domeniului public sau privat al municipiului Pitești.

Reclamanta a formulat răspuns la întâmpinările depuse de pârâți prin care solicită respingerea excepțiilor invocate.

Cu privire la excepția lipsei calității procesuale pasive invocată de pârâțul Statul Român a arătat că existența sau inexistența drepturilor și obligațiilor afirmate constituie o chestiune de fond.

Dacă Statul Român are sau nu un drept asupra imobilului ce face obiectul prezentei judecați se verifică în cadrul dezbaterilor asupra fondului. Calitate procesuala are partea față de care reclamanta a înțeles să formuleze acțiune în justiție și în contradictoriu cu care solicită să se constate existența unui drept. Reclamanta a ales să ceară instanței de judecată să se constate că este titulara unui drept real în contradictoriu cu Statul Român, iar dacă a înțeles să obțină un titlu în contradictoriu cu acest subiect de drept înseamnă că Statul Român are calitate procesuală pasivă.

Reclamanta a înțeles să formuleze acțiune în justiție în contradictoriu cu Statul Român în considerarea faptului că a apreciat că acesta ar putea să pretindă drepturi asupra imobilului, cel puțin asupra terenului.

Cu privire la excepția lipsei calității procesuale pasive invocată de Municipiul Pitești, a arătat că pentru aceleași argumente pentru care a susținut că Statul Român are calitate procesuala pasivă susține și că Municipiul Pitești are calitate procesuală pasivă, fiind persoana juridică ce deține bunurile din domeniul public al unității administrativ teritoriale, respectiv persoana juridică în contradictoriu cu care solicită să se constate existența dreptului de proprietate.

Statul Român a învederat că bunurile ce fac obiectul cauzei nu aparțin domeniului public al statului. Municipiul Pitești a confirmat că terenul pe care este edificată biserica nu face parte din domeniul public și nici din domeniul privat al unității administrativ teritoriale. Primăria Municipiul Pitești a învederat că s-a inițiat o procedură administrativă în temeiul Legii Fondului Funciar pentru recunoașterea dreptului de proprietate asupra terenului, procedura cu privire la care Autoritatea Națională pentru Restituirea Proprietăților a emis o opinie în sensul că dreptul de proprietate nu ar putea fi recunoscut printr-o procedura administrativă, ci prin una judecătorească.

Municipiul Pitești confirmă, astfel, că o solicitare din partea unui subiect care deține un drept asupra unui teren adresată instanței de judecată de solicitare de constatare a existenței dreptului, este o solicitare corectă.

Prin sentință civilă, pronunțată de Judecătoria Pitești, au fost respinse ca neîntemeiate excepția inadmisibilității acțiunii și excepția lipsei calității procesuale pasive.

S-a luat act de renunțarea reclamantei la judecata cauzei în contradictoriu cu pârâții Primăria Municipiului Pitești și O. C. P. I. Argeș.

A fost admisă acțiunea așa cum a fost precizată, formulată de reclamanta în contradictoriu cu Municipiul Pitești, și Statul Român prin Ministerul Finanțelor Publice și s-a constatat că reclamanta este proprietara suprafeței de 1.180 m. p. teren și a clădirii Bisericii amplasată pe acest teren situat în intravilanul Municipiului Pitești, zona A – Centrul M., județul Argeș ce se învecinează la N cu Parcul cu fântâni arteziene, la E cu Parcul cu fântâni arteziene, la S cu Parcul cu

fântâni arteziene, teren identificat în schița anexă la raportul de expertiză întocmit de expert tehnic judiciar M. L.

În considerentele sentinței cu privire la excepția lipsei calității procesuale pasive invocată de pârâți instanța a reținut următoarele:

Reclamantul fiind cel care pornește acțiunea, trebuie să justifice atât calitatea procesuală activă, cât și calitatea procesuală pasivă a persoanei pe care a chemat-o în judecată, prin indicarea obiectului cererii și a motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază pretenția sa.

Având în vedere că pârâții Statul Român prin Ministerul Finanțelor Publice și Municipiul Pitești ar putea să pretindă aceleași drepturi asupra imobilului, confirmând prin întâmpinările formulate că terenul în litigiu nu face parte nici din domeniul public al statului, nici din domeniul public și nici din domeniul privat al unității administrativ teritoriale, instanța a respins, ca neîntemeiate, excepțiile invocate.

Mai mult, în ceea ce privește excepția invocată de pârâțul Statul Român bunurile fără stăpân sunt ale statului.

Cum în situația din speță nu reiese în niciun fel că terenul ce face obiectul cauzei ar aparține unității administrativ teritoriale sau vreunei alte persoane, nefiind revendicat de nimeni, fără însă ca reclamanta să dețină un titlu de proprietate, reiese în mod evident că obligat în raportul juridic dedus judecării este și pârâțul Statul Român.

Mai mult, s-a reținut că are calitate procesuală pasivă orice subiect de drept în contradictoriu cu care reclamantul solicită să se constate existența sau inexistența unui drept.

Sentința a fost apelată de apelanții-pârâți Statul Român prin Ministerul Finanțelor Publice și Municipiul Pitești, motivat de faptul că, în mod eronat instanța de fond a apreciat asupra calității procesuale pasive a acestora în prezenta cauză.

În susținerea apelului, apelantul Statul Român a arătat că nu are calitate procesuală pasivă deoarece imobilele teren în suprafață de 1200 mp pe care se află construcția cu destinație biserică, nu aparțin domeniului public al statului, acestea fiind strict reglementate de dispozițiile art. 3 pct. 4 din Legea nr. 215/1998 raportat la art. 5 din Legea nr. 18/1991 republicată.

Apelantul Municipiul Pitești a arătat că nu are calitate procesuală pasivă argumentat de faptul că nu a deținut și nu deține în proprietate imobilele pentru care s-a solicitat constatarea dreptului de proprietate și totodată nu a rezultat existența unei exproprieri sau preluări de la stat, în orice modalitate a acestor imobile.

De asemenea, a arătat că, această parte nu a invocat niciodată un drept de proprietate asupra imobilelor în cauză.

Reclamanta a depus întâmpinare solicitându-se respingerea apelurilor ca nefondate și menținerea ca legală și temeinică a sentinței instanței de fond.

Analizând sentința apelată prin prisma motivelor invocate, în funcție de probele administrate în cauză, tribunalul a apreciat că apelul este nefondat.

Instanța de fond a analizat atât excepția inadmisibilității cât și excepția lipsei calității procesuale pasive a pârâților în raport de dispozițiile art. 36 C. pr. civ. și față de probele administrate în cauză și apărările formulate, reținând că bunurile nu au fost revendicate de alte persoane fizice sau juridice, iar reclamanta nu deține încă un titlu de proprietate, deși a exercitat o posesie utilă, neviciată și neîntreruptă de peste 30 de ani, situație de fapt și de drept necontestată de pârâți.

Mai mult decât atât, raportul de expertiză efectuat în cauză față de care părțile nu au formulat obiecțiuni, evidențiază susținerile părților.

Ca urmare, instanța de fond a stabilit corect situația de fapt și de drept, iar față de dispozițiile art. 480 alin.1 C. pr. civ., apelurile vor fi respinse ca nefondate.

În opinia noastră, instanțele de judecată au apreciat corect că Statul Român are calitate procesuală pasivă, deoarece potrivit art. 223 alin. 1 C. civ., „*în raporturile civile în care se prezintă nemijlocit, în nume propriu, ca titular de drepturi și obligații, statul participă prin Ministerul Finanțelor Publice, afară de cazul în care legea stabilește un alt organ în acest sens*”.

În ceea ce privește municipiul din speță, considerăm că în mod nejustificat s-a invocat excepția lipsei calității procesuale pasive, având în vedere prevederile art. 223 alin. 2 C. civ., care dispun că „*dispozițiile de la alin. 1 sunt aplicabile în mod corespunzător și unităților administrativ-teritoriale care participă la raporturile civile în nume propriu, prin organele prevăzute de lege*”.

3.2. Invocarea lipsei calității procesuale pasive de către succesoarea persoanei juridice inițiale¹²

Prin acțiunea civilă înregistrată pe rolul Judecătoriei Târgu-Jiu reclamanții A. A. A. și B. B. au chemat în judecată pe pârâtele S. BANCPOST S. A., D. D. și E. E. S.A, solicitând instanței ca, prin sentința ce se va pronunța, să se constate nulitatea absolută a clauzelor înscrise la art. IV pct. 1 din contractul de credit - condiții generale de creditare: „rambursarea creditului se va face în rate lunare conform graficului de rambursare (anexa 1) ce va fi semnat și ridicat de împrumutat, ca fiind clauză abuzivă; stabilizarea (înghețarea) cursului de schimb valutar pentru achitarea creditului la cursul valabil la data încheierii și semnării contractului de credit, conform cotației B. N. R. la momentul tragerii creditului; obligarea pârâtelor la returnarea sumelor încasate, în urma fluctuației cursului valutar (sume provenite din diferența de curs valutar), ca diferență de la cursul de schimb de la momentul semnării contractului și până în prezent, actualizate la data plății cu rata inflației și dobânda legală aferentă; cu cheltuieli de judecată.

Prin sentință s-a admis acțiunea civilă și s-a constatat nulitatea absolută a clauzelor înscrise la art. IV pct. 1 din contractul de credit - condiții generale de creditare.

S-a dispus stabilizarea înghețarea cursului de schimb valutar pentru achitarea creditului la cursul valabil la data încheierii și semnării contractului de credit, conform cotației B. N. R. la momentul tragerii creditului.

¹² <http://www.rolii.ro/hotarari/60667ab5e49009201000042>, Tribunalul Gorj, Secția a II-a civilă, Decizia nr. 121/2021.

Au fost obligă pârâtele la returnarea sumelor încasate ca diferența a cursului de schimb de la momentul semnării contractului și până în prezent, sume ce vor fi actualizate la data plății cu rata inflației și dobânda legală aferentă și la plata sumei de 1000 lei cheltuieli de judecată către reclamanți.

Reclamantele au încheiat cu pârâtele contractul de credit în franci elvețieni, pentru o perioadă de 420 luni, contract prin care au achiziționat un imobil, apartament cu 2 camere, a fost instituita ipoteca de rang I în favoarea Băncii.

În domeniul raporturilor contractuale dintre un profesionist și un consumator, se aplică norme speciale de determinare a caracterului abuziv al unor clauze contractuale. Legiuitorul român, prin Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, a transpus Directiva 93/13 privind clauzele abuzive.

În accepțiunea art. 4 din Legea nr. 193/2000, art. 78 din Legea nr. 296/2004 și art. 2 pct. 16 din O. G. nr. 21/1992, clauza abuzivă este acea clauza inserată în contract care, nefiind negociată direct cu consumatorul, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează în detrimentul consumatorului, contrar cerințelor bunei credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților.

Având în vedere că schimbarea condițiilor economice a fost imprevizibilă iar reclamanții nu au avut cunoștințele de specialitate în domeniul financiar-bancar care să le permită anticiparea unei devalorizări vădite a leului față de francul elvețian se poate considera că revizuirea efectelor contractului corespunde acordului de voință al părților întrucât hipervalorizarea CHF deturneză contractele de la scopul în vederea cărora au fost încheiate schimbând natura acestora, astfel că executarea lor în contextul actual nu mai corespunde voinței părților de la momentul încheierii contractului.

Împotriva sentinței a declarat apel C. C. S. A. care a preluat calitatea procesuală a Bancpost S. A., solicitând admiterea prezentului apel, cu consecința schimbării în tot a sentinței apelate, în sensul respingerii cererii de chemare în judecată ca introdusă împotriva unei persoane care nu are calitate procesuală pasivă, iar în subsidiar ca neîntemeiată.

C. C. S. A. a preluat calitatea procesuală a Bancpost S. A. prin efectul fuziunii prin absorbție. Prin sentință civilă Tribunalul Specializai Cluj a constatat legalitatea hotărârii Adunării Generale Extraordinare a acționarilor Băncii Transilvania S. A. și a Hotărârii Adunării Generale Extraordinare a acționarilor Bancpost S. A. prin care s-a aprobat fuziunea prin absorbție dintre C. C. S. A. și Bancpost S. A.

Astfel, personalitatea juridică a Bancpost S. A. a încetat, întreg patrimoniul acesteia fiind transmis, cu titlu universal, către C. C. S. A.

De aceea, toate drepturile și obligațiile de drept procesual sau substanțial, inclusiv calitatea procesuala, care s-au născut sau se vor naște din litigiul ce face obiectul prezentului dosar aflat pe rolul acestei instanțe, au fost sau vor fi preluate (în cazul celor viitoare) de C. C. S. A.

Apelanta a solicitat instanței să se ia act de fuziunea intervenită, cu consecința citării pe viitor a Băncii Transilvania S. A., în locul BancPost S.A.

În atare situație, înțelege să invoce lipsa calității procesuale pasive a sa având în vedere că pentru a putea avea calitatea de pârât în cauză trebuie să existe identitate între obligata în cadrul raportului juridic dedus judecării.

În acest sens, a arătat că, anterior fuziunii B. T. - Bancpost S. A., aceasta din urmă a cesionat creanța izvorâtă din contractul de credit. Pe cale de consecință, la momentul fuziunii, Bancpost S. A. nu mai avea calitatea de creditor, și pe cale de consecință nu deține nici calitate procesuală pasivă.

Intimații reclamanți au depus la dosar întâmpinare la motivele de apel solicitând respingerea apelului și menținerea sentinței pronunțate ca fiind temeinică și legală și acordarea cheltuielilor de judecată.

În ceea ce privește excepția lipsei calității procesuale pasive a Băncii Transilvania S. A., solicită respingerea acesteia motivat de faptul că deși BancPost S. A. a cesionat creanța către EUROBANK ERGASIAS S. A., totuși aceasta are calitate procesuală pasivă fiind persoana juridică care a încheiat contractul de credit respectiv.

Având în vedere faptul că între C. C. S. A. și BancPost S.A. a intervenit procedura fuziunii prin absorbție, personalitatea juridică a BancPost S. A. a încetat, iar întreg patrimoniul acesteia, drepturi și obligații, fiind transmis către C. C. S. A., drept consecință C. C. S. A. are calitate procesuală pasivă.

Niciunul dintre motivele de apel invocat de apelantă nu este întemeiat, instanța de fond analizând în mod corect probatoriul administrat în cauză și interpretând în mod just dispozițiile legale în materie atunci când a admis acțiunea și a constatat caracterul abuziv al clauzelor contractuale inserate în contractul de credit la art. IV pct. I din contractul de credit-condiții generale.

Tribunalul a analizat apelul prin prisma criticilor formulate, a dispozițiilor legale naționale aplicabile în materie, a dispozițiilor dreptului comunitar, precum și a jurisprudenței recente a CJUE, a constatat că este întemeiat.

Convenția de credit încheiată între reclamanți și pârâtă este un contract de adeziune, standard, preformat de către bancă, în care consumatorul nu poate să intervină, având doar opțiunea de a alege un anumit tip de contract și de a adera sau nu la el. Convenția cuprinde clauze privitoare la moneda contractului și la rambursarea creditului în CHF, părțile convenind ca plățile să fie efectuate în moneda creditului, conform scadențarului, împrumutată având obligația depunerii în cont a ratei lunare în CHF, iar Banca fiind autorizată, de către împrumutată, să debiteze la scadență contul, având dreptul să efectueze schimbul valutar, în numele și pentru împrumutați, prin utilizarea propriilor cotații.

În speță, din clauzele stipulate în contract rezultă că rambursarea ratelor de credit se va face în aceeași monedă în care a fost acordat creditul, rezultând astfel transpunerea principiului nominalismului monetar consacrat de art. 1578 C. civ. (1864) potrivit căruia „Obligațiunea 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.”

Clauzele din contract privind restituirea, în speță, a împrumutului în aceeași monedă în care împrumutul a fost contractat, precum și suportarea diferenței de curs valutar de către împrumutat transpune dispoziția legală națională din Codul civil în vigoare la data încheierii contractului [art. 1578 C. civ (1864)], fiind exclusă de la cercetarea caracterului abuziv, în acest sens fiind dispozițiile art. 3 alin. 2 din Legea nr. 193/2000, art. 1 alin. 2 din Directiva 93/13, dar și statuările exprese ale C. J. U. E. din cauza C-81/19.

Prin urmare, tribunalul nu a mai analizat celelalte critici și apărări referitoare la condițiile prevăzute de art. 4 din Legea nr. 193/2000, pentru a se verifica caracterul abuziv al clauzei contractuale contestată, acestea fiind nerelevante în condițiile în care clauza este exclusă de la cercetarea pretinsului caracter abuziv.

Față de cele reținute în temeiul art. 480 C. pr. civ. a admis apelul și a schimbat sentința, în sensul respingerii cererii de chemare în judecată.

În opinia noastră, instanța de apel a pronunțat o soluție greșită raportat la faptul că principala critică a apelantei s-a întemeiat pe excepția lipsei calității procesuale pasive. Aceasta avea prioritate față de soluția pe fond a cauzei, deoarece dacă această excepție s-ar fi admis, instanța de apel nu ar mai fi analizat nimic, deoarece potrivit art. 40 alin. 1 C. pr. civ., „*în cazul lipsei calității procesuale, instanța va respinge cererea ca fiind făcută împotriva unei persoane fără calitate*”.

Dacă însă ar fi respins excepția, abia apoi ar fi putut să verifice modul în care prima instanță a soluționat fondul cauzei.

Din motivare însă, reiese că instanța de apel nu a analizat excepția lipsei calității procesuale pasive cu care a fost investită, ci a trecut direct la soluționarea fondului cauzei, pronunțând, în opinia noastră o soluție nelegală și netemeinică.

3.3. Decizia nr. 2 din 15 februarie 2016 privind reconstituirea vechimii în muncă/constatarea încadrării activității desfășurate în grupele I și/sau a II-a de muncă, în situația în care fostul angajator nu mai există, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție -Completul competent să judece recursul în interesul legii¹³

Instanța supremă a soluționat recursul în interesul legii privind reconstituirea vechimii în muncă/constatarea încadrării activității desfășurate în grupele I și/sau a II-a de muncă, în situația în care fostul angajator nu mai există. Problematika supusă analizei pare una de nișă, chiar și în domeniul dreptului muncii, respectiv cea a reconstituirii vechimii în muncă și a constatării încadrării activității desfășurate în grupele I sau a II-a de muncă, în ipoteza în care fostul angajator nu mai există. În realitate, însă, analiza instanței supreme prezintă un interes mult mai ridicat, deoarece tranșează, în mod argumentat, o chestiune de drept procesual civil, care ar putea fi subsumată ipotezei în care o persoană este nevoită să apeleze la serviciul public al justiției pentru tranșarea (remedierea sau clarificarea) unei situații juridice conflictuale, care are la bază un raport juridic de

¹³ M. Of. al României nr. 263, 7 04. 2016.

drept substanțial între reclamant și o altă persoană, care nu mai există (aceasta neavând niciun succes), punându-se problema cu cine mai poate să se judece reclamantul. Înalta Curte de Casație și Justiție oferă în acest Recurs în Interesul Legii un răspuns pentru o situație particulară, dar argumentele pe care se bazează par să constituie o formulă general valabilă într-o astfel de ipoteză pentru identificarea unei soluții¹⁴.

Ipoteza care stă la baza cazului particular analizat prin Decizia nr. 2/2016 - cea a inexistenței uneia din părțile raportului juridic de drept substanțial, în cazul particular al deciziei 2/2016 fiind vorba de inexistența angajatorului - nu este tranșată de legea procesual civilă, pentru că aparent, din perspectiva dreptului material, nu ar fi nevoie. Obligațiile se sting prin plată, iar atunci când nu se sting, se transmit succesorilor prin moștenire. Din această premisă enunțată, în mod voit, lacunar, rezultă, cel puțin aparent, că în orice situație în care titularul unui drept subiectiv dorește să-l valorifice pe plan procesual poate să o facă întotdeauna în contradictoriu cu subiectul pasiv al raportului de drept substanțial, respectiv cu succesorul acestuia. Din punct de vedere procesual, această premisă este, dacă nu naivă, cel puțin școlastică, deoarece urmărește să scoată în evidență exclusiv principiile dreptului civil, iar nu situațiile concrete întâlnite în practică.

Mai precis se pune problema calității procesuale pasive, având în vedere că debitorul din raportul de drept substanțial nu mai există, din punct de vedere juridic. În cazul particular analizat prin Decizia nr. 2/2016 instanța supremă reține „*chestiunile în discuție supun verificării un aspect procedural în categoriile de acțiuni amintite, și anume cel al calității procesuale pasive în cazul în care angajatorul nu mai există din punct de vedere juridic*”.

Într-o primă etapă, instanța supremă stabilește că dobândește calitate procesuală pasivă succesorul cu titlu particular căruia i se transmite obligația corelativă dreptului substanțial pe care reclamantul îl valorifică pe plan procesual. Acest *dixit* al Înaltei Curți de Casație și Justiție este de la sine înțeles, pentru că succesorul universal, cu titlu universal sau cu titlul particular au vocația de a dobândi calitate procesuală, aspect avut în vedere inclusiv de noua legislație procesuală prin mecanismul art. 39 C. pr. civ.¹⁵. Mai precis succesorii universali și

¹⁴ Analiza parțială a Deciziei nr. 2 din 15 februarie 2016 referitoare la recursul în interesul legii privind reconstituirea vechimii în muncă/constatarea încadrării activității desfășurate în grupele I și/sau a II-a de muncă, în situația în care fostul angajator nu mai există, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - completul competent să judece recursul în interesul legii este reluată aici din articolul *Ce faci când trebuie să te judeci și (aparent) nu ai cu cine?* Notă la Decizia nr. 2 din 15 februarie 2016 referitoare la recursul în interesul legii privind reconstituirea vechimii în muncă/constatarea încadrării activității desfășurate în grupele I și/sau a II-a de muncă, în situația în care fostul angajator nu mai există, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul competent să judece recursul în interesul legii, publicat de Alin Speriusi-Vlad în Revista Română de Jurisprudență, nr. 2/2016, pp. 170-180. <https://www.ujmag.ro/reviste/revista-romana-de-jurisprudenta-nr-2-2016>

¹⁵ În acest sens, art. 39 C. proc. civ. – Situația procesuală a înstrăinătorului și a succesorilor săi „(1) Dacă în cursul procesului dreptul litigios este transmis prin acte între vii cu titlu

cei cu titlu universal, sunt în realitate, după cum o arată și dispozițiile civile de drept material¹⁶, continuatori ai personalității autorului lor, respectiv cel de la care au dobândit patrimonial sau o fracțiune din acesta, inclusiv obligația corelativă dreptului substanțial pe care reclamantul îl valorifică pe plan procesual. Succesorii universali sau cu titlu universal nu sunt terți propriu-ziși față de raportul de drept procesual al autorului lor, încadrându-se în categoria terților aparenti, ai avânzilor cauză mai precis, astfel cum sunt ei amintiți cu ocazia studiului principiului relativității efectelor actului juridic civil¹⁷. În această calitate, actele procesuale încheiate de autorul lor, inclusiv acțiunea civilă introdusă în fața primei instanțe, își produce efectele și față de ei.

Succesorul cu titlul particular, inclusiv dobânditorul drepturilor litigioase, este și el un având cauză, conform acelorași dispoziții de drept material¹⁸, dobândind calitate procesuală pasivă în litigiile al căror obiect este format din obligațiile care i-au fost transmise de către autorul său. *In genere* succesorul cu titlu particular are calitatea de parte – conform art. 39 alin. (2) prima teză C. proc. civ. – fie alături de înstrăinător, în cazul transmisiunii prin acte între vii, sau succesorul universal ori cu titlu universal, în cazul transmisiunii pentru cauză de moarte, fie de unul singur, conform art. 39 alin. (2) teza finală C. pr. civ. Potrivit doctrinei, păstrarea sau înlăturarea din proces a înstrăinătorului se face „după cum există sau nu poziții contrare între acesta și dobânditor în legătură cu transmiterea calității procesuale în cauza respectivă. În măsura în care înstrăinătorul confirmă transmiterea calității, prezența acestuia în proces este inutilă. Dacă însă înstrăinătorul ridică obiecții cu privire la actul de transmitere a calității, atunci prezența în proces a

particular, judecata va continua între părțile inițiale. Dacă însă transferul este făcut, în condițiile legii, prin acte cu titlu particular pentru cauză de moarte, judecata va continua cu succesorul universal ori cu titlu universal al autorului, după caz. (2) În toate cazurile, succesorul cu titlu particular este obligat să intervină în cauză, dacă are cunoștință de existența procesului, sau poate să fie introdus în cauză, la cerere ori din oficiu. În acest caz, instanța va decide după împrejurări și ținând seama de poziția celorlalte părți, dacă înstrăinătorul sau succesorul universal ori cu titlu universal al acestuia va rămâne sau, după caz, va fi scos din proces. Dacă înstrăinătorul sau, după caz, succesorul universal ori cu titlu universal al acestuia este scos din proces, judecata va continua numai cu succesorul cu titlu particular care va lua procedura în starea în care se află la momentul la care acesta a intervenit sau a fost introdus în cauză. (3) Hotărârea pronunțată contra”.

¹⁶ În acest sens, art. 953 C. civ. – Noțiune „Moștenirea este transmiterea patrimoniului unei persoane fizice decedate către una sau mai multe persoane în ființă”, dar mai ales art. 1282 alin. (1) NCC „La moartea unei părți, drepturile și obligațiile contractuale ale acesteia se transmit succesorilor săi universali sau cu titlu universal, dacă din lege, din stipulația părților ori din natura contractului nu rezultă contrariul”.

¹⁷ G. Boroi, C. A. Angheliescu, *Curs de drept civil: Partea generală*, ed. a II-a, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 222-235. <https://www.hamangiu.ro/curs-de-drept-civil-partea-generală>.

¹⁸ În acest sens, art. 1282 alin. (2) C. civ. „Drepturile, precum și, în cazurile prevăzute de lege, obligațiile contractuale în strânsă legătură cu un bun se transmit, odată cu acesta, succesorilor cu titlu particular al părților”.

acestui este necesară, deoarece tranșarea problemei legate de calitatea procesuală nu se va putea face în mod legal fără ascultarea acestuia. Instanța se va pronunța asupra scoaterii din proces a înstrăinătorului prin încheiere interlocutorie. Legea nu determină cât timp va putea fi ținut în proces înstrăinătorul, dar se deduce că instanța îl va păstra în proces până se va lămuri asupra transmiterii dreptului, în extremis, acest moment putând fi și cel al hotărârii finale, prin care va decide față de cine a admis sau a respins acțiunea”¹⁹.

Raportat la dispozițiile legale, dat fiind că și succesorul cu titlu particular ia procedura în starea în care se află la momentul intervenirii sale sau introducerii sale în cauză, după cum arată dispozițiile art. 39 alin. (2) teza finală C. pr. civ., se demonstrează faptul că și acesta este un continuator al personalității autorului său pentru dreptul sau bunul (însoțit de obligația corelativă) care i-a fost transmis.

Analiza statutului succesorului cu titlu particular, raportat la succesorul universal și cel cu titlu universal, scoate în evidență faptul că, aproape în toate cazurile succesorul cu titlu particular este continuatorul personalității autorului său doar cu privire la drepturile și bunurile care i-au fost transmise, având, aparent, vocația de a dobândi, exclusiv, calitate procesuală activă, pentru că nu i se transmit obligații, ci doar drepturi. Totuși art. 1282 alin. (2) C. civ. stabilește că succesorului cu titlu particular nu i se transmit doar drepturi, ci și obligații contractuale în strânsă legătură cu un bun. În analiza făcută în Decizia nr. 2/2016, instanța supremă concluzionează că succesorul cu titlu particular dobândește calitate procesuală pasivă și ca urmare a obligațiilor care i se transmit *ex lege*, obligații care își au originea în raportul juridic de drept substanțial la care a fost parte autorul său.

Mai precis, în cazul concret „*dedus judecării*”, al angajatorului care nu mai există, efortul considerabil al Înaltei Curți de Casație și Justiție a fost în sensul de a identifica dispozițiile legale²⁰ în baza cărora obligațiile angajatorului s-au transmis către succesorul cu titlu particular, care a fost astfel identificat cu precizie, respectiv „*deținătorului actual al arhivei în care se păstrează documentele cu valoare practică (în forma inițială a Legii Arhivelor Naționale nr. 16/1996, Ministerului Muncii și Protecției Sociale sau direcțiilor județene ale acestuia; ulterior, conform modificărilor succesive aduse acestei legi, (...), caselor județene de pensii/ale sectoarelor municipiului București, respectiv Arhivelor Naționale sau direcțiilor județene ale*

¹⁹ V. M. Ciobanu, T.C. Briciu, *Câteva reflecții cu privire la soluțiile din doctrină și jurisprudență privind unele probleme ivite în aplicarea NCPC*, 2014, <http://www.juridice.ro/325265/cateva-reflectii-cu-privire-la-solutiile-din-doctrina-si-jurisprudenta-privind-unele-probleme-ivite-in-aplicarea-ncpc.html> (accesat 14.04.2022).

²⁰ A se vedea pct. 22 din Decizia nr. 2 din 15 februarie 2016 referitoare la recursul în interesul legii privind reconstituirea vechimii în muncă/constatarea încadrării activității desfășurate în grupele I și/sau a II-a de muncă, în situația în care fostul angajator nu mai există, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - completul competent să judece recursul în interesul legii „*În confirmarea celor reținute anterior, dispozițiile art. 125 din Normele de aplicare a Legii nr. 263/2010 privind sistemul unitar de pensii publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 257/2011, prevăd că angajatorii sau orice alți deținători de arhive sunt direct răspunzători, în condițiile legii, de exactitatea și corectitudinea conținutului adevărurilor pe care le eliberează în vederea stabilirii drepturilor de pensie*”.

acestora; operatorilor economici autorizați în prestarea de servicii arhivistice, în forma actuală a legii). Toate aceste persoane juridice dobândesc, în raport cu data preluării arhivei și forma legii în vigoare la momentul respectiv, calitate procesuală pasivă în cadrul unui litigiu având ca obiect eliberarea unei adeverințe constatatoare a raportului de muncă (acțiunea vizând obligația de a face)”. În esență, instanța supremă statuează că transferul unui activ de la fostul angajator, care nu mai există, activ reprezentat de arhiva acestuia, către „deținătorul actual al arhivei în care se păstrează documentele cu valoare practică”, îi transmite, respectiv îi conferă acestuia și calitatea procesuală pasivă în litigiile referitoare la aceste documente cu valoare practică, respectiv litigiile referitoare la reconstituirea vechimii în muncă/constatarea încadrării activității desfășurate în grupele I și/sau a II-a de muncă. Aceasta deoarece deținătorului actual al arhivei îi incumbă obligația de a elibera adeverința din care să rezulte „informațiile referitoare la vechimea în muncă sau în grupa de muncă”, acestea (informațiile) existând în documentele arhivate²¹, primite de la fostul angajator, care nu mai există și căruia îi incumba *ab initio* această obligație.

Întrebarea firească este ce se întâmplă atunci când nu există un succesor cu titlu particular al subiectului pasiv al raportului juridic de drept substanțial dedus judecății, în contradictoriu cu care subiectul activ să-și valorifice, pe plan procesual, dreptul subiectiv, respectiv - în cazul concret analizat de instanța supremă prin Decizia nr. 2/2016 – „în situația în care nu există documente primare, iar angajatul nu poate dovedi, independent de motive, situația pretinsă”, fie că documentele primare au fost distruse sau nu au fost întocmite, Înalta Curte de Casație și Justiție statuează că într-o astfel de situație, calitate procesuală pasivă are persoana interesată să se opună la valorificarea dreptului pretins de către reclamant chiar dacă nu este debitor în raportul juridic de drept substanțial, în cazul concret casa teritorială de pensii, aceasta fiind „singura entitate chemată să valorifice aspectele ce țin de vechimea în muncă în procesul de stabilire a drepturilor de pensie”²².

²¹ A se vedea pct. 23 din Decizia nr. 2 din 15 februarie 2016 referitoare la recursul în interesul legii privind reconstituirea vechimii în muncă/constatarea încadrării activității desfășurate în grupele I și/sau a II-a de muncă, în situația în care fostul angajator nu mai există, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - completul competent să judece recursul în interesul legii „Prin urmare, raportat la premisa inexistenței juridice a angajatorului - lichidat și radiat - Înalta Curte de Casație și Justiție constată că, în ipoteza în care există acte primare și angajatul nu posedă carnet de muncă, ceea ce aparent, potrivit art. 279 alin. (2) din Codul muncii, i-ar deschide calea unei acțiuni în reconstituirea vechimii în muncă sau, potrivit art. 111 din Codul de procedură civilă din 1865/art. 35 din Codul de procedură civilă, a unei acțiuni în constatarea încadrării în grupele superioare de muncă, persoana respectivă poate solicita, în temeiul unei acțiuni în realizare (obligație de a face), eliberarea unei adeverințe constatatoare în acest sens, în contradictoriu cu deținătorii de arhive. Într-un asemenea caz, o acțiune în reconstituirea vechimii în muncă/în recunoașterea activității desfășurate în grupele superioare de muncă ar apărea ca lipsită de interes, de vreme ce informațiile referitoare la vechimea în muncă sau în grupa de muncă există în documentele arhivate și pot fi dovedite prin eliberarea unor adeverințe de către persoanele juridice amintite”;

²² A se vedea pct. 28-30 din Decizia nr. 2 din 15 februarie 2016 referitoare la recursul în interesul legii privind reconstituirea vechimii în muncă/constatarea încadrării activității

Premisa soluției stabilite de instanța supremă pleacă de la faptul că, în ipoteza studiată, dreptul subiectiv nu poate fi valorificat de către titularul său pe plan substanțial, datorită inexistenței debitorului. Altfel spus, dreptul subiectiv subzistă, însă doar în mod virtual, existența sau realizarea sa concretă, indubitabilă, neputând fi certificată decât de către debitorul din raportul juridic substanțial, însă acesta nu mai există. Într-o astfel de situație singura posibilitate pe care o are titularul dreptului este de a-l valorifica pe plan procesual, însă (cel puțin aparent) problema persistă, deoarece acesta nu are cu cine să se judece. Pentru a rezolva această dilemă, Înalta Curte de Casație și Justiție invocă necesitatea asigurării dreptului de acces la justiție²³, însă această necesitate este doar un „*ingredient*”, iar nu o justificare conceptuală suficientă. Din punctul nostru de vedere, instanța supremă prin Decizia nr. 2/2016 nu se îndepărtează de relația indisolubilă dintre raportul juridic de drept substanțial și raportul litigios atunci când identifică pârâtul cu care trebuie să se judece reclamantul și în această ipoteză, când, aparent, pârâtul nu există, mai ales când vorbim despre persoana juridică, aceasta neavând moștenitori.

desfășurate în grupele I și/sau a II-a de muncă, în situația în care fostul angajator nu mai există, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - completul competent să judece recursul în interesul legii „28. În acest caz, Înalta Curte de Casație și Justiție constată că justifică legitimare procesuală pasivă casele teritoriale de pensii, întrucât acestea sunt singurele entități abilitate de lege să emită deciziile de pensie, în baza tuturor documentelor apte a certifica stagiile de cotizare, hotărârea judecătorească prin care se recunoaște vechimea în muncă fiind un astfel de document. 29. Chiar dacă nu este debitor în raportul juridic de drept substanțial, întrucât nu este parte în raportul juridic de muncă și nu are, printre atribuțiile stabilite în sarcina sa prin art. 139 din Legea nr. 263/2010, cu modificările și completările ulterioare, și pe cea a recunoașterii vechimii în muncă, casa teritorială de pensii reprezintă singura entitate chemată să valorifice aspectele ce țin de vechimea în muncă în procesul de stabilire a drepturilor de pensie. 30. Ca atare, în cazul dispariției, din punct de vedere juridic, a angajatorului, este și singura persoană interesată să se opună la valorificarea drepturilor pretinse de angajat, în ipoteza în care acestea nu ar fi conforme cu dispozițiile legale în materie, și, în consecință, singura entitate care trebuie să stea în procesul de recunoaștere a acestor drepturi”.

²³ A se vedea pct. 31 din Decizia nr. 2 din 15 februarie 2016 referitoare la recursul în interesul legii privind reconstituirea vechimii în muncă/constatarea încadrării activității desfășurate în grupele I și/sau a II-a de muncă, în situația în care fostul angajator nu mai există, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - completul competent să judece recursul în interesul legii „În justificarea acestei soluții, Înalta Curte de Casație și Justiție are în vedere și asigurarea dreptului de acces la justiție, recunoscut de art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și de art. 21 din Constituția României, drept care trebuie să fie unul efectiv, iar nu iluzoriu. Or, a considera că, în cazul în care angajatorul nu mai există, fostul salariat se află în imposibilitate de a-și valorifica drepturile în legătură cu vechimea în muncă [demers recunoscut de lege conform art. 279 alin. (2) din Codul muncii], determinată de „lipsa unui pârât”, reprezintă o interpretare care ar afecta grav dreptul în discuție și ar constitui totodată un refuz nejustificat al instanței de soluționare a cauzei, denumit în accepțiunea Codului civil din 1864 „denegare de dreptate” (art. 3) și sancționat ca atare”.

4. Concluzii

Raportul juridic de drept procesual nu reprezintă altceva decât o continuare, respectiv o transpunere pe plan procesual a raportului juridic de drept material. Practic, obiectul procesului civil și al raportului de drept procesual nu este altceva decât obiectul raportului juridic de drept material, indiferent de pretenția concretă a reclamantului dedusă judecătii.

Cum este totuși păstrată legătura dintre raportul juridic de drept substanțial și raportul litigios dedus judecătii, în situația în care pârâtul, persoană juridică, cu care ajunge să se judece reclamantul nu este debitor în raportul de drept material? De regulă raportul litigios succede raportului juridic de drept substanțial, reclamantul și pârâtul fiind, în mod necesar, creditor și debitor într-un raport juridic. În cazul în care reclamantul nu are cu cine să se judece - respectiv ipoteza inexistenței debitorului persoană juridică din raportul juridic de drept substanțial - ordinea este inversată, raportul litigios precedând raportul de drept substanțial, reclamantul ajungând să se judece cu un anumit pârât, de cele mai multe ori tot o persoană juridică, în prefigurarea raportului juridic de drept substanțial pe care urmează să-l aibă cu acesta, ceea ce îi conferă interesul de a se opune la valorificarea dreptului pretins de către reclamant. În cazul particular analizat de instanța supremă prin Decizia nr. 2/2016, fostul angajat nu se mai poate judeca cu fostul său angajator, persoană juridică (care nu mai există), pentru recunoașterea sau stabilirea vechimii în muncă, respectiv a încadrării în grupa I sau II de muncă, fiind necesar să cheme în judecată casa teritorială de pensii. Reclamantul urmează să aibă un raport juridic de drept material cu casa teritorială de pensii cu ocazia emiterii deciziilor de pensie, acestea făcându-se inclusiv în baza hotărârii judecătorești prin care se recunoaște vechimea în muncă sau încadrarea în grupele I sau a II-a de muncă a fostului angajat.

Putem spune că aceasta reprezintă o „*formulă*” a instanței supreme pentru identificarea pârâtului atunci când, cel puțin aparent, el nu există, ipoteză întâlnită îndeosebi, dacă nu chiar exclusiv în cazul persoanelor juridice, în privința cărora nu se poate vorbi de o transmitere a patrimoniului prin moștenire.

Referințe

- Boroi G., Anghelescu C. A., *Curs de drept civil. Partea generală*, ed. a II-a, Editura Hamangiu, București, 2012
- Ciobanu V. M., Briciu Tr. C., *Câteva reflecții cu privire la soluțiile din doctrină și jurisprudență privind unele probleme ivite în aplicarea NCPC*, 2014
- Deleanu I., *Tratat de procedură civilă, vol. I*, Editura Universul Juridic, București, 2013
- Roșu C., *Drept procesual civil. Partea generală*, Editura C. H. Beck, București, 2016
- Speriusi-Vlad A., *Ce faci când trebuie să te judeci și (aparent) nu ai cu cine?*, Revista Română de Jurisprudență, nr. 2/2016, pp. 170-180.
- Tăbârcă M., *Drept procesual civil, vol. I*, Editura Universul Juridic, București, 2013

Despre angajamentele cetățenești ale persoanei juridice și puterea disciplinatorie a dreptului „privat”

On the civic commitments of legal persons and the disciplinary power of „private” law

Flaminia Stârc-Meclejan¹

Rezumat: Dreptul necesită constrângere? Atunci când codurile voluntare ale persoanei juridice devin atât de „soft” încât nu mai impun nicio constrângere reală, e greșit să folosim termenul „drept” pentru a le descrie? Dezbătută de juriști și de publicul larg, încă din anii 1940 (în SUA), problema cetățeniei persoanei juridice revine astfel în prim plan, Comisia Europeană adoptând, la 23 februarie 2022, un proiect de directivă privind obligația de diligență de-a lungul lanțurilor de valoare. În acest context propunem o discuție legată de codurile de conduită adoptate de societățile (comerciale) ca o modalitate alternativă și pragmatică de a reglementa comportamentul actorilor privați în economia globală, în prezența limitelor cadrelor juridice naționale și internaționale.

Cuvinte-cheie: persoana juridică, angajamente cetățenești, obligația de a respecta drepturile omului, mediul și buna guvernare, drept constrângător v. soft law

Abstract: Law requires constraint? When voluntary codes become so ‘soft’ that they impose no genuine constraint on the regulated entities, then it is a misnomer to use the term ‘law’ to describe them? Commonly debated by jurists and the general public, since the 1940s (in the US), the question of corporate citizenship rises to prominence again as the European Commission adopted on 23 February 2022 a draft directive on corporate sustainability due diligence. This is the context in which we propose a discussion on codes of conduct adopted by companies as an alternative and pragmatic way to regulate the behavior of private actors in the global economy, in the presence of the limits of national and international legal frameworks.

Keywords: legal person, corporate citizenship, duty to respect human rights, the environment and good governance, *hard v. soft law*

Atenuarea granițelor dintre public și privat atestă „turnura” interesantă pe care a luat-o relația dintre stat, companii și *stakeholder*-ii acestora, odată cu dezvoltarea societății globale, cu implicații pentru rolurile și responsabilitățile tuturor părților implicate. Globalizarea responsabilității nu putea să nu impună și pe agenda Europei problema cetățeniei corporative, și anume „influența mai largă a companiilor asupra societății în ansamblu”. La fel ca termenul *persoană juridică*, cel de *cetățean corporativ* atrage, practic, atenția asupra faptului că o companie este

¹ Lector univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, e-mail: flaminia.starc@e-uvv.ro

mai mult decât o rețea de contracte sau un simplu producător de profit și pierderi, cum se subliniază.

În SUA anilor '60, această idee se înscria în mișcarea mai largă de reînnoire a reflecțiilor privind guvernanta corporativă, aflată undeva la confluența unor curente filosofice, juridice și economice, toate concentrându-se asupra ideii că societatea (comercială) trebuie să integreze interesele tuturor părților afectate de politica sa decizională (*stakeholders*)². Categorie compusă din acționari, administratori, salariați și stat, colectivități locale, asociații profesionale, grupuri de societăți, piețe³, lista fiind deschisă, *stakeholders* ar fi „creatorii de valoare”, care impun necesitatea unei negocieri dincolo de exigențele legii.

Conceptul de guvernanta corporativă, inițial înțeles ca model de guvernanta orientat doar spre profitul acționarilor, a fost astfel extins treptat la o abordare mai largă, integrând toate părțile interesate, în ideea că o companie este responsabilă față de societate în ansamblu, fie că este vorba de angajați, de creditori sau de consumatori ș.a.m.d. Ceea ce „noua școală” a guvernantei corporative a încercat să realizeze, cu alte cuvinte, a fost o integrare a eticii în abordarea juridică a guvernantei companiilor⁴. Așa se face că, în conformitate cu Noile orientări privind întreprinderile multinaționale revizuite în 2011, societățile (comerciale) „ar trebui să contribuie la progresul economic, de mediu și social în vederea realizării unei dezvoltări durabile și să respecte drepturile omului recunoscute la nivel internațional ale celor afectați de activitățile lor”⁵. Pentru a-și îndeplini în totalitate responsabilitățile sociale, potrivit Comisiei europene⁶, societățile (comerciale) „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, având drept scop: să stimuleze crearea unor valori comune pentru proprietarii/acționarii lor, pentru alte părți interesate și pentru societate în general; să identifice, să prevină și să atenueze eventualele efecte negative pe care le pot avea”⁷.

Reglementarea activității de afaceri la nivel global este, astfel, și astăzi o provocare, în măsura în care există un dezechilibru între flexibilitatea corporațiilor multinaționale în răspândirea activității lor în diferite țări și capacitatea limitată a statelor de a reglementa în mod adecvat comportamentul corporativ trans-

² De exemplu, și A. Bennini, *Le voile de l'intérêt social*, Université de Cergy-Pontoise / LEJEP, 2013, pp. 103-104.

³ *Idem*, p. 289.

⁴ A se vedea, de exemplu, și A. Gill, *Corporate Governance as Social Responsibility: A Research Agenda* in *Berkeley Journal of International Law*, 2008, vol. 26, p. 452, disponibil online la adresa: <http://ssrn.com/abstract=1078014>.

⁵ Informații disponibile online la adresa: <http://www.OCDE.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

⁶ Comisia Europeană, O nouă strategie a UE (2011-2014) pentru responsabilitatea socială a întreprinderilor, Bruxelles

⁷ *Ibidem*

frontalier, efect cunoscut ca „regulatory vacuum”⁸. Acesta este contextul în care codurile de conduită au apărut ca o modalitate alternativă și pragmatică de a reglementa comportamentul actorilor privați în economia globală, în prezența limitelor cadrelor juridice naționale și internaționale.

Codurile de conduită pot fi descrise ca linii directoare care își propun să traseze responsabilitățile companiilor în domeniile drepturile omului, muncii, mediului, prevenirii corupției și afacerilor sensibile din punct de vedere social, în general. Este vorba de instrumente prin care companiile se angajează să adere la standarde care privesc chestiuni de interes public, fără o implicare directă a statului ca autoritate de reglementare.

Companiile pot decide să urmeze coduri publice (e.g. Principiile directoare ale ONU din 2011 privind afacerile și drepturile omului, Orientările OCDE din 2011 pentru întreprinderi multinaționale etc.), dar își pot elabora și propriile coduri personalizate. Deși nu este imposibil ca astfel de coduri să se suprapună parțial cu ceea ce a fost deja prevăzut în lege, majoritatea regulilor stipulate constau în îndatoriri „voluntare”. De fapt, codurile de conduită nu sunt preocupate de trasarea de granițe stricte între *hard law* și *soft law*.

Există mai multe clasificări ale angajamentelor încorporate în codurile de conduită, dar ne vom opri, cu această ocazie, numai asupra aceleia care propune drept criteriu forța normativă a acestui tip de angajamente, pentru utilitatea sa în ipotezele în care ele ar fi încălcate. Problema juridică care ne preocupă practic este în ce măsură nerespectarea de către o societate a codului de bune practici pe care ea declară că îl aplică îi angajează răspunderea juridică. Extrapolând, ne putem întreba dacă: dreptul necesită constrângere? Atunci când codurile voluntare ale persoanei juridice devin atât de „soft” încât nu mai impun nicio constrângere reală, e greșit să folosim termenul „drept” pentru a le descrie?

Răspunsul trebuie nuanțat, desigur, potrivit criteriului forței normative, odată ce angajamentele incluse în codurile de conduită: fie nu impun nimic, fie nu impun nimic în plus față de lege și, prin urmare, nu modifică nici sancțiunile prevăzute de lege, fie ele pretind ceva în plus față de lege, fiind supuse să i se conformeze⁹.

Vom începe cu cel de-l doilea caz, și anume includerea în cod a unor angajamente prin care compania își asumă în mod explicit să respecte legea, lăsând primul caz la urmă pentru a-l lămuri mai pe larg. Un număr mare de companii includ în coduri angajamentul de a „respecta legea” (*compliance*). Inutil, la o primă privire, acest lucru este pe departe valabil, constatat fiind că preluarea obligațiilor legale în conținutul codurilor de conduită facilitează accesul la lege tuturor celor vizați de activitatea unei companii. Codul de conduită e lipsit propriu-zis de valoare

⁸ A. G. Scherer, G. Palazzo, *The New Political Role of Business in a Globalized World—A Review of a New Perspective on CSR and Its Implications for the Firm, Governance, and Democracy*, in *Journal of Management Studies* 48(4), 2008, pp. 899-931.

⁹ Studiul OCDE Corporate Responsibility: Private Initiatives and Public Goals (2001), precit.; P. Deumier, *Chartes et codes de conduite des entreprises: les degrés de normativité des engagements éthiques*, in *RTD Civ.*, 2009, p. 77.

normativă, dar eventualele încălcări ale angajamentelor declarate sunt sancționabile prin intermediul legii (*hard law*) reiterate.

Cazul al treilea privește angajamentele incluse în codul de conduită care ar putea dobândi forță normativă, ele depășind prescripțiile legii. Important este ca aceste angajamente să se conformeze legii, în caz contrar, ele urmând a fi sancționate, pe baza legii încălcate. Codurile de conduită fac astfel tranziția dinspre un instrument voluntar, autoreglementar spre obligații contractuale, care se impun terței părți contractante, atenuând granițele dintre voluntar și legal. O nouă întrebare se adaugă, în acest context, și anume, de această dată: care este rolul pe care îl joacă angajamentele asumate în cadrul juridic național?

Așa cum Comisia Europeană a prevăzut, „(r)espectarea legislației în vigoare și a contractelor colective încheiate între partenerii sociali constituie o condiție esențială pentru îndeplinirea acestei responsabilități”. Dar, „(p)entru 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 (...)”.

Înseamnă, practic spus, că în România asumarea de către o societate (comercială) a unor angajamente de conduită presupune, pe de o parte, respectarea legislației privind protecția drepturilor omului, ale consumatorilor sau a mediului etc. (codurile nu impun însă respectarea sa, atât timp cât drepturile omului, ale consumatorilor sau mediul beneficiază de cea mai mare înaltă protecție pe care dreptul național al unui stat european o poate recunoaște, adică aceea constituțională).

Pe de altă parte, ca instrument complementar legii (*hard law*), rolul codurilor este acela de a sprijini respectarea prescripțiilor sale – în sensul că declarațiile și acțiunile întreprinse de societățile comerciale (prin adoptarea de coduri de conduită, cel mai adesea) ar trebui să permită o mai eficientă realizare a protecției juridice a drepturilor omului sau a mediului, prin intermediul unei responsabilități etice formulate împreună de părțile implicate și, prin urmare, cu mult mai multe șanse de a fi respectată¹⁰.

Misiunea codurilor pe plan internațional ar putea fi diferită atunci când codurile sunt adoptate de o societate care își desfășoară activitatea pe teritoriul mai multor state, printre care unele fie nu au un nivel de protecție a drepturilor fundamentale aliniat la standardele internaționale, fie nu dispun de mijloacele necesare pentru a asigura controlul respectării acesteia. Prin aderarea la principiile *Global Compact*, corporațiile multinaționale se angajează ca în astfel de situații să suplonească deficiențele de acest tip din partea statelor, precum și să armonizeze nivelul de protecție pe care îl oferă cu standardele uniforme formulate la nivel internațional¹¹. De fapt, așa cum subliniază profesorul John Ruggie în cadrul celui mai progresist proiect cu privire la cetățenia corporativă până în acest moment,

¹⁰ A se vedea și P. Deumier, *La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux*, in *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1564.

¹¹ *Ibidem*

„Protect, Respect și Remedy”, „companiile ar trebui să respecte drepturile omului. Acest lucru înseamnă că ele ar trebui să evite încălcarea drepturilor omului și ar trebui să ia în calcul efectele adverse asupra drepturilor omului în a căror cauzare sunt implicate” (11). Comentariul la acest principiu precizează faptul că „responsabilitatea de a respecta drepturile omului este un *standard global de conduită așteptat din partea tuturor companiilor, oriunde și-ar desfășura acestea activitatea. Ea există independent de capacitățile și / sau dorința statelor de a-și îndeplini propriile obligații în domeniul drepturilor omului și nu diminuează aceste obligații. Ea există dincolo de conformarea la legile și reglementările naționale care protejează drepturile omului (s. n.)*”¹².

În sfârșit, revenim la primul caz amintit, în care codul de conduită conține declarații privind asumarea de către o companie a unor valori non-normative (non-juridice), construindu-i doar acesteia o imagine pozitivă. De exemplu, acest tip de angajamente privesc frecvent: educația, conștientizarea și formarea angajaților, deschidere către preocupările comunității, produse și servicii ecologice, furnizarea de informații pentru a crește gradul de conștientizare a comunității sau a consumatorilor.

La prima vedere, încălcarea acestui gen de declarații nu ar putea fi sancționată. Există însă jurisprudență care face acest lucru posibil, spre exemplu, pe temeiul publicității înșelătoare, dovedind linia din ce în ce mai neclară care separă standardele voluntare, pe de o parte, și standardele obligatorii din punct de vedere juridic, pe de alta.

E celebră, în această privință, hotărârea Curții Supreme din California în cazul *Nike v. Kasky* (539 U.S. 654, 2003), ce oferă un exemplu care ar putea fi urmat în viitor. Foarte pe scurt, în acest caz, Marc Kasky, rezident în California, a dat în judecată Nike pentru practici neloiale și înșelătoare conform legislației concurenței neloiale din California. Kasky a susținut că Nike a recurs la declarații false și / sau omisiuni cu privire la condițiile de lucru în care au fost fabricate produsele sale. Nike a depus o contestație, susținând că acțiunea lui Kasky e inadmisibilă în conformitate cu Primul Amendament la Constituția Statelor Unite. Codul de bună conduită nu are caracter comercial și constituie, pe cale de consecință, o formă de liberă exprimare protejată constituțional. Speța a ajuns pe rolul Curții Supreme a Californiei, care a decis că declarațiile cuprinse în codul de bună conduită al companiei nu intră sub incidența protecției Primului Amendament. Nike a consimțit la realizarea unei tranzacții, plătind un milion și jumătate de dolari asociației *Fair Labor*. În hotărârea pronunțată, Curtea Supremă a Californiei a subliniat că nu vrea să limiteze în nici un fel capacitatea unei companii de a se implica în domenii relevante pentru dezbaterile publice sau de a-și apăra cu fermitate practicile sociale pe care le promovează. Dar, în opinia sa, atunci când, în scopul promovării vânzărilor și a apărării profiturilor sale, o companie face afirmații factive cu privire la aceste produse sau la activitatea sa, ea are obligația de a spune adevărul.

¹² În acest sens, documentul disponibil la adresa: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

Raportul dintre libertatea de exprimare și publicitatea comercială, din ce în ce mai complicat, într-o societate de consum în continuă expansiune (în care mijloacele publicitare devin tot mai sofisticate, dar companiile sunt, în același timp, implicate în dezbateri privind probleme de interes general) a ajuns și pe rolul Curții Europene a Drepturilor Omului, care a făcut precizări importante¹³. Putem reține, de principiu, faptul că publicitatea comercială intră în sfera de protecție a libertății de exprimare enunțată de art. 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Când se pune problema restrângerii libertății de exprimare în materie comercială, Curtea recunoaște că autoritățile naționale beneficiază de o marjă largă de apreciere, în special justificată de scopul prevenirii concurenței neloiale și a publicității mincinoase sau înșelătoare. Nu este vorba, însă, de o putere de apreciere nelimitată, Curtea EDO urmând să determine dacă restrângerea în cauză respectă cadrul Convenției. Criteriul său este cel clasic aplicat, al „dezbaterii de interes general”¹⁴.

În prezent, Directiva 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale protejează consumatorii de practicile comerciale considerate înșelătoare, precum de exemplu încălcarea codurilor de conduită care conțin angajamente de mediu etc.: „De asemenea, se consideră că o practică comercială este înșelătoare în cazul în care, analizând faptele, ținând seama de toate caracteristicile și circumstanțele, aceasta determină sau poate determina consumatorul mediu să ia o decizie comercială pe care nu ar fi luat-o în altă situație: (b) nerespectarea de către comerciant a angajamentelor din codul de conduită pe care comerciantul s-a angajat să îl respecte (s.n.), cu condiția ca: (i) angajamentul să nu fie o simplă afirmație, ci o obligație asumată în mod ferm și care poate fi verificată și (ii) comerciantul să indice în cadrul unei practici comerciale că respectă codul respectiv.” (Art. 6 (2) b) din Directivă).

Pentru a fi legală, publicitatea trebuie să respecte scopuri și proceduri specifice. Constrângerile impuse în acest domeniu au în vedere două considerente principale. În principiu, prin însăși natura sa, publicitatea este periculoasă – de aici și sloganul „*there is no bad publicity*”. Alegerile pe care le sugerează nu sunt niciodată inocente. Este în primul rând necesară protejarea consumatorilor de mesaje în mod evident contrare realității. Iar, apoi, în egală măsură, trebuie respectate interesele concurenților a căror înlăturare de pe piață nu se poate face oricum și cu încălcarea regulilor elementare de probitate, ceea ce s-ar repercuta, în cele din urmă, tot asupra consumatorilor¹⁵.

¹³ Pentru o dezvoltare a acestui subiect, a se vedea, de exemplu, și J. Krzeminska-Vamvaka, *op. cit.*, p. 292, articol disponibil online la adresa: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443922.

¹⁴ Fl. Stârc-Meclejan, *Responsabilitatea socială corporativă și nevoie de noi principii în dreptul societar*, Editura Universul Juridic, 2015, p. 115.

¹⁵ C. Carreau, *Publicité fausse ou de nature à induire en erreur - Publicité comparative*, în Repertoriu Dalloz, 2015.

Rămâne însă întrebarea: consumatorul mediu care cumpără un produs de la un retailer care declară că respectă codurile de conduită, dar de fapt nu este așa, poate să solicite executarea în natură a angajamentului sau despăgubiri?

Subscriem la opinia exprimată în doctrină că angajamentul de a promova afaceri responsabile din punct de vedere social poate reflecta preocupările etice ale comercianților, dar nu reprezintă o garanție legală a faptului că normele din codul de conduită sunt de fapt respectate¹⁶. Sigur că există astăzi comercianți specializați în fabricarea de produse în mod responsabil din punct de vedere social, cum ar fi cafeaua sau ciocolata obținută în mod echitabil, care își asumă un angajament explicit de protejare a mediului, salariaților etc. încât această ipoteză ar fi pasibilă de încadrare ca un caz de răspundere civilă¹⁷. Teoria așteptărilor legitime - „o persoană se așteaptă să poată exercita un drept față de o alta, să obțină un bun sau un serviciu, fără a suporta un prejudiciu cauzat de produsele oferite pe piață” oferă un util fundament teoretic.

În cazul părților interesate de activitatea unei companii (*stakeholders*)¹⁸, așteptările legitime sunt delimitate prin contractul de societate, dar trebuie să ținem cont, așa cum precizează doctrina¹⁹, de faptul că ele exprimă o voință obiectivă (și anume, această voință nu este rezultatul intenției comune a co-contractanților, ci al respectării unor obligații previzibile), ceea ce înseamnă că aceste așteptări nu sunt neapărat prezente în contract, în mod explicit sau implicit.

Practic, această doctrină pretinde instanței ca, în numele echității, să sancționeze nu numai încălcarea drepturilor sau a intereselor individuale, protejate de lege, ci și orice act neconform așteptărilor legitime ale unei persoane, printr-o interpretare, așadar, contextuală. „Convențiile sociale” dictează statutul codurile

¹⁶ J. Smits, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes under Private Law, or: on the Disciplining Power of Legal Doctrine*, 2015, disponibil online la <http://www.ssrn.com>.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ Doctrina distinge în acest domeniu două categorii de părți interesate: cele instituționale și cele contractuale. Părțile interesate instituționale (potrivit teoriei economice, partenerii primari) sunt acelea legate de societate printr-un drept conferit de lege. Regăsim aici, în principiu, salariații, statul, asociații sau acționarii. Integrarea în categoria părților interesate contractuale (conform teoriei economice, părțile interesate secundare) presupune calificarea drept terț față de societate a oricărei persoane fizice sau juridice legate de societate printr-un contract. Se distinge aici între trei categorii de contracte¹⁸. În prima categorie sunt cuprinse acele contracte care au ca obiect activitatea societății – incluzând contractele de muncă, de prestări servicii, de furnizare etc. A doua cuprinde contractele care privesc capitalul societății și vizează, ca atare, acționarii, persoane fizice sau juridice. A treia categorie este aceea a contractelor de reprezentare a societății pe baza unui mandat. Aici regăsim președintele companiei, directorul general și administratorii sau auditorii, după caz. Cum putem observa, cele două categorii se pot suprapune, iar una și aceeași persoană poate fi atât partener contractual, cât și instituțional.

¹⁹ „ce qui fonde la force obligatoire du contrat, c'est l'attente du créancier, qui ne doit pas être déçue” (J. Carbonnier, *Introduction*, in Cadet [dir.], *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, 1986, PUF, p. 34 et seq.) apud M. Latina, *Contrat (Généralités)*, decembrie 2013.

de conduită altfel spus. În orice caz în (cele mai) multe cazuri, promisiunea unei companii față de consumatori de a acționa responsabil din punct de vedere social e obligatorie din punct de vedere moral, dar există și sancțiuni economice sau sociale. De exemplu, în măsura în care potențialii parteneri contractuali, bănci și investitori cer dovada conformității efective cu normele codurilor înainte de a intra în afaceri cu o societate.

Toată lumea admite că succesul efectiv al unui cod depinde de aplicarea acestuia, de unde importanța monitorizării aplicării angajamentelor incluse în acesta.

Comisia europeană a ales să adopte principiul „aplici sau explici” în acest sens: abordarea de tip autoreglementare (*soft law*), și anume opțiunea unei societăți de a se supune angajamentelor asumate printr-un cod de conduită își găsește limitele în obligația acesteia de a explica devierea de la standardele autoimpuse (*hard law*), conform principiului transparenței. În cazul în care nu ar adopta o atitudine responsabilă, companiile ar trebui să suporte consecințele, chiar 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 explicații.

Din aceste motive, o opoziție între reglementarea voluntară și cea obligatorie e o falsă opoziție, chiar și acum, înainte de adoptarea directivei privind obligația de *due diligence* în domeniul sustenabilității corporative, atât timp cât angajamentele voluntare sunt angajamente obligatorii supuse unei varietăți de constrângeri interne și externe.

Rolul necesar al sistemului juridic, care include dreptul contractual, este de a crea mai multă încredere în instituția reglementării private prin coduri de conduită, și deci în rolul de regulator al companiilor.

E un fapt acceptat astăzi că, de departe un simplu vehicul care urmărește obținerea de profit pentru acționari, compania a devenit, dimpotrivă, un factor crucial în susținerea societății și a guvernelor să abordeze unele dintre cele mai presante probleme globale, pornind de la asistența medicală, educație, informare, inovație la conectivitatea oamenilor din întreaga lume. În timp ce rolul de a rezolva problemele publice rămâne una dintre cele mai promițătoare și interesante evoluții ale societăților (comerciale), el nu este, într-adevăr, lipsit de riscuri care trebuie prevenite.

Referințe

- Bennini A., *Le voile de l'intérêt social*, Université de Cergy-Pontoise / LEJEP, 2013
- Carbonnier J., *Introduction*, in Cadet [dir.], *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, 1986, PUF, p. 34 et seq.) apud M. Latina, *Contrat (Généralités)*, decembrie 2013
- Carreau C., *Publicité fautive ou de nature à induire en erreur - Publicité comparative*, în Repertoriu Dalloz, 2015
- Deumier P., *Chartes et codes de conduite des entreprises: les degrés de normativité des engagements éthiques*, in RTD Civ., 2009
- Deumier P., *La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux*, in *Recueil Dalloz*, 2013
- Gill A., *Corporate Governance as Social Responsibility: A Research Agenda* in *Berkeley Journal of International Law*, 2008, vol. 26

Despre angajamentele cetățenești ale persoanei juridice și puterea disciplinatorie a dreptului „privat”

- Scherer A. G., Palazzo G., *The New Political Role of Business in a Globalized World—A Review of a New Perspective on CSR and Its Implications for the Firm, Governance, and Democracy*, in *Journal of Management Studies* 48(4), 2008, pp. 899-931
- Smits J., *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes under Private Law, or: on the Disciplining Power of Legal Doctrine*, 2015
- Stârc-Meclejan Fl., *Responsabilitatea socială corporativă și nevoie de noi principii în dreptul societar*, Editura Universul Juridic, București, 2015

Radiografia asocierilor fără personalitate juridică din perspectiva comparativă a codificărilor civile

Radiography of associations without legal personality from the comparative perspective of civil codifications

Cornelia Munteanu¹, Raluca Ștefania Lazăr²

Rezumat: Dacă dreptul la asociere prevăzut în Constituția României se referă la asociațiile cu scop nelucrative, forme asociative care nu urmăresc obținerea sau împărțirea de beneficii, ci scopuri politice, religioase sau culturale, fiind expresia libertății de gândire și o formă de exprimare, atunci orice formă asociativă cu scop lucrativ de drept privat este expresia atât a libertății contractuale a asociaților, cât și a libertății economice recunoscute de art. 45 din legea fundamentală. Nicio formă asociativă – indiferent de tipologia din care face parte – nu este impusă vreodată prin lege, crearea acestora depinzând exclusiv de voința asociaților. Societatea simplă și asocierea în participație sunt forme asociative lipsite de personalitate juridică, lucrative, făcând parte din categoria profesioniștilor. Sunt forme asociative suplă – din perspectiva lipsei formalităților necesare constituirii lor, dar și complexe – din perspectiva raporturilor juridice pe care le generează atât între asociați, cât și față de terți.

Cuvinte-cheie: societate simplă, societate de facto, societate fictivă, asociere în participație

Abstract: If the right to association provided in the Romanian Constitution refers to non-profit associations, associative forms that do not seek to obtain or share benefits, but political, religious or cultural purposes, being the expression of freedom of thought and a form of expression, then any form of private law association that seek profit is the expression of both the contractual freedom of the associates and the economic freedom recognized by art. 45 of the fundamental law. No form of association - regardless of the typology of which it belongs - is ever imposed by law, their creation depending exclusively on the will of the members. The simple company and the joint venture are associative forms without legal personality, lucrative, belonging to the category of professionals. They are flexible associative forms - from the perspective of the lack of formalities necessary for their establishment, but also complex - from the perspective of the legal relations they generate both between the associates and towards third parties.

Keywords: simple company, de facto company, fictitious company, joint venture

¹ Conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Lucian Blaga din Sibiu,

² Asistent univ. dr. av. Facultatea de Drept, Universitatea Lucian Blaga din Sibiu, e-mail: raluca.lazar@ulbsibiu.ro

1. Preliminarii – libertatea contractuală și libertatea economică

Codul civil, intrat în vigoare în 2011, reglementează *contractul de societate – tip*, act juridic este expresia atât a libertății contractuale a asociațiilor în a hotărâri, *exempli gratia*, tipologia în care se încadrează persoana juridică, cât și a libertății economice, garantată de Constituția României (art. 45) în ceea ce privește accesul liber al persoanei la o activitate economică, liberă inițiativă și exercitarea acestora în condițiile legii.

Libertatea economică, sau așa cum este denumită de art. 16 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene³ „*libertatea de a desfășura o activitate comercială*” este recunoscută în dreptul Uniunii, în legislațiile și practicile naționale ca urmare a jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene, instanță care a identificat în considerentele hotărârilor pronunțate libertatea de a desfășura o activitate economică sau comercială⁴, libertatea contractuală, precum și libera concurență.

Această libertate, apărută odată cu cea de-a doua generație a drepturilor omului, se referă, în primul rând la dreptul de a iniția o activitate lucrativă, respectiv o „*activitate agricolă, industrială, comercială, desfășurată pentru obținerea unor bunuri sau servicii a căror valoare poate fi exprimată în bani (...) în scopul obținerii unui profit*”.⁵

Este importat, în mod incontestabil, să existe un număr mare de libertăți generale recunoscute și garantate de lege, expresia egalității dintre cetățenii statului fiind capacitatea oricărui dintre ei să facă uz de ele. Deși libertatea economică ocupă un plan secund al existenței umane, cuprinzând libertatea inițiativei private, libertatea de a încheia contracte, atunci când ea se manifestă în capitalismul bazat pe piață liberă, contribuie și la consolidarea libertății politice,

³ Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene a fost publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C303/1 din 14 decembrie 2007, disponibilă la : <https://eur-lex.europa.eu>, consultat la data de 11.04.2022.

⁴ „*Întrucât deși se garantează protecția dreptului de proprietate prin sistemul constituțional al fiecărui stat membru și se acordă garanții similare la exercitarea liberă a comerțului, muncii și altor activități profesionale, drepturile astfel garantate, departe de a părea prerogative absolute, trebuie apreciate în lumina funcției sociale a bunurilor și activităților apărute. Din această cauză, drepturile de această natură nu sunt garantate prin lege decât sub rezerva unor limitări prevăzute în funcție de interesul public. În cadrul ordinii juridice comunitare este, de asemenea, legitim ca aceste drepturi să fie supuse, în cazul în care este necesar, anumitor limitări justificate de obiectivele de interes general urmărite de Comunitate, cu condiția să nu se aducă atingere substanței acestor drepturi*”. Hotărârea CJUE din 14 mai 1974, Cauza 4/73, *J. Nold, Kohlen- și Baustoffgroßhandlung împotriva Comisiei Comunităților Europene*, disponibilă la : <https://eur-lex.europa.eu>, consultat la data de 10.04.2022.

⁵ Pentru amănunte, a se vedea I. Muraru, E. S. Tănăsescu (coord.), *Constituția României. Comentariu pe articole*, ed. a II-a, Editura C.H. Beck, București, 2008, pp. 460 și urm. Așa cum s-a remarcat, istoria umanității este istoria luptei pentru drepturile omului. Acestea din urmă au pătruns mai târziu în sfera economică, fiind rezultatul unui lung proces de evoluție în acest domeniu. A se vedea Gh. Iancu, *Drept constituțional și instituții politice*, ed. a III-a, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 269.

fiind, în plus, o condiție fundamentală pentru dezvoltarea economiei și a existenței concurenței.⁶

Curtea Constituțională a României a arătat în jurisprudența sa referitoare la art. 40 din Constituție privind *dreptul la asociere* că acesta se referă la asociațiile cu scop nelucrativ, care nu urmăresc obținerea sau împărțirea de beneficii, ci scopuri politice, religioase sau culturale și care materializează juridic libertatea de gândire și de exprimare, temeiul constituirii lor nefiind un contract de societate, ci libertatea de asociere.⁷

În ceea ce privește formele asociative cu scop lucrativ de drept privat⁸, cu sau fără personalitate juridică - *societatea simplă, asocierea în participație, societatea reglementată de Legea nr. 31/1900, societatea agricolă, societatea cooperatistă* – acestea sunt și rămân sub incidența art. 45 din Constituție privind libertatea economică. Potrivit jurisprudenței instanței de contencios constituțional, aceasta garantează accesul liber al persoanei la o activitate economică, dar exercitarea sa trebuie să se realizeze în condițiile legii. Așadar, deși principiul libertății economice este un drept absolut al persoanei, exercitarea sa nu poate fi absolută, fiind condiționată de respectarea limitelor stabilite de lege, limite ce urmăresc asigurarea unei anumite discipline economice ori protejarea unor interese generale, precum și asigurarea respectării drepturilor și intereselor legitime ale celorlalte persoane.⁹

Subliniem faptul că nicio formă asociativă – indiferent de tipologia din care face parte – nu este impusă vreodată prin lege, crearea acestora depinzând exclusiv de voința asociaților, voință care se materializează prin acte juridice, având denumiri diferite, cum ar fi: *contractul de societate* (reglementat de Codul civil în cazul asocierilor cu scop lucrativ), *actul constitutiv* (prevăzut de O.G. nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații), sau *acordul de asociere* (stipulat în Legea nr. 196/2018

⁶ A se vedea L. Balcerowicz, *Libertate și dezvoltare. Economia pieței libere*, Editura Compania, București, 2001, p. 19 și urm. Nu putem să nu menționăm și faptul că tendința contemporană care marchează libertatea economică este caracterizată de procesul integraționist, iar agenții principali ai acestei conchiste sunt marile firme multinaționale, grupurile sau cernele industriale și financiare. Așa cum s-a remarcat „*niciodată lumea nu a fost dominată de atât de puțini și atât de puternici stăpâni, conduși de fenomenul de concentrare al capitalurilor și al noilor tehnologii*” (T. Brăilean, *Noua economie. Sfârșitul certitudinilor*, Editura Institutul European, Iași, 2001, p. 43).

⁷ Curtea Constituțională, *Decizia nr. 218 din 2 aprilie 2015*, publicată în M.Of. al României, Partea I, nr. 405 din 9 iunie 2015, paragraful 24.

⁸ În ceea ce privește caracterul de drept public sau privat al unei entități, în doctrină s-a conturat ideea potrivit căreia este determinantă în această privință este structura funcțională și atribuțiile pe care le exercită asocierea și nu calificarea dată de sistemul de drept intern care îi recunoaște existența juridică. Pentru amănunte C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole, Vol. I. Drepturi și libertăți*, Editura C.H. Beck, București, 2005, pp. 816-818.

⁹ Curtea Constituțională, *Decizia nr. 162 din 8 februarie 2011*, publicată în M.Of. al României, Partea I, nr. 272 din 19 aprilie 2011, *Decizia nr. 138 din 12 martie 2020*, publicată în M.Of. nr. 465 din 2 iunie 2020.

privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari¹⁰ și administrarea condominiilor).

Dar tocmai temeiul sau izvorul contractual al oricărei forme asociative a fost cel care a generat în doctrină o dezbatere în ceea ce privește natura juridică a societății înzestrată cu personalitate juridică. S-a spus despre o astfel de societate cu personalitate juridică că ar avea o triplă natură: *contractuală*, pentru că reprezintă manifestarea de voință a asociaților care se materializează în contractul sau pactul societar, *instituțională* datorită reglementării date societății în sine și o natură *comercială* care derivă din natura de comerciant.¹¹

Contractul de societate prezintă trăsături speciale în rândul contractelor reglementate de Codul civil¹²: aportul asociaților și *affectio societatis*, acestea generând în toate cazurile o „entitate”, chiar și neînzestrată cu personalitate juridică.¹³

¹⁰ Asociația de proprietari a arătat încă de la începutul reglementării sale o configurație specială determinată de hotărârea de înființare care putea fi luată cu cel puțin jumătate plus unu din numărul proprietarilor apartamentelor și spațiilor cu altă destinație decât cea de locuință din cadrul unui condominiu. Astfel s-a născut o întrebare legitimă: există posibilitatea ca majoritatea prevăzută de lege să săvârșească un abuz de drept hotărând înființarea asociației față de proprietarii care nu votează (sau votează contra) constituirea acesteia? Curtea Constituțională a răspuns acestei întrebări și a arătat că nu se produce în acest caz nicio încălcare a principiului constituțional al liberei asocieri, consacrat de art. 40, alin. (1) din Constituție, „*întrucât cerințele prevăzute de lege pentru înființarea asociației de proprietari sunt justificate de necesitatea asigurării condițiilor de funcționare normală a locuințelor din cadrul unei clădiri (...). Principiul constituțional al liberei asocieri nu este înfrânt prin instituirea unui *quorum* legal, necesar pentru înființarea asociației de proprietari, deoarece aceasta are atribuții în privința administrării clădirii în întregul ei, iar deciziile pe care le va lua trebuie să reflecte și să exprime voința tuturor proprietarilor de locuințe sau cel puțin a majorității proprietarilor*”. Mai mult decât atât, Curtea a precizat faptul că în anumite situații „*legiuitorul poate institui forme speciale de asociere ce urmăresc salvagardarea unor interese de ordin general și care, din perspectiva scopurilor pe care le urmăresc, nu reprezintă în realitate modalități înscrise în conceptul de liberă asociere. Opțiunea asocierii are la bază convingerea că realizarea finalității dorite nu este posibilă decât ca urmare a acțiunii concertate a unei colectivități organizate. Cu toate acestea într-un stat de drept nu este posibilă convertirea dreptului de asociere, într-o obligație*”. Curtea Constituțională, *Decizia nr. 83/2005*, publicată în M.Of. al României, Partea I, nr. 360 din 27 aprilie 2005.

¹¹ Pentru alte detalii Al. Țiclea, M. Toma, *Noțiunea, natura juridică și funcțiile societății comerciale*, în *Dreptul*, nr. 6/1992, p. 20 și urm. Dintr-o altă perspectivă, teoria care statua natura contractuală a societății a fost criticată pe motiv că ar acorda o importanță nejustificată de mare voinței asociaților, lăsând în plan secund entitatea juridică creată ghidată de propriul interes și dotată cu voință juridică. Pentru amănunte, I.I. Bălan, *Natura juridică a societății comerciale*, în *Dreptul*, nr. 11/2000, pp. 35 și urm. De asemenea, O. Căpățână, *Societățile comerciale*, ed. a II-a, Editura Lumina Lex, București, 1996, p. 60.

¹² Pentru amănunte L. Stănculescu, *Dreptul contractelor civile. Doctrină și jurisprudență*, ed. a III-a rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2017, p. 253.

¹³ Din această perspectivă, rezultă că societatea generează atât raporturi între asociați – contractuale –, cât și raporturi juridice cu terții, caracterul contractual fiind cel prioritar. A se vedea I.E. Cadariu-Lungu, *Contractul de societate conform noului Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2014, pp. 1-4.

2. Societatea civilă versus societatea simplă

Pornind de la art. 1491 și urm. din Vechiul Cod civil, „*societatea civilă*” a fost definită ca fiind „*un contract prin care două sau mai multe persoane fizice sau juridice se obligă, fiecare față de cealaltă să pună în comun aportul lor material și (sau) de muncă, spre a constitui un fond și pentru a desfășura împreună o activitate în vederea atingerii unui scop patrimonial comun, foloasele sau pierderile fiind împărțite între ele*”.¹⁴

Această formă asociativă se diferenția de „ruda” sa – *societatea comercială* – în mod esențial prin aceea că nu-i era recunoscută personalitatea juridică, fiind constituită pentru săvârșirea de activități civile și nu îndeplinirea de acte de comerț.¹⁵

Să nu uităm că până la abrogarea Codului comercial sensul noțiunii de „*comerț*” era dat de dispozițiile art. 3 din acest act normativ cu denumirea marginală „*despre faptele de comerț*”, în această noțiune fiind cuprinse totalitatea operațiunilor de producere a mărfurilor, de interpunere în schimb și circulație a bunurilor, executarea de lucrări și prestarea de servicii¹⁶.

Astfel, dacă societatea civilă se constituia concomitent cu încheierea contractului de societate, în cazul societăților comerciale, încheierea actului constitutiv nu a fost și nici nu este suficientă pentru dobândirea calității de subiect de drept.¹⁷

¹⁴ Pentru amănunte F. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Editura Universul Juridic, București, 2001, p. 417, precum și C. Toader, *Drept civil. Contracte speciale*, ed. a III-a, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 283 și urm.

¹⁵ A se vedea D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, t. IX, ed. a II-a, Editura Tipografiei Ziarului „Curierul Judiciar”, București, 1910, p. 449 și urm.

¹⁶ În contemporaneitate, terminologia specifică actelor și faptelor specifice activității comerciale este prevăzută de art. 8 alin. (2) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, conform căruia: „*în toate actele normative în vigoare, expresiile «acte de comerț», respectiv «fapte de comerț» se înlocuiesc cu expresia «activități de producție, comerț sau prestări de servicii»*”. Din analiza comparativă legislativă rezultă că nu s-au produs schimbări semnificative deoarece și în reglementarea Codului comercial, prin „fapte de comerț” se înțelegea, de asemenea, activități de producție, de prestări de servicii, de executare de lucrări și de interpunere în schimbul și circulația bunurilor. Ce s-a modificat totuși? Sensul economic al noțiunii de comerț, acela de interpunere în schimb și circulație a mărfurilor, adică operațiunile de cumpărare în scop de revânzare a bunurilor sau de vânzare după ce au fost cumpărate cu acest scop. S-a arătat că deși legiuitorul a omis să menționeze operațiunile de executare de lucrări, pe baza principiului aplicării legii prin analogie, și acestea vor fi asimilate operațiunilor comerciale. În acest context, dreptul comercial a fost definit ca fiind „*ansamblul normelor juridice de drept privat care sunt aplicabile raporturilor juridice izvorâte din activitățile de producție, comerț, prestări de servicii și executarea de lucrări, precum și raporturilor juridice la care participă profesioniștii care au calitatea de comercianți*”. Pentru amănunte, S.D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, ed. a IV-a, act., Editura Universul Juridic, București, 2014, pp. 11-12, precum și S. Angheni, M. Volonciu, C. Stoica, *Drept comercial*, ed. a IV-a, Editura C.H. Beck, București, 2008, pp. 1-2.

¹⁷ Gh. Gheorghiu, D. Clocotici, *Delimitarea actelor de drept civil față de actele juridice cu caracter comercial (II)*, în *Revista de drept comercial*, nr. 7-8/1998, p. 38 și urm.

Chiar dacă o societate comercială putea săvârși cu titlu ocazional activități civile, dacă erau în legătură cu obiectul său de activitate comercial, o societate civilă nu putea desfășura în fapt, activități comerciale cu titlul de obișnuință, fără a se transforma în *societate comercială creată de fapt*. Dintr-o altă perspectivă, doctrina a arătat și că acest contract de societate civilă a creat o comunitate de interese, o indiviziune patrimonială specifică, asemănătoare cu indiviziunea succesorală (art. 1530 din Vechiul Cod civil), dar diferită de aceasta ca urmare a scopului specific căruia îi era afectat patrimoniul societății, adică *affectio societatis* și care presupunea proprietatea comună pe cote-părți a asociaților asupra universalității și asupra fiecărui bun din universalitate.¹⁸

Una dintre aplicațiile societății civile – în configurația vechii codificări civile – se regăsea în cazul societăților agricole. Aceste forme asociative nu aveau caracter comercial și deci nu putea săvârși acte sau fapte de comerț, fiindu-le aplicabile normele de drept comun pentru societățile civile, chiar dacă în obiectul de activitate erau prevăzute activități precum prelucrarea și valorificarea produselor agricole.¹⁹

Legiuitorul modern a abandonat terminologia celui de la 1864, precizând în mod expres faptul că în cuprinsul actelor normative aplicabile la data intrării în vigoare a Noului Cod civil referirile la „*societatea civilă fără personalitate juridică*” se consideră a fi făcute la „*societatea simplă*”, iar referirile la „*societatea civilă cu personalitate juridică*” se consideră a fi făcute la „*societatea cu personalitate juridică*” (art. 7 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil).

Din acest punct de vedere, se poate considera, că sub raport terminologic, s-a realizat o unificare – benefică, în principiu – a denumirilor diferitelor forme de societăți. Din sistematizarea textelor legale rezultă că există în dreptul privat român există trei tipuri de societăți, toate având dreptul comun în reglementarea referitoare la contractul de societate: *societatea simplă, societatea comercială și societatea cu personalitate juridică, alta decât societate comercială.*²⁰

Așadar, Noul Cod civil, folosind în art. 1888 criteriul distinctiv al formei juridice, precizează societățile *simple* și în *participație*, ca forme asociative lipsite de personalitate juridică și societățile *în nume colectiv, în comandită simplă, cu răspundere limitată, pe acțiuni, în comandită pe acțiuni, cooperative, alte tipuri de societate*, toate acestea din urmă fiind forme asociative cu personalitate juridică.

¹⁸ A se vedea S.D. Cărpenaru, C. Predoiu, S. David, Gh. Piperea, *Societățile comerciale. Reglementare, doctrină, jurisprudență*, Editura All Beck, București, 2002, p. 29. De asemenea, E. Safta-Romano, *Unele aspecte mai importante ale contractului de societate civilă*, în *Dreptul*, nr. 2/1992, pp. 26 și urm.

¹⁹ Pentru amănunte Al. Țiclea, N. Băbeanu, *Constituirea asociațiilor familiale agricole*, în *Revista de drept comercial*, nr. 9/2004, pp. 31 și urm.

²⁰ A se vedea Gh. Piperea, *Societatea simplă: contract și entitate colectivă fără personalitate juridică*, în L. Bercea, R. Bufan, R.N. Catană, (coord.), *Dreptul comercial la confluența a două coduri*, Editura Universul Juridic, București, 2013, pp. 13-15.

Care este dreptul comun în materia societăților, atunci? Dacă ar fi să luăm preciza-rea legiuitorului, la o primă citire a art. 1887 Noul C.civ. ar rezulta că toată reglementarea din acest act normativ cu privire la contractul de societate ar constitui dreptul comun în materia societății – chiar și înzestrate cu personalitate juridică. Așadar, așa cum s-a arătat în doctrină, aplicarea textului menționat ar putea genera confuzii, pentru că formă asociativă numită, de exemplu „societate pe acțiuni” va fi percepută ca o *societate comercială*, și nu o societate cu personalitate juridică reglementată de Codul civil. Deci, pentru evitarea oricăror posibile confuzii, dreptul comun în materie de societăți nu este întreaga reglementare din Codul civil cu privire la societate, ci doar reglementarea privitoare la *societatea simplă*, la care se adaugă anumite referiri generice la contract și la faptul dobândirii personalității juridice, ca opțiune a asociaților. Mai mult decât atât, nu se pot constitui societăți cu personalitate juridică doar în baza dispozițiilor Codului civil, toate aceste forme asociative fiind reglementate în legi speciale.²¹

Ca orice altă formă asociativă, *societatea simplă* are la bază *contractul de societate* definit de art. 1881 alin. (1) Noul Cod civil ca fiind contractul prin „care 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. Fiecare asociat contribuie la suportarea pierderilor proporțional cu participarea la distribuția beneficiului, dacă prin contract nu s-a stabilit altfel.”

Din definiția legală rezultă nota distinctivă a contractului de societate, specificitatea sa rezultând din reglementarea obligației de a contribui cu un aport la asociere, obligației de cooperare în vederea atingerii scopului asocierii – *affectio societatis*²² – și obligației de a contribui la suportarea pierderilor.

Tot din definiția legală rezultă și că *societatea unipersonală*²³ va rămâne reglementată de dispozițiile Legii nr. 31/1990 privind societățile – republicată - în

²¹ Gh. Piperea, *op. cit.*, p. 15. De asemenea, pentru detalii cu privire la personalitatea juridică a se vedea O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2013, pp. 315 și urm.

²² ÎCCJ a statuat că, în conformitate cu prevederile art. 222 din Legea nr. 31/1990, „în cazul societăților de persoane și a societăților mixte, ce îmbină trăsăturile societăților de persoane cu cele ale societăților de capitaluri, problema încrederii reciproce și a conlucrării asociaților, în vederea exercitării în comun a activităților statutare, se pune mai accentuat decât în cazul altor forme de societăți. Astfel că *affectio societatis* este o condiție de fond a contractului de societate” (ÎCCJ, sec. a II-a civ., dec. nr. 3328 /2013, la: www.scj.ro).

De asemenea, ÎCCJ a arătat că „gravele neînțelegeri dintre asociați – concretizate în numărul mare de litigii comerciale și penale existente între părți – au condus la dispariția lui «*affectio societatis*», respectiv a intenției de a conlucra în vederea atingerii unui scop lucrativ comun și care fac imposibilă continuarea activității societății. Culpa unuia sau altuia dintre asociați în generarea acestor neînțelegeri este lipsită de relevanță, important fiind doar efectul disensiunilor, respectiv împiedicarea funcționării societății. (ÎCCJ, sec.a II-a civ., dec. nr. 256 /2008, la: www.scj.ro).

²³ Societatea unipersonală cu răspundere limitată este o formă societară care a împrumutat de la societățile de persoane, caracterul *intuitu personae*, iar de la societățile de

mod evident, actul constitutiv fiind în cazul său un act unilateral. În ce măsură, mai există *affectio societatis*?

În doctrina s-a precizat că în cazul acestei forme societare, ar fi greșit să se considere că acest element nu există, ci din contră *affectio societatis* rămâne o condiție de valabilitate a statutului, ca act juridic unilateral, diferența regăsindu-se doar în modalitatea sa de exteriorizare. Astfel că în cazul societății cu răspundere limitată cu asociat unic *affectio societatis* reprezintă intenția acestuia din urmă de a constitui o societate cu personalitate juridică și de a desfășura o activitate comercială de sine stătătoare, cu intenția de obține venituri pentru societate și pentru sine, iar „*nu cu un scop de simulare*”²⁴

Societatea simplă chiar și lipsită de personalitate juridică este un profesionist pentru că exploatează o întreprindere, în sensul art. 3 din Noul Cod civil, și are un scop *lucrativ* concretizat în obținerea *beneficiilor și economiilor* prin desfășurarea activității în comun.

Din interpretarea coroborată a art. 1882 alin. (3) și art. 1883 din Noul Cod civil rezultă că una dintre condițiile specifice de valabilitate ale contractului de societate se referă la aportul necesar constituirii oricărei forme asociative. Astfel, în cazul unei societăți fără personalitate juridică, aporturile devin coproprietatea asociaților, cu excepția cazului în care aceștia au hotărât trecerea bunurilor în folosința comună. În cazul aportului unor bunuri imobile sau, după caz, al altor drepturi reale imobiliare, contractul se încheie în formă autentică, transferul

capitaluri, răspundere limitată la aportul adus la capitalul social și împărțirea acestuia în părți sociale. Societatea cu răspundere limitată cu asociat unic a fost reglementată inițial prin Directiva 89/667/EEC, publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene, L 395 din 21 decembrie 1989, abrogată între timp prin Directiva 2009/102/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 septembrie 2009 în materie de drept al societăților comerciale privind societățile comerciale cu răspundere limitată cu asociat unic (publicată în Jurnalul Oficial al Comunității Europene L 258, din 1 octombrie 2009, pp. 20–25). Inițial, acest tip de societate se forma indirect, sau deviat, pe parcursul existenței unei societăți, prin reunirea tuturor părților sociale în mâna unei singure persoane, ulterior fiind însă reglementată și posibilitatea constituirii ei în această formă originară. Referitor la denumirea acestui tip de societate directiva folosește termenul generic de „*single-member company*”, deși termenul francez „E.U.R.L.”, respectiv „întreprindere unipersonală cu răspundere limitată” este incontestabil mai practic în a delimita individul de *societate*, acordându-i acesteia din urmă o completă autonomie juridică, patrimonială. Pentru amănunte, J.-J. Daigre, *La société unipersonnelle en droit français*, Revue internationale de droit comparé, Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990, Etudes de droit contemporain, p. 670. Azi, forma societății cu răspundere limitată cu asociat unic își găsește reglementarea în art. 5 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 privind societățile, republicată, fiind eliminată interdicția existentă înainte de 2020 pentru o persoană fizică sau juridică de a fi asociat unic într-o singură societate comercială de tip SRL.

²⁴ L. Săuleanu, *Societatea cu răspundere limitată cu asociat unic*, în Revista Română de Dreptul Afacerilor nr. 1/2011, pp. 13-32., De asemenea, I. Voica, *Aspecte privind reglementarea întreprinderii unipersonale cu răspundere limitată (L' EURL) în dreptul francez*, în Revista de Drept Comercial, nr. 10/2006, p. 59.

drepturilor asupra bunurilor aportate fiind supus formelor de publicitate prevăzute de lege.

Aportul reprezintă valoarea patrimonială cu care orice asociat convine, prin contractul de societate, dar și prin subscripții ulterioare, să contribuie la desfășurarea activității specifice societății. Aportul desemnează atât obligația pe care și-o asumă un asociat, dar și executarea ei propriu-zisă, respectiv obligația de a contribui la formarea patrimoniului de afecțaiune. Așadar, printre caracteristicile generale ale aportului se numără și obligativitatea acestuia.²⁵

Conform opiniilor exprimate în doctrina veche pot constitui aport *toate lucrurile*, corporale sau incorporale care sunt susceptibile de a fi apropiate persoanei prin intermediul dreptului de proprietate privată și, de asemenea, *orice muncă a omului, corporală sau intelectuală*, înțelegându-se prin aceasta *toate calitățile fizice, intelectuale, sau morale care pot avea o explicațiune folositoare*. Poate face obiectul unui aport în societate un brevet de invenție, un fond de comerț, un procedeu industrial, dreptul de a publica exclusiv o lucrare, o clientelă, un nume, bunurile viitoare, sau creditul comercial al unei persoane.²⁶

În aceeași măsură poate constitui aport și *aducerea unui lucru, în societate, pentru folosința lui*, urmând ca la încetarea societății, asociatul să ceară restituirea în natură a lucrului datorită faptului că dreptul de folosință a încetat²⁷, teza aceasta regăsindu-se și în conținutul art. 1883 alin. 1 Noul Codul civil.

Dreptul francez statuează faptul că fiecare dintre asociați este debitorul societății pentru tot ce s-a obligat față de aceasta.²⁸ Oricare ar fi natura aportului la care asociații s-au obligat, răspunderea pentru neîndeplinirea obligațiilor privind constituirea acestuia este una contractuală, existând posibilitatea ca actul constitutiv sau contractul de societate să stipuleze și o clauză penală, prin care să fie stabilit anticipat quantumul daunelor interese datorate de către asociat în cazul neexecutării obligației principale sau a executării necorespunzătoare ori cu întârziere a acesteia.²⁹

²⁵ De asemenea, aporturile trebuie să fie reale, bunul care face obiectul aportului trebuind să prezinte la data efectuării o valoare economică reală, evaluabilă în bani, și care să aducă o creștere reală a valorii patrimoniului social. În acest sens, I. Băcanu, *Capitalul social al societăților comerciale*, Editura Lumina Lex, București, 1999, p. 35 și urm., V. Pătulea, *Patrimoniul societăților comerciale*, în *Dreptul*, nr. 12/1995, p. 3 și urm.

²⁶ A se vedea C. Hamangiu, N. Georgean, *Codul civil adnotat cu articolul corespunzător francez, italian și belgian. Cu doctrina franceză și română și jurisprudența de la 1868-1927*, vol. IX, Editura Librăriei „Universală” ALEALAY & Co., București, 1934, pp. 148 și urm.

²⁷ În acest caz, pierirea fortuită a lucrului stinge obligația de restituire, asociatul proprietar fiind cel care suportă riscurile. A se vedea D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, Tomul IX, ed. a II-a, Editura Tipografiei Ziarului „Curierul Judiciar”, București, 1910, pp. 489 și urm.

²⁸ *Code de commerce, 101^e edition, Avec adnotations de jurisprudence et bibliographie par N. Rontchevsky*, Edition Dalloz, Paris, 2006, p. 2391.

²⁹ A se vedea S. Angheni, *Clauza penală în dreptul civil și comercial*, Editura Oscar Print, București, 1996, p. 15.

Potrivit dispozițiilor menționate (art. 1883 Noul C.Civ.) în cazul *societății simple* aporturile devin coproprietate asociaților, afară de cazul în care aceștia au convenit, în mod expres, că vor trece în folosința lor comună.

Astfel, în cazul societății simple suntem în prezența unui *patrimoniu de afectatiune* reunit într-o coproprietate a asociaților. Acest patrimoniu reprezintă o formă de diviziune patrimonială, conform art. 31 alin. (2) Noul C.civ. și de separare a creditorilor în contextul dat de art. 2324 alin. (3) și alin. (4) din același act normativ. În aceea ordine de idei, art. 1920 Noul C.civ. creează un „*beneficiu de discuțiune*” care oprește concursul dintre creditorii personali ai fiecăruia dintre asociați și creditorii societății civile.³⁰

Un alt element specific contractului de societate este în partajarea riscurilor inerente desfășurării activității lucrative, partajare care se face, în principiu, proporțional cu participarea la distribuția beneficiilor. Spunem „în principiu” pentru că asociații care au contribuții în industrie sunt scutiți de la participarea la pierderi, dacă aceste pierderi sunt mai mici sau egale cu valoarea contribuțiilor lor în industrie și dacă această scutire a fost prevăzută expres în contractul de societate (art. 1902 alin. (2) Noul C.civ.).

Legiuitorul prevede expres faptul că orice clauză prin care un asociat este exclus de la împărțirea beneficiilor sau de la participarea la pierderi este considerată nescrisă (art. 1902 alin. 5 Noul C.civ.). Așadar, deși principiul libertății contractuale nu împiedică asociații să stabilească în actul constitutiv propriul algoritm de încasare al beneficiilor sau de participare la pierderi, instanța va putea constata și sancționa orice dezechilibru generat de o clauză leonină³¹.

³⁰ Conform dispozițiilor legale, „*creditorii ale căror creanțe s-au născut în legătură cu o anumită diviziune a patrimoniului, autorizată de lege, trebuie să urmărească mai întâi bunurile care fac obiectul acelei mase patrimoniale. Dacă acestea nu sunt suficiente pentru satisfacerea creanțelor, pot fi urmărite și celelalte bunuri ale debitorului. Bunurile care fac obiectul unei diviziuni a patrimoniului afectate exercițiului unei profesii autorizate de lege pot fi urmărite numai de creditorii ale căror creanțe s-au născut în legătură cu profesia respectivă. Acești creditorii nu vor putea urmări celelalte bunuri ale debitorului.*” (art. 2324 alin. (3) și alin. (4) Noul C.civ.). De asemenea, „*în executarea obligațiilor față de creditorii societății, fiecare asociat răspunde cu propriile sale bunuri proporțional cu aportul său la patrimoniul social, numai în cazul în care creditorul social nu a putut fi îndestulat din bunurile comune ale asociaților. Creditorul personal al unui asociat, în măsura în care nu s-a putut îndestula din bunurile proprii ale acestuia, va putea cere, după caz, să se înapoieze sau să se despartă și să se atribuie debitorului său partea ce se cuvine acestuia din bunurile comune ale asociaților*” (art. 1920 Noul C.civ.).

³¹ În drept, clauza leonină este considerată a fi o prevedere contractuală prin care unuia dintre contractanți îi sunt atribuite drepturi vădit disproporționate prin raportarea la obligațiile pe care și le-a asumat. Termenul „leonin” derivă din sintagma latină „partea leului” și face aluzie la fabula în care leul care s-a asociat cu alte animale își rezervă cea mai bună parte din pradă. În noua codificare civilă, spre deosebire de vechea reglementare, a fost abandonată teza nulității acestei clauze. Așa cum prevede art. 1902 alin.5 din Codul civil, o astfel de stipulație contractuală este considerată nescrisă. Aceste dispoziții sunt completate de prevederile art. 1932 C.civ. potrivit cărora „nulitatea societății poate rezulta

În privința formei contractului de societate, Noul Cod civil statuează – în art. 1884 – că forma scrisă necesară constituirii unei societăți simple este cerută *ad probationem*. Așa cum rezultă și din art. 1890 din același act normativ, contractul nu este supus unor formalități speciale, cu excepția formei scrise sau a formei autentice în cazul în care aportul asociaților constă în bunuri imobile care se transferă din proprietate exclusivă în coproprietatea asociaților.

În doctrină s-a arătat că forma scrisă *ad probationem* este de fapt o formă scrisă *ad validitatem*, deoarece proba existenței societății simple trebuie făcută de fiecare dată. Motivul? Această asociere nu este publică și nu are personalitate juridică. Mai mult, faptul că legiuitorul scutește societatea de orice formalitate specială de valabilitate nu înseamnă că însăși societatea, ca entitate colectivă, „este scutită în abstracto de orice formalități de opozabilitate față de terți. În orice caz, societatea este supusă unor formalități de publicitate obișnuite în caz de coproprietate, încheierea actelor juridice prin mandat, înregistrare fiscală, deschidere de cont bancar, reprezentare în justiție, etc.”³²

Contractul de asociere poate fi modificat chiar și în ceea ce privește schimbarea forma societății dintr-una lipsită de personalitate juridică într-una înzestrată cu capacitate juridică distinctă de cea a asociaților. De aceea s-a spus că lipsa personalității juridice este de natura *societății simple*, dar nu și esența ei.³³

Domeniul de aplicare al societății simple față de al societății comerciale este unul mai restrâns, *societatea simplă* manifestându-se sub forma societăților profesionale constituite în baza legilor speciale pentru exercitarea în comun a unor profesii liberale, cum ar fi, de exemplu: societatea profesională de avocați, reglementată de Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, societatea profesională de notari publici, fără personalitate juridică, reglementată de dispozițiile Legii nr. 36/1995 a notarilor publici și a activității notariale, societatea profesională de arhitecți, fără personalitate juridică, constituită în baza Legii nr. 184/2001 privind organizarea și exercitarea profesiei de arhitect, etc.³⁴

exclusiv din încălcarea dispozițiilor imperative ale prezentului capitol, stipulate sub sancțiunea nulității, sau din nesocotirea condițiilor generale de validitate a contractelor, dacă legea specială nu prevede altfel. Este considerată nescrisă orice clauză contractuală contrară unei dispoziții imperative din prezentul capitol a cărei încălcare nu e sancționată cu nulitatea societății”. Care este efectul acestei sancțiuni? Răspunsul nu poate fi decât că – în acest caz- fiecare asociat contribuie la suportarea pierderilor proporțional cu participarea la distribuția beneficiului (art. 1881 alin. (2) Noul C.civ.).

³² F.-A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. I, rev., Editura C.H. Beck, 2012, p. 1480. De asemenea, C. Spasici, *Societățile simple versus formele vecine acestora: asociațiile și fundațiile*, Revista Universul Juridic, nr. 11/2021, pp. 22-33.

³³ A se vedea L. Stănculescu, *op. cit.*, p. 258.

³⁴ Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat republicată în M.Of. al României, Partea I, nr. 210/28.03.2017; Legea nr. 36/1995 a notarilor publici și a activității notariale, republicată în M.Of. al României, Partea I, nr. 237/19.03.2018; Legea nr. 184/2001 privind organizarea și exercitarea profesiei de arhitect, republicată în M.Of. al României, Partea I, nr. 470/26.06.2014.

Societatea de facto și societatea fictivă

Societatea creată de fapt, societatea *de facto* se caracterizează și se diferențiază de celelalte forme asociative prin *imprecizia* sa. Asemănător însă asocierii în participațiune, societatea de fapt, poate să apară ca o societate ocultă, creată de persoane care, nedorind să îmbrace raporturile lor contractuale în forma unei societăți, cu sau fără personalitate juridică, acționează în aceeași modalitate ca asociații. Colaborarea lor se extinde și față de terți și relevă intenția lor de a împărți profiturile care ar rezulta din „afacerea” comună. Societatea de fapt se va revela în cadrul unui litigiu când persoana care justifică un interes probează existența acesteia, deși asociații nu avuseseră decât intenția unei simple colaborări.³⁵

În interpretarea art. 1873 din Codul civil francez, instanțele de judecată au statuat că dacă existența efectivă a unei societăți de fapt este condiționată de existența elementelor comune tuturor societăților – existența unor aporturi, intenția de împărți beneficiile și de a participa la pierderi, precum și *affectio societatis* – aparența unei societăți trebuie apreciată dintr-o perspectivă globală, independent de oricare dintre cele trei elemente. Adică participanții la această societate de fapt nu au drepturi sau obligații bine definite, unii față de alții, totul având la bază o solidaritate morală și un patrimoniu afectat.³⁶

Deși Vechiul Cod civil nu recunoștea *expressis verbis* societatea creată de fapt, nimic nu împiedica o persoană care justifica un interes să probeze existența unei astfel de forme asociative, respectiv să probeze comportamentul asociaților, respectiv *existența elementului affectio societatis*. Societățile create de fapt sunt societăți *involuntare*, deoarece ele nu rezultă dintr-o convenție, ci dintr-un comportament, dintr-o situație de fapt. Cel mai adesea acest gen de situații decurg din afaceri de ordin familial, din anumite situații juridice degenerative în care se află uneori o societate și din colaborări economice punctuale.³⁷

Logic, odată probată și constatată existența unei societăți de fapt – create în mod tacit – regimul juridic aplicabil nu ar fi putut fi altul decât cel reglementat pentru societatea civilă, sau societatea simplă.

Existența acestei societăți a fost admisă de către jurisprudență pentru a proteja interese terților de bună-credință și pentru a recunoaște în profitul acestora drepturi patrimoniale pe care altfel nu le-ar putea avea.³⁸

În Noul Cod civil, sunt asimilate societăților simple și societățile supuse condiției înmatriculării conform legii și rămase neînmatriculate, dar și societățile de fapt (art. 1893 C. civ.). Însă spre deosebire de societățile supuse înmatriculării, dar rămase neînmatriculate, societățile de fapt nu există în formă scrisă.

³⁵A se vedea, Gh. Piperea, *Societatea creată de fapt*, în *Juridica*, nr. 2/2000, pp. 66-67.

³⁶ *Code civil*, 108^e edition, Editura Dalloz, Paris, 2008, p. 2091.

³⁷A se vedea, Gh. Piperea, *op. cit.*, V. Stegărescu, *Societățile create de fapt*, în *Dreptul* nr. 3/2004, p. 51.

³⁸ Pentru amănunte V. Stegărescu, *Considerații generale cu privire la teoria aparenței. Aplicații practice*, în *Pandectele Române*, nr. 5/2006, p. 219 și urm.

În doctrină s-a precizat faptul că societatea *de facto* nu este întotdeauna o societate ocultă, exemplificându-se cu situația în care un soț contribuie la afacerea celuilalt soț, manifestându-se ca un asociat, fără însă ca această colaborare să fie consacrată printr-un contract de societate. În această situație dacă se probează – aportul, *affectio societatis* și participarea la beneficii și pierderi - suntem în prezența unei societăți de fapt, inexistența unui contract în formă scrisă nefiind de natură să înlăture posibilitatea existenței societății. De asemenea, un alt caz ar putea fi situația care rezultă ulterior dizolvării sau declarării nulității unei forme asociative cu personalitate juridică când foștii asociați continuă să facă afaceri împreună în continuitatea elementului *affectio societatis* inițial.³⁹

Grupul de societăți poate fi, de asemenea, asimilat unei societăți de fapt.

Acesta este un sistem societar prin care se înțelege un ansamblu durabil și stabil alcătuit din structuri asociative legate juridic prin relații, în temeiul cărora una dintre aceste structuri dobândește și exercită asupra celorlalte dominația sa, făcând să se manifeste o unitate de voință și un scop comun.⁴⁰

Așa cum s-a precizat *grupul* reprezintă o realitate juridică cu o geometrie variabilă, fiind în esență un *ansamblu* de societăți, cu un grad mai mare, sau mai mic de coerență, ansamblu care se prezintă ca o *realitate de fapt, fără personalitate juridică* și care are la bază *interesele comune ale componentilor grupului care afectează bunuri și prestează activități în vederea realizării scopului comun*.⁴¹

Pe de altă parte, caracterul ocult și voluntar este de esența *societății fictive*.

³⁹ F.-A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, p. 1482.

⁴⁰ A se vedea M. Toma, Al. Țiclea, *Sisteme societare comerciale*, în *Dreptul*, nr. 5-6/1993, p. 18. În doctrina franceză se susține că o recunoaștere a personalității juridice a grupului de societăți ar genera dificultăți, pentru că s-ar ajunge la o dublă personalitate juridică. O societate ar avea o personalitate proprie și o personalitate ca membră a grupului, ceea ce nu poate fi posibil. De asemenea recunoașterea grupului ca persoană juridică ar duce la negarea personalității fiecărei societăți membre, acestea apărând ca simple sucursale. I. Țiclea, *Grupurile de societăți în Franța*, în *Revista română de drept comercial*, nr. 6/2000, p. 61 și urm.

⁴¹ C. Gheorghe, *Structuri suprasocietare. Grupurile de societăți*, în *Revista de drept comercial*, nr. 3/2005, p. 61 și urm., M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit de sociétés*, 20^e Édition, Edition Litec, Paris, 2007, p. 638 și urm. Cea mai cunoscută configurație a acestei geometrii este *holdingul*. Mecanismul ales și destinat creării unui astfel de grup de societăți nu apare ca fiind neutru, nici din perspectiva dreptului fiscal și nici din perspectiva organizării și structurării sale. Este incontestabil faptul că, însăși prin natura sa, un grup de societăți este tentat să-și optimizeze regimul fiscal localizându-și profitul maxim, prin operațiunile comerciale dintre societățile grupului, acolo unde impozitul datorat este mai mic. Deși acest lucru nu este, în principiu, contrar dispozițiilor legale, totuși, conform unor opinii exprimate în doctrina franceză, tranzacțiile și operațiunile nefinanciare dintre societățile grupului trebuie făcute la prețul normal, al pieței având în vedere o anumită etică în afaceri – „*certaine morale des affaires* sau *business ethics*”, după cum o numesc britanicii. Pentru alte aspecte, a se vedea H. Bardet, A. Charveriat, A. Beetschen, B. Gouthiere, *Les Holdings. Guide juridique et fiscal*, 4^e édition, Editions Francis Lefebvre, Paris 2007, p. 73.

Dacă separația de patrimonii dintre asociat și entitatea colectivă este una dintre condițiile recunoașterii personalității juridice, când această demarcație este ștearsă suntem în prezența unei societăți fictive, fiind aplicabile dispozițiile legale referitoare la simulație.

Așadar, asociații încheie un act public și *mincinos* – *contractul de societate* – ascunzând sub masca sa un alt act secret și real, care poate fi un contract de împrumut cu dobândă, de muncă, de donație sau de vânzare, acesta fiind singurul care produce efecte între părți, dar care nu este opozabil terților.

Caracterul simulacru poate antama fie asupra naturii contractului de societate, fie asupra existenței contractului de societate în cazul așa-numitei *societăți de fațadă*.⁴²

Pornind de la regimul juridic al simulației, jurisprudența franceză a statuat că o societate fictivă este o societate nulă și inexistentă. Însă, nulitatea unei astfel de forme asociative nu își produce efectele retroactiv în cazul în care, înainte ca acest caracter „fictiv” să fie cunoscut de către terți, aceștia au contractat cu societatea deoarece nici asociații și nici societatea nu se pot prevala de vreo cauză de nulitate față de terții de bună-credință.⁴³

Neexistând delimitare între patrimoniul asociațiilor și cel al societății se naște, în mod legitim, întrebarea: cine va răspunde față de terți pentru neexecutarea culpabilă a obligațiilor societare? Conform art. 1922 Noul C.civ., chiar și asociații oculte răspund față de terții de bună-credință ca și ceilalți asociați.

Evident că în cazul acestei societăți, cerința formei scrise pentru proba existenței sale apare ca fiind excesivă, dar, dacă există un început de dovadă scrisă oricine justifică un interes va putea proba existența societății cu orice mijloc de probă.

Această posibilitate este binevenită pentru că societățile oculte sunt, de cele mai multe ori, ilegale, ascunzând scopuri în contradicție cu legea, morala sau interesul public.⁴⁴

3. Asocierea în participați (e)/(-une)

Înainte de intrarea în vigoare a Noului Cod civil, această formă asociativă era reglementată de art. 251 din Codul comercial care statua că „*asocierea în participațiune are loc atunci când un comerciant sau o societate comercială acordă*

⁴² Aceasta din urmă este, în principiu, frauduloasă și se manifestă prin constituirea unei societăți pe acțiuni cu caracter personal, sau de întreprinderi individuale sub forma de societăți a căror răspundere este limitată la capitalul subscris cu scopul vădit de sustrage patrimoniile asociațiilor de sub puterea de acțiune a creditorilor. Pentru amănunte F. Țuca, *Societatea comercială fictivă*, în Revista română de drept comercial, nr. 10/1996, pp. 110-123.

⁴³ *Chambre commerciale de la Cour de cassation*, 16.jun.1992, în „Recueil Dalloz”, 508 (2^e esp), 1993, *Chambre commerciale de la Cour de cassation*, 22.jun.1999, în „Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation”, IV, nr. 136, *apud Code civil, 108^e édition*, Edition Dalloz, Paris, 2008, p. 2060 și p. 2078;

⁴⁴ F.-A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, p. 1507.

uneia sau mai multor persoane sau societăți o participațiune în beneficii și pierderile uneia sau mai multor operațiuni sau chiar asupra întregului lor comerț”.

Aceasta a fost definită ca fiind un contract comercial prin care o parte denumită *asociat titular* sau *asociat administrator*, convine cu cealaltă parte denumită *asociat participant* să efectueze o operațiune, mai multe operațiuni, sau chiar întregul lor comerț împreună, ambele părți aducând un aport în bani, lucruri sau prestații necesare pentru desfășurarea activității ce constituie obiectul asocierii, asociatul titular tratând în nume propriu cu terții, dar în contul asociațiunii, cu scopul de a împărți cu asociatul participant profitul sau pierderile înregistrate, în conformitate cu cota de participare stabilită. Cu alte cuvinte, acest contract are, printre alte caracteristici, un caracter *intuitu personae* și *ocult*.⁴⁵

Cu o tușă fină în doctrină s-a arătat că deși acest caracter ocult este de natura societății în participațiune, în sensul că participarea cel puțin a unuia dintre parteneri este necunoscută terților, acesta nu este și de esența ei.⁴⁶ Într-adevăr, participarea a cel puțin unuia dintre partenerii asociației este ascunsă, necunoscută terților, asociatul administrator fiind cel care asigură reprezentarea societății, asumându-și astfel în exclusivitate activitatea comercială. Evident, acest lucru nu înseamnă că eventualele pierderi sau beneficii nu se împart între toți asociații. Cu toate acestea, nimic nu se opune ca asociatul reprezentant să decline în fața terților existența contractului de asociere. Uneori, această obligație, cunoscută în sistemul common-law sub sintagma „*duty of disclosure*”,⁴⁷ poate fi chiar prevăzută în contractul de asociere. Acest aspect demonstrează că *asocierea în participațiune* este „*un instrument util, nu numai pentru a ascunde identitatea asociațiilor sau a disimula o altă operațiune juridică, ci mai ales pentru a organiza într-o manieră suplă, pur contractuală, activități aferente unei operațiuni determinate și temporare*”.⁴⁸

Asocierea în participațiune nu are personalitate juridică, nefiind deci o ființă juri-dică distinctă de persoana asociațiilor. Așadar, fiecare asociat rămâne proprietarul bunurilor aduse ca aport în asociere, acest principiu supletiv fiind completat de cel al libertății contractuale fiind astfel permis asociațiilor să

⁴⁵ D. Mihai, *Asocierea în participațiune*, în *Juridica*, nr. 1/2000, p. 16, precum și I. Schiau, *Contractul de asociere în participațiune*, în *Revista de drept al afacerilor*, nr. 3/2004, pp. 75 și urm.

⁴⁶ S-a spus despre caracterul ocult al asocierii că, în realitate, nu este altceva decât avantaj de care asociații înțeleg sau nu să profite. Așadar, „*dacă în cazul unei societății în nume colectiv administratorul trebuie să aducă la cunoștința terților cu care contractează existența societății în numele și pe seama căreia tratează, în cazul asocierii în participație aceasta rămâne secretă față de terți, iar asociatul contractează în numele său. Din această perspectivă, nu are nicio relevanță faptul că acest asociat ulterior va împărți eventualul profit al respectivei operațiunii comerciale cu asociatul său, conform clauzelor contractului de asociere în participație.*” A se vedea L. Săulean, *Asocierea în participațiune*, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 4.

⁴⁷ Pentru amănunte R. Flannigan, *Joint Venture Theurgy*, în *Canadian Business Law Journal*, no.3/2013, pp. 368-395.

⁴⁸ A se vedea R. N. Cătană, *Rolul justiției în funcționarea societăților comerciale*, Editura Lumina Lex, București, 2003, p. 23 și urm.

stabilească un regim de coproprietate indiviză, sau chiar să atribuie bunurile în proprietatea asociatului administrator care intră în raporturi juridice cu terții, urmând să se stabilească – în mod simetric - modalitatea de lichidare a societății la încetarea contractului.⁴⁹

În cadrul contractului de asociere, potrivit vechii codificări civile, clauza leonină este interzisă, contractul fiind lovit de nulitate absolută atunci când, la fel ca și în cazul societăților comerciale, un asociat este exclus de la beneficii sau de la participarea la pierderi sau aceasta din urmă este derizorie. Cu toate acestea, faptul că nu există clauză expresă cu privire la participarea la beneficii și pierderi a fiecărui asociat nu atrage sancțiunea nulității, ci prezumă intenția comună a părților de a împărți în mod egal beneficiile realizate.⁵⁰

În aplicarea și interpretarea dispozițiilor art. 251 din C.com raportat la art. 1513 din Vechiul Cod civil, jurisprudența a statuat faptul că nicio dispoziție legală nu impune împărțirea beneficiilor în mod egal sau participarea la pierderi în mod egal, întrucât s-ar încălca libertatea de voință a părților și s-ar nesocoti caracterul dispozitiv al normelor care reglementează această formă contractuală. De asemenea, sunt interzise clauzele leonine care îi favorizează pe unii asociați în detrimentul celorlalți întrucât s-ar încălca un alt principiu fundamental, respectiv cel al egalității părților în tratarea unei afaceri comerciale.⁵¹

Având în vedere neparticiparea unuia dintre asociați la operațiunile asocierii, contractele prevăd de obicei clauze prin care se asigură un control al asociatului pasiv asupra activității asociatului activ și a rezultatelor asocierii, clauze numite de *management* sau de *performanță* în baza cărora pierderile rezultate din greșeli decizionale sau de gestiune ale asociatului activ devin inopozabile asociatului pasiv, precum și clauze penale referitoare la plata cu întârziere a cotei-părți din beneficii de către asociatul activ.⁵²

⁴⁹ Pentru amănunte a se vedea M. Toma, Al. Țiclea, *Sisteme societare ... op.cit.*, p. 31, V. Rebreanu, *Asociațiunea în participațiune între tradiție și actualitate*, în *Revista română de drept comercial*, nr. 4 /1995, p. 112, I. Terța, *Asociația în participațiune. Reglementare. Noțiune. Jurisprudență. Comentariu critic*, în *Revista română de drept comercial*, nr. 10/1999, pp. 67-70.

⁵⁰ A se vedea N. Țândăreanu, *Contractul de asociere în participațiune*, în *Dreptul*, nr. 5/1995, p. 13 și urm., L. Săuleanu, *Regimul juridic al aperturilor în cadrul contractului de asociere în participare*, în *Revista de drept comercial*, nr. 2/2002, p. 199 și urm.

⁵¹ ÎCCJ, s.com., dec. nr. 2894/2003, potrivit căreia „clauza înserată în contractul de asociere în participațiune, prin care se stabilește în favoarea uneia dintre părți, dreptul la o cotă minimă fixă din profit, indiferent de profitul realizat, nu este o clauză leonină, lovită de nulitate, conform art. 1513 din C.civ, pentru că, în acest mod, partea nu și-a atribuit totalitatea câștigurilor și neparticiparea la pierderi”, sentință disponibilă la: <http://www.scj.ro>. De asemenea, potrivit instanței supreme, „este nul contractul prin care un asociat își stipulează totalitatea câștigurilor. Este nulă convenția prin care s-a stipulat ca unul sau mai mulți asociați să fie scutiți de a participa la pierderi.” ÎCCJ, sec.com, dec nr. 4100/2006, disponibilă la: <https://www.scj.ro>, site consultat la data de 16.05.2022.

⁵² R.N. Cătană, *op. cit.*, p. 27, G. Chifan, *Asociația în participație*, în *Revista de drept comercial*, nr. 2/2005, p. 35.

Încetarea asocierii are loc la termenul prevăzut, pentru oricare cauză de încetare a contractului, prin hotărârea asociaților, prin pierderea capacității de exercițiu a asociaților sau prin imposibilitatea de realizare a obiectului asocierii. Faza lichidării patrimoniului persoanei juridice nu se regăsește și nu se poate aplica asocierii în participațiune, întrucât bunurile nu au ieșit din patrimoniul asociaților.⁵³

Potrivit jurisprudenței, în cazul în care unul dintre asociați nu-și îndeplinește obligațiile asumate, cocontractantul are la dispoziție acțiunea în rezilierea contractului conform art. 1020 - 1021 din Vechiul Cod civil sau lichidarea asocierii pe cale amiabilă.⁵⁴

În esență, Noul Cod civil, păstrează definiția acestei forme asociative din vechea reglementare, redenumind-o însă ca „*asociere în participație*”. Aceasta este „*contractul prin care o persoană acordă uneia sau mai multor persoane o participație la beneficiile și pierderile uneia sau mai multor operațiuni pe care le întreprinde*” (art. 1949).

Lipsită de personalitate juridică și scutită de orice formalități de constituire, existența acestui tip de asociere se probează numai printr-un înscris (art. 1950 Noul C.civ.).

Asociația în participație este o societate ocultă („societate tăcută” – *stiellegesselchaft – în dreptul german*), necunoscută terților, ea fiind ușor adaptabilă la necesitățile de finanțare (de către participant) a unor oportunități de afaceri ale unui comerciant care nu dispune de fonduri, la construcțiile civile sau industriale pe terenuri proprietatea altor persoane decât constructorul (terenul fiind aport), la sprijinirea cu fonduri ori cu servicii de management de către societatea-mamă a societății-filială și invers ori pentru împrumuturi între societățile din cadrul grupului etc.⁵⁵

În ceea ce privește regimul aporturilor, Noul Cod civil stipulează că asociații rămân proprietarii bunurilor puse la dispoziția asociației, dar și că ei pot conveni – la fel ca și în cazul societății simple, ca bunurile aduse în asociere, precum și cele obținute în urma folosirii acestora să devină proprietatea comună (art. 1952 alin. (1) și alin. (2)).

De asemenea, așa cum rezultă din art. 1952 alin. (3) și alin. (4) Noul C.civ., bunurile puse la dispoziția asocierii pot trece, în tot sau în parte, în proprietatea unuia dintre asociați pentru realizarea obiectului asocierii, în condițiile convenite prin contract și cu respectarea formalităților de publicitate prevăzute de lege, urmând ca la momentul încetării asocierii aceste bunuri să revină asociatului.

Dacă între asociați raporturile se desfășoară conform clauzelor stipulate în contractul de societate, în raporturile juridice cu terții, asociații – chiar acționând pe contul asocierii – se angajează în nume propriu. Atunci când acționează în

⁵³ Pentru amănunte A. Horvath, *Modificări legislative aduse regimului juridic al asocierii în participațiune*, în *Dreptul*, nr. 3/2001, p. 57 și urm., M. Duțu, *Asocierea în participațiune*, în *Juridica*, nr. 1/2000, p. 16 și urm., precum și C. Ștefan, E. Casandra, *Asociația în participație*, în *Revista de drept comercial*, nr. 12/1998, p. 75 și urm.

⁵⁴ C.A. București, sec. a VI-a com., dec.com. nr. 164/30.03.2007 disponibilă la: <https://www.jurisprudenta.com> consultat la data de 08.04.2022.

⁵⁵ F.-A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, p. 1524.

această manieră asociații sunt ținute solidar față de terți de actele încheiate de oricare dintre ei (art. 1953 alin. (1) și alin. (2) Noul C.civ.), orice clauză care ar limita răspunderea asociaților față de terți fiind inopozabilă acestora din urmă.⁵⁶

Noul Cod civil consideră nescrisă clauza leonină⁵⁷ care, în mod particular în cazul asocierii în participațiune, ar stabili un nivel minim garantat de beneficii pentru unul sau unii dintre asociați (art. 1953 alin.5).

Dispoziția legală menționată este contrară jurisprudenței anterioare, jurisprudență potrivit căreia clauza înserată în contractul de asociere în participațiune, prin care se stabilește în favoarea uneia dintre părți, dreptul la o cotă minimă fixă din profit, indiferent de profitul realizat, nu este o clauză leonină, lovită de nulitate, conform art. 1513 C.civ, pentru că, în acest mod, partea nu și-a atribuit totalitatea câștigurilor și neparticiparea la pierderi.⁵⁸

Evoluția reglementărilor legale privind această formă asociativă provoacă ideea caracterului ocult, ascuns al asocierii în participație.

⁵⁶ În plus, ÎCCJ a hotărât că, întrucât contractul de asociere în participațiune privește constituirea unei societăți lipsită de personalitate juridică, având ca temei legal art. 251 și urm. C. com. (art. 1949 și urm. din NCC), calitatea de asociat într-o asociere în participațiune nu poate fi confundată cu calitatea de asociat într-o societate cu răspundere limitată. Prin urmare, în cazul asocierii în participațiune, nu poate fi dispusă sancțiunea excluderii asociatului, în temeiul art. 222 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 31/1990, acest text legal referindu-se la contractul de societate, care nu are nicio legătură cu asocierea în participațiune. (ÎCCJ, s.com., dec nr. 132/2011 disponibilă la://www.iccj.ro/ consultata la data de 20.05.2022). De asemenea, S. Golub, *Asocierea în participație - de la fiducia romană la struțo-cămila româna...*, în Revista Romana de Drept al Afacerilor nr. 6/2020, pp. 83-114.

⁵⁷ În doctrină s-a arătat că, din perspectiva împărțirii beneficii lor și suportării pierderilor, contractul de societate poate stipula – atunci când este simulat – o *prelevare* minimă obligatorie din încasările societății. Evident că în acest caz lipsește *affectio societatis* și deci că nu suntem în fața unei forme asociative, ci, a unui contract de locațiune. Calificarea juridică de locațiune se va putea da însă numai dacă asocierea nu ascunde un scop ilicit. A se vedea Gh. Piperea, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁸ ÎCCJ, dec. com., dec nr. 2894/2003, disponibilă la adresa: <https://www.scj.ro>, site consultat la data de 16.05.2022. De asemenea, aceeași instanță a statuat că regula „*tempus regit actum*”, evocată de textul art. 102 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, „*are o sferă extinsă de aplicabilitate, privind nu numai valabilitatea contractului, ci și efectele sale, inclusiv executarea obligațiilor izvorâte din contract. Așadar, pentru orice chestiuni care țin de valabilitatea contractului, cât și de executarea acestuia sunt incidente regulile în vigoare la data încheierii sale, respectiv regimul juridic impus de C. civ. de la 1864 și de C. com – atunci când contractul de asociere în participațiune a fost încheiat anterior datei de 01.10.2011. Așa fiind, aspectele de regim juridic referitoare la validitatea clauzelor din contractul de asociere în participațiune, prin care un asociat și-ar stipula totalitatea câștigurilor sau ar fi scutit de participare la eventuale pierderi, care nu sunt reglementate prin normele prevăzute de art. 251-256 C. com., rezervate contractului de asociere în participațiune, urmează a fi supuse prevederilor art. 1513 C. civ. de la 1864, care reglementează obligațiile între asociații din cadrul contractului de societate.*” (ÎCCJ, sec. a II-a civ., dec. nr. 1535/2017 disponibilă la: <https://www.scj.ro>, site consultat la data de 16.05.2022).

În ce măsură mai putem vorbi despre acesta dacă potrivit art. 125 alin. (2) din Noul Codul fiscal, în cadrul fiecărei asocieri fără personalitate juridică, constituită potrivit legii, asociații au obligația să încheie contracte de asociere în formă scrisă, la începerea activității? Sau dacă contractul de asociere trebuie să fie încheiat în formă scrisă *ad validitatem* pentru a fi operat în cartea funciară – atunci când se stipulează de către asociați un transfer al drepturilor reale?

Conform dispozițiilor Codului fiscal contractul de asociere va cuprinde clauze obligatorii referitoare, printre altele, la: părțile contractante, contribuția asociaților în bunuri și drepturi, cota procentuală de participare a fiecărui asociat la veniturile sau pierderile din cadrul asocierii corespunzătoare contribuției fiecăruia, desemnarea asociatului care să răspundă pentru îndeplinirea obligațiilor asociației față de autoritățile publice⁵⁹.

În loc de concluzii: care sunt elementele prin care societatea simplă se diferențiază de asocierea în participație?

Deși ambele forme asociative sunt lipsite de personalitate juridică proprie și deci de elementul constitutiv al patrimoniului social, în cazul societății simple, spre deosebire de societatea în participație, asociații își asumă obligația unui aport asupra căruia, în principiu, asociații devin coproprietari. În cazul asocierii în participație, asociații rămân, de regulă, proprietarii bunurilor puse la dispoziția asocierii (art. 1883 raportat la art. 1952 Noul C.civ.).

O altă diferență care se relevă din cuprinsul dispozițiilor legale este că dacă în cadrul asocierii în participație, asociații decid la momentul încheierii contractului de asociere care dintre ei este asociatul administrator (activ) și deci căruia dintre ei îi va reveni puterea de decizie și care dintre ei va interacționa, în principiu, cu terții, în cazul societății simple, puterea de decizie se manifestă în cadrul Adunării Generale a Asociaților (art. 1910 raportat la art. 1953 Noul C.civ.).

Dacă în cazul societății simple asociații se pot angaja atât în nume propriu, cât și în numele societății, asociații dintr-o asociere în participație se angajează în raporturi juridice față de terți numai în nume propriu. Mai departe, asociații în participație vor fi răspunde față de terți în solidar pentru executarea obligațiilor contractuale asumate de oricare dintre ei atunci când acționează în contul asocierii. Răspunderea acestora va fi una nelimitată. (art. 1920 alin. (1) raportat la art. 1953 alin. (3) și 4 Noul C.civ.).

Pe de altă parte, în cazul societății simple se creează o diviziune patrimonială în cadrul patrimoniului fiecărui asociat, diviziunea care va impune o

⁵⁹ Contractul de asociere se înregistrează la organul fiscal competent, în termen de 30 de zile de la data încheierii acestuia, organul fiscal putând să refuze înregistrarea acestuia, în cazul în care acesta nu cuprinde mențiunile obligatorii prevăzute Codul fiscal (art. 125 alin.5 C. fiscal). Înalta Curte de Casație și Justiție a hotărât că în cazul unei asocieri fără personalitate juridică, veniturile și cheltuielile înregistrate se atribuie fiecărui asociat, corespunzător cotei de participare în asociere (ÎCCJ, sec. cont.adm. fis., dec. nr. 3705 din 17 iunie 2021). În același sens, L. Săuleanu, *Elementele caracteristice ale asocierii în participație. Regimul fiscal*, în Revista de Științe Juridice nr. 1/2010, pp. 15-17.

anumită ordine între creditorii terți în ceea ce privește executarea silită a obligațiilor. Astfel asociații vor răspunde față de creditorii sociali pentru obligațiile societății simple cu bunurile constituite ca aport la societate, și, suplimentar, dacă creditorii sociali nu și-au îndeștulat creanța, cu bunurile proprii – proporțional cu aportul la societate (art. 1920 alin. (1) Noul C.civ.).

În final, putem observa că asocierea în participație prin natura sa nu creează premisele constituirii unei persoane juridice distincte, în timp ce, societatea simplă se va putea transforma ulterior, cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, într-un subiect distinct de drept, înzestrat cu personalitate juridică. (art. 1892 alin. (2) din Noul C.civ.).

Conchidem arătând că deși din perspectiva lipsei formalităților necesare constituirii lor, ambele forme asociative care au făcut obiectul studiului nostru, sunt forme juridice suple, ele generează totuși raporturi juridice complexe atât între asociați, cât și între aceștia din urmă și terți cu care interacționează juridic.

Referințe

- Alexandresco D., *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, t.IX, ed. a II-a, Editura Tipografiei Ziarului „Curierul Judiciar”, București, 1910
- Alexandresco D., *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, Tomul IX, ed. a II-a, Editura Tipografiei Ziarului „Curierul Judiciar”, București, 1910
- Angheni S., *Clauza penală în dreptul civil și comercial*, Editura Oscar Print, București, 1996
- Angheni S., Volonciu M., Stoica C., *Drept comercial*, ed. a IV-a, Editura C.H. Beck, București, 2008, pp. 1-2.
- Baias F.-A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, ed. I, rev., Editura C.H. Beck, 2012
- Balcerowicz L., *Libertate și dezvoltare. Economia pieței libere*, Editura Compania, București, 2001
- Bardet H., Charveriat A., Beetschen A., Gouthiere B., *Les Holdings. Guide juridique et fiscal*, 4^e édition, Editions Francis Lefebvre, Paris, 2007
- Băcanu I., *Capitalul social al societăților comerciale*, Editura Lumina Lex, București, 1999
- Bălan I.I., *Natura juridică a societății comerciale*, în *Dreptul*, nr. 11/2000
- Brăilean T., *Noua economie. Sfârșitul certitudinilor*, Editura Institutul European, Iași, 2001
- Cadariu-Lungu I.E., *Contractul de societate conform noului Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2014
- Căpățână O., *Societățile comerciale*, ed. a II-a, Editura Lumina Lex, București, 1996
- Cărpenaru S.D., Predoiu C., David S., Piperea Gh., *Societățile comerciale. Reglementare, doctrină, jurisprudență*, Editura All Beck, București, 2002
- Cărpenaru S.D., *Tratat de drept comercial român*, ed. a IV-a, actualizată, Editura Universul Juridic, București, 2014
- Cătană R. N., *Rolul justiției în funcționarea societăților comerciale*, Editura Lumina Lex, București, 2003
- Chifan G., *Asociația în participație*, în *Revista de drept comercial*, nr. 2/2005, p. 35;
- Cozian M., Viandier A., Deboissy F., *Droit de sociétés*, 20^e Édition, Edition Litec, Paris, 2007
- Daigre J.-J., *La société unipersonnelle en droit français*, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990
- Deak F., *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Editura Universul Juridic, București, 2001
- Duțu M., *Asocierea în participațiune*, în *Juridica*, nr. 1/2000

- Flannigan R., *Joint Venture Theurgy*, în *Canadian Business Law Journal*, no. 3/2013
- Gheorghe C., *Structuri suprasocietare. Grupurile de societăți*, în *Revista de drept comercial*, nr. 3/2005
- Gheorghiu Gh., Clocotici D., *Delimitarea actelor de drept civil față de actele juridice cu caracter comercial (II)*, în *Revista de drept comercial*, nr. 7-8/1998, p. 38 și urm.
- Golub S., *Asocierea în participație - de la fiducia romană la struțo-cămila româna...*, în *Revista Romana de Drept al Afacerilor* nr. 6/2020, pp. 83-114
- Hamangiu C., Georgan N., *Codul civil adnotat cu articolul corespunzător francez, italian și belgian. Cu doctrina franceză și română și jurisprudența de la 1868-1927*, vol. IX, Editura Librăriei „Universală” ALEALAY & Co., București, 1934
- Horvath A., *Modificări legislative aduse regimului juridic al asocierii în participațiune*, în *Dreptul*, nr. 3/2001
- Iancu Gh., *Drept constituțional și instituții politice*, ed. a III-a, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 269.
- Mihai D., *Asocierea în participațiune*, în *Juridica*, nr. 1/2000
- Muraru I., Tănăsescu E. S. (coord.), *Constituția României. Comentariu pe articole*, ed. a II-a, Editura C.H. Beck, București, 2008
- Pătulea V., *Patrimoniul societăților comerciale*, în *Dreptul*, nr. 12/1995
- Piperea Gh., *Societatea simplă: contract și entitate colectivă fără personalitate juridică*, în Bercea L., Bufan R., Catană R.N., (coord.), *Dreptul comercial la confluența a două coduri*, Editura Universul Juridic, București, 2013, pp. 13-15.
- Rebreanu V., *Asociațiunea în participațiune între tradiție și actualitate*, în *Revista română de drept comercial*, nr. 4 /1995
- Safta-Romano E., *Unele aspecte mai importante ale contractului de societate civilă*, în *Dreptul*, nr. 2/1992, pp. 26 și urm.
- Săuleanu L., *Asocierea în participațiune*, Editura Hamangiu, București, 2009
- Săuleanu L., *Elementele caracteristice ale asocierii în participație. Regimul fiscal*, în *Revista de Științe Juridice* nr. 1/2010.
- Săuleanu L., *Societatea cu răspundere limitată cu asociat unic*, în *Revista Română de Dreptul Afacerilor* nr. 1/2011
- Schiau I., *Contractul de asociere în participațiune*, în *Revista de drept al afacerilor*, nr. 3/2004
- Spasici C., *Societățile simple versus formele vecine acestora: asociațiile și fundațiile*, *Revista Universul Juridic*, nr. 11/2021
- Stănciulescu L., *Dreptul contractelor civile. Doctrină și jurisprudență*, ed. a III-a a rev. și ad., Editura Hamangiu, București, 2017
- Stegărescu V., *Considerații generale cu privire la teoria aparenței. Aplicații practice*, în *Pandectele Române*, nr. 5/2006
- Stegărescu V., *Societățile create de fapt*, în *Dreptul* nr. 3/2004, p. 51.
- Șăuleanu L., *Regimul juridic al aperturilor în cadrul contractului de asociere în participare*, în *Revista de drept comercial*, nr. 2/2002, p. 199 și urm.
- Ștefan C., Casandra E., *Asociația în participație*, în *Revista de drept comercial*, nr. 12/1998, p. 75 și urm.
- Terța I., *Asociația în participațiune. Reglementare. Noțiune. Jurisprudență. Comentariu critic*, în *Revista română de drept comercial*, nr. 10/1999, pp. 67-70.
- Toader C., *Drept civil. Contracte speciale*, ed. a III-a, Editura C.H. Beck, București, 2008
- Toma M., Țiclea Al., *Sisteme societare comerciale*, în *Dreptul*, nr. 5-6/1993
- Țăndăreanu N., *Contractul de asociere în participațiune*, în *Dreptul*, nr. 5/1995
- Țiclea Al., Băbeanu N., *Constituirea asociațiilor familiale agricole*, în *Revista de drept comercial*, nr. 9/2004, pp. 31 și urm.

- Țiclea Al., Toma M., *Noțiunea, natura juridică și funcțiile societății comerciale*, în *Dreptul*, nr. 6/1992
- Țiclea I., *Grupurile de societăți în Franța*, în *Revista română de drept comercial*, nr. 6/2000
- Ungureanu O., Munteanu C., *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2013, pp. 315 și urm.
- Voica I., *Aspecte privind reglementarea întreprinderii unipersonale cu răspundere limitată (L`EURL) în dreptul francez*, în *Revista de Drept Comercial*, nr. 10/2006

Dreptul la repaus săptămânal în cadrul drepturilor fundamentale ale salariaților consacrate la nivel internațional

The right to weekly rest within the internationally established fundamental rights of employees

Crizantema Panainte¹

Rezumat: Prezentul studiu pleacă de la premisele necesității consacării unui drept la repaus săptămânal al salariaților, abordând cauzele primare ale reglementării acestuia și evoluția acestora, pentru a trece la un examen al instrumentelor internaționale care îl consacră la nivelul Organizației Internaționale a Muncii, Consiliului Europei sau Uniunii Europene. Analiza comparativă a punctelor de congruență sau de divergență ale conținutului dreptului consfințit de izvoarele juridice supranaționale a impus și determinarea modalităților de aplicare în intersecția forței lor obligatorii. Perspectiva cercetării reglementării naționale a dreptului la repaus săptămânal a vizat prioritar translarea fundamentelor instrumentelor internaționale în abordarea interpretativă a dispozițiilor în vigoare, fără a nega necesitatea unor modificări suplimentare de natură a institui garanții efective în exercițiul acestui drept fundamental social. Studiul a urmărit reflectarea unor soluții adecvate în raport de stadiul actual al legislației interne în reglementarea dreptului la repaus săptămânal, subliniind necesitatea conformității normativului intern cu izvoarele internaționale, nu numai la nivel formal, dar mai ales la nivel practic, pentru a da măsura caracterului efectiv al dreptului. Propunerile *de lege ferenda* cumulează observațiile forurilor internaționale în materia aplicării izvoarelor ratificate de România, dar și aspectele relevate de practica judiciară în materie, adeseori neunitară și inconsecventă.

Cuvinte-cheie: drept la repaus săptămânal al salariaților, norme internaționale, conformitatea dreptului național

Abstract: The present study starts from the premises requiring the consecration of employees' weekly rest, addressing the primary causes of its regulation and their evolution, passing then an examination of international instruments which enshrine it at the level of the International Labor Organization, Council of Europe or European Union. The comparative analysis of the points of congruence or divergence of the content of the right enshrined in the supranational legal sources also required the determination of the modalities of application in the intersection of their binding force. The perspective of researching the national regulation of the right to weekly rest focused primarily on the fundamental translation of international instruments in the interpretation of the provisions in force, without denying the need for further amendments to establish effective guarantees in the exercise of this fundamental social right. The study aimed to reflect appropriate

¹ Jud. drd., Facultatea de Drept, Universitatea din București, email: crizantema@gmail.com

solutions in relation to the current state of domestic law in the regulation of the right to weekly rest, emphasizing the need for compliance of domestic legislation with international resources, not only formally but especially in practice in order to give a measure of effectiveness of the law. The proposals of the future amendments cumulate the observations of the international forums regarding the application of the sources ratified by Romania, but also the relevant aspects of judicial practice in aria, often non-unitary and inconsistent.

Keywords: employee's weekly rest, international standards, Romanian national law's compliance

1. Aspecte introductive

Stabilirea limitelor timpului de lucru zilnic și săptămânal a făcut obiectul primei Convenții a Organizației Internaționale a Muncii, Convenția privind durata muncii (industrie), 1919 (nr. 1).

Limitarea duratei zilei de muncă la 8 ore reprezenta, la începutul secolului trecut, un deziderat constant al mișcărilor muncitorești², iar Partea a XIII-a din Tratatul de la Versailles care reprezintă Constituția OIM³ a prevăzut, la articolul 427 alin. 2 pct. 4 și 5: „adoptarea zilei de 8 ore sau a săptămânii de 48 de ore ca scop ce trebuie atins pretutindeni unde n-a fost încă obținut”, respectiv „adoptarea unui repaus săptămânal de cel puțin 24 de ore, care trebuie să includă duminica, ori de câte ori va fi cu putință.”⁴

Subsumată incipient garanțiilor minimale ale condițiilor de muncă decente pentru realizarea justiției sociale⁵, durata maximală a timpului de lucru zilnic sau săptămânal a depășit ulterior acest determinism primar, fiind integrată pers-

² „La începutul secolului al XIX - lea, în primele etape ale procesul de industrializare, zilele lucrătoare de 14 sau 16 ore nu erau neobișnuite. Prioritatea adoptării unui standard internațional de stabilire a unui interval de opt ore pentru ziua de lucru a reprezentat, de asemenea, una dintre cele mai presante cereri ale lucrătorilor după primul război mondial.” – OIM, International Labour Conference, 107th Session, Geneva 2018, *Ensuring decent working time for the future. General Survey concerning working-time instruments*, Report 107/III/B, first edition, p. 5, disponibil la [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(2018-107-B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(2018-107-B).pdf), consultat la 25.09.2021.

³ Partea a XIII-a din Tratatul de la Versailles din 28 iunie 1919, încheiat cu Germania de către Puterile aliate și asociate, a fost ratificată de România prin Legea publicată în M.Of. nr. 134 din 19 septembrie 1920. Pentru istoricul înființării Organizației Internaționale a Muncii (în continuare OIM) și dezvoltări referitoare la rolul și funcțiile organizației, a se vedea A. Popescu, M. Duțu, *Convențiile Organizației Internaționale a Muncii ratificate de România*, lucrare elaborată sub egida Institutului Român pentru Drepturile Omului, Partea I, *Organizația Internațională a Muncii: bilanț și perspective*, disponibilă la http://irido.ro/irido/pdf/800_ro.pdf, consultat la 25.09.2021.

⁴ Pentru dezvoltări a se vedea ILO, *Convention No 1: A landmark for Workers' Rights*, disponibil la https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_728218/lang-en/index.htm, consultat la 25.09.2021.

⁵ Potrivit Secțiunii I – „Munca” din partea a XIII-a din Tratatul de la Versailles, „Societatea Națiunilor are drept scop de a stabili pacea universală, și (că) o astfel de pace nu poate fi întemeiată decât pe baza justiției sociale.”

pectivei științifice multidimensionale a indicatorilor calității vieții, prin raportare la efectele timpului de lucru asupra sănătății fiziologice⁶ și psihologice⁷ a angajaților, dar și asupra echilibrului social și funcțional⁸ individual.

⁶ „Multe studii epidemiologice au avut ca obiect investigarea efectelor timpului de lucru asupra sănătății angajaților, în special în ceea ce privește asocierea dintre programul de lucru și bolile cardiovasculare. Russek și colaboratorii au raportat că stresul profesional, inclusiv ore lungi de muncă, a fost evident la 91% dintre pacienții cu vârsta <40 de ani cu boli coronariene, acest procent fiind de 4,6 ori mai mare decât cea din grupul de control normal. În plus, Buell și colaboratorii au analizat datele existente pe durata a 3 ani pentru decesele ocupaționale în California și au constatat că riscul de mortalitate datorat bolii coronariene în rândul lucrătorilor cu vârsta sub 45 de ani a crescut când lucrau 48 de ore sau mai mult pe săptămână. Mai mult, într-un studiu de caz-control, Liu și colaboratorii au descoperit că raportul de probabilitate pentru apariția infarctului miocardic acut a fost semnificativ mai mare (1,8; IC 95%:1.0–3.0) într-un grup care lucra săptămânal anual în medie de 60 de ore sau mai mult, comparativ cu un grup care a lucrat o medie anuală săptămânală mai mică de 40 de ore” – O. Itani *et. al.*, *Associations of Work Hours and Actual Availability of Weekly Rest Days with Cardiovascular Risk Factors*, în *Journal of Occupational Health*, Tokyo, Vol. 55, Iss. 1, (2013), DOI:10.1539/joh.12-0034-OA, p. 17, disponibil la https://www.researchgate.net/publication/233772998_Associations_of_Work_Hours_and_Actual_Availability_of_Weekly_Rest_Days_with_Cardiovascular_Risk_Factors/citation/download, consultat la 26.09.2021.

⁷ „Rezultatele studiului nostru sugerează că simptomele depresive au fost ușor mai ridicate în rândul lucrătorilor din weekend comparativ cu lucrătorii care nu prestează munca în weekend. (...) Acest studiu extinde sfera limitată de cercetări publicate despre munca de weekend, care, deși nu au vizat distincțiile de gen, au arătat o epuizare emoțională mai mare și un stres asociat locului de muncă în rândul lucrătorilor de weekend, și într-un eșantion specific de ocupație, au relevat anxietate psihologică mai ridicată legată de frecvența muncii în weekend. (...) Rezultatele noastre sugerează, de asemenea, că, în rândul femeilor, dar nu și al bărbaților, munca suplimentară îndelungată (≥55 ore/săptămână) este legată de simptome depresive mai mari decât munca standard cu normă întreagă, ceea ce corespunde cu constatările anterioare de asocieri puternice între orele lungi de lucru și tulburări depresive pentru femei, nu și pentru bărbați. De asemenea, am găsit simptome crescute ale depresiei la bărbații care lucrează cele mai puține ore (<35 ore / săptămână), dar acest efect a fost explicat de dezavantajele socio-economice și de sănătate fizică ale acestui grup.” – G. Weston *et. al.*, *Long work hours, weekend working and depressive symptoms in men and women: findings from a UK population-based study*, în *J Epidemiol Community Health* 73/2019, p. 471, DOI 10.1136/jech-2018-211309, disponibil la <https://jech.bmj.com/content/73/5/465>, consultat la 26.09.2021.

⁸ „Echilibrul dintre viața profesională și viața profesională este definit în cea mai mare parte ca fiind opusul conflictului muncă-viață. Conceptul de echilibrul muncă-viață / familie a apărut din conștientizarea faptului că un individ are atât muncă, cât și responsabilitățile vieții/ familiei între care pot exista cerințe contradictorii. Deoarece avem mai mult de un rol în viața noastră modernă, - soție, fiică, mamă, tată, angajat, prieten, soț – este inevitabil de a experimenta un conflict în ceea ce privește cerințele acestor diferite roluri. Este dificil de alocat ore egale pentru muncă și viață de familie/personală, dar balanța muncă-viață se referă la „atingerea împlinită și satisfacție în fiecare dintre cele patru cadrane viață-muncă, familie, prieteni și sine” (Sree și Jyothi, 2012). Teoria conflictelor

Prin înțelegerea funcției și efectelor produse la nivel micro, dar și la nivel macro-organizațional, timpul de muncă și timpul de odihnă au traversat vreme de un secol un lung și istoric drum, de la o cerință revendicativă la un drept fundamental social, recunoscut la nivel universal.

Reflexia acestui parcurs, precum și integrarea sa în axa existențială umană, trebuie să reprezinte repere teleologice esențiale în aplicarea componentelor instituției juridice naționale corespondente, în lumina principiilor directoare interpretative stabilite în aplicarea convențiilor adoptate la nivel supranațional.

2. Izvoare internaționale

2.1. Convențiile OIM

Așa cum subliniam, prima convenție a Organizației Internaționale a Muncii a fost Convenția privind durata muncii (industrie), nr.1/1919⁹, fiind urmată de multiple alte izvoare juridice în aceasta arie.¹⁰

propune că folosind timpul și energia umană într-un rol, scade timpul și energia rămasă pentru celelalte roluri, subminând astfel performanțele în acel rol (Edwards și Rothbard, 2000; Parasuraman și Greenhouse, 2002). (...) Generațiile diferă între ele în funcție de caracteristicile, valorile privitoare la viața și munca. În consecință, generațiile pot fi grupate în patru: Veteranii (născuți în 1925-1945), Baby Boomers (născuți în 1946-1964), Generația X (născuți în 1965-1979) și Generația Y (Nexters, Echo Boomers, Millenials, Trophy Generation sau născuți în 1980-1999) (Crampton și Hodge, 2009). Consecințele asigurării unui echilibru între domeniile muncii și vieții se reflectă în renumele angajatorului, reducerea absenteismului, angajați implicați, reducerea stresului la locul de muncă, niveluri reduse de anxietate și depresie, sănătate fizică și mentală mai bună, reducerea oboselii și mai multă satisfacție în viață (Frone, Russell și Barnes, 1996; Allen, Herst, Bruck și Sutton, 2000; Rose, Hunt and Ayers, 2007)⁹ - A.B. Ötken, G.S. Erben, *The Relationship Between Work-Life Balance and Happiness From the Perspectives of Generation X and Y*, în *Humanities and Social Sciences Review*, 2/2013, p. 47, disponibil la https://www.researchgate.net/publication/299741273_The_Relationship_Between_Work-Life_Balance_and_Happiness_From_the_Perspectives_of_Generation_X_and_Y, consultat la 26.09.2021.

⁹ Convenția nr. 1 a intrat în vigoare la 13 iunie 1921 și, până în prezent, a fost ratificată de către 47 de state membre, inclusiv România. Se aplică întreprinderilor industriale publice sau private, cum ar fi minele și carierele, alte stabilimente de extracție a mineralelor; industriile în care articolele sunt fabricate, alterate, curățate, reparate, ornamentate, finisate, adaptate spre vânzare, sparte sau demolate sau în care se transformă materiale; inclusiv construcțiile navale și generarea, transformarea și transportul de electricitate sau forță motrice de orice fel; construcția, întreținerea și demolarea drumurilor, podurilor și tunelurilor și a altor construcții; transportul de pasageri sau mărfuri rutier, feroviar, maritim sau pe căi navigabile interioare.

¹⁰ În aceasta arie, la nivelul OIM au fost adoptate următoarele acte: Convenția privind munca pe timp de noapte a femeilor, 1919 (nr. 4), ratificată de România la 13.06.1921, denunțată ulterior, Convenția privind repausul săptămânal în industrie, 1921 (nr. 14), ratificată de România la 18.08.1923, Convenția privind munca de noapte a femeilor care lucrează în industrie, revizuire, 1948 (nr. 89), ratificată de România la 28.05.1957, Convenția privind durata muncii (Comerț și Birouri), 1930 (nr. 30), Convenția privind reducerea

Convenția nr. 1/1919 a instituit în cumul două limite legale ale timpului de lucru în industrie: durata muncii zilnice de 8 ore și durata muncii săptămânale de 48 de ore (art. 2 par. 1).¹¹ Aceeași regulă este stabilită de art. 3 din Convenția nr. 30/1930 privind durata muncii (comerț și birouri).¹²

Instituirea regulii generale a zilei de 8 ore de muncă și a săptămânii de 48 de ore de muncă a conținut implicit recunoașterea timpului de repaus zilnic și repaus săptămânal. Pe aceste premise a fost adoptată Convenția nr. 14 privind repausul săptămânal în industrie, 1921, ratificată de România la 18.08.1923, și Convenția nr.106 privind repausul săptămânal (comerț și birouri) din 1957, neratificată de România.

„Articolul 2(1) din Convenția nr. 14 și art. 6(1) din Convenția nr. 106 stabilesc principiul general al repausului săptămânal: dreptul lucrătorilor la 24 de ore consecutive de odihnă la fiecare șapte zile. Trei aspecte principale decurg din acest principiu general: durata (cel puțin 24 de ore), regularitatea (în fiecare perioadă de șapte zile) și continuitatea (ore consecutive). (...) Recomandarea nr. 103¹³ solicită o durată a repausului săptămânal de cel puțin 36 de ore care, ori de câte ori este posibil, ar trebui să fie neîntreruptă. Se pot distinge două sisteme: sistemul zilelor calendaristice, care are în vedere o perioadă de la miezul nopții până la miezul nopții zilei următoare, respectiv sistemul numărului de ore

duratei de muncă la 40 de ore pe săptămână, 1935 (nr. 47), Convenția privind repausul săptămânal (Comerț și Birouri), 1957 (nr. 106), Convenția privind concediile plătite (revizuire), 1970 (nr. 132); Convenția privind munca în timpul nopții, 1990 (nr. 171), Convenția privind munca pe timp parțial, 1994 (nr. 175); Recomandarea privind concediile plătite, 1954 (nr. 98); Recomandarea privind repausul săptămânal (Comerț și Birouri), 1957 (nr. 103); Recomandarea privind reducerea timpului de lucru, 1962 (nr. 116); Recomandarea privind munca în timpul nopții, 1990 (nr. 178); Recomandarea privind munca pe timp parțial, 1994 (nr. 182).

¹¹ S-a subliniat că „rațiunea care stă la baza combinării celor două principii într-un singur instrument este explicată prin faptul că durata de 8 ore de muncă pe zi ar conduce la un rezultat de 56 de ore într-o săptămână dacă s-ar lucra timp de șapte zile pe săptămână. În schimb, o săptămână de 48 de ore asigură că orele de lucru medii nu depășesc opt ore pe zi într-o săptămână de șase zile. Aceasta implică, de asemenea, o recunoaștere a principiului celor 24 de ore de odihnă pe săptămână. Mai mult, Convenția nr. 1 autorizează un număr limitat de excepții specifice care permit prelungirea orelor normale de lucru. În 1930, o protecție similară a fost extinsă și pentru salariații din comerț și birouri, odată cu adoptarea de către a 14-a sesiune a ILC a Convenției nr. 30” – OIM, *Ensuring decent working...*, op. cit., vers. engl., tr. ns., p. 9.

¹² Art. 3 din Convenția nr. 30/1930 prevede: „orele de muncă ale persoanelor cărora li se aplică prezenta convenție nu vor depăși patruzeci și opt ore pe săptămână și opt ore pe zi”.

¹³ Recomandarea nr. 103 privind repausul săptămânal (Comerț și Birouri), 1957 stabilește la punctul 1: „Persoanele cărora li se aplică Convenția privind repausul săptămânal (comerț și birouri), 1957, ar trebui, pe cât posibil, să aibă dreptul la un repaus săptămânal de cel puțin 36 de ore, care, acolo unde este posibil, ar trebui să fie o perioadă neîntreruptă” – disponibil la [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312441,en:NO,vers.engl.,tr.ns.,consultat la 23.01.2022](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312441,en:NO,vers.engl.,tr.ns.,consultat%20la%2023.01.2022).

consecutive, care are în vedere o perioadă cuprinsă între momentul la care se termină munca în ultima zi lucrătoare a săptămânii și momentul în care se reia în prima zi lucrătoare a săptămânii următoare. Convențiile nr. 14 și 106 nu prevăd nimic cu privire la această problemă¹⁴. Cu toate acestea, Recomandarea nr. 103 sugerează că repausul săptămânal ar trebui, ori de câte ori este posibil, să fie calculat astfel încât să includă perioada de la miezul nopții până la miezul nopții și să nu includă alte perioade de odihnă imediat premergătoare sau următoare perioadei cuprinse între miezul nopții până la miezul nopții zilei următoare.”¹⁵

Totodată, s-a subliniat că „principiul uniformității consacrat în articolul 2 alineatul (2) din Convenția nr. 14¹⁶ și articolul 6 alineatul (2) din Convenția nr. 106 se referă la caracterul colectiv al repausului săptămânal în vederea asigurării, ori de câte ori este posibil, că acesta este luat în același timp de către toți lucrătorii în ziua stabilită prin tradiție sau obicei. Scopul social al acestui principiu este de a permite lucrătorilor să participe la viața comunității și la formele speciale de recreere disponibile în anumite zile”.¹⁷ „Comitetul a reamintit că, în conformitate cu Convenția, zilele de repaus săptămânal se acordă, ori de câte ori este posibil, simultan întregului personal al fiecărei întreprinderi și coincid cu zilele deja stabilite de tradițiile sau obiceiurile țării. După cum a subliniat Comitetul în Studiul său general din 1964 privind repausul săptămânal (punctul 97), odihna săptămânală este o necesitate socială și, dacă este luată simultan, permite lucrătorilor să se bucure împreună de orele lor libere. Numeroase abuzuri sunt posibile dacă părțile

¹⁴ „În multe țări, durata repausului săptămânal este definită ca un număr de ore. Într-un număr de țări, perioada este de cel puțin 24 de ore de repaus săptămânal, caz în care problema metodei de calcul este importantă: – legislația din unele țări indică în mod explicit că aceste ore nu includ perioada de repaus zilnic, care este în general 11 ore și, prin urmare, se adaugă celor 24 de ore de repaus săptămânal; – legislația din alte țări nu exclude repausul zilnic din repausul săptămânal, ci prevede în mod explicit o perioadă de repaus zilnic; – legislația dintr-un grup de țări prevede ca perioada de repaus de 24 de ore să fie luată într-o anumită zi, și anume duminică; – în sfârșit, într-un număr mic de țări, nu există specificații privind modul în care urmează să fie calculat repausul săptămânal de 24 de ore acordat lucrătorilor. Într-un grup mai mic de țări, perioada de odihnă săptămânală este de cel puțin 35 sau 36 de ore. Legislația din câteva țări prevede repaus săptămânal de 42, 44 și 48 ore, iar în unele precizează că perioada de repaus săptămânal se calculează din momentul în care munca se termină până la începerea programului în ziua următoare repausului. În alte cazuri, guvernele raportează că, deși legislația prevede 24 de ore consecutive de repaus săptămânal, repausul săptămânal acordat majorității lucrătorilor în practică durează 48 de ore, care coincid cu sâmbăta și duminica.” – OIM, *Ensuring decent working...*, op. cit., vers. engl., tr. ns., p. 76.

¹⁵ OIM, *Ensuring decent working...*, op. cit., vers. engl., tr. ns., p. 75.

¹⁶ Textul prevede: „Această perioadă de odihnă se acordă, ori de câte ori este posibil, simultan întregului personal al fiecărei întreprinderi.”

¹⁷ OIM, *Repausul săptămânal comerț și birouri*, Raport VII(1), 1956, 39th Session, Geneva, 1956 apud OIM, *Ensuring decent working...*, op. cit., vers. engl., tr. ns., p. 76.

la un contract individual de muncă sunt libere să stabilească când se va lua repausul săptămânal.”¹⁸

În ceea ce privește derogările de la regula generală¹⁹, „Comitetul subliniază importanța fundamentală a următoarelor aspecte:

- luarea în considerare atât a considerațiilor sociale, cât și a celor economice la introducerea unor scheme speciale de repaus săptămânal, în contextul țării în cauză;

- partenerii sociali să fie întotdeauna consultați înainte de a introduce astfel de scheme speciale;

- atât excepțiile permanente, cât și cele temporare să beneficieze de o compensare în mod corespunzător cu timp de odihnă²⁰ cu o durată echivalentă cu repausul săptămânal normal prevăzut de legislația și practica națională²¹;

¹⁸ CEACR, Convenția nr. 14, *Bahamas*, cerere directă, adoptată în 2010, publicată la Conferința 100 ILC (2011), vers. engl., tr. ns., disponibil la https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2333979,103215,Bahamas,2010, consultat 23.01.2022.

¹⁹ Convenția nr. 14 nu reglementează situațiile de excepție de la repausul săptămânal, dar stabilește dreptul fiecărui stat membru de a autoriza excepții totale sau parțiale (inclusiv suspendări sau diminuări) de la aplicarea regulii generale, însă cu obligația acordării unei atenții deosebite tuturor considerentelor umanitare și economice adecvate și după consultarea cu asociațiile responsabile de angajatori și lucrători, oriunde acestea există (art. 4). În schimb, dispozițiile art. 7 din Convenția 106 stabilesc restrictiv: „În cazul în care natura muncii, natura serviciului prestat de unitate, mărimea populației care urmează să fie deservită sau numărul de persoane angajate este de așa natură încât prevederile articolului 6 să nu poată fi aplicate, pot fi luate măsuri de către autoritatea competentă sau prin intermediul mecanismelor adecvate din fiecare țară să aplice scheme speciale de repaus săptămânal, după caz, anumitor categorii de persoane sau anumite tipuri de unități reglementate de prezenta convenție, ținând seama de toate considerentele sociale și economice adecvate.”

²⁰ „Comitetul a reamintit că, deși Convenția nu stabilește un termen limită pentru acordarea repausului compensatoriu, respectarea spiritului Convenției impune ca acesta să fie acordat într-o perioadă de timp rezonabil de scurtă. Comitetul reamintește, pe baza paragrafului 3(a) din Recomandarea nr. 103/1957 privind repausul săptămânal (comerț și birouri), că persoanele care fac obiectul unor scheme speciale de odihnă săptămânală nu ar trebui să lucreze mai mult de trei săptămâni fără a beneficia de perioadele de odihnă la care au dreptul.” – CEACR, Convenția Nr. 106 (1957), *Bosnia and Herzegovina*, cerere directă, adoptată în 2013, publicată la Conferința 103 ILC (2014), vers. engl., tr. ns., disponibil la https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3143265,102704,Bosnia%20and%20Herzegovina,2013, consultat 24.01.2022.

²¹ Comitetul a subliniat „că anumite prevederi ale convențiilor internaționale ale muncii urmăresc ocazional să protejeze lucrătorii chiar împotriva a ceea ce ar putea părea inițial a fi propriile „preferințe”, de exemplu în cazul în care aceștia sunt tentați (din motive de a-și asigura un câștig financiar suplimentar) să renunțe la drepturile elementare de protecție, în special în ceea ce privește timpul de muncă, repausul săptămânal și concediile anuale. În consecință, Comitetul a solicitat în mod constant ca lucrătorilor care sunt privați de repausul săptămânal să li se acorde un drept de odihnă în toate cazurile, indiferent de orice

- în plus, această compensație ar trebui acordată lucrătorilor într-un interval de timp adecvat pentru a le proteja sănătatea și siguranța, acesta fiind scopul prevederilor.”²²

2.2. Consiliul Europei - Carta Socială Revizuită

Adoptată la Strasbourg la 3 mai 1996, Carta Socială Revizuită²³ este un tratat privind drepturile omului. „Scopul său este aplicarea Declarației Universale a Drepturilor Omului în Europa, ca un supliment la Convenția Europeană privind Drepturile Omului. Comitetul European al Drepturilor Sociale²⁴ reamintește că țelul și scopul Cartei, fiind un instrument de protecție al drepturilor omului, este de a proteja drepturile nu doar la nivel teoretic, ci și în fapt.”²⁵

compensație bănească.(...) Comitetul subliniază importanța ca orice compensație financiară să fie suplimentară și nu în locul odihnei compensatorii necesare.” – OIM, *Ensuring decent working...*, op. cit., p. 100.

²² OIM, *Ensuring decent working...*, op. cit., p. 100.

²³ România a ratificat Carta socială revizuită prin Legea nr.74/1999, publicată în M.Of. nr.193 din 04.05.1999. Potrivit art. 2 din lege „în conformitate cu prevederile art. A paragraful 1 din partea a III-a a Cartei sociale europene revizuite, România acceptă partea I din prezenta carta ca o declarație care determină obiectivele a căror realizare o va urmări prin toate mijloacele utile și se considera legată prin prevederile art. 1, art. 4-9, art. 11, 12, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 28 și 29, precum și, suplimentar, de prevederile art. 2 paragrafele 1, 2, 4-7, art. 3 paragrafele 1-3, art. 13 paragrafele 1-3, art. 15 paragrafele 1 și 2, art. 18 paragrafele 3 și 4, art. 19 paragrafele 7 și 8 și art. 27 paragraful 2”.

²⁴ Comitetul European al Drepturilor Sociale, în conformitate cu articolul 2 din Statut, se pronunță cu privire la conformitatea situației statelor cu Carta Socială Europeană, Protocolul Adițional din 1988 și Carta Socială Europeană revizuită. Adoptă concluzii în cadrul procedurii de raportare și decizii în cadrul procedurii de reclamații. Atunci când Comitetul concluzionează că o situație nu este conformă, statul parte trebuie să ia măsurile pentru conformare. Dacă statul parte nu ia nicio măsură, Comitetul de Miniștri poate adresa o recomandare statului respectiv, cerându-i acestuia să schimbe situația în drept și/sau în practică. Activitatea Comitetului de Miniștri este pregătită de un comitet guvernamental format din reprezentanți ai guvernelor statelor părți la Cartă, asistat de observatori care reprezintă organizațiile patronale europene și organizațiile sindicale [Confederația Europeană a Sindicatelor (CES), Business Europe (ex UNICE) și Organizația Internațională a Angajatorilor (IOE)]. Plângerile în cadrul procedurii de reclamații care pretind încălcări ale Cartei pot fi depuse de sindicate, angajatori, organizații și ONG-uri.

²⁵ Consiliul Europei – ECSR, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, decembrie 2018, p. 40, vers. engl., tr. ns., disponibil la <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>, consultat la data de 24.01.2022. Conform explicațiilor prezentate în prefață (p. 2), lucrarea „prezintă interpretarea dată de Comitetul European al Drepturilor Sociale prevederilor Cartei sociale europene, în versiunea sa revizuită din 3 mai 1996. Include o compilație, articol cu articol și pentru fiecare paragraf, a principalelor explicații a textului Cartei rezultat din examinarea situațiilor naționale ale statelor părți pe baza rapoartelor naționale din 1968 și procesarea plângerilor depuse din 1998. Conține și o prezentare a principiilor de interpretare a Cartei și o descriere a procedurii de reclamații colective”.

Carta Sociala Revizuită subsumează exigențele stabilirii timpului de lucru și de odihnă al lucrătorilor dreptului fundamental la condiții de muncă echitabile, reglementat de Partea I, pct. 2.²⁶

În ceea ce privește repausul săptămânal, Comitetului European al Drepturilor Sociale a subliniat că „articolul 2§5 garantează o perioadă de odihnă săptămânală, care, în măsura posibilului, coincide cu ziua recunoscută în mod tradițional sau normal ca zi de odihnă în țara sau regiunea în cauză. Deși perioada de odihnă ar trebui să fie „săptămânală”, aceasta poate fi amânată pentru săptămâna următoare, atâta timp cât niciun lucrător nu lucrează mai mult de douăsprezece zile consecutiv înainte de a primi o perioadă de repaus de două zile. Derogările de la această regulă pot fi în conformitate cu articolul 2§5 atunci când amânarea este cu adevărat excepțională și este însoțită de garanții stricte (cum ar fi autorizarea inspectoratului de muncă, acordul sindicatului sau, după caz, al reprezentanților angajaților sau posibilitatea ca reprezentantul pentru sănătate și securitate să reacționeze dacă angajatorul nu respectă regulile relevante). Dreptul la perioade de repaus săptămânal nu poate fi înlocuit cu compensații, iar lucrătorilor nu li se poate permite să renunțe la el. Perioada de odihnă poate fi însă luată într-o altă zi decât ziua tradițională, fie atunci când tipul de activitate o impune, fie din motive de natură economică. În orice caz, trebuie prevăzută o altă zi de repaus în timpul săptămânii. Perioadele de serviciu de gardă în timpul unei perioade de repaus săptămânal și în care un angajat nu a fost obligat să lucreze, nu pot fi considerate ca o perioadă de repaus săptămânal.”²⁷

2. 3. Uniunea Europeană – Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene; Directiva 2003/88/CE

Art. 31 par. 2 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene²⁸ prevede că „Orice lucrător are dreptul la o limitare a duratei maxime de muncă și

²⁶ Potrivit art. 2, Partea a II-a din Carta socială revizuită: „În vederea asigurării exercitării efective a dreptului la condiții de muncă echitabile, părțile se angajează: 1. să fixeze o durată rezonabilă a timpului de muncă zilnic și săptămânal, săptămâna de lucru trebuind să fie redusă treptat în măsura în care creșterea productivității și ceilalți factori relevanți o permit; 2. să prevadă zile de sărbătoare plătite; 3. să asigure acordarea unui concediu anual plătit de minimum 4 săptămâni; 4. să elimine riscurile inerente ocupațiilor periculoase sau insalubre și, atunci când aceste riscuri nu au putut fi încă eliminate sau suficient reduse, să asigure lucrătorilor angajați în astfel de ocupații, fie o reducere a duratei muncii, fie concedii plătite suplimentare; 5. să asigure un repaus săptămânal care să coincidă, în măsura în care este posibil, cu ziua săptămânii recunoscută ca zi de repaus prin tradiția sau uzanțele țării sau regiunii”.

²⁷ Consiliul Europei – ECSR, *Digest...*, op. cit., „Article 2: *The right to just conditions of work*” - Conclusions 2010, Romania; Conclusions 2014, Sweden; Conclusions XX-3 (2014), Denmark, vers. engl, tr. ns. pp. 69-70.

²⁸ Publicată în J.O. C 326/26.10.2012, p. 391-407. „Potrivit explicațiilor referitoare la articolul 31 din cartă, care, în conformitate cu articolul 6 alineatul (1) al treilea paragraf TUE și cu articolul 52 alineatul (7) din această cartă, trebuie luate în considerare în vederea interpretării acesteia, articolul 31 alineatul (2) din cartă se întemeiază pe Directiva 93/104,

la perioade de odihnă zilnică și săptămânală, precum și la o perioadă anuală de concediu plătit.”

Articolul 31 alineatul (2) din Cartă reflectă „un principiu esențial de drept social al Uniunii de la care nu se poate deroga decât cu respectarea condițiilor stricte prevăzute la articolul 52 alineatul (1) din cartă²⁹ și în special a substanței dreptului fundamental (...). Dreptul (...) consacrat în beneficiul oricărui lucrător de articolul 31 alineatul (2) din cartă, prezintă astfel, în ceea ce privește însăși existența sa, un caracter deopotrivă imperativ și necondiționat, aceasta neimplicând astfel o concretizare prin dispoziții de drept al Uniunii sau de drept național, care are doar rolul de a preciza durata exactă a concediului anual și, eventual, anumite condiții de exercitare a acestui drept. Or, drepturile fundamentale garantate astfel în ordinea juridică a Uniunii au vocație de a fi aplicate în toate situațiile reglementate de dreptul Uniunii.”³⁰

Directiva 2003/88 reglementează timpul de lucru maxim săptămânal,³¹ repausul zilnic³², repausul săptămânal³³ precum și condițiile și limitele de acțiune

precum și pe articolul 2 din Carta socială europeană, semnată la Torino la 18 octombrie 1961 și revizuită la Strasbourg la 3 mai 1996, și pe punctul 8 din Carta comunitară a drepturilor sociale fundamentale ale lucrătorilor, adoptată la reuniunea Consiliului European care a avut loc la Strasbourg la 9 decembrie 1989 (Hotărârea din 19 septembrie 2013, Reexaminare Comisia/Strack, C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, punctul 27). Or, astfel cum rezultă din considerentul (1) al Directivei 2003/88, aceasta a codificat Directiva 93/104.” - Cauzele conexate C-569/16 și C-570/16, Hotărârea CJUE (Marea Cameră), 2018, *Stadt Wuppertal împotriva Maria Elisabeth Bauer (C-569/16)*, *Volker Willmeroth împotriva Martina Broßonn (C-570/16)*, ECLI:EU:C:2018:871, par. 55.

²⁹ Dispozițiile art. 52 alin.1 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene prevăd: „Orice restrângere a exercițiului drepturilor și libertăților recunoscute prin prezenta cartă trebuie să fie prevăzută de lege și să respecte substanța acestor drepturi și libertăți. Prin respectarea principiului proporționalității, pot fi impuse restrângeri numai în cazul în care acestea sunt necesare și numai dacă răspund efectiv obiectivelor de interes general recunoscute de Uniune sau necesității protejării drepturilor și libertăților celorlalți.”

³⁰ Cauzele conexate C-569/16 și C-570/16, Hotărârea CJUE (Marea Cameră), 2018, *Stadt Wuppertal împotriva Maria Elisabeth Bauer (C-569/16)*, *Volker Willmeroth împotriva Martina Broßonn (C-570/16)*, ECLI:EU:C:2018:871, par. 85, 52. În cauză, analiza Curții se axează exclusiv pe dreptul la concediu anual plătit de odihnă.

³¹ Articolul 6 din Directiva 2003/88, intitulat „Timpul de lucru maxim săptămânal” prevede că „Statele membre iau măsurile necesare pentru ca, în funcție de necesitățile de protecție a sănătății și securității lucrătorilor: (a) timpul de lucru săptămânal să fie limitat prin acte cu putere de lege și acte administrative sau prin convenții colective sau acorduri încheiate între partenerii sociali (b) timpul mediu de lucru pentru fiecare perioadă de șapte zile, inclusiv orele suplimentare, să nu depășească 48 de ore.”

³² Art. 3 din Directiva 2003/88 prevede: „Statele membre iau măsurile necesare pentru ca orice lucrător să beneficieze de o perioadă minimă de repaus de 11 ore consecutive în decursul unei perioade de 24 de ore”.

³³ Art. 5 din Directiva 2003/88 prevede: „Statele membre iau măsurile necesare pentru ca orice lucrător să beneficieze, în decursul unei perioade de șapte zile, de o perioadă minimă de repaus neîntrerupt de 24 de ore, la care se adaugă cele 11 ore de repaus zilnic

ale derogărilor de la regulile generale.³⁴

Curtea de Justiție a reținut că „Directiva 2003/88 are ca obiect stabilirea unor cerințe minime destinate ameliorării condițiilor de viață și de muncă ale lucrătorilor printr-o apropiere a reglementărilor naționale referitoare în special la durata timpului de lucru. Această armonizare la nivelul Uniunii în materie de organizare a timpului de lucru urmărește să garanteze o mai bună protecție a securității și a sănătății lucrătorilor, permițându-le acestora să beneficieze de perioade minime de repaus – în special zilnic și săptămânal –, precum și de perioade de pauză adecvate și prevăzând o limită maximă a timpului de lucru săptămânal [Hotărârea din 9 martie 2021, *Radiotelevizija Slovenija* (perioadă de permanență într-un loc izolat), C-344/19, EU:C:2021:182, punctul 25 și jurisprudența citată]. Diferitele cerințe enunțate de Directiva 2003/88 în materia duratei maxime de lucru și a timpului minim de repaus constituie norme ale dreptului social al Uniunii de o importanță deosebită, de care trebuie să beneficieze fiecare lucrător și a căror respectare nu poate fi condiționată de considerații cu caracter pur economic. Stabilind dreptul fiecărui lucrător la o limitare a timpului maxim de lucru și la perioade de repaus zilnic și săptămânal, directiva menționată precizează dreptul fundamental consacrat în mod expres la articolul 31 alineatul (2) din Cartă și trebuie, în consecință, să fie interpretată în lumina acestui articol 31 alineatul (2). Rezultă în special că dispozițiile Directivei 2003/88 nu pot face obiectul unei interpretări restrictive, în detrimentul drepturilor de care beneficiază lucrătorul în temeiul acesteia [Hotărârea din 9 martie 2021, *Radiotelevizija Slovenija* (Perioadă de permanență într-un loc izolat), C-344/19, EU:C:2021:182, punctele 26 și 27, precum și jurisprudența citată].”³⁵

Curtea de Justiție a Uniunii Europene a mai reținut că pentru a garanta deplina efectivitate a Directivei 2003/88, trebuie, așadar, ca statele membre să garanteze respectarea acestor perioade minime de repaus și să împiedice orice depășire a timpului de lucru maxim săptămânal (Hotărârea din 14 octombrie 2010, *Fuß*, C-243/09, EU:C:2010:609, punctul 51 și jurisprudența citată). Desigur, articolele 3 și 5, precum și articolul 6 litera (b) din Directiva 2003/88 nu determină modalitățile concrete prin care statele membre trebuie să asigure aplicarea drepturilor pe care le prevăd. Deși statele membre dispun astfel de o marjă de apreciere în acest scop, totuși, ținând seama de obiectivul esențial urmărit de Directiva 2003/88, care este acela de a garanta o protecție eficientă a condițiilor de

prevăzute în articolul 3. În cazuri justificate datorită condițiilor obiective, tehnice sau de organizare a muncii, se poate stabili o perioadă minimă de repaus de 24 de ore.”

³⁴ În acest sens, art. 16 din Directiva 2003/88 instituie perioade de referință maxime aplicabile stabilind că statele membre pot prevedea pentru aplicarea articolului 5 (repaus săptămânal), o perioadă de referință care să nu depășească 14 zile, pentru aplicarea articolului 6 (timpul maxim de lucru săptămânal), o perioadă de referință care să nu depășească patru luni și în cazuri determinate 6 luni/12 luni, iar art.17 și 18 reglementează derogările la nivel național cu obligația acordării de repaus echivalent compensatoriu.

³⁵ Cauza C-909/19, Hotărârea CJUE (Camera a zecea) din 28 octombrie 2021, *BX împotriva Unității Administrativ Teritoriale D.*, ECLI:EU:C:2021:893, par. 35, 36.

viață și de muncă ale lucrătorilor precum și o mai bună protecție a securității și a sănătății lor, acestea sunt ținute să garanteze că efectul util al acestor drepturi este pe deplin asigurat, permițându-le să beneficieze efectiv de perioadele minime de repaus zilnic și săptămânal și de limita maximă a timpului de lucru mediu săptămânal, prevăzute de această directivă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 1 decembrie 2005, *Dellas și alții*, C-14/04, EU:C:2005:728, punctul 53, Hotărârea din 7 septembrie 2006, *Comisia/Regatul Unit*, C-484/04, EU:C:2006:526, punctele 39 și 40, precum și Hotărârea din 14 octombrie 2010, *Fuß*, C-243/09, EU:C:2010:609, punctul 64). În consecință, modalitățile definite de statele membre pentru a asigura punerea în aplicare a prescripțiilor Directivei 2003/88 nu trebuie să poată goli de esența lor drepturile consacrate la articolul 31 alineatul (2) din cartă și la articolele 3 și 5, precum și la articolul 6 litera (b) din această directivă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 7 septembrie 2006, *Comisia/Regatul Unit*, C-484/04, EU:C:2006:526, punctul 44).³⁶

2.4. Raportul dintre instrumentele internaționale

Izvoarele juridice internaționale și supranaționale evidențiază recunoașterea comună a dreptului la odihnă al salariatului, ca drept fundamental social și nu ca drept natural al omului.³⁷

³⁶ Cauza C-55/18, Hotărârea CJUE (Marea Cameră) din 14.05.2019, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) împotriva Deutsche Bank SAE*, ECLI:EU:C:2019:402, par. 40-43.

³⁷ O rezervă se realizează în literatura de specialitate, în ceea ce privește Declarația Universală a Drepturilor Omului, adoptată la 10 decembrie 1948, de Adunarea Generală a O.N.U. care prin dispozițiile art. 24 a prevăzut: „Orice persoană are dreptul la odihnă și recreație, inclusiv la o limitare rezonabilă a zilei de muncă și la concedii periodice plătite.” În limba engleză, textul utilizează „the right to rest and leisure” (subl. ns.) care se poate traduce prin timp de odihnă și timp de relaxare/liber. S-a arătat că dreptul de odihnă și recreație „ar putea fi interpretat ca referindu-se la două tipuri de timp liber: timpul necesar pentru odihnă și recuperare din efort sau muncă, și alt timp, peste acesta, pentru a desfășura activități de agrement mai bine direcționate. În anii 1920 și 1930 majorității muncitorilor din Occident li s-a asigurat o reducere a timpului de lucru care le-a permis timp liber care a fost larg perceput ca fiind peste ceea ce era necesar pentru odihnă și recuperare. Cu toate acestea, comentatorii s-au întrebat dacă au fost pregătiți să folosească astfel de timp suplimentar în mod fructuos (de ex. Cutten, 1926, p. 95; Nash, 1932, pp. 9-10). În epoca de după Al Doilea Război Mondial, una dintre cele mai timpurii teme ale studiilor despre timpul liber a fost relația acestuia cu munca (de exemplu, Smigel, 1963; Parker, 1971). Curios, însă, această cercetare nu a continuat distincția între odihnă/recuperare și alte componente ale timpului liber. (...) Mai recent, însă, au apărut o serie de aspecte problematice legate de muncă/agrement care sugerează că acest abandon poate fi prematur. (...) Aceste probleme includ: condițiile de muncă și bunăstarea lucrătorilor din țările în curs de dezvoltare, în special când implică furnizarea de bunuri (de agrement) pentru consumatori din zonele dezvoltate economic; dovezi ale prelungirii timpului de lucru în lumea industrializată (OIM, 2007); intensificarea problemelor de „echilibru între muncă și viața privată”, inclusiv efectul dispozitivelor mobile în activitatea lucrativă pentru a uzurpa timpul liber al muncitorului. Aceste evoluții pot fi văzute ca un eșec în obținerea dreptului

Toate instrumentele recunosc dreptului la repaus funcția directă de protecție a sănătății și securității lucrătorului, instituindu-l imperativ, permițând însă și derogările necesare cu titlu de excepție, corelativ cu stipularea unui echivalent compensatoriu.

Viziunea comună a imperativului dreptului la repaus al lucrătorului se divide totuși în cadrul diverselor instrumente aplicabile prin intermediul procesului de conturare a conținutului concret al acestuia. Având în vedere variațiile de conținut ale reglementărilor privind timpul de muncă și timpul de odihnă interesează raportul dintre diverse instrumente aplicabile.

Mai întâi, în ecuație verticală, trebuie subliniat că reglementările supranaționale au caracter minimal³⁸, nivelul de protecție național neputând fi redus ca urmare a adoptării acestora și rămâne prioritar, dacă are caracter superior.

Apoi, în ecuație orizontală, fiecare instrument își păstrează, ca regulă, propria individualitate și propriul regim juridic.

În acest sens, Comitetul European al Drepturilor Sociale a arătat că „a declarat deja că nu este competent să evalueze conformitatea situațiilor naționale cu o directivă a Uniunii Europene și nici să evalueze conformitatea unei directive cu Carta Socială Europeană. Cu toate acestea, atunci când statele membre ale Uniunii Europene convin asupra unor măsuri obligatorii sub formă de directive care se referă la chestiuni care țin de competența Cartei Sociale Europene, acestea ar trebui – atât la pregătirea textului în cauză, cât și la transpunerea acestuia în legislația națională – să ia în considerare pe deplin angajamentele asumate la ratificarea Cartei sociale europene. În cele din urmă, revine Comitetului să evalueze conformitatea unei situații naționale cu Carta, inclusiv atunci când o directivă a Uniunii Europene a fost transpusă în dreptul intern.”³⁹

la „limitarea rezonabilă a orelor de lucru” în țările în curs de dezvoltare și uzura acestuia în țările dezvoltate. (...)” - A. J. Veal, *Human rights, leisure and leisure studies*, în *World Leisure Journal*, 57(4)/2015, DOI: 10.1080/16078055.2015.1081271, pp. 264-265, vers. engl., tr. ns., disponibil

la https://opus.lib.uts.edu.au/bitstream/10453/39506/8/2015_Human_Rights_Leisure_Studies_WLJ_Accepted_Veal.pdf, consultat la 31.01.2022.

³⁸ A se vedea art.15 și art. 23 din Directiva 2003/88, art. 405 alin. ultim din Constituția OIM - Partea a XIII-a din Tratatul de la Versailles din 28.06.1919.

³⁹ Plângerea nr. 56/2009, *Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC v. France*, Decizia din 23 iunie 2010, par. 31, disponibilă la <https://hudoc.esc.coe.int/eng#%22sort%22:%22ESCPublicationDate%20Descending%22,%22tabview%22:%22document%22,%22ESCDIdentifier%22:%22cc-56-2009-dmerits-en%22>}, consultată la 31.01.2022. Comitetul a reținut în continuare: „Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat deja că, în anumite circumstanțe, poate exista o prezumție de conformitate a dreptului Uniunii Europene cu Convenția Europeană a Drepturilor Omului („Convenția”) din cauza unui anumit număr de indicatori care rezultă din locul acordat în dreptul Uniunii Europene drepturilor civile și politice garantate de Convenție. Comitetul consideră că nici situația drepturilor sociale în ordinea juridică a Uniunii Europene, nici procesul de elaborare a legislației secundare nu ar justifica o prezumție similară – chiar irefragabilă – de conformitate a textelor juridice ale Uniunii Europene cu Carta Socială Europeană. În plus,

Relația dintre instrumentele elaborate la nivelul OIM și legislația Uniunii Europene este complexă⁴⁰. Curtea de Justiție a Uniunii Europene s-a referit în mod expres la problema cu care se confruntă un stat membru atunci când obligațiile de drept internațional asumate de acesta și dreptul CE sunt în conflict. În par. 58 din hotărârea pronunțată cauza *Comisia împotriva Portugaliei (C-84/98)*, Curtea a reținut că „deși în contextul articolului 307 CE, Statele membre au posibilitatea de a alege măsurile adecvate care trebuie luate, cu toate acestea ele sunt ținute de obligația de a elimina orice incompatibilități existente între o convenție precomunitară și Tratatul CE. Dacă un stat membru întâmpină dificultăți care fac imposibilă ajustarea acordului internațional, o obligație de denunțare a acestui acord nu poate fi, prin urmare, exclusă.”⁴¹

Această relație a mai fost rezumată în mod elocvent arătându-se că „în (...) cauzele în care reglementările la nivel OIM au intrat în conflict cu reglementările la nivel EU, Curtea de Justiție în mod logic și-a protejat propriul sistem legal care instituia egalitatea dintre bărbați și femei și a stabilit că protecția OIM era excesivă⁴² și nerezonabilă, pentru viitor. Pentru Statele Membre, dominația clară a reglementărilor la nivel UE a fost statuată de Curte. În același timp, Curtea nu a interpretat reglementările la nivel UE de o manieră care să oblige Statele Membre să nu își respecte obligațiile derivând din angajamentele internaționale. Deși s-a adoptat o poziție de respect în relația de parteneriat cu OIM, totuși statele membre

lipsa de voință politică a Uniunii Europene și a statelor sale membre de a lua în considerare în această etapă aderarea la Carta Socială Europeană în același timp cu Convenția Europeană a Drepturilor Omului întărește evaluarea Comitetului” - par. 32, 33, 34.

⁴⁰ S-a arătat că „Relația dintre UE și OIM este în multe aspecte ca o relație între o fiică și o mamă adultă. De fapt, OIM era cu 40 de ani cu ani mai în vârstă și ideile sale sociale au fost multă vreme o puternică sursă de inspirație pentru legiuitorii UE, precum și sursa argumentelor juridice relevante pentru interpretarea de către CJUE a dreptului la nivelul UE. Întrucât fiica UE este deja adultă, și-a găsit propriile căi, chiar dacă multe idei sunt încă împărtășite de ambele organizații. (...) Relația dintre mamă și fiică nu este întotdeauna însoțită și ideală; la fel și relația dintre legislația UE și standardele OIM a cunoscut unele conflicte de-a lungul istoriei lungi de cooperare. Aceste conflicte nu au fost niciodată despre drepturi și valori fundamentale, cu o singură excepție – accesul egal al bărbaților și femeilor la muncă. (De fapt, încă din cauza *Defrenne* egalitatea a fost definită de CEJ ca principiu fundamental al dreptului UE). Totuși, obiectivul comun de justiție socială și solidaritate a fost întotdeauna urmărit de ambele instituții.” – K. Koldinská, *The International Labour Organisation and the EU - Old Friends with New Goals*, în *Hungarian Journal of Legal Studies* 60, nr. 2/2019, DOI: 10.20525/ijrbs.v9i4.714, p. 178, vers. engl., tr. ns., disponibil la <http://real.mtak.hu/133010/1/article-p173.pdf>, consultat la 04.02.2022.

⁴¹ A se vedea Concluziile avocatului general în cauza C-203/03, 08.7.2004, *Comisia împotriva Austriei*, par. 54, vers. engl., tr. ns., disponibil la <https://curia.europa.eu/juris/>, consultat la 31.01.2022.

⁴² Cu trimitere la C-158/91, Hotărârea Curții din 2 august 1993, *Ministère public și Direction du travail et de l'emploi împotriva Jean-Claude Levy*, vizând aplicarea Directivei 76/207/EEC în raport de Convenția OIM 89/1948 privind munca de noapte a femeilor.

au fost obligate să elimine orice incompatibilitate dintre convențiile asumate anterior aderării și Tratatul Comunității.⁴³

Cu toate acestea, în abordările echivalente ale politicilor sociale, Uniunea Europeană a făcut apel la standardele OIM⁴⁴, iar Curtea de Justiție a acceptat rolul diriguitor al convențiilor OIM în aplicarea prevederilor dreptului primar a cărui interpretare îi revine în sarcină.⁴⁵

În consecință, fiecare din angajamentele asumate în plan internațional obligă la respectarea acestora, ceea ce se translează în necesitatea înglobării în legislația internă a nivelului celui mai ridicat de protecție, care implicit va verifica condiția de conformitate și cu celelalte standarde, fără ca aceasta premisă să înlăture posibilitatea unei legislații naționale chiar mai favorabile.

3. Dreptul la repaus în plan național

În dreptul intern, dispozițiile Titlului III din Codul muncii reglementează timpul de muncă și timpul de odihnă (art. 111-158), art. 135⁴⁶ și art. 137⁴⁷ prevăzând repausul zilnic și săptămânal.

⁴³ K. Koldinská, *op. cit.*, p. 178, vers. engl., tr. ns., disponibil la <http://real.mtak.hu/133010/1/article-p173.pdf>, consultat la 04.02.2022.

⁴⁴ Punctul 6 din preambulul Directivei 2003/88 prevede: „Trebuie luate în considerare principiile Organizației Internaționale a Muncii privind organizarea timpului de lucru, inclusiv cele referitoare la munca de noapte”.

⁴⁵ De exemplu, Curtea de Justiție a reținut că „potrivit articolului 5 alineatul 4 din Convenția nr. 132 a Organizației Internaționale a Muncii din 24 iunie 1970 privind concediile anuale plătite (revizuită), „[...] absențele de la serviciu pentru motive independente de voința persoanei angajate interesate, precum absențele datorate unei boli, [...] vor fi calculate ca parte din perioada de serviciu”. Cauzele conexe C-350/06 și C-520/06, Gerhard Schultz-Hoff și alții, Hotărârea (Marea Cameră) din 20 ianuarie 2009 (EU:C:2009:18), par. 37, CJUE a edificat, pe cale pretoriană, funcția juridică a perioadei de report, având ca bază dispozițiile art. 9 alineatul (1) din Convenția nr. 132 a Organizației Internaționale a Muncii din 24 iunie 1970 privind concediile anuale plătite (revizuită) potrivit cărora: „Partea neîntreruptă a concediului anual plătit stabilită de paragraful 2) al articolului 8 al prezentei Convenții va fi acordată și folosită timp de un an, iar restul concediului anual plătit pe parcursul a optsprezece luni calculate de la sfârșitul anului în care a apărut dreptul la concediu”. A se vedea, în acest sens, Cauza C-214/2010, KHS AG împotriva Winfried Schulte, Hotărârea (Marea Cameră) din 22 noiembrie 2011, ECLI:EU:C:2011:761, par. 41, disponibilă la <https://curia.europa.eu/juris/>, consultat la 04.02.2022.

⁴⁶ Dispozițiile art.135 Codul muncii dispun: „(1) Salariații au dreptul între două zile de muncă la un repaus care nu poate fi mai mic de 12 ore consecutive. (2) Prin excepție, în cazul muncii în schimburi, acest repaus nu poate fi mai mic de 8 ore între schimburi.”

⁴⁷ Dispozițiile art. 137 Codul muncii dispun: „(1) Repausul săptămânal este de 48 de ore consecutive, de regulă sâmbătă și duminică. (2) În cazul în care repausul în zilele de sâmbătă și duminică ar prejudicia interesul public sau desfășurarea normală a activității, repausul săptămânal poate fi acordat și în alte zile stabilite prin contractul colectiv de muncă aplicabil sau prin regulamentul intern. (3) În situația prevăzută la alin. (2) salariații vor beneficia de un spor la salariu stabilit prin contractul colectiv de muncă sau, după caz, prin contractul individual de muncă. (4) În situații de excepție zilele de repaus săptămânal sunt

Reglementare:	OIM	Carta Socială Revizuită	Uniunea Europeană	Codul muncii România
Durata timpului de lucru săptămânal (regula):	- 48 ore – (art.2 din Convenția nr. 1/1919, art. 3 din Convenția nr. 30/1930) ⁴⁸	- durată rezonabilă a timpului de muncă ⁴⁹	- 48 ore, inclusiv orele suplimentare-timp mediu de lucru pe o perioada de 7 zile -(art. 6 Directiva 2003/88/CE) ⁵⁰	- 48 de ore inclusiv orele suplimentare; (art.114) ⁵¹
Repausul zilnic (regula):	- reglementare indirectă a repausului zilnic prin impunerea timpului de lucru maxim zilnic	- reglementare indirectă prin impunerea unei durate rezonabile a timpului de muncă zilnic	- minim 11 ore consecutive în decursul unei perioade de 24 de ore (art.3 Directiva 2003/88/CE)	- minim 12 ore consecutive; - 8 ore între schimburi (art.135); - 24 ore pentru durata muncii de 12 ore (art.115)
Repausul săptămânal - durata:	- 24 ore - art. 2(1) Convenția nr. 14/1921 și art. 6(1) Convenția nr. 106/1957	- ziua săptămânii recunoscută ca zi de repaus prin tradiția sau uzanțe (art. 2-5 din Cartă)	- 24 de ore, la care se adaugă cele 11 ore de repaus zilnic; minim 24 de ore (art.5 Directiva 2003/88/CE)	- 48 de ore consecutive (art.137 alin.1)

acordate cumulativ, după o perioadă de activitate continuă ce nu poate depăși 14 zile calendaristice, cu autorizarea inspectoratului teritorial de muncă și cu acordul sindicatului sau, după caz, al reprezentanților salariaților. (5) Salariații al căror repaus săptămânal se acordă în condițiile alin. (4) au dreptul la dublul compensațiilor convenite potrivit art. 123 alin. (2)⁴⁸.

⁴⁸ Nu este reglementată o perioadă de referință pentru calculul timpului mediu săptămânal. Totuși pentru lucrătorii în schimburi este permis un timp de lucru mai mult de opt ore într-o zi și patruzeci și opt de ore într-o săptămână, dacă numărul mediu de ore pe o perioadă de trei săptămâni sau mai puțin nu depășește opt pe zi și patruzeci și opt pe săptămână (art. 2 lit. c) din Convenția nr.1/1919). Comitetul de experți a subliniat că „un sistem de calcul al orelor de muncă ca o medie pe o perioadă de referință de până la un an permite prea multe excepții la orele normale de lucru și pot avea ca rezultat orele de lucru foarte variabile pe perioade lungi, zile de lucru lungi și absența compensației.” - OIM, *Ensuring decent working..., op. cit., vers. engl., tr. ns., p. 27.*

⁴⁹ Nu este reglementată o perioadă de referință pentru calculul timpului mediu săptămânal; în interpretarea Comitetului, perioadele de referință nu trebuie să depășească șase luni, dar acestea pot fi prelungite până la maximum un an în circumstanțe excepționale.

⁵⁰ Este reglementată o perioadă de 4 luni pentru calculul timpului mediu săptămânal de lucru (art. 16 lit. b). Sunt permise derogări, fără ca prin acestea să se poată depăși limitele de 6 luni/12 luni pentru calculul timpului mediu săptămânal (art. 19 Directiva 2003/88/CE).

⁵¹ Este reglementată o perioadă de 4 luni pentru calculul timpului mediu săptămânal de lucru; sunt permise derogări, fără ca prin acestea să se poată depăși limitele de 6 luni/12 luni pentru calculul timpului mediu săptămânal (art. 114 Codul muncii).

Reglementare:	OIM	Carta Socială Revizuită	Uniunea Europeană	Codul muncii România
Uniformitate	- impune caracterul colectiv și simultan	- corespunde zilei recunoscute prin tradiție sau uzanțele țării sau regiunii ca zi de repaus	-	- de regulă în zilele de sâmbătă și duminică (art.137 alin.1)
Interval temporar pentru acordarea repausului compensatoriu	- perioadă rezonabilă de timp	- maxim 12 zile ⁵² ;	- maxim 14 zile (art.16 lit.a Directiva 2003/88/CE)	- maxim 14 zile (art.137 alin.4)

Legea română reglementează repausul săptămânal asigurând o protecție mai ridicată decât instrumentele internaționale analizate⁵³, stipulând o durată minimală de 48 ore consecutive, de regulă sâmbăta și duminică.⁵⁴

3.1. Durata și calcul termenului de repaus săptămânal

Codul muncii nu specifică expres intervalul de referință primar, nici nu determină modul de calcul al termenului de 48 de ore.

În ceea ce privește primul aspect, în raport de prevederile art. 36 alin. 4 și art. 37 alin. 1 din Legea nr. 24/2000⁵⁵, durata de 48 ore de odihnă trebuie integrată unui interval corespunzător diviziunii temporale tradiționale pe care o reflectă nominal.

⁵² Comitetului European al Drepturilor Sociale a subliniat că „deși perioada de odihnă ar trebui să fie „săptămânală”, aceasta poate fi amânată pentru săptămâna următoare, atâta timp cât niciun lucrător nu lucrează mai mult de douăsprezece zile consecutiv înainte de a primi o perioadă de repaus.” - Consiliul Europei – ECSR, *Digest..., op. cit.*, „Article 2: *The right to just conditions of work*”, pp. 69-70.

⁵³ În același sens a se vedea M. Gheorghe, *Dreptul individual al muncii. Curs universitar*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 330.

⁵⁴ S-a arătat că „formularea a fost introdusă în textul articolului 137 prin Legea nr. 97/2015, publicată în Monitorul Oficial nr. 316/2015. Formularea anterioară era: „*Repausul săptămânal se acordă în două zile consecutive, de regulă sâmbăta și duminică*”. Modificarea textului a urmărit să rezolve o problemă în ceea ce privește respectarea prevederilor legale referitoare la repausul săptămânal. De exemplu, în cazul în care salariatul ieșea din schimbul 2 vineri la ora 23:00 și intra în schimbul 3 duminică la ora 23:00, între cele două momente nu existau două zile întregi, deci angajatorul nu respecta prevederea legală privind acordarea unui număr de două zile consecutive de repaus săptămânal. După modificarea din anul 2015 textul a devenit clar, astfel încât situațiile de acest fel nu mai ridică probleme de legalitate.” – I. Sadovec, *Unele considerații cu privire la weekend*, disponibil la <https://www.juridice.ro/654592/unele-consideratii-cu-privire-la-weekend.html>, consultat la 19.02.2022.

⁵⁵ Art. 36 alin. (4) din Legea nr. 24/2000 prevede: „Redactarea textelor se face prin folosirea cuvintelor în înțelesul lor curent din limba română modernă, cu evitarea regionalismelor. Redactarea este subordonată dezideratului înțelegerii cu ușurință a textului de către destinatarii acestuia.” Art. 37, sub titlul marginal „Unitatea terminologică”,

Codul muncii nu reglementează un sistem propriu de determinare a calculului termenelor substanțiale, iar art. 278 alin. 1 stabilește aplicarea regulilor de drept civil, în măsura în care nu sunt incompatibile cu specificul raporturilor de muncă prevăzute de cod. Însă, în materia termenelor pe ore, Codul Civil prevede prin dispozițiile art. 2555 că la termenul substanțial stabilit pe ore nu se iau în calcul prima și ultima oră a termenului. Or, termenul de 48 ore reglementat de art.137 Codul muncii, deși este un termen substanțial pe ore, nu poate fi supus sistemului prevăzut de art. 2555 C.civ., concluzie ce are la bază raportarea la sistemul de calcul pe intervale temporare corespunzătoare zilelor calendaristice, prin trimiterea la zilele de sâmbătă și duminică. Ca urmare, dispozițiile art. 2555 C.civ. sunt incompatibile cu prevederile art.137 Codul muncii, termenul legal de 48 ore fiind un termen substanțial fix, curgerea acestuia nefiind supusă sistemului liber de calcul reglementat de legea civilă.

Dispozițiile legale nu prevăd nici momentul de început al termenului, nici sfârșitul acestuia, instituind principial regula acordării sâmbăta și duminica. Nicio dispoziție nu stabilește că intervalul se calculează întotdeauna începând cu ziua de luni sau obligatoriu de la finalul ultimului repaus efectuat, instituind doar caracterul regulat al repausului, aspecte ce vor fi abordate în analiza acestei componente. De asemenea, nici un element normativ nu susține sistemul prevăzut de Recomandarea OIM nr. 103/1957⁵⁶ vizând calculul termenului de la miezul nopții de început, practica fiind în sensul calculului prin reflexia configurării programului de muncă, repausul săptămânal finalizându-se la ora de început a muncii.

În consecință, determinarea începutului termenului se realizează regresiv în raport de momentul final al intervalului cronologic, calculându-se 48 ore anterioare.⁵⁷

În ceea ce privește adăugarea succesivă a repausului zilnic cu repausul săptămânal, nicio prevedere internă nu instituie o astfel de cerință imperativă, dar nicio prevedere nu exclude beneficiul repausului zilnic în ipoteza intervenirii temporale imediate a repausului săptămânal. Problematika ar privi în mod deosebit situația lucrătorilor în schimburi (art. 136 Codul muncii), în care rotația de tip continuu sau discontinuu, ar impune reunirea repausurilor zilnice, fiind acordate succesiv, iar perioada de muncă ar fi imediat urmată de repausul săptămânal. Din

prevede: „(1) În limbajul normativ aceleași noțiuni se exprimă numai prin aceiași termeni. (2) Dacă o noțiune sau un termen nu este consacrat sau poate avea înțelesuri diferite, semnificația acestuia în context se stabilește prin actul normativ ce le instituie, în cadrul dispozițiilor generale sau într-o anexă destinată lexicului respectiv, și devine obligatoriu pentru actele normative din aceeași materie”.

⁵⁶ Potrivit pct. 2 din Recomandarea OIM nr. 103/1957: „Repausul săptămânal prevăzut de articolul 6 din Convenția privind repausul săptămânal (comerț și birouri), 1957, ar trebui, ori de câte ori este posibil, să fie calculat astfel încât să includă perioada de la miezul nopții până la miezul nopții și să nu includă alte perioade de odihnă imediat precedente sau următoare.”

⁵⁷ De exemplu, pentru programul de muncă începând luni la ora 8 dimineața, termenul se va calcula de sâmbătă ora 8.00, pentru programul ce începe luni la ora 6.00, termenul de repaus săptămânal se va calcula începând cu ora 6.00 sâmbătă etc.

perspectiva dispozițiilor art. 5 din Directiva 2003/88/CE care impun un sistem cumulativ între repausul zilnic și repausul săptămânal,⁵⁸ interpretarea poate fi diferită în funcție de modalitatea de punere a accentului, pe tipul de algoritm de calcul, care are în vedere cumularea a două instituții diferite sau pe rezultată matematică a acestuia, în sistemul directivei, acesta fiind însă inferior cantitativ perioadei de repaus garantate de legislația națională. Dispozițiile art. 5 din Directivă nu au făcut obiectul interpretării Curții de Justiție a Uniunii Europene, dar aceasta urmează să se pronunțe ca urmare a sesizării sale de către o instanță dintr-un stat membru.⁵⁹ Opinăm că, la momentul actual, în condițiile în care drepturile garantate atât la repaus zilnic, cât și la repaus săptămânal ale salariatului sunt respectate, indiferent de modalitatea de configurare concretă, nu se poate impune un algoritm cumulativ unic. În schimb acordarea repausului săptămânal nu înlătură și nici nu poate interfera cu dreptul distinct al salariatului la repaus zilnic care se aplică întotdeauna prioritar și de la care nu există posibilitatea de derogare, prin instituirea unui alt tip de repaus compensatoriu sau după o altă perioadă de timp, durata acestuia putând fi doar mai redusă în cazul muncii în schimburi.⁶⁰ Nici în ipoteza repausului zilnic, legea nu instituie un sistem de calcul, însă, având în vedere că art. 3 din Directiva 2003/88/CE stabilește acordarea „în decursul unei perioade de 24 de ore”, pentru identitate de rațiune, trebuie aplicat același sens noțional atribuit prin interpretarea CJUE aceleiași expresii utilizate în cadrul art. 5 din directivă, în sensul acordării acestuia oricând înăuntrul fiecărei perioade de 24 ore.⁶¹

⁵⁸ Art. 5 alin. 1 din Directiva 2003/88/CE prevede ca orice lucrător să beneficieze, în decursul unei perioade de șapte zile, de o perioadă minimă de repaus neîntrerupt de 24 de ore, la care se adaugă cele 11 ore de repaus zilnic prevăzute în Articolul 3. Alineatul 2 stipulează că în cazuri justificate datorită condițiilor obiective, tehnice sau de organizare a muncii, se poate stabili o perioadă minimă de repaus de 24 de ore.

⁵⁹ Cauza C-477/21, Cerere de decizie preliminară introdusă de Miskolci Törvényszék (Ungaria) la 3 august 2021 – IH/MÁV-START Vasúti Személyszállító Zrt., întrebările preliminare vizând interpretarea art. 3 și 5 din Directiva 2003/88/CE coroborat cu articolul 31 alineatul (2) din Carta [drepturilor fundamentale a Uniunii Europene] inclusiv în ceea ce privește situația în care legislația națională prevede acordarea unei perioade minime de repaus săptămânal neîntrerupt de 42 de ore, dacă este obligatoriu să se acorde de asemenea, după o activitate desfășurată în ziua de lucru anterioară repausului săptămânal, perioada de repaus zilnic de 12 ore garantată împreună cu cea de repaus săptămânal de legislația statului membru în cauză și de contractul colectiv de muncă aplicabil, atât timp cât nu există condiții obiective, tehnice sau de organizare a muncii care să împiedice acest lucru. Sesizarea este disponibilă la <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=249804&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1363162>, accesat la 19.02.2022.

⁶⁰ Art. 135 alin. 2 Codul muncii prevede: „Prin excepție, în cazul muncii în schimburi, acest repaus nu poate fi mai mic de 8 ore între schimburi.”

⁶¹ Cauza C-306/16 Hotărârea Curții (Camera a doua) din 9 noiembrie 2017, *António Fernando Maio Marques da Rosa împotriva Varzim Sol – Turismo, Jogo e Animação SA*, ECLI:EU:C:2017:844, prin care s-a concluzionat că „Articolul 5 din Directiva 93/104/CE a Consiliului din 23 noiembrie 1993 privind anumite aspecte ale organizării timpului de lucru,

3.2. *Caractere juridice*

3.2.1. *Caracter continuu*

Instituind durata minimală de 48 ore consecutive, dispoziția legală stabilește necesitatea asigurării caracterului continuu al repausului. Așa cum s-a subliniat, din punct de vedere medical, analizat și dovedit științific, capacitatea psiho-fizică a omului necesită o perioadă de timp pentru refacere, neputând fi expusă constant factorilor continui sau repetitivi de stres decurgând din cerințe, sarcini, situații, percepute ca dificile, apăsătoare și cu consecințe importante pentru persoana respectivă. Prin recunoașterea universală a dreptului la repaus săptămânal a fost reflectat în plan juridic imperativul asigurării acestei necesități primare psiho-fiziologice, stabilindu-se un interval temporar dedicat exclusiv odihnei. Întinderea acestui interval, ce variază între diverse instrumente aplicabile, are la bază o prezumție legală irefragabilă⁶² a perioadei de odihnă necesare pentru refacerea capacității de muncă. În consecință, caracterul continuu al repausului este de esența instituției, finalitatea urmărită realizându-se doar prin epuizarea perioadei de odihnă.

Drept urmare, respectarea dreptului la repaus săptămânal impune acordarea acestuia neîntrerupt pe întreg intervalul, iar orice interferență în exercițiul deplin va avea drept rezultantă juridică neefectuarea repausului săptămânal. De exemplu, acordarea unui număr de 40 de ore de odihnă continuă nu va conduce la obligația în sarcina angajatorului de a acorda un echivalent compensatoriu de 8 ore (ca diferență dintre durata repausului săptămânal și orele de odihnă de care a beneficiat salariatul), ci la obligația de acordare integrală a repausului compensatoriu. Având în vedere finalitatea reglementării de a asigura protecția securității și a sănătății salariaților, prin refacerea capacității de muncă, efectul util al dispozițiilor privitoare la repausul săptămânal ar fi înlăturat dacă s-ar recunoaște dreptul angajatorului de a scinda sau interveni în exercițiul continuu al dreptului la repaus. O altfel de interpretare ar conduce indirect la acceptarea posibilității unei dovezi peste și în contra prevederilor art. 137 alin.1 Codul muncii, în sensul că o perioadă mai redusă, de exemplu de 20, 30, 40 ore, este suficientă unui salariat pentru refacerea capacității sale de muncă. Or, așa cum am subliniat,

astfel cum a fost modificată prin Directiva 2000/34/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 iunie 2000, precum și articolul 5 primul paragraf din Directiva 2003/88/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 4 noiembrie 2003 privind anumite aspecte ale organizării timpului de lucru trebuie interpretate în sensul că nu impun ca perioada minimă de repaus neîntrerupt de 24 de ore la care un lucrător are dreptul să fie acordată cel târziu în ziua următoare unei perioade de șase zile consecutive de muncă, ci impun ca aceasta să fie acordată înăuntrul fiecărei perioade de șapte zile” - disponibilă la <https://curia.europa.eu/juris/>, accesat la 19.02.2022.

⁶² Prezumpția este irefragabilă atunci când nu este posibil să fie răsturnată prin dovada contrară. Nu poate fi permisă dovada contrară, în sensul că un anumit salariat nu ar avea nevoie de odihnă sau aceasta ar fi suficientă pentru un interval mai redus, de exemplu 12 ore.

instituirea intervalului de odihnă are la bază prezumția absolută a perioadei minime pentru refacerea capacității de muncă.

Dreptul la repaus săptămânal fiind un drept indivizibil, interferența în exercițiul continuu al acestuia, oricât de minoră s-ar dovedi, impune acordarea echivalentului compensatoriu integral al dreptului la repaus săptămânal al salariatului.

3.2.2. *Caracter colectiv*

Instituind regula acordării repausul săptămânal sâmbăta și duminica, legea română instituie componenta colectivă, socială a acestui drept. Acest caracter dublează finalitatea primordială a repausului săptămânal de recuperare a capacității de muncă, urmărind satisfacerea unei alte funcții, respectiv a celei sociale, la rândul său apreciată ca esențială la nivelul grupurilor umane. Odihna și recuperarea psiho-fiziologică poate interveni în orice interval temporar din săptămână, însă recunoașterea unui timp liber comun pentru angajați asigură premisele primare ale interacțiunii în plan relațional uman. Așadar, în acord cu interpretările la nivel OIM și la nivelul Comitetului European al Drepturilor Sociale, repausul săptămânal, în plan național, trebuie să verifice, de regulă, și îndeplinirea caracterului colectiv.

De la această regulă, legea instituie o excepție prin dispozițiile art. 137 alin. 2 Codul muncii care stabilește că se poate acorda repausul săptămânal și în alte zile decât sâmbătă și duminică, stabilite prin regulament sau contractul colectiv de muncă, în cazul în care repausul în zilele de sâmbătă și duminică ar prejudicia interesul public sau desfășurarea normală a activității.

Comitetul de Experti al OIM (CEACR) a arătat că „lăsarea unei excepții atât de ample, cum ar fi „desfășurarea obișnuită a activităților” la dispoziția regulamentelor interne, poate duce la abuzuri. Potrivit alineatului 4, pot fi autorizate excepții, acordându-se o atenție deosebită tuturor considerentelor umanitare și economice adecvate. Conform intenției acestei formulări, este necesar un test de proporționalitate între interesul lucrătorilor de a avea un repaus săptămânal într-o zi care să coincidă cu ziua deja stabilită de tradiția sau obiceiul țării, așa cum se prevede la articolul 2 alin. 3, din Convenție, și necesitatea economică a unor întreprinderi industriale de a lucra în zilele de odihnă stabilite.”⁶³

În consecință, testul de conformitate a legislației naționale cu prevederile convenționale poate conduce la un rezultat pozitiv doar în cazul în care ingerința în exercițiul colectiv al dreptului la repaus este temeinic justificată, asigurându-se un echilibru între dreptul salariaților și interesul urmărit, fiind în sarcina angajatorului să facă dovada imposibilității desfășurării normale a activității sau atingerii aduse interesului public, iar legitimitatea derogării trebuie apreciată *in*

⁶³ CEACR, Weekly Rest (Industry) Convention, 1921 (No. 14), Romania (Ratification: 1923), cerere directă, adoptată în 2004, publicată la sesiunea 93 ILC (2005), vers. engl., tr. ns., disponibil la http://www.ilo.int/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENTS_YEAR:2234866,102824,Romania,2004, consultată la 04.02.2022.

concreto, excepțiile fiind de strictă interpretare și aplicare. Pe de altă parte, având în vedere finalitatea urmărită prin consacrarea caracterului colectiv al dreptului la repaus săptămânal, s-ar impune ca la nivel legislativ să se consacre garanții minimale ale asigurării acestei finalități, măcar parțial pentru toate categoriile de salariați, de exemplu prin instituirea unei anumite ritmicități a programului continuu care să permită măcar un repaus săptămânal sâmbăta și duminica la un interval apreciat ca rezonabil de partenerii sociali – 2 sau 3 luni de zile.⁶⁴

Compensația financiară prevăzută de art. 137 alin. 3 Codul muncii, reprezentată de un spor la salariu stabilit prin contractul colectiv de muncă sau, după caz, prin contractul individual de muncă, urmărește acordarea unui echivalent monetar pentru atingerea adusă componentei colective a repausului săptămânal. Acest spor nu reflectă un efort suplimentar al salariaților, care beneficiază în condiții comune de dreptul la repaus săptămânal, componenta de recuperare fizică și psihică fiind respectată prin acordarea celor 48 ore în alte zile ale săptămânii, fiind înlăturată doar finalitatea socială a repausului colectiv.

Legea nu prevede cuantumul acestui spor ce rămâne exclusiv obiect de negociere la nivel colectiv sau individual, dar nu determină nici sancțiunea aplicabilă în cazul nerealizării acordului⁶⁵ sau lipsei determinării cuantumului la

⁶⁴ În Germania, angajații care lucrează în weekend au voie să ia o perioadă de odihnă de cel puțin 24 de ore pe săptămână. Pe de altă parte, legea le permite să ia cel puțin un număr de 15 zile de duminică într-un an ca zi de odihnă, ținând cont de nevoile lor (Legea privind timpul de lucru (Arbeitszeitgesetz) articolul 11) – F.A. Kulak, V.L. Tuzuner, *A Comparative Analysis of Flexible Working Patterns in Germany and Turkey*, în *International Journal of Research in Business and Social Science*, nr.9 (4), 2020, DOI: 10.20525/ijrbs.v9i4.714, p. 2, disponibil la <https://www.ssbfnct.com/ojs/index.php/ijrbs/article/view/714/577b>, consultat la 15.03.2022.

⁶⁵ În practica judiciară s-a apreciat că: „Dacă dreptul de a beneficia de un spor este recunoscut de legiuitor salariaților care prestează, în cadrul programului de lucru, muncă sâmbăta și duminica și efectuează repausul săptămânal în alte zile ale săptămânii, cuantumul acestui spor nu este însă prestabilit în lege, nici măcar sub aspectul unui cuantum minim, trimitând la voința părților materializată în convenția individuală de muncă sau contractul colectiv de muncă negociat de partenerii sociali. Or, un asemenea spor nu a fost negociat de părți, iar instanța nu se poate substitui autonomiei de voință a părților și nici nu poate adăuga la convențiile încheiate între partenerii sociali. Așadar, în situația premisă reglementată de art. 137 alin. 2 din Codul muncii este suficientă prestarea muncii în zilele de sâmbătă și duminică în cadrul programului de lucru și acordarea repausului săptămânal în alte zile ale săptămânii pentru ca salariatul să fie îndreptățit la acordarea sporului, fără altă condiționare. În aceste condiții, salariatul are vocația de a beneficia de sporul prevăzut de art. 137 alin. 3 din Codul muncii, dar dreptul este condiționat de negocierea cuantumului sporului, iar prin contractele colective invocate în cauză (aplicabile pentru perioada mai 2015 – decembrie 2017), cu privire la munca prestată în zilele de sâmbătă și duminică părțile nu au convenit un astfel de spor. Aplicarea prin analogie a altei prevederi contractuale, în speță cea referitoare la sporul pentru suspendarea repausului săptămânal, nu poate fi primită pentru că ar echivala cu o completare, prin intervenția instanței, a clauzelor deja negociate de părți, iar instanța nu poate suplini, așa cum s-a arătat deja, manifestarea de voință a părților, dată fiind libertatea contractuală, și nici nu poate crea o normă terță prin aplicarea prin aplicarea sporului de 200% pentru

oricare din aceste niveluri.⁶⁶ Din punctul nostru de vedere, nerespectarea de către părți a obligației de negociere a sporului nu poate conduce la exonerarea angajatorului de orice obligație de plată a unei compensații financiare pentru nerespectarea componentei colective a repausului săptămânal, întrucât o astfel de interpretare contravine dispozițiilor art. 38 Codul muncii. De altfel, art. 5 alin. 2 C.pr.civ stabilește „Niciun judecător nu poate refuza să judece pe motiv că legea nu prevede, este neclară sau incompletă”.

În ceea ce privește cuantumul unei astfel de compensații, chestiunea este mult mai problematică. În practica judiciară, instanțele s-au raportat la cuantumul prevăzute de dispozițiile art. 123, art. 137 alin. 5 sau art. 142 alin. 4 Codul muncii. Totuși, finalitatea drepturilor patrimoniale stabilite de aceste dispoziții vizează compensarea unui efort fizic și psihic superior, salariatul fiind privat de odihnă sau fiind supus unui ritm de muncă mai intens. Or, sporul prevăzut de art. 137 alin. 3 Codul muncii nu vizează componenta de sănătate și securitate, ci componenta socială a dreptului la repaus. Salariatul va beneficia integral de perioada sa de repaus, însă în alte condiții decât sunt prevăzute ca regulă de drept comun. De aceea, dreptul compensatoriu trebuie acordat în condiții echivalente ipotezelor în care, deși sunt respectate normele de protecție, programul de muncă este configurat diferit de regulă. În acest sens, art. 126 alin. 2 Codul muncii stabilește pentru munca prestată în timpul nopții un spor de 25% din salariul de bază, dacă timpul astfel lucrat reprezintă cel puțin 3 ore de noapte din timpul normal de lucru. De aceea, în lipsa negocierii sporului prevăzut de art. 137 alin. 3 Codul muncii, apreciem că orientarea spre un spor de 25% ar putea fi justificată pe rațiuni analoge dispozițiilor art. 126 alin. 2 Codul muncii, ambele dispoziții

suspendarea repausului săptămânal la situația prestării muncii în zilele de sâmbătă și duminică.” - Decizia civilă nr. 1387/A/11.03.2021, Curtea de Apel București - Secția a VII-a pentru cauze privind litigii de muncă și asigurări sociale, disponibilă pe .

⁶⁶ În practica judiciară s-a apreciat că „este asimilabilă situației unei clauze abuzive această stabilire a procentului de 1% pentru munca în zilele de sâmbătă și duminică”, reținându-se că „analiza seriozității clauzei contractului individual de muncă relative la acest aspect trebuie făcută prin raportare la reglementarea dată de Codul muncii în raport de alte situații în care se impune ca munca să fie depusă în condiții deosebite față de norma generală. Or, un procent atât de mic apare ca derizoriu în urma comparației respective, astfel încât se conturează, în raport de acesta, situația legală a lipsei cauzei din partea angajatorului, care în acest mod nu dorește să se angajeze juridic în mod serios să plătească sporul respectiv salariaților. (art. 1235, 1238 Cod civil)” – Decizia civilă nr. 782/A/31.05.2021, Curtea de Apel Cluj - Secția a IV-a pentru litigii de muncă și asigurări sociale, disponibilă pe <http://www.rolii.ro/hotarari/60de74aae49009e81000064>, consultat la 27.02.2022. În cauză, Curtea a respins apelul formulat, păstrând soluția Tribunalului de admitere a cererii reclamanților cu consecința reținerii îndreptăririi lor la plata sporurilor aferente muncii suplimentare de 75 % din salariul de bază (conform art. 123 alin. 2 Codul muncii), la plata sporurilor pentru munca prestată în zilele de sâmbătă, duminică și pentru munca prestată în zilele de sărbători legale de câte 100% din salariul de bază (conform art. 142 alin. 2 Codul muncii) și sporul pentru munca de noapte, conform art. 125 și urm. Codul muncii.

normative impunând respectarea dreptului la odihnă al salariaților, însă în alte condiții decât cele ce reprezintă regula de drept comun.

Cu toate acestea, apare cu claritate necesitatea intervenției legislative în această arie, pentru determinarea neechivocă a compensației minimale financiare prevăzute de art. 137 alin. 3 Codul muncii, fără ca prin aceasta să se înlăture posibilitatea negocierii unui quantum mai avantajos pentru salariat, prin convenția individuală sau colectivă aplicabilă.

3.2.3. Caracter regulat - perioade de referință

Din dispozițiile art. 137 alin. 1 Codul muncii rezultă că dreptul la odihnă pentru 48 ore consecutive este garantat săptămânal, ceea ce reflectă caracterul regulat și repetitiv al dreptului la repaus.

După cum s-a expus anterior, legea națională impune regula acordării repausului săptămânal sâmbăta și duminica, fără însă a o transforma în imperativ.

În ipoteza de bază, repausul săptămânal va fi acordat succesiv și regulat în zilele de sâmbătă și duminică.

În ipotezele de excepție, prevăzute de art. 137 alin. 2 Codul muncii, după cum subliniam, dispozițiile legale nu stabilesc vreo determinare temporală, fiind aplicabilă interpretarea obligatorie a Curții de Justiție a Uniunii Europene care a reținut, în interpretarea art. 5 din Directiva 2003/88/CE că textul „nu precizează însă momentul la care trebuie să intervină această perioadă minimă de repaus și, așadar, lasă la latitudinea statelor membre alegerea aceluia moment (...) Fără a fi denumită în mod expres astfel, perioada de șapte zile menționată la acest din urmă articol poate fi însă considerată și perioadă de referință (a se vedea în acest sens Hotărârea din 12 noiembrie 1996, *Regatul Unit/Consiliul*, C-84/94, EU:C:1996:431, punctul 62). *Or, o perioadă de referință poate fi definită, în acest context, drept o perioadă fixă înăuntrul căreia trebuie acordat un anumit număr de ore consecutive de repaus, independent de momentul la care sunt acordate acele ore de repaus* (subl. ns).⁶⁷

În consecință, perioada de repaus săptămânal în împrejurările prevăzute de art. 137 alin. 2 Codul muncii poate interveni într-o perioadă de referință de 7 zile, care însă nu trebuie să aibă ca moment de început al calcului termenului ultimul repaus săptămânal efectuat, ci trebuie determinată în funcție numărul de zile

⁶⁷ C-306/16, Hotărârea Curții (Camera a doua) din 9 noiembrie 2017, *António Fernando Maio Marques da Rosa împotriva Varzim Sol – Turismo, Jogo e Animação SA*, ECLI:EU:C:2017:844, par.39, 42, 43, disponibilă pe <https://curia.europa.eu/juris>, consultat la 10.03.2022. S-a arătat că „după cum a subliniat avocatul general la punctul 40 din concluzii, o asemenea interpretare a acestui articol este susținută de diversele versiuni lingvistice ale Directivei 2003/88. Astfel, în majoritatea versiunilor lingvistice ale articolului menționat, printre care figurează versiunile în limbile engleză, germană și portugheză, se prevede că perioada minimă de repaus neîntrerupt trebuie acordată „pentru” fiecare perioadă de șapte zile. Alte versiuni ale articolului respectiv merg în direcția versiunii în limba franceză, care prevede că repausul săptămânal trebuie acordat „în decursul” unei perioade de șapte zile” - *loc. cit.*, par. 40.

consecutive lucrate.⁶⁸ Prin urmare, sensul legal al perioadei de referință de 7 zile nu coincide cu sensul comun temporar, aceasta putând valora un maxim temporal de 10 zile între două repausuri săptămânale.

Cu toate acestea, în acord cu prevederile art. 16 din Directiva 2003/88/CE, legiuitorul național a prevăzut posibilitatea instituirii unei perioade de referință mai îndelungată,⁶⁹ prin dispozițiile art. 137 alin. 4 Codul muncii, perioadă derogatorie ce operează numai cu titlu de excepție și numai cu autorizarea inspectoratului teritorial de munca și cu acordul sindicatului.⁷⁰

⁶⁸ Avocatul general a arătat în concluziile susținute în cauza C-306/16, anterior citată că „suntem de acord cu interpretarea potrivit căreia articolul 5 din Directiva 2003/88 nu impune ca perioada de repaus săptămânal să se acorde în mod obligatoriu cel târziu în a șaptea zi după șase zile consecutive de lucru, ci considerăm că din această dispoziție rezultă că perioada menționată ar trebui să se acorde în cadrul fiecărei perioade de șapte zile. Această interpretare implică faptul că, potrivit acestei dispoziții, lucrătorului i se poate cere, în principiu, să lucreze până la 12 zile consecutive(29), în condițiile în care celelalte cerințe minime ale Directivei 2003/88 sunt respectate, în special cele referitoare la repausul zilnic și la timpul de lucru maxim săptămânal(30). De exemplu, din ziua de marți a unei anumite săptămâni, precedată de o zi de repaus în ziua de luni, până în ziua de sâmbătă a săptămânii următoare, urmată de repaus în ziua de duminică. Într-o situație precum cea din speță, în care legislația națională sau convențiile colective prevăd dreptul la două zile consecutive de repaus săptămânal, această interpretare implică faptul că lucrătorului i se poate cere să lucreze până la 10 zile consecutive.” – Concluziile Avocatului General Henrik Saugmandsgaard ØE în cauza C-306/16, disponibile la <https://curia.europa.eu/juris>.

⁶⁹ Reamintim că în sistemul OIM nu este prevăzută o perioadă de referință minimală pentru operarea compensării (art. 8 pct. 3 Convenția nr. 106/1957), iar Comitetului European al Drepturilor Sociale a subliniat că „deși perioada de odihnă ar trebui să fie „săptămânală”, aceasta poate fi amânată pentru săptămâna următoare, atâta timp cât niciun lucrător nu lucrează mai mult de douăsprezece zile consecutiv înainte de a primi o perioadă de repaus de două zile.”

⁷⁰ S-a arătat că „în practică, în vederea obținerii autorizării inspectoratului teritorial de muncă pentru acordarea repausului săptămânal cumulat, după o perioadă de activitate continuă ce nu poate depăși 14 zile calendaristice, sunt necesare următoarele documente: a. cererea de solicitare a autorizării în care să se menționeze perioada efectivă pentru care se solicită autorizarea și situația de excepție din care să rezulte necesitatea acordării cumulate a repausului săptămânal, conform art. 137 alin. (4) C. muncii; b. graficul de lucru; c. tabele nominale cu personalul/funțiile pentru care se solicită autorizarea; d. acordul sindicatului sau, după caz, al reprezentanților salariaților; e. dovada că angajatorul are alocate fonduri financiare pentru acordarea sporurilor prevăzute la art. 137 alin. (5) C. muncii.

Sub aspectul momentului autorizării inspectoratului teritorial de muncă, solicitarea și, implicit, autorizarea trebuie să fie anterioare acordării zilelor de repaus săptămânal în mod cumulat. Solicitarea angajatorului este soluționată în termen de 30 de zile calendaristice de la data înregistrării la inspectorat. *De lege ferenda*, este necesară reglementarea detaliată a procedurii și condițiilor de acordare a repausului săptămânal cumulat” - D. Rogozea, M.M. Anghenie, *Scurtă analiză privind condițiile și procedura de acordare a repausului săptămânal cumulat*, în *Revista Română de Dreptul Muncii*, 5/2018, pp. 70-74, disponibil la <https://am.e-nformation.ro/scholarly-journals/scurtă-analiză-privind-condițiile-și-procedura-de/docview/2199160229/se-2?accountid=136549>, consultat la 10.03.2022.

Perioada de referință derogatorie presupune o perioadă de activitate continuă ce nu poate depăși 14 zile calendaristice și impune acordarea cumulată a repausurilor săptămânale aferentă celor două perioade de referință succesive de 7 zile.

În consecință, o perioadă de 10 zile de activitate continuă poate interveni în cazurile prevăzute art. 137 alin. 2 Codul muncii când repausul săptămânal se acordă în alte zile decât sâmbăta și duminica, perioadă ce va fi urmată de un repaus de 48 ore consecutive, iar o perioadă continuă de muncă între 11 zile și 14 zile calendaristice va fi urmată de 96 ore de repaus. În acest sens, depășirea intervalului maximal temporal posibil între două repausuri săptămânale va atrage aplicarea dispozițiilor art. 137 alin. 4 chiar dacă nu s-a atins maximul perioadei de referință derogatorie și chiar dacă nu sunt îndeplinite cerințele extrinseci (autorizarea inspectoratului teritorial de muncă și acordul sindicatului). În acest sens, încălcarea perioadei de referință legale de 7 zile dă dreptul salariatului la aplicarea normei de protecție instituită de art. 137 alin. 5 Codul muncii, perioada de activitate continuă fiind de maxim 14 zile și acoperind și situațiile intermediare, ce nu se înscriu în prevederile art. 137 alin. 2 Codul muncii.

Comitetului European al Drepturilor Sociale a arătat că „potrivit articolului 137 din Codul muncii (Legea nr. 53/2003), repausul săptămânal se face în două zile consecutive, de obicei sâmbătă și duminică. Comitetul reamintește că, în temeiul articolului 2§5 din Cartă, perioada de odihnă poate fi luată într-o zi diferită, fie atunci când tipul de activitate o impune, fie din motive de natură economică, atâta timp cât lucrătorul are dreptul la încă o zi de odihnă și nu lucrează mai mult de douăsprezece zile consecutive înainte de a primi o perioadă de repaus de două zile.

Comitetul ia act de faptul că dispozițiile Codului muncii prevăd ca perioada de repaus săptămânal să fie amânată atunci când aceasta nu poate avea loc în weekend și că, în cazuri excepționale, perioada de repaus săptămânal poate fi luată în mod cumulativ, după o activitate continuă care nu poate depăși 14 zile calendaristice, cu autorizarea inspectoratului teritorial de muncă și cu acordul sindicatului sau, după caz, al reprezentanților salariaților. În acest sens, Comisia a remarcat anterior (Concluzia 2010) practica Inspectoratului Muncii⁷¹ și, având în vedere că numărul permiselor eliberate de Inspectoratul Muncii a fost scăzut și faptul că amânarea perioadei de repaus săptămânal peste douăsprezece zile a fost cu adevărat excepțională, a considerat că situația este în conformitate cu articolul

⁷¹ „Comitetul a solicitat informații cât de des se acordă permisiunea de către Inspectoratul Muncii. Potrivit raportului, în 2008, Inspectoratul Muncii a eliberat 19 autorizații, cu acordul sindicatelor sau al reprezentanților salariaților. Domeniile în care s-au eliberat aceste autorizații au fost activități artistice, metalurgie, navigație și prelucrarea fructelor și legumelor. Avizele au fost acordate ținând cont de activitățile desfășurate în străinătate și de necesitatea onorării contractelor de muncă pentru evitarea șomajului. În cursul controalelor sale, Inspectoratul de Muncă nu a constatat cazuri de muncă continuă efectuată fără autorizare prealabilă.”

2§5. Până la primirea informațiilor solicitate, Comitetul concluzionează că situația din România este în conformitate cu articolul 2§5 din Cartă.⁷²

În cazul în care se aplică perioada de referință derogatorie, potrivit art. 137 alin. 5 Codul muncii, salariații au dreptul la dublul compensațiilor convenite potrivit art. 123 alin. (2), așadar la un spor de 150%. Dreptul pecuniar stabilit reprezintă o compensație financiară acordată pentru efortul suplimentar, prezumat legal, deus de salariat pentru prestarea muncii, care nu a beneficiat de perioada de odihnă la intervalul regulat stipulat legal. Salariații sunt îndreptățiți la plata sporului chiar în ipoteza în care angajatorul nu a respectat condițiile formale/substanțiale impuse de dispozițiile art. 137 alin. 4 Codul muncii⁷³, putând solicita, în această ipoteză, și despăgubiri suplimentare, valoarea pecuniară impusă de art. 137 alin. 5 Codul muncii reprezentând o dezdăunare a efortului suplimentar deus, însă cu respectarea garanțiilor legale.⁷⁴ Sporul se acordă cumulat cu perioada de odihnă compensatorie, salariatul neputând renunța în mod valabil la efectuarea acesteia, față de dispozițiile imperative ale art. 38 Codul muncii, iar compensarea în bani a perioadelor de odihnă este permisă doar în cazul concediului și numai în ipoteza specială prevăzută de art. 146 Codul muncii.

Având în vedere finalitatea diferită instituită prin impunerea sporurilor, compensația financiară prevăzută de art. 137 alin. 5 Codul muncii se cumulează cu cea stabilită de art. 137 alin. 3 Codul muncii, în condițiile în care repausul compensatoriu nu este acordat sau nu este acordat integral sâmbăta și duminica.

⁷² Comitetului European al Drepturilor Sociale, Concluzii România, 2014, Articolul 2-5, vers. engl., tr. ns., disponibil la <https://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=2014/def/ROU/2/5/EN>, accesat la 10.03.2022.

⁷³ În sens contrar, a se vedea Decizia civilă nr. 5756/15 noiembrie 2021 a Curții de Apel București, secția a VII-a pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, disponibil la <http://www.rolii.ro/hotarari/61bbfb02e49009a80e0000ba>, consultat la 10.03.2022, prin care s-a reținut: „(...) nu există autorizarea din partea inspectoratului teritorial de muncă și acordul sindicatului sau, după caz, al reprezentanților salariaților. Aceste acorduri sunt obligatorii conform textului amintit, deoarece este o situație excepțională care afectează în mod semnificativ timpul de muncă și de odihnă, motiv pentru care trebuie discutată între partenerii de dialog social și autorizată de instituția competentă. (...) Neîndeplinirea acestor condiții atrage inaplicabilitatea textului în cauză și, implicit, a compensației prevăzute în art. 137 alin. 5 din Codul muncii, pe care o pretind reclamanții.”

⁷⁴ De exemplu, dacă perioada de odihnă a fost acordată după o perioadă de 20 zile consecutive lucrate, cu încălcarea dispozițiilor art. 137 alin. 4 Codul muncii, salariatul poate solicita nu numai acordarea sporului prevăzut de art. 137 alin. 5, dar și despăgubiri suplimentare, întemeiate pe suprasolicitarea psihică și fizică ca urmare a nerespectării de către angajator a intervalului maximal prevăzut de lege pentru prestarea continuă a muncii; în acest sens, legea prezumă în mod absolut, în acord cu celelalte prevederi internaționale la care s-a făcut trimitere că este obligatorie acordarea unei perioade de odihnă după un număr de 14 zile de activitate continuă.

De asemenea, activitatea continuă pe durată de 14 zile poate reprezenta muncă suplimentară, în raport de prevederile art. 114 alin. 1 Codul muncii⁷⁵, ținându-se cont și de prevederile art. 114 alin. 2 Codul muncii, care stabilește că durata timpului de muncă, ce include și orele suplimentare, poate fi prelungită peste 48 de ore pe săptămână, cu condiția ca media orelor de activitate, calculată pe o perioadă de referință de 4 luni calendaristice, să nu depășească 48 de ore pe săptămână. În ceea ce privește cumulul sporurilor instituite de prevederile art. 123 alin. 2 Codul muncii și art. 137 alin. 5 apreciem că acesta nu este justificat. Munca prestată în timpul repausului săptămânal urmează regimul juridic special, sporul instituit de art. 137 alin. 5 Codul muncii având aceleași rațiuni legice de a compensa efortul suplimentar depus de salariat, acesta beneficiind în mod cumulativ și de perioada de odihnă compensatorie (repausul cumulat) și de sporul de 150%. În cazul în care nu sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 137 alin. 4 – nefiind vorba de activitate continuă peste 14 zile, munca suplimentară fiind prestată de exemplu parțial în una din zilele de repaus (4 ore sâmbătă), salariatul va beneficia integral de repausul săptămânal, așa cum s-a subliniat la analiza caracterului continuu al repausului, iar orele suplimentare vor urma regimul specific – ore libere plătite în compensare (alături de repausul săptămânal compensatoriu) sau, ca soluție alternativă și nu cumulativă de sporul prevăzut la art. 123 alin. 2 Codul muncii.

Potrivit art. 260 alin. 1 lit. j Codul muncii, constituie contravenție nerespectarea prevederilor legale privind acordarea repausului săptămânal, sancțiunea constând în amendă de la 1.500 lei la 3.000 lei.⁷⁶

⁷⁵ Durata maximă legală a timpului de muncă nu poate depăși 48 de ore pe săptămână, inclusiv orele suplimentare. Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit, cu caracter obligatoriu, în cadrul procedurii dezlegării unor chestiuni prealabile, prin Decizia nr. 65/2020, publicată în M.Of. nr. 37 din 13/01/2021, că „activitatea prestată în timpul zilelor de repaus săptămânal nu poate fi considerată în același timp și muncă suplimentară desfășurată în afara duratei normale de lucru de 8 ore pe zi timp de 5 zile, aceasta având un regim juridic și o reglementare distincte” - par. 49. În accepțiunea noastră, activitatea continuă pe durată de 14 zile poate reprezenta muncă suplimentară, în raport de prevederile art. 112 alin. 1 coroborat cu art. 114 Codul muncii, însă munca prestată fără beneficiul repausului săptămânal urmează regimul juridic special reglementat în acest sens, după cum vom arăta în prezentul studiu.

⁷⁶ A se vedea diferența de regim juridic în raport de prevederile art. 260 alin. 1 lit. e ind. 3 care prevede că următoarele fapte constituie contravenții, dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii, infracțiuni : primirea la muncă a unuia sau a mai multor salariați cu depășirea duratei timpului de muncă stabilită în cadrul contractelor individuale de muncă cu timp parțial, cu amendă de la 10.000 lei la 15.000 lei pentru fiecare persoană astfel identificată, fără a depăși valoarea cumulată de 200.000 lei. Încălcarea timpului de muncă în cazul contractelor de muncă cu timp parțial este sancționată mult mai drastic, pe considerente ce țin de combaterea muncii nedeclarate și nu pe considerente ținând de protecția sănătății și securității salariaților.

3.3. Ingerințe în exercițiul dreptului la repaus

Dispozițiile art. 138 Codul muncii stabilesc că, în cazuri de urgență, în scopul prevenirii unor situații iminente cu risc potențial ridicat, dreptul la repaus săptămânal poate fi suspendat, cu plata unor compensații financiare.⁷⁷ Textul utilizează noțiunea de „suspendare”, fără a o defini. Sensul comun al noțiunii de „suspendare” este întrerupere, suprimare (temporară)⁷⁸. În consecință, art. 138 alin. 1 Codul muncii instituie o derogare de la caracterul regulat și repetat al repausului săptămânal, nu o excepție de la caracterul continuu al repausului săptămânal.⁷⁹ În acest sens, instituția suspendării repausului săptămânal nu funcționează ca în materia termenelor substanțiale sau procedurale permițând reluarea cursului termenului, socotindu-se pentru împlinirea termenului și timpul scurs înainte de suspendare⁸⁰, ci reprezintă o ingerință în chiar exercițiul dreptului la repaus.

Dispozițiile art. 138 Codul muncii permit suspendarea dreptului la repaus săptămânal în cazul unor lucrări urgente, a căror executare imediată este necesară pentru organizarea unor măsuri de salvare a persoanelor sau bunurilor angajatorului, pentru evitarea unor accidente iminente sau pentru înlăturarea efectelor pe care aceste accidente le-au produs asupra materialelor, instalațiilor sau clădirilor unității.

Reprezentând o ingerință în exercițiul unui drept fundamental social, pot fi aplicate prin analogie⁸¹ argumentele Curții Constituționale care a subliniat în

⁷⁷ Art. 138 alin. 1 și 2 Codul muncii prevede: (1) În cazul unor lucrări urgente, a căror executare imediată este necesară pentru organizarea unor măsuri de salvare a persoanelor sau bunurilor angajatorului, pentru evitarea unor accidente iminente sau pentru înlăturarea efectelor pe care aceste accidente le-au produs asupra materialelor, instalațiilor sau clădirilor unității, repausul săptămânal poate fi suspendat pentru personalul necesar în vederea executării acestor lucrări. (2) Salariații al căror repaus săptămânal a fost suspendat în condițiile alin. (1) au dreptul la dublul compensațiilor convenite potrivit art. 123 alin. (2).

⁷⁸ Academia Română, Institutul de Lingvistică, *Dicționarul explicativ al limbii române*, ed. a II-a, rev. și ad., Editura Univers Enciclopedic Gold, 2009.

⁷⁹ S-a arătat că „aceste reglementări se referă la toate situațiile în care salariatul este chemat la lucru în timpul repausului săptămânal pentru unul dintre motivele menționate, indiferent în ce zile se acordă repausul săptămânal, deoarece legea nu distinge. Salariatul va beneficia și de compensații, dar și de repausul săptămânal care fie își va relua cursul, cu respectarea duratei minime prevăzute de lege, fie se va acorda prin reprogramare” - L. Dima, *Dreptul muncii. Curs universitar*, Editura CH. Beck. București, 2017, p. 185.

⁸⁰ Art. 2534 C.civ ce reglementează efectele suspendării prescripției.

⁸¹ Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că în condițiile în care drepturile au aceeași natură, dar reglementări diferite, „acordarea acestora se face prin analogie potrivit aceluiași principii de interpretare a legii, *ubi eadem ratio, ibi idem jus*. Analogia, ca procedeu tehnico-juridic de interpretare a legii, este consacrată de Codul civil, fiind interzisă doar atunci când textul analog conține o regulă de principiu și de drept comun, adică o normă cu caracter general, iar nu special, de strictă interpretare. Astfel, art. 10 din Codul civil, deși intitulat „Interzicerea analogiei”, nu interzice analogia, ci doar enumeră cazurile în care aceasta nu poate fi folosită, și anume: în cazul legilor care derogă de la o dispoziție generală, al celor care restrâng exercițiul unor drepturi civile, precum și în cazul legilor care prevăd sancțiuni

jurisprudența sa că „trebuie îndeplinite condițiile constituționale referitoare la restrângerea exercițiului unor drepturi sau libertăți, prin efectuarea unui test de proporționalitate (așa cum prevăd dispozițiile art. 53 din Constituție, dezvoltate în jurisprudența Curții Constituționale prin Decizia nr. 266 din 21 mai 2013, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 443 din 19 iulie 2013, Decizia nr. 462 din 17 septembrie 2014, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 775 din 24 octombrie 2014, ori Decizia nr. 13 din 15 ianuarie 2015, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 175 din 13 martie 2015), pentru a verifica dacă această restrângere este rezonabilă, proporțională cu obiectivul urmărit și nu transformă acest drept într-unul iluzoriu/teoretic. Așa cum a statuat Curtea Constituțională prin Decizia nr. 266 din 21 mai 2013 și Decizia nr. 462 din 17 septembrie 2014, paragraful 30, conform principiului proporționalității, „orice măsură luată trebuie să fie *adecvată* - capabilă în mod obiectiv să ducă la îndeplinirea scopului, *necesară* - indispensabilă pentru îndeplinirea scopului și *proporțională* - justul echilibru între interesele concrete pentru a fi corespunzătoare scopului urmărit. Astfel, în vederea realizării testului de proporționalitate, Curtea trebuie, mai întâi, să stabilească scopul urmărit de legiuitor prin măsura criticată și dacă acesta este unul legitim, întrucât testul de proporționalitate se va putea raporta doar la un scop legitim.” De asemenea, Curtea a precizat prin Decizia nr. 266 din 21 mai 2013 că pentru corecta aplicare a testului este necesară examinarea fiecăruia dintre cele 3 elemente în ordinea respectivă.”⁸²

Dispozițiile art. 138 Codul muncii nu sunt aplicabile pentru evenimente circumscrise în plan substanțial civil doar forței majore sau cazului fortuit⁸³ (fără a le exclude), fiind subsumate acestor prevederi toate evenimentele care prin gravitate, intensitate și riscuri impun o derogare de la regimul comun al programului de lucru. Vizând salvarea unor vieți omenești, a unor bunuri importante sau prevenirea unor accidente grave sau înlăturarea efectelor acestora, scopul instituirii măsurii este justificat de necesitatea apărării unor drepturi fundamentale ale

civile. Și Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, republicată, cu modificările și completările ulterioare, face trimitere la analogie, în art. 4 alin. (2), prin care prevede că judecătorii nu pot refuza să judece pe motiv că legea nu prevede, este neclară sau incompletă. Acest text este reluat în art. 5 alin. (1) și (2) din Codul de procedură civilă (reglementând același principiu ca art. 3 din Codul civil de la 1864): "(1) Judecătorii au îndatorirea să primească și să soluționeze orice cerere de competența instanțelor judecătorești, potrivit legii. (2) Niciun judecător nu poate refuza să judece pe motiv că legea nu prevede, este neclară sau incompletă". Prin urmare, nimic nu împiedică instanțele investite cu soluționarea cererilor în discuție să recurgă la aceleași principii în interpretarea și aplicarea legilor (...)" - Decizia ICCJ – CDCD nr. 82/2017, publicată în M.Of. nr. 172 din 23/02/2018.

⁸² A se vedea prin analogie Decizia Curții Constituționale nr. 279 din 23.04.2015 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 52 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, publicată în M.Of. nr. 431 din 17 iunie 2015, par. 31-32.

⁸³ Art. 1351 C.civ. definește forța majoră și cazul fortuit.

persoanei⁸⁴ sau patrimoniale, înscriindu-se în prevederile art. 53 alin. (1) din Constituție care stabilește că „exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea [...] drepturilor și a libertăților cetățenilor [...]”. Referitor la caracterul adecvat și necesar al restrângerii exercițiului dreptului la repaus, suspendarea apare ca o măsură subsumată scopului urmărit fiind, în abstract, proiectată să îndeplinească exigențele acestuia, satisfăcând însă cerințele de proporționalitate doar dacă este limitată la ceea ce este absolut necesar înlăturării stării de pericol. Desigur că acest din urmă test nu poate opera decât în concret, fiind în sarcina angajatorului să dovedească caracterul extraordinar al evenimentului, gravitatea riscurilor existente, precum și măsurile luate pentru limitarea în timp a măsurii suspendării dreptului la repaus al salariaților.

Potrivit art. 138 alin. 2 Codul muncii, salariații al căror repaus săptămânal a fost suspendat beneficiază un spor de 150%. Comitetul de Experți al OIM (CEACR) a arătat, referitor la articolul 138 alineatul (2) din Codul muncii, „că orice lucrător al cărui repaus săptămânal este suspendat din cauza muncii urgente va primi o compensație bănească echivalentă cu dublul indemnizației prevăzute la articolul 123 alineatul (2), dar fără odihnă compensatorie. Comitetul reamintește că perioadele compensatorii de odihnă sunt esențiale pentru protejarea sănătății și bunăstării lucrătorilor și că, în temeiul articolului 5 din Convenție, acestea trebuie acordate cât mai curând posibil. Comitetul reamintește, de asemenea, că articolul 8 alineatul (3) din Convenția privind odihna săptămânală (comerț și birouri), 1957 (nr. 106) – a cărei ratificare este insistent recomandată – prevede că, în caz de accident, forță majoră sau muncă urgentă, persoanelor în cauză li se acordă odihnă compensatorie cu o durată totală cel puțin echivalentă cu perioada normală de odihnă de 24 de ore. Comitetul speră că guvernul va fi în măsură să revizuiască secțiunea menționată mai sus din Codul Muncii în viitorul apropiat, pentru a prevedea perioada de odihnă compensatorie, indiferent de orice remunerație în numerar care este plătită. - Cererea directă (CEACR) – adoptată în 2013, publicată la sesiunea 103 ILC (2014)”⁸⁵

⁸⁴ La 14 ianuarie 2006 la Mina Anina, Reșița, din județul Caraș Severin, o explozie cauzată de acumularea de gaze a ucis 7 mineri și a rănit grav alți cinci. Deflagrația s-a produs sâmbătă dimineața, în jurul orei 5.50, cu o jumătate de oră înainte de sfârșitul schimbului 4. În acel moment în subteran se aflau peste 200 de ortaci. Anina era cel mai important centru carbonifer al Banatului, cu cea mai adâncă mină din Europa, având orizont de lucru la peste 1.000 metri sub pământ https://ro.wikinews.org/wiki/Explozie_la_mina_Anina:7_mineri_au_murit, consultat la 24.02.2022.

⁸⁵ CEACR, Weekly Rest (Industry) Convention, 1921 (No. 14) - Romania (Ratification: 1923), disponibil la http://www.ilo.int/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3136925,102824,Romania,2013, consultat la 11.02.2022, vers. engl., tr. ns. Art. 4 din Convenția 14/1921 prevede: „Fiecare Membru poate autoriza excepții totale sau parțiale (inclusiv suspendări sau diminuări) de la dispozițiile articolului 2, acordându-se o atenție deosebită tuturor considerentelor umanitare și economice adecvate și după consultarea asociațiilor responsabile de angajatori și lucrători, acolo unde acestea există. O

Având în vedere și dispozițiile art. 20 din Constituție⁸⁶, prevederile art. 138 Codul muncii rezistă testului de conformitate cu dispozițiile convenționale internaționale doar dacă dreptul la repaus compensatoriu este înțeles ca inerent, alături de compensația financiară prevăzută de art. 138 alin. 2 și nu ca fiind înlăturat de aceasta.⁸⁷

3.4. Dreptul la repaus săptămânal în situația contractelor în cumul încheiate de același salariat

Dispozițiile legale reglementează dreptul la repaus pentru situația tipică a contractului individual de muncă unic încheiat de un salariat cu un angajator. Dimensionarea timpului de lucru și a perioadelor de repaus s-a fundamentat pe aceasta premisă, dispozițiile art. 35 Codul muncii reglementând ipoteza particulară a cumulului de funcții fără a stabili limitele contractelor individuale de muncă încheiate cu același angajator sau cu angajatori diferiți.

Abordările divergente au fost tranșate prin soluția interpretativă a prevederilor Directivei 2003/88/CE pronunțată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene care a statuat că „articolul 2 punctul 1 și articolul 3 din Directiva 2003/88 trebuie interpretate în sensul că, în cazul în care un lucrător a încheiat mai multe contracte de muncă cu același angajator, perioada minimă de repaus zilnic, care este prevăzută la acest articol 3, se aplică acestor contracte considerate în ansamblul lor, iar nu fiecăruia dintre contractele menționate luate în considerare în mod separat.”⁸⁸

În cazul contractelor de muncă încheiate cu același angajator sau cu angajatori diferiți care aplică însă regula înscrisă în dispozițiile art. 137 alin. 1 Codul muncii (acordarea repausului sâmbăta și duminica) respectarea repausului săptămânal, reprezentat de 48 ore consecutive de odihnă nu ridică dificultăți practice. Problematică apare situația contractelor de muncă încheiate cu angajatori

astfel de consultare nu este necesară în cazul excepțiilor care au fost deja făcute în temeiul legislației existente. Dispoziții art. 5 din aceeași Convenție prevăd: „Fiecare membru prevede, pe cât posibil, perioade compensatorii de odihnă pentru suspendările sau diminuările efectuate în temeiul articolului 4, cu excepția cazurilor în care acordurile sau obiceiurile prevăd deja astfel de perioade. Dispoziții similare se regăsesc în prevederile art. 8 și 9 din Convenția 106/1957 privind repausul săptămânal (Comerț și Birouri).”

⁸⁶ Art.20 din Constituție prevede: „(1) Dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte. (2) Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile.

⁸⁷ În același sens, L. Dima, *op.cit.*, p. 185.

⁸⁸ C-585/19, Hotărârea Curții (Camera a cincea) din 17 martie 2021, *Academia de Studii Economice din București împotriva Organismului Intermediar pentru Programul Operațional Capital Uman - Ministerul Educației Naționale*, ECLI:EU:C:2021:210, Concluzii, disponibilă la <https://curia.europa.eu/juris/>, consultat la 10.03.2022.

diferiți care acordă repausul săptămânal în alte condiții decât regula, în zile diferite ale săptămânii (art. 137 alin. 2 Codul muncii).

Or, CJUE a subliniat în mod expres că nu face obiectul interpretării ipoteza contractelor încheiate cu angajatori diferiți⁸⁹, fiind limitată în analiză de scopul procedurii preliminare ce viza exclusiv respectarea repausului zilnic al lucrătorului în cazul contractelor multiple încheiate cu același angajator.

În raport de importanța efectelor juridice, având în vedere și interferența cu dispozițiile Directivei 2003/88/CE, este necesar ca CJUE să abordeze distinct aceste aspecte interpretative, în condițiile în care soluția anvizajată în materia repausului zilnic în cazul contractelor în cumul cu același angajator nu poate fi extrapolată pentru cazul contractelor în cumul încheiate cu angajatori diferiți.

4. Concluzii

Componentă imaterială a existenței umane, timpul este coordonată ontologică a individului. Cu toate acestea, în arhitectura drepturilor, valența timpului personal nu a fost integrată drepturilor naturale, ci a fost imaginată doar în contrapondere a timpului de muncă, dreptul la repaus fiind afirmat, nu ca drept al omului, ci ca drept al lucrătorului, în ecuația binară timp de muncă versus timp de repaus.

Totuși dezvoltarea unei largi jurisprudențe în aplicarea instrumentelor internaționale ce consacră dreptul la odihnă reflectă schimbarea analitică esențială, accentul îndreptându-se spre aria drepturilor individuale primare, deturnând sensul original al izvoarelor juridice concepute în cadrul relațiilor industriale de muncă.

Această schimbare de paradigmă conceptuală ce redă dreptului la repaus sensul său natural de componentă esențială a libertății ființei umane, a sănătății și securității sale, trebuie să funcționeze drept cheie interpretativă primordială a dispozițiilor normative în materie.

Reflecția la nivel formal a principalelor prevederi ale instrumentelor internaționale sau supranaționale în materia reglementării dreptului la repaus săptămânal, satisfăcând în mare parte testele de conformitate necesare, nu este suficientă pentru asigurarea practică a garanțiilor necesare exercițiului deplin a acestui drept fundamental social, fiind esențial ca în aplicarea instituțiilor corespunzătoare să se reflecte rațiunile legice, iar orice formă de ingerință trebuie să fie contrabalansată de o măsură nu numai cu caracter sancționator, dar mai ales cu caracter disuasiv.

Analiza efectuată în cadrul prezentului studiu reflectă necesitatea consolidării legislative a structurii naționale a reglementării, care, la nivel de bază,

⁸⁹ *Idem*, par. 76. „Cererea vizează, în consecință, ipoteza în care prezenta hotărâre ar privi cazurile contractelor de muncă încheiate cu mai mulți angajatori. Or, întrucât cererea de decizie preliminară este inadmisibilă în măsura în care vizează interpretarea dispozițiilor Directivei 2003/88 pentru astfel de cazuri, nu este necesar să se răspundă la cererea de limitare a efectelor în timp ale prezentei hotărâri în această privință.”

corespunde principiilor ce se degajă din instrumentele internaționale. Cu toate acestea, lipsesc garanțiile esențiale pentru atingerea finalității urmărite, fiind necesară inițierea unor modificări normative care să cuprindă expres:

- modalitatea de calcul al perioadelor de referință și al duratei repausului săptămânal, inclusiv prin raportare la durata repausului zilnic;
- stabilirea sancțiunii juridice ce intervine în cazul nerespectării caracterului continuu al dreptului la repaus săptămânal;
- consacarea la nivel legislativ a unor garanții minimale ale asigurării caracterului colectiv al dreptului la repaus săptămânal, măcar parțial pentru toate categoriile de salariați, de exemplu prin instituirea unei anumite ritmicități a programului continuu care să permită măcar un repaus săptămânal sâmbătă și duminică la un interval apreciat ca rezonabil de partenerii sociali;
- limitarea cazurilor în care este permisă derogarea de la regula caracterului colectiv al dreptului de repaus săptămânal, prin reglementarea mai restrânsă a ipotezelor prevăzute de art. 137 alin. 2 Codul muncii;
- determinarea legală minimală a compensației financiare prevăzute de art. 137 alin. 3 Codul muncii, fără ca prin aceasta să se înlăture posibilitatea negocierii unui quantum mai avantajos pentru salariat, prin convenția individuală sau colectivă aplicabilă;
- reglementarea detaliată a procedurii și condițiilor de acordare a repausului săptămânal cumulat, precum și a sancțiunii ce intervine în cazul nerespectării acesteia;
- stabilirea unor sancțiuni cu caracter mai pronunțat disuasiv în cazul nerespectării dreptului la repaus săptămânal al fiecărui salariat.

Examinarea practicii judiciare în aplicarea dreptului la repaus săptămânal a reflectat nu numai caracterul neunitar al jurisprudenței, dar mai ales abaterea de la regula tradițională a dreptului muncii de interpretare a normelor în vederea asigurării protecții salariatului. Chiar în ipoteza reglementării naționale insuficiente sau imprecise, dreptul la repaus săptămânal trebuie să beneficieze de protecție jurisdicțională efectivă, în consonanță cu toate instrumentele internaționale aplicabile, în interpretarea lor oficială.

Viziunea integrată a reglementării naționale a dreptului la repaus săptămânal al salariatului în ansamblul reglementărilor internaționale, prin apelul la perspectiva istorică evolutivă și la reperele științifice psiho-medicale, oferă coordonatele de interpretare necesare pentru asigurarea exercitării depline a acestui drept fundamental al salariatului.

Referințe

Dima L., *Dreptul muncii. Curs universitar*, Editura CH. Beck. București, 2017

Gheorghe M., *Dreptul individual al muncii. Curs universitar*, Editura Universul Juridic, București, 2015

Itani O. et. al., *Associations of Work Hours and Actual Availability of Weekly Rest Days with Cardiovascular Risk Factors*, în *Journal of Occupational Health*, Tokyo, Vol. 55, Iss. 1, (2013), pp. 11-20, [On-line], DOI: <https://doi.org/10.1539/joh.12-0034-OA>

- Koldinská K., *The International Labour Organisation and the EU - Old Friends with New Goals*, în *Hungarian Journal of Legal Studies*, 60, nr. 2/2019, pp. 173-184, [On-line], DOI: <https://doi.org/10.1556/2052.2019.00011>
- Kulak F.A., Tuzuner, V.L., *A Comparative Analysis of Flexible Working Patterns in Germany and Turkey*, în *International Journal of Research in Business and Social Science*, nr. 9 (4), 2020, pp. 1-14, [On-line], DOI: <https://doi.org/10.20525/ijrbs.v9i4.714>
- Ötken A. B., Erben, G.S., *The Relationship Between Work-Life Balance and Happiness From the Perspectives of Generation X and Y*, în *Humanities and Social Sciences Review*, 2/2013, pp. 45-53 [On-line].
- Popescu A., Duțu M., *Convențiile Organizației Internaționale a Muncii ratificate de România*, lucrare elaborată sub egida Institutului Român pentru Drepturile Omului, Partea I, *Organizația Internațională a Muncii: bilanț și perspective*, [On-line]
- Rogozea D., Anghenie M.M., *Scurtă analiză privind condițiile și procedura de acordare a repausului săptămânal cumulativ*, în *Revista Română de Dreptul Muncii*, 5/2018, pp. 70-74, [On-line]
- Sadovec I., *Unele considerații cu privire la weekend*, disponibil la <https://www.juridice.ro/654592/unele-consideratii-cu-privire-la-weekend.html>
- Veal A. J., *Human rights, leisure and leisure studies*, în *World Leisure Journal*, 57(4)/2015, DOI: 10.1080/16078055.2015.1081271, pp. 249-272, [On-line]
- Weston G., Zilanawala, A., Webb, E., Carvalho, L., McMunn, A., *Long work hours, weekend working and depressive symptoms in men and women: findings from a UK population-based study*, în *J Epidemiol Community Health* 73/2019, pp. 465-474, DOI: <https://doi.org/10.1136/jech-2018-211309>

Evaluarea executorialității scrisorii de garanție bancară

Assessment of the enforceability of the bank guarantee letter

Luiza Cristina Gavrilescu¹

Rezumat: În practica judiciară s-a ridicat problema determinării caracterului executoriu al scrisorii de garanție bancară. Calificarea scrisorii de garanție bancară ca fiind un instrument de creditare aparținând familiei creditului bancar prin semnătură conduce la concluzia că operațiunii de creditare prin emiterea scrisorii de garanție bancară îi este aplicabil dreptul special al contractului de credit bancar, respectiv dispozițiile legale care reglementează încheierea și efectele acestui contract, precum și consecințele nerespectării obligațiilor contractuale, inclusiv cele privind executarea silită a contractului în cazul nerambursării de către client a creditului. Principiul de bază care guvernează garanțiile bancare este separarea obligației băncii emitente a scrisorii de garanție față de contractul fundamental. Limitele autonomiei angajamentului băncii sunt instituite de lege: banca nu poate fi ținută să plătească în caz de abuz sau de fraudă vădită. Opinia pe care o formulăm în urma cercetării întreprinse este în sensul reținerii caracterului de titlu executoriu al scrisorii de garanție bancară.

Cuvinte-cheie: scrisoare de garanție bancară, caracter executoriu, client ordonator, rambursare credit

Abstract: The issue of determining the enforceability of the letter of bank guarantee has recently been raised in judicial practice. The classification of the bank guarantee letter as a credit instrument belonging to the family of the bank credit by signature leads to the conclusion that the credit operation by issuing the letter of bank guarantee is governed by the rules of the special law of the bank credit agreement, respectively by the legal provisions governing the conclusion and effects of this contract, as well as the consequences of non-compliance with contractual obligations, including those regarding the forced execution of the contract in case of non-repayment by the client of the loan. The basic principle governing bank guarantees is the separation of the obligation of the bank issuing the letter of guarantee from the fundamental contract. The limits of the bank's commitment autonomy are established by law: the bank cannot be held liable in case of abuse or obvious fraud. The opinion we formulate following the research undertaken is in the sense of retaining the enforceable nature of the letters of bank guarantee.

Keywords: letter of bank guarantee, enforceability, ordering client, credit repayment

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” Iași, email: luiza.gavrilescu@uaic.ro.

Preliminarii

În practica judiciară s-a ridicat problema determinării caracterului scrisorii de garanție bancară din perspectiva reținerii sau nu a calității sale de titlu executoriu în raport de reglementările în vigoare. Mai precis, s-a solicitat clarificarea modului de interpretare a prevederilor din dreptul comun, respectiv art. 2279 și art. 2321 C. civ. prin coroborarea lor cu prevederile legii speciale, respectiv art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006.

În acest scop a fost interpellată Î.C.C.J. pentru a clarifica această chestiune de drept². S-a invocat faptul³ că instanțele care au dezlegat pricini în această materie au pronunțat soluții diferite, reținând sau nu caracterul executoriu al scrisorii de garanție, astfel că pentru dezlegarea acestei chestiuni de drept s-a impus pronunțarea unei hotărâri prealabile de către Î.C.C.J.

Situația de fapt care a generat necesitatea determinării acestei chestiuni de drept a fost aceea că o scrisoare de garanție bancară a fost emisă pentru garantarea bunei execuții a unui contract de furnizare. Ca urmare a neîndeplinirii angajamentului asumat în raportul de fond, s-a solicitat de către creditoarea beneficiară executarea scrisorii de garanție bancară. Contestația la executare formulată a avut drept argument lipsa caracterului executoriu a scrisorii de garanție bancară, sens în care s-a dispus suspendarea executării. În acest context s-au impus clarificări pentru a se pronunța instanța asupra acestei probleme esențiale pentru dezlegarea pricinii.

Din analiza interpretărilor exprimate în doctrină dar și a motivărilor care au stat la baza soluțiilor pronunțate în practica judiciară se desprind argumentele care susțin reținerea caracterului de titlu executoriu al scrisorii de garanție bancară.

1. Analiza soluției adoptate în privința executorialității contractului de credit bancar

În literatura de specialitate,⁴ s-a formulat opinia conform căreia investiția prin lege cu titlu executoriu a contractelor de credit bancar și a garanțiilor reale și personale constituite în scopul garantării creditului bancar reprezintă o „inovație mult așteptată”. În esență se evidențiază următoarele avantaje în acest sens: i) s-a redus timpul de recuperare al unui credit nerambursat sau a unei alte datorii neachitate; ii) se poate trece direct la faza de executare; iii) s-a realizat legiferarea

² A se vedea Tbn. București, sect. a V-a civilă, dosarul nr. 34108/299/2013*.

³ Î.C.C.J., H.P., dec. nr. 43/2021, [Online] disponibilă la:

<http://www.scj.ro/1539/5581/Comunicate-privind-deciziile-pronunstate-de-Completurile-pentru-dezlegarea-unor-chestiuni-de-drept-in/Comunicat-privind-deciziile-pronunstate-de-Completul-pentru-dezlegarea-unor-chestiuni-de-drept-in-mat>, accesat 15.06.2022

⁴ C.N. Florescu, „O propunere stringentă de completare a Legii bancare nr. 58/1998”, în *Revista de Drept comercial*, nr. 1/1999, p. 84.

unei simplificări de procedură, precum și în parte, a creanțelor indicate mai sus (rigoare, celeritate, siguranță a tranzacțiilor, eficiență și rentabilitate);

Opinia aceasta a fost consolidată prin legislația bancară adoptată. Astfel, art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006 prevede că toate contractele de credit bancar, precum și garanțiile reale și personale, constituite în scopul garantării creditului bancar, reprezintă titluri executorii⁵.

Măsura introdusă de legislația bancară a fost criticată ulterior de o parte a doctrinei, atât în ceea ce privește contractele de credit, cât și în privința contractelor de garanții reale și personale⁶.

Pentru a combate opinia conform căreia investirea cu formulă executorie a contractelor de creditare și a celor de garantare reprezintă „un privilegiu exorbitant”, se poate susține că simplificarea procedurii de executare și evitarea proceselor reprezintă o încercare a legii de aplicare a principiului celerității în acest domeniu vital. Mai exact, legiuitorul a creat norme de executare silită specifică în vederea realizării tuturor drepturilor de creanță ce decurg din actele juridice încheiate cu respectarea cerințelor de validitate. Scopul legii a fost acela de a institui un sistem execuțional unitar⁷.

Finalitatea urmărită de bancă este aceea de a simplifica procedura de recuperare a creditului. Analiza pe care o realizează doctrina arată că acest scop nu este atins în totalitate, din următoarele motive: i) numai suma menționată în înscrisul actului constatator al contractului de credit poate fi executată silit, fără a cuprinde dobânda și penalitățile; ii) cifra reală a debitului se reflectă fidel numai în extrasul de cont, care nu este parte a contractului de credit, astfel că băncile vor cere executarea unei sume care nu este titlu executoriu.

Pe de altă parte, titularii conturilor trebuie să recurgă la proces, în cazul în care banca este insolubilă, se află în incapacitate de a restitui depozitele sau refuză să le restituie, sau să sesizeze tribunalul pentru începerea procedurii falimentului⁸.

2. Evidențierea funcției de creditare a scrisorii de garanție bancară

Apreciem că cele evidențiate mai sus cu referire expresă la contractul de credit își găsesc aplicabilitatea și în privința celorlalte titluri executorii nominalizate în cuprinsul legi speciale, între care se regăsește și scrisoarea garanție bancară.

Scrisoarea de garanție își are reglementarea în Codul civil, în art. 2.321 C.civ., fiind instrumentul prin care emitentul – banca garantă, se obligă în mod irevocabil, la cererea ordonatorului, să plătească o sumă de bani unui terț – beneficiarul garanției, în cazul în care debitorul principal nu își va executa la

⁵ C.A. Gheorghe, *Drept bancar*, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 213.

⁶ I. Turcu, „Observații privind reglementarea legală a activității bancare în România”, în *Revista de Drept comercial*, nr. 12/1998, p. 25 și urm.

⁷ C.S.J., dec. nr. 6355 /2000, în *Buletinul Jurisprudenței, Culegere de decizii pe anul 2000*, p. 8 și urm.

⁸ C.A. Gheorghe, *op. cit.*, p. 212.

termen obligațiile asumate în contractul de bază încheiat. Scrisoarea de garanție presupune așadar un raport obligațional preexistent, potrivit legii civile. În art. 2.321 C.civ. nu se prevede însă că aceasta ar fi un titlu executoriu.

Din analiza ofertelor diferitelor bănci reiese că acestea pun la dispoziție acest produs bancar - scrisoarea de garanție - pentru mai multe scopuri: participarea la licitații, garanții de bună execuție, creanțe bugetare, taxe vamale, garantarea unor credite sau a altor plăți ș.a.m.d.⁹

Deși această formă de angajament bancar aparține familiei clasice a cauțiunilor, se consideră că scrisoarea de garanție bancară constituie în prezent prototipul creditelor prin semnătură, în considerarea importanței sale practice¹⁰.

Ceea ce justifică apartenența scrisorii de garanție bancară la categoria creditelor bancare și în consecință calificarea acesteia drept formă specială a creditului bancar, cu tratamentul juridic aferent, este asumarea de către bancă a riscurilor pe care emiterea scrisorii de garanție le presupune și care privesc eventualitatea nerambursării de către clientul insolubil a sumelor de bani cu care banca l-a creditat prin punerea lor la dispoziția terțului beneficiar.

Calificarea scrisorii de garanție bancară ca fiind un instrument de creditare aparținând familiei creditului bancar prin semnătură conduce la concluzia că operațiunii de creditare prin emiterea scrisorii de garanție bancară îi este aplicabil dreptul special al contractului de credit bancar, respectiv toate dispozițiile legale care reglementează încheierea și efectele acestui contract, precum și consecințele nerespectării obligațiilor contractuale, inclusiv cele privind executarea silită a contractului în cazul nerambursării de către client a creditului¹¹.

Ca instrument de creditare bancară prin semnătură, scrisoarea de garanție bancară își adaptează la acest statut particular mecanismul de emisie și de executare, preluat din dreptul comun al garanțiilor personale autonome, cuprins în forma esențializată a art. 2321 C. civ.¹²

Chiar dacă garanția bancară este autonomă din punct de vedere juridic, ea are la origini o obligație născută dintr-un raport fundamental (comercial, fiscal) la care se face referire în mod necesar în actul de emisie a garanției.

Încă înainte de emiterea acesteia, beneficiarul și ordonatorul sunt cei care convin pentru atașarea unei garanții raportului juridic care îi leagă, în vederea asigurării lor cu privire la realizarea conținutului acestuia. În fapt, ordonatorul acționează la solicitarea creditorului său, nefăcând altceva decât să pună în executare o clauză de aducere a unei garanții, asumate în temeiul raportului juridic

⁹ S. Voiculescu, „ICCJ: Scrisorile de garanție bancară, titluri executorii numai dacă sunt emise în garantarea unor contracte de credit”, în *Aspecte juridice*, [Online] la www.avocatnet.ro, accesat 15.06.2022.

¹⁰ L. Bercea, „Scrisoarea de garanție bancară ca formă a creditului bancar”, în *Drept Bancar. Studii*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 190.

¹¹ Pentru detalii G. Boroș, Al. Ilie, *Comentariile Codului Civil – garanțiile personale, privilegiile și garanțiile reale*, Editura Hamangiu, București, 2018.

¹² L. Bercea, *op.cit.*, p. 198.

preexistent, a cărui intrare în vigoare ori executare este direct condiționată de aducerea acesteia¹³.

3. Autonomia raportului de garanție față de raportul juridic fundamental

În actul de garanție, banca are calitatea de debitor, asumându-și o obligație proprie, pentru a cărei executare conformă este direct răspunzătoare. Acceptând să emită o garanție, banca consimte să emită un credit prin semnătura clientului său ordonator. Atunci când creditul astfel consimțit îl obligă pe bancher să plătească, acesta poate solicita și obține rambursarea de la clientul său, înscriind creanța sa în debitul contului.

Emiterea scrisorii de garanție bancară presupune așadar existența a două raporturi juridice: un raport fundamental între clientul ordonator și terțul beneficiar, având de regulă natură contractuală, care prevede atât obligația clientului ordonator de a pune la dispoziția beneficiarului o scrisoare de garanție bancară cât și condițiile acestei garanții: sumă, durată, etc., și un raport contractual între banca emitentă și clientul ordonator, care se naște din contractul prin care banca se obligă față de client să emită o scrisoare de garanție bancară în favoarea beneficiarului, acesta reprezentând un veritabil contract de credit bancar. Cauza contractului de credit prin semnătură este independentă de raportul fundamental dintre client și terțul beneficiar. Interesul clientului este de a procura terțului beneficiar garanția, iar cel al băncii de a încasa remunerația datorată de client pentru emiterea scrisorii de garanție, compusă din comision și dobânzi.

Emitentul care a efectuat plata ar drept de regres împotriva ordonatorului scrisorii de garanție. Banca nu va acționa în scopul recuperării creditului subrogându-se în dreptul beneficiarului împotriva clientului ordonator, pentru că și-a executat propria obligație, iar nu obligația acestuia din urmă.

În literatura juridică bancară română, garanțiile personale, accesorii și autonome, sunt analizate drept contracte de garanții¹⁴. O garanție este autonomă atunci când garantul și-a asumat un angajament necondiționat de plată, autonom și distinct față de obligația garantată. Din punct de vedere juridic, garanția este un act independent de actul dintre beneficiar și ordonator, legătura dintre operațiuni existând însă la nivel economic.

În cazul garanției autonome, garantul își asumă o obligație proprie, diferită de obligația ordonatorului garanției. Garantul se obligă față de beneficiar de o manieră independentă și irevocabilă să îi plătească o sumă de bani cu titlu de despăgubire, deși se face referire la un raport preexistent.

Emiterea garanției dă naștere unei obligații a băncii emitente față de beneficiarul scrisorii. Banca răspunde de asemenea contractual față de clientul ordonator în cazul în care nu își execută obligația de a plăti în conformitate cu termenii angajamentului asumat.

¹³ R. Postolache, *Drept Bancar*, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 310.

¹⁴ V. Babiuc, „Contractul de cauziune bancară”, în *Revista română de drept*, nr. 5/1985.

Autonomia se raportează la obligația primară, dintre creditor și debitor, pentru a cărei executare corespunzătoare garantează banca, fiind o trăsătură care deosebește garanțiile autonome de garanțiile personale.

Principiile fundamentale care guvernează garanțiile bancare sunt separarea obligației băncii emitente a scrisorii de garanție față de contractul fundamental.

4. Dreptul de executare directă a scrisorii de garanție

Referitor la executarea plății scrisorii de garanție, aceasta se face la prima și simpla cerere a beneficiarului, potrivit art. 2321 alin. (2) C.civ. Aceasta înseamnă că beneficiarul are dreptul de a solicita executarea scrisorii de garanție în mod direct, fără nici o formalitate, învederând doar încadrarea în limitele și condițiile acesteia. Executarea la prima și simpla cerere nu necesită atașarea de documente, fiind cea mai permisivă modalitate de executare¹⁵.

Utilizarea mecanismului: „la prima și simpla cerere” pentru executarea scrisorii de garanție nu poate fi însă discreționară, legea interzicând expres solicitarea de plăți abuzive sau frauduloase în cadrul scrisorii de garanție.

Angajamentul băncii fiind independent și necondiționat de a plăti, aceasta nu poate opune beneficiul de discuțiune sau pe cel de diviziune, ca în cazul fidejusiunii¹⁶. Dat fiind faptul că o garanție autonomă presupune un angajament independent, banca va avea poziția unui debitor principal¹⁷.

Creanța băncii asupra clientului ordonator se naște odată cu emiterea de către bancă a scrisorii de garanție bancară, sub condiția suspensivă a apelului terțului beneficiar la garanție¹⁸.

În ipoteza în care clientul ordonator este insolubil, banca va suporta riscul acestei insolvabilități, ea neputându-se îndrepta împotriva terțului beneficiar pentru restituirea sumelor plătite. Pe de altă parte, toate riscurile și dezavantajele decurgând din faptul că banca, în virtutea autonomei obligației sale, nu poate invoca față de beneficiar excepții bazate pe contractul dintre acesta din urmă și clientul ordonator sunt suportate, în final, de către clientul ordonator, care are obligația să ramburseze sumele plătite de bancă, chiar dacă, în cazul în care i s-ar fi solicitat lui plata, ar fi putut opune excepțiile respective.

Jurisprudența în materie a decis că banca emitentă a unei scrisori de garanție bancară de bună execuție nu poate opune excepția, întemeiată pe contractul fundamental, decurgând din faptul că beneficiarul scrisorii nu și-a executat propria obligație de plată, astfel că banca nu poate refuza plata pe motiv că beneficiarul nu și-a declarat creanța în procedura insolvenței clientului ordonator și nici pentru că nu poate fi invocată nici o conexiune între obligația

¹⁵ V. Barbu, „Scrisoarea de garanție bancară instrument de plată – titlu executoriu”, în *Revista Universul Juridic*, nr. 2/2017, pp. 65-73.

¹⁶ L. Săuleanu, L. Smarandache, A. Dodocioiu, *Drept bancar*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 535.

¹⁷ A. M. Lupulescu, „Garanțiile autonome”, în *Revista română de drept privat*, nr. 6/2008, p. 126.

¹⁸ L. Bercea, *op.cit.*, p. 197.

băncii de a plăti și obligațiile clientului față de bancă. În general se consideră că nulitatea, rezoluțiunea, rezilierea sau modificarea contractului fundamental nu influențează executarea scrisorii. Banca nu se poate sustrage de la plată nici invocând încălcarea de către clientul ordonator a obligației de a constitui garanții accesorii contractului de credit sau a celei de a remunera banca și nici insolvabilitatea clientului ordonator.

5. Limitele autonomiei angajamentului băncii

Scrisoarea de garanție bancară reprezintă un mijloc de înlesnire a unor tranzacții încheiate între părți între care nu există disponibilitățile bănești necesare sau nu există garanția onorării obligațiilor reciproce, reprezentând un instrument de garantare a obligațiilor contractuale.

Executarea garanției se face de către bancă „la prima și simpla cerere a beneficiarului”-art. 2321 alin. (2) C.civ., sau, dacă textul scrisorii stipulează astfel, la cererea justificată a beneficiarului sau la cererea documentară a acestuia. Condițiile executării sunt reduse la minimum în practica bancară, o cerere scrisă a beneficiarului fiind de regulă suficientă. Banca trebuie să plătească fără întârziere și fără să discute sau să poată formula contestații care să amâne plata, întrucât refuzul de plată îi va antrena răspunderea față de beneficiar.

Limitele autonomiei angajamentului băncii sunt instituite de lege: banca nu poate fi ținută să plătească în caz de abuz sau de fraudă vădită - art. 2321 alin. (3) C.civ. Conceptele sunt diferite: apelul abuziv la garanție presupune că, deși există certitudinea că dreptul pentru valorificarea căruia beneficiarul solicită plata nu există sau este stins, beneficiarul profită de automatismul mecanismului scrisorii de garanție și de absența unui control de fond din partea băncii, fără însă a recurge la manevre frauduloase. Frauda implică de regulă o conivență între ordonator și beneficiar în prejudiciul băncii, sau cel puțin o manevră frauduloasă caracterizată a beneficiarului în vederea obținerii fără drept a unei anumite sume de bani¹⁹. Exemplul clasic de abuz este apelul beneficiarului la garanție în condițiile executării întocmai și la timp a obligațiilor ordonatorului față de beneficiar, confirmată de către acesta din urmă, iar exemplul relevant de fraudă l-ar reprezenta crearea unei ipoteze false de *default* în această relație pentru a justifica apelul la scrisoarea de garanție, în contextul insolvabilității ordonatorului.

În cazul în care se stabilește acest lucru de o manieră indiscutabilă, efectele celor două incidente sunt comune. Jurisprudența a decis în general că banca poate refuza plata, respectiv că clientul ordonator poate solicita instanței de judecată interzicerea executării sau indisponibilizarea fondurilor, ori, în alte sisteme, că banca poate să solicite instanței de judecată suspendarea judiciară a executării garanției. Certitudinea fraudei sau a abuzului trebuie să se situeze în afara oricărui dubiu: fraudă sau abuzul trebuie să fie manifeste; simplul risc de fraudă sau abuz este insuficient, iar simpla necesitate ca instanța de judecată să procedeze la analize sau verificări cu privire la executarea contractului fundamental face ca abuzul să

¹⁹ L. Bercea, *op.cit.*, p. 197.

nu fie unul manifest, iar probele trebuie să fie facil și rapid administrabile și examinabile.

Independența garanției nu privește decât relația dintre banca emitentă și beneficiar²⁰. Astfel, dacă beneficiarul a încasat în mod nejustificat o sumă de bani, fără a deține o creanță asupra ordonatorului în temeiul raportului juridic fundamental, clientul ordonator se poate îndrepta împotriva beneficiarului pentru suma plătită, această acțiune depășind însă cadrul juridic al operațiunii de garanție. În acest mod, se evită efectele patrimoniale definitive ale unui apel la garanție lipsit de justă cauză, care a profitat de automatismul mecanismului de executare.

6. Condițiile executorialității scrisorii de garanție bancară

Scrisorile de garanție bancară reduc riscurile tranzacțiilor între profesioniști, constituind un instrument eficient și simplu, care îi conferă beneficiarului certitudinea că partenerii de afaceri își vor executa obligațiile asumate conform contractelor încheiate. Emiterea de către bănci a unei scrisori de garanție se face în baza unui depozit colateral constituit la bancă sau alte garanții constituite în favoarea băncii, fie pe baza altor garanții mai puțin lichide (ipoteci, gajuri etc.), caz în care solicitantul trebuie să facă dovada existenței surselor de plată a angajamentului asumat de bancă pe perioada respectivă²¹.

Referitor la executarea scrisorii de garanție, importanța îi aparține contractului de bază, întrucât această scrisoare garantează o creanță non-pecuniară (e.g., livrarea unor produse) ori pecuniară (e.g., prețul unei cesiuni) din contractul de bază. Prin urmare, în vederea aplicării art. 120 din OUG nr. 99/2006, este determinant să stabilim ce fel de contract de bază are în vedere textul din ordonanță. Convenția de credit dintre garant (i.e., emitent) și ordonator, este relația pe care majoritatea autorilor se sprijină pentru a fundamenta regresul personal al garantului contra ordonatorului-[art. 2321 alin. (4) C. civ.]. Prin urmare, art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006 i se aplică unei scrisori de garanție numai dacă scrisoarea de garanție se manifestă împreună cu un contract de bază ce este unul de credit.²²

În acest sens s-a pronunțat și o parte din practica judiciară, chiar anterior emiterii deciziei I.C.C.J., statuând că aplicarea art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006 unei scrisori de garanție va fi cu puțință numai și numai când convenția dintre ordonator și beneficiar este una de credit, nu de altă natură, cum ar fi un contract de vânzare, de furnizare, de antrepriză, etc.²³.

²⁰ Pentru detalii Z. Nedelea, *Garanția bancară la cerere*, Editura C.H. Beck, București, 2010.

²¹ V. Barbu, *op.cit.*, pp. 65-73.

²² A. Tamba, „Scrisoarea de garanție bancară – titlu executoriu? Opinie ce îi putea fi adresată înaltei curți de casație și justiție – dosarul nr. 643/1/2021”, în *Studia Universitatis Babes-Bolyai, Iurisprudentia*, nr. 1/2021, pp.133-148.

[Online] la <https://law.ubbcluj.ro/ojs/index.php/iurisprudentia/article/view/123/188>, accesat 15.06.2022

²³ A se vedea, Trib. București, secția a IV-a civilă, decizia nr. 1905/2014, [Online] la www.sintact.ro, accesat 15.06.2022

Prin răspunsul la întrebarea preliminară adresată, Înalta Curte a stabilit că „scrisoarea de garanție emisă de o instituție de credit constituie titlu executoriu numai dacă aceasta este emisă în garantarea unui contract de credit”²⁴.

Concluzii

Față de cele de mai sus, apreciem că interpretarea ce trebuie dată reglementărilor invocate în cuprinsul argumentației este aceea că legiuitorul a intenționat să confere scrisorii de garanție bancară un caracter executoriu, similar regimului aplicabil contractelor de credit.

Referințe

- Babiuc V., „Contractul de cauțiune bancară”, în *Revista română de drept*, nr. 5/1985
- Barbu V., „Scrisoarea de garanție bancară instrument de plată – titlu executoriu”, în *Revista Universul Juridic*, nr. 2/2017, pp. 65-73
- Bercea L., „Scrisoarea de garanție bancară ca formă a creditului bancar”, în *Drept Bancar. Studii*, Editura Universul Juridic, București, 2014, pp. 190-198
- Boroi G., Ilie Al., *Comentariile Codului Civil – garanțiile personale, privilegiile și garanțiile reale*, Editura Hamangiu, 2018
- Florescu C.N., „O propunere stringentă de completare a Legii bancare nr. 58/1998”, în *Revista de Drept comercial*, nr. 1/1999
- Gheorghe C.A., *Drept bancar*, Editura C.H. Beck, București, 2014, pp. 212-213
- Lupulescu A.M., „Garanțiile autonome”, în *Revista română de drept privat*, nr. 6/2008
- Nedelea Z., *Garanția bancară la cerere*, Editura C.H. Beck, București, 2010
- Postolache R., *Drept Bancar*, Editura C.H. Beck, București, 2012
- Săuleanu L., Smarandache L., Dodocioiu A., *Drept bancar*, Editura Universul Juridic, București, 2012
- Tamba A., „Scrisoarea de garanție bancară – titlu executoriu? Opinie ce îi putea fi adresată înaltei curți de casație și justiție – dosarul nr. 643/1/2021”, în *Studia Universitatis Babes-Bolyai, Iurisprudentia*, nr. 1/2021, pp.133-148.
- Turcu I., „Observații privind reglementarea legală a activității bancare în România”, în *Revista de Drept comercial*, nr. 12/1998
- Voiculescu S., „ICCJ: Scrisorile de garanție bancară, titluri executorii numai dacă sunt emise în garantarea unor contracte de credit”, în *Aspecte juridice*

²⁴ Î.C.C.J., *Recurs în interesul legii*, dec. nr. 643/2021, [Online] disponibil la: <https://lege5.ro/Gratuit/he2tqobwgaya/decizia-nr-43-2021-privind-sesizarea-ce-formeaza-obiectul-dosarului-nr-643-1-2021-este-legal-constituit-conform-dispozitiilor-art-520-alin-6-din-codul-de-procedura-civila-si-ale-art-36-alin-2-lit-a-di>, accesat 15.06.2022.

Protecția acționarilor minoritari în ipoteza dizolvării prin desprindere de active (art. 250¹ din Legea nr. 31/1990)

Protection of minority shareholders in the event of dissolution by detachment of assets (art. 250¹ of Law no. 31/1990)

Mihaela-Naziana Bucă (Gîdei)¹

Rezumat: În acest articol sunt analizate avatarurile existenței societății din perspectiva protecției acționarilor minoritari în cazul divizării prin desprindere de active conform art. 250¹ din Legea nr. 31/1990 privind societățile. Protecția acționarilor minoritari nu se rezumă la ideea de informare, ci mai mult de atât, implică existența unor mecanisme juridice adecvate atunci când informarea acestora nu este suficientă pentru a limita abuzurile acționarilor majoritari. Desprinderea în beneficiul acționarilor sau în beneficiul societății implică, de cele mai multe ori, existența unor interese proprii ale acționarilor majoritari în detrimentul celor minoritari.

Cuvinte-cheie: societate, divizare, operațiunea de desprindere, patrimoniu, comportament abuziv, majorare de capital

Abstract: This article analyzes the avatars of the company's existence from the perspective of the protection of minority shareholders in case of division by detachment of assets according to art. 250¹ of Law no. 31/1990. The protection of minority shareholders is not limited to information, but more than that, it implies the existence of adequate legal mechanisms when their information is not sufficient to limit the abuse of majority shareholders. Detachment for the benefit of shareholders or for the benefit of the company often implies the existence of the own interests of the majority shareholders to the detriment of the minority shareholders.

Keywords: company, division, detachment, patrimony, abusive behavior, capital increase

1. Considerații introductive privind divizarea

Din reglementarea dispozițiilor art. 238 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 privind societățile² se desprinde ideea conform căreia divizarea reprezintă acea

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova, Școala Doctorală a Facultății de Drept, Domeniul Drept, E-mail: gidei.naziana@yahoo.com.

² Dispozițiile art. 238 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 privind societățile prevăd următoarele: (2) *Divizarea este operațiunea prin care: a) o societate, după ce este dizolvată fără a intra în lichidare, transferă mai multor societăți totalitatea patrimoniului său, în schimbul repartizării către acționarii societății divizate de acțiuni la societățile beneficiare și, eventual, al unei plăți în numerar de maximum 10% din valoarea nominală a acțiunilor astfel repartizate; b) o societate, după ce este dizolvată fără a intra în lichidare, transferă totalitatea patrimoniului său mai multor societăți nou-constituite, în schimbul repartizării către*

operațiune prin care o parte sau întreg patrimoniul unei persoane juridice, în speță al unei societăți, este divizat și transferat fie către două sau mai multe societăți care astfel iau ființă, fie către societăți care deja există³.

Divizarea, ca formă de reorganizare a persoanei juridice este reglementată și de dispozițiile art. 236 din Codul Civil⁴.

Efectele⁵ care intervin în patrimoniul persoanei juridice ca urmare a divizării totale presupun încetarea activității persoanei juridice, respectiv a societății, iar drepturile și obligațiile acesteia vor fi preluate de persoanele juridice care au primit fracțiuni din acest patrimoniu.

Dacă transferul patrimonial se va efectua către o persoană juridică care urmează să ia ființă în acest mod, efectul imediat implică dobândirea personalității juridice, iar dacă transferurile sunt efectuate către anumite persoane juridice preexistente, se va produce și un efect modificator în ceea ce privește persoana juridică beneficiară a divizării⁶.

Însă, divizarea persoanei juridice poate fi și parțială⁷ în situația în care o parte din patrimoniul societății existente se transferă către o societatea care astfel ia ființă sau către una existentă.

Așadar, și acest tip de divizare poate produce mai multe efecte, respectiv un efect translativ de drepturi, un posibil efect creator de personalitate juridică și unul modificator⁸. Efectul translativ de drepturi se referă la transferul unei părți din patrimoniul societății către una sau mai multe societăți, fie că acestea există sau sunt, astfel, constituite. Patrimoniul unei persoane juridice cuprinde totalitatea drepturilor și obligațiilor pe care aceasta le are. De remarcat însă că transferul

aționarii societății divizate de acțiuni la societățile nou-constituite și, eventual, al unei plăți în numerar de maximum 10% din valoarea nominală a acțiunilor astfel repartizate.

³ S. Bodu, *Legea societăților – comentată și adnotată*, Editura Rosetti, București, 2017, pp. 1198-1120.

⁴ Art. 236 din Legea nr. 31/1990 prevede: (1) *Divizarea poate fi totală sau parțială. (2) Divizarea totală se face prin împărțirea întregului patrimoniu al unei persoane juridice între două sau mai multe persoane juridice care există deja sau care se înființează prin divizare. (3) Divizarea parțială constă în desprinderea unei părți din patrimoniul unei persoane juridice, care continuă să existe, și în transmiterea acestei părți către una sau mai multe persoane juridice care există sau care se înființează în acest mod.*

⁵ Art. 237 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 prevede următoarele: (1) *Patrimoniul persoanei juridice care a încetat de a avea ființă prin divizare se împarte în mod egal între persoanele juridice dobânditoare, dacă prin actul ce a dispus divizarea nu s-a stabilit o altă proporție.*

⁶ T. Prescure, „Reorganizare persoanei juridice în viziunea Noului Cod Civil”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 7/2015, [Online] la <https://sintact.ro/#/publication/151009767?keyword=titus%20prescure%20reorganizarea&cm=SFIRST>, accesat 11.04.2022.

⁷ Dispozițiile art. 237 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 privind societățile reglementează: (2) *În cazul divizării parțiale, când o parte din patrimoniul unei persoane juridice se desprinde și se transmite unei singure persoane juridice deja existente sau care se înființează în acest mod, reducerea patrimoniului persoanei juridice divizate este proporțională cu partea transmisă.*

⁸ T. Prescure, *op.cit.*, p.

operează numai cu privire la drepturile pe care le are societatea divizată. În al doilea rând, prin transferul drepturilor din patrimoniul societății divizate în patrimoniul unei societăți care ia ființă, aceasta din urmă dobândește personalitate juridică. De asemenea, dacă ne raportăm la o societate care deja există, efectul imediat este unul modificator, nu creator, întrucât patrimoniul societății este reîntregit, ci nu constituit de la început.

2. Operațiuni asimilate divizării (art. 250¹ din Legea nr. 31/1990)

Divizarea este una dintre modalitățile de reorganizare a activității persoanei juridice, care poate să intervină pe parcursul existenței unei societăți.

Din economia art. 250¹ din Legea nr. 31/1990⁹ privind societățile putem observa, cu ușurința, intenția legiuitorului de a introduce o formă atipică de divizare, dispozițiile prevăzute în acest text de lege operând strict în avantajul unor categorii de acționari/asociați.

Atunci când ne raportăm la o societate avem în vedere toate categoriile de asociați/acționari care își desfășoară activitatea în cadrul acelei societăți, fie că sunt minoritari sau majoritari.

Existența acestui tip de divizare cu privire la patrimoniul unei societăți¹⁰, denumită în continuare desprindere în interesul acționarilor ori asociaților, este o pârghie legală pusă la dispoziția acționarilor/asociaților care dețin un număr considerabil de active pentru a putea opera un transfer către o altă societate unde aceștia își desfășoară activitatea sau au interese proprii.

Nu putem spune că suntem în prezența unei divizări propriu-zise, așa cum prevede art. 238 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 privind societățile deoarece această operațiune asimilată divizării, denumită în continuare „desprindere” nu are ca și efect transferul întregului patrimoniu al societății divizate sau încetarea societății existente. (...) În mod voit sau din eroare, textul legii care reglementează desprinderea utilizează alternativ atât noțiunea de "parte din patrimoniu" cât și pe aceea de "active", concepte care nu sunt, din punct de vedere al cuprinderii, identice¹¹. Cele două concepte reflectă, mai degrabă, o situație de tipul gen-specie.

Astfel, observăm faptul că art. 250¹ din Legea nr. 31/1990 privind societățile reglementează, practic, două forme de desprindere:

⁹ Art. 250¹ din Legea nr. 31/1990 privind societățile prevede următoarele: *Prevederile prezentului capitol referitoare la divizare, cu excepția art. 250 alin. (1)^o lit. c), se aplică și atunci când o parte din patrimoniul unei societăți se desprinde și este transferată ca întreg uneia sau mai multor societăți existente ori unor societăți care sunt astfel constituite, în schimbul alocării de acțiuni sau părți sociale ale societăților beneficiare către: a) acționarii sau asociații societății care transferă activele (desprindere în interesul acționarilor ori asociaților); sau b) societatea care transferă activele (desprindere în interesul societății).*

¹⁰ S. Bodu, *op. cit.*, pp. 1258-1259.

¹¹ I. Schiau, „Desprinderea reglementată de art. 250¹ din Legea societăților - între divizare și aport la capital”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 12/2014, p. 5, [Online] la <https://sintact.ro/#/publication/151009344?keyword=ioan%20schiau%20desprinderile&cm=SFIRST> accesat 11.04.2022.

1. atunci când asociații/acționarii sunt beneficiarii acțiunilor sau părților sociale emise de către societățile existente sau constituite ca urmare a transferului patrimoniului societății în cauză;
2. atunci când societatea, în ansamblu, este beneficiarul acțiunilor sau părților sociale emise de către societățile existente sau constituite ca urmare a transferului patrimoniului societății în cauză.

Protecția acționarilor/asociaților, în special a celor minoritari, constă, în primul rând, în informarea¹² acestora cu privire la operațiunile de divizare. Acționarii/asociații minoritari au dreptul să le fie pus la dispoziție proiectul de divizare autorizat de instanță¹³ și, de asemenea, pot formula obiecțiuni sau eventuale propuneri în cadrul acestuia. Conform art. 243³ din Legea nr. 31/1190 privind societățile¹⁴, unul sau mai mulți experți, acționând pe seama societății, dar independent de aceasta va examina proiectul de divizare și va efectua un raport scris pe care îl va comunica asociaților/acționarilor¹⁵.

Expertiza independentă¹⁶ este necesară întrucât, adesea, conducerea unei societăți participante la operațiunea de divizare poate fi tentată¹⁷ să accepte anumite condiții care vor avantaja doar o anumită categorie de acționari în detrimentul celorlalți și care nu va fi benefică societății în ansamblu.

De asemenea, din formularea art. 243² alin. (4) din Legea nr. 31/1990¹⁸ se desprinde ideea conform căreia acționarii sau asociații sunt îndreptățiți să

¹² S. Bodu, *Tratat de drept societar*, Volumul III, Editura Rosetti International, București, 2015, pp. 374-375.

¹³ *Idem*, p. 375.

¹⁴ Dispozițiile art. 243³ din Legea nr. 31/1990 prevăd următoarele: (1) *Unul sau mai mulți experți, persoane fizice ori juridice, acționând pe seama fiecăreia dintre societățile care participă la fuziune sau divizare, dar independent de acestea, vor fi desemnați de către judecătorul-delegat pentru a examina proiectul de fuziune sau de divizare și a întocmi un raport scris către acționari. (2) Acest raport va preciza dacă rata de schimb a acțiunilor sau părților sociale este corectă și rezonabilă. Raportul va indica, de asemenea, metoda sau metodele folosite pentru a determina rata de schimb propusă, va preciza dacă metoda sau metodele folosite sunt adecvate pentru cazul respectiv, va indica valorile obținute prin aplicarea fiecăreia dintre aceste metode și va conține opinia experților privind ponderea atribuită metodelor în cauză pentru obținerea valorii reținute în final. Raportul va descrie, de asemenea, orice dificultăți deosebite în realizarea evaluării.*

¹⁵ S. Bodu, *op. cit.*, p. 376.

¹⁶ St. D. Cârpenaru, S. David, C. Predoiu, G. Piperea, *Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole*, ed. a III-a, Editura C.H. Beck, București, 2006, p. 826.

¹⁷ S. Bodu, *op. cit.*, p. 376.

¹⁸ Art. 243² din Legea nr. 31/1990 prevede: (4) *Administratorii societății divizate sau, după caz, ai fiecărei societăți implicate în fuziune trebuie să informeze adunarea generală a societății lor, precum și administratorii celorlalte societăți implicate în operațiune, astfel încât aceștia să poată informa, la rândul lor, adunările generale ale societăților respective asupra oricărei modificări substanțiale a activelor și pasivelor intervenite între data întocmirii proiectului de divizare/fuziune și data adunărilor generale care urmează să decidă asupra acestui proiect. Obligația de informare față de acționari/asociați și față de administratorii*

primească informații de la administratorii societății sau de la membrii directoratului asupra tuturor modificărilor care intervin în intervalul de timp de la data întocmirii proiectului de divizare și până la data Adunării Generale care va decide cu privire la acest proiect.

Toate aceste obligații prevăzute de legiuitor au rolul de a informa¹⁹ acționarii/asociații care dețin o participație inferioară la capitalul social astfel încât, aceștia să poată evalua în mod corect consecințele la care se expun prin operațiunile de divizare, consecințe care se răsfrâng direct asupra titlurilor de proprietate pe care le vor deține ulterior în societate.

Existența unei divizări disproporționate poate fi o modalitate facilă de a scăpa, uneori, de acționarii/asociații minoritari, operând astfel o divizare asimetrică²⁰, prin intermediul căreia asociațiilor minoritari le sunt repartizate titluri de proprietate într-o societate în care pasivul este mai mare decât activul.

Acționarii care nu au fost prezenți la vot sau au votat împotriva nu se pot opune operațiunii de divizare, în mod legal, însă aceștia pot formula acțiune în anularea hotărârii Adunării Generale. Mai mult, acționarii pot chiar să se retragă din societate dacă sunt nemulțumiți, însă doar dacă au votat împotriva hotărârii de aprobare a proiectului de divizare²¹. Dreptul de retragere²² este un drept societar pe care îl are orice acționar, neputând fi îngădit sau eliminat prin actul constitutiv al unei societăți.

3. Desprindere în beneficiul asociațiilor/acționarilor

La o primă analiză, desprinderea în beneficiul asociațiilor/acționarilor ar echivala cu operațiunea de divizare parțială²³ deoarece societatea transferă o parte din patrimoniu, iar asociații sau acționarii societății în cauză vor fi destinatarii unor

celorlalte societăți implicate în operațiunea de fuziune/divizare subzistă și în cazurile în care, în aplicarea art. 2461, nu este convocată adunarea generală a acționarilor/asociațiilor.

¹⁹ S. Bodu, *op. cit.*, p. 377.

²⁰ A se vedea în acest sens ÎCCJ, sect. com., dec. nr. 3070/2009 prin care a fost anulată hotărârea Adunării Generale și actele privind proiectul de divizare întrucât cele mai importante active ale societății s-au transmis către o societate astfel constituită în care soția acționarului majoritar deținea controlul, iar acționarii minoritari, care au rămas în societatea divizată, au dobândit un patrimoniu format din mai multe pasive decât active, [Online] la <https://legeaz.net/spete-drept-comercial-iccj-2009/decizia-3070-2009>, accesat 12.04.2022.

²¹ S. Bodu, *op. cit.*, p. 379.

²² Art. 134 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 privind societățile prevede: (1) *Acționarii care nu sunt de acord cu hotărârile luate de adunarea generală cu privire la schimbarea obiectului principal de activitate, la mutarea sediului sau la forma societății au dreptul de a se retrage din societate și de a obține de la societate contravaloarea acțiunilor pe care le posedă, la valoarea medie determinată de către un expert autorizat, prin folosirea a cel puțin două metode de evaluare recunoscute de standardele europene de evaluare (EVS).*

²³ I. Schiau, *op.cit.*, pp. 5-6.

acțiuni sau părți sociale emise de societatea beneficiară a unei părți din patrimoniu, dobândind și calitatea de acționari/asociați în societățile beneficiare²⁴.

Aceasta ar fi soluția ideală. Însă, în realitate, lucrurile stau într-o manieră puțin mai diferită în cazul societăților pe acțiuni unde numărul acțiunilor este unul mare, iar controlul asupra acțiunilor acestora este unul limitat.

Având în vedere existența a două categorii de acționari care își desfășoară activitatea în cadrul societăților pe acțiuni, tot timpul, o categorie de acționari va fi avantajată în detrimentul celeilalte. Deși, aparent, nu am putea identifica o problemă în acest comportament și mod de abordare al acționarilor, totuși de-a lungul cercetărilor juridice s-a demonstrat existența unor comportamente abuzive ale acționarilor majoritari în detrimentul celor minoritari tocmai prin aceste transferuri de active ale societății.

Rolul decizional în cadrul unei societăți îl au, de regulă, acționarii majoritari. Astfel, legiuitorul, prin intermediul Legii nr. 31/1990, a instituit o serie de mecanisme și instrumente juridice pentru protejarea drepturilor și intereselor pe care acționarii minoritari le au în societate.

Cu privire la intenția legiuitorului de a reglementa în art. 250¹ din Legea nr. 31/1990 privind societățile cele două forme ale desprinderii parțiale a patrimoniului societății, considerăm că, textul de lege protejează acționarii majoritari care exercită un comportament abuziv asupra acționarilor minoritari.

Divizarea parțială în interesul asociaților/acționarilor stabilită prin Legea nr. 31/1990, deși nu asigură participarea acestora la toate societățile implicate în această operațiune, proporțional cu cota deținută în societatea care se divide, asigură tuturor acționarilor, inclusiv celor minoritari, posibilitatea de a-și exprima opțiunea pentru toate societățile implicate în divizare și pentru orice număr de acțiuni, care nu trebuie să depășească numărul deținut inițial în societatea divizată²⁵. În cazul acestui mod de divizare, derogatoriu de la regula potrivit căreia acționarii trebuie să aibă aceeași cotă de participare la societățile nou înființate cu cea deținută în societatea divizată, se pot conveni și alte modalități de împărțire cu acordul acționarilor, cu respectarea numărului de acțiuni pe care le dețin. Observăm, de această dată, tendința practicii judiciare de a oferi acționarilor minoritari aceleași drepturi pe care le au și cei majoritari, putând chiar să își exprime opinia cu privire la societățile destinate ale unei părți din patrimoniul societății divizate.

Astfel, prin Decizia nr. 96/A/2009 pronunțată de Curtea de Apel Galați²⁶, instanța a statuat că divizarea prin desprinderea unei părți din patrimoniul societății divizate și transferarea ei ca întreg unei societăți astfel constituite, în schimbul alocării de părți sociale ale societății beneficiare către o parte din

²⁴ A. C. Târșia, *Reorganizarea persoanei juridice de drept privat*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 133.

²⁵ Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 162/18.01.2011, [Online] la www.scj.ro, accesat 10.04.2022.

²⁶ C. A. Galați, s. com., dec. nr. 96/26.10.2009.

[Online] la www.jurisprudenta.com, accesat 10.04.2022.

acționari, și nu către toți acționarii societății care transferă activele, este contrară Legii nr. 31/1990.

Mai mult, prin Sentința nr. 887/C/2013 pronunțată de Tribunalul Hunedoara, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, s-a apreciat că divizarea implică o formă de transmitere a patrimoniului societății divizate, în speță către o societate existentă, care, din punct de vedere juridic, produce efecte similare unei înstrăinări²⁷. În situația de față o societate efectuează operațiunea de divizare prin care transferă o parte din patrimoniul său unei alte societăți existente care participă la divizare și preia active din societate fără a se schimba capitalul social, mai exact fără a aloca părți sociale societății sau asociaților din societatea divizată. Această alocare de părți sociale nu a fost prevăzută în schimbul părții care s-a desprins din patrimoniu, societatea beneficiară de active neatribuind părți sociale asociaților societății petente sau însăși societății pentru a justifica o desprindere în interesul asociaților sau al societății.

„Regula este ca o societate care se divizează și transferă o parte din active și pasive către o societate beneficiară să aloce părți sociale asociaților societății care transferă activele sau chiar societății respective. În lipsa unei astfel de alocări de titluri de participare și a unei mențiuni în proiectul de divizare privind criteriul de repartitie a părților sociale între asociații societăților participante la divizare, divizarea este lipsită de efectele specifice, prin urmare nu este legală”²⁸.

Un alt exemplu relevant pentru a ilustra, încă o dată, protecția sporită a acționarilor minoritari care se impune este reprezentat de Sentința nr. 3270/CA/2012 pronunțată de Tribunalul Hunedoara unde a fost respinsă cererea de constatare a legalității divizării²⁹. În speță, o societate a transmis o parte din patrimoniu către o societate care lua ființă în acest mod, toate aceste operațiuni efectuându-se de către administratorul societății divizate, care devenea asociat unic al societății nou înființate. Această divizare atipică îi va aduce beneficii doar administratorului – asociat unic, fiind un asociat majoritar, mascând astfel un comportament abuziv al acestuia.

Mai mult, putem spune că una dintre manifestările abuzive ale acționarilor minoritari se regăsește și în acțiunea de devalizarea a societății.

Acest comportament abuziv se mai numește și golirea de substanță a patrimoniului social³⁰ și se manifestă prin favorizarea nejustificată din punct de vedere economic a unei alte societăți în care acționarii majoritari dețin interese, în mod direct sau prin intermediul unor alte persoane. De asemenea, acest comportament abuziv se mai poate manifesta și prin transferul unei părți din patrimoniul societar, decizie luată de acționarii majoritari, către una sau mai multe

²⁷ A. Hinescu, *Fuziunea și divizarea societăților – Practică judiciară adnotată*, Editura Hamangiu, București, 2015, pp. 218-222.

²⁸ C.A. Alba Iulia, S. a II-a Civ., dec. nr. 557 din 08.05.2013, [Online] la www.jurisprudenta.org/, accesat 15.06.2022 și A. Hinescu, *op. cit.*, p. 218.

²⁹ A. Hinescu, *op. cit.*, pp. 244-248.

³⁰ R. N. Catană, *Dreptul societăților comerciale. Probleme actuale privind societățile pe acțiuni. Democrația acționarială*, Editura Sfera Juridică, 2007, Cluj-Napoca, p. 143.

societăți unde aceștia au interese. Interesele acestora pot fi diverse, de la obținerea unor acțiuni sau părți sociale pentru ei înșiși până la obținerea unor avantaje strict economice. Operațiunile privind devalizarea societății pot fi: transferul unei părți din patrimoniul societății, închirierea la prețuri modice, vânzarea bunurilor la prețuri subevaluate, garantarea unor împrumuturi obișnuite de terțe societăți³¹ etc.

În jurisprudență³², a fost anulată decizia organului social, prin care societatea și-a asumat integralitatea pasivului unei societăți din cadrul grupului controlat de majoritari, prin ignorarea interesului societății și având unicul scop de a acoperi gestiunea administratorului acelei societăți terțe, membru de altfel al grupului majoritar. De asemenea, un alt exemplu³³ de anulare a hotărârii Adunării Generale a fost situația în care principalul imobil aflat în patrimoniul social a servit drept garanție ipotecară, ca accesoriu al unui contract de credit încheiat de societatea care deținea majoritatea acțiunilor.

4. Desprindere în interesul societății

A doua formă de desprindere sau așa numita "desprindere în interesul societății" ar putea fi ușor confundată cu participarea "societății care transferă activele" la formarea sau majorarea capitalului unei alte societăți comerciale, situație în care aportul la capital constă în active aparținând patrimoniului societății subscriitoare³⁴.

Din formularea textului de lege, respectiv art. 250¹ din Legea nr. 31/1990 privind societățile, se desprinde ideea conform căreia o societate poate transmite numai active ca aport în natură la formarea unei noi societăți sau la majorarea capitalului unei societăți deja existente. Astfel, această operațiune ar putea urma regimul juridic al desprinderii sau al divizării prin desprindere³⁵.

Așadar, *aportul în natură*³⁶, reprezentând una dintre modalitățile de majorare a capitalului unei societăți, este utilizat pentru a determina drepturile pe care le are fiecare acționar și reflectă, cu precădere, contribuția acestora la patrimoniul societății.

³¹ L. Săuleanu, *Societățile comerciale. Adunările generale ale acționarilor*, Editura Hamangiu, București, 2008, p. 222.

³² R. N. Catană, *op.cit.*, p. 143.

³³ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mars 1998, în *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales*, Paris, 2005, p. 591 *apud* R. N. CATANĂ, *op.cit.*, p. 143.

³⁴ I. Schiau, *op. cit.*, p. 6

³⁵ *Idem*, p.

³⁶ Dispozițiile art. 16 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 privind societățile prevăd: *Aporturile în natură trebuie să fie evaluabile din punct de vedere economic. Ele sunt admise la toate formele de societate și sunt vărsate prin transferarea drepturilor corespunzătoare și prin predarea efectivă către societate a bunurilor aflate în stare de utilizare.*

În aceeași ordine de idei, *majorarea capitalului societății*³⁷ se poate realiza prin două moduri: fie prin emisiunea de noi acțiuni, fie prin mărirea valorii nominale a celor existente și deținute în schimbul efectuării unor aporturi în numerar sau în natură de către acționarii interesați.

Din examinarea sumară a celor două texte de lege corelate cu dispozițiile art. 250¹ din Legea nr. 31/1990 privind societățile rezultă faptul că aportul în natură subscris de către o societate, persoană juridică, este privit ca o desprindere, divizare atipică în interesul societății, care va fi, în cele din urmă, în beneficiul acționarilor majoritari din societatea beneficiară a aportului în natură.

Astfel, subscrierea unui aport în natură de către o societate către o alta se realizează prin desprinderea unei părți din patrimoniu, constând exclusiv în active ale societății. Din cuprinsul acestei idei rezultă că, în acest mod, este transferată o parte din activul societății prin subscrierea unui aport în natură la o majorare de capital a unei societăți existente. În final, acest transfer se face în schimbul alocării unor acțiuni, de către societatea beneficiară, societății care aduce aportul în natură la majorarea capitalului social³⁸.

Este dificil și prematur să presupunem că este de dorit o asemenea situație, consecințele angrenate reflectându-se în modul de reglementare al posibilității de subscriere a aportului în natură, existând bineînțeles diferențe în funcție de persoana care subscrie, fie că ne raportăm la o persoană fizică sau juridică.

Să ne imaginăm următorul exemplu, o persoană este în același timp acționar al unei societăți pe acțiuni și asociat al unei societăți cu răspundere limitată. Asociatul din SRL decide efectuarea unui aport în natură constând doar în active către societatea pe acțiuni unde își desfășoară activitatea pentru a spori beneficiile pe care le are și de ce nu pentru a deveni acționar majoritar. În schimbul aportului în natură, respectiv al transferului de active societatea beneficiară va alocă acțiuni societății care transferă activele, în speță va beneficia chiar și acționarul majoritar.

Se poate observa cu ușurință existența unei tendințe abuzive din partea acționarilor majoritari care dețin controlul în cadrul unei societăți. În acest caz pot fi afectați acționarii/asociații din ambele categorii de societăți. Pe de o parte, acționarii din SA vor fi afectați prin faptul că acesta folosindu-se de beneficiul existenței unui aport în natură într-o altă societate unde este asociat, va dobândi mai multe acțiuni în societate și astfel puterea de decizie a acestuia va crește. Pe de altă parte, asociații din SRL, ar putea fi prejudiciați prin faptul că asociatul golește de substanță patrimoniul societății prin transferul unor active într-o societate unde aceste are interese proprii și, în același timp, beneficii.

³⁷ Dispozițiile art. 210 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 privind societățile prevăd: *Capitalul social se poate mări prin emisiunea de acțiuni noi sau prin majorarea valorii nominale a acțiunilor existente în schimbul unor noi aporturi în numerar și/sau în natură.*

³⁸ A. C. Târșia, *op. cit.*, p. 133.

5. Consecințe ale reglementării operațiunilor asimilate divizării

O consecință imediată care apare în cazul reglementării operațiunilor asimilate divizării, respectiv un alt comportament abuziv al acționarilor majoritari este reprezentat chiar de majorarea capitalului social, atunci când această manifestare este una abuzivă și urmărește, exclusiv, obținerea de avantaje și beneficii care nu sunt în acord cu interesul societar.

Acest comportament se manifestă prin intenția acționarilor semnificativi de a deveni majoritari sau a celor care deja sunt majoritari de a atinge un prag superior cu ajutorul unor majorări de capital forțate, ce nu sunt în interesul societății³⁹.

Un exemplu elocvent în acest sens, se referă la situația privatizării realizate în România, observându-se, în acea perioadă, tendința acționarilor care au cumpărat pachetele de acțiuni de la fostul F.P.S. (Fondul Proprietății de Stat) de a proceda la majorări abuzive ale capitalului social prin aducerea unor aporturi în natură, cu bunuri supraevaluate sau care nu aveau nicio legătură cu activitatea societății în acel moment, cu încălcarea dreptului de preferință⁴⁰. Procedul de trecere la privatizare a beneficiat de legitimitate prin includerea unei clauze în contractul de vânzare-cumpărare încheiat între investitor și APAPS (Autoritatea pentru Privatizare și Administrarea Participațiilor Statului), care impunea cumpărătorului ca în termen de un an să efectueze investiții în societate⁴¹.

Cei care au cumpărat au invocat la un interval scurt de timp Adunarea Extraordinară a Acționarilor, în vederea majorării capitalului prin aportul adus de ei în natură. Dat fiind faptul că art. 212⁴² și art. 213⁴³ din Legea nr. 31/1990 (vechea

³⁹ L. Săuleanu, *op.cit.*, p. 222.

⁴⁰ Pagina web a pieței de capital din România, într-una dintre cronicile pe care le găzduiește: Majorările de capital prin aport în natură au devenit afacerea anului (2000 – n.n.), [Online] la www.kmarket.ro, accesat 12.04.2022.

⁴¹ R. N. Catană, *op.cit.*, p. 141.

⁴² Art. 212 din Legea nr. 31/1990: (1) Societatea pe acțiuni își va putea majora capitalul social, cu respectarea dispozițiilor prevăzute pentru constituirea societății. (2) În caz de subscripție publică, prospectul de emisiune, purtând semnăturile autentice a doi dintre administratori, va fi depus la registrul comerțului pentru îndeplinirea formalităților prevăzute la art. 18 și va cuprinde: a) data și numărul înmatriculării societății în registrul comerțului; b) denumirea și sediul societății; c) capitalul social subscris și vărsat; d) numele și prenumele administratorilor, cenzorilor și domiciliul lor; e) ultima situație financiară aprobată, raportul cenzorilor sau raportul auditorilor financiari; f) dividendele plătite în ultimii 5 ani sau de la constituire, dacă, de la această dată, au trecut mai puțin de 5 ani; g) obligațiunile emise de societate; h) hotărârea adunării generale privitoare la noua emisiune de acțiuni, valoarea totală a acestora, numărul și valoarea lor nominală, felul lor, relații privitoare la aporturi, altele decât în numerar, și avantajele acordate acestora, precum și data de la care se vor plăti dividendele. (3) Acceptantul va putea invoca nulitatea prospectului de emisiune ce nu cuprinde toate mențiunile arătate, dacă nu a exercitat în nici un mod drepturile și obligațiile sale de acționar.

⁴³ Art. 213 din Legea nr. 31/1990: Majorarea capitalului social al unei societăți prin ofertă publică de valori mobiliare, definită ca atare prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 28/2002*), este supusă aceluși act normativ.

reglementare) prevedeau dispoziții favorabile pentru ca acționarii majoritari să acționeze în acest sens, aceștia fie au ridicat dreptul de preferință al celorlalți acționari de a participa la majorarea capitalului, sub motivul temeinic al executării obligației prevăzute în contract, fie nu l-au acordat întrucât legiuitorul a prevăzut că acesta încetează atunci când este vorba de aporturi în natură, motivat de scopul operațiunii în sine, de a obține anumite bunuri determinate pe care numai proprietarul le poate aduce cu titlu de aport la capitalul social.

Aceste procedee aveau un caracter prejudiciabil pentru acționarii minoritari, aceștia ajungând să-și diminueze cota de participare la capitalul social, mai ales prin imposibilitatea de a participa cu aporturi la majorarea capitalului social⁴⁴.

Stoparea acestui procedeu s-a realizat prin adoptarea prevederilor prevăzute de art. 240⁴⁵ din Legea nr. 297/2004 privind piața de capital, care stabilesc faptul că dreptul de preferință în cazul majorării de capital poate fi ridicat – într-un cvorum extraordinar de $\frac{3}{4}$ din numărul titularilor capitalului social, cu o majoritate specială care să reprezinte 75% din drepturile de vot – numai în cazul aporturilor în numerar, în timp ce aporturile în natură – trebuie aprobate cu același cvorum și aceeași majoritate de 75% - nu se pot solda cu ridicarea dreptului de preferință al celorlalți acționari. De asemenea, modificarea art. 213⁴⁶ din Legea nr. 31/1990 nu mai prevede încetarea de drept a preferinței în cazul aportului în natură, ci procedura majorării capitalului prin ofertă publică⁴⁷.

Mai mult, un alt comportament abuziv care poate apărea de-a lungul existenței unei societăți este reprezentat de filializarea nejustificată a societății de către acționarii majoritari în detrimentul celor minoritari.

Acest comportament se manifestă, de regulă, prin tendința acționarilor majoritari de constituire de către societatea mamă a unei filiale, de obicei în participare cu terțe persoane cointeresate cu scopul de a evita vigența acționarilor minoritari, dar și de a obține beneficii suplimentare⁴⁸.

Pentru a verifica legitimitatea unor astfel de operațiuni care grevează patrimoniul societății-mamă sau al filialei și, de asemenea, interesul comun al

⁴⁴ R. N. Catană, *op.cit.*, p. 142.

⁴⁵ Art. 240 din Legea nr. 31/1990: (1) În cazul majorărilor de capital social prin aport în numerar, ridicarea dreptului de preferință a acționarilor de a subscrie noile acțiuni trebuie să fie hotărâtă în adunarea generală extraordinară a acționarilor, la care participă cel puțin $\frac{3}{4}$ din numărul titularilor capitalului social, și cu votul unui număr de acționari care să reprezinte cel puțin 75% din drepturile de vot. (2) Majorările de capital social prin aport în natură trebuie să fie aprobate de adunarea generală extraordinară a acționarilor, la care participă cel puțin $\frac{3}{4}$ din numărul titularilor capitalului social, și cu votul acționarilor ce dețin cel puțin 75% din drepturile de vot. Aporturile în natură pot consta numai în bunuri performante necesare realizării obiectului de activitate al societății emittente.

⁴⁶ Art. 213 din Legea nr. 31/1990 actualizată: Majorarea capitalului social al unei societăți prin ofertă publică de valori mobiliare și/sau prin acordarea posibilității acționarilor de a-și tranzacționa drepturile de preferință pe piața de capital este supusă prevederilor legislației specifice pieței de capital.

⁴⁷ R. N. Catană, *op.cit.*, p. 143.

⁴⁸ L. Săuleanu, *op.cit.*, p. 222.

asociațiilor acesteia, se vor lua în considerare ansamblul și succesiunea transferurilor de fonduri și a relațiilor existente între două societăți⁴⁹.

Abuzul de majoritate se conturează când filializarea societății conduce la întrunirea în mod cumulativ a următoarelor rezultate: permite acționarilor majoritari obținerea unor avantaje, în detrimentul minoritarilor, din valorificarea titlurilor lor sau din indemnizațiile obținute ca administratori ai filialei și atunci când este lezionară pentru societate și lipsită de orice justificare economică⁵⁰.

Astfel, Curtea de Casație din Franța, a constatat că există abuz în cazul unui acționar majoritar care era și administrator al filialei din moment ce nu s-a dovedit existența vreunui avantaj pentru societatea mamă⁵¹. Mai mult, într-o altă speță a fost respinsă cererea acționarilor minoritari, constatându-se sprijinul financiar al filialei concretizat în sporirea cifrei de afaceri a societății mamă datorată clienței oferite de filială⁵².

6. Legislația europeană

În majoritatea sistemelor de drept europene, divizarea se manifestă fie sub forma divizării parțiale, fie sub forma divizării totale.

Cadrul legal în materia divizării societăților este reprezentat de A Șasea Directivă a Consiliului (82/891/CEE) din 17 decembrie 1982 în temeiul articolului 54 alineatul (3) litera (g) din Tratat, privind divizarea societăților comerciale pe acțiuni.

Astfel, potrivit art. 25 din Directivă: "Dacă legislația unui stat membru permite una dintre operațiunile menționate la art. 1, fără ca societatea divizată să înceteze să existe, se aplică capitolele I, II și III, cu excepția art. 17⁵³ alin. (1) lit. c)."

Art. 1⁵⁴ și art. 2⁵⁵ din Directivă prevăd, în mod expres, care sunt

⁴⁹ R. N. Catană, *op.cit.*, p. 140.

⁵⁰ R. N. Catană, *op.cit.*, p. 141.

⁵¹ Cass. Com., 29 mai 1972, *apud* R. N. CATANĂ, *op. cit.*, p.140.

⁵² Cass. Com., 12 noiembrie 1973, *apud* R. N. CATANĂ, *op. cit.*, p.140.

⁵³ Art. 17 alin. (1) lit. C) din A Șasea Directivă a Consiliului (82/891/CEE) din 17 decembrie 1982 în temeiul articolului 54 alineatul (3) litera (g) din tratat, privind divizarea societăților comerciale pe acțiuni prevede: (1) *O divizare are următoarele efecte ipso jure și simultan: (...) (c) societatea divizată încetează să mai existe.*

⁵⁴ Dispozițiile art. 1 din A Șasea Directivă a Consiliului (82/891/CEE) din 17 decembrie 1982 în temeiul articolului 54 alineatul (3) litera (g) din tratat, privind divizarea societăților comerciale pe acțiuni prevăd: (1) *Dacă statele membre permit societăților comerciale aflate sub incidența legislațiilor lor și menționate la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 78/855/CEE să efectueze operațiunea de divizare prin absorbție conform definiției de la articolul 2 din prezenta directivă, ele supun operațiunile în cauză dispozițiilor capitolului I din prezenta directivă. (2) Dacă statele membre permit societăților comerciale menționate la alineatul (1) să efectueze operațiuni de divizare prin constituirea unei noi societăți în înțelesul articolului 21, ele supun operațiunile în cauză dispozițiilor capitolului II din prezenta directivă.*

⁵⁵ Dispozițiile art. 2 din A Șasea Directivă a Consiliului (82/891/CEE) din 17 decembrie 1982 în temeiul articolului 54 alineatul (3) litera (g) din tratat, privind divizarea societăților comerciale pe acțiuni prevăd: (1) *În înțelesul prezentei directive, „divizare prin absorbție” înseamnă operațiunea prin care, după dizolvarea fără intrare în lichidare, o societate*

operațiunile la care face trimitere art. 25 din Directivă, referindu-se la divizarea prin absorbție și divizarea prin constituirea unei noi societăți.

Dispozițiile cuprinse în Directivă reglementează instituția divizării totale din perspectiva celor două forme: divizarea prin absorbție și divizarea prin constituirea de noi societăți⁵⁶. În ambele situații, societatea divizată își încetează activitatea. Societățile beneficiare sunt fie societăți existente care își reîntregesc patrimoniul ca urmare a divizării acelei societăți, fie societăți care în acest mod iau naștere. În acest ultim caz patrimoniul societății nou înființate este patrimoniul societății divizate. Directiva permite însă și existența unei îmbinări între cele două forme ale divizării totale, în acest caz patrimoniul societății se transmite atât unor societăți existente, cât și unor societăți nou constituite.

Ceea ce este de menționat, se rezumă la ideea potrivit căreia art. 1 și art. 2 din Directivă reglementează doar operațiunea de divizare totală. Dacă ne îndreptăm atenția către art. 25 din Directivă⁵⁷, în capitolul IV intitulat „Alte operațiuni asimilate divizărilor”, putem observa intenția legiuitorului de a reglementa în mod distinct divizarea parțială. Art. 25 din Directiva face trimitere la art. 1 unde este reglementată operațiunea de divizare totală cu cele două forme, statuând ideea conform căreia statele membre pot reglementa și operațiuni de divizare prin absorbție sau prin constituirea de noi societăți fără ca societatea divizată să își înceteze existența.

În sistemul de drept englez, operațiunea de divizare se limitează, exclusiv, la forma divizării totale. Instituția divizării totale este reglementată de art. 919 alin.(1)⁵⁸ din Companies Act din 2008. În acest caz, întreg patrimoniul societății

comercială transferă mai multor societăți comerciale toate activele și pasivele sale în schimbul alocării către acționarii societății divizate de acțiuni la societățile care primesc contribuții ca urmare a divizării (denumite în continuare „societăți beneficiare”) și, eventual, a unei plăți în numerar care nu poate depăși 10 % din valoarea nominală a acțiunilor alocate sau, în absența acesteia, din echivalentul lor contabil. (2) Se aplică articolul 3 alineatul (2) din Directiva 78/855/CEE. (3) În cazul în care prezenta directivă face trimitere la Directiva 78/855/CEE, expresia „societăți comerciale care fuzionează” înseamnă „societățile comerciale implicate într-o divizare”, expresia „societate absorbită” înseamnă „societatea divizată”, expresia „societatea absorbantă” înseamnă „fiecare dintre societățile beneficiare”, iar expresia „proiect de fuziune” înseamnă „proiect de divizare”.

⁵⁶ A. C. Târșia, *op. cit.*, p. 126.

⁵⁷ Dispozițiile art. 2 din A Șasea Directivă a Consiliului (82/891/CEE) din 17 decembrie 1982 în temeiul articolului 54 alineatul (3) litera (g) din tratat, privind divizarea societăților comerciale pe acțiuni prevăd: *Dacă legislația unui stat membru permite una dintre operațiunile menționate la articolul 1, fără ca societatea divizată să înceteze să existe, se aplică capitolele I, II și III, cu excepția articolului 17 alineatul (1) litera (c).*

⁵⁸ Dispozițiile art. 919 alin. (1) din Companies Act din 2008 prevăd următoarele: *Divizările și societățile implicate într-o divizare:(1) Schema implică o divizare în care, în cadrul schemei, întreprinderea, proprietățile și obligațiile societății pentru care se propune compromisul sau aranjamentul urmează să fie împărțite și transferate către două sau mai multe societăți, acestea putând fi: (a) o societate publică existentă sau (b) o societate nouă (fie că este sau nu o societate publică).*

divizate este transferat către două sau multe societăți care iau ființă în acest mod sau care deja există. Textul de lege nu face referire însă la operațiuni asimilate divizării, cum sunt cele două cazuri de desprindere, în beneficiul acționarilor și în beneficiul societății, prezente în dreptul român.

Așadar, instituția divizării, a fost adoptată de către diverse state europene și nu numai, fiind privită ca o modalitate de reorganizare a societății în ansamblu. Adoptarea Directivei 78/855/CEE a deschis cadrul legal în ceea ce privește operațiunile asimilate divizării, un subiect care, la prima vedere, ar părea destul de banal. Întotdeauna, scopul adoptării Directivelor a fost armonizarea legislației între statele membre UE. În acest caz, protejarea drepturilor și intereselor legitime ale indivizilor ar trebui să fie prioritară. Comportamentele deviate sunt, adesea, sancționate prin măsuri fie lăsate la aprecierea legiuitorului, fie dispuse de către instanță. Orice transformare, operațiune sau evoluție apărută în cadrul unei societăți ar trebui să ridice semne de întrebare. Avatarurile existenței unei societăți reflectă, cu precădere, evoluția societății de la constituire și până la încetare trecând tocmai prin aceste procedee de reorganizare și transformare.

Concluzii

Legea nr. 31/1990 privind societățile prevede în mod expres posibilitatea existenței unei operațiuni de divizare atipică. Astfel, în art. 250¹ din Legea nr. 31/1990, legiuitorul a instituit regimul operațiunii de desprindere cu cele două forme ale sale: desprindere în beneficiul asociaților/acționarilor și desprindere în beneficiul societății.

Din analiza protecției acționarilor minoritari, ceea ce ne interesează se rezumă la ideea de desprindere în beneficiul acționarilor sau în beneficiul societății, ambele categorii fiind urmate de interese și beneficii ale acționarilor majoritari în detrimentul celor minoritari.

Legislația și doctrina din domeniul societar au arătat de-a lungul timpului necesitatea existenței unei protecții sporite pentru acționarii minoritari.

Inclusiv sistemul normativ al Legii nr. 297/2004 privind piața de capital conține o serie de norme juridice destinate ocrotirii drepturilor și intereselor legitime ale acționarilor minoritari. Una dintre aceste norme juridice se referă la dreptul acționarilor minoritari de a obține un preț legal în cazul fuziunilor sau divizărilor, care implică alocarea de acțiuni ce nu sunt admise la tranzacționare pe o piață reglementată.

În concluzie, o societate, de-a lungul evoluției, trece prin transformări majore. Avatarurile existenței societății nu se rezumă la aceste noțiuni. Însă, cele mai evidente transformări în evoluția unei societăți cuprind și operațiunile de divizare. Legiuitorul nu s-a limitat însă la aceste operațiuni, incluzând în Legea nr. 31/1990 privind societățile o formă de divizare atipică. Întrebarea care se impune este una simplă. Care este scopul introducerii art. 250¹ din Legea nr. 31/1990, atât timp cât cele două operațiuni de desprindere le oferă acționarilor majoritari un beneficiu pe care pot să îl folosească doar în interesul lor și să mascheze un eventual comportament abuziv? Tocmai pentru a răspunde la această întrebare și

pentru a oferi acționarilor minoritari protecția de care au nevoie au fost instituite diverse mecanisme și instrumente juridice, și nu numai, prin care sunt protejate drepturile și interesele legitime pe care aceștia le au conform legislației în vigoare.

Protecția acționarilor minoritari în ceea ce privește operațiunea de divizare prin desprindere de active constă, în primul rând, în informarea acționarilor care dețin o participație inferioară la capitalul social. Aceștia au dreptul să fie informați cu privire la proiectul de divizare, putând formula eventuale opoziții. De asemenea, asociații/acționarii au acces la documentele justificative pe care se bazează proiectul de divizare.

Informarea, accesul și consultarea documentelor referitoare la gestiunea, funcționarea și efectuarea diferitelor operațiuni într-o societate sunt mecanisme puse la îndemâna acționarilor minoritari de către legiuitor. Acțiunea în anularea hotărârii Adunării Generale este privită ca o armă de ultimă instanță. Acționarii minoritari trebuie să epuizeze mai întâi celelalte instrumente juridice care le sunt puse la dispoziție în vederea protejării lor efective.

Referințe

- Bodu S., *Legea societăților – comentată și adnotată*, Editura Rosetti, București, 2017
- Bodu S., *Tratat de drept societar*, Volumul III, Editura Rosetti International, București, 2015
- Catană R. N., *Dreptul societăților comerciale. Probleme actuale privind societățile pe acțiuni. Democrația acționarială*, Editura Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2007
- Cârpenaru St. D., David S., Predoiu C., Piperea Gh., *Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole*, ed. a III-a, Editura C.H. Beck, București, 2006
- Hinescu A., *Fuziunea și divizarea societăților – Practică judiciară adnotată*, Editura Hamangiu, București, 2015
- Prescure T., „Reorganizare persoanei juridice în viziunea Noului Cod Civil”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 7/2015
- Săuleanu L., *Societățile comerciale. Adunările generale ale acționarilor*, Editura Hamangiu, București, 2008
- Schiau I., „Desprinderea reglementată de art. 2501 din Legea societăților - între divizare și aport la capital*”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 12/2014
- Șandru D. M., *Pacte societare-clauze, pacte, înțelegeri între asociații societăților comerciale în reglementarea noului cod civil*, ed. a II-a, rev. și ad, Editura Universitară, București, 2012
- Târșia A. C., *Reorganizarea persoanei juridice de drept privat*, Editura Hamangiu, București, 2012

Siluețele juridice din *influencer marketing*

Legal Silhouettes in Influencer Marketing

Aura-Elena Amironesei¹

Rezumat: Influencer marketing a devenit cea mai bună strategie de marketing, îmbrățișată la scară largă, începând de la profesioniștii locali, până la societățile multinaționale, care își fac publicitate și își consolidează astfel *brand awareness*-ul în mediul online. Punctul central al *influencer marketing* îl reprezintă influencerul, o entitate a cărei definiție este compusă mai degrabă dintr-o grilă de criterii pe care trebuie să le îndeplinească, decât dintr-o descriere imuabilă. Totuși, în această grilă de criterii, nu s-a cristalizat nicio condiție cu privire la forma juridică a influencerului: poate fi o persoană fizică sau trebuie să fie persoană juridică, este de natura sa libertatea profesională sau poate fi chiar o persoană fizică angajată? Dincolo de acest actor principal, s-a individualizat o adevărată industrie a *influencer marketing*, care implică și participarea unor personaje secundare. Eterogenitatea modelelor de afaceri din *influencer marketing* dă naștere unor întrebări legitime: ce tipuri de entități juridice, siluete conturate în baza unor ficțiuni ale legii, pot fi întâlnite sau chiar ar trebui să existe și care sunt premisele relațiilor contractuale dintre acestea?

Cuvinte-cheie: influencer marketing, personalitate juridică, raporturi de muncă, liber-profesionist, platforme online

Abstract: Influencer marketing has recently become the best marketing strategy, widely embraced, from local professionals to multinational companies advertising and building brand awareness online. At the heart of influencer marketing is the influencer, an entity whose definition is composed of a grid of criteria it must meet rather than an immutable description. However, in this grid of criteria, no condition has crystallised as to the legal form of the influencer: could it be a natural person or must it be a legal person, is it of a liberal nature or could it be an employee? Besides this main actor, an entire influencer marketing industry has emerged, involving the participation of secondary characters. The heterogeneity of influencer marketing business models gives rise to legitimate questions such as: what types of legal entities, silhouettes shaped by fictions of law, can be found or even should exist, and what are the premises of the contractual relationships between them?

Keywords: influencer marketing, legal person, employment relationship, freelancer, online platforms

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, aura.amironesei@gmail.com

Introducere

Influencer marketing a devenit cea mai eficientă și populară² strategie de marketing, îmbrățișată la scară largă³, începând de la profesioniștii locali, până la societățile multinaționale, care își fac publicitate și își consolidează astfel prezența în mediul online. Analiza evoluției sale arată că industria *influencer marketing* a crescut constant în anii 2020 și 2021, fiind prezis un nivel și mai accelerat de creștere pentru anul 2022⁴, odată cu susținerea de către rețelele de socializare prin lansarea unor noi instrumente care să faciliteze realizarea sa⁵.

Această formă de marketing, care ocupă un loc central pe piața publicității online, presupune promovarea bunurilor și/sau serviciilor cu ajutorul influencerilor⁶, entități a căror definiție este compusă mai degrabă dintr-o grilă de criterii pe care trebuie să le îndeplinească, decât dintr-o descriere imuabilă. Totuși, în grila de criterii, nu s-a cristalizat nicio condiție cu privire la forma juridică a influencerului, astfel că printre întrebările analizate în cuprinsul articolului se află și interogația dacă influencerul poate fi o persoană fizică sau trebuie să fie persoană juridică. În urma obținerii unui răspuns, vom analiza ipostazele influencerului și regimul juridic ce devine incident ca urmare a încadrării sale într-o anumită categorie.

Dincolo de actorul principal întruchipat de influencer, s-a individualizat o adevărată industrie a *influencer marketing*, care susține dezvoltarea accelerată și diversificarea acestei forme de publicitate. Eterogenitatea modelelor de afaceri din *influencer marketing* creează un mediu fertil pentru cercetarea tipurilor de entități juridice care activează în domeniu și a relațiilor de natură contractuală dintre acestea.

² Z. Kadekova, M. H. Holienčinová, „Influencer marketing as a modern phenomenon creating a new frontier of virtual opportunities”, în *Communication Today*, vol. 9, no. 2, 2018, p. 94.

[Online] la

https://www.researchgate.net/publication/329247338_Influencer_marketing_as_a_modern_phenomenon_creating_a_new_frontier_of_virtual_opportunities, accesat 15.06.2022.

³ L. Hudders, C. Lou, „A new era of influencer marketing: Lessons from Recent Inquires and Thoughts on Future Direction”, în *International Journal of Advertising*, 41:1, 2022, p. 1, [Online] la <https://doi.org/10.1080/02650487.2022.2031729>, accesat 15.06.2022.

⁴ Influencer Marketing Hub in association with Refersion, „The State of Influencer Marketing” 2022, p. 1, [Online] la https://influence_rmarketinghub.com/ebooks/Influencer_Marketing_Benchmark_Report_2022.pdf, accesat 15.06.2022.

⁵ HypeAuditor, „State of Influencer Marketing 2022. Trends and Performance metrics”, p. 2, [Online] la <https://hypeauditor.com/blog/wp-content/uploads/2022/01/US-State-of-Influencer-Marketing-2022.pdf>, accesat 15.06.2022.

⁶ Z. Kadekova, M. H. Holienčinová, *op. cit.*, p 91.

1. Influencerul: persoană fizică sau persoană juridică?

În majoritatea definițiilor și descrierilor influencerilor, mai ales în cele non-juridice, regăsim noțiunea de „persoană”⁷ în sens de persoană fizică⁸. Este adesea utilizat și termenul de individ („*individual*”⁹). Deși influencerul este rareori portretizat drept o persoană juridică¹⁰, se poate argumenta în sensul existenței unor entități juridice care își comercializează propria influență¹¹ și își monetizează comunitatea de consumatori.

1.1. Influencerul ca persoană fizică

Față de o opinie proprie precedentă, considerăm că strict teoretic pot exista influenceri care să nu fie profesioniști, dar doar atunci când aceștia nu monetizează comunitatea și puterea de influențare pe care o au. În caz contrar, când scopul urmărit din activitate are și o natură economică, se poate avansa ideea unei scări graduale a calității de profesionist¹². Prin urmare, atunci când scopul urmărit de un

⁷ European Commission, „Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal Market”, C-526/1, 29.12.2021, [Online] la [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(05)&from=EN), accesat 15.06.2022, p. 27; H. E. Moussa, *Social media influencers and the online identity of Egyptian youth*, TDX (Tesis Doctorals en Xarxa), Departament d'Estudis de Comunicació Universitat Rovira i Virgili., 06.07.2020, p. 32, [Online] la <http://www.tdx.cat/bitstream/10803/669811/1/TESI%20Hanan%20Ezzat%20Moussa.pdf>, accesat 15.06.2022.

⁸ European Parliament, „The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market”, doi:10.2861/854390, PE 703.350 - February 2022, p. 20, [Online] la [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU\(2022\)703350_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU(2022)703350_EN.pdf), accesat 15.06.2022.

⁹ I. Morteo, „To Clarify The Typification Of Influencers: A Review Of The Literature”, January 2018, p. 8, [Online] la https://www.researchgate.net/publication/340903551_TO_CLARIFY_THE_TYPIIFICATION_OF_INFLUENCERS_A_REVIEW_OF_THE_LITERATURE/citation/download, accesat 15.06.2022.

¹⁰ Pentru ideea conform căreia și o persoană juridică poate fi influencer, a se vedea N. Schaffer, „How businesses can and should become influencers themselves ClickZ. Accelerate Digital Marketing”, 24.05.2021, [Online] la <https://www.clickz.com/how-businesses-can-and-should-become-influencers-themselves/265596/>, accesat 15.06.2022.

¹¹ Despre conceptul de comercializare a influenței, a se vedea, C. T. Ungureanu, „Comercializarea influenței. Reguli și nereguli în influencer marketing”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 1/2022.

¹² Am avansat această idee în articolul A. E. Amironesei, „Influencers: The Path From Consumers To Professionals”, publicat în volumul S. de Carvalho, A. Petričević (editors), *Building an Adapted Business Law*, ADJURIS – International Academic Publisher, Bucharest, Paris, Calgary, 2022, pp. 237-258, iar confirmarea ideii vine din partea Comisiei Europene, în European Commission, *Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal Market*, C-526/1, p. 27.

influencer este economic, intenția sa fiind de natură comercială¹³, discutăm automat și despre *influencer marketing*, definit drept acea practică de marketing în care societăți care doresc servicii de publicitate (în continuare, „branduri”) apelează pentru prestarea acestora la persoane care au influență asupra consumatorilor¹⁴. Influencerul este o persoană fizică, un utilizator¹⁵ al unei rețele de socializare, cu mulți urmăritori/abonați pe o platformă de socializare¹⁶. În Codul de Practică în Comunicarea Comercială elaborat de Consiliul Român pentru Publicitate¹⁷, influencerul este definit ca fiind o „*persoană care face public punctul său de vedere și/sau sfatul asupra unor produse și/sau servicii ale unui anunțator în temeiul unui raport contractual, într-o manieră și cu un stil care îi sunt proprii*”, fără a se pune accentul pe calitatea de persoană fizică. Totuși, din întreaga descriere se poate contura ideea unei persoane fizice, noțiunile de „punct de vedere” și „manieră” sau „stil propriu” fiind mai mult specifice ființelor umane.

Având în vedere un articol anterior în care am analizat caracteristicile influencerilor și potențiala lor calificare drept profesioniști¹⁸, apreciem că de esența unui influencer ar fi chiar natura sa umană întrucât, pentru a deveni un influencer, trebuie îndeplinite o serie de condiții, printre care și cea a autenticității¹⁹, iar postarea unui conținut online care include elemente personale ține de specificul activității sale²⁰. Mai mult, acesta este supranumit și „*human brand*”²¹. A fi un

¹³ J. Hwang, S. Oh, S. Jang, „Consumer Perceptions of Influencer Marketing: Application of Q Methodology and Implications for Business Communication”, în *Business Communication Research and Practice*, 2021; 4(2):92-103, p. 94, DOI: <https://doi.org/10.22682/bcrp.2021.4.2.92>, accesat 15.06.2022; Astfel cum confirmă și definiția din Codul de Practică în Comunicarea Comercială care menționează că „Un influencer poate interveni într-un context editorial sau în colaborare cu un brand în scopul de a publica un conținut comercial specific”.

¹⁴ J. Trzaskowski, „Identifying the Commercial Nature of ‘Influencer Marketing’ on the Internet”, în *Scandinavian Studies in Law*, Volume 65 (‘50 Years of Law and IT’), 2018, p. 83, [Online] la https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3324103, accesat 15.06.2022.

¹⁵ H. E. Moussa, *op. cit.*, p. 33; BBVA, The influencer phenomenon: The power of ‘like’, [Online] la <https://www.bbva.com/en/influencer-phenomenon-power-like/>, accesat 15.06.2022.

¹⁶ B. E. Duffy, „Social Media Influencers”, în *International Encyclopedia of Gender, Media, and Communication*, 2020, p. 1, DOI: 10.1002/9781119429128.iegmc219, [Online] la https://www.researchgate.net/publication/342800736_Social_Media_Influencers, accesat 15.06.2022.

¹⁷ Disponibil [Online] la <https://www.rac.ro/ro/cod/codul-de-practic%C4%82-%C3%8En-comunicarea-comercial%C4%82>, accesat 15.06.2022

¹⁸ Pentru mai multe detalii, a se vedea, A.-E. Amironesei, *op. cit.*, pp. 237-258.

¹⁹ Hanan Ezzat Moussa, *op. cit.*, p. 78.

²⁰ *Idem*, p. 21.

²¹ S. Kay, R. Mulcahy, J. Parkinson, „When less is more: the impact of macro and micro social media influencers’ disclosure”, în *Journal of Marketing Management*, 36(4):1-31, 2020, p. 5, DOI:10.1080/0267257X.2020.1718740, [Online] la <https://www.researchgate.net/>

influencer nu este o decizie de pe o zi pe alta, întocmai cum se arată într-un studiu cu privire la cariera de influencer²². Nu este ca un loc de muncă ce poate fi ocupat de un salariat, iar a doua zi persoana se numește *influencer* fiindcă aceasta este denumirea ocupațională. Este necesar ca un influencer să aibă o comunitate²³, să stabilească anumite legături cu aceasta²⁴, să fie autentic²⁵ și să dobândească puterea de a influența²⁶, de a convinge alte persoane fizice. Mai mult, un influencer trebuie să creeze și să mențină legături personale²⁷ cu comunitatea sa, astfel încât să o poată menține implicată în conținutul său, să o poată influența și să obțină diverse interacțiuni din partea acesteia („*engagement*”²⁸). În plus, pentru a fi apreciat și căutat, influencerul trebuie să transmită un mesaj de încredere, să convingă ceilalți consumatori, motiv pentru care ar fi de dorit să aibă la rândul său calitatea de consumator (aspect inaplicabil în cazul unei persoane juridice). De asemenea, în încercarea de a defini influencerul, se utilizează uneori și sintagma „personalitate online”²⁹. Din aceasta reiese referirea la o persoană fizică, întrucât o persoană juridică nu poate avea personalitate în sens psihologic. Și în ceea ce privește activitatea influencerului, se face adesea distincția între brandul promovat și „persoana” care postează³⁰, văzută, din nou, drept o persoană fizică.

publication/338953266_When_less_is_more_the_impact_of_macro_and_micro_social_media_influencers'_disclosure, accesat 15.06.2022.

²² V. Heine, „Exploring Social Media Influencers' Career Construction: An Inductive Inquiry”, HEC-Ecole de gestion de l'Université de Liège, 2020, p. 3, [Online] la <https://matheo.uliege.be/bitstream/2268.2/10762/4/s132006Heine2020.pdf>.

²³ A. Narassiguin, S. Sargent, „Data Science for Influencer Marketing: feature processing and quantitative analysis”, HAL Id: hal-02120859, 2019, p. 2, [Online] la https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02120859/file/influencer_marketing_data.pdf, accesat 15.06.2022.

²⁴ Anil Narassiguin, Selina Sargent, *op. cit.*, p. 2.

²⁵ Hanan Ezzat Moussa, *op. cit.*, p. 78.

²⁶ Concluziile avocatului general Maciej Szpunar din 31 mai 2018, CJUE, Cauza C-105/17, *Komisia za zashtita na potrebitelite c. Evelina Kamenova*, nota de subsol nr. 36, [Online] la <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202421&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3151434>, accesat 15.06.2022.

²⁷ Josef Vodák, Martin Novysedlák, Lucia Čakanová, Miroslav Pekár, „Who is Influencer and How to Choose the Right One to Improve Brand Reputation?” în *Managing Global Transitions: International Research Journal*, nr. 17.2./2019, p. 149.

²⁸ Pentru mai multe detalii despre conceptul de *engagement*, a se vedea, M. J. de Brito Silva, S. Alencar de Farias, M. K. Grigg, M. de Lourdes de Azevedo Barbosa, „Online Engagement and the Role of Digital Influencers in Product Endorsement on Instagram”, în *Journal of Relationship Marketing*, 20 September 2019, p. 2 și urm, [Online] la <https://doi.org/10.1080/15332667.2019.1664872>, accesat 16.06.2022.

²⁹ D. Balaban, M. Mustățea, „Users' Perspective on the Credibility of Social Media Influencers in Romania and Germany”, în *Romanian Journal Of Communication And Public Relations*, p. 33, 21(1), 2019, <https://doi.org/10.21018/rjcp.2019.1.269>.

³⁰ O astfel de exprimare și distincție se regăsește și pe pagina web a Advertising Standards Authority (United Kingdom), secțiunea „What action is taken against social influencers who don't make clear when they're being paid to promote a product?”, [Online]

În România, adiacent definiției din Codul de Practică în Comunicarea Comercială elaborat de Consiliul Român pentru Publicitate, răspunsul cu privire la perspectiva asupra calității de persoană fizică sau juridică a influencerului vine și din materia fiscală. La finalul anului 2021, ANAF³¹ a publicat un ghid pentru a îndruma influencerii în procedura de declarare a veniturilor³² (în continuare, „Ghidul ANAF”), care portretizează indirect influencerii drept persoane fizice³³.

1.2. Influencerul ca persoană juridică

În pofida argumentelor expuse pentru a susține că influencerul este o persoană fizică, apreciem că nu este exclus să fie și o persoană juridică. În unele lucrări de specialitate, influencerul este privit drept un „terț” în marketing („*independent third party endorser*”³⁴), ceea ce lasă loc interpretărilor, din moment ce un terț poate fi atât o persoană juridică, cât și o persoană fizică. Pentru început, un brand cu prezență online are la rândul său o „comunitate” formată din urmăritori sau abonați (în funcție de denumirile și structura platformei de socializare pe care o utilizează), influență în relația cu consumatorii și creează conținut pe care îl publică/postează.

Facebook și Instagram se referă generic la influencerii drept „*creators*”³⁵ (de la „*content creators*” care înseamnă creatori de conținut). Un creator de conținut este de fapt o persoană care realizează diverse postări (fotografii, videoclipuri) asupra cărora are drepturi de autor și prin care ar trebui să nu aducă atingere drepturilor de autor ale altor persoane. Pentru a fi creator de conținut pe rețelele de socializare, persoana în cauză trebuie să dețină un cont de utilizator, care poate fi și de tip *business*, deținut inclusiv de o persoană juridică, ceea ce subliniază posibilitatea ca un influencer să fie o persoană juridică, adică chiar un brand care apelează la rândul său la *influencer marketing*³⁶. A fi creator de conținut nu implică obligatoriu și o componentă umană, brandurile postând zilnic conținut „creat” de acestea (adică de angajații lor, dar pentru și în numele brandului).

la <https://www.asa.org.uk/make-a-complaint/complaints-faq.html#4-cancer-treatment>, accesat la 15.06.2022.

³¹ Agenția Națională de Administrare Fiscală din România, <https://www.anaf.ro>.

³² ANAF, „Broșura privind tratamentul fiscal al veniturilor obținute de persoanele fizice din postări realizate pe diferite rețele de socializare”, [Online] la https://static.anaf.ro/static/10/Anaf/AsistentaContribuabili_r/Brosura_FB_2021.pdf, accesat 15.06.2022.

³³ ANAF, *op. cit.*, p. 2.

³⁴ K. Freberg, K. Graham, K. McGauhney, L. A. Freberg, „Who are the social media influencers? A study of public perceptions of personality”, în *Public Relations Review* vol. 37, p. 1, Issue 1, March 2021, doi:10.1016/j.pubrev.2010.11.001.

³⁵ H. E. Moussa, *op. cit.*, p. 32; Instagram, *Creators*, <https://creators.instagram.com/>, accesat 15.06.2022; Facebook, *Content Monetization Terms*, https://www.facebook.com/legal/content_monetization_terms, accesat 15.06.2022.

³⁶ Exemple de branduri cu comunități mari de urmăritori, influență și conturi de tip *business* pe rețelele de socializare sunt Dior (profil de Instagram: <https://www.instagram.com/dior/>), Versace (profil de Instagram: <https://www.instagram.com/versace/>), Zara (profil de Instagram: <https://www.instagram.com/zara/>).

Față de influencerii persoane fizice care încheie, teoretic, contracte de publicitate comercială online, influencerii persoane juridice își valorifică comunitatea și influența prin contracte de *co-marketing*, *co-branding* și orice alt fel de parteneriat sau colaborare contractuală care implică cel puțin un obiectiv de marketing, toate conducând în mod direct sau indirect la un câștig patrimonial.

Un contract de *co-marketing* are drept obiect principal promovarea reciprocă a părților³⁷, adică *mutual marketing* sau *cross promotion*³⁸, fără a alătura mărcile într-un produs sau serviciu unic. Brandurile și mărcile lor își păstrează distinctivitatea și sunt promovate în mod individual. Un contract de *co-marketing* este, spre exemplu, cel semnat între Terumo și Corazon³⁹ (de *mutual marketing*) sau cel semnat între RedBull și GoPro⁴⁰ (de *cross promotion*). Un contract de *co-branding* (sau *brand alliance agreement*⁴¹) are drept obiect, pe lângă promovarea reciprocă specifică contractului de *co-marketing*, și alte facilități oferite bilateral, precum folosirea mărcii, cu scopul de a potența valoarea și profitabilitatea brandului, incluzând adesea și acordarea unei licențe⁴². Un exemplu de *co-branding* este atunci când două branduri creează un produs sau prestează un serviciu împreună, alăturând mărcile lor, cazuri concrete fiind colaborarea UGG cu Jimmy Choo⁴³ pentru *design*-ul unor noi ghete ediție limitată sau Apple și Nike pentru

³⁷ Upcounsel, „Marketing Collaboration Agreement”, [Online] la <https://www.upcounsel.com/marketing-collaboration-agreement>, accesat 15.06.2022.

³⁸ ContractsCounsel, „Joint Marketing Agreement”, [Online] la <https://www.contractsounsel.com/t/us/joint-marketing-agreement>, accesat 15.06.2022. *Mutual marketing* se referă la a face promovare brandurilor împreună, în aceeași împrejurare, în timp ce *cross promotion* înseamnă că brandurile își fac promovare reciprocă. Un exemplu elocvent de *mutual marketing* este reclama la mașini de spălat haine când se folosește un anumit detergent – mărcile celor două branduri nu se regăsesc pe același produs, dar are loc un marketing comun al produselor distincte.

³⁹ Terumo, *Terumo and Corazon Sign Collaboration and Co-Marketing Agreement. Alignment signals recognition of Terumo Health Outcomes' proprietary ePRISM® technology using precision medicine to improve outcomes for cardiac patients and Corazon accreditation as a means to monitor and recognize such improvements*, 25.02.2022, [Online] la <https://www.terumo.com/newsrelease/detail/20220225/679>, accesat 15.06.2022.

⁴⁰ [Online] la <https://gopro.com/en/us/news/gopro-and-red-bull-form-exclusive-global-partnership>, accesat la

⁴¹ E. G. Rincón, „The Keys To The Co-Branding Agreement As A Marketing Strategy”, Augusta Abogados, 12.02.2021, p. 1, [Online] la https://augustaabogados.com/wp-content/uploads/2021/02/ENG_The-keys-of-the-co-branding.pdf, accesat 15.06.2022.

⁴² E. Goldman, „Sample Co-Branding Agreements by Eric Goldman, Cooley Godward” LLP, Palo Alto, CA, [Online] la <https://www.ericgoldman.org/writings/samplecobrandagmts.htm>, accesat 15.06.2022.

⁴³ A. Waite, „Jimmy Choo and UGG collaborate. Jimmy Choo and UGG Australia join the roll-call of high-street and designer collaborations”, în *The Telegraph*, 21.10.2010, [Online] la <http://fashion.telegraph.co.uk/news-features/TMG8078127/Jimmy-Choo-and-UGG-collaborate.html>, accesat 15.06.2022.

*Apple Watch*⁴⁴. Produsul final înglobează ambele mărci, are o valoare mult mai ridicată ca urmare a alăturării celor două, reduce costurile de promovare, iar profitul obținut este maximizat, un astfel de produs atrăgând consumatorii ambelor branduri. *Co-branding*-ul poate fi practicat și între două branduri de valoare și poziție pe piață diferite, având potențialul de a facilita intrarea pe piață a societăților de tip *start-up*⁴⁵ fiindcă le oferă vizibilitate. În final, în temeiul libertății contractuale, întâlnită drept principiu în majoritatea legislațiilor naționale, părțile pot încheia orice fel de contracte nenumite care să reglementeze o colaborare/un parteneriat în scopuri de marketing și nu numai. Toate acestea se pot încheia, de preferat, între părți care nu concurează pe aceeași piață, excepție fiind situația în care produsele sunt vândute pe aceeași piață, dar sunt complementare⁴⁶.

Tot la nivelul persoanelor juridice, pentru a-și valorifica reciproc influența și proprii consumatori, se poate înființa în mod formal (cu o existență juridică de sine stătătoare⁴⁷) și o cooperativă pentru marketing⁴⁸, modelul plecând de la cel din sectorul agricol⁴⁹. Totuși, ținem să menționăm că o formă de cooperativă *de facto* se stabilește și între persoane fizice pe rețelele de socializare, prin formarea unor grupuri în cadrul cărora discută și își creează reciproc premisele de a deveni influenceri (își oferă aprecieri, se abonează reciproc pentru a crește comunitatea⁵⁰ etc.).

În final, o întrebare recent conturată în *influencer marketing* trece dincolo de antagonia persoană fizică – persoană juridică a influencerului și privește emergența recentă a inteligenței artificiale în toate domeniile de activitate: poate influencerul să nu fie nici uman⁵¹, nici o persoană juridică, ci doar un algoritm?

⁴⁴ Apple, „Apple Watch Nike”, [Online] la <https://www.apple.com/apple-watch-nike/>, accesat 15.06.2022.

⁴⁵ E. G. Rincón, *op. cit.*, p. 1.

⁴⁶ Un exemplu fiind „Joint Marketing and Sales Agreement” semnat între FARO și Zeiss, [Online] la <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/917491/000119312510210403/dex992.htm>, accesat 15.06.2022.

⁴⁷ Federation of Southern Cooperatives/Land Assistance Fund, „Cooperative Marketing Manual”, 2006, p. 8, [Online] la <https://www.uvi.edu/community/cooperative-extension-service/Co-op%20Marketing.pdf>, accesat 15.06.2022.

⁴⁸ United States Department of Agriculture, Cooperative Marketing Agreements. Legal Aspects, ACS Research Report 106, p. 8, [Online] la <https://cccd.coop/sites/default/files/resources/Marketing-Agreement-USDA.pdf>, accesat 15.06.2022.

⁴⁹ Federation of Southern Cooperatives/Land Assistance Fund, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁰ Un exemplu în acest sens fiind grupul de Facebook *Instagram Influencer Engagement*, [Online] la <https://www.facebook.com/groups/907832766393155/>, în care persoane fizice, utilizatori ai rețelelor de socializare, intră pentru a obține de la ceilalți membri ai grupului urmăritori și aprecieri, sistemul fiind reciproc („follow” pentru „follow” și „like” pentru „like”).

⁵¹ Z. Kadekova, M. H. Holienčinová, *op. cit.*, p. 95.

1.3. Confuziunea dintre influencer și propriul brand. Granița personalităților

Datorită influenței pe care o au asupra consumatorilor din comunitățile lor online, crearea unui brand propriu de către influenceri a devenit un trend internațional⁵². În acest fel, ei își valorifică atributele de influencer și în scopul propriei afaceri pe care o promovează în această calitate⁵³. Motivul pentru care influencerii se îndreaptă către antreprenoriat este că ei depind constant de contractele pe care le încheie și nu se bucură de o siguranță financiară, iar un brand propriu le asigură stabilitatea dorită⁵⁴. În acest context, se poate ajunge la o confuziune a „personalităților”, mai ales când numele și denumirea sunt asemănătoare, când influencerul nu marchează caracterul publicitar al conținutului publicat pe propria sa pagină (fiindcă apreciază că nu este plătit pentru publicitate și nu există un „raport comercial”) și când următorii migrează pe pagina brandului fiindcă influencerul pe care ei îl urmăresc creează conținut personal și pe pagina respectivă (și îi atrage astfel).

Există și varianta unui „parteneriat” cu un brand existent, pentru ca influencerul să nu își asume riscuri specifice unui antreprenor, dar totuși să obțină venituri mai stabile provenite din vânzarea unor produse la care a contribuit și acesta. Acest parteneriat este cel mai adesea vizibil în industria modei, exemple în acest sens fiind: Alina Ceușan x Hamza⁵⁵ și Codrina Apostol x Conceptoline⁵⁶.

2. Influencing-ul: activitate profesională liberală sau raport contractual de muncă?

Într-un studiu cu privire la cariera de influencer, s-a descoperit că există trei tipuri de influenceri: amatorii, oportuniștii și antreprenorii⁵⁷. Pe scurt, influencerii amatori sunt cei care au altă carieră principală, nu cea de influencer; oportuniștii sunt cei care sunt de profesie influenceri; iar antreprenorii sunt cei

⁵² R. Schwarz, „Why And How Influencers Are Launching Their Own Brands”, Forbes, 2.11.2021, [Online] la <https://www.forbes.com/sites/forbescommunicationscouncil/2021/11/02/why-and-how-influencers-are-launching-their-own-brands/?sh=5d90e82b2a40>, accesat 15.06.2022.

⁵³ Un exemplu relevant fiind influencerul român Ioana Grama (profil de Instagram: <https://www.instagram.com/ioanagrama/?hl=ro>) cu brandul Grama Shop (adresa web: <https://grama.shop/>).

⁵⁴ M. Dsouza, „Why Influencers Should Start Building Their Own Brands”, ITP Live, 04.09.2020, [Online] la <https://itp.live/influencer/10272-why-influencers-should-start-building-their-own-brands>, accesat 15.06.2022.

⁵⁵ Imagine din colecția de îmbrăcăminte Hamza x Alina Ceușan [Online] la <https://www.instagram.com/p/B4ArOGjplq9/>, accesat 15.06.2022.

⁵⁶ Conceptoline, Colecția Conceptoline x Codrina Apostol, [Online] la <https://conceptoline.com/concepto-x-codrina-apostol>, accesat 15.06.2022.

⁵⁷ V. Heine, *op. cit.*, p. 69.

care și-au construit o afacere în urma succesului pe care l-au avut ca influenceri, aceasta devenind sursa principală de venituri⁵⁸.

2.1. Influencerul în calitate de freelancer⁵⁹

Influencerii sunt independenți în activitatea lor publicitară, alegându-și liber colaborările pe care le acceptă, având propriul program și lucrând de oriunde își doresc (cu excepția unor clauze contractuale care prevăd altfel). A fi *freelancer* de „profesie” în România (activitatea de influencer în sine poate deveni chiar o profesie⁶⁰) înseamnă a exercita o activitate independentă, ceea ce presupune îndeplinirea a cel puțin patru dintre criteriile prevăzute de art. 7 pct. 3 din Codul fiscal⁶¹, esențială fiind „libertatea persoanei fizice de a dispune în ceea ce privește desfășurarea activității”⁶². Toate persoanele fizice din România care exercită astfel de activități, inclusiv influencerii, au obligația de a se înregistra și autoriza⁶³ în conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 44/2008⁶⁴. Forma juridică pe care influencerii o pot îmbrăca este cea de persoană fizică autorizată, întreprinzător individual sau chiar să își înregistreze o întreprindere familială. Niciuna dintre aceste forme nu prezintă personalitate juridică.

Dacă activitatea influencerilor nu are continuitate, nu mai subzistă obligația de a adopta una dintre formele juridice reglementate de O.U.G. nr. 44/2008, dar veniturile sunt în continuare impozabile⁶⁵. Cu toate acestea, chiar și în lipsa unei obligații legale, există unele platforme de intermediere care impun influencerului să dețină o formă juridică prin care să presteze activitatea, precum MOCAPP⁶⁶ sau Refersion⁶⁷, chiar și atunci când activitatea lor nu are continuitate.

În Finlanda, calificarea influencerilor drept persoane care prestează o activitate independentă este oferită de reglementările fiscale aplicabile. În momentul în care veniturile încep să fie considerabile, adică denotă o anumită independență și stabilitate bazată pe *influencer marketing*, influencerii trebuie să plătească impozit și au mai multe sisteme la dispoziție din care pot alege. În primul

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Freelancer* înseamnă liber profesionist.

⁶⁰ V. Heine, *op. cit.*, p. 22.

⁶¹ Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare, publicată în Monitorul Oficial nr. 688 din 10 septembrie 2015.

⁶² Art. 1 pct. 1 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal.

⁶³ ANAF, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁴ O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, cu modificările și completările ulterioare, publicată în Monitorul Oficial nr. 328 din 25 aprilie 2008.

⁶⁵ ANAF, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁶ A se vedea art. 4 din Termenii și condițiile contractului dintre platforma MOCAPP și influenceri (*Termenii și condiții. Influenceri*) [Online] la <https://mocapp.net/influencers/tos>, accesat 15.06.2022.

⁶⁷ Paragraful 2 din *Terms of Service* ai platformei Sprout Social, [Online] la <https://sproutsocial.com/terms/>, accesat 15.06.2022.

rând, pot opta să fie tratați drept liber profesioniști, aplicându-se sistemul pe bază de *freelancer-verokortti* (un card creat special pentru ei), care le oferă libertate profesională și tratament fiscal diferit. Pot opta și pentru a fi tratați drept antreprenori (*kevvytyrittäjä* sau *light entrepreneurs*)⁶⁸. Independent de ceea ce aleg, se observă că de esența tratamentului fiscal al influencerilor este tratarea lor drept liberi profesioniști. În Danemarca, tot din punct de vedere fiscal, influencerii nu sunt considerați antreprenori, ci doar liber-profesioniști (*freelancers*)⁶⁹.

2.2. Influencerul în ipostaza de angajat

Influencer marketing este o valorificare online și totodată o expansiune a marketingului bazat pe *word-of-mouth*⁷⁰ (WOM). Activitatea influencerilor este aceea de a „influența” alte persoane prin conținutul creat și publicat (conținut sub diverse forme – video, audio-video sau doar vizual). Plecând de la această idee, ne îndreptăm spre raporturile de muncă și mediul organizațional specific societăților transnaționale. Se susține în doctrina de specialitate că angajații, prin același *word-of-mouth* (fie fizic, față în față, fie în mediul virtual, moment în care discutăm despre *e-WOM*), pot deveni cei mai eficienți în transmiterea mesajelor din partea societății către consumatori, având un impact mai răsunător (cu alte cuvinte, influență) asupra terților față de societate⁷¹. Consumatorii apreciază salariații unei societăți ca fiind o sursă de încredere în privința informațiilor din interiorul activității angajatorului⁷², dar până în prezent nu există studii empirice care să dovedească pe deplin această afirmație. Luând în considerare existența și caracteristicile nano-influencerilor⁷³, apreciem că un influencer poate activa în calitate de salariat și că statutul de influencer poate chiar să decurgă din cel de

⁶⁸ C. Abidin, K. Hansen, M. Hogsnes, G. Newlands, M. Nielsen, L.Y. Nielsen, T. Sihvonen, „A Review of Formal and Informal Regulations in the Nordic Influencer Industry”, în *Nordic Journal of Media Studies*, 2(1), 2020, p. 75, [Online] la <https://doi.org/10.2478/njms-2020-0007>, accesat 15.06.2022.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Se referă la promovarea realizată prin recenzii, discuții, păreri, recomandări orale ale persoanelor fizice.

⁷¹ Y. Lee, W. Tao, „Employees as information influencers of organization’s CSR practices: The impacts of employee words on public perceptions of CSR”, în *Public Relations Review* 46(1):101887, March 2020, DOI:10.1016/j.pubrev.2020.101887, p. 3, [Online] la https://www.researchgate.net/publication/338875821_Employees_as_information_influencers_of_organization%27s_CSR_practices_The_impacts_of_employee_words_on_public_perceptions_of_CSR, accesat 15.06.2022.

⁷² *Idem*, p. 4.

⁷³ Nano-influencerii sunt o categorie de influenceri cu cea mai mică comunitate, dar cea mai mare apropiere și legătură cu aceasta. În sensul în care sunt cei mai buni pentru *influencer marketing*, având printre cele mai ridicate nivele de influențare. Pentru mai multe detalii, a se vedea, C. Goanta, S. Ranchordas, *The Regulation of Social Media Influencers: An Introduction*, în *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series* No. 41/2019, p. 7, [Online] la https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3457197, accesat 15.06.2022.

salariat. Aprecierea noastră este susținută și de articole de specialitate din marketing în care brandurile chiar sunt sfătuite să apeleze la propriii angajați pentru *influencer marketing*⁷⁴. Argumentele constau în extinderea „audienței”/„publicului” pe considerentul că fiecare angajat are propriul cerc de cunoștințe/urmăritori, alături de calificarea lor drept nano-influenceri⁷⁵, care prezintă o sursă de încredere pentru cunoscuți și pot fi folosiți cu succes și în procesul de recrutări. Singura condiție pentru ca un salariat să devină și influencer este să fie prezent pe o rețea de socializare (adică să dețină un cont și să îl și folosească). Se susține că a fi influencer ajută și la dezvoltarea personală și profesională a salariatului⁷⁶ prin dobândirea unor noi cunoștințe în marketing, alături de crearea unei comunități de persoane apropiate etc. Mai mult, lecturând conținutul primit pentru a-l distribui, salariații ajung să cunoască din ce în ce mai multe despre anagajator și devin mai informați cu privire la activitatea sa.

Tocmai fiindcă există conceptul de *employee influencer*, au fost dezvoltate și platforme pentru *employee advocacy*⁷⁷, care înseamnă folosirea angajaților pentru promovarea produselor și/sau serviciilor angajatorului. *Adobe*⁷⁸ este una dintre societățile multinaționale care a implementat *employee advocacy*, având peste 900 de *employee influencers*⁷⁹, iar instrumentul utilizat pentru gestionarea acestui tip particular de *influencer marketing* este un program *software* pentru *employee advocacy*. Și societățile *Atkins Global*⁸⁰ și *Dell* folosesc *employee advocacy*⁸¹.

Când se ajunge la un număr mare de angajați influenceri, există riscul lipsei controlului asupra conținutului postat de aceștia. Din acest motiv, apreciem

⁷⁴ T. Kunsman, „The Anatomy of an Employee Influencer”, *EveryoneSocial*, 11.08.2020, [Online] la <https://everyonesocial.com/blog/employee-influencer/>, accesat 15.06.2022; I. Semenyuk, *Employees As Influencers: A Blessing Or A Curse?*, *Forbes*, 14.02.2020, [Online] la <https://www.forbes.com/sites/forbesagencycouncil/2020/02/14/employees-as-influencers-a-blessing-or-a-curse/?sh=24ea3f8a3d67>, accesat 15.06.2022.

⁷⁵ Despre avantajele pe care nano-influencerii le prezintă în *influencer marketing* am făcut discuție în A.-E. Amironesei, *op. cit.*, p.

⁷⁶ T. Kunsman, *op. cit.*, p.

⁷⁷ T. Kunsman, „How to Build A Content Strategy Framework for Employee Advocacy”, *EveryoneSocial*, 09.06.2020, [Online] la <https://everyonesocial.com/blog/content-strategy-framework/>, accesat 15.06.2022.

⁷⁸ *Adobe* este o societate multinațională din domeniul *software*, care activează în comerțul internațional. Pentru mai multe detalii, a se vedea, <https://www.adobe.com/ro/>, accesat la

⁷⁹ *EveryoneSocial*, „Adobe Activates Employees on EveryoneSocial, Expands Social Reach By 3 Million+”, [Online] la <https://everyonesocial.com/resources/adobe-social-reach/>, accesat 15.06.2022.

⁸⁰ *EveryoneSocial*, „How Atkins Global Used Employee Advocacy to Boost Social Recruiting”, [Online] la <https://everyonesocial.com/resources/atkins-global-employee-advocacy/>, accesat 15.06.2022.

⁸¹ *EveryoneSocial*, „How Dell Empowers Its Workforce On Social Media With An Employee-Driven Program”, [Online] la <https://everyonesocial.com/resources/dell-empowers-workforce-social-media/>, accesat 15.06.2022.

că trebuie să existe reguli interne clare și stricte cu privire la calitatea de *employee influencer* și activitatea realizată în această ipostază. În concret, ar trebui stabilite aspecte precum calitatea postărilor, conținutul licit, poate chiar și eventuale aprobări *a priori*. În plus, este dificil de urmărit rezultatul fiecărei campanii de marketing, numărul total de postări, activitatea individuală a fiecărui angajat, mai ales atunci când sunt de ordinul sutelor. Soluția pentru toate aceste dificultăți au reprezentat-o platformele pentru *employee advocacy*. Acestea sunt cele care ajută la centralizarea conținutului aprobat de către angajator pentru a fi publicat pe rețelele de socializare, îl pune la dispoziție simultan tuturor angajaților din toate filialele din lume ale societății multinaționale și urmărește activitatea fiecărui angajat influencer. De asemenea, prin intermediul platformei se pot planifica și realiza și strategii de marketing, care să includă planificarea postărilor conținutului aprobat și pus la dispoziția angajaților. În final, o astfel de platformă reduce și munca depusă de angajat pentru a fi influencer întrucât nu trebuie să mai pregătească conținutul de promovare. Printre platformele care facilitează *employee advocacy* se numără *Amplify*⁸² și *EveryoneSocial*⁸³. Ideea de a folosi o platformă pentru a pune la dispoziție conținut vine și pentru ca salariatul să nu petreacă timp pentru a face conținut, aprobări etc.

Employee influencer, dincolo de avantajele pe care le prezintă din punct de vedere comercial și publicitar, conturează o serie de întrebări din sfera dreptului muncii, precum dacă activitatea de influencer a angajaților reprezintă „muncă”, dacă poate fi încadrată în cele 8 ore de muncă zilnică⁸⁴ și dacă este sau nu este remunerată. Vom analiza întrebările prin prisma prevederilor Codului muncii⁸⁵.

A fi *employee influencer* înseamnă fie a crea conținut, a-l publica și a răspunde la reacțiile comunității pe care angajatul o are pe rețelele de socializare, fie doar a prelua un conținut prestabilit, a-l publica și din nou, a comunica cu urmăritorii/prietenii de pe rețelele de socializare. Cert este că angajatul trebuie să se implice activ pentru a fi influencer și trebuie să întreprindă acțiuni productive, care au un anumit rezultat. Astfel, el desfășoară o activitate, cu un scop final economic, în favoarea și sub autoritatea⁸⁶ angajatorului. Din aceste motive, apreciem că acțiunile realizate în calitate de *employee influencer* se circumscriu noțiunii de „muncă”.

Ca urmare a calificării activității de *employee influencer* drept muncă, pentru a fi realizată, aceasta trebuie, teoretic, să se regăsească în fișa postului. Totuși, activitatea de *influencer employee* este bazată pe un sistem de tip *opt-in*,

⁸² Hootsuite, „Boost your social reach with employee advocacy”, [Online] la <https://www.hootsuite.com/products/amplify>, accesat 15.06.2022.

⁸³ Platforma EveryoneSocial [Online] la <https://everyonesocial.com/>, accesat 15.06.2022.

⁸⁴ Art. 112 alin. (1) din Codul muncii.

⁸⁵ Legea nr. 53/2003 privind Codul muncii, cu toate modificările și completările ulterioare, republicată în Monitorul Oficial nr. 345 din 18 mai 2011.

⁸⁶ A. Țiclea, *Dreptul Muncii. Curs universitar*, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 9, [Online] la <https://www.ueb.ro/drept/ebiblioteca/old/dreptul-muncii-curs.pdf>, accesat 15.06.2022.

ulterior momentului angajării, deci ulterior semnării contractului individual de muncă care cuprinde fișa postului cu atribuțiile sale⁸⁷. Deși există angajați care au în fișa postului atribuții de promovare a angajatorului (e.g. angajații din departamentul de resurse umane, marketing și vânzări), apreciem că aceștia nu fac *employee advocacy*⁸⁸ sau, cel puțin, nu au această obligație prin fișa postului (deși există și opinia contrară⁸⁹). Linia de demarcație între activitatea lor și *employee advocacy* este destul de translucidă, dar diferența esențială pe care o subliniem este că pentru exercitarea atribuțiilor de serviciu specifice posturilor care implică activități de marketing, conținutul publicitar se postează de pe pagina publică a angajatorului (un cont pe rețelele de socializare de tip *business* sau unul normal, dar revendicat oficial de angajator, cu denumirea sa) sau în numele angajatorului, în timp ce *influencer employee* presupune postări în nume propriu, care par a fi personale (reluăm și ideea exprimată anterior că un element care caracterizează un influencer, indiferent că este și angajat sau nu, este conținutul personal).

Problema actului juridic în care se regăsesc reglementate atribuțiile de *influencer employee* se reflectă și în calificarea timpului drept timp de muncă. Prevederile art. 111 din Codul muncii arată că „*timpul de muncă reprezintă orice perioadă în care salariatul prestează muncă, se află la dispoziția angajatorului și îndeplinește sarcinile și atribuțiile sale, conform prevederilor contractului individual de muncă*”. Considerăm că posibilitatea de a opta pentru a fi *influencer employee*, alături de reglementarea strictă a întregii activități, ar trebui să se regăsească în regulamentul intern al angajatorului, iar contractul individual de muncă va cuprinde obligatoriu referiri la acest regulament intern, respectarea sa fiind chiar o obligație ce incumbă tuturor salariaților. Reglementarea acesteia ar trebui să se regăsească în cadrul sau suplimentar unor norme minime de conduită pe rețelele de socializare (a *social media policy*⁹⁰).

Cu privire la remunerație, există mai multe mecanisme: mecanismul în care angajatul nu este deloc remunerat⁹¹, cel prin care primește doar anumite bonificații/stimulente⁹² și cel prin care este plătit propriu-zis. Din cercetarea întreprinsă ar rezulta că de regulă nu sunt remunerați efectiv, dar primesc diverse

⁸⁷ Art. 17 alin. (3) lit. d) din Codul muncii.

⁸⁸ N. S. Jessy, „New trend in HR Role: HR practitioner as an Employee Advocate”, LinkedIn, 31.03.2015, [Online] la <https://www.linkedin.com/pulse/new-trend-hr-role-practitioner-employee-advocate-nilufar-sharmin/>, accesat 15.06.2022.

⁸⁹ N. S. Jessy, *op. cit.*

⁹⁰ Verizon, „How To Empower Your Employee Influencer”, [Online] la <https://www.verizon.com/business/small-business-essentials/resources/how-to-empower-your-employee-influencer/>, accesat 15.06.2022.

⁹¹ D. Hull, „The Creation of Employee Influencers”, Talking Influence, 29.03.2021, [Online] la <https://talkinginfluence.com/2021/03/29/the-creation-of-employee-influencers/>, accesat 15.06.2022.

⁹² J. Harp, „The Importance of Employee Advocacy for Your Organization”, Active Blog, 9.03.2022, [Online] la <https://blog.activenetwork.com/post/the-importance-of-employee-advocacy-for-your-organization>, accesat 15.06.2022.

beneficii salariale⁹³. Unii împrumută mecanismul *affiliated marketing*⁹⁴ și oferă bonusuri pentru fiecare client adus de un anagajat, un exemplu de astfel de societate fiind *Charlotte Tilbury* cu programul său *Magic Makeup Stars*⁹⁵. Dincolo de programele cu postări, *influencer marketing*-ul a avansat și sub alte forme. Spre exemplu, brand-ul ASOS⁹⁶ oferă propriilor modele îmbrăcăminte pe care acestea să o îmbrace și să o promoveze. Același fenomen are loc și printre brandurile de cosmetice, un exemplu fiind *Bobi Brown*⁹⁷ și MAC. La fel, pentru *Starsbucks*, cei care prepară cafele sunt influencerii lor, iar pentru companiile aeriene sunt stewardesele care postează⁹⁸. Existența posibilității unei forme de remunerație pentru activitatea de *influencer employee* trebuie prevăzută în contractul individual de muncă, în virtutea art. 17 alin. (3) lit. k) din Codul muncii. Apreciem că o astfel de remunerație, indiferent de forma sa, se poate încadra în noțiunea de „alte adaosuri” prevăzută de art. 160 din Codul muncii.

Dacă este totuși vorba despre muncă prestată sub autoritatea angajatorului și chiar despre o formă de remunerație, apreciem că ar fi incidentă obligația de a dezvălui scopul economic și faptul că este în esență conținut publicitar. În Statele Unite ale Americii, *Federal Trade Commsission*⁹⁹ a stabilit că inclusiv angajații angrenați în *employee advocacy* trebuie să divulge în cadrul postărilor raportul de muncă pe care îl au cu angajatorul promovat¹⁰⁰. În mod similar, în Germania, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, UWG¹⁰¹, o lege care transpune Directiva 2005/29/EC¹⁰², impune aceeași obligație în sarcina angajaților pentru ca orice

⁹³ *Ibidem*

⁹⁴ Conform https://ro.wikipedia.org/wiki/Marketing_afiliat, marketingul afiliat este o formă de marketing online care se bazează pe modele de plată pe performanță și Cost Pe Acțiune. În marketingul afiliat, un comerciant denumit și advertiser răsplătește unul sau mai mulți afiliați pentru fiecare acțiune efectuată pe site-ul său.

⁹⁵ Pentru mai multe detalii, a se vedea, <https://www.charlottetilbury.com/us/content/charlottes-magic-make-up-stars>, accesat 15.06.2022

⁹⁶ D. Hull, *op. cit.*

⁹⁷ *Ibidem*

⁹⁸ I. Semenyuk, *op. cit.*

⁹⁹ Pentru mai multe detalii despre Federal Trade Commission, a se vedea <https://www.usa.gov/federal-agencies/federal-trade-commission> și <https://www.ftc.gov/>, accesat la 15.06.2022

¹⁰⁰ J. Engler, „Using Social Media Influencers or Employees to Tout Your Business? Make Sure they Follow the Rules”, Intellectual Property, 27.12.2018, [Online] la <https://www.intellectualproperty.law/2018/12/using-social-media-influencers-employees-tout-business-make-sure-follow-rules/>, accesat 15.05.2022.

¹⁰¹ „Act against Unfair Competition”, version published on 3 March 2010, în *Federal Law Gazette I* p. 254, as last amended by Article 5 of the Act of 18 April 2019 (Federal Law Gazette I, p. 466). [Online], accesat 15.06.2022

¹⁰² Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori și de modificare a Directivei 84/450/CEE a Consiliului, a Directivelor 97/7/CE, 98/27/CE și 2002/65/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului și a Regulamentului

consumator care interacționează cu postarea să înțeleagă contextul său, chiar și atunci când salariatul nu este remunerat în niciun fel și când angajatorul nici măcar nu îi solicită să posteze¹⁰³.

În final, Ghidul ANAF în materie de influenceri invocă *supra* avansează indirect ipoteza în care influencerul are calitatea de salariat în contextul în care contractul de publicitate comercială se încheie între două societăți, iar influencerul este de fapt salariatul societății prestatoare de servicii de publicitate¹⁰⁴. În această situație, influencerul își exercită activitatea specifică în conformitate cu prevederile Codului muncii, fiind lipsit de libertatea și independența ce păreau a caracteriza în mod absolut un influencer. Activitatea de influencer nu mai este suplimentară atribuțiilor din fișa postului, ci constituie chiar nucleul lor.

2.3. *Ipostazele influencerului persoană fizică într-o persoană juridică: asociat, asociat unic, administrator.*

Importanța distincției dintre diversele ipostaze din care poate să își presteze activitatea influencerul țin predominant de regimul fiscal aplicabil, optimizarea fiscală stând chiar la baza alegerii siluetei juridice. Tot Ghidul ANAF nu exclude posibilitatea ca activitatea de influencer să fie exercitată prin intermediul unei societăți¹⁰⁵ dintre cele reglementate de Legea nr. 31/1990¹⁰⁶. În acest caz, contractul de publicitate comercială este încheiat între două persoane juridice, iar impozitarea veniturilor urmează regimul aplicabil calității concrete a influencerului. Dacă acesta este asociat și profitul este distribuit drept dividende, atunci va plăti impozit pe acestea. A nu se confunda acest caz cu cel în care am susținut posibilitatea ca un influencer să fie o persoană juridică. În această situație, influencerul este tot o persoană fizică, dar vehiculul juridic prin care încheie contractele și obține veniturile este o persoană juridică pe care o controlează (adesea sub forma deținerii capitalului în procent de 100% prin prisma calității de asociat unic într-o societate cu răspundere limitată¹⁰⁷).

În cadrul societății, influencerul poate avea o dublă calitate, asociat unic și administrator, sau chiar o triplă calitate – administrator, asociat unic și salariat. Lipsind cu desăvârșire reglementări în sfera ocupației sale, nu există momentan nicio incompatibilitate între diversele calități ce pot fi deținute într-o societate.

(CE) nr. 2006/2004 al Parlamentului European și al Consiliului („Directiva privind practicile comerciale neloiale”), publicată în OJ L 149, 11.6.2005.

¹⁰³ Ius Laboris. Global HR Lawyers, *Germany* – „What are the risks of employers using employees as ‘influencers’?”, 28.08.2019, [Online] la <https://iuslaboris.com/insights/germany-what-are-the-risks-of-employers-using-employees-as-influencers/>, accesat 15.06.2022.

¹⁰⁴ ANAF, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁵ ANAF, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁶ Legea nr. 31 din 16 noiembrie 1990 privind societățile, cu toate modificările și completările ulterioare, republicată în Monitorul Oficial nr. 1066 din 17 noiembrie 2004.

¹⁰⁷ Un exemplu în acest sens este IOANA GRAMA 92 MEDIA S.R.L. (J12/1764/2018), societatea influencerului român Ioana Grama (profil de instagram: <https://www.instagram.com/ioanagrama/?hl=en>).

Concluzii

Peisajului internațional al marketingului prin intermediul influencerilor este într-o continuă metamorfoză și dezvoltare, motorul principal fiind chiar bugetele alocate din ce în ce mai generoase. Achizițiile recente de la nivelul societăților care activează în *influencer marketing*¹⁰⁸ ilustrează de fapt valoarea actuală a industriei. Relocarea bugetelor de marketing în sfera influencerilor generează un aport fără precedent, stimulează concurența și susține inovația, aspecte care se reflectă în dezvoltarea efervescentă a mecanismelor de *influencer marketing*, dar și a tuturor entităților implicate.

Influencerul, în forma sa „tradițională”, întruchipează treptat noi forme juridice, iar în jurul său se creează diverse structuri artificiale și specializate, menite să perfecționeze și să consolideze *influencer marketing* la nivelul comerțului internațional. Nu există impedimente *de jure* sau *de facto* pentru ca un influencer să fie salariat sau asociat unic sau chiar persoană juridică. Odată cu apariția unor noi modalități de exercitare a activității de influencer, alături de noi entități juridice și activități economice specifice, are loc și o diversificare a relațiilor contractuale, care se adaptează la specificul colaborărilor și dau naștere științei și imaginației juridice la nivel de clauze.

Referințe

- Abidin C., Hansen K., Hogsnes M., Newlands G., Nielsen M., Nielsen L.Y., Sihvonen T., „A Review of Formal and Informal Regulations in the Nordic Influencer Industry”, în *Nordic Journal of Media Studies*, 2(1), 2020, pp. 71-83, DOI: <https://doi.org/10.2478/njms-2020-0007>
- Amironesei A.-E., „Influencers: The Path From Consumers To Professionals”, în S. de Carvalho, A. Petričević (editors), *Building an Adapted Business Law*, ADJURIS – International Academic Publisher, Bucharest, Paris, Calgary, 2022
- ANAF, „Broșura privind tratamentul fiscal al veniturilor obținute de persoanele fizice din postări realizate pe diferite rețele de socializare” [On-line]
- Balaban D., Mustățea M., „Users’ Perspective on the Credibility of Social Media Influencers in Romania and Germany”, în *Romanian Journal Of Communication And Public Relations*, 21(1), 2019, pp. 31 – 46, DOI: <https://doi.org/10.21018/rjcp.2019.1.269>
- De Brito Silva M. J., Alencar de Farias S., Grigg M. K., De Lourdes de Azevedo Barbosa M., „Online Engagement and the Role of Digital Influencers in Product Endorsement on Instagram”, în *Journal of Relationship Marketing*, 20 September 2019, pp. 133 – 163, DOI: <https://doi.org/10.1080/15332667.2019.1664872>
- Duffy B. E., „Social Media Influencers”, în *International Encyclopedia of Gender, Media, and Communication*, 2020, DOI: <https://doi.org/10.1002/9781119429128.iegmc219>
- European Commission, „Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal” [On-line]

¹⁰⁸ Platforma CreatorIQ a achiziționat Tribe Dynamics. Mai multe detalii, „CreatorIQ Acquires Tribe Dynamics”, 21.09.2021, <https://www.creatoriq.com/blog/creatoriq-acquires-tribe-dynamics>, accesat 15.06.2022.

- European Parliament, „The impact of influencers on advertising and consumer protection in the Single Market”, PE 703.350, February 2022, DOI: <https://doi.org/10.2861/854390>
- Freberg K., Graham K., McGauhney K., Freberg L. A., „Who are the social media influencers? A study of public perceptions of personality”, în *Public Relations Review* vol. 37, Issue 1/2021, pp. 90-92. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.pubrev.2010.11.001>
- Goanta C., Ranchordas S., „The Regulation of Social Media Influencers: An Introduction”, în *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series* No. 41/2019
- Goldman E., „Sample Co-Branding Agreements” LLP, Palo Alto, CA [On-line]
- Heine V., „Exploring Social Media Influencers’ Career Construction: An Inductive Inquiry”, HEC-Ecole de gestion de l’Université de Liège, 2020
- Hudders L, Lou C., „A new era of influencer marketing: Lessons from Recent Inquires and Thoughts on Future Direction”, în *International Journal of Advertising*, 41:1, 2022, pp. 1-28, DOI: <https://doi.org/10.1080/02650487.2022.2031729>
- Hwang J., Oh S., Jang S., „Consumer Perceptions of Influencer Marketing: Application of Q Methodology and Implications for Business Communication”, în *Business Communication Research and Practice*, vol 4, nr. 2/2022, pp. 92-103, DOI: <https://doi.org/10.22682/bcrp.2021.4.2.92>
- HypeAuditor, „State of Influencer Marketing 2022. Trends and Performance metrics” [On-line]
- Kadekova Z., Holienčinová M. H., „Influencer marketing as a modern phenomenon creating a new frontier of virtual opportunities”, în *Communication Today*, vol. 9, nr. 2/2018, pp. 90-105
- Kay S., Mulcahy R., Parkinson J., „When less is more: the impact of macro and micro social media influencers’ disclosure”, în *Journal of Marketing Management*, vol. 36, nr. 2/2020, pp. 1-31, DOI: <https://doi.org/10.1080/0267257X.2020.1718740>
- Lee Y., Tao W., „Employees as information influencers of organization’s CSR practices: The impacts of employee words on public perceptions of CSR”, în *Public Relations Review* 46(1):101887, March 2020, DOI: <https://doi.org/10.1016/j.pubrev.2020.101887>
- Morteo I., „To Clarify The Typification Of Influencers: A Review Of The Literature”, January 2018 [On-line]
- Moussa H. E., „Social media influencers and the online identity of Egyptian youth”, TDX (Tesis Doctorals en Xarxa), Departament d’Estudis de Comunicació Universitat Rovira i Virgili., 06.07.2020, pp. 21-78
- Narassiguin A., Sargent S., „Data Science for Influencer Marketing: feature processing and quantitative analysis”, HAL Id: hal-02120859, 2019.
- Rincón E. G., „The Keys To The Co-Branding Agreement As A Marketing Strategy”, Augusta Abogados, 12.02.2021
- Schaffer N., „How businesses can and should become influencers themselves” ClickZ. Accelerate Digital Marketing, 24.05.2021
- Trzaskowski J., „Identifying the Commercial Nature of ‘Influencer Marketing’ on the Internet”, în *Scandinavian Studies in Law*, Volume 65 (‘50 Years of Law and IT’), 2018, pp. 81 – 100
- Țiclea A., *Dreptul Muncii. Curs universitar*, Editura Hamangiu, București, 2017
- Ungureanu C. T., „Comercializarea influenței. Reguli și nereguli în influencer marketing”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor*, nr. 1/2022
- United States Department of Agriculture, Cooperative Marketing Agreements. Legal Aspects, ACS Research Report 106

- Vodák J., Novysedlák M., Čakanová L., Pekár M., "Who is Influencer and How to Choose the Right One to Improve Brand Reputation?" în *Managing Global Transitions: International Research Journal*, nr. 17.2./2019
- Waite A., „Jimmy Choo and UGG collaborate. Jimmy Choo and UGG Australia join the roll-call of high-street and designer collaborations”, în *The Telegraph*, 21.10.2010

Viitoarea arhitectură a TPLF în cadrul Uniunii Europene

The future architecture of the TPLF within the European Union

Ion Arhiliuc¹

Rezumat: Prin prezenta lucrare se propune o analiză verticală a evoluției procedurii TPLF (*Third party litigation funding*) în dreptul continental. Cercetarea debutează prin prezentarea unor succinte considerații asupra instituției TPLF, precum și a aplicabilității acesteia în Europa. Ulterior, sunt prezentate normele *soft law* și *hard law de lege lata* în Uniunea Europeană. De asemenea, se urmărește creionarea unei „arhitecturi” viitoare a TPLF, din perspectiva unei directive europene propuse în domeniu. În acest sens, sunt trasate formele juridice corespunzătoare funcțiilor unei societăți finanțatoare, precum și așteptările juriștilor de la noua reglementare.

Cuvinte-cheie: TPLF, Directiva Europeană, investiții, forma juridică

Abstract: This paper proposes a vertical analysis of the evolution of the TPLF (third party litigation funding) procedure in continental law. The research begins by presenting brief considerations on the institution of TPLF, as well as its applicability in Europe. Subsequently, the soft law and hard law rules of *de lege lata* in the European Union are presented. It is also intended to outline a future "architecture" of the TPLF, from the perspective of a proposed European directive in this field. In this respect, the legal forms corresponding to the functions of a financing company are drawn up, as well as the expectations of the lawyers from the new regulation.

Keywords: TPLF, European Directive, investment, legal form

1. Noțiuni introductive privind Third Party Litigation Funding

Tema ce urmează a fi analizată vizează contractul *Third party litigation funding* (în continuare TPLF). Acesta își are originea în *common law*, predominant în materie comercială. Deși constituie o practică statornicită de mai multe decenii în *commonwealth*, rămâne a fi până în prezent controversată. Există studii care prezintă riscurile instituției, considerând-o „*a cure for a disease*”², din contra,

¹ Masterand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: arhiliuc.ion@gmail.com

² U.S. Chamber Institute for Legal Reform, „Stopping the sale on lawsuits: a proposal to regulate third-party investments in litigation”, 24 october 2012, p. 1. [Online] la <https://instituteforlegalreform.com/research/stopping-the-sale-on-lawsuits-a-proposal-to-regulate-third-party-investments-in-litigation/>, accesat 07.06.2022.

doctrina consideră că TPLF este o garanție a eficientizării accesului liber la justiție³. Prezentul articol nu se axează pe avantajele și dezavantajele acestei instituții, ci urmărește să anticipeze anumite aspecte ce urmează a fi adoptate la nivel european.

Pentru început propunem o definiție a contractului, potrivit căreia TPLF reprezintă „un serviciu financiar specific, care constă în terți care furnizează fonduri reclamanților pentru a acoperi cheltuielile de judecată. Aceste fonduri sunt oferite în forma *non-recourse* și sunt avansate de finanțatori, care mențin un rol pasiv, în schimbul promisiunii de către reclamant de a plăti finanțatorului un procent determinat din câștig în cazul unei tranzacții (*settlement*) sau hotărâri favorabile”⁴.

Dintre contractele cu care TPLF are cele mai multe asemănări evidențiem *contingency fees*. Principala distincție se remarcă în persoana „finanțatoare”, care este avocatul părții. Astfel, dacă partea nu are resurse financiare pentru a-și susține apărarea, avocatul își asumă aceste cheltuieli, suportând riscul pierderii procesului. Deosebirea constă în rolul decizional⁵ al „finanțatorului”. În TPLF finanțatorul nu poate avea influență asupra cauzei, pe când în *contingency fees*, acest rezultat este inevitabil.

2. Evoluția legislativă a TPLF în Uniunea Europeană

Prima mențiune a TPLF în Uniunea Europeană a avut loc în 2008. Potrivit documentului elaborat de către Comisie, „în ceea ce privește acțiunile de reprezentare, finanțarea entităților care reprezintă consumatorii este esențială. O primă soluție ar fi alocarea unei părți din despăgubire organizației respective, pentru a acoperi cheltuielile acesteia. O parte terță (de exemplu, o bancă) sau un organism public ar putea acorda un împrumut pentru a acoperi costurile eventuale legate de prefinanțarea procedurilor judiciare. Finanțarea procedurilor judiciare de către părți terțe private (de exemplu, societăți specializate în acest domeniu) este o metodă deja aplicată cu succes în anumite state membre. O altă soluție ar putea consta în finanțarea publică de către statele membre”⁶.

³ D. S. Abrams, D. L. Chen, „A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding” (2013), în *Faculty Scholarship at Penn Law*. 875, pp. 1075-1109. [Online] la https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/875, accesat 06.06.2022.

⁴ Definiția în limba engleză: „specific financial service, which consists of third parties providing funds to plaintiffs to cover their litigation expenses. These funds are provided on a non-recourse basis and are advanced by funders who maintain a passive role, in exchange for the promise by the plaintiff to pay the funder a determined percentage of the award in the case of a favorable settlement or judgment”, în D.S. Abrams, D. L. Chen, *op. cit.*, pp. 1075-1109.

⁵ M. Velchik, J. Zhang, „Islands of Litigation Finance” (February 1, 2019), în *Stanford Journal of Law, Business, and Finance*, Vol. 24, No. 1, 2019. [Online] la <https://ssrn.com/abstract=3432036>, accesat 07.06.2022.

⁶ Comisia Comunităților Europene, Carte verde privind recursul colectiv pentru consumatori /* COM/2008/0794 final */, Bruxelles, 27.11.2008. [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:52008DC0794>, accesat 07.06.2022.

Observăm că poziția Comisiei în legătură cu aplicarea acestui tip de contract în cadrul acțiunilor colective în materia protecției consumatorilor este una prietenoasă. Mai mult, în 2013 Comisia a elaborat o Recomandare⁷ adresată statelor membre prin care a propus o primă reglementare a TPLF. Cu ocazia elaborării Recomandării Comisiei din 11 iunie 2013, s-au avut în vedere deopotrivă aspectele pozitive și cele negative ce derivă din reglementarea TPLF. În acest sens, „lipsa de finanțare nu ar trebui să limiteze accesul la justiție, dar, pe de altă parte, mecanismele de finanțare disponibile pentru acțiunile colective nu ar trebui să creeze stimulente pentru introducerea abuzivă de acțiuni în justiție”⁸. Totodată, s-a reliefat necesitatea condiționării TPLF pentru a se evita riscul unor acțiuni abuzive, precum și necesitatea „elaborării unui cadru orizontal european pentru acțiunile colective în despăgubire”⁹.

Totuși, propunerea nu a fost susținută de către statele membre. Așa cum reiese din raportul Comisiei, „recomandarea nu a fost pusă în aplicare în niciunul dintre statele membre. Niciunul dintre state nu a reglementat finanțarea de către un terț, cu atât mai puțin în baza recomandării. Republica Elenă și Irlanda, ca o regulă generală, interzic finanțarea de către un terț”¹⁰. Drept răspuns la pasivitatea statelor în reglementarea TPLF conform Recomandării Comisiei din 11 iunie 2013, a fost adoptată Directiva 2020/1828 a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2020 privind acțiunile în reprezentare pentru protecția intereselor colective ale consumatorilor și de abrogare a Directivei 2009/22/CE¹¹, care are caracter obligatoriu pentru statele membre.

⁷ Recomandarea Comisiei din 11 iunie 2013 privind principii comune aplicabile acțiunilor colective în încetare și în despăgubire introduse în statele membre în cazul încălcării drepturilor conferite de legislația Uniunii, OJ L 201, 26.7.2013, pp. 60–65. [Online] la <http://data.europa.eu/eli/reco/2013/396/oj>, accesat 07.06.2022.

⁸ Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, Către un cadru orizontal la nivel european pentru acțiunile colective, /* COM/2013/0401 final */, Bruxelles, 11.06.2013. [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013DC0401&from=EN>, accesat 07.06.2022.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Raport al Comisiei către Parlamentul European, Consiliu și Comitetul Economic și Social European privind punerea în aplicare a Recomandării din 11 iunie 2013 a Comisiei privind principiile comune aplicabile acțiunilor colective în încetare și în despăgubire introduse în statele membre în cazul încălcării drepturilor conferite de legislația Uniunii (2013/396/UE), /* COM/2018/040 final */, Bruxelles, 25.01.2018. [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex:52018DC0040>, accesat 07.06.2022.

¹¹ Directiva (UE) 2020/1828 a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2020 privind acțiunile în reprezentare pentru protecția intereselor colective ale consumatorilor și de abrogare a Directivei 2009/22/CE (Text cu relevanță pentru SEE), OJ L 409, 4.12.2020, pp. 1–27. [Online] la <http://data.europa.eu/eli/dir/2020/1828/oj>, accesat 07.06.2022.

3. Cadrul actual al TPLF în Uniunea Europeană

În prezent TPLF reprezintă o noutate legislativă absolută pentru majoritatea statelor de pe continent, chiar dacă Comisia a elaborat o Recomandare acum nouă ani. Totuși, există jurisdicții care nu doar practică TPLF (spre exemplu Germania, Austria, Olanda etc.), dar care s-au preocupat de legiferarea instituției. În acest sens, la nivel normativ, menționăm Slovenia, care a adoptat o legislație națională prin care a preluat Recomandarea Comisiei din 11 iunie 2013¹².

Putem afirma că art. 10 al Directivei 2020/1828 constituie temelia TPLF în Uniunea Europeană, fiindcă reglementează cadrul legal al instituției. În acest sens, potrivit alin. (1) al acestui articol, *Statele membre se asigură că, în cazul în care o acțiune în reprezentare pentru obținerea de măsuri reparatorii este finanțată de un terț, în măsura în care acest lucru este permis în conformitate cu dreptul intern, sunt evitate conflictele de interese și că finanțarea de către terți care au un interes economic în introducerea sau în rezultatul acțiunii în reprezentare pentru obținerea de măsuri reparatorii nu îndepărtează acțiunea în reprezentare de protecția intereselor colective ale consumatorilor.*

De remarcat că poziția Uniunii nu este una „constrângătoare” în raport cu statele membre. Dat fiind faptul că unele state¹³ au interzis expres acest procedeu juridic, în art. 10 alin. (1) al Directivei 2020/1828 a fost introdusă următoarea teză: „în măsura în care acest lucru este permis în conformitate cu dreptul intern”. Înțelegem că în etapa actuală doar două state sunt scutite de obligația reglementării TPLF în dreptul intern, după cum restul statelor nu dispun de o asemenea interdicție expresă.

În legătură cu interdicția legislativă internă, în România, timp îndelungat s-a considerat în doctrină că pactul *de quota litis* ar fi un impediment în reglementarea instituției. Pactul *de quota litis* reprezintă, potrivit art. 130 alin. (2) din Statul profesiei de avocat¹⁴, „o convenție încheiată între avocat și clientul său, înainte de soluționarea definitivă a unei cauze, convenție care fixează exclusiv totalitatea onorariilor avocatului, în funcție de rezultatul judiciar al cauzei, indiferent dacă aceste onorarii constau într-o sumă de bani, un bun sau orice altă valoare”. După cum avocatul nu este parte a contractului de finanțare, care se încheie doar între partea litigantă și finanțator, TPLF nu are legătură cu pactul *de quota litis*¹⁵. Înțelegem că pactul *de quota litis* reprezintă un impediment aparent.

Astfel, „în România, în principiu, finanțarea procesului unei părți de către un terț nu este interzisă (...) și nu se opune legii, ordinii publice ori principiilor

¹² Pentru detalii, a se vedea Raportul Comisiei din 25.01.2018.

¹³ Acestea state au fost menționate de către Comisie cu ocazia elabării Comisiei din 25.10.2018, respectiv Republica Elenă și Irlanda.

¹⁴ Uniunea Națională a Barourilor din România, Statutul Profesiei de Avocat din 3 decembrie 2011, publicat în M. Of. nr. 898 din 19 decembrie 2011.

¹⁵ M. de Morpurgo,, A Comparative Legal and Economic Approach to Third-party Litigation Funding (April 2011)”, în *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, p. 404, [Online] la https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2167802, accesat la 15.06.2022.

generale ale dreptului”¹⁶. La aceeași concluzie a ajuns și Curtea Supremă de Justiție din Austria¹⁷, statuând că pactul *de quota litis* nu se aplică TPLF. De asemenea, soluția a fost motivată prin faptul că „*third party funders must not exert influence over the proceedings and are required to remain independent from the funded party*”¹⁸, fiind delimitate obligațiile finanțatorului de cele ale avocatului.

După cum am constatat, Directiva 2020/1828 urmează să fie transpusă în legislațiile naționale. În etapa actuală, doar Olanda a implementat în legislația națională prevederea europeană, modificând în acest sens Codul de procedură civilă¹⁹. În Germania, Slovacia, Spania și România²⁰ se preconizează adoptarea unei legi pentru transpunerea Directivei 2020/1828 până la finele anului 2022²¹.

Urmează să punctăm pe scurt structura TPLF în materia protecției consumatorilor, respectiv, aspectele esențiale care trebuie implementate de statele membre, potrivit directivei. În primul rând se urmărește o protecție a entității calificate ce ar urma să reprezinte consumatorii prin asigurarea independenței acesteia față de terțul finanțator. Considerentul nr. 52 evidențiază „necesitatea unei transparențe cu privire la surse de finanțare (...) pentru a permite instanțelor judecătorești să evalueze dacă finanțarea de către un terț îndeplinește condițiile prevăzute în prezenta lege, dacă ar putea exista un conflict de interese între finanțatorul terț și entitatea calificată care să prezinte un risc de abuz de procedură”. Aceste cerințe sunt reluate la art. 4 alin. (3) lit. e) din Directiva 2020/1828 drept condiții pentru recunoașterea unei entități calificate.

Potrivit considerentului nr. 52, finanțatorul va trebui să furnizeze informații relevante autorităților naționale, iar acestea să decidă asupra unei

¹⁶ C. T. Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional*, Editura Hamangiu, București, 2018, p. 303.

¹⁷ Supreme Court of Justice (Oberster Gerichtshof), OGH, 23 February 2021, 4 Ob 180/20d. [Online] la https://www.ris.bka.gv.at/JustizEntscheidung.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT_20210223_OGH0002_0040OB00180_20D0000_000&IncludeSelf=True, accesat 07.06.2022.

¹⁸ M. Wegmüller, M. Gnägi, „The Third Party Litigation Funding Law Review: Austria”, în S. Lathan, *The Third Party Litigation Funding Law Review*, fifth edition, published in The Law Business Research Ltd., London, 2017, p. 35. [Online] la <https://thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/austria>, accesat 07.06.2022.

¹⁹ Pentru mai multe detalii: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/kst-36034-1.pdf>, accesat 07.06.2022.

²⁰ România a demarat procedurile interne pentru implementarea Directivei 2020/1828. În acest sens a fost elaborat Proiectul Legii privind acțiunile în reprezentare pentru protecția intereselor colective ale consumatorilor. [Online] la https://anpc.ro/galerie/file/proiecte_acte/2022/180422.pdf, accesat 07.06.2022.

²¹ H. Heppner, T. Nebel, în L. Štorek, P.-J. Aerts, S. Biglieri, T. Csaki, J. Gyárfás, P. Kubina, A. M. Pukszo, I. Réczicza, A. Rosielle, J. M. G. Santos, C. Sévère, G. Steen, „Class Action in EU Status of implementation of the Class Action Directive 2020/1828”, în *Dentons*, 2022, p. 24. [Online] la <https://www.jdsupra.com/legalnews/class-action-in-eu-status-of-2147188/>, accesat 07.06.2022.

potențiale influențe asupra deciziilor procedurale, precum și în privința unor posibile conflicte de interese²² între terțul finanțator și partea finanțată, conform art. 10 din Directivă. Cu privire la sancțiunile posibile Directiva îngăduie instanței „să nu recunoască calitatea procesuală a entității calificate sau să declare inadmisibilă o anumită acțiune în reprezentare pentru obținerea de măsuri reparatorii”.

4. Viitorul european al TPLF

Preocuparea Uniunii în legătură cu implementarea la scară largă a TPLF nu s-a rezumat la art. 10 din Directiva 2020/1828. În martie 2021 a fost prezentat un studiu denumit *Responsible private funding of litigation*²³.

Avantajele din punct de vedere economic a reglementării TPLF constituie unul dintre motivele care stau la baza viitoarei Directive în domeniu, care va avea ca obiect principal TPLF, spre deosebire de Directiva 2020/1828, care abordează TPLF doar în plan subsidiar. Cercetările²⁴ efectuate au reliefat faptul că raportat la piața juridică mondială (care reprezintă 39 miliarde € în 2019, iar preconizările indică o posibilă creștere cu până la 18 miliarde € în 2025), Uniunea deține 15%, S.U.A. - 50%, iar Regatul Unit - 6%. Observăm că statele din *common law* cu tradiție în TPLF dețin o cotă covârșitoare a pieței juridice. Un argument care susține această teză constituie faptul că TPLF european reprezintă 0,8% din totalul tranzacțiilor pe piața juridică, pe când indicatorul american este de 8,4 ori mai mare.

Studiul a sintetizat²⁵ problemele actuale ale TPLF în Uniunea Europeană, propunând și soluții. În continuare vom evidenția aspectele esențiale pentru a putea creiona viitorul cadru legal al TPLF european.

O primă problemă identificată de *European Parliamentary Research Service* (EPRS) se referă la lipsa unei definiții legale a contractului. Aceasta nu ar trebui să

²² În acest sens, se menționează expres la considerentul nr. 52, TPLF, faptul că: „Finanțarea directă a unei acțiuni în reprezentare specifice de către un comerciant care își desfășoară activitatea pe aceeași piață ca și pârâțul ar trebui considerată ca implicând un conflict de interese, întrucât concurentul ar putea avea un interes economic în rezultatul acțiunii în reprezentare, care nu ar coincide cu interesul consumatorilor. Finanțarea indirectă a unei acțiuni în reprezentare de către organizații care sunt finanțate prin contribuții egale de către proprii membri sau prin donații, inclusiv donații efectuate de comercianți în cadrul inițiativelor în materie de responsabilitate socială a întreprinderilor sau de finanțare participativă, ar trebui să fie considerată eligibilă pentru a fi calificată drept finanțare de către un terț, cu condiția ca finanțarea de către un terț să respecte cerințele privind transparența, independența și absența conflictului de interese”.

²³ J. Saulnier, K. Müller, I. Koronthalyova, European Parliamentary Research Service, „Responsible private funding of litigation, European added value assessment”, European Union, Brussels, 2021. DOI: 10.2861/057179.

²⁴ *Idem.*, pp. 6-9.

²⁵ Pentru o enumerare a problemelor identificate și a soluțiilor propuse, a se vedea J. Saulnier, K. Müller, I. Koronthalyova, *op. cit.*, pp. 18-19.

se pretindă a fi una exhaustivă, după cum procedeul juridic este nou și într-o continuă dezvoltare, putând lua diverse forme.

Forum shopping ar urma să fie diminuat prin însăși adoptarea viitoarei Directive în domeniu, fiindcă aceasta ar alinia toate legislațiile naționale. Astfel, grupurile de societăți al căror sediu real este dificil de identificat, se vor supune aceluiași prevederi pe teritoriul întregii Uniuni.

Ar fi bine-venit un filtru național care ar acorda o autorizație²⁶ societății specializate în finanțarea litigiilor. Prin acordarea autorizației, societatea s-ar obliga să se supună interesului superior al clientului. Acest mecanism ar permite evitarea unor abuzuri sau unui risc de influență din partea finanțatorului. Excepția este reprezentată de societățile investitoare non-profit. Dat fiind faptul că ele nu urmăresc un câștig patrimonial din finanțarea părții, posibilitatea unui conflict de interese este redus.

Referitor la insuficiența resurselor financiare ale terțului, a fost identificat riscul ca acesta să oprească finanțarea părții în favoarea unui alt client, având o cauză mai avantajoasă. Pentru a evita aceste inconveniente, s-a propus soluția adoptată în Singapore²⁷, potrivit căreia terțul poate finanța litigiul în funcție de capitalul social sau a unui fond special cu rol de garanție.

Posibilitatea instanței de a interveni din oficiu pentru a stabili existența conflictului de interese sau a consfinți o tranzacție judiciară instituită prin Directiva 2020/1828, va deveni o regulă de drept comun în materia TPLF. În completare se propune Comisiei elaborarea unui ghid adresat autorităților naționale, care să prezinte, cu caracter enunțiativ, ipotezele care ar prezenta un posibil conflict de interese. Spre exemplu, în doctrină se menționează două ipoteze de conflicte de interese: „Situția în care finanțatorul, **care** este dependent de pârât, creează conflicte de interese mai mari decât situația în care finanțatorul este un concurent al pârâtului. În prima situație, interesele finanțatorului sunt mai bine aliniate cu cele ale pârâtului decât cu cele ale reclamanților, ceea ce este cea mai gravă formă a conflictelor de interese. În schimb, interesele finanțatorului și ale reclamanților sunt mai bine aliniate. Cu toate acestea, finanțatorul nu este interesat în primul rând să obțină cel mai bun rezultat pentru reclamanți, ci pentru el însuși, în calitate de concurent al pârâtului”²⁸.

²⁶ Pentru mai multe detalii despre forma și conținutul autorizației, a se vedea J. Saulnier, K. Müller, I. Koronthalyova, op. cit., p. 19 și următoarele.

²⁷ J. J. Stroble, L. Welikson, „Third-Party Litigation Funding: A Review of Recent Industry Developments”, în *Defense Counsel Journal*, vol. 87, no. 1, pp. 1-18. [Online] la <https://www.proquest.com/docview/2429828937/51CC00F0FF2A4908PQ/1?accountid=15859>, accesat 07.06.2022.

²⁸ „The situation where the funder is dependent on the defendant creates larger conflicts of interests than the situation where the funder is a competitor of the defendant. In the first situation, the interests of the funder are better aligned with those of the defendant than with those of the plaintiffs, which obviously is the most extreme form of a conflict of interest imaginable. In the opposite situation, the interests of funder and plaintiffs are better aligned, but the funder is not primarily interested in getting the best result for the plaintiffs, but for itself as a competitor of the defendant”, în Visscher L., Faure M., „A Law and Economics

Aceste aspecte au stat la baza elaborării Proiectului de Raport conținând recomandări adresate Comisiei privind finanțarea privată responsabilă a litigiilor (2020/2130(INL)), în anexa căruia este prezentată Propunerea de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului referitoare la reglementarea finanțării de către terți a litigiilor, (în continuare Propunerea de Directivă)²⁹. În considerente sunt reluate o serie de probleme actuale, în completarea celor sintetizate în studiul *Responsible private funding of litigation*, menționat mai sus. Astfel, s-a observat o politică agresivă a terților finanțatori care încearcă să preia controlul asupra litigiului, obținând sume exorbitante cu titlu de profit, ajungând la 3000%; faptul că finanțatorii pretind că TPLF ar fi unica metodă de a garanta accesul la justiție, în detrimentul mijloacelor alternative de soluționare a litigiilor; lipsa unor *fiduciary duties*³⁰ specifice a finanțatorilor.

Pentru soluționarea deficiențelor legislative actuale, dar și pentru prevenirea unor eventuale riscuri în acest domeniu relativ nou, s-au propus o serie de condiții care ar contura o arhitectură juridică comună a TPLF în legislația fiecărui stat membru.

Cu titlu preliminar, din sfera de aplicare a viitoarei Directive dedicate TPLF nu vor face parte societățile non-profit. De asemenea, în acord cu art. 10 din Directiva 2020/1828, statele membre care interzic TPLF nu vor fi obligate să transpună viitoarea Directivă. Statele membre a căror legislație permite TPLF, urmează să înființeze, conform Capitolului 3 din Propunerea de Directivă, Autoritatea de supraveghere, care va controla activitatea finanțatorilor din perspectiva transparenței, resurselor financiare și a respectării *fiduciary duties*, având competența de a acorda și retrage autorizația propusă în studiul *Responsible private funding of litigation*. Activitatea acestor entități va fi coordonată de către Comisie.

Pentru a exclude eventuale conflicte de interese, potrivit considerentului nr. 24 din Propunerea de Directivă, se va impune societăților finanțatoare adoptarea, fie prin actul constitutiv, fie printr-un act separat, a unor norme interne care să asigure deopotrivă transparența și preeminența interesului superior al părții finanțate.

Cu referire la faza execuțională a procesului civil, considerentul nr. 26 din Propunerea de Directivă învederează ca creditorul-parte să aibă prioritate, în

Perspective on the EU Directive on Representative Actions”, în *J Consum Policy* 44, pp. 455–482. [Online] la <https://doi.org/10.1007/s10603-021-09491-3>, accesat 07.06.2022.

²⁹ Comisia pentru afaceri juridice, Proiect de Raport conținând recomandări adresate Comisiei privind finanțarea privată responsabilă a litigiilor (2020/2130(INL)), Raportor: Axel Voss. [Online] la https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934_RO.pdf, accesat 07.06.2022.

³⁰ *Fiduciary duties* reprezintă „o obligație legală de cel mai înalt grad pentru o parte de a acționa în interesul celuilalt. Persoana însărcinată cu obligația este fiduciarul sau persoana încredințată cu îngrijirea bunurilor sau a banilor. Persoana față de care un fiduciar își datorează creanța este cunoscută drept beneficiar. Fiduciarul trebuie să depună toate diligențele pentru beneficiul comitentului și pentru a obține un rezultat satisfăcător sau o administrare capabilă a activelor comitentului”, pentru mai multe detalii [Online] la <https://www.bankrate.com/glossary/f/fiduciary-duty/>. Accesat 07.06.2022.

detrimentul finanțatorului. Această soluție asigură o probabilitate mai mare de îndeplinire a creanței ce a format obiectul litigiului în favoarea subiectului activ al obligației. Procedura ar urma să fie asemănătoare creanțelor privilegiate.

Se urmărește plafonarea profitului finanțatorului. În acest sens, se indică suma ce îi va reveni părții - minimum 60%. Cu alte cuvinte, profitul maxim al terțului finanțator va fi limitat la 40%. Pentru a diminua dificultățile probatorii, a fost instituită o prezumție de inechitate în ipoteza depășirii plafonului de profit în valoare de 40%. În formularea actuală a Propunerii de Directivă nu se menționează cu exactitate la ce fel de prezumție face referire considerentul nr. 27, respectiv prezumție absolută sau relativă. Totuși, acest aspect pare a fi tranșat prin art. 13 alin. (4) din Propunerea de Directivă, potrivit căruia se instituie posibilitatea răsturnării probei în cazurile excepționale.

Totodată observăm o abordare mai restrictivă asupra profitului finanțatorului, în comparație cu statele din *common law*. Acolo nu există o plafonare prestabilită, caracterul echitabil al profitului urmând a fi analizat de către instanță în fiecare caz în parte, în funcție de riscurile ce au fost avute în vedere la momentul contractării.

Definiția finanțatorului este una extrem de largă, permițând încadrarea unor proceduri juridice considerate distincte în *common law*. Potrivit art. 3 lit. a) din Propunerea de Directivă, „finanțator de litigii” înseamnă orice întreprindere care încheie un acord de finanțare de către terți în legătură cu o procedură, chiar dacă nu este nici parte în procedura respectivă, nici avocat care reprezintă o parte la o astfel de procedură, nici prestator de servicii de asigurare reglementate pentru o parte din cadrul acestei proceduri”.

Din redactarea definiției deducem aspectul că finanțatorul nu este nici parte, nici avocat, nici asigurător al părții, neavând nicio legătură cu litigiul. Aceasta reprezintă transpunerea considerentului nr. 5 din Propunerea de Directivă, potrivit căruia „Conceptul de finanțator nu urmărește să includă avocații reprezentând o parte în procedura judiciară sau furnizorul de servicii de asigurare a unei asemenea părți”.

Art. 5 alin. (1) din Propunerea de Directivă menționează condițiile ce vor fi luate în considerare de Autoritățile de supraveghere, care vor acorda autorizațiile pentru activitatea terțului finanțator. Printre acestea se va număra sediul în statul membru, obligația de a demonstra Autorităților de supraveghere că societatea îndeplinește condițiile de transparență, *fiduciary duties*³¹ și alte obligații prevăzute de legislația națională; deținerea unor resurse financiare pentru plata obligațiilor ce derivă din contractul de finanțare a părții (*Capital adequacy*).

De asemenea, potrivit art. 12 din Propunerea de Directivă, se urmărește prezentarea reclamantului a tuturor informațiilor relevante cu privire la posibilitatea ivirii unui conflict de interese, respectiv: „informații privind orice acorduri existente, financiare sau de altă natură, între finanțatorul de litigii și orice

³¹ Art. 7 alin. (2) din Proiectul de Raport conținând recomandări adresate Comisiei privind finanțarea privată responsabilă a litigiilor (2020/2130(INL)), indică printre *fiduciary duties* interesul superior al părții finanțate, chiar în detrimentul propriului interes.

altă societate care are legătură cu procedurile, inclusiv orice acorduri cu orice entitate calificată pertinentă, entitate de agregare a reclamațiilor, avocați sau alte părți interesate; detalii privind orice alte acorduri de finanțare de către terți încheiate de finanțatorul de litigii care sunt legate de cauza reclamantului, pertinente pentru aceasta sau similare cu ea și detalii privind orice legătură pertinentă între finanțatorul de litigii și un pârât în cadrul procedurii.”

Autorităților de supraveghere **li se va** cere verificarea anuală, din oficiu, a activității finanțatorului sub aspectul îndeplinirii condițiilor care stau la baza autorizației³². Această obligație fiind dublată de cea a societății finanțatoare de a prezenta, cel puțin anual, un certificat privind îndeplinirea condițiilor art. 6 din Propunerea de Directivă, mai exact un certificat contabil ce atestă suficiența fondurilor bănești.

Printre atribuțiile Autorităților de supraveghere se va număra demararea unei anchete privind îndeplinirea sau nu a condițiilor legale de către societatea finanțatoare, din oficiu, la cerere sau chiar în urma unei dispoziții a instanței.

Societatea finanțatoare va trebui, potrivit art. 11 din Propunerea de Directivă, să informeze contractanții atât asupra activității proprii, cât și asupra riscurilor la care s-ar supune partea.

Conform art. 13 din Propunerea de Directivă, vor fi sancționate cu nulitatea contractarea cu societatea finanțatoare ce nu deține autorizația necesară, exercitarea unei influențe asupra litigiului, orice clauză prin care societatea finanțatoare impune contractantului să returneze o sumă de bani în caz de pierdere a cauzei, diminuarea cu mai mult de 60% a cotei din câștigul părții (nefiind aplicabil în situațiile excepționale) și excluderea sau diminuarea răspunderii juridice a societății finanțatoare.

Deși Propunerea de Directivă nu prevede expres forma juridică a societății finanțatoare, considerăm utilă parcurgerea unor scurte considerente din *common law* pentru a reliefa avantajele și dezavantajele principalelor forme juridice.

Limited liability companies (în continuare LLC - societatea cu răspundere limitată) prezintă următoarele avantaje: tratamentul fiscal mai îngăduitor și răspunderea limitată. Totodată, pentru înființarea LLC este necesar doar *certificate of formation* și *limited liability company agreement*³³.

În acord cu condițiile menționate în Propunerea de Directivă, actul constitutiv poate să prevadă clauze speciale care ar evita conflictul de interese³⁴. Evitarea conflictului de interese este urmărită nu doar de partea finanțată, dar și

³² În urma acestor verificări se vor emite acte administrative ce vor fi transmise Comisiei care are va veghea coordonarea activității Autorităților de supraveghere, precum și alte decizii luate, conform art. 10 alin. (5) din Proiectul de Raport conținând recomandări adresate Comisiei privind finanțarea privată responsabilă a litigiilor (2020/2130(INL)).

³³ Knight J. F., „Of Conflicts and Corporations: Analyzing Corporate Forms for Future Litigation Finance Firms”, în *The Journal of Corporation Law*, vol. 41:4, 2016, pp. 993-1007. [Online] la <https://www.proquest.com/docview/1783397479/E8107E7EC6814F3CPQ/1?accountid=15859>, accesat 07.06.2022.

³⁴ *Idem.*, p. 1001.

de asociații societății finanțatoare. Putem exemplifica prin ipoteza în care un asociat urmărește finanțarea unui litigiu în interes personal, în detrimentul interesului urmărit de ceilalți asociați și a societății finanțatoare înseși. Aparent, din perspectiva părții finanțate persistă riscul ineficienței unei asemenea clauze, însă tocmai pentru asigurarea respectării garanțiilor minime ale viitoarei Directive, se instituie Autoritatea de supraveghere.

Principalul dezavantaj al acestei forme juridice se referă la influența decisivă pe care o au asociații asupra deciziilor de finanțare³⁵. Chiar dacă ar fi instituită o clauză care ar evita conflictul de interese, aceasta nu ar fi în stare să garanteze confidențialitatea informațiilor cu privire la litigiu. Dat fiind numărul restrâns de asociați (am putea puncta și regula potrivit căreia unul dintre asociați îndeplinește și rolul de administrator), numărul persoanelor care ar avea acces la informațiile confidențiale ar fi prea mare. De asemenea, lipsa varietății părților sociale în comparație cu acțiunile, poate fi privită ca un alt dezavantaj.

Alternativa la LLC ar fi *corporation* (societatea pe acțiuni). Printre avantajele acesteia enumerăm răspunderea limitată și deținerea unor resurse financiare considerabile. De asemenea, se evidențiază structura de administrare a *corporation* care nu permite accesul acționarilor la informațiile confidențiale privind cauza ce se dorește a fi finanțată. De asemenea, vărsămintele de capital social sunt mai facile în cazul *corporation*³⁶, fiind prevăzute proceduri cu o celeritate mai mare. Rezultatul practic ar fi posibilitatea suplinirii capitalului social sau a fondului special destinat plății obligațiilor (menționate în Propunerea de Directivă). În completare, ar exista și posibilitatea deținerii mai multor tipuri de acțiuni, aspect ce ar permite accesul mai facil al terților în cadrul *corporation* (ceea ce ar reprezenta noi vărsăminte).

Dintre cele două forme juridice, considerăm că doar *corporation* sau societatea pe acțiuni autohtonă, poate satisface cerințele viitoarei Directive, având un capital social mai mare și mai ușor de adaptat, o varietate a acțiunilor, structura administrativă ce asigură confidențialitatea informațiilor din proces și limitarea eficientă a conflictului de interese.

5. Concluzii

În Uniunea Europeană, la fel cum s-a întâmplat în statele din *common law*, TPLF apare ca o modalitate de a eficientiza accesul liber la justiție. Inițial necesitatea s-a resimțit în materia consumatorilor pentru a acorda resursele financiare necesare în acțiunile colective. După ce au fost conștientizate avantajele TPLF, s-a decis lărgirea câmpului de aplicare a acestuia prin reglementarea distinctă a instituției.

Propunerea de Directivă, TPLF se practică în prezent în Uniune, însă „*it is happening largely in the shadows (...) and most agreements are made in secret - rendering them ripe for abuse*”. Același mesaj a fost transmis de către *The*

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Idem.*, p. 1002.

*U.S. Chamber Institute for Legal Reform*³⁷ în legătură cu implementarea Directivei 2020/1828. Potrivit acestora, există riscul unor abuzuri din partea finanțatorilor, dat fiind faptul că Directiva 2020/1828 nu este adresată în mod special TPLF, ci doar indică anumite cerințe ce ar trebui respectate de societățile finanțatoare în acțiunile colective. Astfel, deși nu *expressis verbis*, aceștia, totuși, au sugerat o serie de condiții ce ar trebui impuse de către Uniune în materia TPLF. Printre acestea se numără profitul limitat al finanțatorului, garanțiile privind resursele financiare ale acestuia și necesitatea unei definiții a „*undue influence*”.

Odată cu adoptarea și ulterior implementarea viitoarei Directive privind TPLF, va urma înființarea unor noi societăți comerciale în Uniune, respectiv un nou sector economic. Înțelegem că se așteaptă un val de investiții din afara Uniunii în acest domeniu, fiind avantajate state precum Germania, care deja au formată o tradiție în practicarea TPLF.

Dacă analizăm perspectiva justițiabililor, evidențiem că *The U.S. Chamber Institute for Legal Reform* a realizat un sondaj în acest sens³⁸. Acesta exprimă poziția respondenților europeni cu privire la reglementarea TPLF în Uniune. 83% dintre aceștia își doresc o reglementare strictă, cu cât mai multe garanții. Auto-reglementarea prin intermediul practicilor, jurisprudenței sau codurilor de conduită este preferată doar de 27% dintre respondenți.

Referințe

- Abrams D. S., Chen D. L., „*A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding (2013)*”, în *Faculty Scholarship at Penn Law*. 875, pp. 1075-1109
- Comisia Comunităților Europene, Carte verde privind recursul colectiv pentru consumatori /* COM/2008/0794 final */, Bruxelles, 27.11.2008
- Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, Către un cadru orizontal la nivel european pentru acțiunile colective, /* COM/2013/0401 final */, Bruxelles, 11.06.2013
- Comisia pentru afaceri juridice, Proiect de Raport conținând recomandări adresate Comisiei privind finanțarea privată responsabilă a litigiilor (2020/2130(INL)), Raportor: Axel Voss
- de Morpurgo M., „*A Comparative Legal and Economic Approach to Third-party Litigation Funding (April 2011)*”, în *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, pp. 343-412
- Hepner H., Nebel T., în Štorek L., Aerts P.-J., Biglieri S., Csaki T., Gyárfás J., Kubina P., Pukszto A. M., Réciczka I., Rosielle A., Santos J. M. G., Sévère C., Steen G., „Class

³⁷ Public Consultation on the Transposition of Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC. Response from the U.S. Chamber Institute for Legal Reform, pp. 20-21. [Online] la <https://enterprise.gov.ie/en/Consultations/Consultations-files/US-Chamber-Institute-for-Legal-Reform-submission-Directive-2020-1828.pdf>, accesat 07.06.2022.

³⁸ U.S. Chamber Institute for Legal Reform: New Poll Shows 83 Percent of EU Consumers Want Safeguards for Third Party Litigation Funding 2021, Washington, D.C. [Online] la <https://www.proquest.com/wire-feeds/u-s-chamber-institute-legal-reform-new-poll-shows/docview/2577386449/se-2?accountid=193930>, accesat 07.06.2022.

- Action in EU Status of implementation of the Class Action Directive 2020/1828”, în *Dentons*, 2022
- Knight J. F., „Of Conflicts and Corporations: Analyzing Corporate Forms for Future Litigation Finance Firms”, în *The Journal of Corporation Law*, vol. 41:4, 2016, pp. 993-1007
- Public Consultation on the Transposition of Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC. Response from the U.S. Chamber Institute for Legal Reform, pp. 20-21
- Saulnier J., Müller K., Koronthalyova I. (European Parliamentary Research Service - EPRS), „Responsible private funding of litigation, European added value assessment”, European Union, Brussels, 2021. DOI: <https://doi.org/10.2861/057179>
- Stroble J. J., Welikson L., „Third-Party Litigation Funding: A Review of Recent Industry Developments”, în *Defense Counsel Journal*, vol. 87, no. 1/2020, pp. 1-18
- Raport al Comisiei către Parlamentul European, Consiliu și Comitetul Economic și Social European privind punerea în aplicare a Recomandării din 11 iunie 2013 a Comisiei privind principiile comune aplicabile acțiunilor colective în încetare și în despăgubire introduse în statele membre în cazul încălcării drepturilor conferite de legislația Uniunii (2013/396/UE), /* COM/2018/040 final */, Bruxelles, 25.01.2018
- Recomandarea Comisiei din 11 iunie 2013 privind principiile comune aplicabile acțiunilor colective în încetare și în despăgubire introduse în statele membre în cazul încălcării drepturilor conferite de legislația Uniunii, OJ L 201, 26.7.2013, pp. 60–65
- Ungureanu C. T., *Dreptul comerțului internațional*, Editura Hamangiu, București, 2018
- Supreme Court of Justice (Oberster Gerichtshof), OGH, 23 February 2021, 4 Ob 180/20d.
- U.S. Chamber Institute for Legal Reform: New Poll Shows 83 Percent of EU Consumers Want Safeguards for Third Party Litigation Funding 2021, Washington, D.C.
- U.S. Chamber Institute for Legal Reform, *Stopping the sale on lawsuits: a proposal to regulate third-party investments in litigation*, 2012
- Velchik M., Zhang J., „Islands of Litigation Finance (February 1, 2019)”, în *Stanford Journal of Law, Business, and Finance*, Vol. 24, No. 1/2019
- Visscher L., Faure M., „A Law and Economics Perspective on the EU Directive on Representative Actions”, în *Journal of Consumer Policy* 44/2021, pp. 455–482, <https://doi.org/10.1007/s10603-021-09491-3>
- Wegmüller M., Gnägi M., „The Third Party Litigation Funding Law Review: Austria”, în Lathan S., *The Third Party Litigation Funding Law Review*, fifth edition, published in The Law Business Research Ltd., London, 2017

Internet of Things – Perspective europene asupra dreptului de acces la date

Internet of Things – European perspectives on data access rights

Alexandru Chistruga¹

Rezumat: IoT (Internet-of-Things) sau internetul obiectelor reprezintă o rețea de obiecte *smart* (conectate la internet) în care sunt incorporate senzori electronici în scopul colectării și schimbului de date cu alte dispozitive *smart*. În literatura de specialitate s-a pus problema privind persoana îndreptățită să aibă acces la aceste date (fabricanții senzorilor, fabricantul obiectului *smart*, proprietarul acestui obiect, furnizorul de conținut digital, furnizorul de *cloud*). În lucrarea *IoT-European Perspectives on Data Access Rights* se va încerca clarificarea acestei probleme prin prisma reglementărilor europene actuale, dar și a celor aflate în stadiul de propunere.

Cuvinte-cheie: Internetul obiectelor, dreptul de acces la date, Legea privind datele

Abstract: IoT (Internet of Things) is a network of smart objects that are embedded with electronic sensors that aim to collect and exchange data with other smart devices. The legal literature has raised the question of the person entitled to have access to data (sensor manufacturers, smart object manufacturer, owner of this object, digital content provider, cloud provider). The study *IoT-European Perspectives on Data Access Rights* will attempt to clarify this issue in light of current European regulations, as well as those in the proposal stage.

Keywords: Internet of Things, data access rights, Data Act

Aspecte introductive

Tehnologiile digitale sunt în continuă dezvoltare, fiind omniprezente în majoritatea domeniilor vieții noastre, aducând numeroase beneficii, dar și multe provocări în ceea ce privește securitatea informațiilor pe care le oferim furnizorilor de produse și servicii conexe.

O categorie de tehnologii digitale, care devine tot mai răspândită în ultimii ani, este reprezentată de IoT (*Internet of Things*). Deși există impresia că IoT se limitează la obiectele *smart* de uz casnic, cum ar fi *IoT-Powered Multicookers*, *smart watches* sau *smart TV*, realitatea constă în aceea că orice dispozitiv care are abilitatea de a se conecta la internet pentru a comunica cu alte obiecte *smart* face parte din rețeaua IoT.

¹ Masterand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: alexandruchistruga98@gmail.com

Pentru buna lor funcționare, IoT colectează și stochează o cantitate enormă de date cu caracter personal și fără caracter personal. Spre exemplu, potrivit unui raport² prezentat de *Federal Trade Commission* din Statele Unite ale Americii, în anul 2015, 10.000 de gospodării casnice care utilizau dispozitive *smart* puteau genera peste 150 de milioane de date pe zi. Apreciem că această statistică este incidentă și în cazul Uniunii Europene. În cele mai multe cazuri, utilizatorii își dau acordul pentru colectarea acestora fără a cunoaște în ce scop vor fi folosite și, prin urmare, necunoscând în ce condiții au dreptul de acces la propriile date.

În vederea instituirii unui cadru legal în care să fie prevăzute norme care să reglementeze dreptul de acces la datele colectate de dispozitivele conexe atât de furnizorul de produs, cât și de consumator, Comisia Europeană a elaborat două propuneri de Regulament în acest domeniu.

Astfel, prima propunere se referă la Legea privind guvernarea datelor³ (devenită Regulamentul 2022/868) care încearcă să abordeze „schimbul de date între întreprinderi, în schimbul unei remunerații sub orice formă”⁴, iar a doua propunere, Legea privind datele⁵, are drept obiective „facilitarea accesului la date și a utilizării acestora de către consumatori și întreprinderi”⁶, precum și „instituirea de garanții împotriva transferului ilegal de date fără notificare din partea furnizorilor de servicii de *cloud*”⁷.

Prezenta lucrare se va axa în principal pe a doua propunere de regulament, analizând principalele dispoziții ale acesteia, în special, din perspectiva societăților care furnizează dispozitivele *smart*, urmând să fie tratate principalele soluții legislative identificate de Comisia Europeană referitoare la problemele existente în practică privind dreptul de acces la date.

² Federal Trade Commission Staff Report, Internet of Things Privacy & Security in a Connected World, January 2015, p. 14, [Online] disponibil pe internet la adresa:

<https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/federal-trade-commission-staff-report-november-2013-workshop-entitled-internet-things-privacy/150127iotrpt.pdf>, accesat la data de 07.06.2022.

³ Propunere de Regulament al Parlamentului European și al Consiliului privind guvernarea datelor la nivel european (Legea privind guvernarea datelor), [Online] disponibil pe internet la adresa:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0767&from=EN>, accesat la data de 07.06.2022.

⁴ *Idem*, p. 1.

⁵ Propunere de Regulament al Parlamentului European și al Consiliului privind normele armonizate pentru un acces echitabil la date și o utilizare corectă a acestora (Legea privind datele), [Online] disponibilă pe internet la adresa:

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c83fe50f-9660-11ec-b4e4-01aa75ed71a1/language-ro/format-PDF?msclid=3ca7c617be6d11ecbf0bd71def53ebb1>, accesat la data de 07.06.2022.

⁶ *Idem*, p. 3.

⁷ *Ibidem*.

1. Principalele provocări existente la momentul actual privind dreptul de acces la date

Potrivit documentului de lucru al serviciilor Comisiei Europene ce însoțește Legea privind datele, una dintre principalele provocări cu care se confruntă întreprinderile și consumatorii constă în incapacitatea acestora de a beneficia de folosința datelor, întrucât le lipsește controlul efectiv asupra acestora⁸. Cu această problemă se confruntă nu doar consumatorii, dar și întreprinderile terțe, în special, cele din domeniul construcțiilor sau sectorul agricol.

Astfel, un exemplu în care o întreprindere nu are acces în mod efectiv la datele colectate de bunurile pe care le deține în folosință sau chiar în proprietate, este ipoteza unui tractor al cărui sistem de frânare are incorporați senzori ce colectează datele necesare funcționării acestuia. Fiind un dispozitiv ce aparține IoT, în caz de defecțiune, poate fi reparat doar de furnizorul tractorului, întrucât cererile de acces la datele necesare formulate de întreprinderile terțe sunt respinse fără justificare, fapt ce duce și la existența unor costuri mai mari datorită exclusivității serviciului⁹. În acest sens, potrivit asociației *Zentralverband Deutsches Handwerk*¹⁰ costurile serviciilor de reparații ar urma să scadă cu aproximativ 40% în cazul în care consumatorii sau întreprinderile ar putea să se adreseze unor terțe persoane.

În ceea ce privește consumatorii, în majoritatea cazurilor, aceștia nu pot apela la un terț care le poate oferi avantaje suplimentare față de cele propuse de producători, cum ar fi costuri reduse sau setări care să permită o utilizare mai eficientă a energiei electrice de către dispozitivele *smart*, întrucât terțului îi este refuzat accesul la datele colectate de acestea. Prin urmare, putem afirma că în prezent producătorii de obiecte *smart* se bucură de o exclusivitate „de facto” asupra datelor în detrimentul utilizatorilor sau altor întreprinderi.

În același timp, apare problema naturii datelor generate de către aceste dispozitive, care pot fi atât cu caracter personal, cât și fără caracter personal, respectiv a dispozițiilor legale aplicabile în cazul acestora.

⁸ Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), [Online] disponibil pe internet la adresa:

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d0f2ed7a-9664-11ec-b4e4-01aa75ed71a1/language-en?msckid=57a2cd84be7311ecbcec1ac33dd13ca9>, accesat la data de 07.06.2022.

⁹ *Idem*, p. 10.

¹⁰ *Feedback* de la: Zentralverband des Deutschen Handwerk, [Online] disponibil pe internet la adresa:

https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13045-Data-Act-amended-rules-on-the-legal-protection-of-databases/F2660174_en, accesat la data de 06.06.2022, accesat la data de 07.06.2022.

Astfel, pentru a asigura un grad de protecție ridicat datelor cu caracter personal a fost elaborat Regulamentul (UE) 2016/679¹¹, ce definește la art. 4 pct. 1 noțiunea de date cu caracter personal ca fiind *orice informații privind o persoană fizică identificată sau identificabilă („persoana vizată”); o persoană fizică identificabilă este o persoană care poate fi identificată, direct sau indirect, în special prin referire la un element de identificare, cum ar fi un nume, un număr de identificare, date de localizare, un identificator online, sau la unul sau mai multe elemente specifice, proprii identității sale fizice, fiziologice, genetice, psihice, economice, culturale sau sociale.* Din interpretarea textului legal, rezultă în mod evident faptul că majoritatea persoanelor care achiziționează un dispozitiv *smart* pot fi calificate drept persoane vizate, întrucât pe lângă datele fără caracter personal cum ar fi cele privind temperatura camerei, multe dispozitive *smart* colectează date privind locația în care se află.

Un alt text legal care interesează prezenta lucrare este cel de la art. 15 care reglementează dreptul de acces al persoanei vizate la datele gestionate de operatorul de date. Potrivit acestuia, persoana vizată, în cazul nostru cumpărătorul are dreptul să obțină de la operatorul de date acces la datele sale cu caracter personal. De asemenea, persoana vizată are dreptul să obțină acces la o serie de informații, cum ar fi *scopurile prelucrării, categoriile de date cu caracter personal vizate, destinatarii sau categoriile de destinatari cărora datele cu caracter personal le-au fost sau urmează să le fie divulgate, în special destinatari din țări terțe sau organizații internaționale.* Aparent, legiuitorul European a asigurat suficiente pârghii legale pentru a securiza un grad ridicat de protecție persoanelor vizate, instituind în sarcina operatorilor de date o serie de obligații suplimentare. Cu toate acestea, ipotezele în care persoanele vizate se adresează cu o cerere pentru a obține acces la datele cu caracter personal colectate sunt extrem de rare.

În ceea ce privește datele fără caracter personal, sunt incidente dispozițiile din Regulamentul 2018/1807¹², care urmărește să *asigure libera circulație a datelor, altele decât datele cu caracter personal, în cadrul Uniunii, prin stabilirea de norme privind cerințele de localizare a datelor, disponibilitatea datelor pentru autoritățile competente și portarea datelor pentru utilizatorii profesioniști.* Observăm preocuparea legiuitorului European în ceea ce privește portarea datelor fără caracter personal pentru utilizatorii profesioniști, dedicând în acest sens art. 6

¹¹ Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), [Online] disponibil pe internet la adresa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=RO>, accesat la data de 06.06.2022.

¹² Regulamentul (UE) 2018/1807 al Parlamentului European și al Consiliului din 14 noiembrie 2018 privind un cadru pentru libera circulație a datelor fără caracter personal în Uniunea Europeană, [Online] disponibil pe internet la adresa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1807&from=RO>, accesat la data de 06.06.2022.

potrivit căruia *Comisia încurajează și facilitează elaborarea unor coduri de conduită de autoreglementare la nivelul Uniunii („coduri de conduită”), pentru a contribui la o economie competitivă a datelor, în special prin asigurarea celor mai bune practici pentru a facilita schimbarea furnizorilor de servicii și portarea datelor într-un format structurat, utilizat în mod curent și care poate fi prelucrat electronic.*

La o scurtă analiză a textelor legale rezultă că dispozițiile privind portabilitatea datelor se aplică în cazul utilizatorilor profesioniști, adică o *persoană fizică sau juridică, inclusiv o autoritate publică sau un organism de drept public, care utilizează ori solicită un serviciu de prelucrare a datelor în scopuri legate de activitatea sa comercială, industrială, artizanală sau profesională ori de sarcinile sale.* Prin urmare, respectivele dispoziții legale urmează să se aplice în cadrul relației dintre producătorii de dispozitive *smart* și întreprinderile care utilizează aceste dispozitive în activitatea lor profesională, neaplicându-se în cazul consumatorilor care au achiziționat dispozitivele *smart* pentru a le utiliza într-un scop privat.

Luând în considerare faptul că, în majoritatea cazurilor, „datele cu caracter personal sunt combinate cu datele fără caracter personal”¹³, am putea afirma că în cazul datelor colectate prin intermediul IoT predomină datele mixte. Se pune problema și în acest caz care ar fi dispozițiile legale incidente, cele din Regulamentul 2016/679 sau cele din Regulamentul 2018/1807? Răspunsul la această întrebare este oferit de art. 2 alin. 2 din Regulamentul 2018/1807 potrivit căruia *în cazul unui set de date compus atât din date cu caracter personal, cât și din date fără caracter personal, prezentul regulament se aplică părții din set cu date fără caracter personal. În cazul în care datele cu caracter personal și cele fără caracter personal dintr-un set de date sunt legate între ele în mod indisolubil, prezentul regulament nu aduce atingere aplicării Regulamentului (UE) 2016/679.* Rezultă că se aplică fiecare Regulament în parte, respectiv Regulamentul 2018/1807 pentru datele fără caracter personal și Regulamentul 2016/679 pentru datele cu caracter personal colectate de dispozitivele *smart*.

În același timp, potrivit tezei a doua din articolul anterior citat, reiese faptul că în cazul în care datele sunt indisolubil legate între ele urmează să aplice Regulamentul 2016/679. Cu toate acestea, nu există o definiție legală a noțiunii de date indisolubile, în doctrină considerându-se că „datele sunt legate indisolubil atunci când un set de date conține date din ambele categorii, iar separarea celor două tipuri de date, fie este imposibilă, fie este considerată de către operator ca ineficientă din punct de vedere economic sau nefezabilă din punct de vedere tehnic”¹⁴.

¹³ C.T. Ungureanu, *Drept internațional privat european în raporturi de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2021, p. 110.

¹⁴ *Idem*, p. 111.

2. Noutăți legislative. Soluții propuse de către Comisia Europeană în ceea ce privește dreptul de acces la date

Pentru a răspunde la provocările existente pe piață, Comisia Europeană prin Legea privind datele, instituie o serie de obligații întreprinderilor al căror obiect de afaceri are legătură cu IoT.

În primul rând, este reglementat dreptul utilizatorilor de a accesa și utiliza datele generate prin utilizarea produselor sau serviciilor conexe. Astfel, o parte dintre întreprinderile de pe piața IoT care nu informează clientul în mod explicit asupra drepturilor de acces la aceste date urmează să-și modifice politica de activitate, fiind obligate în acest sens de art. 3 din Legea privind datele. Potrivit acestui articol, *înainte de încheierea unui contract de cumpărare, de închiriere sau de leasing al unui produs sau al unui serviciu conex, utilizatorului i se furnizează, într-un format clar și inteligibil, natura și volumul datelor care ar putea fi generate prin utilizarea produsului sau a serviciului conex, dacă este probabil ca datele să fie generate în mod continuu și în timp real, precum și modul în care utilizatorul poate accesa datele respective*. De asemenea, în cazul în care datele urmează să fie utilizate de o terță persoană, furnizorul este obligat să informeze asupra acestui fapt utilizatorul, indicând *scopurile în care vor fi utilizate datele respective*.

Din dispoziția anterior menționată rezultă și faptul că produsele *smart* urmează să fie proiectate *astfel încât datele generate prin utilizarea lor să fie, în mod implicit, accesibile utilizatorului cu ușurință, în mod securizat și, când este relevant și indicat, în mod direct*. Aceste obligații ar putea duce la modificarea unor lanțuri întregi de producție a întreprinderilor care proiectau produsele în așa mod încât accesul la date să fie restricționat, precum și la redactarea unor noi politici de confidențialitate în care să se prevadă în mod explicit drepturile utilizatorului de acces asupra datelor colectate de produsele *smart*.

În al doilea rând, este prevăzut în mod expres faptul că deținătorul de date, care, în majoritatea cazurilor, este chiar furnizorul de produse *smart*, poate să folosească *eventualele date fără caracter personal generate prin utilizarea unui produs sau a unui serviciu conex* numai în baza unui acord contractual cu utilizatorul. Rezultă că, în unele cazuri, consumatorii ar putea cere o remunerație în schimbul accesului la aceste date, în special, cei care folosesc IoT în afaceri.

De asemenea, utilizatorului i se recunoaște dreptul de a partaja datele colectate de obiectele *smart* cu părți terțe, chiar dacă această terță persoană „oferă un serviciu post-vânzare potențial concurent cu un serviciu furnizat de deținătorul de date sau însărcinarea deținătorului de date să facă acest lucru”¹⁵. Pentru a fi protejat deținătorul de date, nici utilizatorul, nici partea terță, nu pot utiliza datele pe care le primesc *pentru dezvoltarea unui produs care concurează cu produsul din care provin datele accesate sau pentru partajarea datelor cu altă parte terță în scopul respectiv*.

Noile obligații presupun, în unele cazuri, reproiectarea obiectelor *smart*, aspect ce duce la suportarea unor cheltuieli suplimentare de către furnizorii de

¹⁵ Legea privind datele, considerentul 28, p. 27.

produse sau servicii conexe. Dacă în cazul societăților mari, care au resurse suficiente, aceste obligații nu ar impune costuri extrem de oneroase, în cazul întreprinderilor mici și mijlocii și a „întreprinderilor din sectoarele tradiționale ale căror capacități digitale sunt mai puțin dezvoltate aceste obligații ar avea un caracter excesiv de împovăraător”¹⁶. Prin urmare, pentru a nu împiedica dezvoltarea sectorului IoT prin impunerea noilor restricții, Legea privind datele exclude de la aplicarea respectivelor dispoziții legale microîntreprinderile și întreprinderile mici.

3. Obligația de a pune datele colectate la dispoziția organismelor din sectorul public

O altă noutate legislativă reglementată de Legea privind datele constă în impunerea în sarcina deținătorului de date, adică în majoritatea cazurilor furnizorul de produse IoT, a obligației de a pune datele colectate de obiectele *smart la dispoziția organismelor din sectorul public și a instituțiilor, agențiilor sau organelor Uniunii pe baza unei nevoi excepționale*. În acest sens, potrivit art. 15 din propunerea de regulament se consideră că *există o nevoie excepțională de utilizare a datelor, în înțelesul prezentului capitol, atunci când datele solicitate sunt necesare pentru răspunsul la o urgență publică sau când cererea de date este limitată în timp și ca domeniu de aplicare și este necesară pentru prevenirea unei urgențe publice sau pentru sprijinirea redresării în urma unei urgențe publice*. Prin urmare, în cazul *urgențelor rezultate din degradarea mediului și dezastrele naturale majore, inclusiv cele agravate de schimbările climatice, precum și dezastrele majore antropogene, cum ar fi incidentele majore de securitate cibernetică*, interesul public care rezultă din utilizarea datelor va prevala asupra intereselor deținătorilor de date de a dispune liber de datele pe care le dețin.

Procedura presupune existența unei cereri din partea unui organism sau instituții din sectorul public, care trebuie să precizeze ce date sunt solicitate și să demonstreze existența nevoii excepționale pentru care acestea se solicită. De asemenea, se va indica data-limită până la care respectivele date trebuie să fie puse la dispoziția organismului sau instituției. Deținătorul de date, care primește cererea, trebuie să ofere accesul la acestea fără întârzieri nejustificate, având totuși dreptul de a refuza cererea sau să solicite modificarea acesteia în cazul în care datele nu sunt disponibile.

În același timp, deși este prevăzut la art. 17 alin. 2 lit. d), faptul că o cerere formulată de organismul public *trebuie să se refere, în măsura posibilului, la date fără caracter personal*, ar putea exista situații când va fi oferit accesul și la alt tip de date. Pentru a oferi un grad de protecție celor de la care au fost colectate datele cu caracter personal, se instituie obligația în sarcina deținătorului de date, adică furnizorul de produse IoT, de a *depune eforturi rezonabile pentru a pseudonimiza datele, în măsura în care cererea poate fi îndeplinită cu ajutorul unor date pseudonimizate*. Din cauză că aceste date sunt doar pseudonimizate, ci nu

¹⁶ *Idem*, considerentul 36, p. 30.

anonimizate, urmează să se aplice dispozițiile din Regulamentul 2016/679, întrucât aceste date continuă să fie considerate date cu caracter personal.

Pentru ca datele să nu rămână o perioadă îndelungată în posesia autorităților publice, la art. 19 au fost reglementate o serie de obligații în acest sens. Spre exemplu, autoritatea publică nu va putea utiliza *datele într-un mod incompatibil cu scopul pentru care au fost solicitate*, iar în cazul în care nu mai are nevoie de datele solicitate este obligată să le distrugă de îndată, urmând să informeze deținătorul de date despre acest fapt.

Astfel, pe lângă necesitatea de a acorda acces la datele colectate de produsele *smart* consumatorilor, întreprinderile trebuie să fie pregătite să acorde într-un termen scurt acces la datele colectate de dispozitivele *smart* și organismelor sau instituțiilor publice. În principiu, nu ar trebui să existe diferențe semnificative între cele două proceduri, întrucât datele vor fi colectate și stocate în același loc, iar etapele ce trebuie să fie parcurse pentru obținerea accesului sunt aproape identice.

4. Soluții noi la problemele vechi

Am menționat anterior faptul că prin Regulamentul 2018/1807, furnizorii de servicii sunt încurajați „să redacteze și să aplice efectiv coduri de conduită în scop de autoreglementare care să cuprindă bune practici pentru, printre altele, facilitarea trecerii la alți furnizori de servicii de prelucrare a datelor și portarea datelor”¹⁷. Potrivit constatărilor Comisiei, cadrele de autoreglementare elaborate în acest sens au o eficacitate limitată și prin urmare este necesar să se adopte „un set de obligații minime de reglementare pentru furnizorii de servicii de prelucrare a datelor, în vederea eliminării barierelor contractuale, economice și tehnice din calea trecerii efective de la un serviciu de prelucrare a datelor la altul”¹⁸.

În acest sens, potrivit art. 23 și următoarele din Legea privind datele, sunt prevăzute măsuri menite să asigure trecerea de la un furnizor de prelucrare a datelor la altul într-un termen optim și cu costuri rezonabile. Astfel, o întreprindere care are drept obiect de activitate un domeniu în care se utilizează tehnologii IoT poate încheia un contract cu un furnizor de prelucrare a datelor având garanția că în cazul în care dorește să încheie un contract cu alt furnizor perioada de trecere la acesta ar dura maxim 30 de zile. Acest aspect rezultă din interpretarea textului legal reglementat de art. 24 alin. 1 lit. a) potrivit căruia părțile trebuie să stipuleze în contract clauze care să îi permită clientului, la cerere, *să treacă la un serviciu de prelucrare a datelor oferit de alt furnizor de servicii de prelucrare a datelor sau să porteze toate datele, aplicațiile și activele digitale generate direct sau indirect de client la un sistem de la fața locului, în special să stabilească o perioadă de tranziție maximă obligatorie de 30 de zile calendaristice*.

În ceea ce privește taxele de trecere la noul furnizor, se tinde la eliminarea acestora prin reglementarea în art. 25 a unei perioade de tranziție. Astfel, pentru

¹⁷ *Idem*, Considerentul nr. 70, p. 37.

¹⁸ *Ibidem*.

început, furnizorii de servicii de prelucrare a datelor vor putea impune taxe de valoare redusă pentru procesul de trecere la alt furnizor, ca peste o perioadă, care urmează să fie stabilită odată cu intrarea în vigoare a Legii privind datele, acestea să fie eliminate.

Prin facilitarea accesului la alți furnizori de servicii de prelucrare a datelor au de câștigat nu doar întreprinderile mici și mijlocii care suportă clauze, de multe ori, abuzive, întrucât procesul de tranziție la alt furnizor presupune existența unor costuri suplimentare pe care asemenea întreprinderi nu își pot permite să le onoreze, dar și consumatorii care vor putea achiziționa obiectele *smart* la un preț mai mic. De asemenea, prin acest fapt se asigură și o circulație a datelor de la un furnizor la altul mult mai sigură prin impunerea obligației de cooperare între aceștia în perioada de tranziție, aspect important pentru toate părțile implicate.

5. Transferul internațional de date fără caracter personal

În final, o altă noutate legislativă, care are efect și asupra sectorului IoT în ceea ce privește securitatea datelor fără caracter personal, constă în reglementarea în cadrul capitolului VII din Legea privind datele a unor garanții suplimentare ce au drept obiect *prevenirea transferului internațional de date fără caracter personal deținute în Uniune sau accesul administrațiilor publice la astfel de date în cazul în care un astfel de transfer sau acces ar crea un conflict cu dreptul Uniunii sau cu dreptul intern al statului membru în cauză.*

În primul rând este prevăzut în mod expres faptul că *orice decizie sau hotărâre a unei instanțe judecătorești sau a unui tribunal și orice decizie a unei autorități administrative a unei țări terțe prin care se solicită unui furnizor de servicii de prelucrare a datelor să transfere date fără caracter personal intrând în domeniul de aplicare al prezentului regulament și deținute în Uniune sau să acorde acces la astfel de date poate fi recunoscută sau executabilă în orice mod doar dacă se bazează pe un acord internațional, cum ar fi un tratat de asistență judiciară reciprocă, în vigoare între țara terță solicitantă și Uniune sau pe orice alt asemenea acord între țara terță solicitantă și un stat membru.*

Observăm o diferență față de dispozițiile din Regulamentul 2016/679 potrivit cărora *orice date cu caracter personal care fac obiectul prelucrării sau care urmează a fi prelucrate după ce sunt transferate într-o țară terță sau către o organizație internațională pot fi transferate doar dacă, sub rezerva celorlalte dispoziții ale prezentului regulament, condițiile prevăzute în prezentul capitol sunt respectate de operator și de persoana împuternicită de operator, inclusiv în ceea ce privește transferurile ulterioare de date cu caracter personal din țara terță sau de la organizația internațională către o altă țară terță sau către o altă organizație internațională.* Astfel, spre deosebire de situația datelor fără caracter personal care pot fi transferate către un stat terț doar dacă se bazează pe un acord internațional, în cazul datelor cu caracter personal, acest transfer este posibil în ipotezele în care Comisia a emis o decizie *privind nivelul adecvat al nivelului de protecție existent în statul terț.* De asemenea, se reglementează ipoteza în care o astfel de decizie

lipsește, fiind stipulat în sarcina operatorului de date sau a persoanei împuternicită de acesta obligația de a oferi *garanții adecvate* în acest sens.

Cu toate acestea, în cadrul art. 27 din Legea privind datele este prevăzut că datele fără caracter personal pot fi transferate către un stat terț chiar dacă nu există un acord internațional între Uniunea Europeană sau statul membru și statul terț, cu condiția ca să fie respectate dispozițiile prevăzute la alin. 3 din respectivul articol. Astfel, furnizorul va putea transfera datele obținute din exploatarea unui dispozitiv *smart* către un stat terț, dacă în acest stat *instanța judecătorească competentă sau tribunalul competent care emite decizia sau hotărârea judecătorească ori care revizuieste decizia unei autorități administrative are, în temeiul legislației țării respective, împuternicirea de a ține seama în mod corespunzător de interesele juridice relevante ale furnizorului de date protejate de dreptul Uniunii sau de dreptul intern al statului membru în cauză.*

Pe lângă aceste garanții, este prevăzută obligația în sarcina furnizorului de servicii de *prelucrare a datelor de a-l informa pe deținătorul datelor cu privire la existența unei cereri din partea unei autorități administrative dintr-o țară terță de a i se acorda accesul la datele sale înainte de a da curs cererii, cu excepția cazurilor în care cererea servește unor scopuri de asigurare a respectării legii și atât timp cât acest lucru este necesar pentru a se menține eficacitatea activității de asigurare a respectării legii.* Considerăm acest aspect important, întrucât prin recunoașterea unui drept de acces asupra datelor în favoarea utilizatorului, se stabilește implicit și un drept de „proprietate” asupra respectivelor date. Astfel, utilizatorul de la care au fost colectate datele fără caracter personal ar fi interesat să fie informat asupra modului de utilizare a acestor date, având tot dreptul de a refuza transferul acestora către o autoritate dintr-un stat terț, cu excepția situațiilor prevăzute de lege.

Concluzii

Așadar, prin ultimele propuneri legislative la nivelul Uniunii începe să se creioneze un regim juridic în ceea ce privește dreptul de acces la date. Astfel, dacă anterior propunerii de Regulament, puteam discuta despre existența unui monopol asupra datelor colectate prin intermediul utilizării dispozitivelor *smart* de către furnizor, în viitor, în cazul în care Regulamentul va intra în vigoare fără modificări semnificative, acest monopol ar putea fi limitat prin recunoașterea dreptului de acces al utilizatorului la aceste date. În același timp, dreptul furnizorului de obiecte sau servicii conexe de a avea acces la aceste date nu este limitat în așa mod încât să existe consecințe negative asupra dezvoltării sectorului IoT. Astfel, în relația cu consumatorii, întreprinderile vor trebui doar să prevadă în contractul pe care-l încheie dispoziții suplimentare privind dreptul utilizatorului de acces la date. Apreciem că acest drept, în majoritatea cazurilor, nu va fi utilizat în mod efectiv. Prin urmare, dispozițiile respective vor fi standardizate și comunicate în același mod cum sunt prevăzute condițiile de utilizare pe care puțini consumatori le citesc.

Totuși, întreprinderile care folosesc obiectele *smart* în activitatea lor profesională ar putea cere o remunerație sau orice alt beneficiu în schimbul datelor fără caracter personal generate prin utilizarea acestor dispozitive, ca urmare a

prevederii din Legea privind datele care impune existența unui acord contractual pentru utilizarea acestor date de către deținătorul de date. De asemenea, pentru a evita influența întreprinderilor mari în raport cu cele noi pe piață, care ar impune în mod unilateral clauze abuzive în legătură cu dreptul de acces la date de către utilizatori, în Legea privind datele a fost prevăzută o prezumție de clauză abuzivă în art. 13 pct. 4 lit. c). Potrivit textului legal o clauză contractuală este prezumată clauză abuzivă dacă conținutul acesteia are ca obiect *împiedicarea părții căreia i-a fost impusă unilateral să utilizeze datele furnizate sau generate de partea respectivă pe durata contractului sau limitarea utilizării unor astfel de date în așa măsură încât partea respectivă nu are dreptul să utilizeze, să înregistreze, să acceseze sau să controleze astfel de date sau să exploateze valoarea unor astfel de date în mod proporțional.*

Pe lângă acestea, se consideră că Legea privind datele va avea un impact în întreaga Uniune în ceea ce privește inovarea și crearea unor noi locuri de muncă. Spre exemplu, furnizorii de servicii post-vânzare „vor putea să-și îmbunătățească serviciile și să concureze pe picior de egalitate cu serviciile comparabile oferite de producătorii de dispozitive *smart*”¹⁹. Astfel, utilizatorii de produse IoT ar putea alege o persoană terță care oferă servicii de reparații sau întreținere mai ieftine. Această posibilitate le este recunoscută prin reglementarea unui drept de acces asupra datelor colectate de producătorul de obiecte *smart*, fapt ce va duce și la reducerea costurilor acestor produse, în unele cazuri chiar ar putea prelungi durata de viață a acestora.

În concluzie, consider că în viitorul apropiat întreprinderile vor obține un control efectiv asupra datelor fără caracter personal generate de obiectele *smart*, având dreptul de a cere o contraprestație în schimb. În ceea ce privește consumatorii, este nevoie de dezvoltarea continuă a educației în domeniul digital pentru ca aceștia să înțeleagă importanța și posibilitățile oferite de datele colectate de dispozitivele *smart* pe care le procură.

Referințe

- Comisia Europeană, *Shaping Europe's digital future* [Online]
Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act) [Online]
Federal trade commission Staff Report, Internet of Things Privacy & Security in a Connected World, January 2015, p. 14 [Online]
Propunere de Regulament al Parlamentului European și al Consiliului privind guvernanța datelor la nivel european (Legea privind guvernanța datelor) [Online]
Propunere de Regulament al Parlamentului European și al Consiliului privind normele armonizate pentru un acces echitabil la date și o utilizare corectă a acestora (Legea privind datele) [Online]
Ungureanu C.T., *Drept internațional privat european în raporturi de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2021

¹⁹ Comisia Europeană, *Shaping Europe's digital future* [Online], disponibil pe internet la adresa: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/ro/node/10725>, accesat la data de 07.06.2022

Necesitatea unei reglementări legislative a instituției străpunerii vălului corporative

The regulatory role in regard to the subject of piercing of the corporate veil

Roxana-Alexandra Istudor¹

Rezumat: Abordarea conceptului de străpungeră a vălului corporativ a fost criticată în România pentru lipsa de principii și pentru că nu asigură suficiente garanții împotriva abuzului de personalitate juridică. Acest articol își propune să compare practica a trei jurisdicții diferite care au reglementat principiile care protejează răspunderea limitată a companiilor și să arate avantajele și dezavantajele de a avea un cadru juridic comun pentru a propune o soluție mai bună de reglementare a dreptului corporativ în țara noastră.

Cuvinte-cheie: străpungera vălului corporativ, ridicarea vălului corporativ, personalitate corporativă, răspundere limitată

Abstract: The approach to the concept of piercing the corporate veil was criticized in Romania for its lack of principles and because it does not ensure enough guarantees against the abuse of legal personality. This article aims to compare the practice of three different jurisdictions that regulated the principles which safeguard the limited liability of companies and to show the advantages and disadvantages of having one common legal framework in order to propose a better solution for regulating corporate law in our country.

Keywords: piercing the corporate veil, lifting the corporate veil, corporate personality, limited liability

Introducere

Acest studiu vizează compararea instituției străpunerii vălului corporativ în trei jurisdicții: Marea Britanie, America și Australia în vederea sublinierii avantajelor și dezavantajelor abordărilor adoptate de către instanțele de judecată, precum și identificarea celor mai bune practici referitoare la aplicarea acestei instituții.

Deși principiul răspunderii limitate a societăților a fost adoptat într-o formă lipsită de diversitate de către țările dezvoltate, nu există unicitate în ceea ce privește punerea în aplicare a acestei instituții de către instanțele de judecată atunci când acestea covin „să străpungă” ori „să ridice” vălul corporativ.

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova, email: alexandra.istudor@sauleanusiasociatii.ro

Astfel, observăm că instanțele din Marea Britanie și Australia adoptă o abordare lipsită de principii pentru a străpunge vălul corporativ, ceea ce conduce la actualizarea permanentă a excepțiilor de la principiul răspunderii limitate, spre deosebire de cele din America, care au la bază un set de reguli clare, ceea ce a sporit semnificativ previzibilitatea legii în acest domeniu.

Străpungerea vălului corporativ în Marea Britanie

Abordarea instanțelor din Regatul Unit în vederea străpunerii vălului corporativ poate fi descrisă ca o apreciere lipsită în mare parte de principii.

Aceasta se bazează în principal pe raționamentul instanțelor de judecată în urma analizei circumstanțelor individuale ale fiecărui caz dedus judecătii², respectiv la aceea că se întemeiază preponderent pe concluzia la care se ajunge odată cu examinarea scopului pentru care a fost creată respectiva societate.

Astfel, în trecut, instanțele britanice au convenit să recurgă la atragerea răspunderii asociaților având la bază o prevedere statutară, respectiv cea din art. 213 din Legea insolvenței din anul 1986 care se referea la tranzacțiile frauduloase efectuate în cadrul societății.

Cu titlu de exemplu, vălul a fost străpuns în cauza *Daimler Co. Ltd vs. Continental Tire and Rubber Co. Ltd* din 1916³ pentru a recunoaște cetățenia germană a asociaților societății în timp de război⁴ atunci când art. 1 din Legea privind comerțul cu inamicul din anul 1914 a împiedicat comerțul cu statul beligerant⁵.

În mod similar, odinioară, instanțele din Regatul Unit au fost pregătite să străpungă vălul atunci când era evident că societatea a fost creată cu unicul scop de a fraudă.

Acest lucru a apărut ca o consecință logică în speța *Gilford Motor Co. Ltd vs. Horne* 1933⁶, atunci când un fost angajat a încercat să evite clauza de neconcurență, operând prin intermediul unei societăți⁷.

Totodată, în cazul *Daimler*⁸, Lordul Parker a justificat necesitatea străpunerii vălului corporativ în contextul „comerțului cu inamicul”, afirmând că „actele organelor unei societăți, directorii, managerii ș.a.m.d., fiecare funcționând

² B. Hannigan, „Wedded to Salomon: evasion, concealment and confusion on piercing the veil of the one-man company” în *Irish Jurist*, nr. 50/2013, pp. 11-39, disponibil la <https://eprints.soton.ac.uk/361822/> (ultima accesare 21.02.2022).

³ <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8de60d03e7f57ecec0a> (ultima accesare 21.02.2022).

⁴ <https://www.coursehero.com/file/p6ujkqu8/Daimler-Co-Ltd-v-Continental-Tyre-and-Rubber-Co-GB-Ltd-1916-2-AC-307-After-war/> (ultima accesare 21.02.2022).

⁵ Trading with the enemy act din 1914, *Tunstall vs. Steigmann* 1962.

⁶ <https://www.coursehero.com/file/p67l622/In-Gilford-Motor-Company-Limited-v-Horne-1933-1-Ch-935-Lord-Hanworth-MR/> (ultima accesare 21.02.2022).

⁷ *Jones vs. Lipman* 1962 - <https://swarb.co.uk/jones-v-lipman-and-another-chd-1962/> (ultima accesare 21.02.2022); *Re Darby* ex parte Brougham 1911.

⁸ *Daimler Co. Ltd vs. Continental Tire and rubber Co Ltd*. 1916.

în sfera lor de activitate, reprezintă societatea însăși, aceștia aflându-se de fapt în spatele deciziilor adoptate de către societate”.

În mod asemănător, în cazul Gilford⁹, Lordul Hanworth MR și-a întemeiat decizia de a străpunge vâlul corporativ pe rațiunea conform căreia „ascunzându-se sub o falsă mantie, scopul societății era de a-i permite dlui. Gilford să se angajeze în afaceri fără ca persoanele îndepărtate să se poată adresa justiției, să poată interveni în vreun fel în acțiunile sale ori să se poată opune deciziilor pe care le adoptă”.

Așadar, reiese că abordarea instanțelor în spețele anterior menționate nu s-a bazat pe niciun principiu, ci pe o înlănțuire logică de judecăți.

Avantajul evident al aplicării instituției străpunerii vălului corporativ fără a fi reglementat un principiu în acest sens este că le permite judecătorilor să analizeze cu atenție posibilele consecințe ale fiecărei decizii în parte, precum și să ia în considerare impactul deciziei pe care aceștia o pronunță din punct de vedere economic.

Această abordare flexibilă le permite judecătorilor să se asigure că justiția se realizează prin raportare la condițiile specifice fiecărei spețe în parte, în mod independent de eventualele legi ori principii rigide.

Mai mult, deși în alte domenii ale dreptului britanic sunt reglementate principii, în acest caz nu se impune implementarea unui astfel de set de reguli, întrucât aceasta ar putea conduce la obținerea unui rezultat injust.

Teoriile referitoare la ridicarea vălului corporativ contribuie la o lipsă semnificativă de claritate a legii, ceea ce face imposibil pentru societăți, asociați, directori, creditori și alte părți interesate să intuiască hotărârea care urmează a fi pronunțată în cauză.

Complexitatea legii în acest domeniu rezultă din inexistența unei abordări unanime, aceasta putând fi observată mai ales în cazurile care implică răspunderea unei societăți-mamă pentru acțiunile filialelor sale.

Amintim că la un moment dat, instanțele au avut rezerve în ceea ce privește adoptarea unei opinii conform căreia un grup de societăți poate fi considerat ca fiind un singur sistem de afaceri¹⁰, pentru a-și însuși această opinie douăzeci de ani mai târziu, în momentul judecării cauzei *Prest vs. Petrodel Resources Ltd.*

În cazul *Chandler vs. Cape Plc*, instanța a ajuns în punctul angajării răspunderii societății-mamă pentru neglijența unei filiale care a fost radiată și care era responsabilă pentru că angajații săi au ajuns să sufere de azbestoză, numai pentru a susține ulterior, în cauza *Alteța Sa Regală Okpabi vs. Royal Dutch Shell Plc* din 2018¹¹, că angajații nu au fost în măsură să demonstreze că o companie

⁹ *Gilford Motor Co Ltd. vs. Horne* 1933.

¹⁰ În cazul *Adams vs. Cape Industries Plc* din 1990 - <https://swarb.co.uk/adams-v-cape-industries-plc-ca-2-jan-1990/> (ultima accesare 21.02.2022).

¹¹ [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-1020643?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-1020643?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)) (ultima accesare 21.02.2022).

petrolieră-mamă deținea o astfel de obligație de îngrijire față de victimele scurgerilor de petrol din filiala sa.

Așadar, nu este greu de pus la îndoială dacă abordarea actuală din Regatul Unit, fără existența unui principiu ori a vreunei reglementări în ceea ce privește această instituție, ar trebui să fie schimbată.

Străpungerea vălului corporativ în Australia

Atunci când este adusă în discuție instituția străpunerii vălului corporativ din Australia, îi sunt aduse numeroase critici având în vedere că încă nu are un fundament¹².

Astfel cum am analizat și în cazul Regatului Unit, există posibilitatea să fie evidențiate anumite circumstanțe pe care instanțele australiene au decis să le studieze în trecut în momentul în care au decis să recurgă la străpungerea vălului corporativ însă, în Australia, spre deosebire de situația actuală din Marea Britanie, cel puțin au fost implementate într-o oarecare măsură reguli care vizează această instituție, ducând în acest fel la o previzibilitate a legii.

De exemplu, directorii unei societăți pot fi obligați să plătească penalități în cuantumul stabilit de către instanța de judecată în situația în care au încălcat prevederile din Partea 9.4B din Actul Corporațiilor din 2001¹³, aplicându-se în acest fel sancțiunea civilă specifică.

În mod similar, alte câteva statute angajează răspunderea civilă și/sau penală a directorilor societăților pentru neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor fiscale¹⁴, sănătate și securitate¹⁵, practicile comerciale¹⁶ și protecția mediului¹⁷.

¹² H. Anderson, „Piercing the veil on corporate groups in Australia: the case for reform”, în *Melbourne University Law Review*, vol. 33, nr. 2/2009, pp. 333-367, <http://hdl.handle.net/11343/30203> (ultima accesare 21.02.2022).

¹³ <https://www.legislation.gov.au/Details/C2004C01177> (ultima accesare 21.02.2022).

¹⁴ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/section/213> (ultima accesare 21.02.2022) și Income Tax Assessment Act din 1936 - <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00421> (ultima accesare 21.02.2022).

¹⁵ Occupational Health and Safety Act din 2000; Workplace Health and Safety Act din 1995; Legea privind sănătatea, siguranța și bunăstarea din 1986; Legea privind sănătatea și siguranța în muncă din 2004.

¹⁶ Legea practicilor comerciale din 1974.

¹⁷ Legea pentru protecția mediului și conservarea biodiversității din 1999 - <https://www.legislation.gov.au/Details/C2005C00338> (ultima accesare 21.02.2022); Legea privind deșeurile periculoase -reglementarea importului și exportului - din 1989; Legea pentru protecția mediului din 1997 - <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/aus82496.pdf> (ultima accesare 21.02.2022); Legea privind protecția mediului din 1997; Legea privind managementul deșeurilor și controlul poluării din 1998 - <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/tas23410.pdf> (ultima accesare 21.02.2022); Legea privind protecția mediului din 1994; Legea privind managementul mediului și controlul poluării din 1994 - <https://www.legislation.qld.gov.au/view/pdf/inforce/current/act-1994-062> (ultima accesare 21.02.2022).

Înainte reglementării acestor prevederi, pentru ca instanțele să poată străpunge vâlul corporativ trebuiau să apeleze la așa-numita teorie organică și la principiul conform căruia se impune angajarea răspunderii asociatului pentru activitatea întreprinsă de către societate, respectiv angajarea răspunderii societății-mamă pentru încălcările săvârșite de filialele pe care le dețin integral¹⁸.

Conform acestui principiu, activitatea unui director al filialei este percepută ca activitatea întreprinsă de societatea-mamă însăși deoarece o filială nu poate acționa sau gândi singură¹⁹ și, totodată, poate sesizată cu ușurință influența decisivă din partea societății-mamă asupra politicii comerciale a filialei sale.

Cu toate acestea, principiul angajării răspunderii societăților-mamă pentru încălcarea normelor de către filiale îi protejează pe directori de răspunderea pentru activitatea ilicită întreprinsă de către societatea-mamă, presupunându-se că aceștia acționează ca agenți ai societății, respectiv că aceasta din urmă este cea care deține frâiele conducerii²⁰.

În acest sens, Lordul Macnaughten a arătat extrem de clar aplicabilitatea acestui principiu în cauza *Salomon vs. Salomon* din anul 1897, când a constatat că relația dintre un asociat și societate nu este una de afiliere.

Totuși, ar trebui să existe o diferențiere între situația în care o persoană fizică decide să creeze o societate și crearea acesteia în dorința de a se angaja contractual (de fapt) în nume propriu, folosindu-se în mod fraudulos de societatea înființată²¹.

Însă, în majoritatea cazurilor tocmai acest lucru ridică mari semne de întrebare²².

În mod cert, o astfel de legătură de afiliere este creată între asociat și societatea înființată, ori între societatea-mamă și filială, însă atunci când au loc pierderi nu se mai poate ține cont de această legătură creată în mod artificial și trebuie să se apeleze la instituția străpunerii vălului corporativ²³.

Chiar și având la bază acest precedent cu titlu de jurisprudență din cauza *Salomon vs. Salomon*, instanțele tot au rămas reticente în a apela numai la o analiză în urma căreia pot deduce adevăratul motiv pentru care a fost înființată o societate²⁴ de teama de a nu produce grave prejudicii.

¹⁸ The agency argument. *Lennard's Carrying Co. Ltd. vs. Asiatic Petroleum Co. Ltd* din 1915.

¹⁹ *Tesco Supermarkets Ltd vs. Natrass* 1971; *HL Bolton Engineering co. Ltd. vs. TJ Graham & Sons Ltd* 1957 - <https://lawcasesummaries.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/h-l-bolton-engineering-co-ltd-v-t-j-graham-sons-ltd-1957-1-qb-159.pdf> (ultima accesare 21.02.2022).

²⁰ *Meridian Global Funds Management Asia Ltd vs. Securities Commission* 1995.

²¹ *The Gramophone & Typewriter Ltd v Stanley* [1908] 2 KB 89, 96 (Cozens-Hardy MR).

²² L. C. B. Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law*, ed. a IV-a, Stevens & Sons, London, 1979, p. 122.

²³ *Owners of Cargo Laden on Board the Albacruz v Owners of the Albazero* [1977] AC 774, 807 (Roskill LJ).

²⁴ L.C.B. Gower, *op.cit.*, p. 122.

În consecință, distincția dintre teoria organică și principiul conform căruia societățile-mamă răspund pentru acțiunile filialelor a fost un instrument folosit de instanțele de judecată înainte de reglementarea unui set de principii în acest domeniu complex al dreptului.

Cu toate acestea, utilizarea acestor principii nu a fost niciodată unanim acceptată de către instanțe, motiv pentru care legea în acest domeniu a rămas incertă înainte de a se proceda la reglementarea unui set de reguli.

De exemplu, în cazul *Standard Charteres National Shipping Co.* din anul 2002²⁵, Lordul Hoffman a considerat că „așa cum un mandatar poate contracta în numele altuia fără să-și asume răspunderea personală, tot așa un reprezentant al societății își poate asuma răspunderea în numele acesteia (...) fără a-și asuma și răspunderea personală „.

Din cauza acestor dispute invitate între instanțele de judecată cu privire la natura principiului angajării răspunderii societății-mamă pentru acțiunile filialei și rolul teoriei organice în evaluarea impunerii răspunderii persoanei fizice ori juridice în cazurile de străpungere a vălului, acest domeniu de drept nu s-a bazat tocmai pe principii clare.

Ca atare, abia după reglementarea unor astfel de principii, directorii societăților, profesioniștii ai dreptului și instanțele de judecată au descoperit împreună o modalitate de a rezolva această problemă, respectiv pentru ca legea să fie mai previzibilă și să conțină reguli mult mai clare.

În ciuda acestui fapt, teoria organică, precum și principiul angajării răspunderii societății-mamă pentru acțiunile filialei, au oferit instanțelor posibilitatea de a recurge la stabilirea unor reguli care urmează a îndruma judecătorii atunci când evaluează dacă vălul corporativ ar trebui să fie străpuns în cazuri particulare, constituind totodată și singurele demersuri întreprinse de instanțele australiene pentru a putea oferi o bază factuală a motivării deciziilor pe care le adoptă.

Aceste încercări se refereau strict la situațiile care implicau străpungerea vălului corporativ pentru a se putea angaja răspunderea persoanelor fizice care se aflau în spatele deciziilor luate de către societate însă, în alte cazuri nu s-a recurs la aceste principii deși, exact așa cum am observat și în Marea Britanie, exista o doctrină în acest sens, astfel că era posibil să se identifice situațiile în care instanțele au decis în trecut să impună răspunderea asociatului pentru deciziile referitoare la activitatea întreprinsă de societate.

De exemplu, instanțele australiene apelează la această instituție ori de câte ori există cazuri în care sunt implicate companii în cadrul cărora una sau mai multe persoane întrunesc în același timp atât calitatea de asociați, cât și de angajați²⁶. Justificarea unei astfel de străpungeri este aceea că, în cadrul acestor tipuri de societăți, asociații nu au nevoie de răspunderea limitată pe a se încuraja pe ei înșiși

²⁵ *Standard Chartered Bank vs. Pakistan National Shipping Co* 2002.

²⁶ J. Freedman, „Limited Liability: Large Company Theory and Small Firms”, în *Modern Law Review*, vol. 63, nr. 3/2000, pp. 317-354, <https://doi.org/10.1111/1468-2230.00267> (ultima accesare 21.02.2022).

să investească într-o societate fără a exista riscul de a fi trași la răspundere în nume propriu²⁷.

Instanțele au fost de asemenea dispuse să ridice vălul atunci când societatea a comis o fraudă pentru a permite creditorului, devenit fără voia sa părtaș la fraudă, să obțină dreptatea care i se cuvine²⁸.

Cu toate acestea, niciuna dintre deciziile referitoare la aceste societăți nu s-a bazat pe un principiu specific. Dimpotrivă, judecătorii s-au raportat numai la propriul raționament referitor la acordarea dreptății victimelor în cazurile cu astfel de obiect.

În cele din urmă, legea australiană referitoare la străpungerea vălului corporativ a devenit semnificativ mai clară decât legea britanică din acest domeniu.

Așadar, instanțele australiene decid să străpungă vălul corporativ doar dacă sistemul unui grup corporativ a fost folosit cu văditul scop de a fraudă, pentru a proteja societatea-mamă de o obligație legală care nu cădea în sarcina sa, ori atunci când controlul societății-mamă asupra filialei era suficient de puternic încât să se ajungă la concluzia că societatea-mamă este direct răspunzătoare pentru acțiunile filialei²⁹.

Lipsa oricăror principii specifice aplicabile în astfel de cazuri permite judecătorilor să ia în considerare circumstanțele fiecărei cauze în parte, să o poată analiza în mod individual, în timp ce prezența acelor orientări care vizează situațiile anterioare în care s-a motivat ridicarea vălului asigură un anumit grad de previzibilitate a legii.

Cu toate acestea, considerăm că prezența unor principii juridice specifice acestei instituții ar împuternici judecătorii să ia decizii în astfel de circumstanțe mai rapid și mai eficient.

Instituția străpunerii vălului corporativ în Statele Unite ale Americii

Spre deosebire de abordările adoptate de către instanțele din Marea Britanie și Australia, instanțele americane tratează subiectul străpunerii vălului corporativ dintr-o altă perspectivă.

Există două teorii cheie care sunt puse în aplicare de către instanțele americane în spețele care necesită străpungerea vălului corporativ:

1. Teoria angajării răspunderii asociatului pentru activitatea întreprinsă de către societate, respectiv angajarea răspunderii societății-mamă pentru acțiunile filialei;
2. Teoria instrumentalității.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ J. Kluver, „Entity vs. Enterprise liability: Issues for Australia”, în *Connecticut Law Review*, nr. 37/2005, pp. 765-784 -<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/conlr37&div=29&id=&page=> (ultima accesare 21.02.2022).

Astfel, pentru judecători, avantajul de a utiliza aceste teorii este evident deoarece fiecare dintre acestea conține o schemă completă în care sunt arătate în concret ce condiții trebuie să fie îndeplinite pentru a putea fi angajată răspunderea individuală a persoanelor care se află în spatele unei societăți, permițându-le astfel să standardizeze deciziile care urmează a fi luate în urma aplicării instituției străpunerii vălului corporativ, ceea ce contribuie la rândul său într-o manieră semnificativă la previzibilitatea legii.

De exemplu, acest ansamblu sistematic de concepte propun ca vălul corporativ să poată fi străpuns acolo unde circumstanțele de fapt indică în mod cert că o societate este un simplu instrument al egoului unei persoane³⁰.

Doctrina impune astfel îndeplinirea a trei condiții pentru ca vălul corporativ să fie străpuns:

1. Interesul societății să corespundă întru-totul cu interesul asociatului;
2. Să fi fost întreprinsă o acțiune greșită sau inechitabilă de către societate;
3. Prejudiciul suferit de partea care încearcă să străpungă vălul să fie rezultatul previzibil al acțiunilor realizate de către societate³¹.

Prima condiție se consideră a fi îndeplinită atunci când există o astfel de concordanță de interes și de proprietate încât personalitățile separate ale societății și asociaților încetează să mai existe³², iar cea de-a doua atunci când se poate concluziona că societatea permite asociaților să evite angajarea răspunderii personale pentru datoriile create de către aceștia din urmă, atunci când persoana juridică ar ascunde o fraudă sau ar conduce la promovarea unei nedreptăți³³.

Aplicarea regulilor de mai sus oferă instanțelor o structură ce trebuie îndeplinită înainte de a putea lua o decizie, unificând astfel și, totodată, estândardizând raționamentul instanțelor din spatele deciziilor care au la bază instituția străpunerii vălului corporativ și totodată, le permite judecătorilor să ia în

³⁰ Giblin vs. Murphy din anul 1983 - <https://casetext.com/case/giblin-v-murphy-3> (ultima accesare 21.02.2022); cazul People vs. Vlauson din anul 1964; cazul SUA vs. Elgin Joliet & E. Ry. Co. din anul 1936; speța SUA vs. South Buffalo Ry. Co. din anul 1948; cazul SUA vs. Milwaukee Refrigeration Transit Co. din anul 1905.

³¹ Cazul Zaist vs. Olson din anul 1967; cazul Wholesale and Retail Food Distribution Local 63 vs. Santa fe Terminal Services Inc din anul 1993.

³² Cazul Dietel vs. Day din anul 1972 - <https://www.courtlistener.com/opinion/1166086/dietel-v-day/> (ultima accesare 21.02.2022); cazul Employer's Liability Assurance Corp Ltd. vs. John H. Barr, John H. Barr Marketing Company and Tom Barr, apelanți împotriva Heaton Lunt & Virgil Lunt, parteneri DBA Heaton Lunt & Son Appellees din anul 1957 - <https://law.justia.com/cases/arizona/supreme-court/1957/6152-0.html> (ultima accesare 21.02.2022); speța Gatecliff vs. Great republic Life Ins. Co din anul 1991 - <https://law.justia.com/cases/arizona/supreme-court/1991/cv-90-0223-pr-2.html> (ultima accesare 21.02.2022); cazul Walker vs. Southwest Mines Dev. Co din anul 1938; speța Great Am. Duck Races Inc vs. Intellectual Solutions Inc. din anul 2013 - <https://law.justia.com/cases/arizona/supreme-court/1991/cv-90-0223-pr-2.html> (ultima accesare 21.02.2022).

³³ Cazul Automotriz del Golfo de California vs. Resnick din anul 1957 - <https://scocal.stanford.edu/opinion/automotriz-etc-de-california-v-resnick-26786> (ultima accesare 21.02.2022).

considerare circumstanțele specifice ale fiecărei spețe în parte atunci când vor să le pună în aplicare.

Însă, existența unor astfel de condiții care trebuie să fie îndeplinite constituie și o cauză a aplicabilității principiului echității, ceea ce poate îndruma instanțele de judecată la adoptarea unei decizii injuste ca o consecință a aplicabilității stricte a acestor reguli.

Așadar, aplicarea acestor teorii nu este suficientă pentru a asigura un rezultat echitabil, recurgerea la aceste teorii putând îndeplini sau nu acest scop.

De exemplu, în cauza *Kinney Shoe Corp vs. Polan* din anul 1991³⁴, instanța a hotărât că societatea nu era decât o „cochilie” prin raportare la acțiunile întreprinse de către asociatul unic, ceea ce ar putea fi dedus din aceea că nu au fost păstrate simple formalități corporative standard, respectiv societatea nu a ținut niciodată ședințe corporative și nici nu a numit persoane care să dețină calitatea de administratori ai acesteia. Astfel, Chapman J a opinat că personalitatea juridică separată a unei societăți ar trebui să fie ignorată „atunci când aceasta este folosită cu o intenție care nu se încadrează în rațiunea și scopul său, în așa fel încât menținerea ei în viață ar fi de natură să producă nedreptăți sau consecințe inechitabile”³⁵.

Motivul pentru care Chapman J rezonază cu raționamentul instanțelor din Regatul Unit în cazurile care implică folosirea unei societăți pentru a comite fraude este acela că necesitatea de a te îndepărta de la regulile impuse de către teoriile existente evidențiază importanța de a permite instanțelor să urmeze o abordare proprie, flexibilă, atunci când respectarea unei doctrine ar conduce la o nedreptate.

Prin urmare, poate o combinație a abordării din Marea Britanie și Australia ar asigura o abordare corectă a străpungerii vălului corporativ în SUA.

Reglementare legislativă vs. Doctrină

Este dificil să discernem dacă o reglementare legislativă ar ajuta instanțele de judecată ori, dimpotrivă, le-ar îngreuna munca atunci când obiectul unei cauze l-ar constitui străpungera vălului corporativ.

În Regatul Unit s-a susținut³⁶ că nu au existat niciodată coduri care să conțină toate elementele necesare în acest domeniu al dreptului, motiv pentru care participanții la un proces având acest obiect au fost puși în fața unei incertitudini juridice.

Astfel, s-a ajuns la concluzia³⁷ că „legiuitorul poate făuri o unealtă capabilă să spargă scheletul unei societăți” pentru a putea face față realității injuste. În acest

³⁴ <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-kinney-shoe-corp-v-polan> (ultima accesare 21.02.2022).

³⁵ Cazul *Kinney Shoe Corp vs. Polan* din anul 1991.

³⁶ L. S. Sealy, *Company Law and Commercial Reality*, Editura Sweet & Maxwell, 1984, p. 35.

³⁷ J. Devlin, *Bank Voor Handel en Scheepvaart NV v Slatford* [1953], 1 QB 248.

sens, instanțele de judecată au dezvoltat o doctrină³⁸ a străpunerii vălului corporativ care poate fi caracterizată drept o „jurisprudență bogată dar confuză”, deoarece deciziile luate până în prezent de către acestea nu beneficiază de un raționament comun³⁹.

S-a considerat că numai astfel, prin străpungerea vălului corporativ, poate fi angajată răspunderea personală a asociaților pentru datoriile cauzate societății, a societății-mamă pentru activitățile filialei și pot fi privite ca un întreg grupurile de societăți⁴⁰.

Așadar, deși însăși instanțele admit că doctrina referitoare la personalitatea juridică distinctă cauzează deseori nedreptate, motivarea lor referitoare la nerecunoașterea doctrinei existente nu reușește să fie convingătoare în ceea ce privește multinaționalele ori antrenarea răspunderii delictuale, fiind criticate din pricina „timidității” cu care abordează această problemă, respectiv pentru că nu forțează, ci dimpotrivă, încurajează un astfel de comportament al societăților⁴¹.

După cum reiese din jurisprudență, situațiile în care instanțele pot străpunge vălul corporativ pot fi clasificate în linii mari în circumstanțe care se referă la momentul în care o companie încheie un raport juridic cu un inamic⁴², când societatea este „o simplă cochilie sub care se ascund adevăratele activități întreprinse de societate”⁴³, sau atunci când persoana juridică este doar un fals care facilitează fraudă sau evaziunea fiscală⁴⁴. Alte două argumente care pot fi uneori folosite pentru a se apela la această instituție în special în cauzele având ca obiect pretenții sunt acelea conform cărora societatea acționează ca un reprezentant al persoanei fizice⁴⁵, respectiv că ori de câte ori există un grup de societăți, acestea trebuie să fie tratate ca un tot unitar⁴⁶.

Există, de asemenea, dispoziții statutare limitate care angajează răspunderea asociaților pentru anumite drepturi și obligații⁴⁷, dar acestea nu contribuie la o reparare a prejudiciului adus victemelor.

Instanțele din America, chiar dacă au invocat din oficiu astfel de excepții, sunt catalogate ca „lipsite de interes” în vederea clarificării instituției străpunerii vălului corporativ⁴⁸, asociații companiilor având „practic imunitate în ceea ce

³⁸ D. Kershaw, *Company Law in Context*, ed. a II-a, Oxford University Press, 2012, p. 46.

³⁹ J. Birds, A. J. Boyle, *Boyle and Birds' Company Law*, ed. a VIII-a, Jordan Publishing, 2011, p. 62.

⁴⁰ L.C.B. Gower, *op.cit.*, p. 112.

⁴¹ *Idem*, p. 133

⁴² *Daimler Co Ltd v Continental Tyre & Rubber Co (GB) Ltd* [1916] 2 AC 307.

⁴³ *Tunstall v Steigmann* [1962] 2 QB 593.

⁴⁴ *Gilford Motor Company v Horne* [1933] Ch 935.

⁴⁵ *The Gramophone & Typewriter Ltd v Stanley* [1908] 2 KB 89.

⁴⁶ *DHN Food Distributors v Tower Hamlets LBC* [1976] 1 WLR 852.

⁴⁷ Cu titlu de exemplu, *Companies Act 2006*, s 767, s 563(2); *Insolvency Act 1986*, s 213(2), s 76(3).

⁴⁸ G. Black, *Business Law in Scotland*, ed. a III-a, W Green, 2015, p. 554.

privește atrangerea răspunderii personale pentru prejudiciul creat atâta vreme cât folosesc pârghiile legale cu înțelepciune”⁴⁹.

Aceste opinii sunt reiterate și cu privire la instanțele din Regatul Unit deoarece nici în cazul acestora nu există o reglementare clară și previzibilă a situațiilor în care creditorii sunt prejudiciați nu de societate în sine, ci de persoanele care se află la conducerea acestora iar, prin urmare, poate că judecata lui Blumberg este mai corectă decât am putea crede la o simplă analiză, acesta descriind răspunderea limitată ca fiind dusă „dincolo de obiectivul pe care legiuitorul și l-a propus”⁵⁰.

Practici care pot fi preluate din cele trei jurisdicții

Străpungerea vălului corporativ este privită drept o soluție echitabilă care este lăsată la aprecierea instanțelor de judecată. Cu toate acestea, lipsa unor reguli clare cu privire la momentul în care instanțele pot recurge la această instituție în cele trei jurisdicții discutate mai sus, constituie un regres major al ordinii juridice în cadrul relațiilor comerciale.

Ca atare, horărârea instanțelor de a străpunge vălul corporativ ar trebui să se bazeze pe reguli clare, care să ofere judecătorilor îndrumări precise cu privire la momentul în care ar trebui să recurgă la această instituție, precum și un anumit nivel de flexibilitate pentru a se îndepărta de la aceste reguli atunci când ar ajunge la concluzia că respectarea întocmai a acestora ar produce clar o nedreptate.

Concluzii

Această lucrare a comparat raționamentul judecătorilor în ceea ce privește instituția străpunerii vălului corporativ în trei jurisdicții: Marea Britanie, Australia și SUA și a relevat că instanțele din Marea Britanie și Australia folosesc o abordare similară, ceea ce contribuie atât la o complexitate, cât și la o confuzie în acest domeniu de drept, în vreme ce Australia a reglementat mai multe prevederi cheie pentru a impune răspunderea asociaților, ceea ce a sporit semnificativ și previzibilitatea legii în acest domeniu.

În consecință, considerăm că deși este imperios necesară reglementarea legislativă a acestei instituții, se impune totodată a se acorda suficient timp cercetării pentru ca viitoarele reguli să fie formulate într-o asemenea manieră încât să permită instanțelor de judecată să se abată de la acestea acolo unde interesele justiției ar impune acest lucru.

Referințe

Anderson H., „Piercing the veil on corporate groups in Australia: the case for reform”, în *Melbourne University Law Review*, vol. 33 nr. 2/2009, pp. 333-367
Birds J., Boyle A.J., *Boyle and Birds' Company Law*, ed. a VIII-a, Jordan Publishing, 2011

⁴⁹ A. Doss Jr., “Should Shareholders Be Personally Liable for the Torts of Their Corporations?” (1967) 76 *Yale Law Journal* 1190, p. 1.195.

⁵⁰ P. Blumberg, „Limited Liability and Corporate Groups” în *Journal of Corporate Law*, nr. 11/1985, pp. 573-575; *Salomon v Salomon* [1897] AC 22; *Prest v Petrodel Resources Ltd* [2013] UKSC 34.

- Black G., *Business Law in Scotland*, ed a III-a, W Green, 2015
- Blumberg P., „Limited Liability and Corporate Groups” în *Journal of Corporate Law*, nr. 11/1985, pp. 573-575
- Doss A. Jr., „Should Shareholders Be Personally Liable for the Torts of Their Corporations?” în *Yale Law Journal*, nr. 76/1967
- Freedman J, „Limited Liability: Large Company Theory and Small Firms”, în *Modern Law Review*, vol. 63, nr. 3/2000, pp. 317-354, <https://doi.org/10.1111/1468-2230.00267>
- Gower L. C. B., *Gower's Principles of Modern Company Law*, ed. a IV-a, Stevens & Sons, London, 1979
- Hannigan B., „Wedded to Salomon: evasion, concealment and confusion on piercing the veil of the one-man company” în *Irish Jurist*, nr. 50/2013, pp. 11-39
- Kershaw D., *Company Law in Context*, ed. a II-a, Oxford University Press, 2012
- Kluver J, „Entity vs. Enterprise liability: Issues for Australia”, în *Conneticut Law Review*, nr. 37/2005, pp. 765-784
- Sealy L.S., *Company Law and Commercial Reality*, Editura Sweet & Maxwell, 1984

Contestația în cazul măsurilor preventive aplicabile persoanei juridice

Challenging the preventive measures applicable to legal persons

Andra-Roxana Trandafir¹, George-Alexandru Lazăr²

Rezumat: Prezentarea are în vedere analiza prevederilor art. 493 alin. (7) C.pr.pen. care reglementează contestația împotriva încheierii prin care se dispune cu privire la măsurile preventive aplicabile persoanei juridice. Vor fi abordate aspectele legate de titularii contestației, motivele care pot fi invocate în susținerea acestei căi de atac, instanța competentă, soluțiile ce pot fi pronunțate, precum și posibilitatea de a ataca încheierea prin care instanța de apel dispune sau menține măsurile preventive, fiind avută în vedere practica instanțelor naționale în materie, precum și doctrina relevantă. De asemenea, va fi făcută o paralelă cu revocarea măsurilor preventive, pentru a evidenția principalele deosebiri dintre cele două reglementări.

Cuvinte-cheie: măsuri preventive, persoana juridică, contestație, revocarea măsurilor preventive

Abstract: The presentation aims to analyse art. 493 par. 7 of the Romanian Criminal Procedure Code which regulates the challenge of preventive measures taken against legal persons. The presentation will provide an overview of aspects such as the persons who can file such a challenge, the arguments which can be brought, the competent court, the decision to be taken, as well as the possibility to challenge the court order through which the court of appeal takes or maintains the preventive measures, based on the relevant case law and legal literature. A parallel with the rescission of preventive measures shall be made, in order to bring into light the main differences between the two regulations.

Keywords: preventive measures, legal persons, challenge, rescission of preventive measures against legal persons

Introducere

Căile de atac reprezintă o garanție fundamentală a dreptului la un proces echitabil. Într-o societate democratică trebuie să acceptăm că opinia unei singure persoane asupra restrângerii drepturilor suspectului sau inculpatului poate să fie greșită sau inoportună. De aceea, atât în cursul procesului cât și pe fondul cauzei,

¹ Conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea din București, e-mail: andra.trandafir@drept.unibuc.ro

² Asistent univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea din București, george.lazar@drept.unibuc.ro

este necesară deschiderea posibilității unei analize *ex novo*. În materia măsurilor preventive, *de lege lata* calea de atac este contestația.

Tratarea acestui subiect poate fi comparată cu administrarea unei pilule. O reglementare comprimată într-un singur alineat, densă ca informații. Din păcate, însă, lacunele acestui scurt text de lege descriu o realitate dificil de înghițit în materia luării măsurilor preventive împotriva persoanelor juridice. Nu este prima dată când dezbaterem asprimea unora dintre aceste măsuri sau a regimului juridic în ansamblu.

De această dată, însă, vom arăta că acest fascicul de drept pozitiv – contestația – ridică numeroase probleme, precum: de ce există diferențe de reglementare cu privire la termenul de formulare în ceea ce privește persoana juridică sau cu privire la instanța unde se depune contestația? De ce nu este necesară audierea suspectului sau inculpatului persoană juridică înainte de a se dispune cu privire la măsura preventivă și de ce nu este obligatorie asistența juridică? Poate fi atacată și încheierea instanței de apel prin care sunt luate măsuri preventive? Care sunt soluțiile pe care le poate pronunța instanța care soluționează contestația și care este această instanță atunci când încheierea cu privire la măsurile preventive este pronunțată de completul de 5 judecători al instanței supreme?

1. Sediul materiei. Diferența față de revocarea măsurii preventive

Contestația împotriva încheierii prin care se dispune cu privire la măsurile preventive este reglementată succint, în art. 493 alin. (7) C.pr.pen., care prevede: *„Împotriva încheierii se poate face contestație la judecătorul de drepturi și libertăți sau, după caz, la judecătorul de cameră preliminară ori instanța ierarhic superioară, de către persoana juridică și procuror, în termen de 24 de ore de la pronunțare, pentru cei prezenți, și de la comunicare, pentru persoana juridică lipsă”*.

Așa cum arătam, chiar dacă este succint, textul cuprinde numeroase aspecte relevante pe care le vom trata în cuprinsul acestui articol: cine sunt titularii contestației, care este termenul de exercitare, momentul de la care curge acest termen, locul unde se depune contestația sau obiectul căii de atac.

Cu titlu preliminar, menționăm că, din reglementarea cuprinsă în art. 493 C.pr.pen., rezultă că există o diferență fundamentală între contestație și revocarea măsurilor preventive: cea dintâi, întemeiată, așa cum am arătat, pe dispozițiile art. 493 alin. (7) C.pr.pen., are în vedere motive de nelegalitate a măsurilor - fie procedurale, fie substanțiale³, pe când revocarea se dispune, potrivit art. 493 alin. (8) C.pr.pen., numai când se constată că nu mai există temeiurile care au justificat luarea sau menținerea măsurilor preventive. Premisa pentru revocare este așadar o măsură preventivă luată în mod legal; situația poate fi asemănată cu contestația împotriva încheierii prin care se iau măsuri asigurătorii, întemeiată, după caz, pe dispozițiile art. 250 sau 250¹ C.pr.pen. și o cerere de ridicare a acestor măsuri: cea dintâi vizează motive de nelegalitate a luării măsurii, pe când cea de-a doua

³ A se vedea *infra*, secțiunea a 3-a.

presupune că nu mai există temeiurile care au stat la baza luării măsurii. Întocmai ca în cazul ridicării măsurilor asigurătorii, unul din motivele principale care pot justifica revocarea măsurilor preventive este legat de durata acestora. Astfel, în opinia noastră, măsura preventivă poate fi revocată atunci când durata totală a acesteia depășește un termen rezonabil sau depășește durata pedepsei complementare cu același obiect.

Chiar dacă legiuitorul român nu a considerat necesară prevederea unei durate maxime a măsurilor preventive aplicabile persoanelor juridice, iar Curtea Constituțională a validat această soluție⁴, din cerința necesității măsurilor preventive, pe care o vom explica în cele ce urmează, rezultă implicit că după scurgerea unei durate mari de timp, măsura preventivă poate să nu mai fie utilă. Fie că organele de urmărire penală au avut timp suficient pentru efectuarea urmăririi penale, fie că interdicția s-a prelungit pentru o perioadă nerezonabilă de timp prin raportare la complexitatea dosarului, este necesară verificarea duratei totale a măsurii preventive.

În opinia noastră, situația este mai clară atunci când măsura preventivă prevăzută la art. 493 alin. (1) lit. e) C.pr.pen., interzicerea desfășurării activităților de natura celor cu ocazia cărora a fost comisă infracțiunea, este menținută pe durata maximă de 3 ani pentru care poate fi aplicată pedeapsa complementară corelativă, prevăzută de art. 140 C.pen., *suspendarea activității persoanei juridice*. Suntem de acord că nu în toate cazurile această soluție se impune *de plano*⁵, dar odată ce măsura preventivă ajunge la această durată, instanța de judecată trebuie să aibă motive concrete pentru menținerea măsurii preventive.

Diferența dintre contestație și revocare este importantă întrucât și soluționarea unei cereri de revocare ori revocarea dispusă din oficiu de judecătorul de cameră preliminară ori de instanța de judecată poate fi atacată cu contestație, așa cum rezultă din trimiterea pe care o face art. 493 alin. (8) C.pr.pen. la alin. (7) al textului de lege.

2. Titularii contestației

1. În primul rând, după cum prevede art. 493 alin. (7) C.pr.pen. în mod expres, persoana juridică poate formula contestație împotriva încheierii prin care se dispune cu privire la măsurile preventive. Desigur, exercitarea căii de atac rămâne condiționată de cerința interesului procesual, astfel încât persoana juridică va formula contestație împotriva încheierii prin care se dispune luarea sau

⁴ A se vedea A.R. Trandafir, *Despre inaplicabilitatea interdicției inițierii sau a suspendării dizolvării ori lichidării persoanei juridice în cadrul procedurii insolvenței. Și alte două motive de neconstituționalitate în materia măsurilor preventive aplicabile persoanelor juridice*, disponibil pe www.juridice.ro; D. Nițu, „Durata măsurilor preventive în cazul persoanelor juridice. O critică a Deciziei nr. 139/2016 a Curții Constituționale” în *Caiete de Drept Penal* nr. 3/2018, pp. 21 și urm.

⁵ Pot exista ipoteze în care pe durata măsurii preventive persoana juridică nu a remediat deficiențe importante în desfășurarea activității, astfel că odată cu pronunțarea soluției pe fondul cauzei instanța constată necesară suspendarea în continuare a activității.

prelungirea unei măsuri preventive ori extinderea interdicțiilor deja impuse sau dispunerea unei noi măsuri preventive.

Din lecturarea art. 493 alin. (1) C.pr.pen. rezultă că pentru aplicarea măsurilor preventive în cazul persoanelor juridice este necesar ca instanța de judecată să circumstanțieze interdicțiile aplicate. Spre exemplu, în cuprinsul măsurii reglementate de art. 493 alin. (1) lit. d) C.pr.pen. (*interzicerea încheierii unor acte juridice*), este necesar ca organul judiciar să prevadă în mod specific actele a căror încheiere este interzisă. Dacă, spre exemplu, organul judiciar interzice persoanei juridice încheierea unor contracte de donație și comodat, ulterior ar putea să impună persoanei juridice să nu încheiere contracte de vânzare, locațiune sau schimb. Persoana juridică va avea interes să conteste o astfel de încheiere, prin care sunt extinse interdicțiile deja impuse.

Menționăm totodată că, în lumina dispozițiilor art. 493 alin. (8) rap. la alin. (7) C.pr.pen., persoana juridică poate contesta și respingerea cererii sale de revocare a unei măsuri preventive.

2. Conform art. 493 alin. (7) C.pr.pen., procurorul poate fi titular al contestației. În cazul său, interesul procesual pentru contestarea încheierii va exista atunci când se dispune:

- Înlocuirea măsurii preventive cu o măsură preventivă mai puțin severă;
- Prolungirea măsurii preventive pe o durată mai scurtă decât cea pentru care s-a solicitat prelungirea. Nu am constatat până acum cazuri în practica judiciară în care instanțele să dispună măsuri preventive sau să le prelungească pe o durată mai scurtă de 60 de zile (maximul admis de art. 493 C.pr.pen.), însă o astfel de ipoteză va apărea indubitabil, cât timp cerința necesității impune ca măsura preventivă să fie luată sau menținută strict cât timp există o justificare obiectivă;
- Respingerea propunerii de luare a măsurii preventive sau de extindere a interdicțiilor (spre exemplu, instanța respinge cererea Parchetului prin care se solicită instituirea unor noi interdicții cu privire la actele juridice pe care le poate încheia);
- Constatarea încetării de drept a măsurii preventive. Art. 493 C.pr.pen. nu prevede *expressis verbis* această posibilitate, însă cadrul general al măsurilor preventive rămâne aplicabil și se poate constata încetarea de drept a măsurii, spre exemplu, atunci când durata acesteia, stabilită de organul judiciar, a expirat fără ca măsura să fie verificată⁶, Or, în ceea ce privește sancțiunea care intervine într-o astfel de situație, sunt aplicabile dispozițiile de drept comun în materia măsurilor preventive, așa cum reiese din dispozițiile art. 489 alin. (1) C.pr.pen.

⁶ Măsurile preventive încetează de drept și atunci când persoana juridică este achitată sau se dispune încetarea procesului penal și atunci când rămâne definitivă hotărârea de condamnare a persoanei juridice inculpate [a se vedea art. 241 alin. (1) și art. 268 alin. (2) C.pr.pen.], însă în aceste cazuri soluția nu se dispune prin încheiere, ci prin hotărâre, calea de atac nefiind contestația. Drept urmare, aceste ipoteze excedează analizei noastre.

Așa cum am văzut, poate fi atacată cu contestație și revocarea unei măsuri preventive, dispusă la cererea persoanei juridice sau din oficiu.

3. Pot terții, persoana vătămată ori partea civilă să formuleze contestație împotriva măsurii preventive?

Art. 493 alin. (7) C.pr.pen. nu prevede posibilitatea altor subiecți procesuali de a formula contestație împotriva măsurilor preventive⁷. Aceeași soluție este regăsită și în cazul persoanei fizice. Chiar dacă aceștia ar justifica un interes, legea nu prevede o cale procesuală pentru formularea contestației. Spre exemplu, dacă inculpatul exercită presiuni asupra persoanei vătămate, iar instanța respinge cererea de arestare preventivă pentru acest motiv, persoana vătămată nu poate formula contestație, chiar dacă interesul său procesual este evident. Nici măcar în cazul în care există riscul săvârșirii de noi infracțiuni împotriva sa, persoana vătămată nu are deschisă calea contestației.

Și în cazul măsurilor preventive aplicabile persoanei juridice terții, persoana vătămată sau partea civilă pot avea un interes bine conturat pentru formularea contestației. Spre exemplu, dacă persoana juridică este în proces de fuziune, iar instanța dispune măsura preventivă prevăzută de art. 493 alin. (1) lit. b) C.pr.pen. (*interzicerea fuziunii*), persoana juridică absorbantă are tot interesul să conteste măsura preventivă. Aceasta ar putea fi dispusă să se prezinte în fața organului judiciar pentru a depune rapoartele sale de *due diligence*, inclusiv pentru a dovedi că nu sunt întrunite condițiile necesare pentru luarea sau prelungirea măsurii preventive sau că suspiciunea săvârșirii unei infracțiuni nu este temeinică. Totuși, singurul mod în care persoana juridică absorbantă va putea să valorifice aceste probe *de lege lata* este prin intermediul persoanei juridice inculpate, furnizându-i aceste înscrisuri pentru a fi depuse la dosar.

Tot astfel, dacă față de persoana juridică suspect sau inculpat se ia o măsură preventivă dintre cele prevăzute de 493 alin. (1) lit. c) – e) C.pr.pen., un partener comercial are interes să formuleze contestație. Spre exemplu, o regie autonomă care furnizează agent termic pentru încălzirea unei localități ar justifica interes procesual pentru a contesta interdicția de vânzare a gazelor naturale, care a fost impusă singurului său furnizor. În această ipoteză ar fi însă mai curând vorba despre proporționalitatea măsurilor preventive și a pedepselor aplicabile persoanelor juridice de interes și utilitate publică, despre care am discutat pe larg cu altă ocazie⁸. Dacă partenerul comercial are o altă sursă sau chiar dacă își pierde singurul furnizor, în cazul în care acesta din urmă este urmărit penal, considerăm

⁷ A se vedea A.R. Trandafir, „Creditorii debitorilor urmăriți penal”, în M.D. Bob, A.R. Trandafir, *Creditori vs. debitori. Perspectiva Hexagonului*, Editura Universul Juridic, București, 2015; A.R. Trandafir, *Protecția drepturilor fundamentale ale persoanelor juridice la CEDO*, Editura C.H. Beck, București, 2015, nr. 85; A.R. Trandafir, Comentariul art. 493, în M. Udroui (coord), *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, ed. a III-a, Editura C.H. Beck, București, 2020, p. 2452-2452; M. Udroui, în A.R. Trandafir, G.A. Lazăr (coord.), *Răspunderea penală a persoanelor juridice*, Editura Solomon, București, 2021, p. 267.

⁸ G.A. Lazăr, *Sistemul sancționator aplicabil persoanelor juridice*, Editura Universul Juridic, București, 2021, p. 364.

că este vorba despre o realitate practică a mediului de afaceri, iar nu despre o ingerință disproporționată în exercitarea activității respectivei persoane juridice.

La fel de evident este că salariații persoanei juridice ar justifica un interes procesual pentru a contesta măsura preventivă prevăzută de art. 493 alin. (1) lit. e) C.pr.pen., care presupune interzicerea desfășurării activității. La o privire mai atentă, însă, se va constata că salariaților nu le este lezat în mod arbitrar un drept propriu: faptul că aceștia nu vor mai primi salarii ca urmare a interzicerii desfășurării activității persoanei juridice este justificat de suspiciunea rezonabilă, care rezultă din probe, că persoana juridică a săvârșit o infracțiune⁹. Aceasta este dublată de caracterul necesar și proporțional al ingerinței, aspect verificat de instanța de judecată. Așadar, în conflictul dintre cele două interese contrare – îndeplinirea justiției și obținerea salariului de către angajați – realizarea instrucției penale prevalează. Salariații își vor putea exercita dreptul la muncă și în slujba unui alt angajator.

Cu toate acestea, legiuitorul nu a prevăzut posibilitatea ca o altă persoană decât inculpatul sau procurorul să formuleze contestație. Principial, o atare limitare poate fi înțeleasă: măsura preventivă este luată de un tribunal independent în sensul art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, după ascultarea reprezentantului Ministerului Public și a persoanei juridice inculpate. Aceasta din urmă își poate formula toate apărările, iar orice terț interesat poate să ajute persoana juridică, astfel încât aceasta din urmă să prezinte instanței, în cadrul contestației formulate, toate argumentele și probele relevante.

În același timp, din moment ce terții nu sunt părți în procedura judecării măsurilor preventive, de când ar curge termenul de formulare a contestației pentru aceștia? Ei nu sunt prezenți la pronunțare și încheierea nu li se comunică, astfel că sub acest aspect ar putea plana incertitudinea și este greu de imaginat o soluție legislativă care să împacă toate interesele contrare aflate în joc. Trebuie să avem în vedere, sub acest aspect, și celeritatea desfășurării acestor proceduri.

Problema se reduce, în opinia noastră, la conflictul dintre drepturile și interesele concurente: soluționarea acțiunii penale *versus* drepturile terților. Dacă prin luarea măsurii preventive față de o persoană juridică sunt afectate direct drepturile unor terți, este rezonabil ca aceștia să aibă o cale de atac în fața instanței, în special pentru a invoca disproporționalitatea ingerinței. Dacă dreptul respectiv este protejat de Convenția Europeană a Drepturilor Omului, existența unei căi procesuale pentru valorificarea sa este impusă de art. 13 din Convenție. Știm deja că Înalta Curte de Casație și Justiție a manifestat deschidere pentru admiterea unor

⁹ Despre discuția privind condiția existenței suspiciunii săvârșirii unei infracțiuni sau doar a unei fapte prevăzute de legea penală, a se vedea *infra*, Capitolul III, (ii). Pe larg, a se vedea A.R. Trandafir în M. Udriou (coord.), *Codul de procedură penală. Comentariu ..., op. cit.*, p. 2539.

căi de atac în baza art. 13 din Convenție, chiar atunci când legea procesual-penală nu o prevede în mod expres¹⁰.

Rămâne însă ca practica judiciară să analizeze cele două aspecte concurente: ingerința în exercițiul unui drept recunoscut de lege și inexistența unei căi procesuale specifice de valorificare a dreptului respectiv. Altfel spus, este necesar ca instanțele să constate că prin respingerea ca inadmisibilă a unei astfel de căi de atac titularul unui drept fundamental nu are nicio modalitate de a contesta caracterul disproportionat sau lipsa de necesitate a ingerinței.

3. Motivele de contestație

Prin intermediul contestației pot fi criticate atât motive de nelegalitate a încheierii ce țin de procedura în care se dispune asupra măsurilor preventive, analizate în continuare ca (i) *motive procedurale*, dar și motive ce țin de neîndeplinirea condițiilor în care se pot dispune măsuri preventive, analizate în continuare ca (ii) *motive substanțiale*.

3.1. Motivele procedurale

Neregularitățile care țin de procedura în care se dispune cu privire la măsurile preventive impun verificarea respectării normelor cuprinse în dreptul comun și în art. 493 C.pr.pen. O bună parte dintre aceste motive nu sunt specifice persoanei juridice. Cu toate acestea, accentul în cuprinsul acestei succinte secțiuni privește diferențele față de procedura persoanei fizice. Așa cum vom arăta, există suficiente diferențe de tratament care derivă din actuala reglementare și care conturează un regim juridic nejustificat de sever în materia măsurilor preventive aplicabile persoanelor juridice.

Între motivele procedurale care pot fi invocate pe calea contestației se numără:

- Dispunerea unei măsuri preventive care nu este prevăzută de lege (e.g. interdicția de a accepta o donație fără sarcini, interdicția de executare a unui contract aflat în derulare etc.);
- Dispunerea interdicțiilor pentru o durată mai mare de 60 de zile, cu nerespectarea art. 493 alin. (4) C.pr.pen.;
- Nemotivarea încheierii de către judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau instanța de judecată, nefiind respectate dispozițiile art. 493 alin. (5) C.pr.pen. Textul vorbește expres doar de încheierea judecătorului de drepturi și libertăți, însă cerința generală a motivării tuturor hotărârilor judecătorești, în special cele prin care sunt restrânse drepturile și libertățile unei persoane, face ca nemotivarea încheierii, indiferent de organul judiciar emitent, să atragă nulitatea acesteia.

¹⁰ A se vedea I.C.C.J, Secția penală, încheierea nr. 265 din 14 iulie 2020; I.C.C.J., Secția penală, decizia nr. 850 din 7 iunie 2016; decizia nr. 851 din 7 iunie 2016; decizia nr. 1498 din 5 decembrie 2016 în același sens în materia măsurilor asigurătorii.

- Lipsa procurorului sau nelegala citare, neregularități care derivă din încălcarea art. 493 alin. (5) și (6) C.pr.pen. La fel ca în ipoteza anterioară, textul vorbește despre citarea persoanei juridice de către judecătorul de drepturi și libertăți, însă cerința citării persoanei acuzate este generală și va atrage nulitatea indiferent de organul judiciar care pronunță încheierea. În faza de cameră preliminară și de judecată, regula este oricum citarea părților.
- Necompetența instanței poate atrage nulitatea încheierii în condițiile dreptului comun. Trebuie menționat că nu există competență după calitatea persoanei pentru persoanele juridice, așadar regulile de competență vor fi atrase de persoanele fizice inculcate în dosar (competență personală), dacă există, și de natura infracțiunii (competență materială). Și competența teritorială urmează regulile de drept comun, cuprinse în art. 41 C.pr.pen.

În continuare vom trata câteva motive procedurale de contestație care pot ridica probleme. Dificultățile derivă din diferențele de reglementare între persoana fizică și persoana juridică. Așa cum vom arăta, unele componente ale dreptului la un proces echitabil, recunoscute persoanei fizice, nu sunt prevăzute de legiuitor ca garanții procedurale în procedurile privind persoanele juridice, ceea ce poate reprezenta un tratament discriminatoriu între cele două categorii de suspecti sau inculpați și poate conduce la încălcarea dreptului la apărare.

- În opinia noastră, lipsa de apărare a persoanei juridice suspect sau inculpat poate atrage nulitatea încheierii. Art. 493 C.pr.pen. nu prevede nimic în legătură cu asistența juridică a persoanei juridice în procedurile privind măsurile preventive. Drept urmare, asistarea va fi obligatorie în cazurile prevăzute de art. 90 lit. b) și c) C.pr.pen.: organul judiciar apreciază că persoana juridică nu își poate face singură apărarea sau, după caz, în cursul procedurii în cameră preliminară și judecată, dacă legea prevede pentru infracțiunea săvârșită pedeapsa detențiunii pe viață sau pedeapsa închisorii mai mare de 5 ani. Cazurile de la art. 90 lit. a) nu sunt compatibile cu răspunderea penală a persoanei juridice.

Se observă așadar că în cursul urmăririi penale asistența juridică este obligatorie doar atunci când organul judiciar apreciază că persoana juridică nu și-ar putea face singură apărarea. Or, în cazul persoanelor fizice, cu excepția notabilă a reținerii, celelalte măsuri preventive se iau doar după audierea inculpatului *în prezența avocatului*.

Credem că organele judiciare ar trebui să desemneze avocat din oficiu persoanelor juridice inculcate care nu sunt asistate, deoarece imperativul respectării dreptului la apărare, care derivă inclusiv din art. 6 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, ar trebui respectat chiar în lipsa unei dispoziții exprese în cuprinsul art. 493 C.pr.pen. Dat fiind că măsurile preventive aplicabile persoanei juridice pot fi deosebit de severe din perspectiva conținutului, ar fi necesar ca *de lege ferenda* această regretabilă omisiune cu privire la asistența juridică obligatorie să fie remediată.

Se impune a fi menționat că *de lege lata* la judecarea contestației putem considera că legislația actuală impune asistența juridică în temeiul art. 204 alin. (8) și 205 alin. (8) C.pr.pen., însă aceste texte nu rezolvă problema asistenței juridice în primul ciclu procesual în care se dispune cu privire la măsurile preventive.

- Persoana juridică are doar calitatea de suspect, nu de inculpat. Art. 493 C.pr.pen. nu impune ca persoana juridică să fi dobândit calitatea de inculpat¹¹. Totuși, în cazul persoanei fizice, dintre măsurile preventive doar reținerea poate fi dispusă față de suspect, pentru restul fiind necesară dobândirea calității de inculpat. Rațiunea acestei soluții legislative rezidă tot în respectarea dreptului la apărare. Inculpatul este persoana față de care s-a formulat în mod oficial o acuzație, față de care s-a pus în mișcare acțiunea penală, așadar persoana cu privire la care, în sensul art. 309 C.pr.pen., există probe din care rezultă că a săvârșit o infracțiune și nu există vreunul dintre cazurile de împiedicare prevăzute la art. 16 alin. (1) C.pr.pen.

Acest standard de protecție nu este prevăzut în mod expres și pentru persoana juridică. Considerăm că este firesc să se dispună luarea unei măsuri preventive față de persoana juridică doar după dobândirea calității de inculpat¹². Nu există niciun motiv pentru care standardul de protecție a dreptului la apărare să fie inferior în cazul persoanelor juridice. Acest standard este obiectiv și justifică derogări în sensul unei protecții sporite pentru anumite categorii de subiecți vulnerabili (minorii). Nu putem identifica însă niciun motiv pentru a deroga de la acest standard în sens negativ față de persoana juridică.

În absența unui text de lege care să prevadă necesitatea dobândirii calității de inculpat, coroborat cu diferența redusă între standardul necesar pentru dobândirea acestei calități și cea de suspect¹³, este puțin probabil ca acest motiv să atragă admiterea contestației și nulitatea încheierii prin care s-a dispus cu privire la măsura preventivă. Așa cum am mai arătat, *de lege ferenda* ar fi necesară prevederea în mod expres în art. 493 C.pr.pen. a cerinței ca persoana juridică să fi dobândit calitatea de inculpat.

- Persoana juridică nu a fost audiată. Art. 493 C.pr.pen. nu prevede obligativitatea audierii persoanei juridice înainte de luarea măsurii preventive¹⁴. Comparativ, orice măsură preventivă poate fi luată față de persoana fizică doar după ascultarea suspectului (la reținere) sau a inculpatului (la control judiciar, control judiciar pe cauțiune, arestare preventivă și arestare la domiciliu). Ascultarea persoanei este o garanție minimă a unui proces echitabil. Restrângerea drepturilor unei persoane prin intermediul forței statale de constrângere se poate dispune doar după ascultarea punctului de vedere al acuzatului, după ce i se dă șansa să se

¹¹ M. Udrouiu, *op. cit.*, p. 267.

¹² G.A. Lazăr, *op. cit.*, pp. 63-64.

¹³ *Idem*, p. 67.

¹⁴ S-a arătat că audierea nu este necesară conform legii procesual-penale nici înainte de formularea propunerii de luare a măsurii preventive. În acest sens, M. Udrouiu, *op. cit.*, p. 268.

apere, să prezinte versiunea sa proprie asupra faptelor ce i se impută. Această garanție procedurală nu poate fi complinită prin pledoaria avocatului sau prin concluziile pe fondul cererii. Audierea persoanei fizice este o cerință expres recunoscută în jurisprudența CEDO pentru persoanele fizice, în Nikolova C. Bulgariei¹⁵. În mod similar, în Kampanis c. Greciei¹⁶, Curtea a arătat că ascultarea în persoană sau prin reprezentant se numără printre garanțiile fundamentale în cazul privării de libertate. Este adevărat că în cazul persoanei juridice nu vorbim despre o privare de libertate, ci de alte drepturi, de natură economică și patrimonială. Garanția ține, în opinia noastră, mai curând de dreptul la apărare în procedura măsurilor preventive și din acest motiv apreciem că este aplicabilă și persoanelor juridice.

Și în acest caz, chiar în absența unui text de lege, considerăm că este imperativ ca persoana juridică să fie audiată, prin reprezentantul său legal, pentru respectarea dreptului la apărare. Și în acest caz considerăm că aplicarea directă a Convenției Europene a Drepturilor Omului trebuie să acopere lacuna legislativă. Și de această dată propunem ca în viitoarea reglementare această regretabilă omisiune să fie complinită.

3.2. Motivele substanțiale

- Există suspiciunea săvârșirii unei fapte prevăzute de legea penală, dar nu a unei infracțiuni. Art. 493 C.pr.pen. prevede în alin. (1) că măsurile preventive pot fi luate „dacă există motive temeinice care justifică suspiciunea rezonabilă că persoana juridică a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală”. Textul instituie o derogare neinspirată de la dispozițiile art. 202 C.pr.pen., care reprezintă dreptul comun în materie și care impune pentru persoana fizică luarea măsurii preventive doar atunci când „există probe sau indicii temeinice din care rezultă suspiciunea rezonabilă că o persoană a săvârșit o infracțiune”.

Ar rezulta, așadar, că față de persoana juridică pot fi luate măsuri preventive și atunci când s-a dovedit existența unei fapte tipice, însă există date în dosar care indică, cu același grad de certitudine necesar pentru se a lua o măsură preventivă, că ar fi incidentă o cauză justificativă sau de neimputabilitate? Considerăm că răspunsul nu poate fi decât negativ și că ar fi de neconceput ca o măsură preventivă să fie impusă atunci când fapta este săvârșită nu este infracțiune¹⁷.

- Neîndeplinirea condițiilor tragerii la răspundere penală a persoanei juridice, prevăzute de art. 135 C.pen. Această cerință a fost constatată de

¹⁵ Cererea nr. 31195/96, hotărârea Marii Camere din 25.03.1999, disponibilă pe <https://hudoc.echr.coe.int>, §58.

¹⁶ Cererea nr. 17977/91, hotărârea din 13.07.1995, disponibilă pe <https://hudoc.echr.coe.int>, §47.

¹⁷ G.A. Lazăr, *op. cit.*, pp. 64-65.

jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție și a ridicat anumite discuții în literatura de specialitate¹⁸.

- Măsura preventivă nu este necesară sau proporțională. Art. 493 alin. (1) C.pr.pen. impune condiția ca măsurile preventive să fie luate doar „*pentru a se asigura buna desfășurare a procesului penal*”. Art. 202 alin. (1) C.pr.pen. – dreptul comun în materie - prevede aceeași cerință, dar în alin. (3) se adaugă: „*Orice măsură preventivă trebuie să fie proporțională cu gravitatea acuzației aduse persoanei față de care este luată și necesară pentru realizarea scopului urmărit prin dispunerea acesteia*”. Am arătat și cu altă ocazie că art. 202 alin. (3) C.pr.pen. se aplică și persoanelor juridice în baza art. 489 alin. (1) C.pr.pen. Art. 493 alin. (1) C.pr.pen. nu derogă de la art. 202 alin. (3), ci reprezintă o preluare a alineatului (1) al acestui din urmă text de lege, ceea ce înseamnă că cerința generală a proporționalității și necesității, impusă de alin. (3), este pe deplin incidentă și în cazul persoanelor juridice.
- Măsura de la alin. (1) lit. a) contravine Deciziei R.I.L. nr. 18/2020. Înalta Curte de Casație și Justiție a decis că *interdicția inițierii ori, după caz, suspendarea procedurii de dizolvare sau lichidare a persoanei juridice nu vizează și dizolvarea, respectiv lichidarea în procedura falimentului prevăzută de Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență*. Nerespectarea acestei interpretări obligatorii va deschide persoanei juridice și procurorului calea contestației.

4. Termenul formulării contestației

Durata termenului în care poate fi formulată contestația este expres prevăzută în art. 493 alin. (7) C.pr.pen., de 24 de ore de la pronunțare, pentru cei prezenți, și de la comunicare, pentru persoana juridică lipsă. Acest termen mai este prevăzut doar în cazul contestației împotriva încheierii prin care se dispune suspendarea judecății sau internarea nevoluntară, o soluție destul de eterogenă a legiuitorului.

Chiar dacă norma este clară, reglementarea unui termen diferit față de contestația pe care o poate formula persoana fizică împotriva încheierii prin care se dispune cu privire la măsurile preventive suscită discuții. Art. 204 alin. (1) C.pr.pen. prevede că termenul de contestație pentru persoana fizică este de 48 de ore. De ce ar socoti legiuitorul necesar ca persoana fizică să aibă la dispoziție 48 de ore pentru formularea contestației, iar persoana juridică doar 24 de ore? Nu credem

¹⁸ Trebuie menționat că autorii prezentului articol adoptă poziții cel puțin parțial divergente cu privire la posibilitatea verificării acestei condiții în cadrul procesual al luării măsurilor preventive. Într-o primă opinie, se arată că în aceste cazuri instanțele au trecut mai curând la judecarea fondului, în special prin analizarea elementului material al infracțiunii [A.R. Trandafir în M. Udrioiu (coord.), *op. cit.* p. 2450]. Într-o altă opinie, atunci când în cauză există suficiente date care pot permite instanței să constate, cu același grad de certitudine necesar pentru a lua o măsură preventivă, că nu sunt îndeplinite condițiile răspunderii penale a persoanei juridice, măsura preventivă nu poate fi dispusă [G.A. Lazăr, *op. cit.*, pp. 69-74].

că putem găsi răspuns la această întrebare, dar putem constata fără dificultate că măsurile preventive nu au un termen maximal pentru care pot fi luate, că persoana juridică nu trebuie să fie asistată de apărător și nu este necesară audierea sa înainte ca măsura să fie dispusă, că este suficient să existe suspiciunea săvârșirii unei fapte prevăzute de legea penală, iar nu a unei infracțiuni sau că este suficient ca persoana juridică să fie suspect, iar nu inculpat.

Avem convingerea că efectul cumulativ al acestor reguli derogatorii pentru persoana juridică generează un regim juridic susceptibil să aducă atingere dreptului la un proces echitabil. A aplica normele din procedura specială așa cum sunt ele reglementate în prezent ar însemna desconsiderarea unor garanții elementare ale dreptului la apărare. De aceea, așa cum am arătat deja, de cele mai multe ori propunem o abordare mai apropiată de regimul reglementat pentru persoana fizică, unde respectarea dreptului la apărare apare ca o prioritate pentru legiuitorul procesual-penal.

5. Obiectul contestației

Astfel cum rezultă din dispozițiile art. 493 alin. (7) C.pr.pen., obiectul contestației este *încheierea* prin care se dispune asupra măsurilor preventive de către judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară ori instanța de judecată. Astfel, în ciuda formulării deficitare a art. 493 alin. (7) C.pr.pen., care pare a se referi doar la încheierea pronunțată de judecătorul de drepturi și libertăți, fiind plasat după art. 493 alin. (5) și (6) care reglementează modalitatea de luare a măsurilor preventive în faza urmăririi penale, trebuie să admitem că textul de lege se referă totuși la orice încheiere prin care se iau măsuri preventive împotriva unei persoane juridice, despre acest lucru stând mărturie și referirea la organul competent să judece contestația (care include judecătorul de cameră preliminară și instanța ierarhic superioară).

De asemenea, tot în ciuda faptului că alin. (7) este plasat după alineatele care reglementează *luarea* măsurilor preventive, este evident că pot fi atacate și încheierile prin care se prelungesc respectivele măsuri, se modifică conținutul măsurilor ori se înlocuiește o măsură cu o altă (care reprezintă, în sine, tot o luare) ori se respinge luarea măsurilor preventive. Aceste aspecte rezultă, de altfel, și din cele expuse anterior în cadrul analizei privind titularii contestației¹⁹. De asemenea, așa cum am văzut, față de dispozițiile art. 493 alin. (8) C.pr.pen., pot fi atacate și încheierile prin care se dispune cu privire la revocarea unei măsuri preventive.

În opinia noastră, poate fi atacată inclusiv încheierea prin care se iau, se prelungesc, se revocă ori se respinge revocarea măsurilor preventive *de către instanța de apel*, având în vedere că textul art. 493 alin. (7) C.pr.pen. nu face distincție în funcție de instanța care pronunță hotărârea.

Deși nu este firesc să existe o diferență între regimul aplicabil căilor de atac împotriva încheierilor privind măsurile preventive luate față de persoanele fizice

¹⁹ A se vedea *supra*, secțiunea a 2-a

și persoanele juridice, este clar că textul art. 206 alin. (1) C.pr.pen.²⁰ nu poate fi aplicabil în ceea ce privește persoanele juridice. În materia măsurilor preventive, legiuitorul a prevăzut o serie de texte speciale, derogatorii de la normele generale. Art. 489 alin. (1) C.pr.pen. permite completarea lor cu dispozițiile de drept comun atunci când nu există norme speciale.

Pe de altă parte, deși este adevărat că încheierile instanței de apel sunt, de regulă, definitive, sunt cunoscute și alte situații în care acestea pot fi atacate²¹, fie cu contestație (de exemplu în materia măsurilor asigurătorii, potrivit art. 250¹ C.pr.pen.), fie cu recurs (respingerea sesizării Curții Constituționale cu excepția de neconstituționalitate a unui text de lege, potrivit art. 29 alin. (5) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale²²), astfel încât acest motiv nu poate constitui un impediment pentru recunoașterea căii de atac. Cu toate acestea, în practica judiciară, astfel de încheieri se pronunță fără cale de atac²³, probabil prin asemănare cu încheierile din materia măsurilor preventive luate față de persoanele fizice. Nu avem cunoștință ca, până la acest moment, vreo astfel de încheiere să fi fost atacată cu contestație în fața instanței ierarhic superioare.

6. Instanța competentă să judece contestația

Potrivit aceluiași art. 493 alin. (7) C.pr.pen., contestația se face *la judecătorul de drepturi și libertăți sau, după caz, la judecătorul de cameră preliminară ori instanța ierarhic superioară*. Textul de lege este deficitar comparativ cu alte texte de lege care reglementează căi de atac și chiar cu dispozițiile generale în materia contestației - art. 425¹ alin. (3) C.pr.pen., care prevăd că o astfel de cale de atac se depune tot judecătorul de drepturi și libertăți, judecătorul de cameră preliminară sau, după caz, la instanța *care a pronunțat hotărârea care se atacă*. Deși dispozițiile art. 489 și urm. C.pr.pen. au un caracter derogatoriu față de cele de drept comun, în practică, astfel de contestații se depun tot la instanța (*lato sensu*) care a pronunțat încheierea atacată.

Contestația formulată împotriva încheierii pronunțate de judecătorul de drepturi și libertăți se judecă de judecătorul de drepturi și libertăți de la instanța ierarhic superioară sau de un complet de 2 judecători de la Înalta Curte de Casație și Justiție, dacă încheierea a fost pronunțată de un judecător de

²⁰ Art. 206 alin. (1) C.pr.pen.: „*Împotriva încheierilor prin care instanța dispune, în primă instanță, asupra măsurilor preventive inculpatul și procurorul pot formula contestație, în termen de 48 de ore de la pronunțare sau, după caz, de la comunicare. Contestația se depune la instanța care a pronunțat încheierea atacată și se înaintează, împreună cu dosarul cauzei, instanței ierarhic superioare, în termen de 48 de ore de la înregistrare.*”

²¹ A se vedea, pentru aceste aspecte, I. Kuglay, A.R. Trandafir, *Octombrie cântă din vânt: contestarea măsurilor asigurătorii dispuse prin decizia instanței de apel în lumina noilor modificări aduse Codului de procedură penală*, www.juridice.ro.

²² M. Of. nr. 807 din 3.12.2010.

²³ A se vedea, de exemplu, C.A. București, Secția a II-a penală, încheierile din 24.08.2021, 14.12.2021, 11.01.2022, 4.03.2022, 5.04.2022, 31.05.2022 în dosarul nr. 7705/3/2017*.

drepturi și libertăți de la instanța supremă, așa cum prevăd dispozițiile art. 31 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară²⁴.

Contestația formulată împotriva încheierii pronunțate de judecătorul de cameră preliminară se judecă de judecătorul de cameră preliminară de la instanța ierarhic superioară sau de un complet de 2 judecători de la Înalta Curte de Casație și Justiție, dacă încheierea a fost pronunțată de un judecător de cameră preliminară de la instanța supremă, așa cum prevăd, de asemenea, dispozițiile art. 31 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 304/2004.

Contestația formulată împotriva încheierii pronunțate în faza judecării în primă instanță se judecă de instanța ierarhic superioară. Dacă încheierea a fost pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție în primă instanță, contestația se judecă de Completul de 5 judecători de la instanța supremă, potrivit art. 24 alin. (1) din Legea nr. 304/2004.

În situația în care se contestă încheierea pronunțată de curțile de apel în faza apelului, competența de soluționare a cauzei aparține Înaltei Curți de Casație și Justiție.

Dacă încheierea este pronunțată în apel de Secția penală a instanței supreme, nu există un text de lege care să reglementeze această situație, având în vedere și formularea art. 493 alin. (7) C.pr.pen., amintită mai sus. Prin asemănare cu alte situații în care este permisă contestația împotriva încheierii instanței de apel, competența de soluționare a cauzei ar trebui să aparțină tot Completului de 5 judecători, ca „instanță” (structură) superioară. În acest sens, în materia măsurilor asigurătorii, potrivit art. 250¹ alin. (2) C.pr.pen., contestația împotriva încheierii prin care Secția penală a Înaltei Curți de Casație și Justiție, în apel, a luat o măsură asigurătorie se soluționează de Completul de 5 judecători.

Tot astfel, contestația împotriva încheierii prin care Completul de 5 judecători dispune, în apel, asupra măsurilor preventive, ar trebui să se judece de celălalt complet de 5 judecători, similar situației recursurilor împotriva hotărârilor de respingere a cererilor de sesizare a Curții Constituționale, pronunțate de un alt complet de 5 judecători (art. 24 alin. (2) din Legea nr. 304/2004). De altfel, în situația în care Completul de 5 judecători dispune asupra măsurilor asigurătorii în faza apelului (fie în procedura de luare, fie în cea de verificare, în temeiul art. 250² C.pr.pen.), contestația se soluționează tot de celălalt complet de 5 judecători, deși legiuitorul a omis să reglementeze în mod expres această ipoteză.

Pentru a conchide, acolo unde legiuitorul nu a prevăzut care este instanța care va soluționa contestația vom aplica prin analogie regulile similare de contestare a încheierilor. Nu considerăm că simpla omisiune de a menționa expres instanța care va soluționa contestația trebuie să conducă la concluzia că în aceste ipoteze calea de atac este inadmisibilă.

²⁴ M.Of. nr. 827 din 13.09.2005.

7. Soluțiile care pot fi pronunțate în contestație

În absența unei reglementări specifice în cadrul art. 493 C.pr.pen. privind soluțiile care pot fi pronunțate în cadrul contestației, vor fi aplicabile dispozițiile art. 425¹ alin. (7) C.pr.pen. Astfel, soluțiile pe care le poate pronunța judecătorul ori instanța care judecă contestația sunt următoarele:

- admite contestația persoanei juridice și desființează încheierea atacată, dispunând respingerea propunerii de luare a uneia sau mai multor măsuri preventive formulată de procuror ori rejudecarea cauzei de către judecătorul sau completul care a pronunțat-o, atunci când se constată că nu au fost respectate dispozițiile privind citarea. În cazul revocării măsurilor preventive, admiterea contestației poate viza admiterea cererii de revocare formulată de persoana juridică;
- admite contestația procurorului și dispune luarea unei măsuri preventive sau a altor măsuri preventive decât cele luate de prima instanță. Dacă prin încheiere au fost revocate măsurile preventive, admiterea contestației va presupune înlăturarea acestei dispoziții cu consecința menținerii măsurilor preventive până la expirarea duratei pentru care fuseseră luate, în cazul în care nu urmează a fi ulterior prelungite;
- respinge contestația ca nefondată, tardivă sau inadmisibilă, menținând hotărârea atacată. Contestația va fi respinsă ca inadmisibilă și atunci când este formulată de o altă persoană decât cele prevăzute în mod expres printre titularii acestei căi de atac (sub rezerva celor expuse anterior privind necesitatea recunoașterii accesului la justiție pentru unele categorii de persoane), întrucât calitatea titularului contestației este o condiție de admisibilitate ;
- ia act de retragerea contestației²⁵.

Concluzie

Este cert că, la o primă vedere, reglementarea contestației împotriva măsurilor preventive aplicabile persoanelor juridice este inofensivă. Trecând însă de prima impresie, textul de lege ridică numeroase probleme. Unele dintre acestea țin de conflictul cu reglementarea generală, lăsând loc la mai multe interpretări, în timp ce altele derivă din caracterul lacunar al reglementării.

În opinia noastră, procedura deservește în primul rând apărării dreptului la un proces echitabil. De aceea, este important ca omisiunile legiuitorului să nu fie transformate în fine de neprimire a contestației în ipotezele în care legiuitorul a omis să prevadă în mod expres instanța sau completul competent să soluționeze contestația. În mod similar, audierea persoanei juridice rămâne o garanție

²⁵ Soluția nu este prevăzută în mod expres de art. 425¹ C.pr.pen., dar, întrucât retragerea contestației este o posibilitate pe care o are titularul acesteia, și instanța care judecă respectiva cale de atac poate lua act de retragere. În acest sens, a se vedea M. Udroi, *Procedură penală. Partea specială. Noul Cod de procedură penală*, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 457.

fundamentală care trebuie respectată în vederea asigurării dreptului la apărare. Deschiderea unei căi de atac pentru terții vătămați de luarea unei măsuri preventive atunci când aceștia nu au o altă cale de atac pentru a contesta ingerința în drepturile lor proprii rămâne o cerință esențială pentru respectarea art. 13 din Convenția Europeană.

Cât timp aceste garanții, necesare în ipotezele tratate pe larg în acest material, vor fi avute în vedere de instanțe, aplicarea textului de lege ar trebui să nu ridice probleme semnificative. În măsura în care interpretările instanțelor se vor dovedi mai curând restrictive, iar omisiunile legiuitorului mai curând intenționate, probabil că va fi nevoie ca legiuitorul să intervină pentru explicitarea textului de lege sau, așa cum am propus de mai multe ori până acum, pentru reconfigurarea sistemului de măsuri preventive aplicabil persoanelor juridice.

Referințe

- Kuglay I., Trandafir A.R., *Octombrie cântă din vânt: contestarea măsurilor asigurătorii dispuse prin decizia instanței de apel în lumina noilor modificări aduse Codului de procedură penală*, www.juridice.ro
- Lazăr G.A., *Sistemul sancționator aplicabil persoanelor juridice*, Editura Universul Juridic, București, 2021
- Nițu D., „Durata măsurilor preventive în cazul persoanelor juridice. O critică a Deciziei nr. 139/2016 a Curții Constituționale” în *Caiete de Drept Penal*, nr. 3/2018
- Trandafir A.R., „Creditorii debitorilor urmăriți penal”, în M.D. Bob, A.R. Trandafir, *Creditori vs. debitori. Perspectiva Hexagonului*, Editura Universul Juridic, București, 2015
- Trandafir A.R., *Despre inaplicabilitatea interdicției inițierii sau a suspendării dizolvării ori lichidării persoanei juridice în cadrul procedurii insolvenței. Și alte două motive de neconstituționalitate în materia măsurilor preventive aplicabile persoanelor juridice*, disponibil pe www.juridice.ro
- Trandafir A.R., Lazăr G.A. (coord.), *Răspunderea penală a persoanelor juridice*, Editura Solomon, București, 2021
- Trandafir A.R., *Protecția drepturilor fundamentale ale persoanelor juridice la CEDO*, Editura C.H. Beck, București, 2015
- Udroiu M. (coord), *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, ed. a III-a, Editura C.H. Beck, București, 2020
- Udroiu M., *Procedură penală. Partea specială. Noul Cod de procedură penală*, Editura C.H. Beck, București, 2014

Articolul 151 Cod Penal – O încălcare a principiului personalității răspunderii penale?

Article 151 Romanian Criminal Code – A Breach of the Principle of the Personal Criminal Liability?

Laura Stănilă¹

Rezumat: Încă de la publicarea în Monitorul Oficial a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal al României, art. 151 C.pen. a dat naștere unor discuții în literatura de specialitate. Văzut ca un text menit să contracareze manevrele de eludare a răspunderii penale de către persoanele juridice prin diverse tehnici și metode de transferuri economico-fiscale, art. 151 C.pen. a fost inspirat de prevederile art. 11 alin.(8) C.pen. portughez dar și de art. 29-32 din Decretul-lege italian nr. 231/2001 privind răspunderea administrativ-penală a persoanelor juridice. În ciuda bunelor intenții ale legiuitorului român, pe de o parte, textul rămâne, din păcate, perfectibil, iar pe de altă parte, poate provoca o dezbatere interesantă privind respectarea principiului personalității răspunderii penale a persoanei juridice. Prezentul articol urmărește să dezbată ambele aspecte, de formă și de fond, privind art. 151 C.pen.

Cuvinte-cheie: principiul răspunderii penale personale, persoana juridică, răspunderea penală a persoanei juridice, fuziune, divizare

Abstract: Since the publication in the Official Monitor of the Law no. 286/2009 on the Criminal Code of Romania, art. 151 RCC gave rise to discussions in the doctrine. Seen as a text meant to counteract the maneuvers of evading criminal liability by legal entities through various techniques and methods of economic and fiscal transfers, art. 151 RCC was inspired by the provisions of art. 11 para. (8) Portuguese CC but also art. 29-32 of Italian Decree-Law no. 231/2001 on the administrative-criminal liability of legal persons. Despite the good intentions of the Romanian legislator, on the one hand, the text remains, unfortunately, perfectible, while, on the other hand, it can provoke an interesting debate regarding the observance of the principle of personal criminal liability of the legal person. This article aims to debate both aspects, formal and substantial, regarding art. 151 RCC.

Keywords: principle of personal criminal liability, legal person, criminal liability of the legal person, merger, division

1. O introducere mai extinsă

Analiza prevederilor art. 151 C.pen. a mai fost exersată atât în perioada imediat următoare intrării în vigoare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal², cât și în studii foarte recente, problema principală a dezbaterii în fond pe marginea

¹ Conferențiar univ. dr. Director Centrul de Cercetări în Științe Penale, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, e-mail: laura.stanila@e-uvt.ro

² Publicată în M. Of., nr. 510 din 24 iulie 2009.

acestui text legislativ fiind aceea a încălcării sau nu a principiului personalității răspunderii penale, principiu fundamental al dreptului penal român.

Prin urmare acest studiu are o misiune extrem de dificilă, aceea de a încerca să ofere o viziune nouă asupra acestei chestiuni destul de amplu dezbătute, inclusiv din perspectiva dreptului comparat. Și, întrucât, ori de câte ori am încercat să abordez o chestiune juridică cu privire la care „drumurile” sau „doctrinile” au fost deja „bătătorite”, am găsit de fiecare dată o perspectivă nouă fie în sistemul common-law, mult mai practic, mai efervescent și mai creator jurisprudențial, fie în jurisprudența CEDO și CJUE.

Însă, o abordare tehnică corectă a temei propuse presupune analiza atât a aspectelor de formă cât și a celor de fond referitoare la textul art. 151 C.pen.

Potrivit art. 151 C.pen. intitulat „Efectele comasării și divizării persoanei juridice”, în cazul pierderii personalității juridice prin fuziune, absorbție sau divizare intervenită după comiterea infracțiunii, răspunderea penală și consecințele acesteia se vor angaja: a) în sarcina persoanei juridice create prin fuziune; b) în sarcina persoanei juridice absorbante; c) în sarcina persoanelor juridice care au fost create prin divizare sau care au dobândit fracțiuni din patrimoniul persoanei divizate.

În cazul transmiterii răspunderii penale potrivit regulilor menționate mai sus, la individualizarea pedepsei se va ține seama de cifra de afaceri, respectiv de valoarea activului patrimonial al persoanei juridice care a comis infracțiunea, precum și de partea din patrimoniul acesteia care a fost transmisă fiecărei persoane juridice participante la operațiune.

Acest text de reglementare a fost inspirat, potrivit Expunerii de motive la Legea nr. 286/2009³, de prevederile art. 11 alin. (8) C.pen. portughez dar și de art. 29-32 din Decretul-lege italian nr. 231/2001 privind răspunderea administrativ-penală a persoanelor juridice.

Având în vedere că textul art. 151 C.pen. reglementează o situație aparte în care răspunderea penală și consecințele acesteia (executarea pedepsei aplicate de instanță prin hotărârea de condamnare) se transmit, posibil, și unor persoane juridice care nu au avut o existență anterioară sau care, deși au avut o existență anterioară, nu au avut nicio legătură cu comiterea infracțiunii, în mod firesc se pune problema dacă acest text legal este sau nu compatibil cu principiul răspunderii penale personale.

Încă de la momentul publicării sale și ulterior, după intrarea în vigoare a Codului penal, textul art. 151 a ridicat multiple probleme, atât de ordin formal cât și substanțial, probleme care au fost analizate în doctrină⁴ și cu privire la care nu

³ Expunerea de motive privind adoptarea unui nou cod penal, <http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf>.

⁴ A se vedea: A.R. Trandafir, *Transmiterea răspunderii penale în cazul reorganizării persoanei juridice*, în A.R. Trandafir, G. Al. Lazăr (coord.), *Răspunderea penală a persoanei juridice. O instituție transatlantică. De la evaluarea vinovăției la aplicarea și executarea sancțiunilor*, Editura Solomon, București, 2021, p. 138-155; M. Mareș, *Efectele reorganizării persoanei juridice asupra regimului răspunderii penale și executării pedepselor*, 8 februarie

insistăm în cadrul prezentului studiu, limitându-ne strict la o simplă enumerare a acestora: i) nu există, din nefericire, o corespondență terminologică cu dispozițiile art. 233 C.civ, textul penal menținând terminologia veche, prevăzută de Decretul nr. 31/1954 privind persoanele fizice și persoanele juridice, și nici cu prevederile legale ale Titlului VI din Legea nr. 31/1990 – Dizolvarea fuziunea și divizarea societăților; ii) textul citat nu se referă la operațiunea juridică de transformare, care poate fi utilizată fraudulos pentru eludarea răspunderii penale a persoanei juridice, deși, în mod evident, scopul acestei prevederi este de a evita ca, prin diverse operațiuni economice și juridice disimulate, să se eludeze răspunderea penală de către o persoană juridică condamnată. Mai mult, nu ar fi posibilă o aplicare a art. 151 C.pen. prin analogie, și la situația transformării, deoarece, dată fiind rigoarea terminologică impusă de principiul legalității, analogia nu prea este acceptată, iar pe de altă parte, chiar dacă s-ar accepta, aceasta nu ar putea produce o interpretare favorabilă persoanei juridice inculpate (fiind vorba de o analogie *in malam partem*).

Însă, nu putem să nu ne oprim, măcar expeditiv, asupra unor aspecte, fie omise de doctrină, fie de ultimă oră, care fac ca acest text, succint de altfel în redactarea sa, să ne pună la încercare serioasă logica juridică și talentul interpretativ. Astfel, o problemă care pare să monopolizeze în ultimii ani Curtea Constituțională a României, ar fi utilizarea de către legiuitor a unor formulări generaliste privind criteriile speciale de individualizare a răspunderii penale și a pedepsei. Evident că acest subiect are legătură cu principiul răspunderii penale personale, fiind de fapt o dovadă a existenței și recunoașterii acestuia în sistemul de drept românesc.

Astfel, alineatul 2 al art. 151 C.pen. stabilește că, urmare a angajării răspunderii penale a persoanei juridice create prin fuziune, a persoanei juridice care a absorbit persoana juridică care a comis inițial infracțiunea sau a persoanelor juridice create prin divizare sau care au dobândit fracțiuni din patrimoniul persoanei juridice care a comis inițial infracțiunea, individualizarea pedepsei urmează a fi realizată de către instanță prin raportare la două criterii speciale, după cum urmează: cifra de afaceri, respectiv valoarea activului patrimonial al persoanei juridice care a comis infracțiunea (după cum este vorba despre persoane juridice cu sau fără scop lucrativ), precum și partea din patrimoniul persoanei juridice care a fost transmisă fiecărei persoane juridice participante la operațiune.

Dacă ultimul criteriu special – fracțiunea de patrimoniu transmisă – urmărește să stabilească o proporție matematică care să servească la calcularea practică a amenzii, nu este clar dacă aceste criterii speciale urmează să fie aplicate doar în ceea ce privește pedeapsa principală cât și pedepsele complementare și nici dacă, raportat la pedeapsa principală, urmează ca aceste criterii speciale să se aplice la ambele elemente care alcătuiesc sistemul zilelor amendă – numărul zilelor amendă și cuantumul unei zile amendă – sau doar la cuantumul unei zile amendă.

2018, www.juridice.ro; L.M. Stănilă, *Drept penal. Partea generală II. Curs universitar*, ed. a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2021, p. 276-279; M.K. Guiu, *Comentariu la art. 151*, în G. Antoniu (coord.), *Explicații preliminare ale noului Cod Penal. Vol. II. Art. 53-187*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p.430-433.

În ceea ce privește prima dilemă – dacă criteriile speciale vor fi aplicate tuturor categoriilor de pedeapsă pentru persoana juridică, suntem de părere că, de vreme ce textul legal nu distinge, formulările fiind generice – „răspunderea penală”, „consecințele acesteia”, „individualizarea pedepsei” – rezultă că urmează a fi aplicate atât în cazul amenzii, ca pedeapsă principală, cât și în cazul pedepselor complementare.

Referitor la a doua dilemă - dacă criteriile speciale vor fi aplicate ambelor elemente care alcătuiesc sistemul zilelor amendă sau doar unuia dintre acestea, se impune a privi comparativ prevederile art. 137 alin. (3) C.pen. care stabilește criteriile speciale doar în ceea ce privește quantumul unei zile-amendă, urmând ca, pentru stabilirea zilelor-amendă, să se aplice criteriile generale prevăzute de art. 74 C.pen. Deci, dacă legiuitorul ar fi urmărit aplicarea criteriilor speciale doar pentru unul dintre cele două elemente ale sistemului zilelor-amendă în situațiile reglementate de art. 151 C.pen., ar fi indicat acest lucru în mod expres, așa cum a procedat în cazul art. 137 C.pen. Deoarece nu a procedat într-o asemenea manieră, aplicarea criteriilor speciale urmează a fi realizată atât cu privire la stabilirea numărului zilelor-amendă, cât și la stabilirea quantumului unei zile-amendă. Firește că ar putea fi vorba despre o „scăpare” nefericită a legiuitorului, nu ar fi prima dată și, dată fiind jurisprudența extrem de rară pe marginea art. 151 C.pen., nu s-a pus încă în practică la modul serios problema individualizării pedepsei în această situație.

Revenind la criteriile speciale prevăzute de art. 151 alin. (2) C.pen., unul dintre acestea – „cifra de afaceri” este de natură să ridice întrebări referitoare la constituționalitatea sa. O foarte recentă decizie a Curții Constituționale - Decizia CCR nr. 708/28.10.2021⁵ - a cenzurat sintagma „cifra de afaceri” utilizată de legiuitor în cuprinsul art. 137 alin. (3) C.pen., ca și criteriu de individualizare a quantumului unei zile amendă. Deși, formal, această decizie nu poate produce efecte asupra altor texte de lege decât cele cenzurate – art. 137 alin. 3 teza a II-a C.pen. – sintagma „cifra de afaceri” - în mod evident considerentele sale pot fi utilizate în argumentarea logică pentru o eventuală sesizare a CCR cu privire la neconstituționalitatea sintagmei similare utilizate de legiuitor în instituirea criteriilor speciale de individualizare a pedepsei în cazul transmiterii răspunderii penale a persoanei juridice după fuziune, absorbție sau divizare, un atare reper financiar fiind necesar pentru instanță pentru un demers matematic de stabilire, în primul rând a amenzii după fuziune, absorbție sau divizare.

O altă problemă substanțială se referă la lipsa efectuării unei distincții între scopul fraudulos al operațiunii economico-juridice și buna credință care ar trebui să cântărească în ceea ce privește transmiterea răspunderii penale, aceasta deoarece principiul răspunderii penale subiective este un principiu complementar principiului răspunderii penale personale. Această lacună privind elementul subiectiv considerăm că se impune a fi acoperită de legiuitor, de vreme ce problema translației răspunderii penale către o persoană juridică formal inocentă provoacă

⁵ Publicată în M. Of., nr. 1160 din 7 decembrie 2021.

în mod serios o discuție referitoare la respectarea principiului răspunderii penale subiective raportat la teza dobânditorului de bună-credință.

2. Teoria transmiterii răspunderii penale în cazul persoanei juridice și reflectarea sa în diferite sisteme de drept

Teza transmiterii (translației) răspunderii penale în cazul persoanei juridice reprezintă o chestiune sensibilă și controversată în doctrina internațională, iar legiuitorii penali ai diferitelor state au urmat în general două direcții: fie au consacrat expres teza transmiterii răspunderii penale persoanei juridice succesoare (Spania, Italia, Cehia, Slovacia, etc.), fie nu au reglementat acest aspect, iar în acest din urmă caz nereglementarea se datorează în principal nerecunoașterii răspunderii penale a persoanei juridice (Germania) și în subsidiar aprecierii tezei translației ca fiind incompatibilă cu principiul răspunderii penale personale. Chiar și așa, în statele în care există totuși o consacrare a răspunderii penale a persoanei juridice dar transmiterea răspunderii penale către persoana juridică succesoare nu e reglementată, recunoașterea tezei translației s-a realizat pe cale jurisprudențială (Franța, Olanda).

2.1. Sisteme care recunosc expres teoria transmiterii răspunderii penale către persoana juridică succesoare

2.1.1. Cehia

Răspunderea penală a persoanelor juridice a fost consacrată prin *Legea cehă privind răspunderea penală a persoanelor juridice și procedurile împotriva acestora*, nr. 418/2011 din 27 octombrie 2011, care a intrat în vigoare de la 1 ianuarie 2012. Articolul 10 din acest act normativ tratează problema transferului răspunderii în cazul transmiterii din orice cauză a patrimoniului persoanei juridice către o altă persoană juridică care îi continuă activitatea. Legiuitorul ceh a validat principiul general conform cu care răspunderea penală revine tuturor succesorilor legali ai persoanei juridice în cauză. Aceștia pot fi supuși măsurilor punitive sau preventive care i-ar fi fost aplicate persoanei juridice inițiale, pe baza unei evaluări a instanței asupra beneficiului lor concret obținut în urma infracțiunii. Se arată că, mai degrabă, posibilitatea de a fi supus pedepsei sau altor măsuri penale depinde de avantajul pe care l-au obținut ca urmare a comiterii infracțiunii, astfel încât, în lipsa unui atare beneficiu, se poate concluziona că nu ar trebui să sufere nicio consecință care decurge din infracțiune.

Potrivit legislației penale cehe, răspunderea penală a persoanei juridice se transmite asupra tuturor succesorilor persoanei juridice care a comis infracțiunea și, deși persoana juridică succesoare nu are calitate de infractor, legiuitorul ceh a creat un construct juridic al cărei scop este prevenirea eludării răspunderii penale prin simpla creare a unei sau unor noi persoane juridice.⁶

⁶ A. Venegoni, M. Růžička, *Training Handbook on: Liability of Legal Persons for Czech Law Enforcement Agencies*, Council of Europe, Norway Grants, Programme Area 25: Capacity building and Institutional Cooperation between Beneficiary State and Norwegian

2.1.1. Slovacia

În Slovacia, răspunderea penală a persoanei juridice a fost introdusă prin Legea nr. 91/2016 privind răspunderea penală a persoanelor juridice, act normativ care a intrat în vigoare în 2016. Legea slovacă privind răspunderea penală a persoanelor juridice abordează, de asemenea, problema răspunderii penale a succesorului legal al unei persoane juridice, nu numai la nivelul consecințelor juridice (pedepse și măsuri de protecție), ci mai degrabă direct, în ceea ce privește transferul răspunderii penale în sine către una sau mai multe persoane juridice.

În conformitate cu § 7 (1) din acest act normativ, răspunderea penală a unei persoane juridice care a încetat să existe este transferată tuturor succesorilor ei legali. Teza transmiterii are în vedere și situația sentințelor care au fost deja pronunțate, dar nu au fost încă executate încă, dacă nu se prevede altfel.

Transferul răspunderii penale a unei persoane juridice pentru o infracțiune comisă conform § 3 se realizează asupra tuturor succesorilor legali ai acesteia, indiferent dacă transformarea persoanei juridice a operat înainte, în timpul procesului sau după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare.⁷

2.1.2. Spania

Legea nr. 5/2010 prin care s-a modificat art. 130 C.pen. spaniol adăugându-i un alineat 2, stabilește în preambulul său că scopul acestei intervenții legislative a fost de a evita eludarea răspunderii penale de către persoana juridică în caz de transformare, succesiune a activității (în sens larg) și dizolvare. Doctrina spaniolă a arătat că această modificare privește exclusiv persoanele juridice cu scop lucrativ.⁸

Această modificare de optică acordă prevalență unei viziuni faptice asupra situației persoanei juridice, având ca scop să evite lăsarea unor fapte importante nepedepsite din motive pur formale care, de altfel, pot fi identificate cu ușurință. Cu alte cuvinte, în lipsa acestei prevederi, identificarea unor motive care împiedicau angajarea răspunderii penale a persoanei juridice care s-a transformat, și-a transmis patrimoniul, a fuzionat sau s-a divizat, putea fi realizată foarte ușor.

Conform art. 130 alin. (2) C.pen. spaniol, „transformarea, fuziunea, absorbția sau divizarea unei persoane juridice nu stinge răspunderea penală a acesteia, care se transferă societății sau societăților în care se transformă, cu care fuzionează sau în care este absorbită și se extinde asupra societății sau societăților care iau naștere de la data divizării. Instanța poate dispune ca pedeapsa să fie transferată persoanei juridice, având în vedere proporția pe care persoana juridică răspunzătoare inițial pentru infracțiune o are în persoana juridică asupra căreia se

Public Institutions, Local and Regional Authorities, ECCU-ACAMOL-CZ-TP5/2015, 2015, pp. 23-25, disponibil la <https://rm.coe.int/16806d11e6>.

⁷ J. Čentěš, J. L'orko, „Criminal liability of legal persons in the Slovak Republic”, în *Studia Prawnoustrojowe*, nr. 42/2018, pp. 360-362, https://wpia.uwm.edu.pl/czasopisma/sites/default/files/uploads/Studia_Prawno_Ustrojowe/2018/42/353-364.pdf.

⁸ M. Baho Fernandez, B.J. Feijoo Sanchez, C. Gomez-Jara Diez, *Tratado de la responsabilidad penal de las personaj juridicas*, Thomson Reuters, 2012, p. 262.

transferă răspunderea. *Răspunderea penală nu se stinge prin dizolvarea ascunsă sau doar aparentă a persoanei juridice. Se consideră, în toate cazurile, că există dizolvare ascunsă sau doar aparentă a persoanei juridice atunci când activitatea ei economică este continuă și menține o identitate substanțială a clienților, furnizorilor și angajaților, sau cea mai importantă parte a acestora.*”

Se observă că legiuitorul spaniol a fost extrem de meticulos, încercând să acopere toate situațiile prin care, prin operațiuni care au ca efect transmiterea totală sau parțială a patrimoniului, schimbarea denumirii sau a formei de activitate ori încetarea frauduloasă a existenței persoanei juridice în scopul eludării răspunderii sale penale, să fie acoperite. De asemenea remarcăm faptul că sunt indicate criterii speciale care să servească instanței în stabilirea continuității existenței operaționale/economice a persoanei juridice: activitatea ei economică este continuă și se păstrează identitatea substanțială a clienților, furnizorilor și angajaților, sau a celei mai importante părți a acestora.

Având în vedere că modificarea datează din 2010 iar practica relevantă a CJUE în materia răspunderii penale a succesului se poziționează, așa cum vom arăta ulterior, pe parcursul acestui studiu, după acest an, rezultă că legiuitorul spaniol a anticipat corect tendințele jurisprudențiale supranaționale și a venit în întâmpinarea acestora.

Cu toate acestea doctrina⁹ apreciază că textul legislativ citat s-ar aplica exclusiv în cazul operațiunilor frauduloase realizate de persoana juridică care a comis inițial fapta în scopul eludării răspunderii penale, punând accentul pe elementul subiectiv (principiul răspunderii penale subiective), principiu complementar principiului răspunderii penale personale, chestiune pe care legiuitorul român nu a subliniat-o și cu privire la care suntem de părere că ar trebui să aibă o intervenție legislativă în acest caz, prin introducerea unor criterii în acest sens în cadrul art. 151 C.pen. român.

2.1.3. Belgia

Legea din 4 mai 1999 privind stabilirea răspunderii penale a persoanelor juridice a introdus răspunderea penală a persoanelor juridice în dreptul penal belgian. Din cauza problemelor apărute cu privire la suprapunerea între răspunderea penală a persoanelor juridice și răspunderea individuală a directorilor și funcționarilor, o modificare legislativă a avut loc aproape 20 de ani mai târziu, prin Legea din 11 iulie 2018 de modificare a Codului de procedură penală. Această reformă a schimbat formularea răspunderii penale a persoanelor juridice, în ciuda faptului că principii personalității care stă la baza ei rămâne același.

Răspunderea penală a persoanelor juridice este prevăzută de articolul 5 din C.pen. belgian. Articolul 20 din Titlul preliminar al Codului de procedură penală prevede că există trei modalități prin care se poate înceta urmărirea penală

⁹ *Idem*, p. 263

împotriva unei persoane juridice: 1) lichidarea societății; 2) o dizolvare judiciară a corporației și 3) o dizolvare fără lichidare.¹⁰

Cu toate acestea urmărirea penală după lichidare este posibilă în trei cazuri de excepție. În primul rând, dacă lichidarea este realizată pentru a se evita urmărirea penală. În al doilea rând, dacă judecătorul constată temeieri serioase care indică vinovăția unei persoane juridice dizolvate. În fine, dacă societatea dizolvată a fost citată direct să se prezinte în fața instanței penale.

Rațiunea intervenției legislative a legiuitorului belgian pe marginea art. 20 a fost de a evita ca persoanele juridice să utilizeze intenționat acest procedeu pentru a evita răspunderea penală. Doctrina belgiană a subliniat faptul că ar fi posibil ca persoana juridică lichidată să se „reîncarneze” într-o nouă entitate juridică care să prezinte identitate socio-economică cu societatea lichidată. În acel caz, doctrina sugerează că soluția preferabilă ar fi să se realizeze urmărirea penală față de noua entitate în loc să încerce să se revigoreze corporația „moartă” (adică să se forțeze o prelungire a personalității juridice a societății lichidate).¹¹

2.1.4. Italia

Sistemul italian consacră univoc și eficient modelul organizațional de angajare a răspunderii cvasi-penale a persoanei juridice, legiuitorul italian adoptând în anul 2001 decretul-legislativ italian nr. 231/2001 privind răspunderea administrativă a persoanelor juridice, societăților și asociațiilor fără personalitate juridică¹². Acest model organizațional care permite o abordare clară și eficientă și în cazul elementului subiectiv necesar pentru angajarea răspunderii penale a persoanei juridice, permite acceptarea mult mai ușoară a răspunderii penale a persoanei juridice succesoare și deci a tezei translației. Modelul organizațional pune accentul pe organizarea activității sancționând deficiențele de organizare și deci, în cazul continuării activității de către o altă/alte persoane juridice, fundamentează eficient răspunderea penală a persoanei juridice succesoare.

Secțiunea a II - a din Decretul-lege italian, „Evenimente care modifică entitatea”, art. 28-33, analizează consecințele în plan administrativ/penal al parcurgerii unor operațiuni de reorganizare comercială/a activității cum ar fi transformarea, fuziunea sau divizarea entității colective¹³.

¹⁰ K. De Smet, E. Jassens, „Criminal Liability of Legal Entities under Belgian Law,” în *Compliance Elliance Journal*, vol. 5 nr. 2/2019, p. 58 și urm., <https://ul.qucosa.de/api/qucosa%3A36367/attachment/ATT-0/>.

¹¹ M. Faure, C. Göcze, M.Jiang, *Tackling Environmental Crime sunder EU Law: The Liability of Companies in the ontext of Corporate Mergers and Aquisitions*, European Parliament's Committee on Citizens' Rights and Constitutional Affairs, iunie 2021, <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>.

¹² A se vedea Decretul-legislativ Italian nr. 231/2001 privind răspunderea administrativă a persoanelor juridice, societăților și asociațiilor fără personalitate juridică, publicat în *Gazzetta Ufficiale* nr. 140 din 19 iunie 2001, <https://web.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>.

¹³ Legislația italiană permite angajarea răspunderii administrative/penale nu doar a persoanelor juridice, ci și a entităților fără personalitate juridică.

Astfel, în cazul transformării entității, răspunderea pentru infracțiunile săvârșite anterior datei la care transformarea a intrat în vigoare rămâne neafectată¹⁴. În cazul unei fuziuni, inclusiv prin constituirea unei noi entități, entitatea rezultată va răspunde pentru infracțiunile care au fost comise de entitățile colective care participă la fuziune¹⁵. În cazul unei divizări parțiale, răspunderea entității divizate se menține pentru infracțiunile săvârșite anterior datei la care diviziunea a avut loc, cu excepția cazurilor prevăzute de decret¹⁶. Entitățile beneficiare ale divizării, atât totale, cât și parțiale, sunt obligate în solidar la plata sancțiunilor pecuniare datorate de entitatea divizată pentru infracțiunile săvârșite anterior datei la care a avut loc divizarea. Obligația se limitează la valoarea efectivă a activelor nete transferate către entitatea unică, cu excepția cazului în care unei entități i-a fost transferată total sau parțial activitatea în derularea căreia s-a comis infracțiunea.

Potrivit art. 31 din D.-l. nr. 231/2001 în cazul în care fuziunea sau divizarea au avut loc înainte de rămânerea definitivă a hotărârii, judecătorul, la calcularea sancțiunii pecuniare va ține seama de condițiile economice și financiare ale entității care a fuzionat sau s-a divizat inițial.

În cazul în care se realizează un transfer al activității în derularea căreia s-a comis infracțiunea, cesionarul este obligat în solidar cu cedentul să achite sancțiunea pecuniară, cu excepția cazului în care cedentul a executat sancțiunea în prealabil, și în limita valorii activității transferate. Obligația de plată a cesionarului se limitează la sancțiunile pecuniare care rezultă din registrele contabile obligatorii, sau ca urmare a faptelor comise de cedent de care a putut lua cunoștință¹⁷.

2.2. Sisteme care nu consacără expres teoria transmiterii răspunderii penale către persoana juridică succesoare și/sau nu consacără răspunderea penală a persoanei juridice, dar s-a intervenit pe cale jurisprudențială

O serie de state europene nu au recunoscut încă instituția răspunderii penale a persoanei juridice. Cu toate acestea, chiar și în acele state în care nu există un concept de răspundere penală a persoanei juridice, persoanele juridice pot suferi o serie de consecințe pentru infracțiunile comise de angajații lor. Unele state sunt în plin proces de reformă legislativă în acest domeniu (Polonia, Ungaria), altele nu recunosc încă răspunderea penală a persoanelor juridice (Bulgaria și Ucraina). Există însă, în unele cazuri, consacrat un regim sancționator derivat care poate fi aplicat persoanei juridice ca urmare a unui proces demarat împotriva unei persoane fizice (Ucraina). Problema reglementării transmiterii răspunderii penale a persoanei juridice la succesoarea activității sale este condiționată deci de modul în care statele au înțeles să implementeze sau nu răspunderea penală a persoanei juridice în propria lor legislație.

¹⁴ Art. 28 din D.-l. nr. 231/2001.

¹⁵ Art. 29 din D.-l. nr. 231/2001.

¹⁶ Art. 30 din D.-l. nr. 231/2001.

¹⁷ Art. 32 din D.-l. nr. 231/2001.

2.2.1. Bulgaria

Potrivit legislației bulgare, persoanele juridice nu răspund penal pentru infracțiunile comise de angajații sau partenerii lor de afaceri. Cu toate acestea, o persoană juridică (corporație) poate răspunde conform dreptului administrativ pentru nerespectarea legislației administrative, putându-i fi aplicate amenzi administrative (care merg până la 500.000 EUR). Această răspundere ar putea fi însă calificată drept „răspundere penală administrativă”¹⁸.

În ceea ce privește operațiunile de fuziune sau divizare companiilor „condamnate” Legea bulgară a contravențiilor și a sancțiunilor administrative¹⁹ nu reglementează acest aspect reglementat de AIASA, astfel încât se poate presupune că, dacă un succesor legal (de exemplu, printr-o fuziune sau divizare) al unei societăți răspunzătoare în temeiul actului este stabilit că a obținut un beneficiu ca urmare a unei infracțiuni prin cale de succesiune, aceasta va duce la răspunderea societății succesoare.²⁰

2.2.2. Polonia

Legislația poloneză nu are încă vreo consacrare legislativă a răspunderii penale a persoanei juridice. Proiectul de lege din 2019 privind răspunderea entităților colective pentru infracțiuni, nu a mai reușit să fie adoptat, dar conținea prevederi detaliate inclusiv în ceea ce privește efectul operațiunilor de fuziune, transformare sau divizare. Potrivit acestui proiect, toate entitățile colective rezultate în urma unei fuziuni, divizări sau transformări răspund pentru infracțiunea comisă înainte de fuziune, divizare sau transformare. În cazul unei divizări, ambele entități create sunt solidar răspunzătoare pentru plata unei amenzi, deși răspunderea este limitată la valoarea activelor transferate. Aceeași răspundere comună există dacă entitatea își transferă activele la un preț subevaluat. Cu toate acestea, în cazul unei fuziuni, divizări sau transfer de active, entitatea poate fi scutită de răspundere dacă demonstrează că organele, reprezentanții și angajații săi nu au cunoscut și nici nu ar fi putut cunoaște comiterea faptei, chiar dacă ar fi dat dovadă de diligență. Această limitare a răspunderii nu se aplică persoanelor juridice create special pentru a se realiza o fuziune sau divizare²¹.

¹⁸ OECD, *Promoting Integrity through the Reform of the Administrative Penalty System of Bulgaria: Building a Comprehensive and Coherent Legal Framework*, 2022, <https://doi.org/10.1787/1be9905a-en>.

¹⁹ Publicată în Monitorul de Stat nr. 92/1969 și modificată succesiv, ultima modificare datând din 2015. Text disponibil în limba engleză pe www.cik.bg

²⁰ CMS Law-Now, *The CEE Guide to the Criminal Liability of Corporate Entities*, 2021, p. 6-8, <https://cms.law/en/media/local/cms-cmno/files/publications/publications/the-cee-guide-to-criminal-liability-of-corporate-entities-cms?v=2>.

²¹ CMS Law-Now, *citat*, p. 20-21, <https://cms.law/en/media/local/cms-cmno/files/publications/publications/the-cee-guide-to-criminal-liability-of-corporate-entities-cms?v=2>.

2.2.3. Ucraina

Inițial Codul penal al Ucrainei nu prevedea nicio dispoziție privind răspunderea penală a persoanei juridice, instituția nefiind recunoscută în sistemul de drept ucrainean. La 23 mai 2013, forul legislativ al Ucrainei a adoptat Legea nr. 2990 privind modificarea anumitor acte normative ale Ucrainei. Acest act normativ a fost adoptat în conformitate cu Dialogul privind vizele dintre Uniunea Europeană și Ucraina, care impunea reforma legislației ucrainene anticorupție ca parte a planului de acțiune privind liberalizarea regimului de vize al UE pentru Ucraina.²²

Noua Lege permite urmărirea penală a persoanelor juridice și sancționarea penală a acestora în anumite cazuri, până la intrarea sa în vigoare în 2014, persoanele juridice putând fi supuse doar sancțiunilor administrative și financiare în temeiul legislației fiscale, vamale și privind concurența din Ucraina. Nu sunt prevăzute reglementări privind efectele fuziunii, divizării sau transformării persoanei juridice asupra răspunderii sale penale. Schimbarea acționariatului într-o companie nu scutește, în sine, societatea de sancțiuni penale și societatea va rămâne supusă sancțiunilor penale, indiferent de orice astfel de modificare.

Potrivit doctrinei ucrainene, legiuitorul ucrainean a instituit de fapt o răspundere cvasi-penală, deoarece o persoană juridică nu este recunoscută oficial ca subiect activ al infracțiunii (articolul 18 din Codul penal al Ucrainei recunoaște doar persoana fizică), dar este recunoscută ca entitate căreia i se pot aplica măsuri penale. Folosind noțiunea de „măsuri cu caracter juridic penal” în locul „răspunderii penale” a persoanelor juridice, legiuitorul ucrainean nu a schimbat esența unor astfel de măsuri în comparație cu pedeapsa și nu a propus noi abordări care ar indica oportunitatea recunoașterii persoanei juridice ca subiect al raporturilor juridice penale. În același timp, legiuitorul ucrainean nici măcar nu ia în considerare problema existenței vinovăției unei persoane juridice și a legăturii de cauzalitate dintre activitatea acesteia și acțiunile penale ale unei „persoane autorizate” (persoana fizică care comite actul material în calitate de reprezentant sau agent al persoanei juridice).²³

2.2.4. Germania

Conform legislației germane, nu este consacrată răspunderea penală pentru persoane juridice deoarece Codul penal german (*Strafgesetzbuch - StGB*) se aplică numai persoanelor fizice. Cu toate acestea, este consacrată o răspundere administrativă pentru persoanele juridice prin Legea privind contravențiile (*Ordnungswidrigkeitengesetz - OWiG*).

²² S. Vodyanyk, *Ukraine: Criminal Responsibility for Legal Entities Introduced*, Library of Congress, 2013, <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2013-06-24/ukraine-criminal-responsibility-for-legal-entities-introduced/>.

²³ V. Datsiuk, I. Nesterova, „Sustainability Issues of Business Security in Ukraine: Risk Factors of the Corporate Criminal Liability”, în *Teisė*, vol. 116/2020, p.122-123, DOI: <https://doi.org/10.15388/Teise.2019.116.8>

Comaniile pot fi trase la răspundere (a se vedea secțiunea 30 OWiG) dacă un reprezentant al companiei comite o infracțiune penală sau administrativă, al cărei rezultat este o încălcare a obligațiilor care îi revin companiei, sau în cazul în care societatea a fost îmbogățită sau urma să fie îmbogățită. O persoană care acționează doar pentru companie nu va fi considerată automat reprezentant; trebuie să aibă o funcție managerială care să o îndreptățească să reprezinte compania²⁴

În cazul succesiunii universale (de exemplu, dacă societatea fuzionează ulterior sau este achiziționată de către o altă persoană juridică), succesorilor persoanei juridice le pot fi aplicate amenzi bănești (secțiunea 30(2a), OWiG). În plus, dacă persoana juridică a dobândit venituri din infracțiunea săvârșită, acestea pot fi confiscate (secțiunea 29a(2), OWiG).²⁵

În caz de fuzionare sau transmitere parțială a activelor, legea germană plafonează amenda care poate fi aplicată persoanei juridice succesoare la valoarea activelor care au fost preluate.

2.2.5. Franța²⁶

În Franța, anul 2020 a adus o surpriză (oare?) în materia transmiterii răspunderii penale a persoanei juridice către persoana juridică succesoare. Dacă anterior jurisprudența franceză rămăsese tributară principiului răspunderii penale personale consacrat expres de art. 121-1 C.pen. francez, pe fondul influențelor indubitabile ale jurisprudenței CJUE și CEDO, Curtea de Casație franceză a acceptat că, în caz de operațiuni de modificare a persoanei juridice prin fuziune, răspunderea penală se transmite persoanei juridice succesoare.

Decizia nr. 2333 din 25 noiembrie 2020 a Curții de Casație Franceze²⁷ este considerată o decizie de referință, întrucât, dacă până la adoptarea sa, dispariția unei persoane juridice era echivalată cu decesul unei persoane fizice, iar principiul răspunderii penale personale era considerat că exclude un astfel de transfer al răspunderii către succesor, după acest moment rigiditatea personalității răspunderii penale în cazul persoanei juridice este diluată.

În speță, o societate acuzată de distrugere din culpă prin incendiere a fuzionat cu o altă societate în cadrul unei operațiuni de fuziune prin absorbție înainte ca față de persoana juridică ce comisese fapta să se declanșeze procesul penal. Societatea

²⁴ A. Lohner, N. Behr, *Corporate Liability in Germany*, Global Compliance News, 2022, <https://www.globalcompliancenews.com/white-collar-crime/corporate-liability-in-germany/>.

²⁵ A. Oehmichen, N. Bier, *Business Crime and Investigations in Germany: Overview*, 2021, Thomson Reuters Practical Law, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-015-9426?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-015-9426?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).

²⁶ Decizia nr. 2333/25 noiembrie 2020 a Curții de Casație Franceze a fost analizată pe larg și de A. Trandafir, op.cit., p. 149-154.

²⁷ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 25 noiembrie 2020, 18-86.955, https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000042619505?init=true&page=1&query=18-86955&searchField=ALL&tab_selection=all

absorbantă a susținut, prin recursul său în fața Curții de Casație că principiul caracterului personal al infracțiunilor și pedepselor, prevăzut la articolul 121-1 din Codul penal francez, exclude orice consecințe penale împotriva sa²⁸.

Curtea de Casație a considerat că o fuziune prin absorbție, care are ca rezultat transferul universal al activelor și pasivelor societății dobândite către societatea absorbantă, implică și transferul răspunderii penale.

Decizia invocată a fost amplu și atent motivată, date fiind implicațiile în materia răspunderii penale a persoanelor juridice²⁹ și s-a fundamentat în special pe jurisprudența CJUE și CEDO. Astfel, se arată că, deși o fuziune prin absorbție implică lichidarea societății absorbite, acest fapt nu are ca rezultat dispariția propriu-zisă a acesteia. Toate activele și pasivele persoanei juridice absorbite sunt transferate către societatea absorbantă. Ca urmare, activitatea economică desfășurată de societatea absorbită continuă să se desfășoare în societatea absorbantă care a finalizat operațiunea de fuziune. Cu alte cuvinte, Curtea de Casație franceză, deși nu recunoaște expres, dă prevalență realității economice substanțiale în detrimentul celei juridice și formale.

Este important însă de menționat faptul că Decizia nr. 2333 din 25 noiembrie 2020 are aplicabilitate limitată doar pentru fuziunea societăților pe acțiuni din domeniul de aplicare al Directivei (UE) 2017/1132 privind anumite aspecte ale dreptului societăților comerciale, că produce efecte doar pentru viitor, asupra fuziunilor care operează după data deciziei Curții de Casație franceze și privește doar sancțiuni penale de tipul amenzii sau confiscării.

3. Teoria transmiterii răspunderii penale a persoanei juridice în sistemul common-law. Jurisprudența din SUA

Sistemul *common-law* s-a dovedit, ca de obicei, mult mai maleabil la provocările generate de operațiunile de modificare a corporațiilor, punând accentul, tot ca de obicei, pe necesitatea rezolvării unor probleme practice în detrimentul derulării unor discuții teoretice aride. Astfel că doctrina răspunderii penale a succesoriului sau teoria transmiterii răspunderii penale a persoanei juridice a fost dezvoltată jurisprudențial printr-o serie de decizii pronunțate la nivel federal în SUA, după cum urmează.

O decizie care include o referire la răspunderea penală a succesoriului în cazul cumpărării de active, este *US v. Ashland Oil, Inc.(1982)*³⁰. În 1968, compania

²⁸ E. Moyne, N. Haeri, H. Pouradier-Duteil, *What is dead may never die: transfer of criminal liability from absorbed company to absorbing company following a merger*, International Bar Association, 2020, <https://www.ibanet.org/article/A8583C81-AAB4-41C2-9A75-07ACFF405B66>.

²⁹ C. Nommick, „Transfer of Criminal Liability in Merger transactions: A Major Reversal of Case Law”, în Soulier Avocats, 2021, <https://www.soulier-avocats.com/en/transfer-of-criminal-liability-in-merger-transactions-a-major-reversal-of-case-law/>.

³⁰ *US v. Ashland Oil, Inc.*, No. 81-30038, United States District Court, M. D. Tennessee, Nashville Division, February 26, 1982 [537 F. Supp. 427 (M.D. Tenn. 1982)], <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/537/427/2348791/>, accesat 4.05.2022.

Ashland Oil a dezvoltat o linie de afaceri iar în iulie 1977, linia de afaceri s-a angajat într-o activitate infracțională sub forma unei scheme de fraudare a ofertelor. În octombrie 1977, Ashland Oil a transferat activele și pasivul liniilor de afaceri către filiala sa, Ashland-Warren Inc. Fiind formulate acuzații penale împotriva ambelor persoane juridice, atât filiala, cât și societatea mamă au pledat vinovat, astfel că instanța nu a mai realizat o analiză a doctrinei succesoriului. Deși nu se realizează o motivare expresă a instanței pe teoria răspunderii succesoriului și nici nu se atinge problematica eludării răspunderii penale de către cumpărătorul de bună credință al activelor, doctrina³¹ a arătat că această speță este prima care a contribuit la crearea cadrului de discuție în ceea ce privește răspunderea penală a succesoriului.

Principiul conform căruia o corporație nu se poate sustrage de la răspunderea pentru actele sale prin efectuarea unei operațiuni de reorganizare corporativă transpore din jurisprudența americană³² însă *case-law*-ul american pune accentul pe intenția frauduloasă de realizare a operațiunilor de reorganizare și securizează poziția cumpărătorilor de active de bună credință.

În doctrina americană doctrina răspunderii penale a succesoriului este considerată o doctrină fundamental reparatorie, iar nu una punitivă,³³ de aici și preocuparea instanțelor americane pentru identificarea intenției frauduloase de realizare a operațiunilor de reorganizare.

Alte decizii ale instanțelor americane au atins diverse aspecte privind doctrina răspunderii succesoriului. Astfel, în *US v Cigarette Merchs. Ass'n* (1955), Curtea districtuală din New York a arătat că o corporație cu care s-a realizat fuziunea ar putea răspunde atât penal, cât și civil, deoarece limitarea răspunderii sale la procesele civile „ar duce la situații anormale”³⁴. În *US v. Melrose Distillers, Inc.* (1959) Curtea Supremă Maryland a concluzionat că entitățile dizolvate încă „existau” în sensul Legii Sherman și, prin urmare, nu puteau eluda răspunderea penală pentru comportamentul lor realizat înainte de dizolvare³⁵.

Definiția corporației este dată în *US v. Polizzi* (1974), potrivit legii din New York, de o manieră extinsă, arătându-se că se poate angaja răspunderea penală a unei entități care rezultă după fuziune pentru fapte comise înainte de fuziune de către una dintre entitățile care au fuzionat.³⁶ În aceeași direcție se poziționează și *US v. Mobile Materials, Inc.*(1985), Curtea din Oklahoma statuând că o entitate care a fuzionat are „suficientă vitalitate pentru o existență corporativă după dizolvare,

³¹ T.J. Phillips, „The Federal Common Law of Successor Liability and the Foreign Corrupt Practices Act”, în 6 *Wm. & Mary Business Law Review* nr. 89/2015, p. 127, <https://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol6/iss1/4>.

³² *Idem*, p. 135.

³³ *Idem*, p. 129.

³⁴ *US v. Cigarette Merchandisers Ass'n*, 136 F. Supp. 214 (S.D.N.Y. 1955), <https://casetext.com/case/united-states-v-cigarette-merchandisers-assn-2>.

³⁵ *Melrose Distillers, Inc. v. US*, 359 U.S. 271 (1959), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/359/271/>.

³⁶ *US v. Polizzi*, 500 F.2d 856 (9th Cir. 1974) <https://casetext.com/case/united-states-v-polizzi-3>.

în ceea ce privește angajarea răspunderii sale penale”³⁷ și *US v. Shields Rubber* (1989), Pennsylvania - răspunderea penală a unei entități rezultate în urma fuziunii³⁸

În fine, în *US v. Alamo Bank of Texas* (1989), Curtea de Apel a SUA, al cincilea circuit a statuat că franciza unei asociații bancare naționale private încetează automat atunci când se realizează conversia acesteia într-o bancă de stat sau fuzionează cu o bancă de stat iar entitatea bancară rezultată va fi considerată ca fiind aceeași entitate comercială și corporativă ca și cea inițială³⁹.

În concluzie, nici jurisprudența și nici doctrina americană nu pun sub semnul întrebării teza răspunderii succesoriului ci analizează doar anumite aspecte formale, cum ar fi legea aplicabilă (federală sau statală), iar teza translației răspunderii penale către succesori este văzută ca naturală și evidentă.

O serie întreagă de decizii jurisprudențiale care analizează anumite aspecte ale doctrinei succesoriului se circumscriu aplicării unor acte normative specifice, cum ar fi în domeniul dreptului mediului - *The Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA)*⁴⁰ 1980. În baza acestei reglementări instanțele americane au stabilit că răspunderea de dreptul mediului (inclusiv răspunderea penală derivată din încălcările legislației mediului) se transmite succesoriului dacă 1) succesoriul în mod expres sau implicit este de acord să își asume obligațiile; 2) are loc o fuziune sau o consolidare de facto; 3) succesoriul este un simplu continuator al activității predecesoriului; sau 4) transferul activității/activelor către corporația succesoare este o încercare frauduloasă de a scăpa de răspunderea juridică.

Astfel au fost stabilite pe cale jurisprudențială o serie de criterii pentru aplicarea doctrinei răspunderii succesoriului la cazuri concrete⁴¹:

1) în ceea ce privește stabilirea calității de succesori, instanța va verifica dacă: există o continuare a întreprinderii vânzătorului în ceea ce privește continuitatea managementului, personalului, locației fizice, activelor și operațiunilor; există o continuitate a acționarilor; vânzătorul încetează activitatea,

³⁷ *US v. Mobile Materials, Inc.*, 776 F.2d 1476 (10th Cir. 1985)

<https://casetext.com/case/united-states-v-mobile-materials-inc>.

³⁸ *US v. Shields Rubber*, 732 F. Supp. 569, 571–72 (W.D. Pa. 1989) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/732/569/2253220/>.

³⁹ *U.S. v. Alamo Bank of Texas*, 880 F.2d 828 (5th Cir. 1989), <https://casetext.com/case/us-v-alamo-bank-of-texas>.

⁴⁰ *CERCLA Successor Liability: Theories of Liability*, Findlaw, 17 ianuarie 2018 <https://corporate.findlaw.com/law-library/cercla-successor-liability-theories-of-liability.html#:~:text=In%20imposing%20CERCLA%20liability%20on,that%20Congress%2C%20aware%20of%20this.>

⁴¹ L.J. Oswald, C.A. Schipani, *CERCLA and the „Erosion” of Traditional Corporate Law Doctrine*, *Northwestern Law Review*, vol. 86, nr. 2, 1992, p. 316-326, <http://northwesternlawreview.org/wp-content/uploads/2020/02/86NwULRev2591991-1992.pdf>; în același sens, D.H. Squire, I.P. Ingram, D.J. Frost Jr., *Corporate Successor Liability under CERCLA: Who's Next*, *SMU Law Review*, vol. 43, issue 3, 1989, p. 887-914, <https://scholar.smu.edu/smulr/vol43/iss3/4>.

lichidează și dizolvă cât mai curând posibil din punct de vedere legal și practic; și societatea cumpărătoare își asumă obligațiile vânzătorului necesare pentru continuarea neîntreruptă a operațiunilor comerciale.

2) în ceea ce privește stabilirea continuității activității, instanța va verifica dacă: au fost menținuți aceiași angajați; a fost menținut același personal de supraveghere; s-au păstrat aceleași facilități de producție; se fabrică în continuare aceleași produse; se păstrează același nume/denumire; există o continuitate a activelor; există o continuitate a operațiunilor generale de afaceri; și dacă succesorul se prezintă public ca o continuare a întreprinderii anterioare

3) în ceea ce privește stabilirea nivelului de cunoaștere a riscurilor de către persoana juridică care preia parțial sau total activele/patrimoniul/activitatea persoanei juridice care a comis fapta, instanța va verifica: dacă vânzarea activelor a fost între persoane sau entități strâns legate prin acționariat/afaceri sau între concurenți; dacă s-a primit o atenție adecvată; și dacă cumpărătorul sau vânzătorul avea cunoștințe reale despre potențialele probleme la momentul vânzării. Cunoașterea acestor aspecte poate fi dedusă din păstrarea personalului cheie de conducere care ar fi avut probabil cunoștințe despre potențialul ilicit al operațiunilor efectuate sau în curs de efectuare. Tot în acest sens, existența și calitatea programelor de *compliance* precum și realizarea unei evaluări prealabile comprehensive a riscurilor pe care le implică diverse decizii operaționale pot cântări mult în stabilirea intenției frauduloase de eludare a răspunderii penale de către succesor.

4. Teza translației răspunderii penale a persoanei juridice în jurisprudența CJUE

Jurisprudența CJUE a abordat teza translației din dublă perspectivă, atât ascendentă sub forma doctrinei parentale, cât și descendentă sub forma doctrinei succesorului.

4.1. Doctrina răspunderii parentale în jurisprudența CJUE

Una dintre primele decizii care au pus problema translației răspunderii între două persoane juridice a fost luată în *cauza Akzo Nobel* din 10 septembrie 2009 în materia dreptului concurenței, CJUE stabilind că o societate-mamă și filiala sa trebuie considerate o „unitate economică”, drept pentru care a fost aplicată societății-mamă Akzo Nobel o amendă pentru încălcările în materia dreptului concurenței comise de filiala sa⁴². Decizia CJUE în această cauză nu analizează explicit răspunderea succesorului, ci mai degrabă procedează invers, creând premisele argumentative pentru recunoașterea unei astfel de teorii, deoarece discută răspunderea societății-mamă pentru conduitele ilicite în materia dreptului concurenței ale unei filiale. Prin urmare, Curtea oferă argumente pentru a stabili

⁴² *Akzo Nobel v. Commission of the European Communities* (C-97/08 P), decizia din 10.09.2009, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72629&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3477575>

relația din punctul de vedere al răspunderii juridice între persoanele juridice și subsidiarele lor. Astfel Curtea a reținut că actele unei filiale pot fi imputate societății-mamă în special atunci când, deși aceasta are personalitate juridică distinctă, filiala nu decide în mod independent asupra propriului comportament pe piață, ci execută, în toate privințele instrucțiunile care îi sunt date de societatea-mamă. În această cauză Curtea a statuat că stabilirea răspunderii societății-mamă nu se poate face doar pe baza elementului unic al comportamentului filialei pe piață, acesta fiind doar unul dintre elementele care pot contura existența unei unități economice⁴³. De asemenea, pentru a se stabili dacă o filială își determină comportamentul pe piață în mod independent, trebuie să se țină seama de toți factorii relevanți privind legăturile economice, organizaționale și juridice care leagă filiala de societatea-mamă, care pot varia de la caz la caz și, prin urmare, nu pot fi enumerate într-o listă exhaustivă⁴⁴.

Totodată, CJUE a mai arătat că dreptul comunitar al concurenței se întemeiază pe principiul răspunderii personale a entității economice care a săvârșit încălcarea. În cazul în care societatea-mamă face parte din acea unitate economică, care poate fi formată din mai multe persoane juridice, societatea-mamă este considerată răspunzătoare solidar cu celelalte persoane juridice care alcătuiesc acea unitate pentru încălcări ale dreptului concurenței. Chiar dacă societatea-mamă nu comite direct o astfel de încălcare, aceasta exercită, într-un astfel de caz, o influență decisivă asupra filialelor care au participat la comiterea încălcării⁴⁵. Curtea argumentează, astfel, subtil și faptul că nu ar fi vorba într-o asemenea situație de o răspundere obiectivă, voința ei (element subiectiv necesar pentru imputarea încălcării) fiind dedusă din controlul activității persoanelor juridice pe care le controlează.

Argumentarea a fost reluată în *cauza General Química ș.a. vs. Comisia Europeană* (C-90/09 P)⁴⁶ prin care s-a arătat că, o societate aflată la conducerea unui grup (numită „societate holding”) poate să răspundă pentru încălcările dreptului UE al concurenței, săvârșite de o filială a grupului său, al cărei capital social nu este deținut în mod direct de aceasta, în măsura în care această societate holding exercită o influență decisivă asupra filialei respective, iar aceasta chiar în mod indirect, prin intermediul unei societăți interpuse. Situația este incidentă în special atunci când filiala nu își stabilește în mod autonom comportamentul pe piață în raport cu această societate interpusă, care, nici ea nu acționează în mod autonom pe piață, ci aplică, în esență, instrucțiunile care îi sunt date de societatea holding.⁴⁷

⁴³ Par. 73.

⁴⁴ Par. 74.

⁴⁵ Par.77.

⁴⁶ *General Química ș.a. vs. Comisia Europeană* (C-90/09 P), decizia din 20.01.2011, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83866&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3490734>

⁴⁷ Par.86

Această tendință jurisprudențială a fost criticată ca fiind, în principal, în contradicție cu caracterul personal al răspunderii penale.⁴⁸ De fapt poziția critică a doctrinei s-a cristalizat în jurul a trei argumente⁴⁹:

a)normele care reglementează răspunderea persoanei juridice mamă sunt incompatibile cu principiul răspunderii personale pentru încălcarea dreptului concurenței;

b)se ajunge la o „străpungere” a „vălului corporativ”⁵⁰, încălcându-se principiul răspunderii limitate a acționarilor unei companii;

c)se încalcă principiul protecției jurisdicționale efective, deoarece prezumția influențării decisive a activității filialelor deținute integral de compania mamă este practic imposibil de combătut.

Aceste critici nu au fost însușite de CJUE, contraargumentarea standard fiind, așa cum am văzut, în cauzele precitate, că societățile-mamă sunt considerate răspunzătoare pentru încălcările antitrust realizate de filialele lor, deoarece formează o singură unitate economică cu acestea și, prin urmare, reprezintă aceeași întreprindere și că, deși greu de inversat, prezumția de influență decisivă în cazul filialelor deținute în totalitate rămâne „în limite acceptabile” și, prin urmare, „justă”.

4.2. Doctrina răspunderii succesoriului în jurisprudența CJUE

Doctrina răspunderii penale a succesoriului a fost dezvoltată și în jurisprudența CJUE.

Nu numai că CJUE a dezvoltat în continuare răspunderea persoanei juridice mamă pentru încălcările dreptului concurenței comise de persoane juridice asupra activității cărora aceasta deține total sau parțial controlul, ci a inițiat și o argumentare în sens invers, dezvoltând o doctrină a răspunderii succesoriului sau, mai bine zis, a persoanei/persoanelor juridice succesoare ale unei entități inițiale care a comis o astfel de încălcare. Adică răspunderea moștenită de o societate absorbantă de la o societate care este absorbită. Astfel prin decizia din *cauza SNIA vs Comisia Europeană* (C-448/11 P) din 2013⁵¹, CJUE a decis, printre altele, că persoanele juridice succesoare pot fi trase la răspundere pentru încălcările dreptului european al concurenței comise de predecesoarele lor. În fapt, în cauză a

⁴⁸ B. Leupold, „Effective enforcement of EU competition law going too far? Recent case law on the presumption of parental liability”, în *European Competition Law Review*, Vol. 34, nr. 11/2013, 570-582; în același sens, La Rocca, L., „The controversial issue of the parent company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary”, în *European Competition Law Review*, Vol. 32, nr. 2/2011, pp. 68-76.

⁴⁹ A. Kalintiri, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, 2018, European law review, 43(2), 145-166, p. 2, http://eprints.lse.ac.uk/87251/1/Kalintiri_%20Revisiting%20parental%20liability_2018_asuthor.pdf.

⁵⁰ engl. *corporate veil*.

⁵¹ *Cauza SNIA vs. Comisia Europeană*, C -448/11 P, Hotărârea Curții (Camera a doua) din 5 decembrie 2013, par. 58-60, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:62011CJ0448>.

avut loc o fuziune în cadrul unui grup de societăți unite printr-o legătură structurală care exista deja la data comiterii încălcărilor concurențiale. S-a considerat că societatea SNIA Spa trebuie să răspundă solidar în calitatea sa de entitate absorbantă a uneia dintre persoanele juridice responsabile pentru funcționarea persoanei juridice care a comis încălcarea, descrierea conexiunilor care existau între persoanele juridice în cauză la momentul comiterii încălcării neputând decât să întărească această considerație, atestând faptul că fuziunea în cauză a avut loc în cadrul unui grup de persoane juridice unite printr-o legătură structurală.

În plus, CJUE a decis în *cauza Modelo Continente Hipermercados* (C-343/13)⁵² că o fuziune presupune transferul către societatea absorbantă a tuturor activelor și pasivelor companiei absorbite, inclusiv a elementului subiectiv al faptelor penale. În cazul în care ar fi exclus transferul unei răspunderi către succesor, o fuziune ar constitui un mijloc pentru ca o persoană juridică să scape de consecințele încălcărilor pe care le-a săvârșit, în detrimentul statului membru în cauză sau al altor interese eventuale⁵³. CJUE a arătat că articolul 19 alineatul (1) din Directiva 78/855⁵⁴ trebuie interpretat în sensul că o „fuziune prin absorbție”, în sensul articolului 3 alineatul (1) din directiva menționată, determină transferul către societatea absorbantă al obligației de a plăti o amendă aplicată prin decizie definitivă ulterior acestei fuziuni, pentru încălcări ale dreptului muncii săvârșite de societatea absorbită înainte de respectiva fuziune⁵⁵.

CJUE a aplicat aceleași principii și în *cauza Vantaan kaupunki v. Skanska Industrial Solutions Oy și alții* (C-724/17)⁵⁶. Astfel Curtea, deși a recunoscut că,

⁵² *Cauza Modelo Continente Hipermercados*, C-343/13 - Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 5 March 2015, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:62013CJ0343>. Cauza a presupus analiza efectelor asupra răspunderii ca urmare a unei fuziuni, Autoritatea portugheză pentru respectarea condițiilor de muncă impunând persoanei juridice succesoare o amendă pentru încălcările comise de persoana juridică predecesoare. Predecesorul a fost dizolvat ca urmare a fuziunii cu societatea succesoare înainte de aplicarea amenzi. CJUE a făcut referire la articolul 19 din Directiva privind fuziunile, care prevede că există un „transfer către societatea absorbantă a tuturor activelor și pasivelor companiei care este achiziționată”. În baza acesteia, a fost transferată inclusiv răspunderea juridică rezultată din comiterea încălcărilor săvârșite de societatea achiziționată către firma absorbantă.

⁵³ *Idem*, par. 33

⁵⁴ A treia directivă 78/855/CEE a Consiliului din 9 octombrie 1978 privind fuziunile societăților comerciale pe acțiuni astfel cum a fost modificată prin Directiva 2009/109/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 septembrie 2009.

⁵⁵ *Cauza Modelo Continente Hipermercados*, par. 35.

⁵⁶ *Cauza Vantaan kaupunki v. Skanska Industrial Solutions Oy și alții*, C-724/17, Hotărârea Curții (Camera a doua) din 14 martie 2019. Această cauză privește o hotărâre preliminară solicitată de Curtea Supremă finlandeză într-o cerere de despăgubire împotriva unui cartel pe piața finlandeză de asfalt. Cartelul a fost constituit din mai multe companii care au fuzionat unele cu altele și care și-au schimbat numele de-a lungul timpului. Instanțele inferioare finlandeze au considerat că numai persoana juridică care a cauzat

întrucât răspunderea pentru prejudiciul ce rezultă din încălcări ale normelor Uniunii privind concurența are caracter personal și că revine întreprinderii care încalcă aceste norme obligația de a răspunde pentru prejudiciul cauzat prin încălcare⁵⁷, cu toate acestea, noțiunea de „întreprindere” plasată în acest context trebuie să fie înțeleasă în sensul că desemnează o unitate economică chiar dacă, din punct de vedere juridic, această unitate economică este constituită din mai multe persoane fizice sau juridice.⁵⁸ Astfel, conceptul de „întreprindere” este considerat a avea înțeles autonom potrivit dreptului european al concurenței. Mai mult, CJUE a tranșat univoc compatibilitatea acestei viziuni cu principiul răspunderii personale pentru încălcări ale dreptului european al concurenței, arătând că „nu este incompatibilă cu principiul răspunderii personale imputarea răspunderii pentru o încălcare unei societăți în calitatea sa de societate absorbantă a societății care a săvârșit încălcarea, atunci când aceasta din urmă și-a încetat existența”⁵⁹

Doctrina răspunderii succesoriului dezvoltată de jurisprudența CJUE se fundamentează, deci, pe ideea de realitate economică care prevalează în fața realității juridice. Dacă există continuitate economică de facto între mai multe persoane juridice, activitățile persoanei juridice predecesoare și succesoare fiind aceleași, statutul juridic separat al succesoriului nu este un factor care să ducă la imposibilitatea angajării răspunderii juridice a persoanei/persoanelor juridice succesoare.

Atât doctrina răspunderii persoanei juridice mamă (ex. *cauza Akzo Nobel, cauza General Química*) cât și cea a răspunderii persoanei juridice succesoare (ex. *cauza SNIA, cauza Modelo Continente Hipermercados, cauza Vantaan kaupunki*) pleacă de la prezumția influenței decisive asupra activității persoanei juridice, prezumție care are însă caracter relativ și care presupune continuitatea între activitățile unui predecesor și ale unui succesori, chiar dacă persoana juridică care a comis încălcări ale dreptului european al concurenței a încetat să mai existe.

5. Teza translației în jurisprudența CEDO

Doctrina răspunderii succesoriului a fost analizată și în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului într-o cauză care a vizat o hotărâre judecătorească pronunțată împotriva companiei Carrefour France. Pe principiul continuității economice și operaționale, Carrefour France a fost sancționată cu amendă pentru încălcarea unor dispoziții din codul comercial francez comisă de societatea Carrefour Hypermarchés France. Carrefour Hypermarchés France era deja dizolvată la data hotărârii ca urmare a unei operațiuni de fuziune prin absorbție, Carrefour France fiind societatea absorbantă care a preluat toate activele și pasivele

prejudiciul poate fi trasă la răspundere. CJUE a susținut însă că noțiunea de „întreprindere”, astfel cum este dezvoltată în jurisprudența CJUE, este aplicabilă și în cauzele naționale care au ca obiect obținerea de despăgubiri antitrust.

⁵⁷ *Idem*, par. 31.

⁵⁸ *Idem*, par. 37.

⁵⁹ *Idem*, par. 39.

societății absorbite. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a observat că societatea Carrefour Hypermarchés a încetat să mai existe din punct de vedere juridic, dar că activitățile sale au fost continuate de societatea absorbantă Carrefour France. Prin urmare, Curtea a considerat că aplicarea unei amenzi societății Carrefour France pentru fapte comise de Carrefour Hypermarchés France nu a constituit o încălcare a principiului conform căruia o pedeapsă ar trebui aplicată numai infractorului și nu altor persoane.

Pe scurt, Carrefour France a încălcat prevederile art. L. 442-6 din Codul comercial francez prin aceea că a desfășurat unele practici restrictive în ceea ce privește prețurile produselor comercializate. La data de 21 ianuarie 2009, Carrefour Hypermarchés France a fost absorbită de Carrefour France, operațiunea având ca efect transferul întregii activități a Carrefour Hypermarchés France, cu toate activele și pasivele corespunzătoare, către Carrefour France. Decizia de a efectua această operațiune de fuziune a fost luată chiar de societatea reclamantă Carrefour France. La acea vreme fusese singurul acționar al Carrefour Hypermarchés France. Decizia de a realiza absorbția a fost luată imediat după o inspecție efectuată de Direcția Departamentală pentru Concurență, Consum și Prevenirea Fraudei din Franța și începerea unei proceduri judiciare.

Curtea a observat că, în urma operațiunii de fuziune, Carrefour Hypermarchés France și-a încetat existența din punct de vedere juridic, dar activitățile societății absorbite au continuat prin intermediul societății reclamante. Carrefour France a subrogat societatea absorbită în toate contractele în derulare ale Carrefour Hypermarchés France și a devenit angajatorul personalului acestuia din urmă. Tocmai din cauza practicilor comerciale restrictive desfășurate în cadrul activităților menționate, care au continuat după operațiunea de absorbție, s-a inițiat, în primul rând, o acțiune împotriva Carrefour Hypermarchés France.

Curtea a reținut că, prin obligarea Carrefour France la plata amenzii prevăzute de Codul comercial, pe baza principiului continuității economice și operaționale a întreprinderii, instanțele franceze nu au încălcat regula personalității sancțiunii. Prin urmare, cererea a fost respinsă ca nefondată.

Această decizie este prima care discută argumentul continuității economice și operaționale în analiza respectării principiului personalității „sancțiunii penale”⁶⁰, principiu cu privire la care a creat o jurisprudență extrem de bogată. Este însă interesant modul în care Curtea face trecerea de la rigoarea acestui principiu și a caracterului personal al răspunderii penale și fundamentează o viziune mai „practică” care ține cont în principal de realitatea economică și operațională în detrimentul realității juridice. Cu alte cuvinte forma a fost devansată de fond în acest caz⁶¹. Deși principiul legalității în dreptul penal, așa cum este consacrat în

⁶⁰ În jurisprudența CEDO, noțiunea de „pedeapsă” are caracter autonom. A se vedea L.M. Stănilă, *Principiul legalității: de la lex scripta la lex certa* în *Analele Universității de Vest Timișoara, seria Drept, nr. 2/2018*, pp. 61-79.

⁶¹ M.G. Faure, C. Göcze, M. Jiang, *Tackling Environmental Crimes under EU Law: The Liability of Companies in the Context of Corporate Mergers and Acquisitions*, 2021,

articolul 7 din Convenție, presupune interzicerea pedepsirii unei persoane atunci când fapta a fost săvârșită de o altă persoană, impunând ca legea penală să interzică răspunderea pentru fapta altuia⁶² și principiul este, deopotrivă, aplicabil atât persoanelor juridice, cât și persoanelor fizice⁶³, cu toate acestea Curtea își nuanțează poziția.⁶⁴

Curtea a arătat că nu a existat o încălcare a principiului personalității însușindu-și argumentele Curții de Casație Franceze potrivit cu care fuziunea prin absorbție a societății Carrefour Hypermarchés France de către societatea reclamantă a permis continuitatea economică și funcțională a societății și deci și a penalităților datorate de aceasta⁶⁵. Chiar dacă nu a subliniat expres acest lucru, cadrul temporal este extrem de important pentru a se menține compatibilitatea răspunderii succesorului cu principiul răspunderii penale personale: operațiunea de fuziune a avut loc după comiterea de către societatea absorbită a faptelor descrise în art. L. 442-6 din Codul comercial francez.

Prevederile legislației franceze care arată că sunt vizați de obligația de a nu întreprinde practici anticoncurențiale producătorii, comercianții, industriașii sau persoanele înscrise în directorul de meserii, se aplică oricărei „întreprinderi”, indiferent de statutul juridic al acesteia din urmă, ținând cont de variabilitatea formelor juridice sub care se desfășoară activitățile economice în cauză.

Poziția explicită a Curții în privința compatibilității doctrinei răspunderii succesorului cu principiul personalității răspunderii penale a fost exprimată în paragraful 47 al deciziei în cauza Carrefour France: „această abordare bazată pe continuitatea economică a întreprinderii, care urmărește să țină seama de specificul situației generate de fuziunea prin absorbție a unei societăți de către alta, nu contravine principiului personalității pedepselor așa cum sunt acestea garantate de Convenție”⁶⁶. Mai mult, Curtea a arătat că este vorba doar de o încălcare aparentă a acestui principiu și că nu poate fi pus un semn al egalității cu situația în care o persoană fizică ar fi condamnată pentru o faptă comisă de altă persoană fizică⁶⁷, deoarece, în cazul persoanelor juridice care continuă economic activitatea unei alte persoane juridice, nu este vorba propriu-zis despre o „altă” persoană.

Aplicarea simplă, rigidă, a principiului personalității pedepselor în acest context ar face inutilă răspunderea economică a persoanelor juridice, care ar putea scăpa de orice condamnare pecuniară în chestiuni economice prin operațiuni precum cea de fuziune prin absorbție. Rezultă că un alt argument pentru

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/693182/IPOL_STU\(2021\)693182_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/693182/IPOL_STU(2021)693182_EN.pdf).

⁶² *Varvara c. Italiei*, nr. 17475/09, par. 63 și 66, 29 octombrie 2013; *G.I.E.M. S.R.L. ș.a. c. Italiei* [GC], nr.1828/06 și alte două, par. 271-274, 28 iunie 2018, www.echr.coe.int.

⁶³ *G.I.E.M. S.R.L. ș.a. c. Italiei* [GC], nr.1828/06 și alte două, par. 271-274, 28 iunie 2018.

⁶⁴ *Cauza Carrefour Franța c. Franța* (cererea 37858/14), decizia din 1.10.2019, par. 43, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-197205>.

⁶⁵ *Idem*, par. 44.

⁶⁶ Curtea reiterează ideea explicit și în par. 53.

⁶⁷ A se vedea *Idem*, par. 48.

compatibilitatea doctrinei răspunderii succesoriului cu principiul răspunderii penale personale, în opinia Curții de la Strasbourg ar fi „imperativul eficacității sancțiunii financiare, care ar fi subminat de o aplicare mecanică a principiului personalității pedepselor persoanelor juridice”⁶⁸.

6. Doctrina răspunderii succesoriului și fundamentele sale

Doctrina răspunderii succesoriului trebuie poziționată într-un context mai larg, al modelului organizațional, care tinde să acapareze răspunderea penală a persoanei juridice, întrucât oferă soluții suplă și eficiente pentru diverse probleme cu care aplicarea acestei instituții s-a confruntat, plecând de la caracterul fictiv al entităților colective, problema identificării elementului subiectiv al entității colective, sau problema stabilirii unei conexiuni între actul material comis de agentul uman și angajarea răspunderii penale a persoanei juridice în condițiile în care discutăm de două subiecte diferite de drept.

Modelul organizațional constituie un bazin efervescent pentru dezvoltarea teoriilor organizațiilor de afaceri, atât în ceea ce privește poziția continuatorului activității – doctrina succesoriului -, cât și în ceea ce privește poziția societății mamă față de activitățile desfășurate de filiale sau de alte organizații subsecvente pe care le controlează total sau parțial – doctrina parentală.

Ambele direcții de fundamentare a răspunderii penale, atât cea ascendentă a societății mamă, cât și cea descendentă a societății succesoare, au ca nucleu principiul continuității activității și pot fi fundamentate inclusiv pe ideea de control de activitate. Însă, credem că argumentele principale care au dus la perpetuarea acestor doctrine și stabilitatea lor jurisprudențială, în ciuda contradicției evidente cu principiul răspunderii penale personale se datorează mai multor teorii mai vechi pe care le vom explica în cele ce urmează:

6.1. Argumentul/teoria *fraus omnia corumpit*

Intenția de fraudare a legii⁶⁹ transpusă în acest context ca voința de a eluda răspunderea penală de către o persoană juridică constituie, în opinia noastră, un element esențial de calificare a operațiunilor de transformare a persoanei juridice în sensul de a fi complet lipsite de efecte în planul dreptului penal. Cu alte cuvinte, într-o interpretare mai rigidă, acest argument presupune prezența, *ab initio*, în cazul persoanei juridice, a intenției de a scăpa de angajarea răspunderii penale prin realizarea unor operațiuni prin care aceasta își transmite total sau parțial, cu titlu oneros sau gratuit, patrimoniul și/sau activitatea desfășurată unei/unor alte persoane juridice care au o existență prealabilă sau care iau ființă în acest fel.

Într-o interpretare mai extinsă, *fraus omnia corumpit* desemnează o contaminare infracțională sau penală a persoanei juridice căreia i se transmite total

⁶⁸ *Idem*, par. 49.

⁶⁹ Intenția de fraudare (dar nu sub această formulare latină) este analizată de M.T. Reilly în *Making Sense of Successor Liability*, Hofstra Law Review, vol. 31, 2003, p. 764-783, <https://core.ac.uk/download/pdf/229645777.pdf>

sau parțial patrimoniul persoanei juridice infractoare indiferent de momentul declanșării procedurilor de reorganizare raportat la momentul comiterii infracțiunii. Cu alte cuvinte, în această accepțiune, nu este nevoie de o intenție frauduloasă prealabilă, aceasta poate să intervină pe parcurs, sau chiar să lipsească total în situația în care o persoană juridică de bună credință preia activele unei persoane juridice infractoare, neavând cunoștință de conduita infracțională anterioară a acesteia. În acest caz tranzitivitatea ilicitului penal surclasează teoria personalității răspunderii penale și principiul imposibilității răspunderii penale pentru fapta altei persoane.

6.2. Principiul continuității economice sau al continuității întreprinderii

În principal această teorie face abstracție de cunoașterea activității infracționale a persoanei juridice de la care s-a preluat total sau parțial patrimoniul și/sau activitatea și pune accentul pe ideea de afacere. Este un principiu pe care îl numim „real” și „obiectiv”, care a fost împrumutat din ramura de drept civil și comercial. Nu contează dacă se schimbă denumirea, forma și chiar structura acționariatului, afacerea rămâne aceeași, continuându-se în „ființa” persoanei juridice nou create sau care, deși a avut o existență prealabilă, a preluat activele/activitatea totală/parțială a persoanei juridice infractoare.

Această teorie pur economică a avut și un subcurent complementar, reprezentat de așa-numitul principiu al irelevanței, conform cu care nu contează cine execută obligația cât timp aceasta este executată până la urmă de către cineva, raționamentul fiind extins de la obligațiile față de partenerii de afaceri, la obligațiile de a achita/executa sancțiunea pecuniară a amenzii. Din această perspectivă, sancțiunea penală este văzută ca o sarcină pur economică, de aceea nu prezintă importanță chestiunea personalității răspunderii penale. Ideea a prins foarte repede având în vedere că în toate sistemele care recunosc răspunderea penală a persoanei juridice, pedeapsa principală are caracter pecuniar – amenda – iar celelalte pedepse sau măsuri complementare afectează tot derularea activității persoanei juridice.

Potrivit doctrinei, din punct de vedere economic desemnarea entității care răspunde este lipsită de importanță atâta timp cât sancțiunile sunt liber și ușor transferabile și părțile sunt pe deplin informate cu privire la existența acestor sancțiuni, fiind acceptată inclusiv ideea unei negocieri pentru distribuirea acestor sancțiuni, fie ele și penale.⁷⁰

6.3. Principiul due diligence

Acest principiu s-a conturat tot în cadrul modelului organizațional determinând conturarea așa-numitului drept corporativ progresiv⁷¹. Poziția subiectivă în cazul persoanei juridice se fundamentează pe ideea de deficiență

⁷⁰ M.G. Faure, C. Göcze, M. Jiang, op.cit., p. 64

⁷¹ W.S. Laufer, *The Missing Account of Progressive Corporate Criminal Law*, New York University Journal of Law and Business, Vol. 14, Nr. 1, 2017, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3034705> sau <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3034705>.

organizațională și pe ideea manifestării unei diligențe rezonabile în ceea ce privește prevenirea riscurilor în derularea activității, inclusiv a riscurilor penale. În acest context, sistemele de *compliance* sau de conformitate precum și testele de rezonabilitate realizate pentru a determina gradul de predictibilitate al riscurilor pot fi utilizate și în ceea ce privește răspunderea penală a persoanei juridice succesoare prin verificarea de către instanță a gradului de anticipare a efectelor de eludare a răspunderii penale în cazul derulării unei operațiuni economice care poate avea ca efect încetarea existenței formale a persoanei juridice care a comis infracțiunea⁷².

Interesant este faptul că o parte a doctrinei internaționale⁷³ consideră doctrina răspunderii parentale ca fiind dificil de argumentat și propun ca alternative fie teoria „eșecului de vigilență” care, spunem noi, nu ar fie altceva decât o aplicație a culpei organizaționale postulate de Klaus Tiedeman⁷⁴, fie teoria răspunderii întreprinderii, care, deși ar fi greu de conciliat cu principiul răspunderii penale personale, este extrem de flexibilă și răspunde unui scop practic evident.

În opinia noastră cele trei argumente prezentate mai sus nu pot fi considerate alternative ci chiar fundamente pentru cele două direcții de angajare a răspunderii penale a unei persoane juridice care nu a comis ea însăși infracțiunea, dar care fie controlează activitatea persoanei juridice infractoare, fie a preluat-o total sau parțial, direct sau indirect, disimulat sau nedisimulat.

Câteva concluzii

În ciuda formulărilor explicite atât ale CJUE, cât și ale CEDO indicate mai sus, considerăm că, în încercarea de a calma spiritul doctrinei oripilate de răsturnarea unor dogme ale dreptului penal – cum este și principiul personalității răspunderii penale – cele două instanțe supranaționale au declarat artificial o compatibilitate deplină între doctrina răspunderii persoanei juridice succesoare și principiul răspunderii penale personale, când de fapt, este evident că o asemenea compatibilitate nu există la nivel formal. Deși jurisprudența creatoare, mai ales a CEDO, a atenuat mult rigiditatea conceptelor utilizate în dreptul penal – lege penală, infracțiune, pedeapsă – extinzându-le mult sfera semantică și stabilind criterii de calificare a acestora raportat la situații de fapt care pot genera încălcări ale CEDO, iată că a venit acum și rândul principiilor dreptului penal de a suferi o mutație interpretativă prin stabilirea unei prevalențe a realității faptice/economice față de realitatea juridică. O tendință greu de acceptat mai ales în domeniul dreptului penal, ramură de drept public cu sensuri și interpretări extrem de stricte.

⁷² Cu privire la conceptul de *compliance*, a se vedea: L.M. Stănilă, „To comply or not to comply. Despre valențele obligației de conformitate în dreptul penal. Conexiuni cu răspunderea penală a persoanei juridice”, în *Revista de drept penal al afacerilor*, nr. 1 /2021.

⁷³ A. Kalintiri, „Revisiting Parental Liability in EU Competition Law”, în *European Law Review*, vol. 43, nr. 2/2013, p.15-17 și 19-21.

⁷⁴ K. Tiedemann, *Business-Related Criminal Law in Europe: A Critical Inventory* (trad. de Edgardo Rotman), University of Miami International and Comparative Law Review Volume 20 Issue 2 (Primăvara 2013), <https://repository.law.miami.edu/umiclr/vol20/iss2/3>.

Revenind la problema dezbătută în prezentul studiu, respectiv dacă prevederile art. 151 C.pen român contravin sau nu principiului personalității răspunderii penale, afirmăm fără echivoc ca soluția legislativă respectivă constituie o încălcare a acestui principiu.

Considerăm că o soluție teoretică și practică corectă ar fi aceea a consacării explicite în acest caz a unei excepții de la principiul personalității răspunderii penale (chestiune care ne apare ca evidentă). Că este așa, o arată chiar definiția uzuală a termenului „excepție”⁷⁵: „Ceea ce nu se conformează unei reguli generale; abatere de la o normă(generală); ceea ce nu este obișnuit, normal”.

În opinia noastră principiile dreptului în general și principiile dreptului penal în special trebuie privite și înțelese ca niște ancore, iar tendința de interpretare extensivă impusă de instanțele supranaționale, chiar motivată de scopul unei armonizări terminologice și semantice, nu poate fi acceptată atât de ușor. Până la urmă dreptul penal reprezintă expresia supremă și ultimă a suveranității unui stat iar interpretarea legală dată de legiuitorii naționali se fundamentează pe specificul național și istoric. Abordarea constructivistă și organizațională a chestiunii transiterii răspunderii penale a persoanei juridice nu poate fi sănătoasă în opinia noastră. Chiar dacă se declară (fie și de CJUE, CEDO, Curtea de casație franceză și altele) în mod expres compatibilitatea doctrinei răspunderii succesoralului cu principiul personalității răspunderii penale, nu înseamnă că lucrurile chiar așa stau.

Prin urmare, doctrina răspunderii penale a succesoralului îndeplinește toate condițiile specifice unei excepții: se abate de la principiul răspunderii personale a subiectului de drept penal care presupune legătura de cauzalitate între faptă și subiectul de drept (or condiția de bază pentru calitatea de subiect de drept penal este prezența personalității juridice); are aplicabilitate limitată la persoanele juridice succesoare care continuă activitatea unei persoane juridice care a încetat să mai existe printr-o serie de operațiuni specifice – fuziune, absorbție, divizare; dă prevalență unor împrejurări particulare precum unitatea economică, unitatea operațională, criteriul temporal al încetării existenței juridice raportat la momentul comiterii faptei; răspunderea succesoralului nu este consacrată legislativ, de legislația penală a multor state europene.

Toate acestea sunt doar câteva dintre argumentele pe care le considerăm ca fiind pertinente în susținerea poziției noastre privind caracterul de excepție de la principiul răspunderii penale personale a răspunderii penale a persoanei juridice succesoare.

Prevalența unui element nejuridic (realitatea economică și operațională) față de elementul juridic (existența juridică a unei entități colective) are consecințe asupra fundamentării răspunderii penale, căci: i) dacă reorganizarea (fuziune, absorbție, divizare) intervine după comiterea infracțiunii și până la declanșarea urmării penale, acuzarea va privi o persoană/persoane juridice noi; ii) dacă reorganizarea (fuziune, absorbție, divizare) intervine după declanșarea urmării

⁷⁵ <https://dexonline.ro/definitie/excepție>.

penale și până la rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare, acuzarea va privi persoana juridică inițială, care a comis infracțiunea, iar pedeapsa va fi executată de o persoană juridică/persoane juridice noi.

În mod evident sunt necesare intervenții *de lege ferenda* fiind realizate în doctrină mai multe astfel de propuneri. Propunerile noastre vizează în primul rând modificarea textului art. 151 C.pen. raportat la: i) *reconfigurarea criteriilor speciale*; ii) *definirea mai clară a continuității activității după modelul spaniol*; iii) *indicarea unor elemente referitoare la elementul subiectiv*; iv) *posibilitatea eludării răspunderii penale prin evaluarea prealabilă a riscurilor operațiunilor de reorganizare – prin referiri exprese la îndeplinirea obligației de conformitate (compliance)*; v) *tranzarea problemei transmiterii pedepsei amenzii și a pedepselor complementare*: a) doar pentru amendă sau b) și pentru pedepse complementare – dar textul legal să fie explicat în sensul de a se indica în mod clar dacă translația va opera cu privire la toate aceste pedepse complementare sau doar cu privire la unele și cum operează translația în fiecare caz.

Doar în acest mod vom avea o reglementare clară și previzibilă, în acord cu standardele CEDO.

Referințe

- Baho Fernandez, M., Feijoo Sanchez, B.J., Gomez-Jara Diez, C., *Tratado de la responsabilidad penal de las personaj juridicas*, Thomson Reuters, 2012.
- Čentés J., L'orko J., „Criminal liability of legal persons in the Slovak Republic”, în *Studia Prawnoustrojowe*, nr. 42/2018 [Online]
- CERCLA Successor Liability: Theories of Liability, Findlaw, 2018 [Online]
- CMS Law-Now, *The CEE Guide to the Criminal Liability of Corporate Entities*, 2021 [Online]
- Datsiuk V., Nesterova I., *Sustainability Issues of Business Security in Ukraine: Risk Factors of the Corporate Criminal Liability*, în Teisė, vol. 116/2020, DOI: <https://doi.org/10.15388/Teise.2019.116.8>
- De Smet K., Jassens E., *Criminal Liability of Legal Entities under Belgian Law*, în *Compliance Elliance Journal*, vol. 5, nr. 2/2019, [Online]
- Faure M., Göcze C., Jiang M., *Tackling Environmental Crime under EU Law: The Liability of Companies in the context of Corporate Mergers and Acquisitions*, European Parliament's Committee on Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2021
- Guiu M.K., *Comentariu la art. 151*, în G. Antoniu (coord.), *Explicații preliminare ale noului Cod Penal. Vol. II. Art. 53-187*, Editura Universul Juridic, București, 2011
- Kalintiri A., „Revisiting Parental Liability in EU Competition Law”, în *European Law Review*, vol. 43 issue 2/2018,
- La Rocca L., „The controversial issue of the parent company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary”, în *European Competition Law Review*, Vol. 32 nr. 2/2011
- Laufer W.S., „The Missing Account of Progressive Corporate Criminal Law”, în *New York University Journal of Law and Business*, Vol. 14, nr. 1/2017, [Online]
- Leupold B., „Effective enforcement of EU competition law going too far? Recent case law on the presumption of parental liability”, în *European Competition Law Review*, Vol. 34, nr. 11/2013
- Lohner A., Behr N., *Corporate Liability in Germany*, Global Compliance News, 2022, [Online]

- Mareș M., *Efectele reorganizării persoanei juridice asupra regimului răspunderii penale și executării pedepselor*, 8 februarie 2018, www.juridice.ro.
- Moyne E., Haeri, N., Pouradier-Duteil, H., *What is dead may never die: transfer of criminal liability from absorbed company to absorbing company following a merger*, International Bar Association, 2020, [Online]
- Nommick C., „Transfer of Criminal Liability in Merger transactions: A Major Reversal of Case Law”, în *Soulier Avocats*, 2021, [Online]
- OECD, *Promoting Integrity through the Reform of the Administrative Penalty System of Bulgaria: Building a Comprehensive and Coherent Legal Framework*, 2022, <https://doi.org/10.1787/1be9905a-en>.
- Oehmichen A., Bier N., *Business Crime and Investigations in Germany: Overview*, Thomson Reuters Practical Law, 2021 [Online]
- Oswald, L.J., Schipani, C.A., „CERCLA and the „Erosion” of Traditional Corporate Law Doctrine, în *Northwestern Law Review*, vol. 86, nr. 2/1992, [Online]
- Reilly M.T., „Making Sense of Successor Liability”, în *Hofstra Law Review*, vol. 31/2003, pp. 764-783, [Online]
- Squire D.H., Ingram I.P., Frost Jr., D.J., „Corporate Successor Liability under CERCLA: Who's Next”, în *SMU Law Review*, vol. 43, nr. 3/1989 [Online]
- Stănilă L.M., *Drept penal. Partea generală II. Curs universitar*, ed. a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2021.
- Stănilă L.M., „Principiul legalității: de la *lex scripta* la *lex certa*” în *Analele Universității de Vest Timișoara, seria Drept*, nr. 2/2018, pp. 61-79.
- Stănilă L.M., „To comply or not to comply. Despre valențele obligației de conformitate în dreptul penal. Conexiuni cu răspunderea penală a persoanei juridice, în *Revista de drept penal al afacerilor*, nr. 1 /2021.
- Taylor J. Phillips, „The Federal Common Law of Successor Liability and the Foreign Corrupt Practices Act”, în *Wm. & Mary Bus. Law Review*, nr. 89/2015, [Online]
- Tiedemann K., *Business-Related Criminal Law in Europe: A Critical Inventory* (trad. de Edgardo Rotman), University of Miami International and Comparative Law Review, Vol. 20, nr. 2/2013[Online]
- Trandafir A.R., *Transmiterea răspunderii penale în cazul reorganizării persoanei juridice*, în Trandafir A.R., Lazăr G. Al. (coord.), *Răspunderea penală a persoanei juridice. O instituție transatlantică. De la evaluarea vinovăției la aplicarea și executarea sancțiunilor*, Editura Solomon, București, 2021.
- Venegoni A., Růžička, M., *Training Handbook on: Liability of Legal Persons for Czech Law Enforcement Agencies*, Council of Europe, Norway Grants, Programme Area 25: Capacity building and Institutional Cooperation between Beneficiary State and Norwegian Public Institutions, Local and Regional Authorities, ECCU-ACAMOL-CZ-TP5/2015, 2015, [Online]
- Vodyanyk S., *Ukraine: Criminal Responsibility for Legal Entities Introduced*, Library of Congress, 2013, [Online]

Unele particularități specifice prevenirii, investigării și combaterii infracțiunilor comise de persoanele juridice

Some particularities specific to preventing, investigating and combating crimes committed by legal persons

Andrei Nastas¹, Lucia Rusu²

Rezumat: Tendința de a recunoaște persoana juridică în calitate de subiect al infracțiunii și, respectiv a răspunderii penale a primit un impuls și o dezvoltare în mai multe state, în mare parte, din necesitatea de a mări nivelul protecției juridice a concurenței de bună-credință, a drepturilor consumatorilor, a mediului înconjurător, a securității muncii etc. Odată cu trecerea la economia de piață rolul persoanelor juridice a crescut enorm. În condițiile unei concurențe dure lupta pentru dominare pe piețele de desfacere, persoanele juridice cu diferite forme de organizare juridică săvârșesc, de facto, multiple fapte care nimeresc sub incidența legii penale. Din acest considerent, în doctrina de drept tot mai frecvent apar întrebări referitoare la protejarea drepturilor și intereselor persoanei, a societății, a statului, a sistemului economic, a mediului înconjurător etc. de faptele infracționale comise de persoanele juridice. Actualmente, legislația penală referitoare la răspunderea persoanelor juridice rămâne restantă în raport cu dezvoltarea dinamică a sferei economice a societății. Drept confirmare a acestui fapt pot servi cercetările criminologice care evidențiază o creștere stabilă a numărului de infracțiuni comise de către persoanele juridice. Aceasta ne vorbește despre faptul că sancțiunile prevăzute de normele de drept penal pentru faptele ilegale comise de persoanele juridice nu constituie o piedică în calea activității social-periculoase și infracționale a acestora, în special din considerentul că beneficiul, venitul obținut de multiple ori depășește sumele amenzilor achitate. Or, relevanța unui studiu în materia particularităților prevenirii, investigării și combaterii infracțiunilor comise de persoanele juridice este determinată de evoluția continuă a instituției răspunderii penale a persoanelor juridice.

Cuvinte-cheie: persoană juridică, răspundere penală, economie de piață, legislație penală, sancțiuni penale, reglementare, subiect al infracțiunii, particularități, reglementări normative, componență de infracțiune

Abstract: The tendency to recognize the legal person as the subject of crime and, respectively, of criminal liability has received an impetus for development in several states largely due to the need of increasing the level of legal protection of bona fide competition, of consumer rights, of environment, of occupational safety, etc. With the transition to a market economy, the role of legal persons has increased enormously. In the conditions of

¹ Conferențiar univ. dr., Cercetător științific superior, Institutul de Cercetări Juridice, Politice și Sociologice, Academia de științe a Moldovei, e-mail: ady_bax@yahoo.com

² Lector univ. dr., Facultatea de Drept și Științe sociale, Universitatea de Stat „Alecu Russo” din Bălți, e-mail: lucia.rusu@usarb.md

a fierce competition and the fight for domination on the sales markets, the legal persons with different forms of legal organization commit de facto multiple deeds that fall under the incidence of the criminal law. For this reason, in the doctrine of law there are more and more questions regarding the protection of the rights and interests of the person, of the society, of the state, of the economic system, of the environment etc. from the criminal acts committed by legal persons. Currently, criminal law with respect to the liability of legal persons is lagging behind the dynamic development of the economic sphere of society. This can be confirmed by the criminological research which shows a steady increase in the number of crimes committed by legal persons. It shows that the sanctions provided by the rules of criminal law for illegal acts committed by legal persons do not represent an obstacle to their socially dangerous criminal activity, especially since the benefit or the income obtained multiple times exceeds the amounts of fines paid. However, the relevance of a study in the matter of the particularities of preventing, investigating and combating crimes committed by legal persons is determined by the continuous evolution of the institution of criminal liability of legal persons.

Keywords: legal person, criminal liability, market economy, criminal law, criminal sanctions, regulation, subject of the crime, particularities, normative regulations, composition of crime

Introducere

În epoca actuală, concepția care admite sancționarea cu mijloacele dreptului penal a persoanelor juridice pentru implicarea lor în săvârșirea de infracțiuni a renăscut într-un număr din ce în ce mai mare de state, ca urmare a dezvoltării explozive a economiei de piață la nivel mondial, însoțită în mod inevitabil nu doar de efecte pozitive, ci și de riscul de creștere a criminalității economice³. Pe durata ultimelor decenii, tendința recunoașterii persoanelor juridice ca subiect al infracțiunii, și respectiv al răspunderii penale, a cunoscut o dezvoltare substanțială în diferite colțuri ale lumii, în special, din necesitatea de a asigura un nivel corespunzător de protecție a consumatorilor, a mediului înconjurător, a liberei concurențe, sănătății, securității muncii etc.⁴.

Legislația și literatura de specialitate confirmă că instituția răspunderii penale a persoanelor juridice are dreptul la existență chiar din simplul motiv că persoana juridică este recunoscută de lege ca un subiect de drept aparte, ce există separat de persoana fizică. De asemenea, se menționează că în caz de atentare la relațiile sociale ocrotite de legea penală, este inadmisibilă aplicarea măsurilor de constrângere prevăzute de alte ramuri de drept (civil, contravențional), deoarece sancțiunile prevăzute de acestea nu reflectă și nu apreciază corespunzător gradul de pericolozitate socială a faptelor comise de persoanele juridice⁵.

³ A. Jurma. *Persoana juridică – subiect al răspunderii penale*. Editura C.H. BECK. București, 2010, p. 7.

⁴ А. С. Никофоров. *Юридическое лицо как субъект преступления и уголовной ответственности*. Издательство АО «Центр ЮрИнфор». Москва, 2003, p. 21. (A. S. Nichiforov. *Iuridicescoe lițo cac subiect prestuplinia i ugolovnoi otvetstvennosti*. Izdatelistvo АО „Tentr IurInfor”. Moscva, 2003, p. 21).

⁵ Е. Ю. Антонова. *Юридическое лицо как субъект преступления: опыт зарубежных стран и перспективы применения в России*. Диссертация кандидата юридических наук.

În aceste condiții, în materia persoanei juridice, penaliștii au fost cei mai preocupați de modalitatea de formare a voinței juridice a unui subiect abstract, imaterial, corporativ. Penaliștii au dezvoltat teorii elaborate despre legătura dintre persoana fizică și modul de formare a voinței persoanei juridice. Nici faptul că procesul volițional se desfășoară parțial în scris, după reguli prestabilite, nu a fost de ajutor. Odată cu apariția companiilor gigant, cu structuri corporative vaste, cartografierea procesului volițional a întâmpinat aceleași dificultăți ca descifrarea psihologiei umane. Pentru o soluție simplă, sunt antrenate numeroase departamente, deciziile sunt validate și contrasemnate, sunt solicitate opiniile unor specialiști, sunt antrenați acționariatul, directorii, uneori chiar simplii angajați.

Alteori, luarea unor decizii corporative se poate prelungi de-a lungul mai multor ani. Poate presupune negocieri de durată, precum și schimbarea conducerii persoanei juridice, astfel că o parte a procesului volițional aparține vechii conduceri, iar o altă parte noii conduceri. Așadar, aceste ficțiuni juridice, simple în aparență, au fost construite după asemănarea noastră: mecanisme complexe, vii, transformabile, dinamice⁶.

1. Răspunderea penală a persoanelor juridice de drept privat și de drept public

Actualmente, cel puțin în parte, se pare că penaliștii au renunțat să dezvolte doctrine noi pentru a elucida conținutul subiectiv al infracționalității corporative. De altfel, după cum susține pe bună dreptate autorul Lazăr G. A., este greu de crezut că legislația penală va putea să țină pasul cu ingeniozitatea corporativă. Mai pragmatic, odată ce răspunderea penală a persoanei juridice a devenit mai puțin controversată și mai general acceptată, atenția s-a îndreptat către sancționare. Altfel spus, infracționalitatea corporativă este un fenomen social grav, ce trebuie combătut cu mijloace eficiente, adică de drept penal. În timp ce mecanismele interne și particularitățile privind formarea voinței juridice fac în continuare obiectul unor studii distincte, nevoia imediată de soluții viabile a impus unele state să adopte noi instituții de drept penal cu valență privată, derivată din subramuri ale dreptului societar⁷.

Considerăm că e necesar să menționăm că unul din motivele pentru care s-a admis introducerea răspunderii penale a persoanei juridice în legislațiile naționale este legat de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului. Într-adevăr, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a apreciat că un număr mare de măsuri, chiar aplicabile persoanei juridice, reprezintă pedepse în sensul Convenției, situație în care devin incidente și o serie de alte prevederi ale

наук. Москва, 2003, pp. 3-4. (E. Iu. Antonova. *Iuridicescoe lițo cac subiect prestuplinia: opât zarubejnâh stran i perspectivâ primenenia v Rossii*. Dissertația candidata iuridiceschih hauc. Moscva, 2003, pp. 3-4).

⁶ G. A. Lazăr, *Sistemul sancționator aplicabil persoanelor juridice*, Editura Universul Juridic, București, 2021, pp. 464-465.

⁷ *Idem*, p. 465.

Convenției. Curtea Europeană se bazează așadar pe o interpretare extensivă a Convenției, apreciind că și persoanelor juridice le sunt aplicabile garanțiile instituite de Convenție⁸. Astfel, în cazul în care o persoană juridică face obiectul unei acuzații la finalul căreia există posibilitatea de a i se aplica o sancțiune ce poate fi calificată drept pedeapsă, ea trebuie să beneficieze de toate garanțiile unui proces echitabil⁹ (art. 6 din Convenție) care cuprinde un spectru larg de drepturi¹⁰.

În general, există un consens în ceea ce privește răspunderea penală a persoanelor juridice de drept privat, dar rămân în discuție alte aspecte importante: răspunderea penală a persoanelor juridice de drept public; răspunderea penală a entităților lipsite de personalitate juridică și a persoanelor juridice străine. Doctrina ideii de răspundere penală a persoanelor juridice este quasi-unanimă în a accepta calitatea de subiect al răspunderii penale a acestor entități, considerându-se că este necesară consacrară răspunderii penale nu doar în cazul societăților comerciale, ci și în cazul celorlalte persoane juridice de drept privat¹¹. Spre deosebire de situația persoanelor juridice de drept privat, răspunderea penală a persoanelor de drept public a făcut obiectul a numeroase discuții cu privire la admisibilitatea și limitele sale. Or, se susține că persoanele juridice de drept public ar urma să fie excluse din câmpul răspunderii penale deoarece ele asigură o misiune de serviciu public ce se caracterizează, în primul rând, prin necesitatea ei. Aceste servicii nu există pentru a satisface interesele celor care le exercită, ci pentru a răspunde unui interes general, sau chiar pentru a asigura satisfacerea unor drepturi fundamentale. În măsura în care acestea au funcționat necorespunzător, favorizând comiterea unei infracțiuni, terții care aveau dreptul să beneficieze de acestea au fost deja afectați, așa încât impunerea unei sancțiuni penale respectivului serviciu public nu face decât să afecteze o dată în plus situația aceluiași persoane nevinovate¹². S-a mai arătat, de asemenea, că statul este prezumat a acționa întotdeauna în interesul public, în regim de drept, ceea ce înseamnă că acțiunile sale nu pot constitui infracțiuni, iar publicul nu poate fi sancționat direct sau indirect. S-a replicat acestui argument că prezumția nu poate fi decât relativă, existând situații în care statul, prin aparatul său, nu acționează în interesul public¹³.

Cercetătoarea A. Jurma, analizând tipologia crimei din ultimele decenii, observă, în primul rând, o tendință de proliferare a infracțiunilor îndreptate împotriva valorilor sociale de interes general, al comunității (cum ar fi mediul

⁸ Hotărârea CtEDO în cauza *Comingersoll vs. Portugalia*, din 6 aprilie 2000 [online] la: www.echr.coe.int, accesat la 30.04.2022.

⁹ A. R. Ilie, *Angajarea răspunderii penale a persoanei juridice*, Editura C.H. Beck, București, 2011, pp. 334-335.

¹⁰ C. Bîrsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, Editura C.H. Beck, București, 2010, pp. 351-569.

¹¹ F. Streteanu, R. Chiriță, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, ed. a II-a, Editura C.H. Beck, București, 2007, pp. 152-153.

¹² *Idem*, pp. 156-157.

¹³ A. R. Trandafir, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Editura C.H. Beck, București, 2020, p. 85.

înconjurător, sănătatea publică, siguranța muncii, mediul financiar, fiscal, comercial) față de cele vizând interese individuale. De asemenea, nevoia de a supraviețui cu orice preț pe piața economică, de a-și păstra sau mări profitul într-un timp cât mai scurt, de a-și păstra sau extinde controlul asupra unor piețe determină, nu de puține ori, întreprinderi mai mari sau mai mici să apeleze la mijloace ilegale atunci când mijloacele legale devin inadecvate sau insuficiente și nu în ultimul rând, se relevă faptul că există, mai ales la managerii marilor companii, așa-numitul sindrom al „*beției riscului*” care îi face ca, urmărind scopul maximizării profitului, să desfășoare acțiuni periculoase, la limita legii sau chiar asumându-și riscul încălcării legii, având tendința de a supraestima șansele de reușită și de a subestima, în schimb, șansele de eșec. Acest comportament riscant, adesea infracțional, este necesar a fi atribuit întreprinderii și nu numai persoanei managerului, el fiind expresia deciziilor strategice ale companiei¹⁴.

Deși preferabilă, soluția consacării răspunderii penale a persoanei juridice ridică noi probleme care vor trebui soluționate. Desigur că ideea răspunderii penale a persoanei juridice nu trebuie să conducă la soluții absurde ori care frizează simțul realității¹⁵. Există o serie de argumente în sensul că sancționarea exclusivă a indivizilor care acționează în numele sau în interesul persoanei juridice dă o replică insuficientă și ineficientă criminalității societare, iar uneori identificarea persoanei fizice responsabile și dovedirea vinovăției sale sunt imposibil sau extrem de dificil de realizat. Astfel, societățile implicate în acțiuni infracționale își găsesc în însuși modul lor de organizare sisteme pentru a reduce la minimum riscurile penale ale comportamentelor lor ilicite. Riscul descoperirii faptelor ilicite comise de aceste persoane în interesul companiei este un risc calculat și asumat de aceasta, atât timp cât, în lipsa reglementării răspunderii penale a persoanei juridice, persoana fizică vinovată va fi singura sancționată.

Situații complexe apar și atunci când vinovăția pentru adoptarea conduitei infracționale poate fi identificată în seama organelor colegiale de conducere ale persoanei juridice, cele care au luat decizia ilicită. Or, de regulă, aspectele ilegale ale conduitei unei companii sunt colaterale și secundare în raport cu scopul urmărit de aceasta, care este legitim și pozitiv. Consecințele negative, păgubitoare ale activităților companiei sunt rezultatul unor omisiuni sau acțiuni financiare sau comerciale hazardate, al unor evaluări a oportunităților de câștig, al asumării unor riscuri inerente activității economice, dar aceste consecințe nu sunt definitorii pentru caracterizarea activității companiei respective¹⁶. În aceste condiții, în afara unor cazuri excepționale, folosirea sancțiunilor penale împotriva întreprinderii nu este recomandabilă și oricum nu asigură o îmbunătățire a comportamentului acesteia, atâta timp cât întreprinderea însăși nu adoptă sisteme adecvate de control intern. Analiza măsurii în care o anumită acțiune sau inacțiune se înscrie în limitele unui comportament diligent sau îmbracă forme infracționale trebuie făcută în toate cazurile în care se discută angajarea răspunderii penale. Cât privește reproșul că

¹⁴ A. Jurma, *op. cit.*, pp. 10-11.

¹⁵ A. R. Ilie, *op. cit.*, p. 119.

¹⁶ A. Jurma, *op. cit.*, pp. 11-12.

sanctiunea penală este ineficientă în lipsa introducerii unor sisteme de control, acesta este demn de reținut, dar nu pentru a contesta utilitatea răspunderii penale a persoanei juridice, ci pentru a sublinia faptul că represiunea, singură, nu este un răspuns eficient în lupta împotriva criminalității în general și a criminalității societare în particular¹⁷.

2. Modele de răspundere penală a persoanelor juridice și pedepse aplicate

Răspunderea penală a persoanei juridice este încă în plină dezvoltare. Motorul acestei perpetue schimbări este dinamismul care caracterizează viața societară, puternic influențată de economie, de schimbările în societatea civilă și de evenimente geopolitice. În cazul răspunderii penale a persoanei juridice, această evoluție a condus la dezvoltarea unor modele și instrumente juridice noi de drept penal¹⁸. Vom atrage atenția la faptul că modelul restrictiv presupune în prezent posibilitatea angajării răspunderii penale a persoanei juridice de către organele sau reprezentanții acesteia, mai exact – de persoanele fizice cu putere de conducere sau reprezentare, indiferent cum se numesc acestea în dreptul național¹⁹. Modelul extensiv presupune angajarea răspunderii penale a persoanei juridice ca urmare a acțiunii oricărei persoane fizice care acționează în numele sau în beneficiul acesteia. Prin adoptarea acestui model nu se mai analizează dacă persoana fizică în cauză a avut sau nu calitatea de organ sau reprezentant în momentul săvârșirii infracțiunii. În fine, unele state au adoptat modelul mixt, care reprezintă un compromis între elementele celor două sisteme vizate mai sus. În acest sistem pot angaja răspunderea penală a persoanei juridice doar persoanele fizice care au o putere de decizie în cadrul entității²⁰.

În esență, modelele de răspundere penală a persoanei juridice care sub o formă sau alta sunt aplicate de diversele jurisdicții sunt următoarele:

a) Modelul *viciarious liability* (*respondeat superior*) – presupune răspunderea indirectă și automată a corporației pentru fapta oricăruia dintre angajații săi – formă a răspunderii comitentului pentru fapta presupusului, preluată din dreptul civil;

b) Modelul identificării sau *alter-ego* – presupune răspunderea directă a corporației pentru fapta organului sau reprezentanților săi;

c) Modelul culpei agregate;

d) Modelul criteriilor proprii de răspundere ale persoanei juridice – în principal criterii referitoare la cultura, ethosul, politicile societare²¹.

Or, răspunderea penală a persoanei juridice trebuie să reprezinte un instrument suplimentar prin care pot fi apărate drepturile și interesele legitime ale

¹⁷ *Idem*, pp. 12-13.

¹⁸ G. A. Lazăr, *op. cit.*, p. 407.

¹⁹ A. R. Trandafir, *op. cit.*, p. 218.

²⁰ *Idem*, pp. 222-223; A. Jurma, *op. cit.*, p. 134.

²¹ A. Jurma, *op. cit.*, pp. 38-39.

persoanelor, precum și valorile fundamentale ale societății²². În acest scop, un număr important de instrumente juridice internaționale prevăd necesitatea introducerii în legislațiile internaționale a răspunderii penale sau de altă natură a persoanei juridice pentru infracțiunile comise²³, și anume: a) *Recomandarea Consiliului Europei nr. 88 (18) privind răspunderea întreprinderilor cu personalitate juridică pentru săvârșirea de infracțiuni în exercițiul activității lor*, adoptată la 20 octombrie 1988; b) *Al doilea Protocol al Convenției privind protecția Intereselor Financiare ale Comunității Europene*, adoptat prin Actul Consiliului Uniunii Europene din 19 iunie 1997; c) *Acțiunea Comună referitoare la incriminarea participării la o organizație criminală în cadrul statelor membre ale UE*, din 21 decembrie 1998, adoptată de Consiliul Uniunii Europene în baza art. K3 al Tratatului UE; d) *Acțiunea Comună relativă la incriminarea corupției în sectorul privat*, din 22 decembrie 1998; e) *Convenția privind lupta împotriva corupției funcționarilor publici străini în tranzacțiile comerciale internaționale*, din 17 decembrie 1997; f) *Convenția pentru protecția mediului prin mijloace de drept penal*, din 04 noiembrie 1998; g) *Convenția penală împotriva corupției*, din 27 ianuarie 1999; h) *Convenția ONU împotriva criminalității transnaționale organizate*, din 15 noiembrie 2000; i) *Convenția ONU împotriva corupției* din 31 octombrie 2003.

Reținem, de fapt, că toate legile penale române (de fapt ca și acelea din Republica Moldova) care au fixat răspunderea penală a persoanelor juridice au prevăzut în mare măsură aceleași pedepse aplicabile acestor entități. În toate situațiile, amenda este singura pedeapsă principală ce poate fi pronunțată împotriva persoanelor juridice, celelalte sancțiuni putând fi aplicate cu titlu de pedepse complementare. Cu toate că nu se precizează în mod expres în legea penală această posibilitate, există totuși și alte pedepse, prevăzute în legi speciale, care sunt aplicabile și în cazul persoanelor juridice²⁴.

Amenda are o serie de avantaje incontestabile, și anume: este relativ ușor de administrat, nu presupune costuri mari, așa cum se întâmplă în cazul pedepsei cu închisoarea împotriva persoanelor fizice; contribuie la crearea de venituri pentru stat și a fondurilor necesare pentru compensarea victimelor în unele sisteme de drept și, dacă este bine proporționată, asigură sentimentul public de echitate în special în măsura în care prin comiterea infracțiunii corporația a urmărit obținerea unui profit mai mare²⁵. Prin natura ei amenda aduce atingere scopului principal al companiei – obținerea unui profit – astfel că persoana juridică va compara câștigul pe care se așteaptă să-l obțină din comiterea infracțiunii cu pierderea pe care o va suferi dacă va fi condamnată. De aceea, dacă amenda are un quantum prea mic ea nu va produce niciun efect, fiind considerată un simplu risc al afacerii. Pentru a fi deci eficientă, amenda trebuie să fie suficient de oneroasă încât să producă un impact asupra societății²⁶.

²² A. R. Ilie, *op. cit.*, p. 342.

²³ A. Jurma, *op. cit.*, pp. 94-98.

²⁴ A. R. Ilie, *op. cit.*, p. 240.

²⁵ A. Jurma, *op. cit.*, p. 70.

²⁶ F. Streteanu, R. Chiriță, *op. cit.*, pp. 331-332.

Unele sisteme de drept au făcut apel la unul din următoarele modele alternative pentru a sancționa persoanele juridice pentru infracțiunile comise:

a) *Modelul răspunderii civile patrimoniale*, adoptat de cele mai multe legislații, funcționează ca răspundere solidară a persoanei juridice raportată la răspunderea civilă a persoanelor fizice – reprezentanți sau prepuși ai persoanei juridice – pentru repararea prejudiciului cauzat prin comiterea de către aceștia a unor infracțiuni în exercițiul funcțiilor încredințate;

b) *Modelul răspunderii persoanei juridice pentru plata sancțiunilor pecuniare aplicate persoanelor fizice nevinovate*. În unele sisteme, acest tip de răspundere poate fi angajată, cu caracter subsidiar sau solidar în vederea executării amenzilor aplicate persoanelor fizice aflate în raport cu persoana juridică. Acest tip de răspundere apare ca o soluție greu de conciliat cu principiul personalității răspunderii penale. El are doar rolul de a asigura statul împotriva riscului de insolvabilitate a persoanei fizice condamnate, dar nu are nici o eficiență în sancționarea persoanei juridice²⁷;

c) *Modelul sancțiunilor administrativ-punitive*, răspândit în unele state europene (Germania, Portugalia, Italia), este un model care are avantajul de a propune sancțiuni cu dublă natură, preventivă și retributivă, în același timp evitând latura etică, specifică pedepselor. Aceste sancțiuni, numite „pe jumătate penale” sunt aplicate de autorități nu doar pentru fapte aparținând ilicitului administrativ, dar și pentru infracțiuni comise în numele unei persoane juridice;

d) *Modelul sancțiunilor mixte*, care nu sunt în mod necesar penale, a căror natură juridică nu este foarte clară (regim de supraveghere, impunerea unui administrator sau tutore pentru a gestiona sau controla societatea respectivă).

Toate aceste modele alternative ale răspunderii penale a persoanei juridice dau o soluție doar parțială luptei împotriva criminalității corporative și nu asigură caracterul de sancțiuni efective, proporționale și descurajante cerut de convențiile internaționale²⁸. Totodată, se cunoaște o mare diversitate de soluții, de la cele care consideră că persoanelor juridice le sunt aplicabile doar sancțiuni patrimoniale (amendă, confiscare), până la cele care prevăd posibilitatea instituirii unei game foarte largi de sancțiuni, susceptibile să atingă persoana juridică în toate atributele sale²⁹.

În aceste circumstanțe, trebuie precizat că Recomandările Consiliului de Miniștri al Consiliului Europei nr. 88 (18) prevăd ca posibile măsuri aplicabile persoanei juridice care săvârșește o infracțiune avertismentul, mustrarea, asumarea răspunderii (fără aplicarea unei sancțiuni), amenda sau altă sancțiune pecuniară, confiscarea bunurilor utilizate pentru sau obținute din comiterea infracțiunii, interdicția de a exercita anumite activități (mai ales legate de achizițiile publice), interdicția de a beneficia de subvenții ori avantaje fiscale, interdicția de publicitate, anularea unor autorizații, destituirea unor membri ai conducerii, plasarea provizorie sub supravegherea unui administrator judiciar, închiderea localului, dizolvarea, acoperirea pagubei cauzate prin infracțiune, restabilirea

²⁷ A. Jurma, op. cit., pp. 14-15.

²⁸ *Idem*, pp. 16-17.

²⁹ F. Streteanu, R. Chiriță, op. cit., p. 331.

situației anterioare, publicarea deciziei de condamnare³⁰. Scopul Recomandărilor este de a încuraja adoptarea de măsuri de ordin legislativ pentru ca, întreprinderile să poată fi declarate responsabile pentru infracțiunile comise în activitatea lor, fără a exonera însă de răspundere persoanele fizice care au săvârșit fapta, iar pe de altă parte, să se creeze un sistem de sancțiuni și măsuri adaptate întreprinderilor, în vederea realizării unei sancționări eficiente a activităților ilicite, a prevenirii comiterii de noi infracțiuni și a reparării prejudiciilor cauzate prin infracțiune³¹.

Astfel, identificarea și aplicarea unor pedepse bine adaptate naturii persoanelor juridice este extrem de importantă, dar în același timp, delicată. Trebuie avut în vedere că majoritatea entităților care se pot afla la un moment dat în vizorul legii penale sunt întreprinderi care asigură locuri de muncă salariaților, trebuie să-și respecte obligații către creditori și participă la dezvoltarea economiilor naționale. Sancțiunile aplicabile acestora trebuie, prin urmare, să fie astfel adaptate încât să nu le împiedice să desfășoare activitățile utile societății pentru care au fost înființate, să nu le reducă potențialul economic mai mult decât este necesar și să producă minimum de efecte adverse posibil terților inocenți (salariați, creditori)³².

O parte din sistemele legislative de drept continental prevăd, alături de pedeapsa amenzii împotriva persoanei juridice, și o serie de pedepse prin care se interzic sau restrâng anumite drepturi ale acesteia, afectându-i în acest fel activitatea. Acestea sunt reglementate fie ca pedepse principale, fie ca pedepse complementare. Includerea în gama de pedepse aplicabile persoanei juridice a pedepselor privative sau restrictive de drepturi este eficientă în special în cazul persoanelor juridice cu scop lucrativ, pentru că în acest fel poate fi atinsă în mod esențial activitatea sau tipul de activități care au condus la comiterea infracțiunii și se poate preveni săvârșirea de fapte similare³³.

Actualmente, măsurile de *compliance* (conformitate) au devenit tot mai viabile, până când și-au găsit locul în codurile penale europene și nu numai³⁴. Aceste măsuri pot fi aplicate persoanelor juridice fie în cadrul unui sistem de supraveghere (ca pedeapsă), fie ca măsuri de prevenire (clauză de nerăspundere). Aceasta presupune ca statul să lupte împotriva corporațiilor, în conflictul născut din încălcarea normelor de drept penal, cu arme adecvate, specializate. În același timp, sunt impuse obligații în sarcina persoanelor juridice, care facilitează supravegherea, urmărirea penală și judecarea corporațiilor. Riscul introdus în societate prin activitatea organizată este atenuat chiar de persoana juridică, dacă respectă aceste măsuri.

În legislațiile franceză și spaniolă accentul este pus pe opțiuni, astfel ca instanțele de judecată să dispună măsuri cât mai adaptate, cât mai apte să asigure realizarea funcțiilor dreptului penal. De asemenea, este prevăzută și posibilitatea aplicării unor pedepse descurajante. Astfel, persoanele juridice nu își pot face un

³⁰ A. R. Ilie, *op. cit.*, p. 247.

³¹ F. Streteanu, R. Chiriță, *op. cit.*, p. 439.

³² A. Jurma, *op. cit.*, p. 69.

³³ *Idem*, p. 79.

³⁴ G. A. Lazăr, *op. cit.*, p. 407.

cost de oportunitate al săvârșirii de infracțiuni ori nerespectării regulilor de prevenire. Or, în aceste condiții am avea nevoie de modificări de substanță, deoarece aceste categorii de măsuri reprezintă trecerea de la o răspundere penală a persoanelor juridice axată pe micii infractori, persoane juridice care, de regulă, reprezintă o interfață pentru o activitate comercială a persoanelor fizice, și infraționalitatea corporativă³⁵.

Viitorul sistemelor de sancționare a persoanelor juridice pare să fie dominat de măsuri de *compliance*, clauze pentru înlăturarea răspunderii și o justiție penală privatizată, bazată pe acorduri. Toate sunt consecințele dificultății inedite de investigare și sancționare a persoanelor juridice de mari dimensiuni. Fie că obstacolul este doctrina care fundamentează răspunderea, aplicarea neadaptată a formelor de vinovăție din partea persoanelor fizice, sancțiunile inadecvate, lipsa personalului sau a specializării, statul datorează cetățenilor săi soluții viabile³⁶.

Nu negăm că răspunderea penală a persoanei juridice nu poate fi aplicată cu succes în toate cazurile. În cazul sancționării unei companii care are o participare reală la viața economică, fiind înființată pentru a duce la îndeplinire un scop licit, dar care, pentru atingerea scopului, folosește mijloace ilicite, aplicarea unei sancțiuni penale cu corolarul său stigmatizant pentru „bunul renume” al companiei are șanse mari de a fi eficientă. Există însă situații în care organizații criminale, pentru a ascunde operații economice ilegale, formează așa-zise „societăți ecran” (*shell companies*) în vederea spălării banilor proveniți din infracțiuni. Aceste societăți nu au o viață economică reală, ele funcționează atât cât este necesar pentru disimularea originii ilicite a banilor. În momentul în care operațiunile pentru care au fost create s-au încheiat sau în momentul în care o anchetă penală se apropie de ele, acestea se autodizolvă astfel încât nu se poate pune problema aplicării unei sancțiuni³⁷.

3. Cumulul răspunderii penale a persoanei fizice și a persoanei juridice

Reținem și faptul că la baza infracțiunii comise de o persoană juridică stă întotdeauna o acțiune sau un ansamblu de acțiuni realizate de una sau mai multe persoane fizice, identificate sau nu. În ipoteza în care persoana care a comis în mod nemijlocit actul material ce a angajat penal persoana juridică a fost identificată, se pune problema consecințelor pe care individul le va suporta. Va fi el exonerat de răspundere în cazul în care a fost sancționată penal persoana juridică sau va răspunde alături de aceasta?

Doctrina de specialitate a înregistrat opinia că nu poate fi vorba despre cumulul celor două răspunderi, argumentându-se că aplicarea unei sancțiuni persoanei juridice se răsfrânge asupra patrimoniului său și deci și asupra patrimoniului celui care a comis actul material. Aplicarea unei noi sancțiuni

³⁵ *Idem*, pp. 465-466.

³⁶ *Idem*, p. 466.

³⁷ A. Jurma, *op. cit.*, p. 13.

împotriva acestuia ar însemna o dublă sancționare pentru aceeași faptă. În plus, persoana fizică și persoana juridică nu ar putea fi considerate coautori la comiterea infracțiunii, deoarece coautoratul presupune existența unei pluralități de agenți între care s-a realizat o legătură subiectivă, ceea ce nu este cazul în situația analizată, unde, în realitate, ar exista un singur subiect capabil de voință proprie.

Totodată, întâlnim și opinii care se pronunță în sensul admiterii cumulului răspunderii persoanei fizice și persoanei juridice. În acest sens, se consideră că, prin comiterea infracțiunii, organul sau reprezentantul nu și-au anihilat complet personalitatea în cadrul grupului. Ei rămân persoane înzestrate cu conștiință și voință, astfel că angajând răspunderea penală a entității colective, își angajează în același timp și propria răspundere penală. De regulă, în persoana organului sau reprezentantului este întrunit atât elementul material, cât și elementul subiectiv al infracțiunii, astfel încât simplul fapt că în spatele său se află o persoană juridică nu-l poate exonera de răspundere³⁸.

Dacă statele care au acceptat, în cele din urmă, ideea de răspundere penală a persoanei juridice, au renunțat la ideea conform căreia numai o persoană fizică poate comite o faptă prevăzută de legea penală, iar nu și o persoană juridică, totuși este neîndoielnic că fără acțiunea sau inacțiunea unei ființe umane nu se poate angaja răspunderea persoanei juridice, cu toate că persoana juridică va fi cea împotriva căreia se va pronunța sancțiunea penală. Pe cale de consecință, ori de câte ori este incidentă răspunderea penală a persoanei juridice, trebuie cercetate aspectele referitoare la persoana fizică ce poate angaja o asemenea răspundere, fără ca aceasta să presupună în mod obligatoriu identificarea persoanei fizice în cauză³⁹.

Or, după cum am constatat supra, problema persoanelor fizice care pot angaja răspunderea penală a persoanei juridice a dat naștere, în doctrina și jurisprudența străină la numeroase controverse. Inclusiv și legiuitorul român s-a confruntat cu dificultatea alegerii între modelul restrictiv și modelul extensiv, optând pentru cea din urmă soluție. Mai mult, în dreptul român, persoanele fizice care angajează persoana juridică nu trebuie să fie identificate pentru condamnarea entității, iar răspunderea penală a persoanei juridice nu o înlătură pe cea a persoanei fizice care a contribuit la săvârșirea aceleiași fapte, ceea ce împiedică evitarea angajării răspunderii penale a persoanelor fizice care dirijează activitatea în cauză. Cu toate acestea, practica judiciară trebuie să determine care sunt, în mod concret, persoanele fizice care pot angaja penal persoana juridică, întrucât nu orice persoană care are legătură cu aceasta poate acționa în numele și pe seama ei (de exemplu, un simplu salariat care săvârșește o infracțiune fără legătură cu persoana juridică)⁴⁰. De asemenea, în orice sistem de drept care acceptă răspunderea penală a persoanei juridice, se constată că nu orice acțiune a unei persoane fizice care are o legătură cu persoana juridică poate antrena răspunderea penală a acesteia. De exemplu, o infracțiune săvârșită de administratorul unei societăți comerciale împotriva acesteia nu va atrage, în mod evident, răspunderea sa penală, deși

³⁸ F. Streteanu, R. Chiriță, *op. cit.*, pp. 306-307.

³⁹ A. R. Ilie, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁰ *Idem*, p. 142.

administratorul face parte din categoriile de persoane care pot angaja răspunderea penală a persoanelor juridice⁴¹.

Totodată, soluția cumulului răspunderii penale ale celor două categorii de persoane implicate în săvârșirea infracțiunii se impune din considerente de eficiență a represiei penale. Astfel, dacă s-ar exclude cumulul celor două răspunderi, persoana fizică ce a comis actul material ar putea continua activitatea infracțională fără nicio problemă, servindu-se de persoana juridică, ori ar putea continua activitatea infracțională înființând o nouă persoană juridică⁴².

4. Particularități de procedură penală în cauzele privind persoanele juridice

În fine, atragem atenție și la aspectul că datorită particularităților pe care le prezintă angajarea răspunderii penale a persoanei juridice, legiuitorul a ales să consacre și pe plan procesual-penal reguli distincte cu privire la aceste entități. O asemenea, opțiune s-a manifestat prin introducerea în Codul de procedură a unei proceduri speciale privind tragerea la răspundere penală a persoanei juridice⁴³. Deci, apariția persoanei juridice în calitate de învinuit sau inculpat într-un proces impune adaptarea unora dintre regulile procedurale, în vederea compatibilizării lor cu natura persoanei juridice⁴⁴.

Drepturile procedurale ale persoanelor juridice ce fac obiectul unei acuzații penale sunt garantate de Convenție, mai ales dreptul lor la un proces echitabil. Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului a confirmat acest lucru, persoanele juridice invocând cu succes mai ales dreptul la un tribunal și dreptul la judecarea cauzei într-un termen rezonabil, dar și cu privire la alte drepturi. Totodată, persoanele juridice beneficiază și de respectarea principiului contradictorialității și de publicitatea procesului penal⁴⁵. În același timp, evocarea drepturilor nu este suficientă, ci trebuie găsite și mijloacele de a le oferi protecție, având în vedere particularitățile acestor entități. Dacă în situația în care persoanelor juridice le poate fi angajată răspunderea penală potrivit legislației naționale a Statelor-membre lucrurile încep să se aranjeze, o asemenea consacrare fiind însoțită și de garanții procedurale adecvate, cazul altor proceduri, calificate de Curte drept penale, este departe de o asemenea abordare, mai ales în cazul procedurilor fiscale sau în materie de dreptul concurenței. Se constată totuși că instanța europeană este foarte protectoare cu persoanele juridice în materie penală, fiind gata să le deschidă calea către majoritatea drepturilor recunoscute persoanelor fizice. Iar dacă, spre deosebire de cauzele civile, contenciosul european nu este încă foarte bogat, acest lucru este pe cale să se schimbe.

⁴¹ *Idem*, p. 149.

⁴² R. R. Trandafir, *op. cit.*, p. 241.

⁴³ A. R. Ilie, *op. cit.*, p. 295.

⁴⁴ F. Streteanu, R. Chiriță, *op. cit.*, p. 379.

⁴⁵ A. R. Trandafir, *op. cit.*, p. 517.

Concluzii și recomandări

Deoarece criminalitatea organizată pătrunde imperios în diverse genuri de activitate legală a persoanelor juridice devine strict necesară revizuirea prevederilor instituției răspunderii penale a persoanelor juridice. Acest lucru, într-o anumită măsură, va neutraliza încercarea grupărilor criminale organizate să folosească persoanele juridice în comiterea faptelor infracționale. Or, atragerea persoanelor juridice la răspundere penală și revizuirea conținutului și sistemului de măsuri de pedeapsă ce le pot fi aplicare reprezintă o modalitate de luptă împotriva criminalității organizate.

Vinovăția persoanelor juridice trebuie stabilită în baza vinovăției unor persoane fizice concrete, dacă ele, în limitele atribuțiilor sale de serviciu, au comis infracțiunea cu scopul obținerii beneficiilor de către persoana juridică, adică au acționat în interesul ei. Or, persoana juridică răspunde pentru faptele ilegale ale angajaților săi, comise în cadrul atribuțiilor de serviciu, de fapt, ca pentru acțiunile proprii. Mai reținem că doar sancționarea persoanelor fizice ce au comis infracțiunea, nu ne oferă garanții că pe viitor aceeași persoană juridică nu va mai comite acte similare, însă cu ajutorul altor făptuitori. În virtutea acestui fapt, susținem că persoana juridică poate fi subiect al răspunderii penale doar în cazurile strict prevăzute de lege.

De asemenea, cu titlu *de lege ferenda*, propunem completarea Codului penal al Republicii Moldova în materia răspunderii penale a persoanei juridice, cu următoarele norme:

1) „Articolul 21¹ Infracțiunea săvârșită de persoana juridică

„(1) *Fapta se consideră săvârșită de persoana juridică dacă ea este comisă de persoana cu funcție de conducere (de administrare) din cadrul organizației sau de un reprezentant al acesteia, care acționează conform împuternicirilor și competențelor sale.*”.

2) Articolul 21² Răspunderea penală a persoanelor juridice în situația reorganizării

„(1) *În cazul fuziunii mai multor persoane juridice, răspunderii penale este supusă persoana juridică nou-constituită.*

(2) *În cazul contopirii sau absorbției unei persoane juridice la o altă persoană juridică, răspunderii penale este supusă persoana juridică contopită sau absorbită.*

(3) *În situația dezmembrării persoanei juridice sau a separării din componența acesteia a uneia sau a mai multor persoane juridice, răspunderii penale pentru fapta infracțională comisă este supusă acea persoană juridică care a preluat drepturile și obligațiunile în privința tranzacțiilor sau a patrimoniului referitor la care a fost comisă infracțiunea.*

(4) *În cazul transformării persoanei juridice dintr-o formă organizatorico-juridică în alta, răspunderii penale pentru infracțiunea comisă este supusă persoana juridică nou-constituită.*”.

Referințe

Bîrsan C., *Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, Editura C.H. Beck, București, 2010
Ilie A. R., *Angajarea răspunderii penale a persoanei juridice*, Editura C.H. Beck, București, 2011

- Jurma A., *Persoana juridică – subiect al răspunderii penale*, Editura C.H. Beck, București, 2010
- Lazăr G. A., *Sistemul sancționator aplicabil persoanelor juridice*, Editura Universul Juridic, București, 2021
- Streteanu F., Chiriță R. *Răspunderea penală a persoanei juridice*, ed. a II-a, Editura C.H. Beck, București, 2007
- Trandafir A. R. *Răspunderea penală a persoanei juridice*. Editura C.H. Beck, București, 2020.
- Антонова Е. Ю. *Юридическое лицо как субъект преступления: опыт зарубежных стран и перспективы применения в России*. Диссертация кандидата юридических наук. М., 2003
- Никофоров А. С. *Юридическое лицо как субъект преступления и уголовной ответственности*. Издательство АО «Центр ЮрИнфор». М., 2003

Crimele internaționale. Subsidiaritatea răspunderii persoanei juridice

International crimes. Subsidiarity of the liability of the legal person

Ioana C. Pașca¹

Rezumat: Prin înființarea tribunalelor penale internaționale, individul a fost scos de sub tutela statului, devenind destinatarul normelor juridice internaționale. În acest sens, principiul răspunderii penale internaționale a persoanei fizice a fost prevăzut expres în cuprinsul Statutului Curții Penale Internaționale. Conflictele vechi judecate de către tribunalele penale internaționale, dar și conflictul actual din Ucraina demonstrează rolul persoanelor juridice în comiterea crimelor internaționale. Cu toate acestea, răspunderea persoanei juridice a fost recunoscută ca principiu general doar la nivel doctrinar. În aceste condiții, se pune problema în ce măsură posibili autori ai crimelor internaționale, respectiv persoanele fizice, persoanele juridice și statul răspund penal sau ar trebui să răspundă, conform reglementărilor internaționale?

Cuvinte-cheie: tribunal penal internațional, persoană juridică, răspundere penală, subsidiaritate

Abstract: Due to the setting up of international criminal tribunals, the individual was removed from state tutelage, becoming the subject of international legal rules. In this sense, the principle of international criminal liability of the natural person has been expressly provided in the Statute of the International Criminal Court. The old conflicts judged by the international criminal courts, but also the current conflict in Ukraine, demonstrate the role of legal persons in committing international crimes. However, the legal person's liability is recognized as a general principle only at the doctrinal level. In these circumstances, to what extent are the possible perpetrators of international crimes, namely individuals, legal entities and the state criminally liable, according to international regulations?

Keywords: international criminal court, legal person, criminal responsibility, subsidiarity

Introducere

Conceptul de răspundere penală internațională se impune a fi analizat și structurat temporal: înainte de înființarea Tribunalului Penal de la Nürnberg și Tokyo și după înființarea Tribunalului Penal Internațional *ad-hoc*, respectiv a Curții Penale Internaționale și, implicit, a reglementărilor care stau la baza înființării acestor jurisdicții internaționale.

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, e-mail: ioana.pasca@e-uvv.ro

Ideea de răspundere a persoanei fizice pentru crime internaționale era de neconceput înainte de înființarea Tribunalului penal *ad-hoc*. Ulterior, ideea de răspundere penală internațională a fost reconturată, în sensul necesității extinderii sferei de aplicare a răspunderii penale pentru crime internaționale și în cazul persoanelor juridice. Există însă și autori² care afirmă că o răspundere a statului sau a persoanei juridice pentru crime internaționale este redundantă, întrucât doar persoane fizice comit infracțiuni și ar putea răspunde penal, principiul *societas delinquere non potest* fiind încă de actualitate.

Curtea Penală Internațională a fost constituită în scopul tragerii la răspundere a persoanelor care se fac vinovate de comiterea de crime internaționale. Cu toate acestea, Curtea nu are vocație să se substituie în orice condiții jurisdicției statelor. Intervenția Curții Penale Internaționale este subsidiară jurisdicțiilor naționale. În consecință, acțiunea sa are un caracter complementar, fiind subsumată voinței sau capacității statului de a judeca o anumită persoană vinovată de comiterea unei crime internaționale.

1. Răspunderea persoanei fizice pentru crime internaționale

Conform art. 25 alin. 3 din Statutul Curții Penale Internaționale, o persoană răspunde penal dacă își aduce contribuția în orice mod la comiterea unei crime, ordonă, solicită sau încurajează comiterea unei asemenea crime, își aduce ajutorul, concursul sau orice altă formă de asistență la comiterea unei crime internaționale. Articolul 25 alin. 1 din Statut limitează competența de jurisdicție a Curții doar la crimele comise de persoane fizice, ceea ce determină constatarea că răspunderea persoanei juridice este exclusă.

Concepută pentru tragerea la răspundere a persoanelor fizice, Curtea nu permite ascunderea sub vălul imunității a celor care programează, coordonează sau ordonă comiterea acestor crime, Statutul reglementând expres în cuprinsul art. 28 răspunderea autorilor morali, respectiv a șefilor militari și a superiorilor ierarhici, imunitatea de jurisdicție neputând fi invocată în fața Curții.

Răspunderea penală poate fi constatată în cazul persoanelor fizice care acționează în calitate de autori, coautori sau participanți la infracțiune. Răspunderea mai multor subiecți nu este exclusă, însă aceasta va putea fi constatată exclusiv prin mecanismul formelor de participare la infracțiune, care divizează participanții în funcție de contribuția lor materială sau morală. Este vorba despre un criteriu sistematic, progresiv al răspunderii penale individuale și nu un criteriu al răspunderii persoanei juridice.

² V. Militello, „La responsabilità personale per il coinvolgimento di imprese in crimini internazionali. Il problema cruciale dei c.d. „*atti neutrali*”, în *Rivista trimestriale di diritto penale dell'economia*, nr. 3-4/2020, p. 606: „tendință internațională a fost de a evita articularea tot mai complexă a organizațiilor, mai ales a celor care acționează la nivel internațional, fapt ce ar putea împiedica identificarea autorilor crimelor internaționale ce acționează în contextul activităților de afaceri”.

În consecință, singura formă de sancționare a faptelor cu subiecți activi multipli este sancționarea tuturor formelor de participare la infracțiune, modalitate de sancționare fundamentată pe răspunderea personală, multiplicată doar prin prisma numărului de participanți. Acest principiu permite sancționarea grupărilor infracționale organizate, structurate ierarhic, conform criteriului răspunderii personale. Curtea Penală Internațională limitează, așadar, pragul răspunderii penale internaționale la răspunderea persoanei fizice, exceptând în mod expres răspunderea persoanei juridice.

Prejudicata răspunderii penale a persoanei fizice pe care o regăsim, de altfel, în statutele tuturor tribunalelor penale internaționale păcătuiește printr-un exces de generalitate, conform căruia crimele internaționale sunt comise de către oameni, nu și de către entități, cu sau fără personalitate juridică, în ciuda faptului că rolul persoanelor fizice nu este întotdeauna unul determinant în comiterea crimelor internaționale.

2. Răspunderea statului pentru crime internaționale

Lecturând dispozițiile art. 25 din Statutul Curții Penale Internaționale, care reglementează doar răspunderea penală a persoanei fizice pentru crime internaționale, am fi tentați să afirmăm că, odată cu înființarea Curții Penale Internaționale, răspunderea statului este exclusă pentru crimele internaționale.

Analizând, însă, Deciziile Curții Internaționale de Justiție, atât în cauza Bosnia-Herțegovina împotriva Serbiei și a Muntenegrului³, cât și în cauza Ucraina împotriva Federației Ruse⁴, constatăm că este posibilă antrenarea răspunderii unui stat pentru infracțiunea de genocid „atunci când fapta a fost comisă de către o persoană fizică sau de către un organ al statului, dacă faptele acestora pot fi atribuite statului în virtutea încălcării de către stat a obligației de a sancționa acele fapte”⁵.

Chiar dacă Deciziile Curții Internaționale de Justiție nu au caracter penal, raportat la Deciziile indicate *supra*, suntem în poziția de a recunoaște o dublă răspundere, atunci când sunt încălcate prevederile Convenției privind genocidul din anul 1948, respectiv răspunderea persoanei fizice, care va fi constatată de către

³ Curtea Internațională de Justiție, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Bosnia și Herțegovina c/ Serbia și Muntenegru, 26 februarie 2007, p. 43, [online] la <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>, accesat 10.06.2022.

⁴ Curtea Internațională de Justiție, *Allegations of genocide under the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide*, Ucraina c/ Federația Rusă, 23 martie 2022, [online] la [cj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220323-ORD-01-00-EN.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220323-ORD-01-00-EN.pdf), accesat 10.06.2022.

⁵ Curtea Internațională de Justiție, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Bosnia și Herțegovina c/ Serbia și Muntenegru, *op. cit.*, parag. 383.

Curtea Penală Internațională, și răspunderea statului, stabilită de către Curtea Internațională de Justiție⁶.

Curtea Internațională de Justiție nu va putea constata, însă, răspunderea penală a statului. Răspunderea penală a statului, *de jure condito*, nu există. În dreptul internațional actual, în ciuda numeroaselor proiecte privind răspunderea statului, conceptul este acceptat doar la nivel doctrinar⁷. Nu există nicio normă internațională care să reglementeze o astfel de răspundere. Raportându-ne la deciziile Curții Internaționale de Justiție amintite anterior și comparându-le cu reglementările interne, am putea afirma că răspunderea statului este mai degrabă de natură civilă, decât penală. Astfel cum rezultă din dispozițiile Statutului Curții Internaționale de Justiție, Curtea va putea constata⁸ dacă un stat a încălcat un angajament internațional rezultat din încheierea unei Convenții, să stabilească natura și întinderea prejudiciului cauzat și să oblige statul vinovat de încălcarea dispozițiilor Convențiilor la despăgubiri. De asemenea, în temeiul art. 41 din Statut, Curtea Internațională de Justiție va putea dispune măsuri conservatorii până la soluționarea cauzei pe fond.

Aceleași sancțiuni le regăsim și în Proiectul privind răspunderea statului pentru fapte internaționale ilicite⁹ propus în anul 2001 Adunării Generale a Națiunilor Unite de către Comisia de Drept internațional. În cuprinsul articolelor 21-40 ale Proiectului, în capitolul intitulat „Conținutul răspunderii internaționale a statului”, regăsim sancțiunile aplicabile statului care a încălcat o normă imperativă a dreptului internațional, respectiv obligația de încetare a conflictului și de reparare a prejudiciului. De asemenea, în cuprinsul art. 32 din Statut regăsim o dispoziție expresă care stipulează lipsa de relevanță a dreptului intern, raportat la reglementările Statutului. În consecință, un stat nu se poate prevala de dreptul intern în judecarea unui conflict supus jurisdicției Curții Internaționale de Justiție¹⁰.

⁶ Curtea Internațională de Justiție, în cauza *Boznia Herțegovina împotriva Serbiei și a Muntenegrului*, a arătat faptul că ar fi ciudat să nu existe o interdicție a statelor de a comite infracțiunea de genocid, atâta timp cât Convenția privind genocidul nu reglementează doar o răspundere a persoanelor fizice.

⁷ Pentru detalii, a se vedea C. L. Popescu, „Abberations monstrueuses dans la doctrine juridique roumaine sur la situation en Ukraine”, în *Analele Universității din București*, nr. 2/2022.

⁸ Art. 36 alin. 2 Statutul Curții Internaționale de Justiție, [online] la <https://www.icj-cij.org/fr/statut>, accesat 17.06.2022.

⁹ Textul a fost adoptat de către Comisie cu ocazia Sesiunii nr. 53 din anul 2001 și supus Adunării Generale a O.N.U. în cadrul lucrărilor respectivei sesiuni, [online] la: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_6_2001.pdf, accesat 16.06.2022.

¹⁰ Pentru detalii, M. Longobardo, „Rapporti fra strumenti di codificazione: il progetto di articoli sulla responsabilità degli stati e le convenzioni di diritto internazionale umanitario”, în *Rivista di diritto internazionale*, nr. 4/2018, pp. 1136-1163.

3. Răspunderea persoanei juridice pentru crime internaționale¹¹

Dreptul penal internațional, astfel cum rezultă din reglementările internaționale, dar și din Statutele Tribunalului penal internațional, consacră doar răspunderea persoanei fizice. În fața formelor de criminalitate colectivă, dreptul penal internațional nu pare a fi întru totul dezarmat, ci, mai degrabă, prost armat.

Chiar dacă istoria a evidențiat rolul persoanelor juridice în comiterea crimelor internaționale judecate de către Tribunalele penale internaționale, răspunderea persoanei juridice a fost recunoscută ca principiu general doar la nivel doctrinar.

Răspunderea persoanelor juridice a fost inclusă în proiectul de Statut al Curții Penale Internaționale, însă reglementarea nu a primit votul final al statelor părți¹². Răspunderea persoanei fizice, astfel cum este ea reglementată în Statutul Curții Penale Internaționale, nu derogă de la regulă, ci, mai degrabă, poate fi interpretată ca un angajament de neresponsabilitate a statului sau a persoanelor juridice, un scut împotriva răspunderii colective. Statutul Tribunalului de la Nürnberg reglementează răspunderea persoanelor cu funcție de decizie în Stat¹³ și recunoaște anumite organizații ca fiind criminale, fără însă a reglementa și răspunderea acestora, conferind astfel posibilitatea instanțelor naționale să judece faptele de apartenență la astfel de organizații.

De asemenea, Tribunalele internaționale pentru fosta Iugoslavie și Rwanda nu exonerează de răspundere superiorii ierarhici sau persoanele aflate în poziții oficiale, însă pentru răspunderea colectivă acestea fac trimitere doar la formele de participare la infracțiune. Curtea Penală Internațională continuă, așadar, tradiția Tribunalului penal internațional *ad-hoc* care limitează răspunderea penală la răspunderea persoanei fizice și la formele de participare în cazul criminalității colective.

Astfel, singurul criteriu de sancționare a mai multor subiecți participanți la infracțiune este cel al conduitelor participative la infracțiune. O formă tradițională de răspundere individuală multiplicată prin numărul și calitatea participanților, care, însă, nu înfrânge limita răspunderii persoanei fizice.

¹¹ Despre necesitatea reglementării răspunderii persoanei juridice în Statutul Curții Penale Internaționale, a se vedea I. C. Pașca, *Drept penal internațional*, Editura Universul Juridic, București, 2020.

¹² Adunarea Generală a Națiunilor Unite, Comitetul preparator pentru crearea unei Curți Penale Internaționale, Proiect de Statut, A/AC.249/1998, 1 aprilie 1998, Art. 17 pct. 5, [online] la <https://www.legal-tools.org/doc/d65869/pdf/>, accesat 16.06.2022: „Curtea este, de asemenea, competentă în privința persoanelor juridice, cu excepția statelor, atunci când aceste crime au fost comise în numele lor, de către organele sau reprezentanții lor”.

¹³ Art. 7, Statut Tribunal de la Nürnberg, [online] la https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, accesat 16.06.2022: „the official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment”.

Ideea de universalitate, de supremație a jurisdicțiilor internaționale exprimată nu doar de comunitatea internațională în demersul comun de constituire a acestei jurisdicții poate fi desprinsă, cu ușurință, și din formularea articolului 1 din Statut, conform căruia „se înființează o Curte Penală Internațională ca instituție permanentă, care poate să își exercite competența față de persoane pentru crimele cele mai grave, având un răsunset internațional”. Prin referire nedistinctivă la „competența față de persoane pentru crimele cele mai grave” ai putea crede că s-a intenționat instituirea unei răspunderi penale inclusiv față de persoanele juridice.

Ideea de universalitate este contrazisă, imediat, de formularea condițiilor de exercitare a competenței Curții, condiții care permit o intervenție cu caracter subsidiar a Curții Penale Internaționale, în sensul că jurisdicția sa este complementară jurisdicțiilor penale naționale și limitată la crimele comise de persoanele fizice.

Spre deosebire de Tribunalele penale *ad-hoc*, Curtea Penală Internațională poate acționa doar în virtutea principiului complementarității. Intervenția Curții Penale internaționale este subsumată voinței statului de a acționa, astfel încât Curtea poate interveni doar în ipoteza în care un stat nu are voință sau se află în incapacitate practică de a judeca o anumită faptă. Drept urmare, Curtea intervine doar atunci când constată incapacitatea statului de a judeca o infracțiune sau lipsa de voință a statului de a judeca o anumită persoană. Principiul complementarității este reglementat nu ca un mecanism restrictiv, ci, mai degrabă, ca un mecanism care permite Curții să intervină pentru tragerea la răspundere a autorilor crimelor internaționale.

Data fiind imposibilitatea Curții Penale de a judeca persoanele juridice, competența instanțelor naționale nu este una prioritară, ci singulară, iar principiul complementarității prevăzut în Statut este lipsit de eficiență. Drept urmare, o competență exclusivă a instanțelor naționale ar fi de natură a pune în pericol ceea ce Curtea Penală a înțeles să reglementeze, respectiv tragerea la răspundere pentru infracțiuni internaționale, atunci când un stat „nu are voință” sau „se află în incapacitate” să tragă la răspundere o persoană. Statele au obligația convențională și cutumiară să constate vinovăția celor care se fac vinovați de crime internaționale, așa cum, de altfel, se precizează în preambulul Statutului care reamintește că „este de datoria fiecărui stat să supună jurisdicției sale penale pe responsabilii de crime internaționale”.

O complementaritate proactivă și în materia răspunderii persoanei juridice ar permite Curții să oblige statele să-și îndeplinească această obligație și în privința persoanelor juridice vinovate de crime internaționale, iar, în caz contrar, astfel de fapte să fie judecate de către Curte. În lipsa reglementării răspunderii penale a persoanei juridice, o asemenea intervenție a Curții este imposibilă, fapt ce ar permite unui stat să acționeze prin intermediul unor entități cu sau fără personalitate juridică.

De altfel, nu putem să pierdem din vedere faptul că un alt impediment în judecarea persoanelor juridice de către instanțele naționale ar putea consta și în aceea că, la nivel național, factorul politic ar putea împiedica tragerea la răspundere

a acestora. Un exemplu elocvent în acest sens ar putea constitui judecarea faptelor comise pe teritoriul Ucrainei. Crima de genocid și crimele de război comise de persoane fizice comise pe teritoriul Ucrainei pot fi judecate de către instanțele naționale ucrainene, în baza principiului teritorialității, ceea ce se și întâmplă, sau de Curtea Penală Internațională, în timp ce faptele comise de către persoane juridice, în calitate de finanțatori ai conflictului sau beneficiari ai bunurilor jefuite, nu pot fi judecate nici de instanțele naționale ucrainene și nici de Curtea Penală Internațională, iar statul agresor nu are interes de a promova o acțiune penală împotriva acestora.

Teoretic, este greu să disociezi cele două răspunderi, antrenând răspunderea persoanei fizice pentru crime internaționale, fără a reține și răspunderea statului sau a organizației care promovează asemenea acțiuni în numele cărora acționează persoanele fizice. Practic, acest lucru este posibil. Problema, astfel cum am amintit anterior, constă în faptul că un context politic favorabil persoanelor juridice ar afecta demersul de sancționare a comportamentului lor ilicit. Răspunderea penală internațională a persoanei fizice, în lipsa reglementării răspunderii penale a persoanelor juridice care se fac vinovate de comiterea de crime internaționale, este de natură a exonera de pedeapsă tocmai autorii morali cu rol determinant în comiterea infracțiunilor.

Pe de altă parte, chiar în lipsa unei intervenții politice favorabile persoanelor juridice, judecarea aceleiași fapte de către instanțe diferite ar da naștere unor discrepante sub aspectul stabilirii faptelor culpabile și a sancționării acestora, ceea ce nu este de dorit.

Crimele internaționale comise de persoane juridice sunt „depolitizate” din punct de vedere juridic și excluse din sfera ilicitului internațional ca urmare a protecției statale. Doar obligațiile internaționale impuse persoanelor fizice primează în fața obedienței față de stat, acestea neputând invoca doctrina statului sau ordinul superiorului în apărarea lor.

Apreciem că ar trebui reconsiderat rolul Curții Penale Internaționale, renunțându-se la caracterul de jurisdicție subsidiară a acesteia în sistemul juridic internațional. Sunt voci care pledează pentru extinderea competenței Curții Penale Internaționale și la organizații internaționale sau la alte persoane juridice, ca parte a unei reforme radicale a sistemului ONU¹⁴, astfel încât acestea să nu mai răspundă numai din perspectiva dreptului național.

Odată recunoscută importanța sa în sistemul juridic internațional, competența Curții trebuie înscrisă și raportată la întreg contextul infracțional, astfel încât Curtea să poată acționa dinamic și constant raportat la toți autorii crimelor internaționale. Soluția în cazul crimelor de genocid, a crimelor împotriva umanității sau a crimei de genocid nu poate depinde doar de calitatea

¹⁴ În acest sens, O. Quirico, *Réflexions sur le système du droit international pénal - La responsabilité „pénale” des États et des autres personnes morales par rapport à celle des personnes physiques en droit international*, Université des Sciences Sociales - Toulouse I, 2005, p. 346, [online] la: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00279988/document>, accesat 17.06.2022.

subiectului activ, persoană fizică sau juridică, deoarece aceasta ar însemna abandonarea scopului enunțat în preambulul Statutului Curții, ca cele mai grave crime care privesc ansamblul comunității internaționale să nu poată rămâne nepedepsite și că reprimarea lor trebuie să fie asigurată efectiv prin măsuri luate nu numai în cadrul național, ci și prin întărirea cooperării internaționale.

Răspunderea penală ar trebui raportată, în principal, la faptă, la configurația dreptului material și procesual și doar individualizată prin prisma calității subiectului activ¹⁵. Judecarea aceleiași fapte de către instanțe diferite conduce, inevitabil, la soluții divergente în practică, fapt ce, în mod evident, are consecințe negative asupra evoluției dreptului penal internațional.

Reglementarea răspunderii penale a persoanei fizice a fost justificată de principiul efectivității, de necesitatea securizării lumii ca urmare a conflictelor internaționale. Aceleași rațiuni impun și reglementarea răspunderii persoanei juridice. Dreptul penal internațional nu este un drept al unei anumite persoane sau destinat unei anumite persoane. Dacă reducem dreptul penal internațional la răspunderea persoanei fizice, neglijăm caracterul *jus cogens* al normelor încălcate, ce conferă caracter de universalitate acestor infracțiuni, care, în baza principiului universalității legii penale, pot fi urmărite și sancționate și de jurisdicțiile internaționale. Dreptul penal aduce în discuție individul, conduita acestuia și, implicit, dimensiunea morală a faptei sale. Dreptul internațional organizează și este organizat în funcție de interesul colectiv, de fapte care nu vizează doar persoane fizice, iar interesul colectiv transcende interesul personal. Plecând de la această premisă, dar și de la faptul că persoana juridică, indiferent de caracterul faptei, poate fi judecată doar de către instanțele naționale, nu putem să pierdem din vedere faptul că normele interne prevăd proceduri de judecată și sancțiuni distincte, ceea ce creează un regim juridic diferit raportat la procedura internațională reglementată de Statutul Curții Penale Internaționale.

Lipsa de interes în reglementarea răspunderii penale este favorizată și de supunerea justiției internaționale puterii naționale. Puterile politice în măsură să decidă asupra acțiunilor jurisdicției internaționale sunt subjugate de puterea economică a unor organizații. În aceste condiții, cum ar putea solicita ele Curții tragerea la răspundere a propriilor finanțatori?

Concluzii

Date fiind impedimentele indicate *supra*, este sustenabilă afirmația conform căreia Curtea Penală Internațională are atributele unei jurisdicții a cărei caracteristică principală nu este puterea coercitivă. Intervenția trunchiată a Curții Penale Internaționale, în funcție de autorul infracțiunii, fragmentează nejustificat vocația universală atribuită Curții Penale Internaționale.

Jurisdicția internațională a fost înființată pentru a sancționa încălcarea normelor de drept internațional, drept urmare ar trebui să evităm orice posibil

¹⁵ *Idem.*

conflict între răspunderea persoanei fizice și cea a persoanei juridice și, implicit, dintre justiția internațională și suveranitatea statului.

Supremația puterii de stat nu ar trebui valorificată atunci când persoane juridice, cu sau fără concursul statului, au comis fapte ce pun în pericol pacea și securitatea internațională. Suveranitatea statului implică, în prezent, o independență totală față de alte state, dar și față de jurisdicțiile internaționale. Să nu pierdem, însă, din vedere faptul că limitele suveranității sunt trasate doar de către state, iar în materie de practici subversive acest fapt ar putea însemna intervenții precum amnistia, grațierea, prescripția, de natură a împiedica tragerea la răspundere a celor care se fac vinovați de crime internaționale.

Răspunderea individuală, pilon central al răspunderii penale internaționale, se dovedește a fi un concept extrem de fragil, în contextul în care intervenția Curții Penale Internaționale este subsumată principiului complementarității. Din acest punct de vedere, Curtea Penală Internațională se aseamănă cu Curtea Internațională de Justiție. Aceste instituții, în virtutea principiului complementarității, dau indicații statelor, fără a fi în măsură să impună respectarea acestora.

Competența universală penală a Curții nu se fundamentează doar pe natura crimelor internaționale reglementate în Statut, ci și pe capacitatea jurisdicției de a sancționa autorii crimelor conform dreptului internațional¹⁶.

Astfel cum am arătat, răspunderea penală internațională a persoanei juridice este reclamată, printre altele, de principiul eficienței sau de însuși scopul constituirii Curții Penale Internaționale, respectiv restabilirea păcii și securității internaționale. Unul dintre obiectivele constituirii unei jurisdicții internaționale este de a propune un model de justiție internațională fundamentat pe o normativă internațională pentru o represiune mai eficientă a crimelor internaționale. Dată fiind, însă, competența fragmentată a Curții de a judeca doar persoanele fizice, principiul eficienței este înfrânt.

Conchidem retoric, întrebându-ne în ce măsură Curtea își va îndeplini mandatul conferit de comunitatea internațională de a restabili pacea și securitatea internațională, în condițiile în care nu poate sancționa, deopotrivă, toți autorii crimelor internaționale?

Referințe

- Cassese A., Delmas Marty M. (eds.), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, (traducere de Horacio Pons.), Editura Norma, Bogotá, 2004
- Longobardo M., „Rapporti fra strumenti di codificazione: il progetto di articoli sulla responsabilità degli stati e le convenzioni di diritto internazionale umanitario”, în *Rivista di diritto internazionale*, nr. 4/2018, pp. 1136-1163.
- Militello V., „La responsabilità personale per il coinvolgimento di imprese in crimini internazionali. Il problema cruciale dei c.d. „atti neutrali”, în *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, nr. 3-4/2020, pp. 605-621
- Pașca I.C., *Drept penal internațional*, Editura Universul Juridic, București, 2020

¹⁶ A. Cassese, M. D. Marty (eds.), *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, (traducere de Horacio Pons.), Editura Norma, Bogotá, 2004, p. 30.

- Popescu C. L., „Abberations monstrueuses dans la doctrine juridique roumaine sur la situation en Ukraine”, în *Analele Universității din București*, nr. 2/2022
- Quirico O., *Réflexions sur le système du droit international pénal - La responsabilité „ pénale „des États et des autres personnes morales par rapport à celle des personnes physiques en droit international*, Université des Sciences Sociales - Toulouse I, 2005

Abordări conceptuale privind latura obiectivă a infracțiunii de insolvabilitate intenționată

Conceptual approaches regarding the objective side of the intentional insolvency offence

Natalia Janu¹

Rezumat: Conform datelor statistice, în Republica Moldova, numărul entităților care s-au declarat insolabile a crescut simțitor. Astfel, dacă în anul 2016 au fost declarați insolabili 673 de agenți economici, atunci numai în primul trimestru al anului 2022, numărul acestora s-a ridicat la 2968². În toate țările lumii, indiferent de nivelul și gradul de dezvoltare al economiei acestora, există și se manifestă un așa fenomen cum este insolabilitatea. Este un lucru evident că o persoană fizică sau juridică ar putea deveni insolabilă din motivul excesului de datorii sau a lipsei lichidităților. În unele cazuri însă, se constată că insolabilitatea survine din motiv că antreprenorii nu sunt în stare să-și administreze afacerea sau aceștia, intenționat, prin acțiuni ilicite provoacă starea economică defectuoasă a firmei. Drept consecință, dificultățile economico-financiare ale unei întreprinderi pot avea efectul negativ „domino” de a atrage colapsul financiar al partenerilor de afaceri³. Considerăm că legislația Republicii Moldova oferă instrumente suficiente pentru ca administratorul autorizat și Serviciul Fiscal de Stat să aibă posibilitatea, odată cu intentarea procesului de insolabilitate de a identifica infracțiuni săvârșite de debitor până și după intentarea procedurii de insolabilitate. Totodată, ne permitem să presupunem că depistarea infracțiunii de insolabilitate în Republica Moldova este un fenomen rar întâlnit deoarece ne ciocnim cu problema lipsei de instruire profesională și specializare în domeniul dat a organelor de urmărire penală, competența în examinarea acestor infracțiuni revenind organelor generale ale Ministerului Afacerilor Interne, conform art. 266 din Codul de Procedură Penală al Republicii Moldova. Or, infracțiunea de insolabilitate (fictivă și intenționată), fiind o infracțiune economică, necesită cunoștințe vaste în domeniul financiar-contabil, a legislației civile, în materie de insolabilitate, etc., pentru asigurarea instrumentală a investigațiilor strategice complexe după experiența statelor Uniunii Europene. Prin urmare, este important ca structurile de urmărire penală care investighează infracțiunile economice în general și infracțiunile în domeniul insolabilității în special, să dispună de un randament ridicat, prin utilizarea deplină a capacităților instituționale și profesionale.

¹ Asistent univ. Drd., Facultatea de Drept și Științe sociale, Universitatea de Stat „Alecu Russo” din Bălți, e-mail: pro_natalia_81@mail.ru

² [on-line]: <http://date.gov.md/ckan/en/dataset/15281-date-statistice-privind-numarul-agentilor-economici-declarati-in-stare-de-insolvabilitate>. (accesat pe 05.05.2022)

³ M. Floroiu, C. Otovescu, „Considerații privind falimentul internațional. Moratoriul și concordatul la nivel European” în *Revista de Științe Juridice*, nr. 1-2/2005, pp. 209-213.

Cuvinte-cheie: insolvabilitate, întreprinzător, pedeapsă, agent economic, proprietate, reglementare, pericol social, scop de acaparare, atribuții, apreciere juridică, infracțiune

Abstract: According to statistical data, the number of entities that declared insolvency in the Republic of Moldova has increased significantly. Thus, if, in 2016, 673 economic agents were declared insolvent, then only in the first quarter of 2022 their number stood at 2968⁴. In all countries of the world, no matter the level and degree of development of their economy, there is such a phenomenon as insolvency. It is obvious that a natural or legal person could become insolvent because of excess debt or lack of liquidity. In other cases, however, it is found that insolvency occurs because entrepreneurs are not able to manage their business, or they intentionally, through illicit actions, cause the company's poor economic condition. Therefore, the economic and financial difficulties of an enterprise may have the "domino" negative effect of attracting the financial collapse of business partners⁵. We consider that the legislation of the Republic of Moldova provides sufficient instruments for the authorized administrator and the State Tax Service to have the possibility, together with the insolvency process, to identify offenses committed by the debtor even after the insolvency proceedings have been initiated. At the same time, we can assume that the detection of the insolvency offense in the Republic of Moldova is a rare phenomenon, because we are confronted with the problem of lack of professional training and specialization in the given field of the criminal investigation bodies, the competence in examining these crimes is assigned to the general organs of Ministry of Internal Affairs, according to art. 266 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Moldova. However, the offense of insolvency (fictitious and intentional), as an economic crime, requires extensive knowledge of the financial and accounting field, civil law, insolvency, etc., for the instrumental provision of complex strategic investigations following the experience of the European Union. It is therefore important that criminal investigation structures investigating economic offenses in general and insolvency offenses in particular should have a high return through full use of institutional and professional capacities

Keywords: trial, insolvency, entrepreneur, punishment, economic agent, property, regulation, social danger, purpose of acquisition, attributions, legal assessment, crime, prophylaxis

Introducere

Latura obiectivă reprezintă un element obligatoriu pentru orice infracțiune, deoarece reprezintă partea exterioară a actului infracțional care condiționează răspunderea penală a unei persoane de exteriorizarea rezoluției delictuoase printr-o acțiune sau inacțiune ce comportă o schimbare în lumea obiectivă, fiind exclusă sancționarea gândurilor acelei persoane. Importanța unei examinări detaliate și multilaterale a semnelor laturii obiective a infracțiunii este dictată de mai multe împrejurări⁶: pe de o parte, de la constatarea laturii obiective

⁴ [on-line]: <http://date.gov.md/ckan/en/dataset/15281-date-statistice-privind-numarul-agentilor-economici-declarati-in-stare-de-insolvabilitate>. (accesat pe 05.05.2022).

⁵ M. Floroiu, C. Otovescu, *op. cit.*, pp. 209-213.

⁶ E. Pitserschi, „Examinarea laturii obiective a infracțiunii de falsificare a probelor într-un proces penal în corespundere cu prevederile Codului Penal al Republicii Moldova” în

începe determinarea faptului existenței sau inexistenței infracțiunii; pe de altă parte, legiuitorul acordă prioritate determinării conținutului laturii exterioare a infracțiunii, respectiv, de tehnică legislativă, acest lucru este unul inerent și indispensabil, întrucât particularitățile fiecărei componente de infracțiune rezultă din semnele ce caracterizează latura obiectivă a infracțiunii. Studiul laturii obiective a infracțiunii permite formularea concluziei că aceasta constă din fapta social-periculoasă și ilegală, care este săvârșită într-un anumit interval de timp, într-un loc concret, aplicându-se metode prestabilite, iar într-un șir de cazuri, cu utilizarea anumitor unelte sau mijloace, într-o anumită împrejurare care se creează în realitatea obiectivă în momentul săvârșirii infracțiunii. Latura obiectivă mai include consecințele social-periculoase care au survenit sau puteau surveni în rezultatul săvârșirii faptei⁷.

Latura obiectivă a infracțiunii prevăzute la art. 252 Cod penal al Republicii Moldova este constituită din următoarele componente: 1) acțiunile (inacțiunile) care generează incapacitatea persoanelor juridice sau a antreprenorilor de a satisface în volum deplin cerințele creditorului privind obligațiile patrimoniale (financiare); 2) acțiunile (inacțiunile) care determină crearea incapacității persoanelor juridice sau a antreprenorilor de a executa în volum deplin obligațiunea de achitare a plăților obligatorii; 3) consecințele socialmente periculoase sub formă de daune în proporții mari; 4) legătura cauzală dintre faptele specificate supra și urmările socialmente periculoase. Astfel, componența de infracțiune vizată este una materială.

În alt context, latura obiectivă a infracțiunii specificate la alin.(1) art.252 CP RM are următoarea structură: 1) fapta prejudiciabilă care constă în acțiunea sau inacțiunea desemnată prin sintagma „insolvabilitate intenționată”; 2) urmările prejudiciabile sub formă de daune în proporții mari; 3) legătura cauzală dintre fapta prejudiciabilă și urmările prejudiciabile; 4) situația premisă a infracțiunii: a) desfășurarea procedurii de restructurare sau a procedurii falimentului sau b) situația de prevedere a insolvabilității⁸.

Dispoziția de la art. 252 Cod penal al Republicii Moldova începe cu sintagma „Insolvabilitate intenționată...”. Cercetătorul I. A. Clepițchii, descriind într-o formă generală latura obiectivă a insolvabilității tradiționale, o caracterizează ca fiind „neîndeplinirea de către debitor a propriilor obligații în raport cu creditorul”⁹.

volumul Conferinței științifice internaționale „Teoria și practica administrării publice”, Chișinău, 2020, p. 256.

⁷ X. Ulianovshi, V. Sili, „Unele aspecte ale laturii obiective a infracțiunii cu caracter terorist” în *Studii juridice universitare*, nr. 1-2/2018, p. 59.

⁸ V. Stati, „Infracțiunile legate de insolvabilitate: implicațiile adoptării Legii insolvabilității”, nr. 149/2012, în *Revistă Științifică a Universității de Stat din Moldova*, Tom 63, nr. 3/2013, p. 198.

⁹ И. А. Клепицкий. *Банкротство как преступление в современном уголовном праве.* // Государство и право, №11/1997, p. 59. (I. A. Klepițkii. *Bancrotstvo caș prestuplenie v sovremennom ugolovnom prave.* // Gosudarstvo i pravo, №11/1997, p. 59)

1. Reflecții de ordin general privind răspunderea penală pentru fapta de insolvabilitate intenționată

Ridicând întrebarea răspunderii penale pentru fapta de insolvabilitate intenționată, legiuitorul trebuie să determine care anume acțiuni concrete a săvârșit persoana sau, dimpotrivă, nu le-a săvârșit pentru a crea incapacitatea persoanei juridice sau a antreprenorului de a satisface în volum deplin cerințele creditorului în privința obligațiilor patrimoniale sau a obligațiilor privind achitarea plăților obligatorii¹⁰.

Autoarea L. Mojaiskaia declară că săvârșirea faptei analizate presupune recunoașterea debitorului incapabil (nu de facto, deoarece în realitate el are posibilitatea de a satisface cerințele creditorului, și nici juridic, deoarece lipsește hotărârea instanței de judecată privind recunoașterea debitorului ca insolubil) de a satisface în deplin volum cerințele creditorului privind obligațiunile financiare și/sau de a executa obligațiunile în latura achitării plăților obligatorii¹¹.

I. A. Condrașina susține că această opinie este incorectă. Or, susține aceasta, nu putem afirma în temeiul dispoziției normei care incriminează insolabilitatea intenționată că debitorul are posibilitatea faptică de a satisface cerințele creditorului. Mai mult ca atât, survenirea consecințelor sub forma de daune în proporții mari ne permite să concluzionăm că la acest moment economico-financiar, creat în mod intenționat, debitorul nu deține mijloacele și sursele corespunzătoare pentru a-și acoperi datoria. Este posibil ca anume această sumă să lipsească pentru acoperirea cerințelor creditorilor și achitarea sumelor obligatorii.

De asemenea, exprimând dezacordul cu poziția lui L. Mojaiskaia, I. A. Condrașina declară că nu susține opinia conform căreia pentru satisfacerea cerințelor creditorilor în privința obligațiilor financiare, este necesară hotărârea instanței privind recunoașterea debitorului ca fiind insolubil și că anume această circumstanță (lipsa hotărârii instanței de judecată) îl plasează pe debitor în poziția de imposibilitate să execute solicitarea creditorilor¹². O poziție similară cu cea a autoarei L. Mojaiskaia este expusă și de cercetătorul A. V. Igoșin¹³.

¹⁰ И. А. Кондрашина. *Ответственность за преднамеренное и фиктивное банкротство по уголовному законодательству России и зарубежных стран*. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Казань, 2006, pp. 49-50. (I. A. Condrașina *Otvetsvennosti za prednamerennoe i fictivnoe bancrotstvo po ugovolnomu zakonodatelstvu Rossii i zarubejnâh stran*. Dissertația na soiscanie ucenoii stepeni kandidata iuridiceschis nauc. Cazani, 2006, pp. 49-50.)

¹¹ Л. Можайская. *Какие действия свидетельствуют о преднамеренном банкротстве?* // Российская юстиция, №6/2001, p. 34. (L. Mojaiskaia. *Cacie deistvia svidetelstvuut o prednamerennom bancrotstve?* Rossiiscaia iustiția, №6/2001, p. 34.)

¹² И. А. Кондрашина, *op. cit.*, p. 50.

¹³ А. В. Игошин. *Уголовно-правовые проблемы квалификации преступлений, связанных с банкротством*. Автореферат диссертации кандидата юридических наук. Екатеринбург, 2004, p. 10. (A. V. Igoșin. *Ugovolno-pravovâe problemî svalificații prestuplenii svezannîh s bancrotstvom*. Avtoreferat dissertații kandidata iuridiceschis nauc. Ecaterinburg, 2004, p. 10.)

Exprimând o opinie contradictorie în raport cu cea a autorilor vizați supra, susținem că dispoziția art. 252 din Codul penal al Republicii Moldova este expusă astfel încât nu leagă acțiunile intenționate ale făptuitorului de recunoașterea obligatorie de către instanța de judecată a falimentării lui. Momentul comiterii acestei infracțiuni nu este legat de recunoașterea antreprenorului ca fiind insolubil¹⁴.

Crearea incapacității de a satisface solicitarea creditorilor în sensul normei care incriminează insolvabilitatea intenționată se realizează în procesul activității de producție, în afara recunoașterii debitorului ca fiind insolubil. Or, în aceste condiții, își face loc următoarea întrebare firească: de ce dispoziția acestei norme penale începe cu sintagma „insolvabilitatea intenționată”? Pentru a identifica un răspuns la această întrebare, autoarea Condrașina I. A. ne propune să ne punem în locul făptuitorului. Prejudiciul pe care acesta îl aduce creditorilor este unul real. Prin propriile acțiuni, făptuitorul demonstrează creditorilor că întreprinderea pe care o conduce este deznădăjduit incapabilă de plată, adică falimentată, ceea ce și reprezintă, de fapt, o stare de insolvabilitate. Acțiunile făptuitorului privind aducerea întreprinderii la o asemenea stare, însoțită de cauzarea daunelor în proporții mari, se transformă într-o insolvabilitate intenționată, adică se recunoaște ca infracțiune indiferent de faptul dacă întreprinderea debitor va fi sau nu recunoscută ulterior insolubilă prin hotărârea instanței de judecată. În acest fel, concluzionăm că nu există o legătură obligatorie între cauzarea de daune în proporții mari creditorilor și recunoașterea debitorului ca insolubil în ordine judecătorească. În atribuțiile organelor de drept antrenate în cercetarea și examinarea cauzelor penale nu se regăsește luarea hotărârilor privind recunoașterea debitorilor ca falimentați conform prevederilor Legii privind insolvabilitatea. Or, recunoașterea lor ca falimentați nu este prevăzută de norma penală ce incriminează fapta de insolvabilitate intenționată. E necesar să fie luat în calcul și faptul că după recunoașterea falimentului debitorului, nu apare posibilitatea acestuia de a-și onora pe deplin și corespunzător obligațiile. În acest fel, concluzionăm că hotărârea judecătorească nu influențează asupra diminuării sau creșterii gradului de pericol social al consecințelor sub forma de cauzare a daunelor în proporții mari¹⁵.

2. Noțiunile de „insolvabilitate” și „faliment”

În ceea ce privește noțiunile de „insolvabilitate” și „faliment”, folosite în textul legii cu privire la insolvabilitate, ele au doar o importanță juridico-civilă, a cărei sens constă în faptul că debitorul este recunoscut de către instanța de judecată ca insolubil, falimentat. Anume această circumstanță permite debitorului să realizeze lichidarea propriei organizații în limitele prevederilor Legii cu privire la insolvabilitate.

¹⁴ М. В. Талан. *Преступления в сфере экономической деятельности*. Казань, 1997, р. 251. (M. V. Talan. *Prestuplenia v sferе economicescοi deiateliniscti*. Cazani, 1997, р. 251).

¹⁵ И. А. Кондрашина, *op. cit.*, pp. 51-52.

Din acest motiv, considerăm că inițierea procedurii de insolvabilitate nu poate împiedica organele de drept să ia o hotărâre în privința începerii urmăririi penale în cazurile de insolvabilitate intenționată. La rândul său, începerea urmăririi penale conform semnelor infracțiunii de insolvabilitate intenționată, reprezintă un temei suficient pentru inițierea investigațiilor în privința recunoașterii debitorului ca insolubil (falimentat).

În final, acțiunile (inacțiunile) ilegale ale făptuitorului trebuie să genereze incapacitatea de plată a persoanei juridice. Or, este corectă opinia că insolvabilitatea este o noțiune mai largă în raport cu incapacitatea de plată, incluzând atât incapacitatea de a satisface cerințele creditorilor din motive de insuficiență a mijloacelor financiare, cât și lipsa unui volum suficient de mijloace active, a căror înstrăinare (realizare) ar permite acoperirea cerințelor financiare ale creditorilor.

Prezența patrimoniului suficient și lipsa măsurilor privind înstrăinarea lui fără prejudicierea procesului de producție în vederea stingerii obligațiilor față de creditori reprezintă unul din semnele laturii obiective ale infracțiunii de insolvabilitate intenționată – crearea incapacității de plată sau a incapacității de a satisface cerințele creditorilor în raport cu obligațiile financiare sau privind obligațiile de achitare a plăților necesare. Cu referire la această componentă de infracțiune, insolvabilitatea este percepută ca una creată cu bună-știință sau declarată fals, însoțită de cauzarea unor daune în proporții mari. Lichidarea întreprinderii, în acest caz, nu este un semn obligatoriu al noțiunii juridico-penale a insolvabilității. Procedura de lichidare poate să urmeze după începerea urmăririi penale, după finalizarea cercetărilor sau chiar în procesul examinării dosarului penal în instanța de judecată, adică în dependență de adresarea în instanța competentă de a examina insolvabilitatea din partea persoanelor care au acest drept¹⁶.

Dispoziția art. 252 din Codul penal al Republicii Moldova cu conține indicații în privința perioadei de crearea a incapacității persoanei juridice sau a antreprenorilor individuali de a satisface integral cerințele creditorilor. Incapacitatea lor, în acest sens, urmează a fi considerată ca survenită din momentul cauzării daunelor în proporții mari creditorilor.

3. Modalități de comitere a faptei de insolvabilitate intenționată

Modalitățile de comitere a acțiunilor (inacțiunilor) care determină intenționat incapacitatea persoanei juridice sau a antreprenorului de a-și onora obligațiile în raport cu creditorii nu are importanță pentru calificarea acestei infracțiuni. Ele se pot manifesta atât prin acțiune, cât și prin inacțiune: micșorarea mijloacelor active, creșterea artificială a celor pasive¹⁷. Transferul mijloacelor bănești, (în speță, în proporții mari) pentru achitarea anumitor contracte sau servicii, în locul plăților obligatorii al căror termen de restituire a expirat,

¹⁶ *Idem*, pp. 52-53.

¹⁷ М. В. Талан, *op. cit.*, p. 251.

reprezintă un exemplu elocvent al acțiunilor orientate spre comiterea faptei de insolvabilitate intenționată¹⁸.

În literatura de specialitate, în calitate de modalități de creare artificială a incapacității de plată sunt nominalizate: crearea întreprinderilor „căpușe” (fiice); încheierea tranzacțiilor nerentabile; transferul mijloacelor bănește pe contul altor întreprinderi; fuziunea cu alte întreprinderi cu restanțe față de creditori etc. O modalitate foarte răspândită de creare a incapacității de plată este transferul comercianților la plăți în numerar, în special în cazurile când organele fiscale aplică sechestru asupra conturilor debitorului.

E necesar să ținem cont de faptul că falimentat poate fi recunoscut nu doar subiectul care nu a achitat nimic debitorilor săi. Dacă debitorul a satisfăcut (sau este capabil să satisfacă) parțial cerințele creditorilor, aceasta nu ne vorbește despre capacitatea lui de a-și onora obligațiile în volum deplin, Or, incapacitatea persoanei de a-și îndeplini obligațiile financiare nu exclude prezența patrimoniului care acoperă suma datoriei, fiind suficientă, în condițiile înstrăinării mijloacelor active deținute. Însă, deținerea de către debitor a altor bunuri, în lipsa surselor financiare, nu influențează la calificarea infracțiunii¹⁹.

Pe bună dreptate susține autorul P.S. Iani că incapacitatea persoanei juridice de a-și onora obligațiile față de creditori este prezumată de însuși faptul neîndeplinirii angajamentelor financiare în raport cu contragenții și bugetul. Respectiv, dacă nu achiți, înseamnă că ești falimentat, chiar și dacă dispui de sursele financiare respective²⁰ și de mijloace active²¹. Susținând această poziție, I. A. Condrașina declară că există și alte modalități ce pot fi folosite de întreprindere sau antreprenor pentru stingerea obligațiilor față de creditori în lipsa surselor financiare: cesiunea unui drept; cesiunea de creanță; achitățile reciproce (взаимозачет); obținerea de credite prin gajarea averii sau a drepturilor patrimoniale etc.²².

Unii cercetători consideră că incapacitatea de plată trebuie caracterizată nu ca acțiune, ci ca o consecință a acesteia. Astfel, B.V. Iațelenco scrie că astfel „crearea incapacității de plată reprezintă rezultatul încheierii tranzacțiilor nerentabile, a folosirii nejustificate și iraționale a mijloacelor bănești”²³.

Însă, textul art. 252 din Codul penal al Republicii Moldova conține indicații atât în privința acțiunii (inacțiunii), cât și în raport cu urmările prejudiciabile. Aceste acțiuni (inacțiuni) nu sunt concretizate și avem explicații logice în acest

¹⁸ И. А. Кондрашина, *op. cit.*, pp. 55-56.

¹⁹ *Idem*, p. 57-58.

²⁰ П. С. Яни. *Криминальное банкротство. Статья вторая. Банкротство преднамеренное и фиктивное.* / Законодательство. №3/2000, p. 63. (Iani P. S. *Criminalinoie bancrotstvo. Statia vtoraiia. Bancrotstvo perednamerennoe i fictivnoe.* / Zaconodatelistvo. №3/2000, p. 63).

²¹ И. А. Кондрашина, *op. cit.*, p. 58.

²² *Idem*, p. 58.

²³ *Уголовное право. Особенная часть: Учебник.* / Под ред. А. И. Рагога. Издательство Юристъ. Москва, 2001, pp. 180-181. (Ugolovnoie pravo. Osobennaia ceasti. Ucebnic. / Pod redacției A. I. Raroga. Izdatelistvo Iurist. Moscva, 2001, pp. 180-181.

sens. Or, este imposibil a enumera în textul normei penale toate variantele posibile ale comportamentului ilegal al făptuitorului. Incapacitatea de a satisface integral cerințele creditorului sau a executa obligațiile de plată poate fi generată și prin acțiunile de rea-voință a concurenților debitorului. Totodată, aceste acțiuni nu sunt reflectate în dispoziția normei analizate.

În virtutea acestui fapt, ar fi rațional ca în dispoziția normei care incriminează fapta de insolvabilitate intenționată să fie reflectată și o asemenea urmare prejudiciabilă precum survenirea falimentului, prin completarea textului acestui articol, cu sintagma „*sau au adus la starea de insolvabilitate*”.

Însuși faptul cauzării de daune în proporții mari nu este în stare de fiecare dată să falimenteze persoana juridică. În același timp, plasarea accentului pe survenirea insolvabilității, ca urmare a acțiunilor ilegale ale făptuitorului, ar corespunde conținutului constitutiv al infracțiunii de insolvabilitate intenționată²⁴.

În acest caz, alin. 1 din art. 252 Cod penal al Republicii Moldova s-ar caracteriza prin cauzarea de daune în proporții mari și survenirea insolvabilității în urma creării incapacității persoanei juridice sau a antreprenorului de a satisface cerințele creditorilor și a-și onora obligațiile financiare în privința lor.

În ceea ce privește fapta de insolvabilitate intenționată, restanțele salariale ale angajaților debitorului urmează a fi luate, de asemenea, în calcul. Or, dacă legislația recunoaște angajaților debitorului calitatea de creditori, atunci nu este logic a nu-i drept recunoaște părți vătămate în procesul cercetării cauzelor de insolvabilitate intenționată.

Crearea de către făptuitor a incapacității persoanei juridice sau a antreprenorului de a satisface în deplin volum cerințele creditorilor este posibilă și în perioada procedurii de supraveghere, deoarece la acest moment conducătorul debitorului continuă să-și exercite, deși cu anumite limite, obligațiile sale. Acțiunile ilegale ale conducătorului debitorului se pot manifesta, în această perioadă, în neonorarea nejustificată a cerințelor curente din partea creditorilor, în încălcarea ordinii și consecutivității achitării datoriilor, în satisfacerea anumitor cerințe din partea creditorilor, atunci când acest lucru este interzis (de exemplu, cesiunea de creanță, transferul datoriei) etc. Asemenea acțiuni pot constitui, în anumite condiții, conținut constitutiv al infracțiunii de insolvabilitate intenționată²⁵.

Or, în scop de prevenire a faptelor ilegale pentru perioada procedurii de supraveghere, ar fi binevenită indicarea tuturor acțiunilor interzise conducătorului debitorului, fără avizul administratorului, în textul încheierii instanței de judecată, cu prevenirea acestuia despre răspunderea pe care o va purta în caz de abatere²⁶.

Autorul I. V. Igoșin propune a include în componența de infracțiune de insolvabilitate intenționată răspunderea antreprenorului individual pentru crearea sau mărirea incapacității de plată, comisă după în circumstanțele în care „înscrisul privind înregistrarea de stat și-a pierdut forța juridică”²⁷. În opinia altor cercetători,

²⁴ И. А. Кондрашина, *op. cit.*, p. 59.

²⁵ Л. Можайская, *op. cit.*, p. 35.

²⁶ И. А. Кондрашина, *op. cit.*, p. 61.

²⁷ Игошин А. В., *op. cit.*, p. 23.

asemenea acțiuni ale antreprenorului nu pot fi incriminate. Pentru asemenea fapte, făptuitorul urmează a fi atras la răspundere penală în calitate de cetățean de rând²⁸.

4. Atragerea făptuitorului la răspundere penală pentru fapta de insolvabilitate intenționată

Atragerea făptuitorului la răspundere penală pentru fapta de insolvabilitate intenționată este condiționată de faptul că, în urma acțiunilor (inacțiunilor) acestuia, să fie cauzate daune în proporții mari. Daunele cauzate persoanelor fizice sau juridice se determină prin prisma pagubelor și prejudiciilor suportate. Or, în dreptul civil, prin pagubă și prejudiciu este percepută dauna exprimată în formă bănească, cauzată uneia dintre persoane prin acțiunile ilegale ale celeilalte²⁹. Pierderea patrimoniului de către creditor constituie un prejudiciu real. Totodată, în cazurile în care debitorul nu este capabil să-și onoreze obligațiile privind achitarea sumelor obligatorii, atunci este cauzat un prejudiciu sub forma venitului ratat. Astfel, în conținutul pagubei se regăsește prejudiciul real și venitul ratat³⁰.

În opinia autoarei I. A. Condrașina, pentru determinarea prezenței semnelor de insolvabilitate se ia în calcul mărimea obligațiilor financiare, inclusiv sumele datorate pentru marfa furnizată, lucrările și serviciile prestate, suma împrumuturilor, împreună cu rata dobânzii, care urmează a fi achitate creditorului, cuantumul sumelor datorate apărute de pe urma prejudicierii patrimoniului creditorului, cu excepția obligațiilor în privința cetățenilor față de care creditorul poartă răspundere pentru cauzarea de prejudicii vieții și sănătății, a celor privind achitarea sumelor datorate în baza contractelor individuale de muncă, a onorariilor achitate în baza contractelor privind drepturile de autor, precum și a obligațiilor în raport cu fondatorii debitorului, în cadrul acestui raport juridic. La întrebarea dacă la stabilirea „daunei în proporții mari” se iau în calcul amenzile, penalitățile și alte sancțiuni financiare, autoarea I. A. Condrașina vine cu un răspuns pozitiv. În privința amenzilor, penalităților, procentelor, - ele vor fi stabilite de către instanța de judecată în baza acțiunilor înaintate, după ce vor fi incluse în conținutul prejudiciilor. În ceea ce ține de organele de drept, se remarcă faptul că, în competența acestora, nu se regăsește stabilirea de sine stătătoare (pe cale extrajudiciară) a sumelor (mărimii) amenzilor, penalităților, procentelor etc.

La calificarea faptei comise urmează a fi luate în calcul nu doar sumele datorate de debitor creditorilor, ci și obligațiile creditorilor părți-vătămate față de bugetul de stat și fondurile statale extrabugetare³¹.

Cu ajutorul administratorului, organele de urmărire penală pot aprecia actele financiar-contabile ale debitorului, rezultatele încheierii contractelor și

²⁸ И. А. Кондрашина, *op. cit.*, p. 62.

²⁹ *Большой юридический словарь*. / Под редакцией Сухарева А. Я., Зорькина В. Д., Крутских В. Е. Издательство ИНФРА-М. Москва, 1999, p. 712. (*Bolișioi Iuridiceschii slovări*. / Pod redacției Suhareva A. Ia., Zorikina V. D., Crutskih V. E. Izdatelistvo INFRA-M. Moscva, 1999, p. 712.

³⁰ Л. Можайская, *op. cit.*, p. 35.

³¹ И. А. Кондрашина, *op. cit.*, p. 64.

tranzacțiilor cu scopul identificării semnelor de insolvabilitate intenționată în acțiunile conducătorilor organizațiilor.

În opinia lui A. H. Timerbulatov, atâta timp cât prejudiciile afectează nemijlocit doar antreprenorul, normele de drept penal nu sunt aplicabile. Or, în acest caz ar fi vorba numai despre antreprenorul individual nu și despre antreprenorul persoană juridică, deoarece prejudiciile acestuia din urmă se pot reflecta și asupra intereselor angajaților săi, a bugetului de stat etc.³².

În ceea ce privește cauzarea de daune în proporții mari bugetului prin neachitarea impozitelor, atunci organele de drept trebuie să dețină probe că partea vătămată a întreprins măsuri corespunzătoare pentru a obține sumele datorate în ordinea stabilită de lege (de exemplu, înștiințarea instituției bancare privind suspendarea plăților din considerente de neîncasare a sumelor datorate din partea debitorului și lipsa, din aceste motive, a surselor financiare necesare pe cont).

În activitatea practică, prejudiciul suportat de partea vătămată este stabilit în temeiul certificatelor, calculelor contabile, actelor reciproce de verificare a datoriei, a informațiilor reflectate în bilanțul de plăți. Părțile vătămate pot determina dauna suportată reieșind din condițiile contractelor sau al obligațiilor neîndeplinite de către creditor. Or, obligațiile financiare reciproce între creditor și debitor trebuie apreciate în temeiul principiului calculelor reciproce (acte de verificare reciprocă a creanțelor). Nerespectarea acestui principiu poate duce la apariția situațiilor când creditorul debitorului poate avea datorii față de acesta din urmă într-o sumă cu mult mai mare decât cea a debitorului și să acționeze, în același timp, în calitate de parte vătămată³³.

O altă întrebare ce apare este aceea dacă prin cauzarea de daune în proporții mari în cazurile de insolvabilitate intenționată trebuie să subînțelegem prejudiciul adus doar unui singur creditor-parte vătămată, sau este vorba despre un prejudiciu comun, adus mai multor creditori și angajaților? Dacă vom lua în calcul prejudiciul în proporții mari cauzat doar unui singur creditor, vom crea temeuri juridice pentru eliberarea făptuitorilor de răspundere penală pentru cauzarea, prin cumul, a daunelor în proporții mari. Acest lucru va duce la identificarea unor „mecanisme” puse în aplicare de antreprenorii de rea-credință pentru a scăpa de răspundere penală.

Este necesar să reținem că dispoziția infracțiunii de insolvabilitate intenționată nu limitează calitativ numărul de persoane cărora le pot fi cauzate daune în proporții mari. Această poziție este susținută de autorii L. D. Gauhman și S. V. Maximov care declară că dauna în proporții considerabile constă atât în prejudiciul cauzat unui creditor sau poate fi sumată din prejudiciul în cumul (comun) adus mai multor creditori. În același timp, la determinarea mărimii daunei în proporții mari trebuie luat în calcul doar acel prejudiciu care a fost adus în

³² А. Х. Тимербулатов. *Защита прав кредиторов в уголовном законодательстве Австрии, ФРГ и Швейцарии*. Государство и Право, №3/1994, p. 95. (A. H. Timerbulatov. *Zașita prav creditoriv v ugovnom zakonodatelstve Avstrii, FRG i Ţveitarii*. Gasidarstvo i Pravo, №3/1994, p. 95).

³³ И. А. Кондрашина, op. cit., p. 66.

limitele termenului de prescripție al răspunderii penale pentru insolvabilitatea incriminată de legea penală³⁴.

În conformitate cu prevederile legislației civile, o varietate a prejudiciului suportat este cel de ordin moral. Acesta, de asemenea, urmează a fi restituit părții vătămate. În caz de prejudiciu de ordin moral, sunt afectate drepturile nepatrimoniale ale părții vătămate. Spre deosebire de prejudiciul material, cel moral este determinat, în exclusivitate, de către instanța de judecată, ținându-se cont de gradul de suferințe de ordin moral aduse părții vătămate. Prejudiciul moral cauzat persoanei juridice este stabilit, de asemenea, de către instanța de judecată. Autoarea I. A. Condrașina susține că deoarece quantumul compensării prejudiciului moral nu este stabilit de către partea vătămată, ci de instanța de judecată, la calculul daunelor în proporții mari, comise prin fapta de insolvabilitate intenționată, organele de drept urmează să includă și compensarea prejudiciului moral, stabilit de instanța de judecată în sumă bănească³⁵.

5. Consumarea faptei de insolvabilitate intenționată

O importanță substanțială pentru calificarea faptei de insolvabilitate intenționată o are determinarea momentului consumării acestei fapte. La identificarea acestui moment, autorul A. V. Igoșin se conduce de ideea că insolvabilitatea trebuie percepută doar ca o stare de incapacitate de plată recunoscută de către instanța de judecată și că numai doar după constatarea acesteia putem vorbi despre răspunderea penală pentru fapta comisă³⁶. În opinia savantei I. A. Condrașina o asemenea interpretare a consumării infracțiunii de insolvabilitate intenționată este extensivă. Or, declară aceasta, semnele infracțiunii de insolvabilitate intenționată sunt stabilite doar în limitele normelor de drept penal. Mai mult decât atât, declară ea, dispoziția acestei norme de drept penal nu este de blanchetă și nu face trimiteri, referiri în vederea determinării semnelor laturii obiective ale faptei de insolvabilitate intenționată³⁷.

În viziunea autorilor L. D. Gauhman, S. V. Maximov și I. A. Condrașina, fapta de insolvabilitate intenționată se consideră consumată în momentul în care creditorului i-au fost cauzate daune în proporții mari³⁸. Acestui moment trebuie să-i fie premergătoare acțiunile (inacțiunile) care au determinat cu bună-știință incapacitatea persoanei juridice sau a antreprenorului individual de a satisface integral solicitarea creditorilor sau de a executa obligația de achitare a sumelor datorate³⁹.

³⁴ Л. Д. Гаухман., С. В. Максимов. *Преступления в сфере экономической деятельности*. / Учебно-консультационный Центр ЮрИнфоР. Москва, 1998, p. 167. (L. D. Gauhman, S. V. Maximov. *Prestuplenia v sfere economicescoi deiatelinoști*. / Ucebno-consultaționnâi Centr IurInfoR. Moscva, 1998, p. 167).

³⁵ И. А. Кондрашина, *op. cit.*, pp. 67-68.

³⁶ А. В. Игошин, *op. cit.*, p. 17-18.

³⁷ И. А. Кондрашина, *op. cit.*, p. 68.

³⁸ Л. Д., Гаухман, С. В. Максимов, *op. cit.*, p. 167.

³⁹ И. А. Кондрашина, *op. cit.*, p. 69.

În același timp, poate să apară întrebarea cum vom aprecia acțiunile persoanei care în mod intenționat a creat o situație de incapacitate de plată în proporții mari, iar apoi a revenit la normalitate, înlăturând-o prin onorarea în volum deplin a obligațiilor sale în raport cu creditorii? În raport cu această ipoteză P. S. Iani susține că restabilirea capacității de plată nu influențează asupra recunoașterii capacității de plată și că ea nu are nici o importanță asupra calificării insolvabilității intenționate așa cum și restituirea bunurilor sustrase nu influențează în nici într-un fel calificarea faptei ca sustragere⁴⁰. Cercetătoarea I. A. Condrașina intervine pentru a preciza această părere. Or, susține ea, în caz de restituire a bunurilor sustrase, faptul cauzării daunelor este pe față. Prin restituirea bunurilor sustrase, făptuitorul recuperează prejudiciul cauzat. În speță însă, restabilirea benevolă a capacității de plată exclude cauzarea faptică a unui daune în proporții mari creditorilor⁴¹.

Concluzii și recomandări

Pentru recunoașterea insolvabilității intenționate în calitate de faptă infracțională este necesară prezența unui semn important al laturii obiective – legătura causală între acțiunile infracționale ale subiectului activității de întreprinzător și urmările prejudiciabile, exprimate în daune în proporții mari. Pentru aceasta este necesar ca: 1) în primul rând, acțiunile făptuitorului să fie legate, însoțite de crearea incapacității persoanei juridice sau a antreprenorului individual de a executa în volum deplin cererea creditorului în raport cu obligațiile financiare sau de a achita sumele datorate; 2) în al doilea rând, anume aceste acțiuni au reprezentat circumstanța ce a determinat cauzarea prejudiciului în proporții mari creditorilor (părților vătămate). De asemenea, în procesul investigării faptelor de insolvabilitate intenționată, organele de urmărire penală trebuie să răspundă la următoarele întrebări: este oare dauna cauzată în proporții mari rezultatul acțiunilor ilegal-intenționate ale făptuitorului?; coincide sau nu perioada cauzării daunelor în proporții mari cu perioada în care făptuitorul și-a exercitat atribuțiile funcționale în cadrul activității comerciale și de întreprinzător?; este sau nu confirmat prin documente acest fapt?; au fost sau nu intentate anterior procese civile de către părțile vătămate-creditori în privința debitorului? etc.

De asemenea, ***de lege ferenda***, optăm pentru expunerea dispoziției normei penale din alin. (1), art. 252 din Codul penal al Republicii Moldova – *Insolvabilitatea intenționată* – în următoarea redacție:

(1) „*Insolvabilitatea intenționată, adică crearea sau creșterea (sporirea) intenționată a incapacității de plată, săvârșită de conducătorul sau proprietarul organizației comerciale sau de către antreprenor în interes personal sau în interesul altor persoane, care a cauzat creditorului daune în proporții mari...*”.

⁴⁰ П. С. Яни. Уголовно-правовые средства противодействия криминальному переделу собственности. // Закон, №8/2003, p. 134. (P. S. Iani. *Ugolovno-pravovâe sredstva hrotivodeistvia criminalinomu peredelu sobstvennosti*. // Zakon, №8/2003, p. 134.)

⁴¹ И. А. Кондрашина, *op. cit.*, p. 69.

Referințe

- Floroiu M., Otovescu C., „Considerații privind falimentul internațional. Moratoriul și concordatul la nivel European” în *Revista de Științe Juridice*, nr. 1-2/2005, pp. 209-213
- Piterschi E., „Examinarea laturii obiective a infracțiunii de falsificare a probelor într-un proces penal în corespundere cu prevederile Codului Penal al Republicii Moldova” în volumul Conferinței științifice internaționale „Teoria și practica administrării publice”, Chișinău, 2020, p. 256
- Ulianovshi X., Sili V., „Unele aspecte ale laturii obiective a infracțiunii cu caracter terorist” în *Studii juridice universitare*, nr. 1-2/2018
- Stati V., „Infracțiunile legate de insolvabilitate: implicațiile adoptării Legii insolvabilității”, nr. 149/2012, în *Revistă Științifică a Universității de Stat din Moldova*, Tom 63, nr. 3/2013
- Большой юридический словарь*. / Под редакцией Сухарева А. Я., Зорькина В. Д., Крутских В. Е. Изд. ИНФРА-М. М., 1999
- Гаухман Л. Д., Максимов С. В. *Преступления в сфере экономической деятельности*. / Учебно-консультационный Центр ЮрИнфоР. М., 1998
- Игошин А. В. *Уголовно-правовые проблемы квалификации преступлений, связанных с банкротством*. Автореферат диссертации кандидата юридических наук. Екатеринбург, 2004
- Клепицкий И. А. *Банкротство как преступление в современном уголовном праве*. // Государство и право, №11/1997
- Кондрашина И. А. *Ответственность за преднамеренное и фиктивное банкротство по уголовному законодательству России и зарубежных стран*. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Казань, 2006
- Можайская Л. *Какие действия свидетельствуют о преднамеренном банкротстве?* // Российская юстиция, №6/2001
- Талан М. В. *Преступления в сфере экономической деятельности*. Казань, 1997
- Тимербулатов А. Х. *Защита прав кредиторов в уголовном законодательстве Австрии, ФРГ и Швейцарии*. Государство и Право, №3/1994, с. 95
- Уголовное право. Особенная часть: Учебник*. / Под ред. А. И. Рарога. Изд. Юристъ. М., 2001.
- Яни П. С. *Криминальное банкротство. Статья вторая. Банкротство преднамеренное и фиктивное*. / Законодательство. №3/2000
- Яни П. С. *Уголовно-правовые средства противодействия криминальному переделу собственности*. // Закон, №8/2003

Persoana juridică și locul săvârșirii infracțiunii

The legal entities and the place of the crime

Dorel Herinean¹

Rezumat: Studiul își propune analiza modalității în care trebuie stabilit locul săvârșirii infracțiunii în cazul faptelor comise de către persoanele juridice, în cele trei modalități specifice elementului material: în obiectul de activitate, interesul ori numele său. Discuțiile pleacă de la modalitatea în care este conturată vinovăția persoanei juridice și de la felul în care este stabilită relația dintre persoana juridică și persoana fizică substrat uman al răspunderii sale penale. Vor fi abordate atât chestiuni generice, cât și chestiuni punctuale, prin referire la categorii de infracțiuni (cum ar fi cele comise în mediul online) sau la specificul anumitor infracțiuni în cazul persoanelor juridice. Lucrarea mai conține câteva mențiuni referitoare la incidența principiilor specifice aplicării legii penale în spațiu, precum și cu privire la activitatea Parchetului European în cazul persoanelor juridice, care este una transnațională și dependentă de locul săvârșirii infracțiunilor.

Cuvinte-cheie: persoana juridică, răspunderea penală a persoanei juridice, locul săvârșirii infracțiunii, persoana fizică agent, EPPO

Abstract: The study aims to analyze the manner in which the place of the crime should be established in the case of acts committed by legal persons, in the three specific ways: in the object of activity, interest or name of the legal entity. The discussions start from the way in which the guilt of the legal entity is outlined and from the relationship between the legal person and the natural person, human substrate of its criminal liability. Both generic and specific issues will be addressed by reference to categories of offenses (such as those committed online) or the specificities of certain offenses in the case of legal entities. The paper also contains a few remarks on the principles specific to the application of criminal law in space, as well as on the work of the European Public Prosecutor's Office in the case of legal entities, which is transnational and dependent on the place of the crime.

Keywords: legal entity, criminal liability of legal entities, place of the crime, online crimes, involved natural person, EPPO

Persoanele juridice sunt omniprezente în viața cotidiană. Activitatea profesională a acestora depășește de cele mai multe ori nu doar granițele unui oraș sau ale unui județ, dar chiar ale întregii țări, existând corporații care operează la nivel global în cadrul majorității statelor moderne și nu numai. Deși pot fi limitate teritorial din punct de vedere al activității lor, există unele persoane juridice al

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea din București, Avocat, Baroul București, e-mail: herineandorel@drept.unibuc.ro

căror specific face ca acestea să aibă o întindere transnațională, cum este cazul societăților de transport.

Or, atunci când activitatea de bază a persoanei juridice are o componentă națională sau globală, elementele infracționale tind să se extindă și ele pe întreaga rază de activitate a persoanelor juridice.

Din acest motiv, ne-am propus să analizăm locul săvârșirii faptelor de către o persoană juridică dintr-o triplă perspectivă: cea a dreptului penal material, care stabilește competența generală a României pentru anumite infracțiuni; cea a dreptului procesual penal, care împarte competența teritorială a organelor judiciare și, în fine, cea de cooperare judiciară internațională, care studiază modalitatea în care locul săvârșirii infracțiunii influențează activitatea Parchetului European.

1. Cum stabilim locul săvârșirii infracțiunii în cazul persoanelor juridice?

Pentru a răspunde la această întrebare, vom porni de la regulile generale în materie (1.1.), apoi vom analiza specificul răspunderii penale a persoanei juridice care prezintă interes în studiul locului săvârșirii infracțiunii (1.2.), urmând apoi să discutăm întrepătrunderea celor amintite anterior pentru a contura regulile speciale în baza cărora se va stabili locul săvârșirii infracțiunii de către persoana juridică (1.3.).

1.1. Regula generală

Regula generală de stabilire a locului săvârșirii infracțiunii este bazată pe principiul ubicuității², potrivit căruia infracțiunea se va considera săvârșită acolo unde s-a efectuat un act de executare, de instigare sau de complicitate ori s-a produs, chiar și doar în parte, rezultatul infracțiunii. Această regulă este reglementată în art. 8 alin. (4) C.pen.³. În completarea acestei reguli care este oricum deosebit de generoasă în privința atribuirii competenței, a mai fost necesară studierea unor ipoteze particulare care fie încă de la început, fie datorită dezvoltărilor tehnologice nu au putut fi explicate suficient pe baza acesteia.

1.1.1. Acte de executare, de instigare și de complicitate

Potrivit art. 174 C.pen., „*prin săvârșirea unei infracțiuni sau comiterea unei infracțiuni se înțelege săvârșirea oricăreia dintre faptele pe care legea le pedepsește ca infracțiune consumată sau ca tentativă, precum și participarea la comiterea acestora în calitate de coautor, instigator sau complice*”.

² L.V. Lefterache, *Drept penal, Partea generală. Curs pentru studenții anului II*, ed. a III-a, Editura Hamangiu, București, 2021, p. 125.

³ „(4) *Infracțiunea se consideră săvârșită pe teritoriul României și atunci când pe acest teritoriu ori pe o navă sub pavilion românesc sau pe o aeronavă înmatriculată în România s-a efectuat un act de executare, de instigare sau de complicitate ori s-a produs, chiar în parte, rezultatul infracțiunii*”.

Astfel, regula generală presupune aplicabilitatea identică a principiului cu privire la actele de executare, de instigare sau de complicitate, neexistând astfel o diferență cantitativă sau calitativă între acestea pentru stabilirea locului săvârșirii infracțiunii.

1.1.2. Actele de pregătire

În cazul actelor de pregătire însă, situația este diferită. Dacă acestea nu pot fi calificate nici ca acte de executare, nici ca acte de instigare sau de complicitate, relevanța lor din punct de vedere penal este cvasi-irelevantă, putând contura cel mult o eventuală premeditare sau putând fi avute în vedere la individualizarea judiciară a pedepsei.

Totuși, actele de pregătire care rămân strict acte de pregătire, cum nu au o relevanță din punct de vedere al dreptului penal atunci când nu sunt incriminate separat sau prin asimilare cu tentativa, nu vor avea o influență asupra locului săvârșirii infracțiunii.

Dacă este însă vorba de acte de pregătire care pot fi calificate ca acte de complicitate (fie în sarcina complicelui, fie în sarcina coautorului), acestea vor urma regimul general al principiului ubicuității.

Observăm astfel o situație interesantă: în cazul infracțiunilor în care elementul material este săvârșit împreună de mai mulți coautori, eventualele acte de pregătire reciproce realizate de aceștia ar putea fi catalogate ca acte de complicitate anterioară și pot duce, astfel, la stabilirea locului săvârșirii infracțiunii în locația unde au fost realizate. Din contră, dacă autorul infracțiunii este unic (cum se întâmplă de multe ori în cazul infracțiunilor comise de persoane juridice), actele sale de pregătire nu ar putea fi catalogate ca acte de complicitate anterioară, dat fiind că acestea nu ar putea fi legate de o faptă prevăzută de legea penală a altei persoane, cum e în cazul coautorilor.

1.1.3. Infracțiunile omisive

Specificul infracțiunilor omisive constă în faptul că elementul material este realizat printr-o inacțiune. Infracțiunile omisive sunt de două feluri, infracțiuni omisive proprii și improprii. Indiferent de această clasificare, este cert că inacțiunea poate constitui element material al infracțiunii doar dacă există o obligație legală sau convențională de a nu rămâne în pasivitate⁴, fie ea impusă de fiecare normă de incriminare în cazul faptelor omisive proprii, fie de art. 17 C.pen. în cazul infracțiunilor omisive improprii.

În cazul infracțiunilor omisive proprii, conduita relevantă a persoanei juridice este în mod evident inacțiunea. Stabilirea locului săvârșirii infracțiunii în aceste cazuri este destul de facilă, în sensul că acesta ar fi reprezentat de locul unde persoana juridică ar fi avut obligația să adopte conduita activă a cărei executare este omisă.

⁴ C. Mitrache, Cr. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, ed. a IV-a, Editura Universul Juridic, București, 2022, p. 165.

Spre exemplu, într-o speță, „*instanța a considerat că locul săvârșirii faptei în cazul infracțiunilor omisive este locul unde trebuia adusă la îndeplinire obligația a cărei neexecutare este reproșată. Aceasta deoarece, în cazul infracțiunilor omisive, locul unde s-a desfășurat activitatea infracțională, în totul sau în parte, în sensul dispozițiilor art. 41 alin. (2) C. proc. pen., este locul unde trebui executată obligația. Întrucât în sarcina inculpatului s-a reținut obligația de a restitui copilul în Cisnădie, județul Sibiu, judecătorul a considerat că Judecătoria Sibiu este competentă să soluționeze prezenta cauză*”⁵.

În cazul infracțiunilor comise prin omisiune, situația este similară, cu mențiunea că fiind vorba de infracțiuni de rezultat, astfel cum impun dispozițiile art. 17 C.pen., în cazul acestora va putea fi avut în vedere de regulă locul în care s-a realizat în tot sau în parte rezultatul, conform teoriei ubicuității.

În cazul persoanelor juridice, credem că obligațiile ar trebui îndeplinite, în funcție de specificul acestora, fie la sediul persoanei juridice, fie la punctele de lucru sau în alte locații în care se desfășoară activități în obiectul său de activitate.

1.2. Specificul infracțiunilor comise de persoanele juridice

Fiind vorba de o categorie aparte de subiecți activi, în cazul persoanelor juridice există o specificitate a modalității de comitere a infracțiunii care este relevantă inclusiv din perspectiva analizei locului săvârșirii infracțiunii.

În primul rând, existența lui *substratum humanum* face ca întotdeauna să existe o pluralitate de făptuitori în cazul persoanei juridice, fiind implicată, mereu, cel puțin încă o persoană – persoană fizică în comiterea infracțiunilor de către aceasta.

Mai mult decât atât, într-o lucrare anterioară am analizat structurarea modalității de formare a legăturii subiective între persoana juridică și persoana fizică și, implicit, modalitatea în care este conturată răspunderea penală a persoanei juridice în două etape: etapa subiectivă și etapa obiectivă⁶. Despre etapa subiectivă am arătat că ar fi cea „*în care se adoptă actele statutare ale societății, eventuale proceduri interne, hotărâri ale diferitelor organe sau orice alte elemente decizionale prin care se poate decide în mod direct sau indirect comiterea unor infracțiuni intenționate (e.g. neînregistrarea în contabilitate a anumitor categorii de venituri, încheierea unor parteneriate cu anumite societăți fantomă în vederea obținerii unor facturi emise în baza unor operațiuni fictive) sau în care se creează un cadru nefast sau insuficient reglementat care permite producerea unor rezultate prevăzute de legea penală care puteau și trebuiau să fie prevăzute și/sau prevenite (e.g. un accident de muncă în care sunt distruse anumite bunuri sau este vătămată integritatea corporală a unei persoane)*”⁷.

⁵ Î.C.C.J., Secția penală, încheierea nr. 170 din 19 aprilie 2019 (www.scj.ro), având ca obiect conflictul negativ de competență.

⁶ D. Herinean, „Considerente teoretice privind formarea legăturii subiective în cazul răspunderii penale a persoanelor juridice” în *Analele Universității din București, Seria Drept*, 2019, Editura C.H. Beck, p. 134 și urm.

⁷ *Idem*, p. 138.

Despre etapa obiectivă am arătat că „în cadrul acestei etape este realizată latura obiectivă a infracțiunii săvârșită de persoana juridică. Această etapă presupune acea indispensabilă acțiune/inacțiune umană revelată de toată doctrina în materie care va atrage și răspunderea penală a persoanei juridice”⁸. Activitatea infracțională propriu-zisă, actul de executare, va fi realizat astfel în etapa obiectivă, iar locul săvârșirii infracțiunii se poate stabili în acea locație.

Totuși, cele două etape, deși pot fi simultane, de regulă, vor fi diferite. Sunt ambele relevante pentru stabilirea locului săvârșirii infracțiunii?

Etapă subiectivă în cazul persoanelor fizice este denumită faza internă a infracțiunii și nu are relevanță din punct de vedere penal⁹, atât timp cât nu se ajunge în faza oratorie, care este însă o latură externă a perioadei interne a infracțiunii și care poate duce la consumarea unei infracțiuni, cum ar fi o formă de pluralitate constituită sau infracțiunea de amenințare¹⁰. Specificul acestei etape în cazul persoanelor juridice este că, uneori, voința persoanei juridice se „obiectivază”¹¹, deci această etapă internă, subiectivă a infracțiunii, ar putea lăsa urme materiale care ulterior să poată fi investigate. Or, o astfel de manifestare de voință a unei persoane juridice, exprimată de regulă de persoanele fizice care formează organele statutare¹², ar putea fi stabilit că a fost exprimată într-o anumită locație, locație diferită însă de locul în care ulterior a fost comisă fapta în etapa obiectivă.

Pot exista situații în care această primă etapă subiectivă să fie determinantă pentru persoana juridică, locul în care s-a luat hotărârea comiterii unei infracțiuni fiind indisolubil legat de scopul persoanei juridice, spre exemplu în situația în care pentru persoana juridică ar fi irelevantă locația în care este ulterior realizat elementul material.

Credem că și în aceste situații, luarea hotărârii infracționale, chiar dacă lasă urme materiale, va fi doar un act de pregătire pentru comiterea infracțiunii săvârșite ulterior de persoana juridică.

Un alt specific al infracțiunilor comise de persoana juridică este că elementul material este reprezentat de o faptă prevăzută de legea penală săvârșită în realizarea obiectului de activitate, în interesul sau în numele său. Dacă faptele comise în obiectul de activitate sunt chiar faptele persoanei juridice, nu același lucru poate fi spus întotdeauna de faptele comise în interesul sau în numele său. În cazul acestora, ar putea fi mai relevantă etapa subiectivă, astfel cum am arătat, decât cea obiectivă, întrucât acestea pot fi comise într-o locație cu care persoana juridică nu are nicio legătură – sediu, activitate, competență etc.

⁸ *Idem*, p. 144.

⁹ L.V. Lefterache, *op. cit.*, p. 372.

¹⁰ *Idem*, p. 373.

¹¹ R. Rizoiu în M. Nicolae (coordonator), V. Bîcu, G.-A. Ilie, R. Rizoiu, *Drept civil. Persoanele*, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 380.

¹² G.-A. Lazăr, „Criterii de evaluare a vinovăției persoanei juridice”, în *Analele Universității din București, Seria Drept*, 2019, Editura C.H. Beck, p. 157.

1.3. Aplicarea regulilor în cazul infracțiunilor comise de persoane juridice

Înainte de a se ajunge la teoria ubicuității, care se regăsea și în reglementarea anterioară a Codului penal 1969, într-o formă puțin diferită¹³, au fost elaborate mai multe teorii, dintre care alături de ubicuitate mai este o teorie care prezintă, ipotetic, interes în cazul persoanelor juridice.

În cazul infracțiunilor săvârșite în realizarea obiectului de activitate, teoria ubicuității este cea mai bună decizie pentru aplicare, întrucât acțiunile comise în realizarea obiectului de activitate sunt chiar faptele persoanei juridice, obiectul de activitate fiind materializarea într-o formă legală a activității acesteia.

Dacă analizăm infracțiunile comise în interesul persoanei juridice, o teorie care ar putea fi relevantă este cea a *voinței infractorului*, bazată pe un criteriu pur subiectiv, respectiv locul unde infractorul persoană juridică a urmărit să se realizeze rezultatul – chiar dacă acest rezultat s-a produs într-o altă locație¹⁴. La fel, în cazul infracțiunilor comise în numele persoanei juridice, același criteriu ar putea sta la baza stabilirii locului săvârșirii infracțiunii, având în vedere locul specific dat de raportul de prepușenie dintre persoana juridică și persoana fizică agent.

În continuare, vom analiza aplicarea teoriei ubicuității în cazul persoanelor juridice (1.3.1.), aplicarea regulilor în contextul specificului vinovăției persoanei juridice (1.3.2.) și relevanța sediului persoanei juridice pentru stabilirea locului săvârșirii infracțiunii (1.3.3.).

1.3.1. Teoria ubicuității – aplicarea în cazul persoanelor juridice

Regula ubicuității am stabilit că presupune că infracțiunea se va considera săvârșită acolo unde s-a efectuat un act de executare, de instigare sau de complicitate ori s-a produs, chiar și doar în parte, rezultatul infracțiunii. În cazul infracțiunilor comise de persoane juridice, art. 135 C.pen. stabilește că persoana juridică răspunde pentru infracțiunile comise în obiectul de activitate, interesul ori numele său. Infracțiunea va fi săvârșită de o persoană fizică, aceasta nefiind însă necesar a fi identificată în toate cazurile pentru atragerea răspunderii penale a persoanei juridice.

Prin coroborarea celor două reguli, putem observa că principiul ubicuității va opera în mod aproape identic în cazul persoanei juridice, cu mențiunea suplimentară că dacă persoana juridică realizează un act de executare, instigare sau de complicitate într-o altă locație decât cele relevante pentru persoanele fizice, atunci infracțiunea se va considera săvârșită inclusiv în cazul persoanelor juridice.

O limită a teoriei ubicuității în cazul persoanelor juridice este însă imposibilitatea suprapunerii perfecte între modalitățile în care poate fi atrasă

¹³ Art. 143 alin. (2) C.pen. 1968: „*Infracțiunea se consideră săvârșită pe teritoriul țării și atunci când pe acest teritoriu ori pe o navă sau aeronavă română s-a efectuat numai un act de executare ori s-a produs rezultatul infracțiunii*”.

¹⁴ C. Barbu, *Aplicarea legii penale în spațiu și timp*, Editura Științifică, București, 1972, p. 32.

răspunderea penală a persoanei juridice și formele de participație. Ce se întâmplă dacă persoana juridică are o contribuție în comiterea infracțiunii (având în vedere că e comisă în obiectul său de activitate, în interesul ori în numele său) și totuși acesteia nu îi poate fi atribuită o formă de participație?

Analizând pluralitatea de făptuitori, profesorul Costică Bulai arăta că „*oricât de mulți subiecți activi ar fi, unicitatea infracțiunii nu este influențată. Calificarea faptei, determinarea locului și timpului săvârșirii acesteia și, în genere, stabilirea conținutului infracțiunii săvârșite se răsfrânge asupra tuturor făptuitorilor*”¹⁵.

Așadar, aplicând această sferă, infracțiunea comisă va rămâne unică, indiferent de calitatea în care persoana juridică va răspunde pentru săvârșirea ei – care, în lipsa altor indicii, ar fi cea de autor. Or, inclusiv în cazul formelor de pluralitate naturală și pluralitate constituită de făptuitori, deși toate persoanele implicate răspund în calitate de autor, fapta rămâne unică.

Concluzionând, credem că aplicabilitatea teoriei ubicuității nu pune probleme în cazul faptelor comise de o pluralitate de făptuitori persoane juridice – persoane fizice, indiferent de calitățile în care răspund fiecare.

1.3.2. Aplicarea regulilor în contextul specificului vinovăției persoanei juridice

Vinovăția persoanelor juridice este conturată de către organele sale de conducere, formate din persoanele fizice cu putere de decizie în cadrul acesteia, pe care cu o altă ocazie le-am denumit *decidenți*¹⁶.

Specificul persoanelor juridice față de persoanele fizice face ca voința acestora, de multe ori, să se obiectiveze și să lase astfel inclusiv urme materiale, astfel încât să poată fi probată cu certitudine când și unde a luat o persoană juridică decizia comiterii unei anumite infracțiuni. În aceste situații, ne punem întrebarea dacă stabilirea acestei locații ar putea atrage competența organelor de urmărire penală și a instanței de judecată din acea jurisdicție, în lipsa altor elemente care să atribuie competența în acel loc.

Deși un răspuns afirmativ ar putea fi tentant, nu putem să operăm o astfel de analogie, dat fiind că în cazul persoanelor fizice luarea hotărârii infracționale este inclusă în faza internă a infracțiunii¹⁷ și nu poate atrage niciodată răspunderea penală de una singură. Până la urmă, luarea hotărârii infracționale de persoana juridică este, în lipsa altor circumstanțieri, un simplu act de pregătire, fără relevanță penală și cu atât mai mult fără relevanță pentru stabilirea locului săvârșirii infracțiunii.

Așadar, chiar dacă avem dovezi certe că o persoană juridică a luat hotărârea infracțională la un anumit moment într-un anumit loc, acesta nu va fi relevant pentru stabilirea locului săvârșirii infracțiunii atât timp cât această

¹⁵ C. Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală*, Editura All Educațional S.A., București, 1997, p. 425.

¹⁶ D. Herinean, *op.cit.*, p. 137.

¹⁷ L.V. Lefterache, *op. cit.*, p. 372.

activitate nu ar putea fi calificată ca fiind un act de executare, de determinare sau de ajutor pentru comiterea faptei prevăzute de legea penală.

1.3.3. Relevanța sediului persoanei juridice

Este sediul persoanei juridice o chestiune importantă și/sau relevantă pentru stabilirea locului săvârșirii faptei penale? Răspunsul poate varia, în funcție de natura infracțiunii comise.

Dacă în cazul anumitor infracțiuni, specificul acestora face ca săvârșirea lor să se realizeze la sediul persoanei juridice [cum ar fi infracțiunile de evaziune fiscală reglementate în Legea nr. 241/2005; infracțiunea de bancrută simplă, întrucât introducerea cererii de deschidere a procedurii insolvenței se face la instanța de la sediul debitoarei; infracțiunea de nerespectarea hotărârilor judecătorești în variantele incriminate în art. 287 alin. (1) lit. d) și e)], în cazul altora sediul persoanei juridice poate fi irelevant pentru activitatea infracțională, cum ar fi în cazul accidentelor de muncă pe șantierul unei societăți situate într-o altă parte a țării decât este sediul persoanei juridice.

Credem astfel că putem spune că sediul persoanelor juridice este relevant pentru stabilirea locului comiterii unei infracțiuni de către o persoană juridică doar în acele ipoteze în care fie specificul infracțiunii o impune, fie când la sediul persoanei juridice se realizează un act de executare, instigare (spre exemplu, comunicarea hotărârii infracționale către angajatul delegat cu săvârșirea elementului material) sau de complicitate. În cazul spitalelor, spre exemplu, răspunderea penală a acestora pentru infracțiunile contra vieții ar putea fi antrenată, când se identifică o obligație și o vinovăție proprie, inclusiv în cazul faptelor comise în afara spitalului, întrucât spitalul trebuie să aibă o conduită prudentă și diligentă inclusiv în legătură cu furnizarea de bunuri sau servicii¹⁸, cum ar fi întreținerea ambulanțelor. Vom mai arăta însă *infra* că sediul inculpatei persoană juridică poate fi un criteriu relevant din punct de vedere al stabilirii competenței teritoriale a organelor judiciare, atunci când locul săvârșirii infracțiunii nu este cunoscut.

2. De ce e important să fie stabilit locul săvârșirii infracțiunii?

Implicațiile corecte stabilirii a locului săvârșirii infracțiunii sunt multiple și trebuie privite din mai multe perspective. Vom începe cu perspectiva dreptului penal material (2.1.), apoi cu cea a dreptului procesual penal (2.2.) și vom finaliza cu o perspectivă de cooperare judiciară internațională, mai exact cu cea a Parchetului European (2.3.).

¹⁸ L.V. Lefterache, „Răspunderea penală a persoanei juridice. Răspunderea spitalului în cazul infracțiunilor contra vieții, integrității corporale și sănătății săvârșite din culpă”, în *Caiete de Drept Penal* nr. 01/2011, p. 39 (ceeol.com).

2.1. Importanța determinării locului săvârșirii infracțiunii în dreptul material – Competența teritorială a României

Prima discuție în care corecta stabilire a locului săvârșirii infracțiunii are implicații deosebite este cea a aplicării legii penale în spațiu. Când o infracțiune este comisă pe teritoriul României, raportul juridic de conflict generat între statul român și această faptă este indiscutabil¹⁹, indiferent de naționalitatea celui care o comite.

Normele conflictuale care reglementează principiile de aplicare a legii penale în spațiu²⁰ sunt regăsite în art. 8-14 C.pen. Vom analiza, succint, în continuare, cele patru principii, subliniind specificul fiecăruia în cazul infracțiunilor comise de persoane juridice.

Principiul teritorialității. Premisa acestui principiu, reglementat în art. 8 C.pen., este că infracțiunea este comisă pe teritoriul României, conform regulilor deja studiate în secțiunea I a lucrării. În aplicarea acestui principiu este irelevantă naționalitatea persoanelor care comit această infracțiune, fiind reglementate totuși câteva excepții de la această regulă în art. 13 C.pen., excepții bazate pe imunitatea de jurisdicție a unor categorii de persoane. Se observă însă că niciuna din excepțiile reglementate nu face referire expresă la persoane juridice, dar nu este exclus ca anumite tratate internaționale să stabilească persoane juridice sau categorii de persoane juridice care nu sunt supuse jurisdicției Statului Român. În doctrină s-a arătat că trebuie admisă inclusiv posibilitatea atragerii răspunderii penale a persoanei juridice străine care a comis o infracțiune pe teritoriul României, chiar dacă aceasta nu a dobândit personalitate juridică potrivit legislației românești și inclusiv în situația în care răspunderea penală a persoanelor juridice nu este admisă în statul în care aceasta este înregistrată²¹.

Principiul personalității. Regulile stabilite în art. 9 C.pen. au ca premisă, dincolo de săvârșirea infracțiunii în afara teritoriului României, calitatea subiectului activ de cetățean român sau persoană juridică română²². Astfel, infracțiunile comise de persoanele juridice române, chiar în afara jurisdicției teritoriale, pot fi sancționate în temeiul legislației române, dacă îndeplinesc anumite condiții. Condițiile de fond privesc fie ca pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea comisă să fie detențiunea pe viață ori închisoarea mai mare de

¹⁹ L.V. Lefterache, *Drept penal. Partea generală, op. cit.*, p. 124.

²⁰ *Idem*, p. 125.

²¹ M.-I. Michinici, M. Dunea, *Drept penal. Partea generală. Curs teoretic în domeniul licenței*, Editura Hamangiu, București, 2017, pp. 244-244. Aceiași autori arată că o astfel de posibilitate nu trebuie împiedicată de dificultățile practice pe care le-ar putea presupune punerea în aplicare a unei astfel de soluții.

²² Sub imperiul vechii reglementări nu exista o prevedere similară în cazul persoanelor juridice, sens în care în doctrină s-a afirmat că legea actuală este mai drastică decât cea veche sub acest aspect. A se vedea M.-I. Michinici, M. Dunea în T. Toader, M.-I. Michinici, R. Răducanu, A. Crișu-Ciocintă, S. Rădulețu, M. Dunea, *Noul Cod penal: comentarii pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 35.

10 ani²³, fie ca infracțiunea să fie reglementată inclusiv în statul în care a fost săvârșită sau să fie comisă într-un loc care nu este supus jurisdicției niciunui stat. Condiția de procedură este autorizarea punerii în mișcare a acțiunii penale de către un procuror general, în condițiile arătate în art. 9 alin (3) C.pen. Calitatea de persoană juridică română se verifică la data săvârșirii infracțiunii²⁴, iar în caz de pierdere ulterioară a acestei calități, ar putea fi incidente dispozițiile art. 151 C.pen.²⁵

Cu privire la condiția dublei incriminări, în cazul persoanelor juridice este de asemenea necesar ca statul în care este comisă o infracțiune de către persoana juridică să aibă reglementată în legislația sa răspunderea penală a persoanei juridice sau măcar o formă de răspundere administrativ-penală a persoanei juridice²⁶. În aceste din urmă cazuri, răspunderea penală a persoanei juridice ar putea fi atrasă în România dacă, evaluându-se criteriile Engel²⁷ dezvoltate în jurisprudența

²³ Chiar dacă pedeapsa principală în cazul persoanelor juridice poate fi doar amendă, este evident că prin referirea la pedeapsa prevăzută de lege în această manieră legiuitorul nu a vrut să excludă persoanele juridice de la aplicabilitatea acestui principiu, ci doar să instituie un criteriu obiectiv.

²⁴ L.V. Lefterache în G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.-M. Vasile, G. Zlati, *Codul penal. Comentariu pe articole*. ed. a III-a, Editura C.H. Beck, București, 2021, p. 61.

²⁵ Pentru un studiu în privința acestor dispoziții, a se vedea A.-R. Trandafir, *Transmiterea răspunderii penale în cazul reorganizării persoanei juridice*, publicat în A.-R. Trandafir, G.-A. Lazăr (coord.), *Răspunderea penală a persoanei juridice. O instituție transatlantică. De la evaluarea vinovăției la aplicarea și executarea sancțiunilor*, Editura Solomon, București, 2021, p. 138-156.

²⁶ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală, Volumul I*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 183.

²⁷ Denumite după Hotărârea Curții în care au fost citate pentru prima dată: Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea Engel și alții împotriva Țărilor de Jos (Marea Cameră) din 8 iunie 1976 (cererile nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, seria A, nr. 22, § 82). *Reamintim că primul criteriu Engel se referă la calificarea prevederii drept dispoziție de drept penal conform dreptului național. Totuși, Curtea Europeană a Drepturilor Omului nu interpretează această încadrare ca fiind determinantă, ci doar ca reprezentând un punct de plecare al examinării. În cadrul celui de al doilea criteriu Engel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului examinează mai întâi sfera destinatarilor unei reglementări care prevede sancționarea unei anumite încălcări. În cazul în care o reglementare se adresează tuturor, iar nu – precum, de exemplu, în dreptul disciplinar – unui grup care are un anumit statut, acesta este un argument care poate fi invocat în favoarea caracterului penal al sancțiunii. În plus, Curtea Europeană a Drepturilor Omului se întemeiază pe finalitatea sancțiunii aplicabile în temeiul dispoziției penale. Sancțiunea nu are caracter penal atunci când are ca finalitate numai o reparare a daunelor materiale. În schimb, în cazul în care sancțiunea are ca scop pedepsirea și prevenirea, aceasta are caracter penal. În plus, Curtea Europeană a Drepturilor Omului ia în considerare în jurisprudența recentă aspectul dacă sancționarea încălcării are drept obiectiv apărarea unor valori și a unor interese a căror protecție este garantată în mod obișnuit de normele de drept penal. Aceste elemente trebuie apreciate în ansamblu. Al treilea criteriu Engel se referă la natura și la gravitatea pedepsei aplicabile. În cazul pedepselor privative de libertate, se prezumă în general caracterul penal al sancțiunii, această prezumție putând fi răsturnată numai în cazuri excepționale. Și amenzile pentru a căror neplată este*

C.E.D.O., s-ar ajunge la concluzia că sancțiunile ce pot fi aplicate persoanelor juridice în statul respectiv au o natură penală²⁸. În doctrină s-a formulat și o altă opinie, în sensul că interpretarea condițiilor legale din legislația noastră nu impune ca răspunderea penală a persoanei juridice să fie reglementată pe teritoriul celeilalte țări, neexistând niciun impediment în acest sens, fiind totodată irelevantă dobândirea de către persoana juridică a unei forme de personalitate juridică potrivit legislației respectivului stat²⁹.

Principiul realității. Analizând acest principiu consacrat de art. 10 C.pen., se observă că acesta se aplică exclusiv în cazul infracțiunilor săvârșite în afara teritoriului țării *de către un cetățean străin sau o persoană fără cetățenie*. Prin utilizarea noțiunilor de cetățean/cetățenie, legiuitorul a exclus, implicit, posibilitatea aplicării acestui principiu în cazul în care subiectul activ al infracțiunii este o persoană juridică, având în vedere că aceasta nu poate fi caracterizată de cetățenie, ci doar de naționalitate. O referire expresă la persoana juridică se regăsește cu privire la subiectul pasiv al infracțiunii, putând atrage incidența principiului realității inclusiv săvârșirea unei infracțiuni împotriva unei persoane juridice române, calitate care se verifică la data săvârșirii infracțiunii³⁰. Deși această reglementare pare a fi o opțiune conștientă a legiuitorului, dată fiind formularea art. 9 C.pen., astfel încât nu sunt probleme de interpretare în acest sens, chiar dacă ar fi interpretată ca o omisiune sau o necorelare legislativă, principiul legalității ar împiedica orice încercare de a extinde sfera de aplicare a principiului realității în cazul persoanelor juridice străine, fiind vorba de o veritabilă analogie în defavoarea făptuitorului.

Principiul universalității. La fel ca în cazul principiului realității, art. 11 C.pen. pare a exclude aplicabilitatea în cazul persoanei juridice. De această dată, dincolo de referirea la noțiunea de cetățenie, textul de lege impune o condiție suplimentară, respectiv să fie vorba de o persoană „*care se află de bunăvoie pe teritoriul României*”. Or, formularea acestei condiții exclude orice posibilitate de analiză a îndeplinirii sale cu privire la o persoană juridică. Prin urmare, chiar dacă anumite tratate internaționale ar impune obligația statului român de a o reprima (cum ar fi, spre exemplu, Regulamentul EPPO³¹), formularea acestui text ar duce la imposibilitatea aplicării legii penale române în acele situații. Astfel cum s-a remarcat în doctrină, inexistența unui text care să permită atragerea răspunderii penale a persoanelor juridice în temeiul acestui principiu poate duce la incapacitatea statului român de a-și onora obligațiile asumate prin convenții internaționale³².

aplicabilă o pedeapsă privativă de libertate sau care determină o înscriere în cazierul judiciar reprezintă, de regulă, elemente care indică existența unei proceduri penale.

²⁸ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 183.

²⁹ M.-I. Michinici, M. Dunea, *op. cit.*, p. 254.

³⁰ L.V. Lefterache în G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.-M. Vasile, G. Zlati, *op. cit.*, p. 62.

³¹ A se vedea infra, Subsecțiune 2.3.

³² M.-I. Michinici, M. Dunea, *op. cit.*, p. 284.

Analizând în perspectivă toate aceste principii, observăm importanța deosebită a stabilirii locului săvârșirii infracțiunii, în general, pentru stabilirea principiului care este incident pentru atragerea răspunderii penale, date fiind diferențele majore între condițiile necesare în cazul fiecăruia și, în special în cazul persoanelor juridice, pentru că infracțiunile comise de persoane juridice străine pot fi analizate în contextul legii penale române doar dacă sunt săvârșite pe teritoriul României. Nu în ultimul rând, stabilirea locului săvârșirii infracțiunii poate avea relevanță pentru individualizarea sancțiunilor ce urmează a fi aplicate³³, inclusiv în cazul persoanelor juridice, întrucât criteriile generale de individualizare sunt general aplicabile inclusiv în cazul persoanelor juridice³⁴, neexistând o reglementare separată a modului în care acestea trebuie interpretate atunci când vine vorba de răspunderea penală a persoanelor juridice³⁵.

2.2. Importanța determinării locului săvârșirii infracțiunii în dreptul procesual penal - Competența potrivit art. 41 și 42 C.pr.pen

Stabilirea locului săvârșirii infracțiunii prezintă anumite specificități în cazul dreptului procesual penal. Există inclusiv o diferență (în parte) diferită, art. 41 alin. (2) C.pr.pen. stabilind că „(2) Prin locul săvârșirii infracțiunii se înțelege locul unde s-a desfășurat activitatea infracțională, în totul sau în parte, ori locul unde s-a produs urmarea acesteia”.

2.2.1. Infracțiunile săvârșite pe teritoriul României – art. 41 C.pr.pen.

Dacă în cazul dreptului penal material este suficient să stabilim că infracțiunea a fost comisă inclusiv pe teritoriul României, nefiind necesar să studiem locația și în cuprinsul acestuia, în dreptul procesual penal trebuie stabilit inclusiv locul din interiorul teritoriului României în care a fost comisă fapta, pentru a se putea stabili competența teritorială a instanțelor.

Astfel, art. 41 alin. (1) C.pr.pen. reglementează ordinea legală în funcție de care este stabilită competența teritorială: „a) locul săvârșirii infracțiunii; b) locul în care a fost prins suspectul sau inculpatul; c) locuința suspectului sau inculpatului

³³ În doctrină s-a arătat că prin „împrejurările în care a fost comisă infracțiunea”, sintagmă care a fost utilizată în primul criteriu de individualizare a pedepselor reglementat în art. 74 alin. (1) lit. a) C.pen., se înțelege inclusiv locul și timpul săvârșirii faptei. A se vedea Ș.-I. Sorohan, „Predictibilitate în individualizarea sancțiunilor. Studiu de jurisprudență asupra criteriilor de individualizare a măsurilor educative”, în *Analele Universității din București. Seria Drept* nr. 1/2020, p. 293. Astfel, apreciem noi, locul săvârșirii unei infracțiuni poate avea relevanță inclusiv în cazul săvârșirii unei infracțiuni de către o persoană juridică.

³⁴A.-R. Trandafir, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, ed. a II-a, Editura C.H. Beck, București, 2021, p. 409. Autoarea citată arată totuși că există unele criterii de individualizare incompatibile cu persoana juridică, astfel cum ar fi situația familială, educația și starea de sănătate, opinie cu care suntem de acord. Totuși, în privința vârstei, credem că ar putea fi avută în vedere la individualizare „vârsta” persoanei juridice.

³⁵ G.-A. Lazăr, *Sistemul sancționator aplicabil persoanelor juridice*, Editura Universul Juridic, București, 2021, p. 303.

persoană fizică ori, după caz, sediul inculpatului persoană juridică, la momentul la care a săvârșit fapta; d) locuința sau, după caz, sediul persoanei vătămate". Se observă că, din aceste criterii, doar primul are relevanță în legătură cu săvârșirea efectivă a infracțiunii, celelalte fiind determinate de elemente extrinseci infracțiunii, care au legătură fie cu persoana suspectului sau inculpatului, fie cu persoana vătămată. În doctrină se arată că relevanța locului săvârșirii este dată de faptul că acolo se găsesc mai ușor probele, iar hotărârea judecătorească ar putea avea un rol educativ mai mare și ar atrage rezonanța maximă³⁶. Pe baza acestei ordini legale, organul judiciar în circumscripția căruia se află locul săvârșirii infracțiunii are prioritate față de cele ale căror circumscrise sunt descrise la literele ulterioare³⁷.

Rămânând tributur regulii ubicuității inclusiv pe teritoriul României, legiuitorul a stabilit, în cuprinsul art. 41 alin. (3) C.pr.pen., că atunci când mai multe instanțe sunt competente să judece o infracțiune potrivit locului săvârșirii infracțiunii, adică atunci când infracțiunea a fost săvârșită în jurisdicția teritorială a mai multor instanțe de grad egal, toate aceste instanțe ar fi competente să judece respectiva infracțiune.

Sunt stabilite și câteva reguli derogatorii, spre exemplu prin dispozițiile art. 41 alin. (4) C.pr.pen. competența este atribuită instanței mai întâi sesizate când niciunul dintre locurile prevăzute în criteriile legale atributive de competență nu este cunoscut sau când sunt sesizate succesiv două sau mai multe instanțe dintre cele competente potrivit acestora. Nu în ultimul rând, ordinea atribuirii competenței este salvagardată de art. 41 alin. (4) C.pr.pen., care stabilește că aceasta se aplică în cazul în care două sau mai multe instanțe sunt sesizate simultan ori urmărirea penală s-a efectuat cu nerespectarea acestei ordini³⁸.

Analizând toate aceste reguli, se observă că locul săvârșirii infracțiunii joacă un rol extrem de important și în materia dreptului procesual penal. Definiția acestuia este asemănătoare cu cea din dreptul penal material, diferențele fiind date de utilizarea noțiunilor de „activitate infracțională”, care însă este în consens cu definiția tributură teoriei ubicuității din art. 8 alin. (4) C.pen. și a celei de „urmare”, care reprezintă o formă mai corectă de a exprima spiritul noțiunii de *rezultat* utilizate în art. 8 alin. (4) C.pen., fiind evident că acesta se referă la urmarea imediată a infracțiunii, iar nu la rezultat, nefiind intenția legiuitorului de a exclude infracțiunile de pericol de la această regulă³⁹.

Criteriul reglementat în art. 41 alin. (1) lit. b) C.pr.pen. nu va fi, în principiu, aplicabil în cazul persoanelor juridice, întrucât este incompatibil cu natura acestora, dat fiind că nu pot fi „prinse” într-o anumită locație. Acest criteriu este relevant doar în legătură cu persoanele fizice, acestea putând fi prinse într-un

³⁶ Gh. Mateuț, *Procedură penală. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2019, p. 352.

³⁷ A. Zarafiu, *Procedură penală. Partea generală. Partea specială*, Editura C.H. Beck, București, 2015, p. 131.

³⁸ A. Crișu, *Drept procesual penal. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2016, pp. 222-223.

³⁹ În același sens, a se vedea F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 174.

anumit loc. Astfel, aplicarea lui în cazul persoanelor juridice se poate realiza doar prin tranzitivitate, prin identificarea și prinderea persoanei fizice agent al răspunderii sale penale într-o anumită locație. Credem însă că acest criteriu trebuie utilizat cu precauție dacă investigația vizează și o persoană juridică, întrucât, în principiu, persoana juridică nu a decis să se afle/ascundă într-o anumită locație, cum de exemplu poate fi cazul persoanei juridice.

Următorul criteriu însă, cel prevăzut în art. 41 alin. (1) lit. c) C.pr.pen., face referire expresă la inculpatul persoană juridică, mai exact la locul în care se afla sediul acesteia la momentul la care a săvârșit fapta. Este interesant de observat că dacă în cazul persoanei fizice se face referire la „*locuința suspectului sau inculpatului persoană fizică*” (s.n., D.H.), sediul avut în vedere este exclusiv al „*inculpatului persoană juridică*”.

O altă precizare este legată de mențiunea din finalul acestui criteriu, respectiv „*la momentul la care a săvârșit fapta*”. În doctrină s-a arătat că necesitatea acestei mențiuni a apărut în contextul unei practici neunitare de sub imperiul Codului de procedură penală anterior, când unele instanțe considerau sediul la data comiterii faptei, iar altele la data sesizării instanței⁴⁰. Un alt beneficiu al acestei mențiuni este evitarea practicii anterioare în care se efectuau declinări succesive după cum făptuitorul își schimba domiciliul⁴¹, sens în care se evită acordarea posibilității persoanelor fizice și persoanelor juridice de a efectua un *forum shopping* prin schimbarea domiciliului sau sediului.

2.2.2. *Infracțiunile săvârșite în afara teritoriul României – art. 42 C.pr.pen.*

Regula în cazul persoanelor juridice este stabilită potrivit art. 42 alin. (1) C.pr.pen., în sensul că dacă o persoană juridică săvârșește o infracțiune în afara teritoriului României, competența de a judeca fapta aparține instanțelor în circumscripția cărora se află sediul inculpatului persoană juridică.

Reamintim că potrivit celor analizate *supra*, la subsecțiunea 2.1., infracțiunile comise de persoane juridice străine sunt de competența României doar dacă sunt comise pe teritoriul României, întrucât principiile realității și universalității nu sunt aplicabile în cazul persoanelor juridice.

Așadar, considerăm că deși nu se precizează expres la art. 42 C.pr.pen. și, mai mult decât atât, se face referire expresă la ipoteza în care „*inculpatul (...) nu are sediul în România*”, regulile subsidiare stabilite la alin. (2) nu pot fi aplicabile persoanelor juridice. Mai exact, discutând de fapte comise în afara teritoriului României, dacă persoana juridică nu are sediu în România, situație în care nu poate fi considerată o persoană juridică română, aceasta nu va putea răspunde nici în temeiul principiului teritorialității, nici în temeiul principiului personalității. Or, potrivit interpretării *per a contrario* a art. 10-11 C.pen., statul român nu este competent pentru infracțiunile comise de persoane juridice străine care nu sunt comise pe teritoriul român.

⁴⁰ I. Kuglay în M. Udroui (coord.), *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole, ed. 3*, Editura C.H. Beck, 2020, p. 295.

⁴¹ *Ibidem*.

Practic, se ajunge la situația în care singura utilitate a dispozițiilor art. 42 alin. (2) C.pr.pen. în cazul persoanelor juridice este stabilirea competenței teritoriale a instanței care va constata că România nu are competența de a judeca faptele cu care aceasta a fost sesizată.

2.3. Importanța determinării locului săvârșirii infracțiunii în cooperarea judiciară internațională – Competența EPPO

Ajungând la cea de-a treia perspectivă, cea de cooperare judiciară internațională, vom face referire la activitatea Parchetului European, instituție creată prin Regulamentul (UE) 2017/1939 al Consiliului din 12 octombrie 2017 de punere în aplicare a unei forme de cooperare consolidată în ceea ce privește instituirea Parchetului European (EPPO)⁴².

Înainte de a trece la subiectul teritorialității, vom prezenta, succint, competența materială a Parchetului European, care este reglementată în art. 22 din Regulamentul EPPO, prin trimitere la Directiva PIF⁴³. După cum se menționează cu titlu generic încă din dispozițiile art. 86 alin. (2) din T.F.U.E., Parchetul European are ca scop și, în consecință, ca domeniu de competență, cercetarea infracțiunilor care aduc atingere intereselor financiare ale Uniunii Europene. Fără a intra în prea multe detalii în legătură cu acest subiect⁴⁴, menționăm că EPPO este competent cu privire la infracțiunile privind fraudă care aduc atingere intereselor financiare ale Uniunii [art. 3 din Directiva PIF, având corespondent în legislația noastră infracțiunile împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene reglementate în Secțiunea 4¹ din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție și, în privința infracțiunilor de fraudă fiscală referitoare la TVA, corespondentul național este reprezentat de art. 8 și 9 din Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale – EPPO este competent în privința acestor din urmă infracțiuni doar atunci când sunt legate de teritoriul a două sau mai multe state membre și când au produs un prejudiciu de cel puțin 10.000.000 euro, astfel cum reiese din dispozițiile art. 22 alin. (1) din Regulamentul EPPO], alte infracțiuni care aduc atingere intereselor financiare ale Uniunii (reglementate în art. 4 din Directiva PIF: infracțiunile de spălarea banilor, reglementate în art. 49 din Legea nr. 129/2019 infracțiunile de corupție activă și pasivă – conform legii interne, doar luarea și darea de mită, nefiind incluse în reglementarea europeană traficul și cumpărarea de influență⁴⁵ – și deturnarea de fonduri), participarea la o organizație criminală [art. 22 alin. (2) din Regulamentul

⁴² Publicat în J. Of., seria L, nr. 283/1 din 31 octombrie 2017.

⁴³ Denumirea cotidiană dată Directivei (UE) 2017/1371 a Parlamentului European și a Consiliului din 5 iulie 2017 privind combaterea fraudelor îndreptate împotriva intereselor financiare ale Uniunii prin mijloace de drept penal, publicată în JOUE nr. L 198 din 28 iulie 2017, p. 29-41.

⁴⁴ Pentru o prezentare amplă, a se vedea A. Șandru, M. Morar, D. Herinean, O. Predescu, *Parchetul European. Reglementare. Controverse. Explicații*, Editura Universul Juridic, București, 2021, pp. 15-35.

⁴⁵ *Idem*, pp. 71-72.

EPPO, având corespondent infracțiunea prevăzută în art. 367 C.pen.] și infracțiunile legate în mod indisolubil de un comportament infracțional care intră în domeniul de reglementare al Directivei PIF⁴⁶.

2.3.1. Competența teritorială a EPPO

Ajungând la competența teritorială a Parchetului European, *sedes materiae* este art. 23 din Regulamentul EPPO. Prima regulă cu privire la infracțiunile pentru care EPPO este competentă este trasată la litera (a), care este regula teritorialității, respectiv infracțiunile care „(a) au fost săvârșite integral sau parțial pe teritoriul unuia sau mai multor state membre”. Prima chestiune care trebuie menționată este legată de noțiunea de stat membru, care în acest context se referă doar la statele membre U.E. care fac parte din forma consolidată de cooperare transpusă în Regulamentul EPPO⁴⁷, iar nu la toate statele membre U.E.⁴⁸.

Aceste norme de competență teritorială sunt completate de două norme de competență personală, derivate din cea teritorială (prin excluderea faptelor comise pe teritoriul unor state membre), respectiv o normă de competență personală generală – art. 23 lit. (b) din Regulamentul EPPO (când infracțiunile „au fost săvârșite de către un resortisant al unui stat membru, cu condiția ca un stat membru să aibă jurisdicție în privința unor astfel de infracțiuni atunci când sunt săvârșite în afara teritoriului său”) – și o normă de competență personală specială, reglementată în art. 23 lit. (c) din același regulament, când infracțiunile „au fost săvârșite în afara teritoriilor prevăzute la litera (a) de o persoană care face obiectul Statutului funcționarilor sau Regimului aplicabil în momentul săvârșirii infracțiunii, cu condiția ca un stat membru să aibă jurisdicție în privința unor astfel de infracțiuni atunci când sunt săvârșite în afara teritoriului său”. Trebuie remarcat că în cazul acestor din urmă două cazuri de competență personală, se face trimitere directă la jurisdicția statelor membre pentru cercetarea respectivelor fapte. Deși o trimitere similară nu se face în cazul art. 23 lit. (a), aceasta este subînțeleasă în acea situație, fiind evident că fiecare stat membru are jurisdicție în cazul infracțiunilor comise pe teritoriul său.

În cazul teritorialității, observăm diferența față de reglementările naționale din România prezentate anterior – atât art. 8 alin. (4) C.pen., cât și art. 41 alin. (1) C.pr.pen. – ambele reglementări interne având în aparență o definiție mai extinsă a teritorialității, incluzând și situația dacă urmarea imediată a infracțiunii a fost realizată în tot sau în parte pe teritoriul României. Credem că această situație ar putea reprezenta o problemă a Regulamentului, întrucât, dat fiind specificul infracțiunilor de competență EPPO, acestea sunt îndreptate *lato sensu* în privința intereselor financiare ale Uniunii Europene, astfel încât, de regulă, fie Uniunea

⁴⁶ Pentru explicațiile pe larg ale noțiunii, a se vedea *idem*, pp. 78-88.

⁴⁷ La momentul redactării prezentei lucrări, acestea sunt : Austria, Belgia, Bulgaria, Croația, Cipru, Cehia, Estonia, Finlanda, Franța, Germania, Grecia, Italia, Lituania, Letonia, Luxemburg, Malta, Olanda, Portugalia, România, Slovacia, Slovenia, Spania.

⁴⁸ Statele membre U.E. care nu au participat la crearea Parchetului European sunt Danemarca (stat care nu participă la întreg Titlul V din TFUE în cadrul Consiliului), Irlanda, Polonia, Suedia și Ungaria.

Europeană, fie statul membru va fi *persoana vătămată* prin infracțiunile comise. Or, rezultatul se va produce astfel, măcar în parte, pe teritoriul statului membru respectiv, sens în care potrivit definițiilor interne, România va fi competentă să investigheze și judece respectiva infracțiune, fie în baza principiului teritorialității, fie cel puțin în temeiul principiului realității (art. 10 C.pen.). Dar, în situația din urmă, în care faptele au fost săvârșite (din punct de vedere al actelor de executare, instigare și complicitate) exclusiv pe teritoriul unui alt stat terț, care nu este membru al EPPO, de către un cetățean străin, va fi Parchetul European competent pentru această infracțiune, potrivit prevederilor Regulamentului?

La o primă vedere am putea să spunem că nu. Totuși, este greu de imaginat o situație în care niciun act de executare să nu fie realizat pe teritoriul României/ Uniunii Europene și prejudiciul să se producă în România, dar nu este exclus, în special în privința infracțiunilor comise în mediul online (presupunând că este vorba de un proiect finanțat din fonduri europene în care se aplică exclusiv online) sau în cazul altor infracțiuni de competența EPPO, cum ar fi spălarea banilor sau cele de corupție.

În aceste din urmă situații, credem însă că dispozițiile prevăzute în art. 23 lit. (a) din Regulamentul EPPO ar putea fi interpretate în sensul că fac referire la săvârșirea pe teritoriul unui stat membru (inclusiv) conform definițiilor interne stabilite de acestea. Astfel, în situația prezentată *supra*, dacă rezultatul se va produce chiar și în parte în România, infracțiunea va fi considerată comisă pe teritoriul României, atât potrivit art. 8 alin. (4) C.pen., cât și potrivit art. 41 C.pr.pen., astfel încât, prin tranzitivitate, Parchetul European va fi la rândul său competent din punct de vedere teritorial să urmărească o astfel de faptă.

2.3.2. Competența EPPO în cazul persoanelor juridice

Competența EPPO de a cerceta persoane juridice se deduce tot din prevederile Directivei PIF, mai exact din cuprinsul art. 6 și art. 9, deși dispozițiile Regulamentului EPPO nu fac referire expresă la situația unor suspecti sau inculpați persoane juridice⁴⁹. Modelul de răspundere reglementat de această Directivă în cazul persoanei juridice este unul care se poate dovedi problematic în practică⁵⁰, întrucât vine să stabilească exclusiv norme minime de răspundere, care însă sunt

⁴⁹ Pentru o analiză a modalității în care persoanele juridice vor fi parte a investigațiilor EPPO, a se vedea D. Herinean, *Persoana juridică în investigațiile EPPO – o răspundere penală Schrödinger?*, publicat în A.-R. Trandafir, G.-A. Lazăr (coord.), *Răspunderea penală a persoanei juridice. O instituție transatlantică. De la evaluarea vinovăției la aplicarea și executarea sancțiunilor*, Editura Solomon, București, 2021, pp. 53-71.

⁵⁰ În acest sens, a se vedea S. Rădulețu, *Câteva considerații referitoare la răspunderea persoanei juridice prevăzută de Directiva (UE) 2017/1371 a Parlamentului European și a Consiliului din 5 iulie 2017 privind combaterea fraudelor îndreptate împotriva intereselor financiare ale Uniunii prin mijloace de drept penal*, publicat în A.-R. Trandafir, G.-A. Lazăr (coord.), *op. cit.*, pp. 38-53.

greu de conciliat cu diferențele majore existente între modalitatea de reglementare a acestei instituții în statele membre⁵¹.

Ajungând la competența personală în cazul persoanelor juridice, credem că aceasta poate fi întrunită doar în cazul art. 23 lit. (b). După cum se prevede în Legea nr. 157/2015⁵², *prin resortisant al unui stat se înțelege persoana fizică sau juridică având cetățenia, respectiv naționalitatea aceluia stat, în conformitate cu legislația internă a acestuia*⁵³. Așadar, noțiunea de resortisant al unui stat membru (în engleză, „*national of a Member State*”) include inclusiv persoanele juridice având naționalitatea statului membru. Cu toate acestea, regulile de la art. 23 lit. (c) par rezervate persoanelor fizice, dată fiind imposibilitatea ca o persoană juridică să devină funcționar al Uniunii Europene.

Dacă am observat că pot exista dificultăți în privința aplicării teritorialității în general, problema devine și mai spinoasă atunci când ajungem la persoanele juridice. După cum am arătat, principiile atributive de jurisdicție prevăzute în art. 10-11 C.pen. nu sunt aplicabile în cazul persoanelor juridice.

Astfel, pentru ca România și, în consecință, EPPO să aibă competență pentru a urmări persoane juridice, ar fi necesar fie ca faptele să fie săvârșite pe teritoriul României, fie de către persoane juridice române. Cu privire la săvârșirea infracțiunilor de către persoanele juridice, credem că pot fi adăugate aici toate elementele învederate *supra*, la punctele 2.1. și 2.2.

2.3.3. Trimiterea în judecată a cauzelor EPPO

O ultimă chestiune controversată în privința activității EPPO în contextul locului săvârșirii infracțiunii rezidă din dispozițiile art. 36 din Regulament. Regula generală este reglementată în art. 36 alin. (3), conform căreia trimiterea în judecată se va realiza în statul membru în care procurorul european delegat a efectuat urmărirea penală. În această situație nu există probleme, întrucât în mod cert, dacă procurorul european delegat a avut competența de a efectua urmărirea penală,

⁵¹ D. Herinean, *Persoana juridică în investigațiile EPPO – o răspundere penală Schrödinger?*, op. cit., p. 66.

⁵² Legea pentru ratificarea Tratatului dintre Regatul Belgiei, Republica Cehă, Regatul Danemarcei, Republica Federală Germania, Republica Estonia, Republica Elenă, Regatul Spaniei, Republica Franceză, Irlanda, Republica Italiană, Republica Cipru, Republica Letonia, Republica Lituania, Marele Ducat al Luxemburgului, Republica Ungară, Republica Malta, Regatul Țărilor de Jos, Republica Austria, Republica Polonă, Republica Portugheză, Republica Slovenia, Republica Slovacă, Republica Finlanda, Regatul Suediei, Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord (state membre ale Uniunii Europene) și Republica Bulgaria și România privind aderarea Republicii Bulgaria și a României la Uniunea Europeană, semnat de România la Luxemburg în 25 aprilie 2005, publicată în M.Of., Partea I nr. 465 din 01.06.2005.

⁵³ Definiția este aplicabilă, potrivit acestei legi, în înțelesul Tratatului de aderare, al Tratatului de instituire a unei Constituții pentru Europa, al Tratatului de instituire a Comunității Europene, al Tratatului de instituire a Comunității Europene a Energiei Atomice și al Tratatului privind Uniunea Europeană, precum și al altor reglementări comunitare cu caracter obligatoriu.

instanțele judecătorești ale aceluși stat vor avea, la rândul lor, competența de a judeca acea cauză. Această regulă se aplică și în situația în care competența de a judeca acea cauză ar putea aparține mai multor state membre.

Teza finală a aceluiași alineat ne arată că totuși, în situația unei competențe alternative între mai multe state, camera permanentă ar putea să decidă să trimită cauza în judecată în alt stat membru decât cel în care activează procurorul european delegat care a efectuat urmărirea penală, dacă „*există motive suficiente justificate pentru a face acest lucru*”. Nici în această situație nu credem că se pun probleme, dat fiind că e vorba de state membre care au, toate, competența de a investiga/ judeca respectivul caz.

Lucrurile se complică însă când ajungem la dispozițiile art. 36 alin. (4) din Regulamentul EPPO, care reglementează situația conexării (în terminologia C.pr.pen. român, reunirea) unor cauze penale în care au fost investigate aceleași persoane înainte de trimiterea în judecată de către camera permanentă. Într-o astfel de ipoteză, regulamentul menționează că, la propunerea procurorului european delegat, camera permanentă competentă poate decide exercitarea acțiunii penale (trimiterea în judecată) „*în fața instanțelor dintr-un singur stat membru care, în conformitate cu dreptul său, are competență pentru oricare dintre cazurile respective*” (s.n., D.H.). Din utilizarea termenului *oricare* pot să apară în practică situații în care s-ar putea decide trimiterea în judecată a unor cauze conexe într-un stat membru care nu ar avea competența să judece *toate* acele cauze, întrucât dispozițiile Regulamentului nu impun o astfel de regulă. Nu credem că această normă poate fi considerată un temei pentru o eventuală prorogare de competență, întrucât s-ar putea încălca prin aceasta competența generală a instanțelor din România, spre exemplu, dacă ar fi trimisă în judecată o cauză care nu este de competența României nici conform art. 8-11 C.pen., nici conform art. 41-42 C.pr.pen.

Situația în cazul persoanelor juridice ar putea fi și mai gravă, spre exemplu, dacă ar fi trimisă în judecată în România o persoană juridică străină dintre cele care, potrivit legislației din România, nu răspund din punct de vedere penal (cum ar fi o persoană juridică în curs de constituire sau o instituție publică dintr-un stat membru în care răspunderea acestora este una generală⁵⁴).

Chiar dacă astfel de probleme pot apărea în practică din punct de vedere al reglementării analizate, credem că evitarea lor se poate realiza la nivel pretorian, prin modalitatea în care procurorii europeni delegați propun și camerele permanente decid exercitarea acestor norme de excepție în privința competenței. Un rol important îl au în această ecuație procurorii europeni, liantul dintre camerele permanente și procurorii europeni delegați care, verificând conformitatea instrucțiunilor date de camerele permanente cu dreptul național, ar putea să semnaleze orice astfel de posibile situații problematice.

⁵⁴ Pentru diferențe între reglementările statelor membre la EPPO în materia persoanei juridice, a se vedea D. Herinean, *Persoana juridică în investigațiile EPPO – op.cit.*

Scurte concluzii

Ca o concluzie, putem afirma că locul săvârșirii infracțiunii este o axă, iar nu un punct pe hartă, competența fiind atribuită pe tot parcursul axei. În cazul persoanelor juridice, axa se întinde de la primul act realizat de persoana juridică ce denotă o obiectivare, care poate fi calificat ca un act de executare, de instigare sau de complicitate și se întinde până la epuizarea infracțiunii, a rezultatului cel mai grav.

Per a contrario, locul unde persoana juridică fie realizează acte de pregătire, fie cel unde au rămas urme care dovedesc că i s-a conturat vinovăția, elementul subiectiv al răspunderii penale (care poate fi sediul acesteia) nu va putea fi avut în vedere, acesta făcând parte din faza internă a infracțiunii.

Importanța stabilirii locului săvârșirii infracțiunii în cazul persoanelor juridice transcende sferei dreptului penal material, fiind una interdisciplinară, însă credem că întotdeauna analiza trebuie pornită de la principiul ubicuității și modalitatea în care acesta se interpretează în dreptul penal general.

Referințe

- Barbu C., *Aplicarea legii penale în spațiu și timp*, Editura Științifică, București, 1972
- Bodoronce G., Cioclei V., Kuglay I., Lefterache L.V., Manea T., Nedelcu I., Vasile F.-M., Zlati G., *Codul penal. Comentariu pe articole*. ed. a III-a, Editura C.H. Beck, București, 2021
- Bulai C., *Manual de drept penal. Partea generală*, Editura All Educational S.A., București, 1997
- Crișu A., *Drept procesual penal. Partea generală*, Editura Hamangiu, București, 2016
- Herinean D., „Considerente teoretice privind formarea legăturii subiective în cazul răspunderii penale a persoanelor juridice”, în *Analele Universității din București, Seria Drept*, 2019
- Herinean D., *Persoana juridică în investigațiile EPPO – o răspundere penală Schrödinger?*, în Trandafir A.-R., Lazăr G.-A. (coord.), *Răspunderea penală a persoanei juridice. O instituție transatlantică. De la evaluarea vinovăției la aplicarea și executarea sancțiunilor*, Editura Solomon, București, 2021
- Udroiu M. (coord.), Andone-Bontaș A., Bodoronce G., Bogdan S., Bulancea M., Chertes D.-S., Chiș I.-P., Constantinescu V., Grădinaru D., Iugan A.-V., Jderu C., Kuglay I., Meceanu C., Nedelcu I., Popa M., Postelnicu L., Rădulețu S., Șinc A.-M., Slăvoiu R., Tocan I., Trandafir A.-R., Vasiescu M., Zlati G., *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, ed. a III-a, Editura C.H. Beck, 2020
- Lazăr G.-A., „Criterii de evaluare a vinovăției persoanei juridice”, în *Analele Universității din București, Seria Drept*, 2019
- Lazăr G.-A., *Sistemul sancționator aplicabil persoanelor juridice*, Editura Universul Juridic, București, 2021
- Lefterache L.V., *Drept penal, Partea generală. Curs pentru studenții anului II*, ed. a III-a, Editura Hamangiu, București, 2021
- Lefterache L.V., „Răspunderea penală a persoanei juridice. Răspunderea spitalului în cazul infracțiunilor contra vieții, integrității corporale și sănătății săvârșite din culpă”, în *Caiete de Drept Penal nr. 01/2011* (ceol.com)
- Mateuț Gh., *Procedură penală. Partea generală*, Editura Universul Juridic, București, 2019
- Michinici M.-I., Dunea M., *Drept penal. Partea generală. Curs teoretic în domeniul licenței*, Editura Hamangiu, București, 2017

- Mitrache C., Mitrache Cr., *Drept penal român. Partea generală*, ed. a IV-a, Editura Universul Juridic, București, 2022
- Nicolae M. (coordonator), V. Bîcu, G.-A. Ilie, R. Rizoiu, *Drept civil. Persoanele*, Editura Universul Juridic, București, 2016
- Rădulețu S., *Câteva considerații referitoare la răspunderea persoanei juridice prevăzută de Directiva (UE) 2017/1371 a Parlamentului European și a Consiliului din 5 iulie 2017 privind combaterea fraudelor îndreptate împotriva intereselor financiare ale Uniunii prin mijloace de drept penal în Trandafir A.-R., Lazăr G.-A. (coord.), Răspunderea penală a persoanei juridice. O instituție transatlantică. De la evaluarea vinovăției la aplicarea și executarea sancțiunilor*, Editura Solomon, București, 2021;
- Toader T., Michinici M.-I., Răducanu R., Crișu-Ciocântă A., Rădulețu S., Dunea M., *Noul Cod penal: comentarii pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2014
- Sorohan Ș.-I., „Predictibilitate în individualizarea sancțiunilor. Studiu de jurisprudență asupra criteriilor de individualizare a măsurilor educative”, „în *Analele Universității din București, Seria Drept*, nr. 1/2020
- Streteanu F., Nițu D., *Drept penal. Partea generală*, Volumul I, Editura Universul Juridic, București, 2014
- Șandru A., Morar M., Herinean D., Predescu O., *Parchetul European. Reglementare. Controverse. Explicații*, Editura Universul Juridic, București, 2021
- Trandafir A.-R., *Răspunderea penală a persoanei juridice*, ed. a II-a, Editura C.H. Beck, București, 2021
- Trandafir A.-R., *Transmiterea răspunderii penale în cazul reorganizării persoanei juridice*, în Trandafir A.-R., Lazăr G.-A. (coord.), *Răspunderea penală a persoanei juridice. O instituție transatlantică. De la evaluarea vinovăției la aplicarea și executarea sancțiunilor*, Editura Solomon, București, 2021
- Trandafir A.-R., Lazăr G.-A. (coord.), Budăi R., Dunea M., Ghica-Lemarchand C., Herinean D., Jurma A., Kuglay I., Lazăr G.-A., Lefterache L.V., Rădulețu S., Stănilă L., Trandafir A.-R., Udroiș M., Vâlcică E. R., *Răspunderea penală a persoanei juridice. O instituție transatlantică. De la evaluarea vinovăției la aplicarea și executarea sancțiunilor*, Editura Solomon, București, 2021
- Zarafiu A., *Procedură penală. Partea generală. Partea specială*, Editura C.H. Beck, București, 2015

Asociatul unic între optimizare fiscală și abuzul de drept

The sole associate between tax optimization and abusive practice

Ioana Maria Costea¹

Rezumat: Prezentul studiu își propune să analizeze din prisma dispozițiilor de drept fiscal, viabilitatea și sustenabilitatea soluțiilor antreprenoriale privind societățile cu asociat unic. Studiul ridică chestiuni privind realitatea acestui profil profesional, consecințele fiscale ale derulării activității în acest scenariu în comparație cu alte formule și mai ales propune remedii în numele echității fiscale pentru ipoteze de constructe juridice abuzive.

Cuvinte-cheie: asociat unic, impozit pe venit, impozit pe profit, abuz de drept, recalificare

Abstract: This study aims to analyze from the perspective of the provisions of tax law, the viability and sustainability of entrepreneurial solutions for sole proprietorships of companies. The study raises questions about the reality of this professional profile, the tax consequences of doing business in this scenario compared to other formulas and especially to propose remedies in the name of tax equity for abusive tax practice.

Keywords: sole associate, individual income tax, company tax, law abuse, requalification

1. Concepte de lucru: întreprindere, microîntreprindere, IIRC

Definiții și tipologii ale subiectelor de drept găsim în surse normative diferite, motiv pentru care este necesar a delimita aria semantică de lucru a prezentului studiu și implicit consecințele fiscale ale calificărilor subsecvente.

1.1. Conceptul de „întreprindere”

Prima sursă în ordinea priorității pentru definirea conceptelor relevante pentru studiul de față, și de aici deducem și a relevanței, o identificăm în dispozițiile art. 3 din Codul civil, care în stabilirea caracterului general al aplicării Codului civil dispune că acesta se aplică și raporturilor dintre profesioniști. Noțiunea de „profesionist” este definită de art. 3 alin. (2) C.civ. și desemnează pe „*cel care exploatează o întreprindere*”. Din formularea generală a normei rezultă că dispozițiile Codului civil au vocație universală indiferent de forma de organizare, de domeniul de activitate, de caracterul economic al activității, de scopul și rezultatul acesteia². Intenția acestui studiu nu este de a pune în discuție aspecte privind teoria monistă îmbrățișată de legiuitor în construcția Codului Civil. Pentru acest considerent, ne

¹ Conferențiar univ. dr. Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail : ioana.costea@uaic.ro

² Ghe. Piperea, „Concepția monistă a noului Cod civil: intenția și realitatea”, în *Revista Română de Dreptul Afacerilor*, nr. 6/2011, pp. 13-31.

vom focusa atenția asupra conceptului de „întreprindere” pentru a extrage de aici genul proxim și de ce nu indicii privind diferențele specifice față de alte instituții relevante. În dorința de a fi explicit, legiuitorul definește „întreprinderea” în art. 3 alin. (3) C.civ. „*Constituie exploatarea unei întreprinderi exercitarea sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri, indiferent dacă are sau nu un scop lucrativ*”. Registrul fiscalist ne permite, raportat la această definiție, să observăm similitățile cu definiția persoanei impozabile din materia TVA, fiind preponderente o serie de caracteristici: (i) lipsa de relevanță a numărului de persoane implicate în întreprindere, chiar și lipsa de relevanță a modului de organizare, implicat a prezenței ori absenței personalității juridice; (ii) caracterul organizat al activității (similar caracterelor de independență și continuitate din materie TVA³)⁴ (iii) domeniul de activitate (și anume tranzacții privind bunuri și servicii) și ca diferență specifică (iv) vocația universală în ceea ce privește scopul activității (indiferent dacă acesta este lucrativ sau nu). Paralela făcută nu este doar reflexul unei convingeri a autoarei că materia TVA este organic legată de dinamica obligațiilor între profesioniști și că, pe cale de consecință, este indisolubil lecturabilă în cheia dispozițiilor Codului Civil, ci are rolul de a evidenția unitatea de viziune normativă acolo unde sunt generate norme juridice cu aplicabilitate extinsă. Domeniul raporturilor dintre profesioniști și reflectarea acestuia în dinamica TVA (cu efectul secundar de sursă extrem de consistentă pentru bugetele naționale) reclamă definiții generice, care iau în considerare repere comune, așa cum am arătat mai sus.

În această matrice destul de laxă și flexibilă, se modulează linii diferite în combinații ale valorilor utilizate în definiție: persoane înregistrate în Registrul Comerțului (organizate prin efortul unuia sau mai multor participanți), societăți agricole, societăți cooperative, cooperative, cooperative agricole, case de ajutor reciproc, cooperative de credit, grupuri economice, asociații, fundații, sindicate, federații, partide politice, societăți fără personalitate juridică și lista poate continua. Rolul și funcțiile acestor forme de organizare a unei activități profesionale – o întreprindere – nu sunt întotdeauna foarte clare; unele clivaje sunt încă sunt notabile, deși nu mai au temeii normativ (distincția societate comercială vs. societate agricolă); unele intervenții sunt simple efecte ale transplanturilor normative fără a avea funcții proprii (distincția societate agricolă vs. cooperativă agricolă); unele forme de lucru se particularizează prin scopul activității și calificări

³ A se vedea: Art. 9 alin. (1) din Directiva 2006/112 privind sistemul comun al TVA „Persoană impozabilă” înseamnă orice persoană care, în mod independent, desfășoară în orice loc orice activitate economică, indiferent de scopul sau rezultatele activității respective” transpus în dispozițiile art. 269 alin. (1) din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal: „Este considerată persoană impozabilă orice persoană care desfășoară, de o manieră independentă și indiferent de loc, activități economice de natura celor prevăzute la alin. (2), oricare ar fi scopul sau rezultatul acestei activități”.

⁴ Pentru detalii, a se vedea: I.M. Costea, *Drept financiar. Note de curs*, Editura Hamangiu, București, 2020, pp. 240 și urm.

speciale (domeniul bancar, întreprinderile sociale etc.); alte demersuri solicită limpeziri conceptuale, cum este cel care stă la baza prezentului studiu.

Înainte de a continua demersul de inventariere a conceptelor de lucru prin identificarea unor dispoziții speciale se impune să epuizăm dispozițiile Codului civil și să invocăm prevederile art. 187 și urm., cu caracter generic și introductiv în materia persoanei juridice: „Art. 187 - *Elementele constitutive: Orice persoană juridică trebuie să aibă o organizare de sine stătătoare și un patrimoniu propriu, afectat realizării unui anumit scop licit și moral, în acord cu interesul general; Art. 188 - Calitatea de persoană juridică: Sunt persoane juridice entitățile prevăzute de lege, precum și orice alte organizații legal înființate care, deși nu sunt declarate de lege persoane juridice, îndeplinesc toate condițiile prevăzute la art. 187*”. Invocarea acestui grup de dispoziții ilustrează dincolo de orice dubiu absența suprapunerii complete între conceptul de „întreprindere” și conceptul de „persoană juridică” și organizează materia după trei elemente simple relativ comune: (i) o structură internă (o organizare de sine stătătoare); (ii) un patrimoniu distinct; (iii) afectarea acestui patrimoniu unui scop (indiferent dacă patrimonial sau nu) în limitele legii și ale moralei (aspect, care nu este precizat expres în dispozițiile de la art. 3, dar care poate fi extras din dinamica generică a Codului civil).

1.2. Un incident de politică publică – conceptul de „microîntreprindere”

O clasificare sui generis. Deși pare prematur în narațiunea studiului nostru, aflându-ne în proximitatea imediată a conceptului de „întreprindere” vom încerca să identificăm și elementele de diferență specifică raport la categoriile distincte: „microîntreprindere”, „întreprindere mică” și „întreprindere mijlocie”. Conceptele au un substrat protecționist din sfera întreprinderilor emergente și a preocupării pentru ocrotirea acestui tip de demers antreprenorial, reglementat prin acte normative speciale precum Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii⁵ și O.U.G. nr. 6/2011 pentru stimularea înființării și dezvoltării microîntreprinderilor de către întreprinzătorii debutanți în afaceri⁶. Legea nr. 346/2004 cu o prudență demnă de apreciat stabilește prin dispozițiile art. 1 caracterul general al întreprinderii, într-o definiție cumva similară celei din Codul civil. Particularitatea vine din faptul că în contextul legii speciale „întreprinderea” are scop lucrativ (*animus lucri*) constând în obținerea de venituri (acest scop nu se suprapune integral cu scopul unui „comerciant” în sensul vechiului Cod comercial, de vreme ce inclusiv o asociație, entitate fără scop lucrativ, poate obține venituri din activități economice). Pe cale de consecință, este necesară o revizuire a dispozițiilor legii speciale pentru a limpezi domeniul său de aplicare. În așteptarea acestei intervenții normative, identificăm prin dispozițiile art. 4 criterii cantitative de calificare: „*microîntreprinderi - au până la 9 salariați și realizează o cifră de afaceri anuală netă sau dețin active totale de până la 2 milioane euro, echivalent în lei; întreprinderi mici - au între 10 și 49 de salariați și realizează o*

⁵ M.Of. nr. 681 din 29 iulie 2004.

⁶ M.Of. nr. 103 din 9 februarie 2011.

cifră de afaceri anuală netă sau dețin active totale de până la 10 milioane euro, echivalent în lei; întreprinderi mijlocii - au între 50 și 249 de salariați și realizează o cifră de afaceri anuală netă de până la 50 milioane euro, echivalent în lei, sau dețin active totale care nu depășesc echivalentul în lei a 43 milioane euro”⁷. Raportat la această calificare mai notăm cu titlu de curiozitate normativă că prin O.U.G. nr. 6/2011 deși titlul actului normativ utilizează aceleași concepte „microîntreprindere” și „întreprinzător”, în cuprinsul actului normativ (pe care vom îndrăzni să îl criticăm ca fiind discriminatoriu), categoria „microîntreprindere” este limitativ asociată cu forma juridică a unei „societăți cu răspundere limitată”, cu excluderea întreprinzătorilor persoane fizice.

Un concept cu funcții proprii: microîntreprinderea în sensul legislației fiscale. Dincolo de delimitările din Legea nr. 346/2004 cu funcționalitățile sale, conceptul de „microîntreprindere” este preluat cu un sens propriu în dispozițiile Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal. Pentru că în acest context conceptul are valențe proprii și determină consecințe de tipul *specialia derogant*, Codul fiscal instituie prin art. 47 o definiție despre care putem remarca diacronic că este obiectul a numeroase modificări. În forma actuală a Codului fiscal⁸, conceptul de „microîntreprindere” este organizat în jurul a patru elemente: (i) art. 47 alin. (1) teza introductivă: „o persoană juridică română”⁹; (ii) art. 47 alin. (1) lit. c) veniturile realizate sub plafonul de 1.000.000 euro (plafon supus adesea modificărilor de politică fiscală); (iii) art. 47 alin. (1) lit. d) titularii capitalul social să fie privați (altele decât statul și unitățile administrativ-teritoriale); (iv) art. 47 alin. (1) lit. e) nu se află în dizolvare, urmată de lichidare, înregistrată în registrul comerțului sau la instanțele judecătorești. În economia prezentului studiu, prezintă relevanță teza inițială a articolului și anume că microîntreprinderea în sens fiscal este o persoană juridică română. Observăm că dinamica conceptuală a Codului fiscal este atașată de criterii cum ar fi naționalitatea, relevante în problematica aplicării teritoriale a impunerii. Mai subliniem viziunea unitară a Codului fiscal față de forma de organizare a activității, dispozițiile fiind aplicabile cu caracter general dincolo de forma de organizare (a se vedea precizările de la secțiunea 1.1. privind viziunea unitară inclusiv a Codului civil în această materie). Reținem totuși că în materie fiscală funcționează extrem de abrupt clivajul persoană fizică vs. persoană juridică, clivaj care așa cum vom arăta nu are o justificare extrem de relevantă privind stabilirea bazei impozabile. Clivajul impozit pe profit (cu varianta impozitul pe venitul microîntreprinderilor) vs. impozit pe venit; generalizarea

⁷ Pentru detalii, a se vedea: Ilucă, D.M. „Limite și provocări în clasificarea întreprinderilor. Criterii europene și criterii naționale”, în *Analele Științifice ale Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași, seria Științe Juridice*, Tom 64, nr. 1/2018, pp. 123-136.

⁸ La data de 1.07.2022.

⁹ Sunt exceptate din sfera conceptului de „microîntreprindere”, conform art. 47 alin. (3): a) Fondul de garantare a depozitelor în sistemul bancar, constituit potrivit legii; b) Fondul de compensare a investitorilor, înființat potrivit legii; c) Fondul de garantare a pensiilor private, înființat potrivit legii; d) Fondul de garantare a asiguraților, constituit potrivit legii; e) entitatea transparentă fiscal cu personalitate juridică.

sistemului de auto-impunere vs. autoimpunere alternativ cu reținere la sursă; determinarea bazei impozabile în sistem real vs. determinarea bazei impozabile în sistem real, mixt ori forfetar sunt toate instituții organizate pe axa persoană juridică vs. persoană fizică, indiferent de obiectul de activitate, caracterul profesionist al acesteia (unele elemente neprofesioniste sunt relevante în ipoteza persoanei fizice), ori scopul activității.

1.3. Un cadru particular – conceptul de profesionist înregistrat în Registrul comerțului

Conform Legii nr. 26/1990 privind Registrul comerțului în sfera întreprinderilor funcționează o linie matriceală sinuoasă a profesioniștilor care sunt obligați să se înregistreze în Registrul comerțului, indicați de art. 1 alin. (1): „*următoarele persoane fizice sau juridice: persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, societățile comerciale, companiile naționale și societățile naționale, regiile autonome, grupurile de interes economic, societățile cooperative, organizațiile cooperatiste, societățile europene, societățile cooperative europene și grupurile europene de interes economic cu sediul principal în România, precum și alte persoane fizice și juridice prevăzute de lege*”. Procedural, demersul se fundamentează pe un obiectiv de transparență a existenței și activității respectivului profesionist, interes ce rămâne sectorial, de vreme ce pentru alte categorii de profesioniști legiuitorul nu a finalizat demersuri similar de transparente pentru registrele de evidență (a se vedea asociațiile și fundațiile, societățile agricole). Acest obiectiv se materializează suplimentar (dacă nu chiar dublat) cu dispoziții din materie fiscală, unde înregistrarea fiscală este o procedură obligatorie pentru toți contribuabilii indiferent de forma de organizare a acestora. *De lege ferenda*, unificarea acestor registre sectoriale ar închide interogații fără prea multe funcționalități.

Revenind la conținutul conceptual, notăm că prin promovarea tezei moniste asupra Codului civil, conceptul de profesionist-comerciant a fost parțial suprimat. Astfel, noțiunea de „comerciant” pare a fi o noțiune de evitat¹⁰; este cert că raportat la dispozițiile art. 1 din Legea nr. 26/1990 nu a fost înlocuită cu noțiunea de „profesionist”. De asemenea, nu există suprapunere perfectă nici între noțiunea de „comerciant” și noțiunea de „întreprindere”; aceasta din urmă este mai amplă și include și alte categorii juridice. Conceptual, distingem ca specie a conceptului de „profesionist” și a conceptului de „întreprindere” categoria „întreprinderilor înregistrate în Registrul Comerțului” (IIRC). Subliniem că derivă din art. 3 alin. (1) C. civ., prin filtrul art. 1 din Legea nr. 26/1990, faptul că aceste IIRC funcționează sub forme juridice diferite, organizate punctual de O.U.G. nr. 44/2008¹¹ și Legea nr.

¹⁰ I.M. Costea, „Comerț, comerciant, comercial–cuvinte de (ne) rostit în dreptul fiscal”, în *Tax Magazine*, nr. 1/2021, pp. 9-15.

¹¹ O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, M.Of. 328 din 25 aprilie 2008.

31/1990¹² – legea societăților (denumire devenită improprie de vreme ce subzistă mai multe surse de reglementare a materiei societăților și mai multe tipuri de societăți, care nu fac obiectul Legii nr. 31/1990).

În scopul studiului nostru, vom încerca să extragem din bogata și relevantă doctrină de drept comercial, răspuns la întrebările: ce caracterizează un „comerciant” sau mai bine spus o IIRC? Elementele centrale ale constructului de IIRC sunt „comercialitatea”¹³, celeritatea, simplitatea, creditul și securitatea acestuia. În viziunea autorilor de drept comercial, se realizează o corespondență între „comerciant” și „întreprindere” (cu mențiunea noastră că acest ultim concept este mai amplu decât conceptul de IIRC și pe cale de consecință există întreprinderi care nu parcurg procedura de înregistrare în registrul comerțului). Astfel, din jocul parte-întreg derivă caracterele juridice ale unui „profesionist-comerciant” (sic!) prin similitudine de elemente: exercitarea sistematică a activității; caracterul autonom al acesteia¹⁴; caracterul continuu cu titlu de profesie al activității (cu mențiunea că alți profesioniști nu se înregistrează în registrul comerțului); Caracterul opțional al personalității juridice (întreprindere societară vs. întreprindere individuală); criteriul formal al înregistrării în registrul comerțului¹⁵; criteriul subiectiv al scopului obținerii de profit¹⁶ (*animus lucri*¹⁷)¹⁸; criteriul subiectiv

¹² Legea 31/1990 societăților, republicată în M. Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2004.

¹³ S. Angheni, *Tratat de drept comercial*, Editura C.H. Beck, București, 2019, pp. 4 și urm.; St. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial român*, ed. a VI-a actualizată, Editura Universul Juridic, București, 2019, pp. 33 și urm.

¹⁴ St. Cârpenaru, *op.cit.*, p. 35.

¹⁵ S. Angheni, *op.cit.*, pp. 49 și urm.

¹⁶ *Idem*, p. 50.

¹⁷ St. Cârpenaru, *op.cit.*, p. 36.

¹⁸ Aici conceptul de „profit” are semnificația relevantă de Codul fiscal în ipoteza impozitului pe profit, fără a fi însă limitat la această formă de impunere, în sensul că formula de determinare a rezultatului fiscal la impozitul pe profit este o formulă cu valențe universale în ceea ce privește calificarea rezultatului pozitiv ori negativ al unei întreprinderi. Acest rezultat pozitiv ori negativ este un element intrinsec al dinamicii întreprinderii, rezultatul pozitiv este scopul organizării activității și prezintă relevanță pentru economia acesteia dincolo de efectul fiscal secundar. Consecința acestei precizări este că „profit” urmărește și o IIRC supusă unei alte forme de impunere, cum ar fi impozit pe venitul microîntreprinderilor (pentru anumite persoane juridice) ori impozitul pe venit (pentru persoane fizice). În ipoteza impozitului pe venit, nu prezintă relevanță modul de determinare a bazei impozabile: real, mixt, forfetar, acesta fiind doar o modalitate de relevare a „profitului” în raport cu organul fiscal, care are la bază considerente de optimizare atât a gestiunii contribuabililor (pentru creditorul fiscal), cât și a sarcinii fiscale (pentru contribuabil). Cu privire la consecințele acestor clivaje, a se vedea: I.M. Costea, D.M. Ilucă „Cain, Abel și Codul fiscal... sau despre truda pământului ca fapt generator al impunerii”, în *Tax Magazine*, nr. 2/2022, pp. 11-21; „IT-iștii, codul și... Codul fiscal”, în *Tax Magazine*, nr. 1/2022, pp. 11-21; „Janus Quadrifrons, păzitor neiscusit al legalității în materia impunerii persoanei fizice Janus Quadrifrons, Underserved Guardian of Legality in matter of Personal Taxation”, în *Analele Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași. Seria Științe*

derivat al organizării activității pe riscul propriu. În interiorul conceptului de IIRC, doctrina distinge între „comercianții” persoane fizice și „comercianții” persoane juridice. Raportat la caracterele juridice precizate, distincția izvorăște din formarea opțională a personalității juridice și nu din pluralitatea de subiecte participante la gestiunea activității (transversal subzistă forme de organizare a comerciantului persoană fizică cu pluralitate de subiecte: întreprinderea familială și forme de organizare a comerciantului persoană juridică cu asociat unic). Unele consecințe secundare sunt notabile: accesul rezervat doar anumitor IIRC persoane juridice la activități speciale clasificate conform CAEN ori la mai multe activități; caracterul *intuitu personae* al unor forme de organizare ce determină verificarea condițiilor de autorizare ori calificare etc. în persoana IIRC persoană fizică.

Raportat la acest criteriu al personalității juridice și al pluralității de participanți la întreprindere, regimurile juridice dobândesc o serie de coloraturi formale. Astfel, înregistrarea în registrul comerțului are la bază, după caz un statut ori un contract de societate; funcționare „întreprinderii” se impregnează de instituții privind controlul gestiunii activității în cazul pluralității de subiecte, cum ar fi existența și rolul adunărilor generale, existența și rolul corpurilor de administrare colectivă¹⁹, existența dreptului de informare, dreptului de vot al asociaților, dreptului de a acționa în justiție ori dreptului de a se retrage din societate, cu corolarul excluderii asociaților²⁰.

Cu privire la pluralitatea de participanți la constituirea și funcționarea societăților, Codul civil în articolul 1881 definește contractul de societate, raportat la pluralitatea de subiecte ale acestui contract. Acest criteriu este subsidiar în constituirea și funcționarea unei întreprinderi, fiind precedat de criteriul separației de patrimonii. Atunci când o societate este înregistrată în registrul comerțului, are în sensul art. 187 C.civ. un patrimoniu propriu, se activează registrul personalității juridice proprii indiferent de numărul de asociați. Pluri-participarea asociaților la constituire este de natura și nu esența demersului constitutiv al unei societăți; pe cale de consecință, prin dispoziții derogatorii în materie de societăți înregistrate în registrul comerțului, conform art. 5 din Legea nr. 31/1990, o societate poate fi rezultatul „unui act de voință al unei singure persoane”. Înțelegem că ipoteza derogatorie are o miză proprie care rămâne a fi identificată prin prezentul studiu și care generează fără îndoială o serie de consecințe juridice.

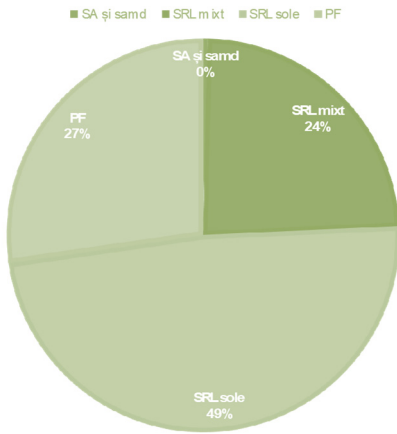
Această ipoteză de lucru oferă o premisă privind distribuirea raportului general-derogatoriu, premisa normativă fiind că societatea cu asociat unic este o apariție exoterică, derogatorie în spațiul societar. Acest model normativ pare să fie infirmat de informații punctuale privind dinamica persoanelor juridice înregistrate în Registrul Comerțului. Astfel, o interogația privind distribuția formelor de organizare a diferitelor activități de comerț ne arată o pondere masivă a soluției antreprenoriale orientate către societățile cu răspundere limitată, dintre care o

Juridice, Tom LXVII, 2022, nr. 1, pp. 191-209; „Artiștii, aurul și ... Codul Fiscal”, în *Tax Magazine*, nr. 6/2021, pp. 412-426.

¹⁹ Indiferent de sistemul utilizat: unitar ori dualist.

²⁰ S. Angheni, *op.cit.*, pp. 280 și urm.; S. Angheni, *op.cit.*, pp. 297 și urm.

pondere covârșitoare o reprezintă societățile cu răspundere limitată, cu asociat unic (denumite în sensul prezentului articol SRL sole, *brevitatis causa*).



Situație sintetizată pe baza datelor comunicate de ONRC la 1.05.2022

Analiza cantitativă nu este un instrument veritabil în materia științelor juridice, însă ne prilejuiește o interogație privind succesul *de facto* al acestui format antreprenorial. Explicațiile pot fi multiple, cu conținut socio-economic, derivând din lipsa de maturitate a spațiului antreprenorial național, din flexibilitatea majoră a societății cu răspundere limitată atât ca obiect de activitate (accesibile în cvasi-majoritatea lor), cât și ca formulă simplificată de constituire (raportat la capitalul social pretins la constituire) ori de administrare (formule simplificate de organizare a organis-

melor de administrare a societăților cu răspundere limitată). Observăm aici că ipoteza SRL sole este derogatorie nu numai sub aspectul modului de constituire, cât și cu privire la elementele enumerate anterior privind funcționarea întreprinderii, care nu mai justifică anumite instituții fie din omniprezența asociatului unic (adesea și administrator și „lucrător” al societății), fie din imposibilitatea continuării activității (spre exemplu, în ipoteza în care asociatul unic stabilește încetarea activității). Exemplificăm aici cu inutilitatea dreptului de vot ori a excluderii asociatului ori ficțiunea care îmbracă conceptul de „participare la profit și pierderi”²¹.

Existența unei asemenea dinamici decizionale este confirmată de relativa popularitate a formulelor de antreprenariat organizate în jurul unui singur asociat. Revenind la motivele succesului acestui tip de IIRC, „SRL sole”, amintim răspunderea limitată la aport; accesul la o plajă mai amplă de activități economice decât în cazul IIRC persoană fizică, unele consecințe fiscale (pe care le vom discuta mai jos.) O serie de explicații pot fi de natură motivațională din registre culturale, psihologice și pseudo-filosofice privind motricitatea activității economice și legătura organică a acesteia cu energiile creatoare ale individului care domină trei sferturi din demersurile antreprenoriale naționale. Am adăuga la aceste registre și un filtru de optimizare juridică, în interiorul căreia rămâne să cântărim ponderea optimizării fiscale. Altfel spus prezentul studiu ridică interogația dacă opțiunea masivă spre formule antreprenoriale „sole” este determinată și de formulele

²¹ S. Angheni, *op.cit.*, pp. 142 și urm.

normative privind fiscalitatea și parcursului de administrare a obligațiilor fiscale de viitorul profesionist/contribuabil.

2. Opțiunea în spațiul fiscal – optimizare fiscală prin forma de organizare a activității

Optimizarea fiscală prin opțiune²² presupune o premisă constând în formule normative relativ echivalente ca și efect, care au dimensiuni fiscale diferite. Efectul echivalent îl vom aprecia raportat la accesul la activitatea economică dorită de subiectul de drept; cu unele excepții limitative, activitățile din clasificarea CAEN sunt accesibile în mai toate formele: IIRC persoană fizică; IIRC juridică emergând din voința unei singure persoane; IIRC persoană juridică emergând dintr-un acord plurilateral de voință. Condiționalitățile pentru a accesa și exercita cvasi-majoritatea activităților economice sunt relativ echivalente ori puțin diferite, fapt pentru care dincolo de unele discuții privind costurile administrării acestor forme de lucru apreciem ca relevante parcursurile fiscale derivând din aceste formule antreprenoriale.

Printr-o lectură a Codului fiscal, în ceea ce privește impunerea directă, constatăm o predilecție a legiuitorului român spre formalism. Criteriul profesionalizării activității sublimează în fața criteriului formal al personalității juridice (cu contrazicerea elementelor comune relevate până acum prin prezentul studiu). În subsidiar, pare să prevaleze cu o incidență inexplicabilă chestiunea privind separația de patrimonii și derivatul acesteia privind organizarea de evidențe contabile (deși în opinia noastră acest derivat este organic legat de dinamica unei întreprinderi și în lumina dispozițiilor art. 3 alin. (3) C. civ. nu trece prin filtrul formal al dobândirii pe personalitate juridică fapt pentru care și patrimoniile de afecțiune sunt relevate în evidențe contabile²³). Astfel, tipul de impozit direct datorat, modul de determinare a bazei impozabile cu unele consecințe în volumul de creanțe fiscale, sistemul de colectare și lichidare a impunerii sunt organizate urmând clivajul persoană juridică vs. persoană fizică, după criterii formale. Remarcăm, cumva contraintuitiv, că prima categorie de subiecte de drept fiscal adresate prin Codul fiscal este cea a persoanelor juridice, deși acestea nu sunt primele în ordinea firii, fiind precedate organic de persoanele fizice. Mai observăm că acest mod de organizare a materiei, cu ignorarea altor caracteristici, cum ar fi spre exemplu calitatea de IIRC ce prezintă relevanță în contextul scopului lucrativ (ar părea firesc ca impozitul pe profit să se aplice celor care se organizează pentru a realiza profit și anume tuturor IIRC, nu numai

²² Pentru detalii, a se vedea: I.M. Costea, *Optimizarea fiscală. Soluții, limite, jurisprudență*, Editura C.H. Beck, București 2011.

²³ Subliniem și aici că în opinia noastră, organizarea de evidențe contabile are scopuri de administrare a patrimoniului și devine relevantă în contexte în care este necesar a determina viabilitatea unui patrimoniu sau unui patrimoniu de afecțiune, a face dare de seamă din partea unui administrator față de titularul patrimoniului. Asocierea evidențelor contabile cu funcțiile lor fiscale este simplistă și omite rolul vital al acestora în gestiunea patrimoniului ori a patrimoniului de afecțiune.

persoanelor juridice și cu certitudine nu tuturor întreprinderilor, acestora nefiindu-le omni-caracteristic scopul lucrativ). Criteriul scopului, deși extrem de relevant în dinamici de drept fiscal și în economia prezentului studiu, este extrem de volatil, motiv pentru care legiuitorul fiscal optează pentru criteriul formal al personalității juridice, relevant doar pentru o parte a conceptului de „întreprindere”.

În pofida acestei opțiuni normative, vom rămâne în misiunea prezentei analize în proximitatea dinamicii cauză-scop, deoarece deși pare că nu are relevanță de prim nivel în acest registru formal, această dinamică determină opțiunea contribuabilului cu privire la modul de organizare a activității. Astfel, față de consecințele fiscale indicate mai sus, fiecare cu costuri proprii și chiar cu greutate fiscală diferită, un contribuabil se poziționează subiectiv și face o opțiune (posibilă în marea majoritate a cazurilor, sub umbrela largă a conceptului de „întreprindere”) cu privire la modul de organizare a activității.

Opțiunea întreprindere persoană fizică vs. întreprindere persoană juridică este doar aparent o decizie abruptă. Prin formulele normative care permit pluralitatea de participanți în întreprindere aceasta se atenuază semnificativ. La limită, suntem în prezența unei matrice cvadridimensionale: persoană fizică autorizată, cu variațiunea ușor nejustificată a întreprinderii individuale, (un singur antreprenor cu patrimoniu de afecțiune); întreprindere familială (mai mulți antreprenori cu un patrimoniu de afecțiune); SRL sole (un antreprenor cu o persoană juridică nouă); SRL mixt, SA ș.a.m.d. (mai mulți antreprenori cu o persoană juridică nouă). Statistic se dovedește că ultima formulă deși prima adresată de Codul fiscal și cultural cea mai asociată conceptului de „întreprindere” este îmbrățișată doar de un sfert dintre antreprenori; la cealaltă extremă prima formulă deși tratată de Codul fiscal ca soluție secundară se dovedește statistic a fi la fel de populară.

Ceea ce a determinat prezentul studiu este apetența masivă a profesioniștilor pentru formula SRL-sole. O societate fără contract de societate, cu o separație de patrimonii mai mult formală de vreme de asociatul unic exercită controlul integral și deplin asupra dinamicilor patrimoniale, adesea fără salariați²⁴, fără dinamici reale de gestiune a întreprinderii pare să fie forma preferată de întreprindere. Această formă de lucru se poate clasifica în lumina Codului fiscal sub conceptul de „microîntreprindere” și adesea îndeplinește criteriile prevăzute de Codul fiscal. Această predilecție este obiectul unei constante preocupări a legiuitorului fiscal, ceea ce explică și labilitatea modului de reglementare a impunerii pentru această categorie de contribuabili.

Desigur se ridică întrebarea care sunt consecințele fiscale ale acestei clasificări? Vom încerca să răspundem la această întrebare prin delimitare nu față de impozitul pe profit (aplicabil veritabilelor persoane juridice, dimensiunea matriceală nr. 4), ci față de impunerea persoanei fizice dând întâietate fundației constructului (și anume unicitatea antreprenorului) față de forma juridică aleasă. Impunerea persoanei fizice are o particularitate și anume că nu se limitează la

²⁴ <https://evz.ro/codul-fiscal-se-modifica-facilitatile-fiscale-eliminate-taxe-microintreprinderi-calulate-diferit.html>

modul de determinare a impozitului pe venit, unde rigoarea matematică ar arăta că cel puțin în cazul normelor de venit și a regimului real mixt, impozitul direct (impozit pe venit)²⁵ are o faimoasă economicitate. Impunerea directă a persoanei fizice prin impozitul pe venit este completată semnificativ prin efectul oneros al contribuțiilor sociale și al contribuțiilor sociale de sănătate, care duc impunerea directă spre un volum de 40% din venituri indiferent dacă sunt determinate real, mixt ori forfetar (la volum de afaceri de 1.000.000 euro pentru simetrie ar determina un volum de creanță fiscală de 400.000 euro cu epuizarea dinamicii forfetare pentru sistem real ori de 240.000 euro pentru sistem real mixt). Față de acest volum fiscal, impunerea microîntreprinderii de maxim 30.000 euro anual (la un volum de afaceri de 1 milion de euro, calculat prin aplicarea cotei de 3% în ipoteza SRL sole fără salariați) dublat de 5% impozit pe dividende (cu un volum maxim de 50.000 euro destul de improbabil) și adăugat cu contribuția socială la asigurări de sănătate (10% din 1.000.000 și anume 100.000 euro), este evident mult mai economicoasă. Unele atenuări sunt posibile din discriminatoriul drept de opțiune al profesioniștilor persoane fizice pentru baza de impunere la contribuții sociale, fapt pentru care *de lege ferenda* se impune uniformizarea bazei de calcul a acestei contribuții în ipoteză de venituri salariale și venituri nesalariale.

Dacă aritmetica fiscală probează o diferență între volumul de creanță fiscală *de maximis* subzistă întrebarea ridicată prin prezentul studiu dacă dreptul de opțiune este real în sensul că o consecință fiscală cu un ecart mare este prin ea însăși temei suficient al dreptului de opțiune, cu negarea altor dinamici etiologice? Am îndrăzni să răspundem negativ; vom invoca ca și argument materia impunerii indirecte, TVA – unde asemenea consecințe fiscale nu există ori sunt cu totul excepționale (a se vedea regimul de scutire pentru întreprinderi mici unde plafonul este de 300.000 lei) și au un impact redus. Pe cale de consecință, de vreme ce nu prezumăm un legiuitor fiscal atât de generos cu contribuabilul cât să îi amenajeze spații de economisire spre jumătate din volumul de creanțe fiscale, apreciem că suntem în prezența unei pseudo-opțiuni, ce poate fi calificată drept abuz de drept.

2.2. Abuzul de drept – definiții și dimensiuni

Întrucât este extrem de primejdioasă pentru demersul analitic orice proximitate a hermeneuticii suspiciunii, ne vom feri de a face presupoziii cu privire la dinamici etiologice și ne vom întoarce la matricele normative.

O cvasi-definiție a abuzului de drept identificăm la nivelul dispozițiilor art. 15 din C.civ.: „Niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe”²⁶. Definiția este mai degrabă prohibitivă în sensul că interzice exercitarea unui drept cu scopul de a vătăma ori păgubi pe altul, de manieră excesivă sau nerezonabilă. Am reluat indicii semantici ai textului normativ pentru a sublinia nu numai dimensiunea etiologică implicată, dar și recurgerea la registrul comun al bunei-credințe și al

²⁵ Reglementat sub varii forme prin dispozițiile Titlului IV din Codul fiscal, art. 58-134.

²⁶ Pentru detalii privind dreptul comun în materie civilă, a se vedea: C. M. C. Ignatescu, *Abuzul de drept*, Editura Lumen, Iași, 2013.

unui comportament rezonabil²⁷. Apreciem că în disputa de fundamentare a abuzului de drept cu luarea în considerare a liniilor matriceale deja prezentate prevalează teoria subiectivă a abuzului de drept, teorie care centrează conceptul în jurul lui „*animus nocendi*” cu delimitări față de reaua-credință, dol și fraudă²⁸.

Abuzul de drept fiscal este definit de doctrină ca „simulația sau fraudă la lege motivate de a tinde spre un scop exclusiv fiscal”²⁹ ... „cu urmărirea unor obiective ... care au ca motiv principal eludarea sau atenuarea sarcinilor fiscale ale celui interesat față de ipoteza în care aceste acte nu ar fi fost făcute sau realizate”³⁰.

În materie fiscală, abuzul de drept este reglementat de art. 11³¹ din Codul fiscal (ca regulă generală, cu dispoziții speciale privind tranzacțiile transfrontaliere artificiale, contribuabilii inactivi și persoanele impozabile în materie de TVA), *expressis verbis* și în materii speciale, cum ar fi art. 40³² care transpune Directiva

²⁷ C.T. Ungureanu, A. Toader, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Editura Hamangiu, București, 2019; Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, Editura Hamangiu, București, 2022.

²⁸ H.P. Constantin, *Abuzul de Drept*, în *Pandectele române*, nr. 11/2010, pp. 71-96

²⁹ N. Jacquot, *JurisClasseur Procédures fiscales, Fasc. 378 : Abus de droit fiscal – Procédure*, LexisNexis 2021, pct. 4.

³⁰ *Idem*, pct. 7.

³¹ Art. 11 - Prevederi speciale pentru aplicarea Codului fiscal: „(1) La stabilirea sumei unui impozit, a unei taxe sau a unei contribuții sociale obligatorii, autoritățile fiscale pot să nu ia în considerare o tranzacție care nu are un scop economic, ajustând efectele fiscale ale acesteia, sau pot reîncadra forma unei tranzacții/activități pentru a reflecta conținutul economic al tranzacției/activității. Organul fiscal este obligat să motiveze în fapt decizia de impunere emisă ca urmare a neluării în considerare a unei tranzacții sau, după caz, ca urmare a reîncadrării formei unei tranzacții, prin indicarea elementelor relevante în legătură cu scopul și conținutul tranzacției ce face obiectul neluării în considerare/reîncadrării, precum și a tuturor mijloacelor de probă avute în vedere pentru aceasta.” (...) (12) În cazul în care se constată că există un abuz de drept, tranzacțiile implicate în astfel de practici abuzive trebuie redefinite, astfel încât să se restabilească situația care ar fi prevalat în lipsa tranzacțiilor ce au constituit abuzul. Organele fiscale competente au dreptul de a anula TVA dedusă în legătură cu fiecare tranzacție ori de câte ori se constată că dreptul de deducere a fost exercitat în mod abuziv. Pentru a invoca abuzul de drept, trebuie să fie îndeplinite cumulativ două condiții: a) tranzacțiile în cauză, în pofida aplicării formale a condițiilor prevăzute de dispozițiile legale, au drept rezultat garantarea unor avantaje fiscale care ar contraveni scopului acelor dispoziții legale; b) trebuie dovedit, în mod obiectiv, faptul că scopul esențial al operațiunilor în cauză este de a se obține un avantaj fiscal”.

³² Art. 40⁴ - Regula generală antiabuz „(1) În scopul calculării obligațiilor fiscale, nu se ia în considerare un demers sau o serie de demersuri care, având în vedere toate faptele și circumstanțele relevante, nu sunt oneste, fiind întreprinse cu scopul principal sau cu unul dintre scopurile principale de a obține un avantaj fiscal care contravine obiectului sau scopului urmărit prin prevederile fiscale aplicabile. Un demers poate cuprinde mai multe etape sau părți. (2) În sensul alin. (1), un demers sau o serie de demersuri sunt considerate ca nefiind oneste în măsura în care nu sunt întreprinse din motive comerciale valabile care reflectă realitatea economică, astfel cum prevede art. 11. (3) În cazul în care un demers sau o serie de demersuri nu este/sunt luat/uate în considerare în conformitate cu alin. (1), obligația fiscală se calculează în conformitate cu prezentul titlu”.

(UE) 2016/1164 a Consiliului de stabilire a normelor împotriva practicilor de evitare a obligațiilor fiscale care au incidență directă asupra funcționării pieței interne³³. Facem o scurtă observație de tehnică legislativă și anume că legiuitorul român nu utilizează noțiunea de abuz de drept decât acolo unde transpune surse normative de drept european; această rezervă de tehnică normativă se impune *de lege ferenda* a fi depășită prin consacrarea expresă a conceptului.

Dispoziții punctuale din Codul fiscal includ prevederi în corelare cu conceptul de „scop” al unei operațiuni relevante fiscal. Invocăm cu titlu de exemplu: art. 7 pct. 18 „*operațiuni care corespund unor scopuri economice, reale și de substanță*”; art. 8¹ alin. (7) „*aranjamente artificiale în scopul reducerii impozitelor care ar fi trebuit să fie plătite în statul străin*”; art. 24 alin. (6) „*unui demers sau unor serii de demersuri care, fiind întreprinse cu scopul principal sau cu unul dintre scopurile principale de a obține un avantaj fiscal care contravine obiectului sau scopului prezentului articol*”; art. 25 alin. (4) pct. f¹ „*unor tranzacții care nu au un scop economic*”; art. 229 alin. (2) „*unui demers sau unor serii de demersuri care, fiind întreprinse cu scopul principal sau cu unul dintre scopurile principale de a obține un avantaj fiscal care contravine obiectului sau scopului prezentului articol, nu sunt oneste având în vedere toate faptele și circumstanțele relevante*”. Se adaugă multiple dispoziții punctuale privind deductibilitatea cheltuielilor ori deducerea TVA, care sunt toate corelate cu conceptul de scop.

Observăm raportat la aceste texte că formulările normative sunt extrem de variate, însă dinamica semantică este circumscrisă clivajului real-artificial. Mai remarcăm, aspect extrem de relevant pentru studiul nostru, că atributele real-artificial însoțesc substantive de tipul: cheltuială/cheltuieli; operațiuni; demers/demersuri; tranzacții; aranjamente. Pe cale de consecință, privesc un act sau o serie de acte juridice. Derivă de aici întrebarea dacă dispozițiile pot fi aplicate *de plano* și pentru ipoteza în care întreaga activitate este afectată unui scop artificial (necomercial, nerezonabil, excesiv etc.) și nu doar un anumit act ori un număr de acte. Într-o interpretare corelată cu dispozițiile art. 15 din C.civ., am aprecia că suntem în prezența unui abuz de drept în ipoteza exercitării oricărui drept nu numai a libertății de a încheia acte juridice privite *ut singuli*. Un argument suplimentar derivă din faptul că *in extremis* inclusiv constituirea unei întreprinderi este efectul unei manifestări de voință, uni sau plurilaterale, și pe cale de consecință se materializează într-un act juridic, efect al exercitării unui drept, susceptibil de a fi exercitat în limite rezonabile sau abuziv dincolo de aceste limite. Rezultă astfel că putem fi în prezența unei persoane juridice simulate³⁴.

³³ J.O. L136-1, din 19.07.2016.

³⁴ Ghe. Piperea, „Simularea personalității juridice în Noul Cod Civil”, în *Analele Universității din București. Seria Drept*, nr. 3-4/2012, pp. 374-400.

2.3. Abuzul de drept – remedii de drept fiscal

Dacă în dreptul comun repararea unui prejudiciu este realizată de regulă într-un demers judiciar³⁵, iar în materia abuzului remediile derivă din spectrul răspunderii civile delictuale ori cvasi-delictuale, în materie fiscală, intervenția „reparatorie” a celui vătămat sau păgubit, a creditorului fiscal se face prin proceduri administrative. Nu vom nega aici proximitatea mecanismelor specifice ori cel puțin similare răspunderii civile delictuale³⁶, fapt probat prin indicii precum sarcina probei, ci vom identifica doar remedii procedurale. Soluția instituită de art. 11 Cod fiscal constă în dreptul organului fiscal, ca și reprezentant al creditorului fiscal de (i) a „nu lua în considerare” o anumită tranzacție cu ajustarea efectelor fiscale ori „pot reîncadra forma” unei tranzacții. Pe cale de consecință, în exercitarea dreptului de a stabili creanțe fiscale organul fiscal emite o decizie de impunere, titlu de creanță dând consecință dimensiunii reale a tranzacției sau înlăturând tranzacția din sfera tranzacțiilor cu consecințe fiscale.

Dintre cele patru remedii indicate de art. 11 alin. (1) Cod fiscal, aparent alternative ca și manieră de lucru (ceea ce este de fapt echivalent este efectul de redeterminare a bazei impozabile), apreciem că în ipoteza în care forma de organizare a întreprinderii este elementul „nereal, fictiv” soluția aplicabilă este punctual doar „reîncadrarea formei”. Această concluzie este susținută de faptul că suntem în prezența unor elemente de formă determinante. Efectul organizării întreprinderii într-o anumită formă este opozabil oricui prin parcurgerea procedurii de constituire în limita exercitării dreptului cu bună-credință. Acolo unde elemente probatorii specifice (asupra cărora nu vor insista) nu confirmă scopul real derivat din procedura de constituire, reîncadrarea formei (de regulă în cadrul unei activități de control fiscal) permite stabilirea bazei impozabile, atâta ca și natură juridică (impozit pe venit în loc de impozitul pe venitul microîntreprinderilor), cât și ca volum.

Pe cale de consecință, în ipoteza activității unei întreprinderi persoană fizică deghizată ca și întreprindere persoană juridică, organul fiscal poate (cu costurile subsecvente) reîncadra forma întreprinderii și poate determina creanțele fiscale aferente. Remediu este însă limitat, de vreme ce intervine prin procedura de emitere a unei decizii de impunere; dreptul de a stabili creanțe fiscale trebuie să fie actual³⁷, adică să nu se fi împlinit prescripția dreptului de a stabili creanțe fiscale. Mai mult, remediul este *ex-post* în sensul că intervine numai pentru trecut și limitat ca și obiect de vreme ce nu permite decât restabilirea creanțelor fiscale, nu și efecte de reorganizare a întreprinderii (anularea actului constitutiv rămâne un atribut al puterii judiciare).

³⁵ Vom afirma „de regulă” pentru a nu exclude ipoteze amiabile de stabilire a prejudiciului cauzat și de reparare a acestuia.

³⁶ Apreciem că acestei delimitări i se cuvine un studiu distinct.

³⁷ Prin raportare la dispozițiile speciale privind prescripția extinctivă în materie fiscală, este și mai evidentă delimitarea față de dinamicele răspunderii civile delictuale deși dispozițiile art. 1349 C.civ. reprezintă *loci comuni* pentru orice formă de răspundere.

3. În loc de concluzii

Spațiul de opțiune organizat de legiuitorul civil este susceptibil de a fi utilizat neloyal pentru a exploata consecințe fiscale. Raportat la situația analizată, afirmăm că este posibilă recalificarea unei persoane juridice ca fiind simularea unei activități de persoană fizică. Consecința acestei recalificări este o consecință fiscală și permite prin instrumente de drept fiscal stabilirea bazei impozabile suplimentare și a unei creanțe fiscale suplimentare.

Conceptul de abuz de drept apare în urma acestui demers analitic ca fiind un instrument util, dar nu foarte rafinat. Observăm o ezitare a normativului în a propune soluții clare. Acest fapt poate avea o contribuție benefică în măsura în care ipotezele de lucru sunt extrem de variate și flexibile. Contextul de optimizare analizat rămâne un spațiu de căutări pentru o soluție fiscală fiabilă; intervențiile punctuale pe ipoteze complexe sunt de dorit în măsura în care dau suplețe sistemului.

În subsidiar, subliniem constanța unor remedii administrative și judiciare, care pot prezenta un grad ridicat de eterogenitate.

Referințe

- Angheni S., *Tratat de drept comercial*, Editura C.H. Beck, București, 2019
- Cârpenaru St., *Tratat de drept comercial român*, ed. a VI-a act., Editura Universul Juridic, București, 2019
- Constantin H.P., „Abuzul de Drept”, în *Pandectele române*, nr. 11/2010, pp. 71-96
- Costea I.M., „Comerț, comerciant, comercial-cuvinte de (ne) rostit în dreptul fiscal”, în *Tax Magazine*, nr. 1/2021, pp. 9-15
- Costea I.M., „Janus Quadrifrons, păzitor neiscusit al legalității în materia impunerii persoanei fizice Janus Quadrifrons, Underserved Guardian of Legality in matter of Personal Taxation”, în *Analele Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași. Seria Științe Juridice*, Tom LXVII, 2022, nr. 1, pp. 191-209
- Costea I.M., *Drept financiar. Note de curs*, Editura Hamangiu, București, 2020
- Costea I.M., Ilucă D.M., „Cain, Abel și Codul fiscal... sau despre truda pământului ca fapt generator al impunerii”, în *Tax Magazine*, nr. 2/2022, pp. 11-21
- Costea I.M., Ilucă D.M., „Artiștii, aurul și ... Codul Fiscal”, în *Tax Magazine*, nr. 6/2021, pp. 412-426
- Costea I.M., *Optimizarea fiscală. Soluții, limite, jurisprudență*, Editura C.H. Beck, București, 2011
- Diaconescu Ș., Vasilescu P., *Introducere în dreptul civil*, Editura Hamangiu, București, 2022
- Ignatescu C. M. C., *Abuzul de drept*, Editura Lumen, Iași, 2013.
- Ilucă D.M., Costea I.M., „IT-iștii, codul și... Codul fiscal”, în *Tax Magazine*, nr. 1/2022, pp. 11-21.
- Ilucă D.M., „Limite și provocări în clasificarea întreprinderilor. Criterii europene și criterii naționale”, în *Analele Științifice ale Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași, seria Științe Juridice*, Tom 64, nr. 1/2018, pp. 123-136.
- Jacquot N., *JurisClassieur Procédures fiscales, Fasc. 378: Abus de droit fiscal – Procédure*, LexisNexis, Paris, 2021
- Piperea Ghe., „Concepția monistă a noului Cod civil: intenția și realitatea”, în *Revista Română de Dreptul Afacerilor*, nr. 6/2011, pp. 13-31
- Piperea Ghe., „Simularea personalității juridice în Noul Cod Civil”, în *Analele Universității din București. Seria Drept*, nr. 3-4/2012, pp. 374-400
- Ungureanu C.T., Toader A., *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Editura Hamangiu, București, 2019

Repere istorice în evoluția personalității juridice a instituțiilor medicale

Historical landmarks in the evolution of legal personality of medical institutions

Marius-Ioan Floare¹

Gol am fost și M-ați îmbrăcat; bolnav am fost și M-ați cercetat...
Evanghelia după Matei 25:36

Rezumat: Organizarea juridică a activităților medicale a evoluat pe parcursul istoriei dreptului european, o dată cu importanța și semnificația socială și economică a acestor activități. În prezenta lucrare, folosind preponderent metoda istorică, vom examina câteva repere fundamentale în organizarea ca persoane juridice a instituțiilor cu activitate medicală, pe care le vom numi generic spitale. Luând ca punct originar perioada romană vom discuta, dintr-o perspectivă modernă a caracteristicilor esențiale ale unei persoane juridice (patrimoniu distinct, organizare proprie, scop specific), evoluția acestor persoane juridice cu scop medical. Datorită întinderii reduse a prezentei lucrări, ne vom limita la spațiul juridic european și la câteva evoluții semnificative în planul instituțiilor medicale cu personalitate juridică.

Cuvinte-cheie: instituții medicale, istoria dreptului, personalitate juridică, evoluție

Abstract: The legal framework of the medical activity has evolved during the course of European law history together with the social and economic significance of these activities. In this paper, using predominantly the historical research method, we will examine some fundamental waypoints regarding the organization as legal persons of the institutions carrying out medical activities, which we generically call hospitals. Taking as a departure point the Roman era, we will discuss, using the modern optics in regard to the fundamental characteristics of a legal entity (own estate, discrete framework and specific purpose) the evolution of these legal persons with a medical purpose. Due to the limited extent of this paper, we will limit ourselves to the European legal space and to only a few of the significant evolutions in regard to the medical institutions with a legal personality.

Keywords: medical institutions, law history, legal personality, evolution

Activitatea medicală s-a instituționalizat și profesionalizat de-a lungul istoriei, pornind de la stadiul de „artizanat” medical și organizare preponderent unipersonală, specifică oricărui „meșteșugar” al antichității și evului mediu, până

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, email: marius.floare@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0002-8244-3467>.

la organizarea colectivă și reglementarea profesiilor, care și-au avut germeii în antichitatea târzie și în epoca medievală, dar s-au desăvârșit abia într-o etapă mai târzie a epocii moderne, în secolul al XIX-lea. Prezenta lucrare, utilizând metoda istorică, va examina în spațiul juridic european, dintr-o perspectivă modernă a caracteristicilor esențiale ale unei persoane juridice, evoluția spitalelor ca entități cu activitate medicală în antichitate, evul mediu și epoca modernă, studiul nostru oprindu-se la limita contemporaneității (secolul al XX-lea).

1. Organizarea activității medicale în epoca romană

Organizarea profesiilor medicale în epoca romană era extrem de liberală, practicienii medicinei fiind inițial bărbierii sau sclavii greci sau orientali², astfel că nu putem vorbi într-o asemenea etapă de persoane juridice în domeniu. Accesul în profesiile medicale era liber, însă optica socială asupra remunerării profesiilor liberale făcea distincții terminologice stranie între onorariile respectabile (*honorarium*) și salarizarea „rușinoasă” (desemnată cu termenii cu conotație negativă *merces*, *meretrix* sau *mercenarii*) a unor profesii degradante, prestate de sclavi sau de persoane de condiție socială joasă cum erau sclavii eliberați.³

În epoca romană, încă de la începutul epocii imperiale (sec. I î.Chr.) existau clădiri numite *valetudinaria* unde erau găzduiți și îngrijiți soldații răniți sau bolnavi, existând o asemenea preocupare și pentru găzduirea împreună a sclavilor bolnavi.⁴ Aceste structuri nu aveau un caracter permanent, apărând din nevoia pragmatică de a avea paturi și cele necesare pentru îngrijirea unui bolnav în același loc și apărând în funcție de nevoile unei campanii militare sau în cazul izbucnirii unei epidemii.⁵ Acel *valetudinaria* era un spital militar, constând de multe ori în simple barăci militare adaptate pentru soldații bolnavi sau răniți.⁶

Sub influența unor tradiții ebraice mai vechi, comunitățile creștine timpurii din Imperiul roman înființau „cluburi”, predecesoare ale viitoarelor „confrerii”, care erau descrise de Tertullian (155-230 d.Ch.) ca fiind asociații (*corpus*) bazate pe

² A. Leca, A. Lunel, S. Sanchez, *Histoire du Droit de la Santé*, Les Études Hospitalières Éditions, Bordeaux, 2014, p. 23; K. Kelly, *The History of Medicine – Early Civilizations: Prehistoric Times to 500 C.E.*, Facts on File, New York, 2009, pp. 145-146.

³ Pentru detalii, a se vedea M. Floare, „A Brief Overview on the Historical Beginnings of Health Law in the Broader Context of Private Law ” în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai – Iurisprudentia* nr. 4/2019, p. 154, DOI:10.24193/SUBBior.64(2019).4.6; A. Leca, A. Lunel, S. Sanchez, *op. cit.*, pp. 23-24;

⁴ W. Bynum, *The History of Medicine – A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 23, DOI: 10.1093/actrade/9780199215430.001.0001; G.B. Risse, *Mending Bodies, Saving Souls – A History of Hospitals*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 47-48.

⁵ W. Bynum, *op. cit.*, p. 23.

⁶ T.A. Ziegler, *Medieval Healthcare and the Rise of Charitable Institutions – The History of the Municipal Hospital*, Palgrave Macmillan, Cham, 2018, p. 33, <https://doi.org/10.1007/978-3-030-02056-9>.

împărtășirea credinței religioase și felul de viață comun (creștin), printre sarcinile esențiale ale acestor asociații fiind și îngrijirea celor săraci sau bolnavi.⁷

O dată cu dezvoltarea bisericii creștine în Imperiul roman a crescut și implicarea organizată a acesteia în îngrijirea sănătății, sarcinile caritabile revenind diaconului, care răspundea de distribuirea banilor și a altor bunuri, revenindu-i acestuia găzduirea pelerinilor și îngrijirea bolnavilor. Diaconii anunțau episcopul despre existența bolnavilor, iar înaltul prelat putea să îi viziteze, preluând astfel tradiția antică în care îngrijirea celor bolnavi era o sarcină a templelor și a preoților acestora. Cu timpul, au apărut clericii specializați care administrau veniturile ce susțineau activitățile caritabile, aceștia devenind ulterior administratorii spitalelor creștine medievale.⁸

Spitalele creștine timpurii erau strâns legate de ospitalitatea oferită de mănăstiri pelerinilor, care aveau nevoie frecvent, pe lângă găzduire, și de îngrijiri medicale pentru afecțiunile cauzate de călătorii. Canonul LXX al Conciliului de la Niceea din anul 325 d.Ch. a impus înființarea unui spital în toate orașele ce aveau o catedrală, pentru că aceste catedrale atrăgeau pelerinii și mulți dintre aceștia ajungeau acolo bolnavi. Același canon impunea colectarea de contribuții și pomeni de la toți creștinii, în funcție de posibilitățile fiecăruia, pentru a acoperi cheltuielile spitalelor, care urmau a se înființa, pe lângă orașe, și de-a lungul marilor drumuri, ca veritabile servicii publice.⁹ O dată cu declinul Imperiului roman, aceste spitale orașenești au decăzut în cea mai mare parte a Europei, făcând loc unora cu caracter predominant monastic.¹⁰

Codul Theodosian din anul 429 d.Ch. a instituit, pe lângă cvasi-obligativitatea religiei creștine, obligația bisericii, care avea acum un statut privilegiat, de a se îngriji din propria avere de cei săraci și bolnavi. Se făcea astfel tranziția de la lipsa aproape totală a unui sistem de sănătate publică din antichitatea romană, unde nici măcar cetățenii romani nu aveau un drept garantat la îngrijiri medicale, ci doar la alimente și distracție (*panem et circenses*), la sistemele incipiente de sănătate publică ale Evului mediu timpuriu, bazate pe mila creștină și supravegheate de mănăstiri.¹¹

2. Activitatea medicală în epoca medievală timpurie (secolele al V-lea – al X-lea)

Evul mediu timpuriu în Occidentul european, al cărui început convențional coincide cu căderea Imperiului roman de apus în anul 476 d.Ch., a marcat preluarea unor atribuții ale administrației seculare în descompunere de către alți actori sociali, mai ales biserica, printre acestea fiind și sănătatea publică. Episcopii

⁷ *Idem*, pp. 42-43.

⁸ *Idem*, p. 43.

⁹ *Idem*, pp. 44-45.

¹⁰ *Idem*, p. 45.

¹¹ *Idem*, pp. 45-46.

înființau spitale și călugării se ocupau de filantropie, totul sub umbrela milei creștine care încuraja pomenile în direcția celor ce se ocupau de bolnavi.¹²

Prin detașarea lor de viață seculară, mănăstirile se preocupaseră dintotdeauna și de sănătatea călugărilor din incinta lor, prin intermediul „infirmierilor” și a personalului specializat în îngrijirea sănătății. De aici nu a fost decât un „pas” istoric de câteva secole, sub umbrela milei creștine, pentru a extinde aceste îngrijiri și către persoane din afara mănăstirii, ducând astfel la apariție proto-spitalelor mănăstirești, printre precursorii acestora fiind mănăstirile copte din Egipt din secolul al IV-lea d.Ch.¹³

Prototipul spitalului din această epocă de tranziție este cel înființat de episcopul Vasile din Cezareea la sfârșitul secolului al IV-lea d.Ch., acel cleric din Orient fiind considerat primul care a îmbinat tradiția spitalului monastic de uz intern cu rolul episcopului de a se îngriji de săraci în spitalul de sub oblăduirea sa, îmbinând îngrijirea medicală realizată de profesioniști, asigurarea condițiilor materiale pentru sănătate și caritatea față de cei din afara mănăstirii. Monasticismul benedictin din Evul mediu timpuriu furniza îngrijiri medicale doar pentru călugări și asigura ospitalitate pentru călătorii laici, fără încă a le da acces în această epocă și la infirmeria mănăstirii.¹⁴

Spitalele bizantine, numite *xenones*, începură să se concentreze exclusiv pe îngrijirea bolnavilor încă din secolul al IV-lea d.Ch., extinzându-și serviciile medicale oferite sub egida filantropiei mai ales în timpul domniei împăratului Iustinian din secolul al VI-lea d.Ch. În secolele al XI-lea – al XII-lea, spitalele bizantine erau deja punctele centrale ale profesiei medicale, oferind atât tratament specializat celor internați cât și servicii ambulatorii.¹⁵ Spitalele bizantine erau organizate amănunțit, printre aceste reguli (numite *typika*, asemeni regulilor monastice grecești) regăsindu-se câți medici și asistenți trebuiau să existe în spital, cum vor lucra aceștia în schimburi lunare, cât vor fi plătiți și cum vor avansa acești salariați în profesie.¹⁶ Spitalul bizantin (cel mai cunoscut fiind Pantokrator Xenon) avea deja elementele tipice pe care modernitatea le atribuie persoanei juridice.

Spitalele bizantine ofereau și vizite la domiciliu din partea medicilor dar care erau foarte costisitoare, astfel încât chiar clasa de mijloc a societății prefera să primească îngrijirile la spital, unde se distribuiau și leacuri.¹⁷

Sentimentul civic și caritatea creștină i-au influențat și pe conducătorii seculari care au înființat și înzestrat primele spitale din Franța, cum este spitalul (*Hôtel-Dieu*) din Lyon, înființat în anul 542 d.Ch. de regele Childebert I, fiul lui Clovis, sau spitalul din Paris, înființat în anul 651 de episcopul Landeric, sub autoritatea regelui Clovis II.¹⁸ Aceste proto-spitale monastice erau mici și se aflau

¹² *Idem*, pp. 49-52.

¹³ *Idem*, pp. 51-55.

¹⁴ *Idem*, pp. 55-58.

¹⁵ *Idem*, p. 61.

¹⁶ *Idem*, p. 62.

¹⁷ *Idem*, p. 63.

¹⁸ *Idem*, pp. 59-60.

preponderent în mediul rural în întreaga Europă occidentală, accentul căzând mai ales pe găzduirea pelerinilor și a celor săraci, înființarea lor trecând treptat, în epocile merovingiană și carolingiană ale Evului mediu timpuriu, de la episcopi la mănăstiri, fiind înființate și pe lângă marile drumuri ale epocii.¹⁹

Spitalele urbane în Evul mediu timpuriu erau o raritate, un astfel de spital fiind Santa Maria în Aquiro, lângă Roma, cu 100 de paturi în secolul al VII-lea, care se datora probabil faptului că Roma era un centru puternic de pelerinaj, sau azilele pentru săraci și pelerini din Milano de la sfârșitul secolului al IX-lea și începutul secolului al X-lea.²⁰

Spitalele medievale erau finanțate din donații și legate, fiind considerate „cauze pioase”. Primele spitale din Franța au fost înființate de episcopi în secolele al VI-lea – al VII-lea d.Ch., ca efect al deciziei Conciliului din Orleans din anul 511 d.Ch. de a impune episcopilor să aloce un sfert din resursele lor pentru spitale.²¹ Episcopii nu erau considerați „proprietarii” ci „gestionarii” bunurilor bisericii, iar spitalele pentru săraci și pelerini erau centrale pentru misiunea lor pastorală.

În timpul „renașterii” carolingiene din secolele al VIII-lea – al IX-lea d.Ch., spitalele își aveau locul de cinste lângă palatul episcopal sau lângă porțile orașelor pentru a primi călători și pelerini, fiind numite în franța *maison-Dieu* sau *hôtel-Dieu*. Decretele imperiale din epocă făceau distincția între patrimoniul spitalelor și celelalte bunuri ale bisericii, fiind considerată esențială respectarea voinței fondatorilor spitalului cu privire la destinația bunurilor acestuia.²²

Tot atunci, Conciliul de la Aix-la-Chapelle din anul 806 impune clericilor să aloce o zecime din veniturile lor pentru spitale, această obligație fiind reiterată de numeroase concilii ulterioare din prima jumătate a secolului al IX-lea, din Aix-la-Chapelle, Roma și Paris.²³

Din punct de vedere juridic, spitalele epocii erau „înzestrate” prin legate, având un regim asemănător fundațiilor contemporane *mortis causa*, și trăiau din venituri proprii, donații și legate, iar voința fondatorului era principiul lor suprem de organizare. Aceste spitale medievale erau instituții cu un pronunțat caracter social și caritabil, fiind anexe ale mănăstirilor (cele din zona rurală), mai ales începând din sec. al X-lea, o dată cu declinul vieții urbane de la sfârșitul Evului mediu timpuriu.²⁴

Călugării benedictini, care erau ordinul călugăresc cel mai intens implicat în activitatea „spitalicească”, aveau localuri separate pentru oaspeții bogați (hoteluri) și pentru cei săraci (spitale), începând chiar cu secolul al VII-lea²⁵, dar

¹⁹ S.M. Brasher, *Hospitals and charity – Religious culture and civic life in medieval northern Italy*, Manchester University Press, Manchester, 2017, pp. 12-13.

²⁰ *Idem*, p. 13

²¹ A. Leca, A. Lunel, S. Sanchez, *op. cit.*, p. 82.

²² *Idem*, pp. 82-83.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Idem*, p. 83.

²⁵ *Idem*, p. 83.

preocuparea lor pentru oferirea de îngrijiri medicale era inițial rezervată doar călugărilor înșiși, nu și oaspeților străini care le călcau pragul.²⁶

Resursele financiare ale spitalelor proveneau în principal din domeniul lor imobiliar, episcopul impunând o donație imobiliară la crearea oricărui spital care putea consta în terenuri cultivabile (exploatate direct sau date în arendă), clădiri de locuit. Altă sursă de venit pentru spitale erau darurile, chetele în schimbul iertării păcatelor, patul și lenjeria celui decedat din parohie, bunurile mobile ale celor decedați în spital.²⁷

Finanțarea spitalelor orășenești se baza pe donațiile unor binefăcători, care putea fi în natură sau în bani, dar putea avea sursa și în privilegiile regale, legate, participări la comerț sau organizarea de târguri, pomeni ale pelerinilor sau taxe pe produse. Preocuparea medievală pentru cei săraci și bolnavi și prestigiul social al filantropiei au înmulțit darurile către spitale de la toate nivelurile societății.²⁸

În Bizanț, spitalele erau înființate în principal de stat și de împărat și abia mai târziu, în secolele al XIV-lea – al XV-lea, pe fondul decăderii puterii imperiale și a activităților filantropice ale acesteia, apărând spitale înființate din inițiativa privată. Și spitalele bizantine fuseseră sprijinite, de la început, de biserică, mănăstiri, familii bogate și profesia medicală. Spre comparație, în Occidentul european, mirenii preluaseră înființarea de spitale încă din secolul al XII-lea, pe fondul nevoii sociale crescânde de îngrijire a săracilor.²⁹

Instituțiile medicale ale Evului mediu pot fi considerate spitalele și universitățile. Spitalele timpurii ale creștinătății erau stabilimente cvasi-religioase, înființate de ordine religioase și care erau locuri de refugiu și ospitalitate pentru pelerini și nevoiași. Spitalele nu erau axate pe îngrijiri medicale dar conțineau, asemeni mănăstirilor, o infirmerie pentru îngrijirea celor bolnavi.³⁰

Începând din secolul al XI-lea, la Salerno, în Occidentul European au apărut facultățile de medicină, în cadrul universităților, alături de alte facultăți „clasice” cum erau cele de artă, filosofie, teologie și drept.³¹ Episcopia din Salerno și mănăstirea benedictină Montecassino a fost locul acestei „renașteri” intelectuale din domeniul medical din a doua jumătate a secolului al XI-lea, când sursele grecești și latine au fost sistematizate pentru învățare și unde Constantinus Africanus a tradus în acea perioadă surse arabe în latină.³²

²⁶ K. Park, *Medicine and Society in Medieval Europe, 500-1500*, în A. Wear (ed.), *Medicine in Society – Historical Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p. 68.

²⁷ A. Leca, A. Lunel, S. Sanchez, *op. cit.*, pp. 89-90.

²⁸ T.A. Ziegler, *op. cit.*, pp. 80-81.

²⁹ *Idem*, p. 63.

³⁰ W. Bynum, *op. cit.*, pp. 22-23.

³¹ *Idem*, p. 26.

³² H.J. Cook, *Medicine in Western Europe* în M. Jackson (ed.), *A Global History of Medicine*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 49.

3. Instituțiile medicale în Evul mediu dezvoltat (secolul al X-lea – al XIII-lea)

În Evul Mediu occidental, activitățile spitalicești și cele sanitare constituiau un cvasi-monopol al bisericii și al ordinelor religioase specializate.³³ La sfârșitul secolului al XIII-lea, în Franța, conducerea și gestiunea stabilimentelor spitalicești era revendicată de episcopii locali, de puterea regală, de orașe și de parlamentele locale.³⁴

Spitalele din Evul mediu dezvoltat și cel târziu, între secolele al XII-lea și al XV-lea erau considerate majoritatea „cauze pioase și beneficii ecleziastice” astfel că depindeau inerent de autoritatea episcopului local. Celelalte spitale depindeau de municipalități și erau administrate de mireni, la loc de cinste în această a doua categorie fiind leprozeriile.³⁵

Începând din secolul al XIII-lea se revine la un aspect urban al spitalelor și se pierde „monopolul” monastic, pe fondul exacerbarii sărăciei din perioada Evului mediu dezvoltat, în secolele al X-lea – al XII-lea, care depășeau cu mult posibilitățile de îngrijire ale mănăstirilor, chiar și a celor mai bogate cum era cea franceză din Cluny. Activitatea medicală a spitalelor epocii era doar un accesoriu, principala preocupare fiind „sănătatea spirituală” a „pacienților”. Plata serviciilor medicale era desconsiderată, după buna tradiție romană, legatele și donațiile lăsate de beneficiarii lor având un caracter de „recunoștință”.³⁶

Spitalele erau înființate și susținute de seniori, episcopi, clerici, burghezi bogați pentru a-și manifesta virtuțile creștine și spiritul caritabil.³⁷ Spitalele erau incluse în patrimoniul ecleziastic, la fel cu capelele și colegiile, fiind sub tutela episcopului și aveau o serie de privilegii: nu puteau face obiectul înstrăinării, chiar parțiale, fără o serie de formalități oneroase; patrimoniul caritabil nu era supus taxelor și impozitelor; aveau un drept de a înmormânta în incinta lor, asemeni bisericilor parohiale; aveau beneficiul dreptului de azil, putând interzice accesul în interiorul acestora pentru soldați sau poliție.

Începutul unui spital comunal sau orașenesc era frecvent donația sau legatul unei clădiri. Aceste spitale rurale tipice aveau o capacitate redusă și personal puțin, care se ocupa de exploatarea terenurilor adiacente, pregătirea mesei, întreținerea paturilor

În orașele mari din Franța existau așa-zisele *hôtel-Dieu* lângă catedrale, în mijlocul orașelor, acolo unde, de-a valma, bolnavi, femei însărcinate, orfani, bătrâni primeau adăpost și îngrijiri medicale limitate, constând mai ales în siropuri, îmbăieri și, pe post de tratament „specializat”, sângerări făcute de barbieri.³⁸

³³ A. Leca, A. Lunel, S. Sanchez, *op. cit.*, p. 29.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Idem*, p. 81.

³⁶ *Idem*, pp. 83-85.

³⁷ *Idem*, pp. 83-84.

³⁸ *Idem*, pp. 84-85.

Leprozeriile erau considerate persoane juridice, asemeni celorlalte spitale, astfel că trebuiau să trăiască din resurse proprii, iar prosperitatea lor depindea de calitatea fondului imobiliar sau mobilier care le-a fost afectat de fondatori. Administrarea acestor stabilimente seculare era făcută de orașele care le-au înființat, episcopul local oferind doar îndrumare spirituală. Aceste entități „specializate” pe o singură boală au decăzut o dată cu scăderea cazurilor de lepră, iar patrimoniile lor au fost atribuite prin dispoziții regale, episcopale sau comunale către spitalul general (*hôtel-Dieu*) sau spitalele învecinate.³⁹

În ceea ce privește administrarea spitalelor medievale, episcopul local, în calitatea sa preexistentă de protector al bunurilor săracilor, era paznicul bunurilor spitalicești și veghea la respectarea voinței postume a fondatorilor, având o tutelă cvasi-absolută asupra spitalelor.⁴⁰

De la această regulă erau exceptate spitalele create de rege și de municipalități. Fondatorii decideau afecțiunea bunurilor spitalului și stabileau autoritatea superioară care desemna administratorul, aceasta putând fi grupul moștenitorilor, municipalitatea sau episcopul local.⁴¹

Funcția de „rector” sau director al spitalului putea fie să constituie un veritabil beneficiu ecleziastic, fie o simplă administrare, primul caz fiind mai frecvent întâlnit și impunând trei obligații esențiale: depunerea jurământului la preluarea funcției, întocmirea unui inventar, darea de seamă periodică.⁴² În primul caz, funcția de conducător al spitalului era o sarcină viageră, care conferea inamovibilitate (cu excepția cazului săvârșirii unor fapte grave), precum și privilegiile și calitatea de cleric. Acești „rectori” ecleziastici își desemnau frecvent un adjunct care se ocupa efectiv de administrarea spitalului, dar păstrau pentru sine beneficiile funcției (de unde a apărut conceptul de „sinecură”), în pofida încercărilor zadarnice ale papalității de a curma aceste abuzuri și de a generaliza administrarea simplă, care se lovea în practică de voința fondatorilor de a institui administrarea ca un beneficiu.⁴³ Al doilea caz era administrarea simplă, cu caracter revocabil, care conferea un mandat de 3 ani, care putea fi reînnoit, administratorul depunând un jurământ și făcând un inventar la intrarea în funcție. Acest tip de administrare se întâlnea în Evul mediu târziu, mai ales din sec. al XIV-lea, fiind utilizată de spitalele orășenești și extinsă treptat și la cele ecleziastice, acolo unde lipseau clericii sau ca urmare a dispozițiilor papale din anul 1311.⁴⁴

În ceea ce privește personalul spitalicesc, în fiecare spital apare o comunitate religioasă.

În spitalele mici, călugării și călugărițele duceau o viață asemănătoare unui credincios obișnuit, ocupându-se în principal de întreținerea casei și a

³⁹ *Idem*, p. 86; M. Lindemann, *Medicine and Society in Early Modern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 124-125.

⁴⁰ A. Leca, A. Lunel, S. Sanchez, *op. cit.*, pp. 85-86.

⁴¹ *Idem*, pp. 86-87.

⁴² *Idem*, p. 87.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Idem*, p. 88.

pământurilor, de îngrijirea bolnavilor. Spitalele mari constituiau veritabile congregații religioase, având reguli asemănătoare mănăstirilor, unde noi veniți erau considerați novici înainte de acceptarea definitivă, trebuind să fie oameni liberi, celibatari, fără datorii, să nu sufere de lepră sau epilepsie, iar după finalizarea noviciatului îmbrăcau veșmântul religios și depuneau jurământul de sărăcie, supunere și castitate.⁴⁵

Evul mediu dezvoltat a marcat, începând cu secolele al XI-lea și al XII-lea, apariția „corporațiilor” ca o primă formă de persoane juridice care permiteau grupurilor de persoane să acționeze unitar și în același timp independent de fiecare membru component. Primele astfel de „corporații” erau orașele însăși și, în cadrul acestora, breslele meșteșugarilor se constituiseră la rândul lor drept „corporații” subordonate. Astfel de „corporații” s-au constituit și pentru unele profesii medicale caracterizate de manualitate și preponderența exercițiului practic, desprinzându-se bresle ale bărbierilor-chirurghi, chirurgilor și farmaciștilor.⁴⁶

În Evul Mediu vest-european, existau bresle distincte ale medicilor, chirurgilor și farmaciștilor, legal recunoscute, dar cu puține restricții de natură corporativă sau legală asupra practicării medicinei, distincția între medicii cu diplomă și cei fără diplomă având o importanță practică redusă în afara acelor orașe (cum era Parisul) în care exista un monopol al practicării medicinei, conferit de Coroană, doar pentru cei cu diplomă și care făceau parte dintr-un corp profesional autonom.⁴⁷ Profesiile de chirurg și farmacist erau privite mai degrabă ca „meserii” caracterizate de manualitate și de formare printr-o uceinicie formală sau informală (paradoxal, aceasta era calea tradițională hipocratică).⁴⁸

Evul mediu dezvoltat din Occidentul european, încadrabil între secolele al XI-lea – al XIII-lea, a fost perioada de dezvoltare a spitalelor urbane ca instituții medicale esențiale.⁴⁹ Boala și sărăcia au devenit mai vizibile ca urmare a creșterii urbanizării și foametei, pe când majoritatea îngrijirilor medicale cădeau încă în sarcina mănăstirilor, ale căror resurse erau depășite de nevoile crescânde ale societății și care erau amplasate frecvent, în mod deliberat, în afara orașelor pentru a evita secularizarea vieții lor.⁵⁰

Urbanizarea crescândă, dislocările sociale și creșterea numărului de bolnavi de pe străzile orașelor a dus la apariția unui nou model de spital urban, creat prin inițiativa regilor, înaltului cler, burghezilor și diferitelor asociații, totul însă cu participarea personalului religios dar și cu implicarea crescândă a mirenilor. Spitalele devin ale comunității, fiind înființate de cei mai bogați și susținute financiar de ceilalți membri ai comunității, după posibilități, pomană dată din averea lumească urmând a fi recompensată în viața de apoi.⁵¹

⁴⁵ *Idem*, pp. 88-89.

⁴⁶ H.J. Cook, *op. cit.*, pp. 50-51.

⁴⁷ A. Leca, A. Lunel, S. Sanchez, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁸ W. Bynum, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁹ T.A. Ziegler, *op. cit.*, pp. 67-68.

⁵⁰ *Idem*, pp. 67-68.

⁵¹ *Idem*, pp. 68-70.

Pe lângă spitalele mănăstirești preexistente, Evul mediu dezvoltat marchează apariția altor entități variate de tip spitalicesc, incluzând leprozeriile, azilele pentru săraci, ospiciile pentru călători și pelerini, fiecare cu propriile reglementări. Orașele aveau azile ale breslelor, azile private, spitale separate pentru evrei, pentru cei cu tulburări mintale sau pentru cei înstăriți dar afectați de infirmități sau de vârstă înaintată. Îngrijirile primite variau de la instituție la instituție, dar populația-țintă nu erau neapărat cei bolnavi ci cei aflați în nevoie, incluzând aici pelerinii, persoanele cu handicap, preoții vârstnici sau însărcinați, copiii sau meseriașii în nevoie.⁵²

Din punct de vedere organizatoric, datorită tentei lor creștine, spitalele urbane primeau sprijin structural și financiar de la biserică. Ele erau frecvent sub controlul episcopului, dar erau instituții semi-independente, supuse controlului regal și episcopal în ceea ce ține de înființare, jurisdicție și finanțare, fiind însă mai puțin controlate decât stabilimentele religioase propriu-zise. Regulile de funcționare ale spitalelor erau conferite de episcopul local, dar autoritățile seculare (monarh, nobil local, primarul sau consiliul local) le confereau privilegiile lumești, cum era scutirea de taxe.⁵³

În Evul mediu dezvoltat din Occidentul european, spitalele funcționau în cadrul structurii diocezei și se aflau sub controlul episcopului local, care era reprezentat de un preot rezident, episcopul revendicând supremație jurisdicțională asupra tuturor spitalelor din raza episcopiei, indiferent de modul lor de înființare, chiar dacă spitalele înființate de indivizi sau grupuri de persoane (bresle, confrerii, alte grupuri comunitare) doreau să rămână autonome sau să fie supuse direct papalității.⁵⁴

Un model de organizare tipic pentru spitalele italiene (și nu numai) din Evul mediu dezvoltat și târziu, model rămas reprezentativ până în secolul al XV-lea, era cel al marelui spital Brolo din Milano, al cărui statut a fost emis de arhiepiscopul din Milano în 1168 și ratificat de Papa Clement al III-lea în 1190. La acest spital, „frații” mireni (*frati*) trebuiau să locuiască în spital împreună cu săracii pe care îi deserveau, să mănânce împreună cu aceștia și să umble în mijlocul comunității pentru a-i identifica pe cei aflați în nevoie și a le distribui acestora pomenile în natură sau în bani, în funcție de nevoi, sau a-i aduce la spital pe cei bolnavi sau cu handicap. Toate donațiile în bani primite de spital trebuiau distribuite în mod direct ca pomeni nevoiașilor și nu puteau fi folosite pentru achiziționarea de imobile. Donațiile imobiliare constând în clădiri și terenuri primite de spital trebuiau întreținute și exploatate de spital, iar veniturile obținute din acestea să fie redistribuite săracilor.⁵⁵ Diaconii (*decani*) erau răspunzători la acest spital de administrarea activelor și de supravegherea distribuirii pomenilor și serviciilor. Diaconii și „frații” împreună alegeau un „ministru” (*ministro*) sau „rector” în calitate de conducător general și un „pivnicer”/trezorier (*cellario*) care să

⁵² *Idem*, p. 71.

⁵³ *Idem*, p. 72.

⁵⁴ S.M. Brasher, *op. cit.*, p. 60.

⁵⁵ *Idem*, p. 61.

administreze fondurile și bunurile spitalului. Acești conducători dădeau socoteala, lunar, arhiepiscopului despre funcționarea spitalului.⁵⁶

„Rectorii” care administrau spitalele erau mireni și acționau frecvent în mod independent față de supravegherea ecleziastică, preotul rezident desemnat de episcop pentru nevoile spitalului având doar un rol spiritual, marginal. Autoritatea episcopului era mai mult formală, acesta ajungând frecvent la compromisuri cu fondatorii și personalul laic al spitalului, episcopul protejând spitalul de ingerințele exterioare și arbitrând disputele legate de acesta.⁵⁷

Probleme frecvente de natură patrimonială legate de spitale apăreau în legătură cu terenurile aflate în proprietate sau arendate de spitale, asupra cărora episcopul păstra controlul, chiar dacă făcuseră obiectul unui legat lăsat direct spitalului. Episcopia dădea o zecime din veniturile generate de aceste terenuri spitalului, fiind însă dificil să fie separate terenurile sau bunurile lăsate spitalului spre utilizare directă de cele care generau venituri care trebuiau să revină bisericii.⁵⁸ În termeni juridic moderni, se punea problema lipsei caracterului distinct al patrimoniului spitalului, ca proto-persoană juridică, de cel al forului tutelar (biserica).

În schimbul protecției și legitimității conferite de biserică spitalelor, acestea plăteau taxe anuale către episcopie, exemple în acest sens fiind plata anuală de către instituție a unei taxe în bani de ziua hramului spitalului (*censo*) și tributul feudal în natură (transformată ulterior tot într-o contribuție bănească) numit *fodro*, plătit episcopului în calitate de senior al spitalului, taxele plătite permițând autorității ecleziastice să exercite un anumit control asupra veniturilor primite de spitale din donații și legate.⁵⁹

Un element esențial al spitalului medieval era capela, care era un memento vizual permanent al fondatorilor și binefăcătorilor spitalului, reamintindu-le tuturor de obligațiile filantropice. Donațiile depindeau de pomenirea ulterioară a binefăcătorilor astfel că, fără aceste capele, multe spitale ar fi încetat să funcționeze din lipsă de fonduri. În afară de călugări și călugărițe, spitalele mai aveau mireni voluntari (care nu primeau salarii, doar mâncare și îmbrăcăminte) și personal angajat. Deși călugării și călugărițele lucrau în spitale, aceștia nu erau întotdeauna la conducere, conducătorii putând fi preoți, diverși administratori similari unui stareț de mănăstire. Medicii nu aveau un rol proeminent în spitalele vremii, nefiind menționați ca membri ai personalului spitalicesc, apelându-se la medici, chirurgi, farmaciști, bărbieri sau vindecători doar la nevoie.⁶⁰

Directorul spitalului era ajutat și de alți oficiali, printre care era și reprezentantul financiar al comunității, care era și purtătorul pecetei oficiale a spitalului, pecete care era păstrată sub trei chei deținute de director și de alți doi călugări. Reprezentantul financiar era ajutat de un casier, care aduna pomenile în

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem*, pp. 62-63.

⁵⁸ *Idem*, p. 63.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ T.A. Ziegler, *op. cit.*, pp. 74-77.

numele spitalului, jurând că toți banii primiți vor fi dați personalului instituției. Pe lângă acești funcționari de conducere, majoritatea spitalelor mai aveau și alți funcționari de rang inferior. Episcopul sau consiliul orașenesc erau reprezentate în conducerea spitalului de un „rector”, un reprezentant respectabil al comunității, care supraveghea administrarea spitalului și menținea disciplina și ordinea, controlând eventualele comportamente ilicite ale celor însărcinați cu administrarea. Acest „rector” putea reține salariile, aplica amenzi și pedepse corporale, funcția putând fi atât una viageră cât și una cu un termen prederminat.⁶¹

În ceea ce privește a doua mare categorie de instituții medicale medievale, „universitățile” acestea erau în primul rând un corp ecleziastic compus, la origini, exclusiv din clerici. În Paris, dreptul de a preda era conferit de cancelarul din Notre-Dame și acesta, împreună cu episcopul din Paris, în virtutea autorității acestuia din urmă asupra tuturor persoanelor supuse jurisdicției tribunalelor ecleziastice, se ocupau de treburile universității. „Facultatea” de medicină din Paris făceau parte din „corpul Universității din Paris”, „maestrii” săi, asemeni celor de la facultățile de teologie, drept sau arte, beneficiind de protecția universității în schimbul fidelității față de aceasta, contribuind cu fondurile proprii la cheltuielile comune, participând la adunările generale ale universității și reprezentând-o în fața Papei și a regelui Franței.⁶² În Bologna, Pavia și Montpellier a existat un alt model centrat pe studenți, la mijlocul secolului al XII-lea, aceștia organizându-se în „corporații” numite *universitas* care au primit, în secolul următor, dreptul de a fixa prețul cărților și al cazării și chiar reguli în ceea ce privește educația, profesorii stabilindu-și acolo propriile „corporații” numite *collegium*, care stabiliau condițiile de admitere în corpul didactic.⁶³

În mediul rural, situația profesiilor medicale era diferită, medicii propriu-zis preparându-și singuri lecurile, făcând personal chiar și chirurgie, fiind astfel ceea ce astăzi am numi medici „generalști”. Separația profesiilor era mult mai rigidă în mediul urban, chirurgii mai ales fiind organizați separat în bresle, asemeni altor „meserii” cum ar fi măcelarii sau brutarii, profesia lor fiind complet distinctă de cea de medic.⁶⁴

4. Spitalele în Evul mediu târziu, perioada Renașterii și a Iluminismului (secolele al XIV-lea – al XVIII-lea)

În Italia, mai ales în partea sa de nord, spitalele au evoluat, între secolele al XII-lea și al XV-lea, de la instituții preponderent religioase, preocupate de găzduirea pelerinilor și ajutorarea muribunzilor, în instituții civice care găzduiau, pe lângă pelerini și cei grav bolnavi, pe cei săraci, cei fără adăpost, leproșii și orfanii. Și din punct de vedere organizatoric, autoritățile seculare au uzurpat

⁶¹ *Idem*, pp. 78-79.

⁶² A. Leca, A. Lunel, S. Sanchez, *op. cit.*, p. 37; L.N. Magner, *A History of Medicine*, Second edition, Taylor&Francis, Boca Raton, 2005, p. 141.

⁶³ H.J. Cook, *op. cit.*, pp. 50-51.

⁶⁴ W. Bynum, *op. cit.*, p. 27.

treptat rolul clerului sau al mirenilor desemnați de biserică și s-a ajuns ca, la mijlocul secolului al XV-lea, spitalele mici independente să fie consolidate și să desemneze funcționari orășenești în administrația lor.⁶⁵

Spitalele de la sfârșitul Evului mediu și începutul epocii moderne (secolele al XV-lea – al XVI-lea) funcționau în esență ca fundații caritabile bazate pe „economia” medievală a „pomenilor”, în care „binefăcătorii” dădeau din bunurile lor lumești în timpul vieții în schimbul unor „beneficii” promise în viața de apoi. Amenințările la adresa viabilității financiare a spitalelor afectau nu numai capacitatea orașelor de a se îngriji de cei bolnavi sau nevoiași, ci primedjduia și continuarea comemorării binefăcătorilor spitalului.⁶⁶

Scopul principal al administratorilor unui spital era să îi conserve averea, statutul lor de fundații caritabile nepermițând utilizarea activelor pentru plata cheltuielilor curente. Administratorii încercau să maximizeze veniturile din exploatarea activului inițial sau a celui reinvestit. Principalele active erau cele imobiliare care generau venituri din vânzarea produselor agricole sau din arenzi. Spitalele puteau, când aveau disponibilități financiare suficiente, să acorde împrumuturi ipotecare sau să achiziționeze alte imobile pentru a-și extinde averea.⁶⁷

O sursă importantă de venituri a spitalelor provenea chiar de la beneficiarii lor, prin încheierea de către spital a unor contracte de „întreținere-asigurare” prin care, în schimbul transferării în avans de către beneficiar sau pentru acesta a unei sume de bani sau a unui teren către spital, beneficiarul sau o rudă a acestuia urma să primească hrană, îmbrăcăminte, locuință în instituția spitalicească și, uneori, chiar o sumă de bani periodică pe durata vieții, în caz de infirmitate sau de moarte a celui care îl întreținea.⁶⁸

În Franța, spitalele fuseseră fondate ca instituții sociale, de îngrijire a săracilor, episcopul local fiind protectorul și paznicul bunurilor săracilor și, prin extensie, al bunurilor spitalelor, cu excepția celor fondate de rege sau de municipalități.⁶⁹ Începând din secolul al XVI-lea, regele încredințează supravegherea spitalelor către judecători laici, fără a contesta rolul spiritual al clerului, pe când biserică încearcă să își păstreze puterile tradiționale, prin intermediul episcopilor, asupra acestor stabilimente.⁷⁰ Lipsa de zel a reprezentanților regali a dus la stabilirea unui *modus vivendi* între puterea regală laică și biserică prin administrarea spitalelor de către comisii mixte compuse din clerici și mireni, pe fondul unei creșteri generalizate a numărului săracilor și a înființării de „spitale generale” în

⁶⁵ S.M. Brasher, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁶ F. Dross, *Their Daily Bread: Managing Hospital Finances in Early Modern Germany* în L. Abreu, S. Sheard (eds.), *Hospital Life – Theory and Practice From the Medieval to the Modern*, Peter Lang, Bern, 2013, pp. 52-53.

⁶⁷ *Idem*, pp. 53-54.

⁶⁸ *Idem*, pp. 54-55.

⁶⁹ A. Leca, A. Lunel, S. Sanchez, *op. cit.*, p. 33.

⁷⁰ *Idem*.

diverse orașe, mai ales în secolul al XVII-lea, cu scopul de a închide acolo pe cei săraci.⁷¹

Secolul al XVII-lea a fost o perioadă de înființare a multor noi spitale, mai ales în Franța, din dispoziția lui Ludovic al XIV-lea, care a stabilit că orașele de o anumită mărime erau obligate să înființeze și să întrețină un spital general (*hôpital général*), al căror scop declarat, dar niciodată realizat pe deplin, era să închidă populația săracă sau pe cei cu tendințe deviate de orice fel, pe care să îi obișnuiască cu disciplina muncii și să le stârpească pornirile antisociale. Astfel de instituții existau și în alte țări din Occidentul European: *workhouses* în Anglia, *Zuchthäuser* în țările germane, *ospedali di carità* în Italia sau *hospicios* în Spania. Aceste funcții „polițienești” ale spitalelor au dispărut treptat, pe fondul „medicalizării” lor, mai ales din secolul al XVIII-lea.⁷²

5. Spitalele în secolul al XIX-lea

Spitalele epocii aveau deja în mod categoric personalitate juridică în înțelesul său modern, buget propriu, proprietăți și un domeniu distinct, precum și capacitate procesuală. Legea franceză din 7 august 1851, considerată prima „cartă a spitalelor” din Franța, le conferă explicit personalitate morală și le obligă la prestarea unui serviciu public către toți bolnavii, chiar și cei fără resurse, obligând la primirea celor care domiciliau și în alte comune.⁷³ O altă reglementare din Franța din anul 1873 suprimă tutela comunelor asupra spitalelor locale, reducând influența acestora asupra conducerii activității lor, dar cu păstrarea reziduală a primarului în conducerea spitalului.⁷⁴

Până în epoca interbelică, spitalul din Franța era destinat în principal celor săraci, iar „circulare” din 1926 încă arătau că cei cu posibilități materiale se considera că ar fi trebuit să se adreseze unor case de sănătate private, plata serviciilor în spitalele publice considerându-se că le-ar fi deturnat de la obligația lor de a oferi un serviciu public și ar fi făcut o concurență neloială cu cele private.⁷⁵

La începutul secolului al XIX-lea, medicina franceză centrată pe spital a devenit deosebit de influentă, astfel că facultățile de medicină de primă clasă din epocă din întreaga lume aveau în mod obligatoriu atașat și un spital. Spitalele, care erau încă văzute în Franța cu aura de instituții caritabile care furnizau îngrijiri medicale preponderent populației sărace, ofereau posibilități ample și un flux substanțial de pacienți pentru a permite observarea, diagnosticarea și efectuarea de necropsii care îmbunătățeau cunoașterea medicală.⁷⁶

⁷¹ *Idem*, pp. 33-34.

⁷² M. Lindemann, *op. cit.*, pp. 130-131.

⁷³ A. Leca, A. Lunel, S. Sanchez, *op. cit.*, p. 221.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ *Idem*, p. 222.

⁷⁶ W. Bynum, *op. cit.*, pp. 43-61.

Concluzii

Evoluția spitalului ca instituție medicală cu personalitate juridică a fost una sinuoasă, începută în mod neechivoc în epoca finală a Imperiului roman de apus (secolele al IV-lea – al V-lea d.Ch.) și finalizată pe deplin și în mod explicit abia în secolul al XIX-lea. Elementele esențiale ale unei persoane juridice în accepțiunea sa modernă: patrimoniul propriu, organizarea de sine stătătoare și scopul licit și moral, conform interesului general, s-au conturat treptat, în salturi, cu progrese uimitoare urmate de reveniri la situații anterioare mai defavorabile.

Scopul spitalelor a evoluat de la instituții cu caracter religios, preocupate inițial în primul rând de sănătatea spirituală a pacienților, la instituții sociale, axate pe îngrijirea și ulterior încarcerarea săracilor, pentru ca abia finalul secolului al XVIII-lea să consacre primatul îngrijirilor medicale.

Patrimoniul distinct al spitalelor nu a fost nici el o evoluție subînțeleasă, ele apărând inițial ca un simplu patrimoniu de afecțiune al fondatorului lor pentru ca, sub imperiul unor preocupări diverse cum era respectarea voinței întemeietorului, grija pentru interesele săracilor îngrijiți acolo sau preocuparea pentru păstrarea viabilității pe termen lung a spitalului, să se ajungă treptat la autonomizarea acestui patrimoniu față de cel al fondatorilor sau al forului tutelar.

În fine, organizarea de sine stătătoare a spitalelor nu a fost o evoluție de la sine înțeleasă din punct de vedere istoric, ele apărând inițial ca simple anexe ale mănăstirilor sau episcopioilor, pe deplin subordonate acestora, autonomia lor fiind câștigată treptat, cu contribuția autorităților statale seculare, a persoanelor care contribuiau la patrimoniul acestora prin liberalități sau chiar a personalului lor propriu care a aspirat întotdeauna să se autoguverneze.

Referințe

- Brasher S.M., *Hospitals and charity – Religious culture and civic life in medieval northern Italy*, Manchester University Press, Manchester, 2017
- Bynum W., *The History of Medicine – A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2008, DOI: <https://doi.org/10.1093/actrade/9780199215430.001.0001>
- Cook H.J., *Medicine in Western Europe* în M. Jackson (ed.), *A Global History of Medicine*, Oxford University Press, Oxford, 2018
- Dross F., *Their Daily Bread: Managing Hospital Finances in Early Modern Germany* în L. Abreu, S. Sheard (eds.), *Hospital Life – Theory and Practice From the Medieval to the Modern*, Peter Lang, Bern, 2013
- Floare M.I., „A Brief Overview on the Historical Beginnings of Health Law in the Broader Context of Private Law” în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai – Iurisprudentia* nr. 4/2019, DOI: [https://doi.org/10.24193/SUBBiur.64\(2019\).4.6](https://doi.org/10.24193/SUBBiur.64(2019).4.6)
- Kelly K., *The History of Medicine – Early Civilizations: Prehistoric Times to 500 C.E.*, Facts on File, New York, 2009
- Leca A., Lunel A., Sanchez S., *Histoire du Droit de la Santé*, Les Études Hospitalières Éditions, Bordeaux, 2014
- Lindemann M., *Medicine and Society in Early Modern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993
- Magner L.N., *A History of Medicine*, Second edition, Taylor&Francis, Boca Raton, 2005

- Park K., *Medicine and Society in Medieval Europe, 500-1500*, în A. Wear (ed.), *Medicine in Society – Historical Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992
- Risse G.B., *Mending Bodies, Saving Souls – A History of Hospitals*, Oxford University Press, Oxford, 1999
- Ziegler T.A., *Medieval Healthcare and the Rise of Charitable Institutions – The History of the Municipal Hospital*, Palgrave Macmillan, Cham, 2018, <https://doi.org/10.1007/978-3-030-02056-9>

Despre vitalitatea persoanelor juridice în fața Curții Europene a Drepturilor Omului

About the vitality of legal entities before the European Court of Human Rights

Violeta Stratan¹

Rezumat: Posibilitatea persoanelor juridice de a invoca drepturi fundamentale prevăzute și protejate de CEDO nu poate fi pusă, în prezent, sub semnul îndoielii. Un tur de orizont rapid al jurisprudenței Curții de la Strasbourg relevă numeroase cazuri în care persoane juridice s-au prevalat de drepturi fundamentale atașate accesului la justiție și funcționării acesteia, libertăților de expresie, de religie, de întrunire și asociere, sau protecției proprietății. Studiul de față își propune analiza unor cereri similare recente, formulate de persoane juridice de naționalitate română, care să permită trecerea în revistă a argumentelor pro sau contra recunoașterii calității de titular de drepturi fundamentale în beneficiul persoanei juridice și, totodată, creionarea limitelor asociate acestei recunoașteri.

Cuvinte-cheie: drepturi fundamentale, proces echitabil, liberate de asociere, libertate de exprimare, protecția proprietății

Abstract: The possibility of legal entities to invoke fundamental rights provided for and protected by the ECHR cannot, at present, be put under the sign of doubt. A quick horizon tour of the Strasbourg Court's jurisprudence reveals numerous cases in which legal entities have prevailed over fundamental rights attached to access to justice and its functioning, freedoms of expression, religion, assembly and association, or protection of property. The present study aims to analyze recent similar requests, formulated by legal entities of Romanian nationality, which will allow reviewing the arguments for or against the recognition of the capacity of holder of fundamental rights for the benefit of the legal entity and, at the same time, drawing the limits associated with this recognition.

Keywords: fundamental rights, due process, freedom of association, freedom of expression, protection of property

Vitalitatea persoanelor juridice în fața Curții Europene a Drepturilor Omului nu poate fi astăzi pusă sub semnul îndoielii, în pofida numeroaselor critici care i s-au fost adus de-a lungul vremii în literatura de specialitate². Considerată

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, e-mail: violeta.stratan@e-uvt.ro.

² B. Edelmann, „La Cour européenne des droits de l’homme et l’homme du marché”, în *Recueil Dalloz*, nr. 13/2011, p. 897, <https://www.dalloz.fr/lien?famille=revues&dochype=RECUEIL%2FCHRON%2F2011%2F0041>; G. Loiseau, „Des droits humains pour les personnes non humaines” în *Recueil Dalloz* nr. 37/2011, p. 2558, <http://www.dalloz->

mai ales o creație a jurisprudenței Curții de la Strasbourg, ea a fost „recunoscută” de doctrină încă din anul 1981, când profesorul Jean Rivero, prezentând concluziile unui simpozion dedicat drepturilor fundamentale în jurisprudența curților constituționale europene, aprecia că atât persoanele fizice cât și persoanele juridice pot fi titulari ai acestor drepturi³.

În ceea ce privește textul Convenției Europene a Drepturilor Omului - exceptând art. 1 al Protocolului adițional nr. 1⁴ - acesta nu cuprinde nicio mențiune explicită la persoanele juridice, dar nici nu le exclude din sfera sa de aplicare. Dimpotrivă, în absența vreunui indiciu referitor la natura persoanelor care beneficiază de protecția drepturilor consacrate de ele, dispozițiile⁵ Convenției sugerează mai degrabă faptul că se aplică și persoanelor juridice. Această idee este susținută, pe de o parte, de lectura documentului adoptat la 4 noiembrie 1950 în paralel cu cea a textului Pactului internațional cu privire la drepturile civile și politice din 1966 - care garantează protecția conferită de prevederile sale „tuturor indivizilor” aflați pe teritoriul statelor părți. Pe de altă parte, de juxtapunerea sintagmei „grup (de particulari)” cu termenii „individ” sau „persoană fizică”, în dispoziții ca cele cuprinse în art. 17 („unui grup sau unui individ”) ori 34 („orice persoană fizică, organizație neguvernamentală sau grup de particulari”). Astfel, dreptul la recurs individual în fața Curții de la Strasbourg a fost recunoscut, în virtutea art. 34, atât grupurilor de particulari - ca asociații informale, temporare, formate din persoane care împărtășesc aceleași interese - cât și persoanelor juridice cu scop lucrativ sau nelucrativ - societăți comerciale, sindicate, organizații religioase, asociații cu scop social sau caritabil - și chiar persoanelor juridice de drept public, și privat, care îndeplinesc misiuni din sfera serviciilor publice fără a exercita, însă, prerogative de putere publică și fără a se afla sub controlul autorităților publice, cu condiția de a se putea pretinde ele însele victime ale violării unuia din drepturile recunoscute de Convenție⁶. În acest context, în literatura de

revues.fr/revues/Recueil_Dalloz-21.html; V. Wester-Ouisse, „Dérives antropomorphiques de la personnalité morale: ascendances et influences”, în *JCP G- La Semaine juridique-édition générale*, nr. 16/2009, pp. 13-17, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00411617>; T. Isiksel, „The Rights of Man and the Rights of the Man-Made: Corporations and Human Rights”, în *Human Rights Quarterly*, vol. 38, nr. 2, 2016, pp. 294-349, <https://www.jstor.org/stable/24738053>; T. Isiksel, „Corporate Human Rights Claims under the ECHR”, în *Georgetown Law*, vol. 1/2019, pp. 979-1005, <https://www.law.georgetown.edu/public-policy-journal/wp-content/uploads/sites/23/2019/12/17-S-Isiksel.pdf>.

³ J. Rivero, „Rapport de synthèse”, în *Révue internationale de droit comparé*, vol. 32, nr. 2/1981, pp. 659-671, <https://doi.org/10.3406/ridc.1981.3286>.

⁴ Protocolul adițional nr. 1 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, art. 1: *Orice persoană fizică sau juridică are dreptul la respectarea bunurilor sale.*

⁵ Convenția Europeană a Drepturilor Omului, art. 1: *Înaltele Părți Contractante recunosc oricărei persoane aflate sub jurisdicția lor (...); art. 5 sau 13 din Convenție: Orice persoană are dreptul la (...).*

⁶ F. Sudre, *Drept european și internațional al drepturilor omului*, Polirom, 2006, pp. 440-442; B. Rainey, P. McCormick, C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 8th Edition, Oxford University Press, 2021, p. 28.

specialitate s-au ridicat următoarele întrebări: pe de o parte, în ce măsură persoanele juridice care sesizează Curtea se bucură de un tratament special în fața instanței europene și, pe de altă parte, în ce măsură pot acestea să aducă modificări în contenciosul drepturilor omului⁷.

Evident, nu toate drepturile garantate de Convenție sunt compatibile cu natura persoanei juridice⁸. În mod tradițional, instanța de la Strasbourg a avut de analizat cereri formulate de diferite persoane juridice care au invocat încălcări ale drepturilor prevăzute în art. 6, art. 8 și art. 10 din Convenție, respectiv în art. 1 din Protocolul adițional nr. 1. Cauze ca *Sanofi Pasteur împotriva Franței*⁹, *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH împotriva Austriei*¹⁰, *Liberty and others împotriva Regatului Unit*¹¹, *Autronic AG împotriva Elveției*¹² sau *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd împotriva Irlandei*¹³ constituie deja repere pentru doctrină. În cele ce urmează ne-am propus să trecem în revistă câteva din hotărârile pronunțate împotriva României, generate de cererile introduse de către persoane juridice române în fața instanței europene, în încercarea de a identifica eventuala amprentă specifică pe care acestea au lăsat-o asupra jurisprudenței acesteia. Premisa de la care plecăm este aceea că aceste cauze, chiar dacă nu reprezintă pietre unghiulare a contenciosului drepturilor omului, reușesc să își aducă o contribuție importantă la nuanțarea acestuia. Astfel, cauze ca cele introduse pe rolul Curții de partide politice ori asociații ale minorităților naționale din România îmbogățesc conținutul libertăților de asociere și de exprimare ori dreptului la alegeri libere prin simpla referire la particularitățile contextului socio-politic la care se raportează aprecierile instanței.

În cauza *Partidul Comuniștilor (Nepeceriști) și Ungureanu împotriva României*¹⁴ reclamanții au invocat faptul că refuzul instanțelor interne de a le admite cererea de înregistrare a PCN ca partid politic le-a încălcat libertatea de asociere, garantată de art. 11 din Convenție. Cu această ocazie, Curtea a subliniat încă o dată rolul esențial al partidelor politice în menținerea pluralismului și a

⁷ J. Adriantsimbazovina, *Les personnes morales devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, în X. Bioy (ed.), *La personnalité juridique*, Presses de l'Université Toulouse, 1^{er} capitol, 2018, pp. 221-232.

⁸ L. Dopplinger, „Legal Persons as Bearers of Rights Under the ECHR”, în *University Of Vienna Law Review*, vol. 5, nr. 1/2021, pp. 1-46, <https://doi.org/10.25365/vlr-2021-5-1-1>.

⁹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Sanofi Pasteur c. Franței*, cererea nr. 25137/16, hotărârea definitivă din data de 13.06.2020.

¹⁰ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Wieser și Bicos Beteiligungen GmbH c. Austriei*, cererea nr. 74336/01, hotărârea definitivă din data de 16.01.2008.

¹¹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Liberty și alții c. Regatul Unit*, cererea nr. 58243/00, hotărârea definitivă din data de 01.10.2008.

¹² Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Autronic AG c. Elveției*, cererea nr. 12726/87, hotărârea din data de 22.05.1990.

¹³ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd c. Irlandei*, cererea nr. 44460/16, hotărârea definitivă din data de 08.10.2018.

¹⁴ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Partidul Comuniștilor (Nepeceriști) și Ungureanu c. României*, cererea nr. 46.626/1999, hotărârea definitivă din data de 06.07.2005.

bunei funcționări a democrației și faptul că, prin activitățile lor, aceste formațiuni participă la un exercițiu colectiv al libertății de exprimare. Reafirmând posibilitatea partidelor politice de a invoca în fața sa drepturile prevăzute de art. 10 și 11 din Convenție, instanța a aplicat ingerinței litigioase testul conformității cu o "nevoie socială imperioasă" și al proporționalității cu scopurile legitime urmărite. Analizând, asemenea instanțelor interne, statutul și programul politic ale PCN., Curtea a concluzionat că textele examinate nu cuprindeau „nici un pasaj care ar putea fi considerat chemare la violență, la revoltă sau la orice altă formă de respingere a principiilor democratice”, cu dimpotrivă insistau asupra „respectului suveranității naționale, integrității teritoriale și ordinii juridice și constituționale a țării, asupra principiilor democrației, printre care pluralismul politic, sufragiul universal se libera participare la viața politică”. Totuși, programul politic și statutul PCN cuprindeau și pasaje care criticau atât abuzurile fostului partid comunist înainte de 1989, de care se PCN se distanța, inclusiv prin titulatura sa, cât și politica dusă după 1989. Curtea a reamintit că una dintre principalele caracteristici ale democrației rezidă în posibilitatea de a dezbate prin dialog și fără recurgere la violență problemele ridicate de diferite curente politice de opinie, chiar dacă acestea deranjează sau îngrijorează. Așadar, o formațiune politică ce respectă principiile fundamentale ale democrației nu poate îngrijora pentru simplul fapt că a criticat ordinea constituțională și juridică a țării și că a dorit să o dezbată public pe scena politică. Luând în considerare contextul istoric particular - respectiv experiența României de comunism totalitar înainte de 1989 - instanța europeană a subliniat totuși că acesta nu poate justifica în sine necesitatea ingerinței, cu atât mai mult cu cât partide comuniste cu ideologie marxistă existau în câteva țări semnatare ale Convenției. În speță, dat fiind că instanțele naționale nu au reușit să probeze incompatibilitatea programului politic al reclamanților cu "o societate democratică", și nici existența unei amenințări rezonabile iminente la adresa democrației, Curtea a statuat că măsura respingerii cererii de înregistrare a PCN ca partid politic, luată înainte chiar ca acesta să înceapă desfășurarea activităților este disproporționată cu scopul urmărit, și încalcă prevederile art. 11 din Convenție.

Ceva mai recent, Curtea a fost sesizată cu o plângere formulată împotriva României de către Comitetul de organizare și înregistrare a unei alte formațiuni politice - Partidului Comunist Român - pe același temei al încălcării prevederilor art. 11 din CEDO¹⁵. De această dată, instanța de la Strasbourg a respins cererea ca inadmisibilă. Curtea a reiterat ideea că experiența comunismului totalitar sau ideologia marxistă nu constituie în sine motive de respingere a cererii de înființare a unui astfel de partid, însă a considerat că în speță reclamantul nu s-a disociat concret și în întregime de vechiul PCR. De această dată, Curtea a apreciat că instanțele naționale au reușit să demonstreze că statutul și programul PCR ignora valorile democratice și evoluția politică a țării după 1989, permițând acțiuni de natură totalitară și extremistă, susceptibile să aducă atingere securității naționale

¹⁵ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Comitetul de organizare și înregistrare a Partidului Comunist Român c. României*, cererea nr. 20401/15, hotărârea din data de 30.11.2021.

și ordinii democratice a țării. În opinia Curții, respingerea cererii de înființare a unui astfel de partid s-a întemeiat pe voința de a contracara o acțiune, fie ea doar potențială, de încălcare a principiilor statului de drept și a fundamentelor democrației. Prin urmare, refuzul instanțelor române de a înregistra PCR a fost asimilat unei măsuri necesare într-o societate democratică.

Curtea de la Strasbourg a fost chemată să se pronunțe și în domeniul drepturilor de natură electorală, cu ocazia examinării cererii depusă la grefă de asociația *Ofensiva Tinerilor*¹⁶. Reclamanta a pretins că refuzul BEC de a-i înregistra candidatura la alegerile parlamentare ar fi adus atingere drepturilor garantate de art. 3 din Protocolul nr. 1 la Convenție¹⁷. În acest context, Curtea a subliniat importanța rolului statului în calitate de ultim garant al pluralismului, și necesitatea ca acesta să adopte măsuri pozitive pentru a organiza alegeri democratice. Curtea a amintit și că dreptul de a candida la alegeri este iluzoriu dacă persoana în cauză poate fi, în orice moment și în mod arbitrar, privată de acesta. În opinia Curții, principiul caracterului efectiv al drepturilor supune deciziile de constatare a încălcării condițiilor de eligibilitate respectării unor criterii de natură să permită evitarea arbitrarului: atare decizii trebuie să provină de la un organ care prezintă un minim de garanții de imparțialitate, a cărui putere de apreciere să fie circumscrisă dispozițiilor dreptului intern și guvernată de norme procedurale apte să garanteze caracterul echitabil și obiectiv al deciziilor în cauză și să evite orice abuz de putere. Analizând motivul pe care BEC și-a întemeiat decizia de respingere a candidaturii reclamantei – acela că semnul electoral și documentele prezentate în sprijinul cererii sale de către reclamantă nu dovedeau identificarea acesteia cu etnia poloneză - Curtea a observat că legea nu stabilea condițiile de eligibilitate pentru reprezentanții minorităților naționale nereprezentate în parlament. Referitor la componența acestui organ alcătuit (și) din reprezentanți ai partidelor politice, Curtea a apreciat că aceasta nu oferea o minimă garanție de imparțialitate. Lipsa de claritate a legii electorale referitoare la minoritățile naționale și lipsa de garanții suficiente cu privire la imparțialitatea organelor însărcinate cu examinarea cererii de candidatură a reclamantei, au determinat Curtea să concluzioneze că în speță s-a adus atingere esenței drepturilor garantate de art. 3 din Protocolul nr. 1 la Convenție.

Revenind la libertatea de asociere consacrată de art. 11 din Convenție, aceasta a fost invocată în pretoriul european nu doar de către partidele politice, ci și de sindicate. Astfel, în cauza *Sindicatul „Păstorul cel Bun” împotriva României*¹⁸, Curtea a fost sesizată cu susținerea potrivit căreia respingerea cererii de

¹⁶ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Ofensiva Tinerilor c. României*, cererea nr. 16732/05, hotărârea din data de 15.12.2015.

¹⁷ Protocolul adițional nr. 1 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, art. 3: *Înaltele Părți contractante se angajează să organizeze, la intervale rezonabile, alegeri libere cu vot secret, în condițiile care asigură libera exprimare a opiniei poporului cu privire la alegerea corpului legislativ.*

¹⁸ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Sindicatul „Păstorul cel Bun” c. României*, cererea nr. 2330/09, hotărârea din data de 31.01.2012.

înregistrare ca sindicat a reclamantului ar fi adus atingere dreptului membrilor săi de a constitui sindicate. Examinând cererea, Curtea de la Strasbourg a reafirmat că libertatea sindicală constituie un aspect specific al libertății de asociere. În speță, respingerea cererii de înscriere a sindicatului reclamant s-a bazat pe legislația națională și a urmărit să împiedice o divergență între lege și practică în materie de constituire a sindicatelor în cadrul personalului bisericesc. Instanțele civile competente să se pronunțe asupra validității cererii pentru dobândirea personalității juridice de către sindicatul reclamant au motivat decizia de respingere a cererii, pe de o parte, prin nevoia de a apăra tradiția creștin-ortodoxă, dogmele ei fondatoare și maniera canonică de luare a deciziilor, iar pe de altă parte, prin imposibilitatea legală a preoților parohi de a se organiza în sindicate, dat fiind că aceștia exercită funcții de conducere în parohiile lor. Curtea a apreciat că revendicările sindicatului reclamant se situau exclusiv în domeniul apărării drepturilor și intereselor economice, sociale și culturale ale angajaților salariați ai Bisericii, prin urmare înregistrarea sa ca sindicat nu ar fi adus atingere nici legitimității credințelor religioase, nici modalităților de exprimare a acestora. Conștientă de contextul specific al cauzei, în special de locul pe care religia ortodoxă îl ocupă în istoria și tradiția statului pârât, instanța europeană a subliniat, totuși, că acest context nu poate să justifice în sine necesitatea ingerinței. Aceasta cu atât mai mult cu cât, pe de o parte, sindicatul reclamant nu intenționa să conteste acest loc iar, pe de altă parte, dreptul angajaților Bisericii Ortodoxe de a se organiza în sindicate fusese deja recunoscut în cel puțin două situații de către instanțele interne, fără ca acest fapt să fie considerat nelegal sau incompatibil cu regimul democratic. Având în vedere aceste circumstanțe, respingerea cererii de înscriere a sindicatului reclamant a fost considerată o măsură disproporționată față de scopul urmărit, constituind o încălcare a articolului 11 din Convenție.

Frecvent invocată de persoanele juridice în fața Curții de la Strasbourg este și libertatea de exprimare, consacrată în articolul 10 din Convenție. Asemenea cauzelor menționate anterior, care au adus în discuție (și) particularități ale contextului istoric specific, și cauza *Petro Carbo Chem S.E. împotriva României*¹⁹ este reprezentativă pentru un anumit context economic specific României post-revoluționare. Curtea a fost sesizată cu o cerere având ca obiect respingerea acțiunii civile introduse de societatea reclamantă, acționar minoritar al întreprinderii românești Oltchim S.A. Râmnicu Vâlcea („Oltchim”), împotriva lui C.R., președintele-director general al acestei întreprinderi, cu scopul de a-și proteja reputația, în contextul unui conflict mediatic care privea în principal modul în care C.R. conducea societatea Oltchim. Cererea a vizat, de asemenea, obligarea societății reclamante, în urma acestei proceduri, la plata unei sume simbolice către C.R. pentru repararea prejudiciului moral suferit de acesta din urmă din cauza încălcării dreptului său la respectarea reputației sale. Societatea reclamantă a invocat deopotrivă art. 10 și 8 Convenție. În opinia judecătorului european, condamnarea civilă a societății reclamante pentru atingerea adusă onoarei și reputației lui C.R.

¹⁹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Petro Carbo Chem S.E. c. României*, cererea nr. 21768/12, hotărârea definitivă din data de 30.09.2020.

constituie o ingerință în exercitarea de către aceasta a libertății sale de exprimare. Pentru a stabili dacă ingerința a fost „necesară într-o societate democratică”, acesta a aplicat principiile conturate în jurisprudența anterioară a CEDO, respectiv: marja redusă de apreciere a statelor cu privire la restrângerea libertății de exprimare în domeniul chestiunilor de interes general; aplicabilitatea anumitor criterii în cazul punerii în balanță a libertății de exprimare, pe de o parte, și a dreptului la viață privată, pe de altă parte (în special, contribuția la o dezbatere de interes general, notorietatea persoanei vizate, comportamentul anterior al persoanei în cauză, conținutul, forma și repercusiunile publicației, modalitatea de obținere a informațiilor și veridicitatea acestora); limitele largi ale admisibilității criticii în cazul marilor întreprinderi și al oamenilor de afaceri care le conduc; coexistența interesului general pe care îl implică o dezbatere liberă cu privire la practicile comerciale cu interesul concurent de protejare a succesului comercial și a viabilității întreprinderilor, în beneficiul acționarilor și al angajaților, dar și pentru binele economic în sens larg.

Raportat la circumstanțele speței, Curtea a apreciat că afirmațiile litigioase priveau o chestiune de interes general referitoare la libera circulație a informațiilor și ideilor în domeniul activităților unor societăți comerciale puternice, precum și în domeniul responsabilizării persoanelor care conduc astfel de societăți, pentru a le determina să țină seama de interesele pe termen lung ale întreprinderii lor, chestiuni care impuneau asigurarea unui nivel ridicat de protecție a libertății de exprimare și, respectiv, o marjă redusă de apreciere pentru statele contractante. De asemenea, Curtea europeană a subliniat că toate motivele invocate de instanțele naționale pentru justificarea condamnării societății reclamante au fost infirmate prin hotărâri judecătorești definitive, pronunțate în urma procedurii inițiate de Oltchim împotriva societății reclamante. Cum probele depuse la dosar nu au demonstrat că declarațiile societății reclamante erau lipsite de orice temei faptic și nici că se bazau pe informații false sau înșelătoare, Curtea a considerat că intenția societății reclamante a fost mai degrabă aceea de a iniția o dezbatere cu privire la problema conducerii întreprinderii în care deținea o participație decât de a periclita succesul comercial și viabilitatea întreprinderii pentru acționarii și angajații săi și pentru binele economic în sens larg. În privința sancțiunii aplicate societății reclamante, Curtea a apreciat că deși era doar una simbolică și nu avea niciun impact financiar asupra reclamantei, aceasta ar fi putut să aibă un efect disuasiv. În lumina tuturor acestor considerente, Curtea de la Strasbourg a statuat că instanțele interne nu au menținut un echilibru just între, pe de o parte, necesitatea de a-i păstra reputația lui C.R. și, pe de altă parte, necesitatea de a proteja libertatea de exprimare a societății reclamante, încălcând prin aceasta art. 10 din Convenție.

În contextul în care societatea reclamantă a invocat și pretinsa încălcare a reputației societății sale ca efect al declarațiilor publice făcute de C.R. în privința sa, Curtea a reiterat că dreptul la reputație este un drept protejat de art. 8 din Convenție și că statele au obligația pozitivă de a asigura protecția acesteia. Majoritatea afirmațiilor lui C.R. au fost asimilate de instanța europeană unor judecăți de valoare, care reflectau temerile acestui director legate de posibilitatea

ca societatea reclamantă să preia controlul asupra Oltchim, să utilizeze participația sa în consiliul de administrație pentru a profita de oportunități de afaceri sau chiar ca aceasta să dorească lichidarea întreprinderii românești, pentru a-și consolida poziția dominantă în același sector de activitate. Elemente de probă prezentate nu au reușit să demonstreze impactul afirmațiilor lui C.R. asupra șanselor societății reclamante de a-și continua investițiile pe piața românească sau de a acționa în calitate de partener de afaceri internațional. Prin urmare, Curtea europeană a considerat că nu poate face speculații privind posibilul prejudiciu suferit de reclamantă și a statuat că autoritățile naționale nu și-au depășit marja de apreciere și nu și-au încălcat obligația pozitivă de a-i garanta acesteia dreptul la respectarea efectivă a reputației sale.

Într-o altă cauză generată de anumite aspecte ale peisajului economic și legislativ român²⁰, o societate comercială a invocat încălcarea dreptului său de proprietate ca urmare a unei ajustări impuse de autoritățile fiscale române, considerată arbitrară de către reclamantă. Aceasta din urmă - titulară din anul 2000 a unei licențe de exploatare a nisipului din Dunăre, cu redevența stabilită atunci la 2% din valoarea nisipului extras, și a unui permis de exploatare acordat pentru o cantitate suplimentară de nisip în anul 2007, cu redevența fixată la 6% din valoarea nisipului extras - era, în opinia Curții, beneficiara unui interes patrimonial având natura unui bun, în sensul articolului 1 al Protocolului adițional nr. 1 la CEDO. Ingerința denunțată în speță consta în majorarea redevenței datorată de aceasta pentru exploatarea resurselor minerale, impusă de autoritățile fiscale române în urma unui control efectuat în anul 2009 pentru o perioadă de timp aferentă anului anterior, reprezentând o diferență de plată de aprox. 10.000 euro în sarcina societății reclamante. Curtea a apreciat că ingerința denunțată în speță reprezintă o formă de reglementare a folosinței bunurilor conformă interesului general, pentru a asigura plata impozitelor și a altor contribuții fiscale, prevăzută de alin. 2 al art. 1 din Protocolul adițional nr. 1. Competentă să se pronunțe asupra compatibilității fundamentului juridic al acestei ingerințe cu exigențele CEDO privind calitatea legii, Curtea a apreciat că decizia de a majora din oficiu redevența datorată de societatea reclamantă, confirmată ulterior și de instanța națională competentă, a fost luată în mod arbitrar și imprevizibil, fiind incompatibilă cu dreptul societății reclamante la respectarea bunurilor sale. În lumina circumstanțelor speței, Curtea a considerat că aplicarea dispozițiilor legale care guvernau nivelul redevențelor miniere și procedura de renegociere a condițiilor de exploatare a resurselor minerale, nu s-a suspus nici imperativului previzibilității legii, nici celui al asigurării securității juridice. Cu această ocazie, instanța europeană a reiterat principiul potrivit căruia statul este cel care trebuie să suporte riscului greșelilor imputabile autoritățile publice, subliniind că remedierea acestora nu trebuie să se facă pe cheltuiala persoanei prejudiciate, mai ales în situația în care niciun alt interes privat concurent nu este în discuție. În virtutea unei atare concluzii, considerându-se scutită de a examina dacă s-a menținut un echilibru just

²⁰ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *S.C. Scut S.A c. României*, cererea nr. 433733/10, hotărârea din data de 26.06.2018, definitivă la data de 26.09.2018.

între cerințele interesului general al comunității și imperativele de salvagardare a drepturilor individuale, Curtea a statuat că art. 1 din Protocolul nr. 1 a fost încălcat.

Același articol 1 al Protocolului adițional nr. 1 la CEDO a făcut obiectul analizei Curții și în cauza *Credit Europe Leasing IFN S.A. împotriva României*²¹. Societatea reclamantă invocase în acest caz încălcarea dreptului său de proprietate ca urmare a sechestrului instituit asupra bunurilor sale pentru o perioadă excesiv de îndelungată, în lipsa unei căi de atac interne efective. Curtea a observat că „bunurile” în discuție erau bunuri mobile sechestrate printr-o ordonanță DIICOT și că sechestrul denunțat putea fi considerat o ingerință în exercitarea dreptului societății reclamante la respectarea bunurilor sale. În opinia instanței, sechestrul asupra bunurilor instituit în cursul procesului penal este, în principiu, o măsură de reglementare a folosinței bunurilor. Aceasta a reamintit că art. 1 susmenționat prevede, mai presus de toate, că orice ingerință a unei autorități publice în exercitarea dreptului la respectarea bunurilor trebuie să fie legală, legitimă și proporțională. În speță, măsura care a afectat bunurile societății reclamante a durat aproape 9 ani și, chiar după ridicarea acesteia, autoritățile nu au identificat bunurile și nu le-au restituit societății reclamante. În aceste condiții, chiar respectând condițiile legalității și urmării interesului general – de a garanta că folosirea bunurilor în cauză nu aduce beneficii inculpaților în detrimentul comunității – Curtea a constatat că aplicarea măsurii în litigiu nu a menținut justul echilibru între interesul general al societății și interesele societății reclamante, întrucât aceasta din urmă a fost obligată să suporte o sarcină excesivă. Pentru a statua astfel, aceasta a avut în vedere în special durata sechestrului aplicat asupra bunurilor aparținând societății reclamante și valoarea considerabilă a acestora, dar și lipsa unei posibilități de a contesta efectiv măsura impusă în cadrul procesului penal în care societatea reclamantă nu a fost parte.

În sfârșit, cererea prin care o altă societate comercială - *Bio Farmland Betriebs SRL*²² - a invocat în fața Curții de la Strasbourg pretinsa încălcare a art. 6 alin. 1 din CEDO ni s-a părut relevantă pentru perseverența și ingeniozitatea societății reclamante în a-și valorifica drepturile fundamentale recunoscute atât în sistemul dreptului intern cât mai ales în cel european. În anul 2011, societatea reclamantă, având ca obiect de activitate cultivarea cerealelor și a leguminoaselor, s-a adresat Agenției de Plăți și Intervenție pentru Agricultură (APIA) în vederea accesării unor plăți acordate din Fondul European Agricol pentru Dezvoltare Rurală (FEADR), în temeiul Regulamentului CE nr. 1698/2005. Reclamanta a primit astfel un ajutor corespunzător în temeiul angajamentului pe care și-l asumase de a desfășura activități agricole în zone defavorizate pentru o perioadă de cel puțin 5 ani, cu respectarea unor condiții de mediu corespunzătoare. Un an mai târziu, cu ocazia reiterării cererii de acordare a sprijinului financiar, societatea a declarat

²¹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Credit Europe Leasing IFN S.A. c. României*, cererea nr. 38072/11, hotărârea din data de 21.07.2020, definitivă la data de 21.10.2020.

²² Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Bio Farmland Betriebs S.R.L. c. României*, cererea nr. 43639/17, hotărârea din data de 13.07.2021, definitivă la data de 13.10.2021.

suprafețe mai mici decât cele declarate în anul anterior, fapt pentru care a fost ulterior sancționată cu reducerea cu 50% a ajutorului prevăzut în programul de finanțare, pe motiv că nu și-a respectat primul angajament. Încercând să obțină anularea deciziei de sancționare emisă de APIA, societatea s-a adresat instanțelor române competente, cărora le-a solicitat, în temeiul art. 264 TFUE, să adreseze CJUE întrebări preliminare cu privire la interpretarea anumitor dispoziții de drept european pe care le considera pertinente în speță. De-a lungul unei proceduri judiciare care a durat mai bine de trei ani până la pronunțarea hotărârii definitive în cauză, atât prima instanță cât și instanța de apel au respins cererea reclamantei de trimitere preliminară la CJUE. Statuând în ultimă instanță, Curtea de apel apreciasse că nu se impunea discutarea cererii de sesizare a CJUE în scopul de a se pronunța cu privire la interpretarea preliminară a regulamentelor CE, astfel cum solicitase reclamanta.

Sesizată cu cererea societății reclamante referitoare la încălcarea art. 6 alin. 1 din CEDO, Curtea a admis aplicabilitatea acestei prevederi în speță, întrucât procedura internă generatoare a cauzei aduse în atenția sa viza reducerea ajutorului financiar acordat în temeiul unor norme de drept european și a normelor de drept intern aferente și, totodată, interesul patrimonial și potențialele repercusiuni ale soluției pronunțate în litigiu asupra activității societății reclamante. Cu privire la fondul cauzei, Curtea a reiterat că, în temeiul art. 267 TFUE, atunci când o întrebare referitoare la interpretarea Tratatului sau a actelor adoptate de instituțiile europene este ridicată în cadrul unei proceduri în fața unei instanțe naționale ale cărei decizii nu fac obiectul controlului jurisdicțional în sistemul dreptului intern – în speță, Curtea de apel – respectiva instanță este ținută să sesizeze CJUE cu titlu preliminar. Această obligație nu este una absolută: din jurisprudența CILFIT a CJUE rezultă că instanțele naționale ale căror decizii nu pot face obiectul unor căi de atac conform dreptului intern precum și alte instanțe naționale, pot să aprecieze necesitatea unei decizii cu privire la un aspect de drept european din perspectiva deciziei pe care trebuie să o pronunțe. Ele nu sunt obligate să sesizeze CJUE cu o întrebare preliminară ridicată în fața lor în cazul în care constată că aceasta nu este pertinentă, că prevederea europeană în cauză a făcut deja obiectul unei interpretări din partea CJUE ori că aplicarea corectă a dreptului UE este atât de evidentă încât nu lasă loc niciunei îndoieli rezonabile. Cu toate acestea, art. 6 alin. 1 impune instanțelor naționale obligația de a-și motiva, în lumina legislației aplicabile, deciziile prin care refuză să sesizeze Curtea de la Luxemburg cu o întrebare preliminară. În replică la solicitarea reclamantei de a adresa CJUE o întrebare preliminară, Curtea de apel s-a limitat să constate că nu era necesar să discute cererea de sesizare a CJUE, fără să se refere explicit la niciunul din cele trei criterii CILFIT și fără să indice că ar fi considerat că dispozițiile dreptului UE în cauză ar fi fost deja interpretate. Hotărârea instanței de apel naționale nu a indicat motivele pentru care aceasta a considerat că întrebările adresate nu meritau să fie discutate și transmise CJUE, menționând doar că dispozițiile ordinului care a stat la baza deciziei de sancționare a reclamantei nu erau contrare unui regulament european incident în speță (Regulamentul UE nr.

65/2011). În opinia Curții, raționamentul pe care s-a bazat această hotărâre nu permitea să se determine dacă întrebările au fost examinate în lumina criteriilor CILFIT și, în cazul afirmativ, care dintre acestea a fundamentat refuzul transmiterii lor CJUE. Prin urmare, a statuat că dreptul de acces la instanță prevăzut de art. 6 alin 1 din Convenție a fost încălcat.

În contextul în care societatea reclamantă a solicitat repararea prejudiciului moral suferit, Curtea de la Strasbourg a reafirmat principiul potrivit căruia existența unui atare prejudiciu în cazul unei persoane juridice trebuie privită prin prisma unor elemente mai mult sau mai puțin obiective sau subiective. Printre acestea, instanța europeană a reamintit²³ reputația persoanei juridice, dar și incertitudinea în planificarea deciziilor care se impun adoptate, perturbările cauzate gestiunii persoanei juridice, care nu pot fi calculate cu exactitate, precum și, chiar dacă într-o măsură mai mică, angoasa și temerile resimțite de membrii organelor de conducere ale societății. În speță, Curtea a considerat că simpla constatare a încălcării dreptului garantat de Convenție nu poate constitui o reparare suficientă a prejudiciului moral suferit de societatea reclamantă, motiv pentru care i-a acordat acesteia daune morale în valoare de 1500 euro.

Cele câteva cazuri pe care le-am rezumat în rândurile de mai sus sunt, credem noi, în măsură să ofere un răspuns întrebărilor menționate la începutul acestei lucrări. În privința tratamentul special de care s-ar bucura persoanele juridice în fața Curții de la Strasbourg, cauzele prezentate par să sugereze că persoanele juridice sunt privite ca actori importanți ai societății democratice. O atare societate nu poate fi definită doar prin referire la alegeri libere. Elemente definitorii ale societății democratice sunt deopotrivă protecția conferită drepturilor omului și grija pentru buna funcționare a instituțiilor și vieții democratice, atât în domeniul public cât și în cel privat. O altă caracteristică a acestui tip de societate rezidă în posibilitatea oferită justițiabililor – persoane fizice dar și juridice - de a contesta în fața organelor jurisdicționale deciziile autorităților publice care le încălcă drepturile fundamentale. Persoanele juridice au un rol deopotrivă activ și pasiv în bunul mers al acestui ansamblu²⁴. Prin hotărârile pe care le-a pronunțat și le va pronunța, instanța europeană pune în valoare acest rol, arătând că persoanele juridice care i se adresează sunt actori importanți fie ai vieții politice, fie ai vieții economice și sociale într-o societate democratică. Astfel, în calitatea lor de pioni de seamă ai șahului politic, partidele politice și asociațiile au contribuit la perfecționarea contenciosului drepturilor de natură politică – dreptul la alegeri libere, libertatea de întrunire și asociere, libertatea de expresie (Partidul Comuniștilor (Nepecești), Comitetul de organizare și înregistrare a Partidului Comunist Român, Asociația Ofensiva Tinerilor, etc.). De asemenea, în calitatea lor de actori *sine qua non* ai vieții economice și sociale, societățile comerciale, organizațiile și asociațiile cu sau fără scop lucrativ ori sindicatele au determinat Curtea europeană să nuanțeze cu fiecare decizie pronunțată conținutul unor

²³ Așa cum a făcut-o în cauza *Parohia greco-catolică Lupeni și alții c. României*, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cererea nr. 76943/11, hotărârea din data de 29.11.2016.

²⁴ J. Adriantsimbazovina, *op. cit.*, pp. 221-232.

instituții ca protecția proprietății, libertatea de asociere, libertatea de exprimare, dreptul de acces la instanță ori dreptul la reputație (SC Scut SA, Credit Europe Leasing IFN S.A, Bio Farmland Betriebs S.R.L, SC Petro Carbo Chem, Sindicatul „Păstorul cel Bun”, Parohia greco-catolică Lupeni, etc.). Desigur, în majoritatea hotărârilor pe care le-am prezentat aici, pronunțate împotriva României, Curtea de la Strasbourg nu face decât să reitereze principii deja enunțate în mult mai celebra sa jurisprudență anterioară. Totuși, de fiecare dată când analizează pretensele încălcări ale prevederilor Convenției în lumina contextului particular în care acestea s-au manifestat, în România și în oricare dintre statele contractante, instanța europeană adaugă o tușă nouă la tabloul societății democratice și a valorilor ei. Or fără vitalitatea persoanelor juridice (și) de drept român, fără dorința acestora de a-și valorifica drepturile fundamentale în fața pretoriului de la Strasbourg, tabloul ar fi incomplet. Referitor la vocația persoanelor juridice de a aduce schimbări contenciosului CEDO, credem că aceasta nu mai are nevoie de demonstrație: conturarea unui contencios al drepturilor omului generat de dezvoltarea noilor tehnologii²⁵ ori includerea măsurilor luate de autorități în contextul pandemiei de Covid 19 în tabloul jurisprudențial european²⁶ sunt doar câteva indicii ale capacității sistemului drepturilor omului de a absorbi aspecte din ce în ce mai complexe și de a se adapta permanent evoluțiilor societății contemporane.

Referințe

- Adriantsimbazovina J., *Les personnes morales devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, în X. Bioy (ed.), *La personnalité juridique*, Presses de l'Université Toulouse, 1^{er} capitol, 2018
- Dopplinger L., „Legal Persons as Bearers of Rights Under the ECHR”, în *University Of Vienna Law Review*, vol. 5, nr. 1/2021
- Edelmann B., „La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché”, în *Recueil Dalloz*, nr. 13/2011
- Isiksel T., „Corporate Human Rights Claims under the ECHR”, în *Georgetown Law*, vol. 17/2019
- Isiksel T., „The Rights of Man and the Rights of the Man-Made: Corporations and Human Rights”, în *Human Rights Quarterly*, vol. 38, nr. 2/2016
- Loiseau G., „Des droits humains pour les personnes non humaines” în *Recueil Dalloz* nr. 37/2011
- Rainey B., McCormick, P., Ovey, C., *The European Convention on Human Rights*, 8th Edition, Oxford University Press, 2021
- Rivero J., „Rapport de synthèse”, în *Révue internationale de droit comparé*, vol. 32, nr. 2/1981
- Sudre F., *Drept european și internațional al drepturilor omului*, Polirom, 2006
- Wester-Ouisse V., „Dérives antropomorphiques de la personnalité morale: ascendances et influences”, în *JCP G- La Semaine juridique- édition générale*, nr. 16/2009

²⁵ De exemplu, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Big Brother Watch and Others c. UK*, cererile nr. 58170/13, 62322/14 și 24960/15, hotărârea din data de 26.05.2021; Curtea Europeană a Drepturilor Omului cauza *Centrum For Rattvisa c.. Sweden*, cererea nr. 5252/08, hotărârea din data de 26.05.2021.

²⁶ De exemplu, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, cererea nr. 21881/20, hotărârea din data de 15.03.2022.

Prejudiciul moral al persoanei juridice,
cauzat prin încălcarea libertății de exprimare,
analizat prin prisma jurisprudenței instanțelor naționale,
cât și a Curții Europene a Drepturilor Omului

The moral damage of legal entities,
caused by the violation of freedom of expression,
analyzed through the lens of the jurisprudence of the national
courts, as well as of the European Court of Human Rights.

Cristina-Valentina Ploscaru¹

Rezumat: Prejudiciul moral este unul dintre cele mai complexe tipuri de daune pe care le poate suferi o persoană. Persoana care a suferit un prejudiciu moral are dreptul la despăgubiri. Majoritatea doctinarilor cred că prejudiciul moral nu poate fi estimat și nici evaluat. Persoanele morale pot suferi daune morale. Formele de manifestare sunt examinate în lumina Curții Europene a Drepturilor Omului. Persoanele juridice pot suferi daune morale ca urmare a încălcării libertății de exprimare.

Cuvinte-cheie: persoane juridice, daune morale, tipul daunelor, drepturi nemateriale de reputație, forme de manifestare, libertatea de exprimare

Abstract: The moral damage is one of the most complex type of damages that a person can suffer. The person who suffered moral damage has the right of compensation. Most of the doctrinaires believe that moral damage cannot be estimated and also cannot be evaluated. The moral persons can suffer moral damages. The forms of manifestation are examined in the light of The European Court of Human Rights. The legal persons can suffer moral damages as a result of the violation of freedom of expression.

Keywords: legal persons, moral damage, type of damages, reputation, non-material rights, forms of manifestation, freedom of expression

Introducere

Prejudiciul moral este cel mai complex tip din categoria prejudiciilor pe care o persoană poate să le sufere. Majoritatea doctinarilor sunt de părere că prejudiciul moral nu se poate estima, nefiind posibil a fi supus unei evaluări. Astfel, noțiunea „prejudiciu moral” se referă la tipuri de prejudicii care sunt intangibile și

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova, e-mail: ploscarucristinavalentina@yahoo.com.

căroră nu li se poate atribui cu ușurință o valoare economică de vreme ce, strict vorbind, „nu au o valoare pecuniară proprie”².

Având în vedere faptul că societatea este într-o continuă mișcare ce determină o evoluție accentuată a acesteia, a condus la nevoia recunoașterii, dar și a ocrotirii anumitor drepturi unor entități juridice, drepturi care au fost considerate, o lungă perioadă de timp, a fi apanajul exclusiv al persoanei fizice. Astfel, „aptitudinea persoanei juridice de a figura în calitate de subiect și beneficiar al reparației prejudiciului, asemenea persoanei fizice, nu mai pare a fi ceva neobișnuit”³.

Una dintre cele mai des întâlnite modalități de exprimare a prejudiciului moral cauzat persoanelor juridice o constituie încălcarea libertății de exprimare.

Convenția pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, cunoscută și sub denumirea de Convenția Europeană a Drepturilor Omului⁴ consacră această libertate în articolul 10 § 1: «Orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare. Acest drept cuprinde libertatea de opinie și libertatea de a primi sau de a comunica informații ori idei fără amestecul autorităților publice și fără a ține seama de frontiere. Prezentul articol nu împiedică statele să supună societățile de radiodifuziune, de cinematografie sau de televiziune unui regim de autorizare.».

Acest sistem de protecție asigură posibilitatea exercitării lor de către titularii acestora mai exact, de orice persoană ce se află sub jurisdicția statelor părți la convenție.

Libertatea de exprimare reprezintă garanția unei informări obiective și a pluralității, oricare i-ar fi forma, suportul sau finalitatea. Ea se aplică nu numai la mass-media, ci și tuturor creatorilor din domeniul științific, literar sau artistic. Altfel spus, libertatea de exprimare presupune libertatea unei persoane de a-și exprima gândurile, opiniile sau credința. Totodată, libertatea de exprimare presupune libertatea creațiilor de orice fel, prin viu grai, prin imagini, prin scris, prin sunete sau prin alte mijloace de comunicare în public, inclusiv mediul online⁵.

De asemenea, libertatea de exprimare reprezintă un drept special, cu particularități deosebite, fiind cel mai corect caracterizată ca fiind un drept

² C. Munteanu, „Drepturile personalității. Caractere și limite”, în *Revista română de drept privat*, nr. 6/2011, p. 126, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ronrev2011&div=75&id=&page=>.

³ E. Cațaveică, „Modalitățile de exprimare a prejudiciului moral cauzat persoanelor juridice în lumina jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului”, în *Revista Națională de Drept*, nr. 6/2014, [Online] la: https://ibn.idsi.md/sites/default/files/imag_file/Modalitatile%20de%20exprimare%20a%20prejudiciului%20moral%20cauzat%20persoanelor%20juridice%20in%20lumina%20jurisprudentei%20Curtii%20Europene%20a%20drepturilor%20omului.pdf, accesat la data de 12.04.2022.

⁴ Convenția a fost adoptată pe data de 4 noiembrie 1950 la Roma și a intrat în vigoare pe 3 septembrie 1953.

⁵ M. Safta, *Drept constituțional și instituții politice. Vol. I. Teoria generală a dreptului constituțional. Drepturi și libertăți*, ed. a IV-a, rev., Editura Hamangiu, București, 2018, p. 281.

ambivalent, pe de o parte, un drept autonom, un drept indispensabil oricărui regim democratic, dar, în același timp, un drept care poate prejudicia efectivitatea altor drepturi. Astfel, libertatea de exprimare, având în componența sa libertatea de informare este necesară libertății de întrunire și asociere, dar ar putea constitui o amenințare la adresa respectării principiului prezumției de nevinovăție sau dreptului la respectarea vieții private. Este un drept individual ce ține de libertatea spirituală a fiecărei persoane, dar și un drept colectiv, permițând comunicarea cu ceilalți⁶.

Libertatea de exprimare reprezintă una dintre condițiile primordiale pentru existența unei societăți democratice. Ea a fost proclamată cu acest titlu atât în dreptul intern la cel mai înalt nivel cât și în dreptul european al drepturilor omului⁷. Aceasta a devenit, în anul 1948, un drept universal fiind consacrată în Declarația Universală a Drepturilor Omului. În anul 1950 a fost inclusă în Convenția Europeană a Drepturilor Omului în articolul 10. Acest articol impune statelor obligația de a nu împiedica exercitarea în mod liber a acestor drepturi, cât și pe aceea de a asigura exercițiul lor astfel încât să se realizeze pluralismul de idei și de păreri „la un dublu nivel, anume unul vertical, în raporturile dintre autoritățile statale și indivizi, și altul orizontal, în raporturile între indivizi”⁸.

4. Titularii libertății consacrate de art. 10 din Convenție

Atât persoanele fizice, cât și cele juridice se bucură de libertățile garantate de art. 10 din Convenție fără a se face distincție în ceea ce privește natura scopului în vederea căruia această libertate se exercită sau cu privire la rolul pe care îl are în viața socială persoana care îl exercită.

În sfera titularilor săi pot să se afle persoanele fizice, dar și subiectele colective de drept (în special persoanele juridice).

Dreptul la libertate de exprimare este o noțiune generică ce cuprinde libertatea de a avea și de a-și exprima opinia, cât și libertatea de informare.

De-a lungul timpului, numărul cauzelor înregistrate pe rolul Curții Europene a Drepturilor Omului, ce aveau ca „victime” persoane juridice au cunoscut o creștere remarcabilă. O posibilă explicație a acestui fapt o constituie dobândirea unui rol socio-economic tot mai însemnat al persoanei juridice, determinând astfel, conștientizarea nevoii recunoașterii și apărării drepturilor și libertăților fundamentale ale acesteia.

Un lucru extrem de important cu privire la capacitatea persoanei juridice de a se adresa Curții Europene a Drepturilor Omului îl constituie necesitatea ca pretinsa încălcare a unui drept să fie legată de obiectul său de activitate, în limitele

⁶ M. Roibu, *Libertatea de exprimare și limitele ei penale*, Editura C.H. Beck, București, 2013, p. 8.

⁷ S. Rădulețu, *Libertăți fundamentale*, ed. a II-a rev., Editura Didactică și Pedagogică, București, 2008, p. 225.

⁸ C.A. Corbu, *Persoanele juridice și grupurile de particulari în jurisprudența CEDO*, Editura Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2010, p. 241.

prevăzute în actul constitutiv. Astfel, persoana juridică nu poate exercita drepturi ce sunt, prin natura lor, legate de calitatea de ființă umană a titularului.

„Practic toate subiectele colective de drept au posibilitatea intentării unei cereri de recurs individual în fața instanței europene, în acord cu prevederile art. 34 din Convenție, au vocația de a fi titulare ale dreptului la liberă exprimare prevăzut de art. 10, fie este vorba de partide politice, sindicate, culte religioase, asociații sau fundații etc.”⁹

O cauză relevantă în acest sens este cauza *Partidul Comuniștilor (Nepeceriști) și Ungureanu c. României*. Aici, judecătorii Curții Europene au stabilit că pot invoca drepturile prevăzute de art. 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și partidele politice. Potrivit acestei instanțe, libertatea de expresie are caracter indispensabil pentru partidele politice și pentru membrii acestora, de aceea eventualele ingerințe în libertatea de exprimare a unui om politic, membru al unui partid de opoziție, impun Curții exercitarea unui control strict al aplicării lor¹⁰.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit, în mod just, că este irelevant dacă persoanele juridice urmăresc sau nu un scop patrimonial, astfel că, în cauza *Autronic AG contra Elveției*, a reținut că „nici statutul de societate pe acțiuni al reclamantei în cauză, nici caracterul comercial al activităților sale și nici chiar însăși natura libertății de exprimare nu ar putea priva societatea reclamantă de beneficiul art. 10 din Convenție. Aceasta se aplică oricărei persoane fizice sau juridice.”

O altă speță relevantă privește un interviu realizat, în 2012, de către o societate media din Slovacia cu un cunoscut cântăreț din țara respectivă. În cadrul discuției au fost prezentate imagini cu artistul în timp ce fuma și spunea că „sunt recunoscător pentru iarba verde magică. Aș interzice alcoolul și aș permite marijuana.” Când a auzit acest lucru, jurnalistul a râs, fapt ce s-a considerat a fi o aprobare a celor afirmate de către cântăreț.

Ca urmare a acestui fapt, compania media a fost amendată pentru încălcarea interdicției de promovare a consumului de droguri. Sancțiunea a fost anulată în justiție, după ce reprezentanții Ringier Axel Springer Slovacia au arătat că nu au aprobat opiniile artistului, ci doar le-au prezentat, în scopul de a informa publicul despre o chestiune de interes public.

După doi ani, Consiliul audiovizualului din Slovacia a aplicat companiei media o nouă sancțiune, sancțiune ce a fost menținută de Curtea Supremă slovacă invocând faptul că Ringier Axel Springer „are răspundere obiectivă (strictă) pentru modul de prelucrare a informațiilor și conținutul acestora, care nu ar fi trebuit să încalce prevederile constituționale și cadrul legal pentru protecția societății”.

Curtea Constituțională din Slovacia a respins o sesizare adresată de societatea media. Urmare a acestui fapt, societatea s-a adresat CEDO, invocând că i-a fost încălcat dreptul la liberă exprimare.

⁹ C. A. Corbu, *op. cit.*, p. 257.

¹⁰ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Partidul Comuniștilor (Nepeceriști) și Ungureanu c. României*, cererea nr. 46.626/1999, definitivă la data de 6.07.2005.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit că a existat o ingerință în libertatea de exprimare a companiei reclamante și, prin urmare, a urmărit să stabilească dacă ingerința a fost necesară într-o societate democratică.

„Datorită importanței sale pentru democrație, Curtea a reiterat faptul că jurnalismul face obiectul unor limite de protecție prevăzute la articolul 10. Pedepsa unui jurnalist pentru diseminarea opiniilor altuia nu ar trebui să se întâmple fără motive foarte întemeiate. Curtea a menționat că interviul în cauză (...) a contribuit la o dezbatere de interes public. Curtea nu a crezut că jurnalistul intenționase să laude marijuana sau să incite la utilizarea acesteia”, se reține într-un comunicat al Curții Europene a Drepturilor Omului.

Consider că, în mod corect, Curtea a sesizat că nu s-a demonstrat că societatea media a acționat cu rea-credință sau iresponsabil. Având în vedere acest lucru, Curtea a constatat că amenda aplicată Ringier Axel Springer Slovacia a fost disproporționată și nu era necesară într-o societate democratică, ducând la o încălcare a drepturilor protejate de Convenție.

Curtea Europeană Drepturilor Omului a decis ca Slovacia să îi achite companiei media daune materiale de 500 de euro, 2.600 de euro daune morale și peste 10.000 de euro pentru cheltuielile cu procesul.

În Cauza *Monnat c. Elveție*¹¹, Curtea a concluzionat că aplicarea de sancțiuni reclamantului, de profesie ziarist, dar și societății de radiodifuziune la care era angajat, pentru faptul că a realizat și difuzat o emisiune televizată ce avea ca subiect prezentarea unei viziuni diferite de cea prezentată în manualele de istorie privitoare la poziția adoptată de statul pârât în timpul celui de-al Doilea Război Mondial, reprezintă o încălcare a libertății de exprimare întrucât, acest subiect este unul de interes major, iar aplicarea unor sancțiuni poate determina ziaristii să nu mai dezbată probleme ce privesc viața colectivității, astfel că s-a constatat de către Curte o încălcare a art. 10 din Convenție.

La noi în țară, libertatea de exprimare este garantată prin Constituție. Articolul 30 din Constituția României proclamă: „Libertatea de exprimare”(1) Libertatea de exprimare a gândurilor, a opiniilor sau a credințelor și libertatea creațiilor de orice fel, prin viu grai, prin scris, prin imagini, prin sunete sau prin alte mijloace de comunicare în public, sunt inviolabile. (2) Cenzura de orice fel este interzisă. (3) Libertatea presei implică și libertatea de a înființa publicații. (4) Nicio publicație nu poate fi suprimată”.

În ceea ce privește jurisprudența națională, Curtea de Apel București printr-o decizie civilă¹² a respins apelul declarat de apelanta-reclamantă Banca Centrală Română, ca nefondat. Curtea a avut în vedere, când a pronunțat această decizie, faptul că privitor la contextul general al articolului publicat de către pârât, care avea ca subiect realizarea unor anchete jurnalistice referitoare la pierderile înregistrate de bancă și la cauzele ce au determinat aceste pierderi, „acesta a fost generat de necesitatea de a da curs unui interes general”.

¹¹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauza *Monnat c. Elveției*, cererea nr. 73604/2001, definitivă la data de 21.12.2006.

¹² C. A. București, sect. a IV-a civ., dec. nr. 533A, definitivă la data de 07.07.2017.

În urma verificărilor ce au avut ca obiect caracterul pretins defăimător al articolului, Curtea a constatat că s-a făcut dovada veridicității faptelor ce i s-au imputat reclamantei.

De asemenea, Curtea a reținut că jurnalistul a acționat cu bună-credință, a scris un articol al cărui subiect este de interes general, mesajul a fost bazat pe informații exacte.

Curtea, având în vedere probele administrate, a reținut că „o bază factuală suficientă a creat convingerea jurnalistului că faptele prezentate sunt reale” și a considerat acceptabilă doza de exagerare, cât și limbajul utilizat de apelantul-pârât pentru a stârni interesul cititorului.

„Prin urmare, caracterul notoriu al persoanei vizate, colaborat cu subiectul de interes general al investigației jurnalistice și în raport de existența unei baze factuale suficiente, apte să dovedească veridicitatea informațiilor publicate, sunt elemente de fapt care au stat la baza constatării Curții în sensul că articolul în litigiu nu a depășit limitele libertății de exprimare”.

Curtea a respins apelul declarat de reclamanta-apelantă, ca nefondat întrucât, a constatat „că nu sunt întrunite în mod cumulativ condițiile angajării răspunderii civile delictuale a pârâtului, neexistând o faptă ilicită în sensul art. 72 și 75 alin. (2) Cod civil.

Consider că decizia pronunțată de către Curtea de Apel București este corectă întrucât, nu au fost întrunite condițiile angajării răspunderii civile delictuale a pârâtului. Jurnalistul a scris un articol al cărui subiect era unul de interes general în care, deși, a folosit un limbaj ușor exagerat, a făcut acest lucru pentru a stârni curiozitatea cititorului. Informațiile prezentate de acesta au fost reale, astfel că nu se putea reține că persona juridică a suferit un prejudiciu moral ca urmare a publicării acestui articol.

O altă decizie¹³ în care s-au acordat despăgubiri cu titlu de daune morale unei persoane juridice a fost pronunțată tot de către Curtea de Apel București. Ea „a apreciat că demersurile jurnalistice ale intimatelor din anii 2011 și 2012 au adus atingere reputației A. SA. A priori, curtea de apel a reținut că art. 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului apără discutarea oricăror subiecte care interesează opinia publică în general, precum și faptul că, pentru a se asigura libertatea presei, reglementarea convențională poate privi și unele aspecte ale activității economice sau politicii comerciale, o întreprindere, un profesionist, fiind expus în mod inevitabil la o supraveghere strictă a practicilor sale, atât de către concurenți cât și de către potențialii clienți, consumatori, beneficiari ai serviciilor oferite de către aceasta”.

5. Limitele libertății de exprimare

„Libertatea ta se întinde până acolo unde întâlnește libertatea mea”, spunea filozoful John Stuart Mill astfel că, deși este un drept esențial într-o societate democratică, libertatea de exprimare nu poate fi exercitată dincolo de orice limite.

¹³ C. A. București, sect. a VI-a civ., dec. nr. 1.152/2014, definitivă la data de 27.11.2014.

Ca orice libertate socială, ea presupune luarea în considerare a unor interese de ordin general, cum sunt siguranța națională, integritatea teritorială a statelor contractante, siguranța publică, apărarea acesteia și prevenirea săvârșirii unor infracțiuni, protecția sănătății și a moralei publice, garantarea autorității și a imparțialității puterii judiciare, precum și a unor interese de ordin personal cum sunt reputația și drepturile aparținând altor persoane, împiedicarea de a divulga informații confidențiale. Aceste limitări sunt prevăzute în art. 10 parag. 2 al Convenției¹⁴. Ele se concretizează în posibilitatea existenței unor ingerințe ale autorităților statale în exercițiul acestui drept pentru a se realiza scopurile enunțate de art. 10 par. 2. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat în repetate rânduri că restricțiile la libertatea de exprimare, oricare ar fi contextul de discuție, nu sunt compatibile cu dispozițiile art. 10 par. 2 doar dacă îndeplinesc condițiile pe care le impune în privința lor, în special aceea ca ingerințele statale să poată fi considerate ca necesare într-o societate democratică. În examinarea îndeplinirii acestei condiții, Curtea a declarat întotdeauna că statele contractante dispun de o anumită marjă de apreciere care nu este nelimitată. În ultimă fază revine jurisdicției europene misiunea de a se pronunța în mod definitiv asupra compatibilității restricțiilor aplicate de autoritățile naționale prevederilor Convenției, cu luarea în considerație a circumstanțelor fiecărei cauze, în special spre a se vedea dacă ele corespund unei nevoi sociale imperioase și sunt proporționale cu scopul urmărit¹⁵.

3. Sancțiuni

Sancțiunile ce pot să fie aplicate ca urmare a încălcării libertății de exprimare se preteză mai multor clasificări, în funcție de criteriul de clasificare ce a fost ales.

În funcție de natura juridică a acestora, sancțiunile se împart în:

- a) sancțiuni disciplinare/administrative;
- b) sancțiuni civile(interzicerea publicării unui articol, obligarea la plata de despăgubiri civile etc.);
- c) sancțiuni penale(amenda penală, pedeapsa închisorii, renunțarea la urmărirea penală, renunțarea la aplicarea pedepsei, amânarea aplicării pedepsei interzicerea exercitării funcției/profesiei).

În funcție de obiect, sancțiunile civile se clasifică în:

- a) sancțiuni patrimoniale(obligarea la plata de despăgubiri);
- b) sancțiuni nepatrimoniale(obligarea pârâtului la a-și cere scuze public).

¹⁴ C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului, Comentariu pe articole. Vol. I. Drepturi și libertăți*, Editura All Beck, București, 2005, p. 763.

¹⁵ C. Moldovan, *Libertatea de exprimare. Principii, restricții, jurisprudență*, Editura C.H. Beck, București, 2012.

În funcție de durata pe care își produc efectele, sancțiunile se împart în:

- a) sancțiuni cu efecte dintr-o dată (înlăturarea unui articol de pe un site, obligarea la emiterea unui comunicat de presă);
- b) sancțiuni cu efecte nelimitate în timp (interdicția de a face unele afirmații în viitor).

De asemenea, în funcție de momentul temporal în care își produc efectele, sancțiunile civile se clasifică în:

- a) sancțiuni ex-ante/ sancțiuni preventive. Acestea intervin înainte de aducerea informațiilor la cunoștința publicului (neacordarea autorizației de înființare a unui post de televiziune);
- b) sancțiuni ex-post. Ele intervin după dezvăluirea informațiilor (obligarea la plata unor despăgubiri, obligarea la publicarea hotărârii de admitere a acțiunii ce avea ca obiect răspunderea civilă delictuală, interzicerea unor afirmații pentru viitor, confiscarea unei lucrări etc.)¹⁶.

4. Considerații personale și concluzii

Prin urmare, prejudiciul moral cauzat persoanei juridice poate îmbrăca mai multe forme, încălcarea libertății de exprimare fiind una dintre cele mai des întâlnite modalități.

Așa cum am mai spus, libertatea de exprimare este un drept fundamental în orice stat democratic însă, nefiind un drept absolut, evident că și de la acest principiu pot exista derogări justificate, însă limitele respective trebuie prevăzute expres de către lege și trebuie să fie de strictă interpretare și aplicare. Numai astfel se poate vorbi de o veritabilă libertate de exprimare. Simpla sa proclamare nu este suficientă. Chiar și constituțiile din perioada comunistă au prevăzut libertatea de exprimare. Cu toate acestea, este de notorietate că ea nu a existat în acea perioadă. Deci consacrarea constituțională este o condiție necesară dar nu și suficientă pentru ca libertatea de exprimare să existe cu adevărat¹⁷.

În aceste condiții, instanțelor naționale cât și celor internaționale le revine răspunderea și provocarea de a decide în ce măsură echilibrul stat – individ sau individ – individ a fost respectat, raportându-se la normele juridice în litera și în spiritul lor, dar mai ales în spiritul dreptății și al democrației la modul general¹⁸.

Prejudiciul moral suferit de persoanele juridice trebuie evaluat de la caz la caz de către instanțele de judecată. Pentru a face acest lucru, ele au în vedere, în special, gravitatea faptei, cât și consecințele rezultate ca urmare a încălcării drepturilor nepatrimoniale.

¹⁶ S. Stoicescu, *Libertatea de exprimare versus dreptul la reputație Aplicarea standardului CEDO la jurisprudența națională*, Editura Hamangiu, București, 2019, pp. 290-291.

¹⁷ S. Rădulețu, *op. cit.*, pp. 226-227.

¹⁸ C. Roman, „Între Obscenitate și artă. Exprimarea artistică a libertății de exprimare”, [Online] la: <https://www.juridice.ro/754225/intre-obscentitate-si-arta-exprimarea-artistica-ca-forma-a-libertatii-de-exprimare.html>, accesat la data de 20.02.2022.

Referințe

- Bîrsan C., *Convenția europeană a drepturilor omului, Comentariu pe articole. Vol. I. Drepturi și libertăți*, Editura All Beck, București, 2005
- Cațaveică E., „Modalitățile de exprimare a prejudiciului moral cauzat persoanelor juridice în lumina jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului”, în *Revista Națională de Drept*, nr. 6/2014, [Online]
- Corbu C. A., *Persoanele juridice și grupurile de particulari în jurisprudența CEDO*, Editura Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2010
- Moldovan C., *Libertatea de exprimare. Principii, restricții, jurisprudență*, Editura C.H. Beck, București, 2012
- Munteanu C., „Drepturile personalității. Caractere și limite”, în *Revista română de drept privat*, nr. 6,/2011[Online]
- Rădulețu S., *Libertăți fundamentale*, ed. a II-a rev., Editura Didactică și Pedagogică, București, 2008
- Roibu M., *Libertatea de exprimare și limitele ei penale*, Editura C.H. Beck, București, 2013;
- Roman, C., „Între Obscenitate și artă. Exprimarea artistică a libertății de exprimare”, [Online]
- Safta M., *Drept constituțional și instituții politice. Vol. I. Teoria generală a dreptului constituțional. Drepturi și libertăți*, ed. a IV-a rev., Editura Hamangiu, București, 2018
- Stoicescu S., *Libertatea de exprimare versus dreptul la reputație Aplicarea standardului CEDO la jurisprudența națională*, Editura Hamangiu, București, 2019

Persoana juridică afiliată: aspecte legale și jurisprudențiale în dreptul european și dreptul național

Affiliated legal entity: legal and jurisprudential issues in European law and national law

Marius Cosmin Macovei¹

Rezumat: Persoană afiliată reprezintă un avatar al persoanei juridice care a generat și în continuare generează diferite interpretări ale dispozițiilor legislației fiscale, din punct de vedere juridic și economic, din cauza relațiilor de natură subiectivă pe care le are cu alte persoane pe care le controlează în mod direct sau indirect. Acest ipostază este prevăzută în contextul prețurilor de transfer la care persoana juridică este obligată să își realizeze activitatea, respectiv vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii, atât față de persoanele afiliate, cât și față de persoane independente, atunci când își transferă veniturile impozabile între diverse state pentru optimizarea impozitului efectiv. Astfel, în prezenta lucrare vor fi expuse situațiile de afiliere ale persoanei juridice și procedura prețurilor de transfer din cadrul relației de afiliere.

Cuvinte-cheie: persoană juridică, persoană afiliată, drept european, drept fiscal, prețuri de transfer

Abstract: Affiliated entity represents an avatar of the legal entity that has generated and continues to generate different interpretations of the provisions of tax law, from a legal and economic point of view, due to the subjective nature of its relationship with other persons that it controls directly or indirectly. This situation is provided in the context of the transfer prices at which the legal person is obliged to carry out its activity, namely the sale of goods or the provision of services, both to affiliates and to independent persons, when transferring its taxable income between various states for optimizing the effective tax. Thus, in this paper will be exposed the affiliation situations of the legal entity and the procedure of transfer pricing within the affiliation relationship.

Keywords: legal entity, affiliated person, European law, tax law, transfer pricing

1. Aspecte introductive

Datorită structurii transnaționale, respectiv prezența societății-mamă într-un stat și a filialelor în mai multe alte state, companiile multinaționale ocupă un loc important în economia globală din prezent, dacă nu chiar esențial, fiind cele mai mare generatoare de venituri, automat și de impozite, considerate baza

¹ Consilier juridic, Asociația Profesională Colegiul Consilierilor Juridici Iași, e-mail: mariuscosminmacovei@gmail.com.

suveranității fiscale naționale.² Cu toate acestea însă, din cauza diferențelor de regimuri fiscale, apar și anumite situații ce necesită a fi soluționate.

O astfel de situație este reprezentată de relațiile comerciale dintre societățile din „interiorul” companiilor multinaționale, în special al prețurilor la care se efectuează tranzacții. Această situație este întreținută și de cadrul legislativ național și european, ce se poate considera ca având un caracter permisiv din punct de vedere comercial și fiscal în sensul relațiilor de natură economică dintre persoanele juridice, respectiv posibilitatea existenței acestor relații între persoanele juridice care au în componența organelor de conducere sau de control, în mod direct sau indirect, aceleași persoane sau sunt rude, precum sunt: companiile multinaționale – acestea au o societate-mamă și mai multe sucursale sau filiale, grupurile de societăți cu mai multe obiecte de activitate, societăți deținute de părinți și copiii lor. Între aceste societăți, legea nu prevede interdicția de a avea relații comerciale, ci de a le desfășura în anumite condiții în ce privește prețul bunurilor pe care le transferă sau serviciilor pe care le prestează.

De asemenea, datorită fenomenului de globalizare, reglementărilor diferite în materie fiscală în statele unde își au sediile sau filialele, unele cu fiscalitate mai mare, altele cu fiscalitate mai redusă, dar și a faptului că activitatea lor depășește granițele teritoriului unei singure țări, companiile multinaționale au posibilitatea să își maximizeze profiturile în țările cu regim fiscal mai relaxat și să le minimizeze în altele, unde regimul fiscal este mai sever, astfel încât impozitul pe care îl plătesc să fie cât mai mic raportat la veniturile obținute.

În aceste situații s-a prevăzut în legislație și o denumire pentru aceste societăți, care poate fi văzut ca un avatar prin care se poate identifica persoana juridică în cadrul juridic. Acest avatar poartă denumirea de persoană afiliată.

2. Persoana afiliată

Definiția persoanei juridice în ipostaza avatarului de persoană afiliată este prevăzută de dispozițiile art. 7 pct. 26 C. fisc.³ în trei situații, și anume: „*persoane afiliate – o persoană est afiliată dacă relația ei cu altă persoană este definită de cel puțin una dintre următoarele cazuri: (a)...; b) persoana fizică este afiliată cu o persoană juridică dacă persoana fizică deține, în mod direct sau indirect, inclusiv deținerile persoanelor afiliate, minimum 25% din valoarea/numărul titlurilor de participare sau al drepturilor de vot ale unei persoane juridice ori dacă controlează în mod efectiv persoana juridică; c) o persoană juridică este afiliată cu altă persoană juridică dacă cel puțin aceasta deține, în mod direct sau indirect, inclusiv deținerile persoanelor afiliate, minimum 25% din valoarea/numărul titlurilor de participare sau al drepturilor de vor la cealaltă persoană juridică ori dacă controlează în mod efectiv acea persoană juridică; d) o persoană juridică este afiliată cu altă persoană juridică*

² Ph. Malherbe, *Elemente de drept fiscal internațional*, control științific și revizie traducere de M. Buliga, M. Cotruț, R. Bufan, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 108.

³ Legea nr. 227 din 2015 privind Codul fiscal, publicată în M. Of. al României nr. 688, 10.09.2015.

dacă o persoană deține, în mod direct sau indirect, inclusiv deținerile persoanelor sale afiliate, minimum 25% din valoarea/numărul titlurilor de participare sau al drepturilor de vot atât la prima persoană juridică, cât și la cea de-a doua ori dacă le controlează în mod efectiv.⁴

La nivel supranațional, persoana afiliată, denumită și întreprindere asociată, este reglementată în Convenția model OCDE⁵, în cuprinsul art. 9: „1. În cazul în care a) o întreprindere a unui Stat Contractant participă direct sau indirect la managementul, controlul sau capitalul unei întreprinderi din celălalt Stat Contractant, sau b) aceleași persoane participă direct sau indirect la managementul, controlul sau capitalul unei întreprinderi a unui Stat Contractant și al unei întreprinderi din celălalt Stat Contractant, și în ambele cazuri, între cele două întreprinderi, în relațiile lor comerciale sau financiare sunt stabilite sau impuse condiții care diferă de cele care ar fi stabilite între întreprinderi independente, atunci profiturile care, în absența condițiilor respective, ar fi fost obținute de una dintre întreprinderi, dar care, datorită acestor condiții, nu au fost obținute, pot fi incluse în profiturile acelei întreprinderi și impozitate în consecință. 2. În cazul în care un Stat Contractant include, în profiturile unei întreprinderi a acestui stat - și impozitează în consecință -, profiturile pentru care o întreprindere din celălalt Stat Contractant a fost supusă impozitării în Statul respectiv și profiturile astfel incluse sunt profituri care ar fi venit întreprinderii din primul Stat menționat dacă condițiile stabilite între cele două întreprinderi independente, atunci celălalt Stat va efectua ajustarea corespunzătoare a sumei impozitului perceput în privința acestor profituri. Pentru determinarea acestor ajustări se vor lua în considerare și celelalte dispoziții ale prezentei Convenții și, dacă este necesar, autoritățile competente ale Statelor Contractante se vor consulta reciproc.”⁶

⁴ Conform normelor metodologice de aplicare a Codului fiscal: (1) În scopul aplicării prevederilor art. 7 pct. 26 din Codul fiscal, se consideră că o persoană controlează în mod efectiv o persoană juridică dacă se stabilește faptul că, atât din punct de vedere factual cât și legal, prin utilizarea informațiilor și/sau a documentelor, administratorul/personalul de conducere, are capacitatea de decizie asupra activității persoanei juridice vizate, prin încheierea de tranzacții cu alte persoane juridice care sunt sub controlul aceluiași administrator/personal de conducere sau că persoana de conducere din cadrul persoanei juridice este acționar sau administrator în cadrul persoanei juridice vizate. Pentru justificarea controlului exercitat în mod efectiv sunt luate în considerare contractele încheiate între persoanele vizate, drepturile atribuite prin acte: acte constitutive ale persoanelor juridice, procuri, contracte de muncă sau de prestări de servicii. (2) Prevederile art. 7 pct. 26 lit. d) din Codul fiscal stabilesc o relație de afiliere între două persoane juridice pentru cazul în care o persoană terță deține, în mod direct sau indirect, inclusiv deținerile persoanelor sale afiliate, minimum 25% din valoarea/numărul titlurilor de participare sau al drepturilor de vot atât la prima persoană juridică, cât și la cea de-a doua.

⁵ Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (The Organization for Economic Co-operation and Development – OECD) este un forum unic prin care guvernele colaborează în încercarea de a face față provocărilor globalizării din punct de vedere economic, social și al mediului înconjurător.

⁶ Ph. Malherbe, *op. cit.*, p. 178.

Astfel, raportat la tema analizată în prezenta lucrare, vorbim despre stabilirea unor relații de afiliere între persoanele fizice și persoanele juridice și între persoanele juridice. Reglementarea acestei ipostaze a persoanei juridice, cea de persoană afiliată, este una foarte importantă întrucât datorită relațiilor speciale dintre ele, de natură majoritar subiectivă, se tinde spre diminuarea sarcinii fiscale asupra veniturilor pe care le obține și bunurilor pe care le dețin.⁷

În cazul relațiilor comerciale dintre acestea, prețurile pe care persoanele afiliate le practică în tranzacțiile reprezentate fie de transferurile de bunuri corporale sau necorporale, fie de prestare de servicii, fie operațiuni financiare sunt prețuri de transfer, prețuri care trebuie să fie practicate atât între persoanele afiliate cât și între persoanele juridice independente⁸. Prețurile de transfer trebuie să se facă conform principiului valorii de piață, de aceea mai poartă denumirea și de prețuri de piață. Potrivit art. 7 pct. 32 Cod fiscal, prețul de piață reprezintă „*suma care ar fi plătită de un client independent unui furnizor independent în același moment și în același loc, pentru același bun sau serviciu ori pentru unul similar, în condiții de concurență loială;*”.

Esența principiului valorii de piață (*arm's length principle*) o reprezintă operația de comparație între termenii ce sunt agreeți în orice tranzacție comercială sau financiară dintre părțile afiliate și termenii care ar fi fost stabiliți cu persoane independente în condițiile unor tranzacții comerciale sau financiare asemănătoare, în împrejurări comparabile.⁹

Prețurile de transfer reprezintă, din punct de vedere juridic, ansamblul de legi și practici prin intermediul cărora statele garantează înregistrarea și impozitarea profitului obținut de companii din activitatea lor economică în țările de unde provine. Prevederea acestui concept (*s.n.*, prețuri de transfer) este una de mare importanță întrucât pot conduce la realizarea procesului denumit „erodarea bazei de impozitare și mutare a profiturilor” (*base erosion and profit shifting – BEPS*), și anume creșterea profitului în țările cu fiscalitate redusă și scăderea lui în cele cu fiscalitate ridicată¹⁰. Activități economice predominante sunt cele ce privesc bunuri ce nu au stare materială, precum serviciile de consultanță și management, transferul de tehnologii, brevete, *know-how*.¹¹

Controlul prețurilor de transfer este efectuat prin intermediul documentului denumit dosar de prețuri de transfer sau alte documente pentru respectarea principiului prețului de piață.

⁷ I. M. Costea, *Fiscalitate europeană*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 25; E. Duca, *Codul fiscal comentat și adnotat*, Colecția Coduri Adnotate, Editura Universul Juridic, București, 2021, p. 24.

⁸ Prin companie independentă se înțelege compania care nu îndeplinește condițiile prevăzute de legislația fiscală pentru a fi considerate companii afiliate.

⁹ [Online] la <https://accace.ro/ghid-privind-preturile-de-transfer-ebook/>, accesat la data de 20.06.2022.

¹⁰ [Online] la <https://www.transferpricing.ro/vreau-sa-inteleg-preturile-de-transfer/ce-sunt-preturile-de-transfer>, accesat la data de 20.06.2022.

¹¹ I. M. Costea, *op. cit.*, p. 26.

Dosarul de prețuri de transfer constituie instrumentul principal prin care persoanele afiliate pot demonstra respectarea principiului prețului de piață în cazul tranzacțiilor pe care le efectuează între ele, în fața organelor fiscale.

Cadrul legal ce reglementează acest instrument și aspectele privind întocmirea, conținutul și condițiile de solicitare îl reprezintă O.M.F.P. nr. 442 din 2016 privind cuantumul tranzacțiilor, termenele pentru întocmire, conținutul și condițiile de solicitare a dosarului prețurilor de transfer și procedura de ajustare/estimare a prețurilor de transfer¹². Acesta este întocmit de către contribuabil sau plătitor, cu respectarea următoarelor reguli: a) marii contribuabili ce au tranzacții a căror valori depășesc 200.000 EUR pentru tranzacții financiare, 250.000 EUR pentru tranzacții cu servicii și 350.000 EUR pentru tranzacții cu bunuri au obligația de a-l întocmi anual, până la depunerea declarației anuale pentru impozitul pe profit și trebuie prezentat în termen de 10 zile calendaristice de la data solicitării acestuia de către organele fiscale; b) marii contribuabili ce au tranzacții sub sau contribuabili mici și mijlocii ce au tranzacții peste următoarele praguri valorice: 50.000 EUR pentru tranzacții financiare, 50.000 EUR pentru tranzacții cu servicii și 100.000 EUR pentru tranzacții cu bunuri au obligația de întocmire la cererea și prezentat în termenul pe care autoritățile le acordă, care, de regulă, este între 30 și 60 de zile, ce poate fi prelungit o singură dată cu încă maxim 30 de zile; c) alte categorii de contribuabili au doar obligația de documentare a respectării principiului valorii de piață, dar nu prin a întocmi un dosar de prețuri de transfer.¹³

În acest context, tranzacțiile dintre persoanele afiliate trebuie să fie realizate în conformitate cu dispozițiile art. 8 din OPANAF nr. 442/2016, respectiv: *„Tranzacțiile între persoanele afiliate sunt considerate a fi realizate conform principiului valorii de piață dacă indicatorul financiar al tranzacției/valoarea tranzacției (marjă/rezultate/preț) se încadrează în intervalul de comparare. Pentru stabilirea intervalului de comparare se vor respecta următoarele prevederi: 1. analiza de comparabilitate va avea în vedere criteriile teritoriale în următoarea ordine: național, Uniunea Europeană, paneuropean, internațional; 2. disponibilitatea rezonabilă a datelor la momentul stabilirii prețurilor de transfer sau la momentul documentării acestora, pentru care contribuabilul/plătitorul verificat prezintă documente justificative pentru datele utilizate la momentul stabilirii prețurilor de transfer; 3. Marja de comparare reprezintă intervalul de valori ale prețului sau marjei/rezultatului aferent tranzacțiilor comparabile derulate între societăți comparabile independente; 4. Pentru determinarea valorilor extreme, marja de comparare va fi împărțită în 4 segmente. Segmentele de maxim și de minim reprezintă rezultatele extreme. Intervalul de comparare reprezintă intervalul de valori ale prețului sau marjei/rezultatului aferent tranzacțiilor comparabile derulate între societăți comparabile independente, după eliminarea din marja de comparare a rezultatelor extreme; 5. La stabilirea și calculul estimării/ajustării nu se vor utiliza rezultatele extreme din cadrul marjei de comparare; 6. Dacă valoarea mediană nu*

¹² O.M.F.P. nr. 442/2016, publicat în M. Of. al României nr. 74, 02.02.2016.

¹³ [Online] la https://www.transferpricing.ro/pdf/TPS_newsletter_RO.pdf, accesat la data de 20.06.2022.

poate fi identificată (valoarea mediană reprezintă acea valoare care se regăsește la mijlocul intervalului de comparare), va fi realizată media aritmetică a celor două valori de mijloc ale intervalului de comparare.”

În completarea acestor dispoziții în Codul fiscal sunt menționate prevederi speciale de aplicare a acestuia și anume art. 11 alin. (4), ce dispune cu privire la ajustarea sau estimarea prețurilor de transfer, în cazul în care acestea nu îndeplinesc condițiile anterior enunțate. Astfel, dacă persoanele afiliate nu respectă în tranzacțiile pe care le desfășoară principiul valorii de piață ori dacă nu au pus la dispoziție documentele necesare, organele fiscale au posibilitatea de a ajusta sau de a estima prețurile pentru a le aduce la nivelul valorilor centrale, adică ale medianei.

În vederea stabilirii valori prețului de piață, se utilizează, raportat la tranzacțiile dintre persoanele efectuate, metoda potrivită sau metodele potrivite dintre următoarele, prevăzută de același art. 11 alin. (4) C. fisc.: „a) metoda comparării prețurilor; b) metoda cost plus; c) metoda prețului de revânzare; d) metoda marjei nete; e) metoda împărțirii profitului; f) orice altă metodă recunoscută în Liniile directoare privind prețurile de transfer emise de către Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică pentru societățile multinaționale și administrațiile fiscale, cu amendamentele/modificările și completările ulterioare.”

Aceste metode de analiză reprezintă tehnici prin care se identifică măsura în care tranzacțiile dintre persoanele afiliate respectă principiul prețului de piață. Din punct de vedere practic, cele cinci metode enunțate se împart în două categorii: 1) metode tradiționale: metoda comparării prețurilor, metoda cost plus și metoda prețului de revânzare; 2) metode tranzacționale: metoda marjei nete, metoda împărțirii profitului. Fiecare dintre acestea sunt aplicabile în anumite domenii și analizează aspecte specifice.¹⁴

a) Metoda comparării prețurilor presupune operațiunea de comparare a prețurilor din tranzacțiile dintre persoanele afiliate cu prețurile utilizate în tranzacțiile cu persoanele independente. Se utilizează, de regulă, în tranzacțiile financiare, tranzacțiile cu active corporale și necorporale (închiriere, licențiere).

b) Metoda cost plus „se bazează pe majorarea costurilor principale cu o marjă de profit corespunzătoare domeniului de activitate al contribuabilului”¹⁵. Se aplică în tranzacțiile cu produse finite, prestări de servicii, care nu au valoare adăugată mare.

c) Metoda prețului de revânzare – prin această metodă, prețul de transfer este determinat prin scăderea cheltuielilor de distribuție și a profitului aferent (ambele reprezintă marja brută) din prețul de revânzare al produsului. Este utilizată, în principal, în tranzacțiile cu mărfuri (distribuitori de produse)

d) Metoda marjei nete presupune calcularea marjei nete a profitului, pe care o persoană juridică a obținut-o în urma unor tranzacții cu persoane afiliate și efectuarea operațiunii de estimare a acestei marje pe baza rezultatului ce s-a

¹⁴ [Online] la <https://www.transferpricing.ro/28-romanian/vreau-sa-inteleg-preturile-de-transfer/204-preturile-de-transfer-pe-intelesul-tuturor-partea-2>, accesat la data de 20.06.2022.

¹⁵ Norme metodologice de aplicare a Codului Fiscal, Editura Monitorul Oficial, București, 2016, p. 16.

obținut în tranzacții cu persoane independente. Este folosită în tranzacțiile din toate categoriile de activități, în special în cele care au funcții considerabil diferite.

e) Metoda împărțirii profitului constă în a estima ce profit s-a obținut din tranzacțiile cu persoanele afiliate și împărțirea lui între acestea, în mod proporțional cu profitul ce a fi fost obținut din tranzacțiile cu persoane independente. De regulă, este utilizată în tranzacțiile cu activități interconectate, ce nu pot fi analizate separat.

Nerespectarea dispozițiilor legale privind întocmirea dosarului de prețuri de transfer sau a documentelor privind respectarea principiului preț de piață atrage sancțiuni contravenționale, respectiv amenda, ce are o valoare între 2.000 și 3.500 de lei pentru contribuabilii mici, și între 12.000 și 14.000 de lei pentru contribuabilii mijlocii și mari.¹⁶

3. Aspecte jurisprudențiale

O decizie care evocă în mod clar cum au loc relațiile dintre persoanele afiliate și cum are loc procedura prețurilor este decizia ÎCCJ nr. 3343 din 2020.¹⁷

La data de 26.04.2016, Curtea de Apel București – Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, a fost investită cu o cerere de chemare în judecată prin care S.C. PJ S.R.L., în contradictoriu cu Agenția Națională de Administrare Fiscală-Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov, Administrația Județeană a Finanțelor Publice Covasna-Inspekția Fiscală și Administrația Fiscală pentru Contribuabili Mijlocii București, „a solicitat anularea Deciziei de impunere nr. x din data de 30.12.2015, a Raportului de inspekție fiscală nr. x/30.12.2015 și a Procesului-verbal din data de 15.12.2015, cu consecința anulării obligațiilor suplimentare de plată stabilite, ce constau în: 1) impozit pe profit suplimentar în suma de 479.728 RON și obligații accesorii (majorări de întârziere și penalități) în sumă totală de 146.894 RON; 2) TVA suplimentară în suma de 997.159 RON și obligații accesorii (majorări de întârziere și penalități) în sumă totală de 347.639 RON; 3) impozit dividende persoane fizice, în sumă de 651.336 RON și obligații accesorii (majorări de întârziere și penalități) în sumă totală de 223.073 RON; 4) orice alte penalități de întârziere din Lista debitelor suplimentare (Anexa la decizia de impunere atacată).”, și în contradictoriu cu Agenției Naționale de Administrare Fiscală-Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice București „anularea atât a Deciziei de impunere nr. x din 30.12.2015, a Raportului de inspekție fiscală nr. x/30.12.2015 și a Procesului-verbal din data de 15.12.2015, acte întocmite de ANAF-DGRFP Brașov, AĴFP Covasna-Activitatea de Inspekție Fiscală, cât și a Deciziei nr. 548/31.08.2016 emise de DGRFP București.”

¹⁶ [Online] la <https://www.transferpricing.ro/vreau-dosarul-preturilor-de-transfer/cat-ma-costa-sa-nu-fac-un-dosar>, accesat la data de 20.06.2022

¹⁷ Î.C.C.J., cont. admin. fisc., dec. nr. 3343/2020, [Online] la <https://www.scj.ro/1093/Detaili-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=174105#highli>, accesat la data de 20.06.2022.

Actele administrative ale organelor fiscale au fost emise în urma unei inspecții fiscale. Organele de inspecție au constatat următoarele: o societate comercială a vândut patru mijloace de transport de lux și un utilaj către persoane afiliate la un preț cu mult inferior față de prețul de achiziție, astfel: 1) un autoturism marca A, achiziționat în anul 2008 cu prețul de 327.693 a fost vândut în anul 2013 către soția asociatului unic contra sumei de 806 lei plus 194 de lei, taxă pe valoare adăugată; 2) un autoturism marca B cumpărat în anul 2010 cu suma de 396.070 a fost vândut tot soției asociatului unic cu suma de 1240 de lei, inclusiv TVA, în anul 2014; 3) o furgonetă marca C cu 9 locuri, achiziționată în leasing în 2007, a fost vândută soției asociatului unic contra sumei de 130 de lei, inclusiv TVA; 4) o furgonetă marca D, cumpărată în anul 2012, în leasing, la prețul de 58.782 de lei și vândută fiului asociatului unic în anul 2014 cu suma de 7.440 de lei, valoarea amortizată fiind de 23.278 de lei, iar cea neamortizată de 35.514 de lei; 5) utilaj buldoexcavator, cumpărat de societate în anul 2010, cu suma de 258.951 de lei și vândut către o societate al cărei administrator este asociatul unic al societății vânzătoare.

În motivarea de fapt a cererii, „reclamanta intimată a criticat metoda aleasă de organul fiscal pentru determinarea prețului de transfer în privința tranzacțiilor efectuate între persoanele afiliate, arătând, atât în cursul procedurii administrative cât și în fața primei instanțe, că prețurile publicate pe site-urile de specialitate nu pot constitui un reper pentru evaluarea bunurilor mobile corporale înstrăinate, din moment ce sunt pur orientative și negociabile, neexistând, totodată, posibilitatea unei comparații reale, din moment ce nu sunt cunoscute toate criteriile esențiale pentru aprecierea valorii vehiculelor (uzura, dotări, numărul foștilor proprietari, etc).”

Soluția dată de instanța de fond a fost admiterea în parte a cererii de chemare în judecată, respectiv anularea parțială a: „Decizia de soluționare a contestației nr. 548/31.08.2016, Decizia de impunere nr. x/30.12.2015 și Raportul de inspecție fiscală nr. x/30.12.2015, în ceea ce privește modul de calcul al obligațiilor fiscale suplimentare aferente înstrăinării vehiculelor (4 autoturisme-x și 1 utilaj-buldoexcavator x)”.

Instanța de fond a constatat că vânzarea bunurilor s-a realizat către persoane afiliate societății, prin asociatul unic și administrator. Totodată, instanța de fond a reținut că tranzacțiile efectuate între persoane afiliate trebuie să se facă prin raportare la tranzacții cu persoane independente.

În cauză s-a dispus efectuare unei expertize contabile cu privire la bunurile vândute. Expertul a solicitat organelor de inspecție fiscală „documentația care a stat la baza stabilirii sumelor suplimentare aferente valorii de vânzare pentru cele 5 mijloace fixe, din care să reiasă caracteristicile avute în vedere de inspectorii fiscali pentru fiecare mijloc fix în parte.”. Concluziile expertului, pe care s-a bazat și soluția instanței de fond, au fost că „expertiza nu a identificat o prevedere legală imperativă pentru contribuabil, de a întocmi un raport de evaluare înaintea vânzării de bunuri, coroborat cu faptul că expertului contabil desemnat F. nu i-au fost puse la dispoziție de către reprezentanții ANAF documentele/înscrisurile care au stat la baza stabilirii valorilor suplimentare pentru operațiunile de vânzare ale celor 5 mijloace fixe, expertul numit nu poate formula un răspuns concret, bazat pe documente.”

Soluția pronunțată de instanța de fond a fost atacată de către Administrația Județeană a Finanțelor Publice Covasna în nume propriu și în numele Direcției Generale Regionale a Finanțelor Publice Brașov cu recurs, soluționat de către instanța de control judiciar, respectiv Înalta Curte de Casație și Justiție. Aceasta a statuat că „*algoritmul utilizat de organele fiscale pentru estimarea prețului de transfer este media aritmetică a valorilor prețurilor practicate pe piața relevantă pentru autovehiculul similare (...)*”. Totodată, „*nimic nu a împiedicat societatea reclamantă să depună, în cursul inspecției fiscale sau în fața primei instanțe, dovezi din care să rezulte că valoarea de piață a bunurilor înstrăinate este rezonabil apropiată de cea practică de societatea reclamantă cu prilejul vânzării către persoanele afiliate*”. Astfel, „*Odată constatat în cauză caracterul neobișnuit de scăzut al prețurilor practicate în cadrul tranzacțiilor încheiate de reclamantă cu persoane afiliate, concluzie ce nu necesită nicio altă probă suplimentară(ex. pentru două din autoturismele premium cu o vechime de aprox. 4 ani fiind practicat un preț de sub 1% din valoarea de achiziție) se naște în sarcina reclamantei intimate obligația de a justifica prețurile astfel stabilite, chiar dacă tranzacțiile nu s-ar fi încheiat cu persoane afiliate*”.

Așadar, instanța de control judiciar a constatat că instanța de fond a procedat în mod greșit la soluționarea cererii de chemare în judecată în sensul anulării deciziei de impunere contestate pentru că „*organul fiscal nu ar fi justificat rețerile avute în vedere pentru stabilirea valorii mediane în privința prețurilor de transfer, în condițiile în care reclamanta intimată nu a administrat nicio dovadă care să ateste că prețurile practicate în cele cinci tranzacții cu bunuri mobile corporale respectă principiul valorii de piață.*”, astfel că a admis recursul formulat de către Administrația Județeană a Finanțelor Publice Covasna în nume propriu și pentru Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov și a respins în totalitate cererea de chemare în judecată a S.C. PJ S.R.L.

Referințe

- Costea I. M., *Fiscalitate europeană*, Editura Hamangiu, București, 2016
Duca E., *Codul fiscal comentat și adnotat*, Colecția Coduri Adnotate, Editura Universul Juridic, București, 2021
Malherbe Ph., *Elemente de drept fiscal internațional*, control științific și revizie traducere de M. Buliga, M. Cotruț, R. Bufan, Editura Hamangiu, București, 2017

Sunt valabile clauzele de arbitraj ICSID în contractele de investiții încheiate prin contracte inteligente?

Are the ICSID Arbitration Clauses in Investment Contracts Concluded via Smart Contracts Valid?*

Elnur Karimov¹

Abstract: Blockchain technology gained popularity with the emergence of intellectual technologies, as cryptocurrencies are also being discussed within contract law along with the interpretation of the concept of consent, and the validity of the consent written in computer codes. This article discusses the validity of arbitration clauses included in smart contracts in the light of the ICSID arbitration, decisions of tribunals and argues that although the institutional arbitration centres such as the ICSID do not possess required technical capacity, taking into account the level of flexibility of the condition of „consent in writing” interpreted in ICSID tribunal decisions on the jurisdiction, a valid arbitration agreement can be concluded in the form of smart contracts encoded and self-executed. Besides, revisiting ICSID model clauses, this paper has suggested a new model arbitration clause adaptable to smart contracts.

Keywords: blockchain, smart contracts, ICSID arbitration, arbitration clause, validity

Introduction

Technology is developing rapidly. Since their invention, calculation machines, primary computers, and smartphones have been proven technological advances. However, today the Internet and intellectual technologies have reached such a level that there is a need to rethink our traditional way of living, fundamental conceptions of law and state.

One of these technological advances is the blockchain that has gained popularity along with virtual cryptocurrencies. In terms of technology, (public) blockchain is an encrypted distributed database that everyone with enough technical resources can access on the Internet². Having no central authority on the

*The author has presented this paper at the Fifth Edition of the “Legal Perspectives on the Internet” International Conference on October 30, 2021, organized online by the Faculty of Law of Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, in partnership with the Faculty of Computer Science and the National Institute for Training and Professional Development of Lawyers – Iasi Territorial Center and Wolters Kluwer Romania.

¹ LLD (Doctoral Program in Law) Student, Kyushu University Graduate School of Law, e-mail: karimov.elnur.712@s.kyushu-u.ac.jp, ORCID: 0000-0003-1997-7076.

² Zibin Zheng, Shaoan Xie, Hongning Dai, Xiangping Chen, and Huaimin Wang, “An Overview of Blockchain Technology: Architecture, Consensus, and Future Trends”, [Online] at <https://ieeexplore.ieee.org/document/8029379/>, accessed on 03/11/2021.

blockchain, each participant plays the role of a member and a centre simultaneously. This study discusses one of the areas of application of blockchain technology - smart contracts.

Unlike traditional contracts³, smart contracts consist of program codes that require no third-party interference for performance⁴. With the help of this feature, parties of smart contracts can enter a contractual relationship much more easily than traditional contracts given the fact that the challenges posed by investment contracts are less likely to occur in the smart contracts. Because on the blockchain, the smart contract relies on its codes to decide at which moment it must perform the contract. Still, smart contracts are not immune from disputes. When parties of smart contracts do not perform at all or perform defectively to provide the contract with information to trigger the performance, and when codes say nothing about dispute resolution, third-party interference may be necessary. To this end, predicting all the possibilities, parties of the smart contract are free to include an arbitration clause.

The subject of this article is the validity of arbitration clauses within the meaning of the International Convention on the Settlement of Investment Disputes (the ICSID Convention) embedded in smart investment contracts. In this scenario, a state and an investor conclude an investment contract on the blockchain in the form of a smart contract or otherwise transform their written investment contract into a smart contract and insert an ICSID arbitration clause encoded in a programming language. Discussing the validity of such a clause, this article is nurtured by literature, supplementary texts of the ICSID Convention and ICSID arbitral awards and decisions on jurisdiction.

Part I explains blockchain technology and smart contracts, their legal nature and their relationship with other contracts.

Part II focuses on the elements of arbitration clauses, the requirements sought by the ICSID Convention, and the scope and applicability of „written consent” in arbitral decisions.

Conclusion concludes the discussion on the scope of smart ICSID arbitration clauses and attempts to produce a model clause.

³ Susan Atkinson and Gabrielle Benefield, “Software Development: Why the Traditional Contract Model is not Fit for Purpose”, [Online] at <https://ieeexplore.ieee.org/document/6480428>, accessed on 03/11/2021; Robert Herian, “Legal Recognition of Blockchain Registries and Smart Contracts”, [Online] at <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.12449.86886/1>, accessed on 12/01/2020.

⁴ Jeremy M. Sklaroff, *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 166, nr. 1/2017, p. 267; Jonathan G. Rohr, *Smart Contracts and Traditional Contract Law, or: The Law of Vending Machine*, in Cleveland State Law Review, vol. 67, nr. 1/2019, p. 76.

1. The Concept and Definitions of Blockchain and Smart Contracts

1.1. Understanding Blockchain Technology

A smart contract is a written code concluded on the blockchain; hence, smart contracts cannot be defined without the specifications of blockchain technology.

The distinguishing features of the blockchain lie in its **peer-to-peer communication structure, cryptography, distributed ledger, and consensus mechanism**⁵. Among them, the peer-to-peer network and distributed ledgers help blockchain participants eliminate the centrality of controlling authorities. Participants of the blockchain are not only the operators but also the hubs in the blockchain structure composed of the compilation of operators. While in the centralized systems, transactions need a trusted third party (such as banks or administrative agencies) for their enforcement (see Figure 1), blockchain replaces such intermediary mechanisms with distributed public ledgers. As a result, in a trust-free blockchain network, the transactions can be enforced freely and uninterruptedly across the peers⁶. But the absence of central authorities does not itself make the network untrustworthy. The cryptology behind blockchain ensures the trust sought by the parties to transactions⁷. In this way, the parties can overcome almost all the possible security gaps on the blockchain⁸.

Meanwhile, the secret inventor of the Bitcoin virtual currency Satoshi Nakotomo, whose mystery also contributed to the worldwide fame of blockchain⁹, introduced routine escrow mechanisms to replace trusted third parties in centralized transaction systems. Routine escrow mechanisms can be preferred to build a trusted relationship between vendors and recipients. Using this mechanism, instead of directly releasing the payment to vendors' accounts, recipients can send the routine escrow and block it until the performance of the contract. As soon as the vendor performs the contract following the previously agreed terms, the

⁵ Melih Sefa Yavuz, *Ekonomide Dijital Dönüşüm: Blockchain Teknolojisi ve Uygulama Alanları Üzerinde Bir İnceleme* [Digital Revolution in Economy: A Study on the Blockchain Technology and Its Areas of Application], *Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, vol. 4, nr. 1/2019, pp. 16-17.

⁶ Winston Maxwell and Gauthier Vannieuwenhuyse, *Robots Replacing Arbitrators: Smart Contract Arbitration*, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, vol. 1, nr. 1/2018, p. 26.

⁷ Jerry Hsiao, 'Smart Contract' on the Blockchain Paradigm Shift for Contract Law?, *US-China Law Review*, vol. 14, nr. 10/2017, p. 686.

⁸ Yu Nandar Aung and Thitinan Tanditham, "Ethereum-based Emergency Service for Smart Home System: Smart Contract Implementation", [Online] at <https://ieeexplore.ieee.org/document/8701987>, accessed on 03/11/2021.

⁹ Balazs Bodo, Daniel Gervais and Joao Pedro Quintais, *Blockchain and Smart Contracts: The Missing Link in Copyright Licensing?*, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 26, nr. 4/2018, p. 312.

routine escrow as a service provider instructs the payment to the vendor's account. Then, both vendors and recipients are expected to trust routine escrows¹⁰.

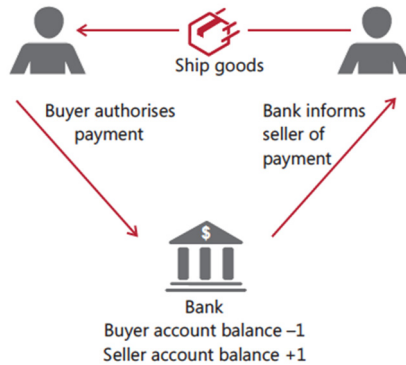


Figure 1. The Illustration of the Sales Contract in the Centralized System

On the blockchain, participants interact in the assigned nodes via private and public keys. They sign a transaction on the blockchain via private keys but send transactions to another participant's address via their public keys. The transactions validated by other participants are gathered in candidate blocks that once validated by the blockchain network, are added to the chain and this process renews the network regularly¹¹. Each recently validated block takes the address of the previous one, and a chain is made from encrypted blocks¹². That is why any change in one block affects the entire chain requiring a modification in each block which is hardly possible¹³.

The advantages of blockchain networks are trustworthiness, transparency, traceability, and decentralization¹⁴. (See Figure 2) Blockchain stores data in multiple nodes instead of a centralized intermediary, which makes it arguably difficult to hack because any security threat must be directed to at least 51% of the nodes to

¹⁰ Pietro Ortolani, *The Impact of Blockchain Technologies and Smart Contracts on Dispute Resolution: Arbitration and Court Litigation at the Crossroads*, *Uniform Law Review*, vol. 24, nr. 2/2019, p. 433.

¹¹ Konstantinos Christidis and Michael Devetsikiotis, *Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things*, *IEEE Access*, vol. 4, nr. 1/2016, p. 2293; Sefa Akca, Ajitha Rajan and Chao Peng, "SIF: A Framework for Solidity Contract Instrumentation and Analysis", [Online] at <https://doi.org/10.1109/APSEC48747.2019.00071>, accessed on 03/11/2021.

¹² Eliza Milk, *Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity*, *Journal of Law, Innovation and Technology*, vol. 9, nr. 2/2017, p. 276.

¹³ Fengkie Junis, Faisal Malik Widya Prasetya, Farouq Ibrahim Lubay, and Anny Kartika Sari, "A Revisit on Blockchain-based Smart Contract Technology", [Online] at <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1907/1907.09199.pdf>, accessed on 03/11/2021.

¹⁴ Maren K. Woebeking, *The Impact of Smart Contracts on Traditional Concepts of Contract Law*, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 10, nr. 1/2019, p. 106.

come successful¹⁵. Additionally, because the transactions on the blockchain are encrypted in blocks that are chained to each other, any change on the blocks requires the consent of the majority¹⁶. If the quota is not reached, neither transactions nor data can be interfered with or changed, nor are registered transactions amended or removed from distributed ledgers. The same applies to the changes to terms and conditions of smart contracts. These advantages have triggered the application of the blockchain to agriculture, economics, or political elections¹⁷.

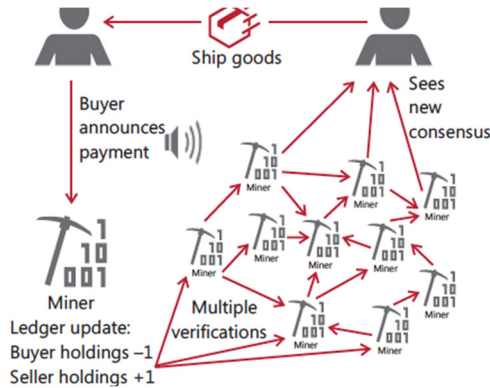


Figure 2. The Illustration of Sales Contracts in the Decentralized Blockchain

1.2. Understanding Smart Contracts

1.2.1. Definition and Characteristics of Smart Contracts

There is no international treaty dedicated to smart contracts; nor are these contracts regulated in most national laws, except the United States at the state level. For example, according to Section 5 of the Blockchain Technology Act adopted by the Illinois General Assembly, „[s]mart contract’ means a contract stored as an electronic record which is verified by the use of a blockchain”¹⁸.

The common point of the scholarly definitions of smart contracts is classifying computer codes as a constituent part of smart contracts and self-execution as its main working mechanism¹⁹. Smart contracts were first defined

¹⁵ Ibrahim Shehata, “Smart Contracts & International Arbitration”, [Online] at <https://ssrn.com/abstract=3290026>, accessed on 03/11/2021.

¹⁶ Morgan N. Temte, *Blockchain Challenges Traditional Contract Law: Just How Smart are Smart Contracts*, Wyoming Law Review, vol. 19, nr. 1/2019, p. 90.

¹⁷ Ahmed Ben Ayed, *A Conceptual Secure Blockchain-based Electronic Voting System*, International Journal of Network Security & Its Applications, vol. 9, nr. 3/2017, pp. 2-3; Rumeysa Bulut, Alperen Kantarcı, Safa Keskin, and Şerif Bahtiyar, “Blockchain-based Electronic Voting System for Elections in Turkey”, [Online] at <https://ieeexplore.ieee.org/document/8907102>, accessed on 03/11/2021.

¹⁸ Illinois Compiled Statutes No. 205, 01/2020, p. 730.

¹⁹ Rohr, *op. cit.*, p. 72; Gonenc Gurkaynak, İlay Yılmaz, Burak Yeşiltay, and Berk Bengi, *Intellectual Property Law and Practice in the Blockchain Realm*, Computer Law and Security

in 1996 as „a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises”²⁰. Another definition points out that smart contracts can be either automatic or automated²¹ meaning that they can be manipulated by humans or machines via data input.

Nowadays, smart contracts are usually concluded and performed on the Ethereum blockchain²². The first version of blockchain which reached its audience following the introduction of Bitcoin consisted of an extremely limited number of tools to automate transactions. The distinctive feature of the Ethereum blockchain is its Turing-complete programming language that allows producing more complex software, such as those capable of interacting with distributed ledgers²³. Each smart contract has an identification address with a 160-bit length, and a code stored on the blockchain. The code of the contract is activated by the transaction signed by the private keys of participants²⁴. When participants want to send transactions to the contractual address, transactions must initially be approved by blockchain. Once approved by blockchain, they are added to the blockchain in the form of a contract code and transaction load (input). Similarly, all the participants approve the next performance step of the contract (output)²⁵. In other words, both the input that activates the contract code and output achieved by the activation of contract codes are subject to the approval of the participants.

Compared to traditional contracts, smart contracts are written in a simpler and easily programmable language. Thus, they mostly use sentences with „if..., then...” templates to be translated into codes²⁶, for example, „if A transfers B

Review, vol. 34, nr. 4/2018, p. 849; Qiping Wang, Raymond Yiu Keung Lau and Xudong Mao, “Blockchain-Enabled Smart Contracts for Enhancing Distributor-to-Consumer Transactions”, [Online] at <https://ieeexplore.ieee.org/document/8889545>, accessed on 03/11/2021.

²⁰ Nick Szabo, “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets”, [Online] at <https://bit.ly/3cOhyual>, accessed on 01/12/2019.

²¹ Christopher D. Clack, Vikram A. Bakshi and Lee Braine, “Smart Contract Templates: Foundations, Design Landscape and Research Directions”, [Online] at <https://arxiv.org/pdf/1608.00771.pdf>, accessed on 13/12/2019.

²² Yining Hu, Madhusanka Liyanage, Ahsan Mansoor, Kanchana Thilakarathna, Guillaume Jourjon, and Aruna Seneviratne, “Blockchain-based Smart Contracts Applications and Challenges”, [Online] at <https://arxiv.org/pdf/1810.04699.pdf>, accessed on 03/11/2021; Ahmed Kosba, Andrew Miller, Elaine Shi, Zikai Wen, and Charalampos Papamanthou, “Hawk: The Blockchain Model of Cryptography and Privacy-preserving Smart Contracts”, [Online] at <https://ieeexplore.ieee.org/document/7546538>, accessed on 03/11/2021; Rohr, *op. cit.*, p. 72.

²³ Bodo, Gervais and Quintais, *op. cit.*, p. 315.

²⁴ Christidis and Devetsikiotis, *op. cit.*, p. 2296.

²⁵ Loi Luu, Duc-Hiep Chu, Hrishi Olickel, Prateek Saxena, and Aquinas Hobor, “Making Smart Contracts Smarter”, [Online] at <https://dl.acm.org/doi/10.1145/2976749.2978309>, accessed on 03/11/2021.

²⁶ Bodo, Gervais and Quintais, *op. cit.*, p. 316; Herian, *op. cit.*, p. 16; Margo Tank, David Whitaker and Patricia Fry, “Smart Contracts, Blockchain and Commercial Law”, [Online] at <https://bit.ly/3ifwH8U>, accessed on 12/01/2020.

amount of money to the blockchain, then the contract will self-execute”. No doubt, it shall be simplified further in the smart contract. On the other hand, the need for inflexible, clear, and precise language in smart contracts limits the autonomy of parties to come with complex contractual terms. Thus, smart contracts are not suitable for less stable (or programmable) contract forms containing uncertainty for now²⁷.

The set of promises in the smart contract comprises the obligations that more or less reflect real-world contractual conditions in the digital environment. In this regard, to self-execute, smart contracts may need data input from the outer world. The external data flow is executed via oracle systems installed on the blockchain²⁸. (See Figure 3)

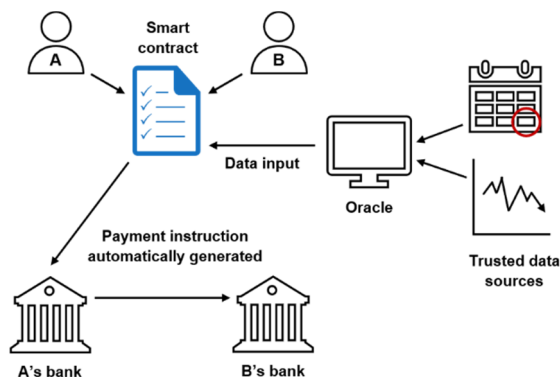


Figure 3. The Illustration of Data Flow by Oracle Programs to Smart Contracts

In principle, for performance, smart contracts do not need any additional procedure or intervention by third parties²⁹. The involvement of oracle programmes does not lead to control over the transaction either. As a result, transactions speed up on the blockchain, and possible errors, delays, or cases of misunderstanding are prevented to a great extent³⁰. Since smart contracts

²⁷ Temte, *op. cit.*, p. 98.

²⁸ *Idem*, p. 96; Maxwell and Vannieuwenhuyse, *op. cit.*, p. 25; See also Ortalani, *op. cit.*, p. 439; Fan Zhang, Ethan Cecchetti, Kyle Croman, Ari Juels, and Elaine Shi, “Town Crier: An Authenticated Data Feed for Smart Contracts”, [Online] at <https://eprint.iacr.org/2016/168>, accessed on 03/11/2021; See generally Roman Alexander, *Das Ethereum Handbuch: Eine Anleitung in das Investieren, Anlegen und Programmieren der Blockchain-Technologie* [The Ethereum Handbook: A Guide to Investing, Creating and Programming Blockchain Technology], vol. 1, Via Tolino Media, 2017, p. 128; Yorghos Voutos, Georgios Drakopoulos and Phivos Mylonas, “Smart Agriculture: An Open Field for Smart Contracts”, [Online] at <https://doi.org/10.1109/SEEDA-CECNSM.2019.8908411>, accessed on 03/11/2021.

²⁹ Karen E. C. Levy, *Book-smart, Not Street-smart: Blockchain-based Smart Contracts and the Social Workings of Law*, Engaging Science, Technology, and Society, vol. 3, nr. 2/2017, p. 2; Yavuz, *op. cit.*, p. 22; Woebeking, *op. cit.*, pp. 106-107.

³⁰ Hsiao, *op. cit.*, p. 687.

self-execute as soon as encrypted obligations are fulfilled, the contractual trust sought in the traditional contracts can be said to have transformed into trust in computer codes³¹.

1.2.2. Legal Nature and Validity of Smart Contracts

Smart contracts are not a new *type* of contract, but another digital *form* of physical contract. In the case of an investment contract between a state agency and an investor and concluded with the consensus on the party obligations, the smart contract is an encrypted form of those obligations on the blockchain. Smart contracts have been known and studied for their technical structure, rather than social and legal aspects³². The existence of hybrid smart contracts in practice – the contracts that are encrypted on the blockchain and concluded in writing simultaneously – may delay the discussion on the legal nature.

Even though considered as a digital reflection of traditional contracts, smart contracts are not a pure copy or reflection of traditional contracts. First, while the written traditional contracts are fixed in texts, computer codes serve the same function in smart contracts. Second, human interaction is irreplaceable in the interpretation of traditional contracts, while smart contracts, namely their pre-determined codes self-interpret the terms and conditions. Thus, for a performable smart contract, computer codes must be able to „understand” promises and match them with the condition that occurred (or failed to occur)³³.

It has been suggested that in smart-contract disputes, arbitrators can still concentrate on the meaning of encoded obligations converted into human-readable texts and treat the smart contract like a written contract³⁴. However, in that case, the validity of smart contracts may be questioned because contracting parties are not playing an active role after they conclude the smart contract. Savelyev³⁵ argues that smart contracts cannot result in any obligation, since parties cannot interfere with the contract following the conclusion.

The validity of smart contracts has been subject to wide discussions in legal scholarship yet. Nonetheless, these discussions must not entirely disregard the role of parties in the self-executing smart contracts. Anything that happens after the conclusion of the contract is not out of the parties’ control because the data input that activates the contract is actually coming from the parties’ actions. Parties’ intents are largely camouflaged in their implicit actions while offering or accepting

³¹ Argun Karamanlioğlu, *Concept of Smart Contracts: A Legal Perspective*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, nr. 35/2018, p. 31; Helen Eenmaa-Dimitrieva and Maria Jose Schmidt-Kessen, *Smart Contracts: Reducing Risks in Economic Exchange with No-Party Trust?*, European Journal of Risk Regulation, vol. 10, nr. 2/2019, p. 246.

³² Levy, *op. cit.*, p. 2.

³³ Hsiao, *op. cit.*, pp. 689-690.

³⁴ Rohr, *op. cit.*, p. 85.

³⁵ Alexander Savelyev, *Contract Law 2.0: Smart Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law*, Journal of Information & Communications Technology Law, vol. 26, nr. 2/2017, p. 128.

the transactions³⁶. Parties' intentions are encoded in smart contracts to predict possible conditions of self-execution so that smart contracts can respond to those events.

2. Smart Contracts and the ICSID Investment Arbitration

2.1. Conditions of Arbitration Agreements/Clauses

Each voluntary arbitration is instituted by an arbitration agreement, including the agreements concerning investment disputes. Arbitration agreements are concluded with the expression of parties' consent either before (*clause compromissoire*) or after the dispute occurs (*compromis*), the consent that separates arbitration from litigation³⁷. Today, the arbitration clauses specified in Bilateral Investment Treaties (BIT) gradually replace independent arbitration agreements signed after the dispute arises³⁸.

As „a fundamental tenet of the ICSID Convention”³⁹, arbitration is an explicit consent-based mechanism⁴⁰. However, the nature and implications of the state consent to the ICSID arbitration in BITs have been subject to the debate where the major opinion relies on the doctrine of „arbitration without privity” and believes that the consent in the BIT means the consent of the state to arbitration in *particular* investment disputes, hence, there is no need for a separate arbitration agreement⁴¹, the opinion in line with those of the ICSID tribunals in *AAPL v. Sri*

³⁶ See Karolina Kasprzyk, *The Concept of Smart Contracts from the Legal Perspective*, Review of European and Comparative Law, vol. 34, nr. 3/2018, p. 114.

³⁷ Ziya Akinçi, *Milletlerarası Tahkim* [International Arbitration], 3rd ed., Vedat, Istanbul, Turkey, 2013, p. 95; İnci Ataman-Figanmeşe, *Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration by Means of the Notion of 'Arbitration without Privity'*, *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul*, vol. 43, nr. 60/2011, p. 189; Ceren Eyuboğlu, *Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği* [The Validity of the Arbitration Agreements in Turkish Law], *Ankara Barosu Dergisi*, vol. 75, nr. 3/2017, p. 235; See also International Centre for Settlement of Investment Disputes, “Dispute Settlement: Consent to Arbitration”, [Online] at https://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add2_en.pdf, accessed on 10/01/2020; *Kaiser Bauxite Company v. Jamaica*, ICSID, Decision on Jurisdiction, nr. ARB/74/3, 1975, ¶ 24; Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001, p. 195.

³⁸ August Reinisch, *Enforcement of Investment Awards*, in Katia Yanacca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2010, p. 675.

³⁹ *Tidewater Inc., Tidewater Investment S.R.L., Tidewater Caribe C.A., and others v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID, Decision on Jurisdiction, nr. ARB/10/5, 2013, ¶ 131.

⁴⁰ Julien Fouret, Rémy Gerbay, Gloria M. Alvarez, and Denis Parchajev (eds.), *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 9.

⁴¹ Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* [Drafting International Trade Treaties and Dispute Resolution Mechanisms], 5th ed., Beta Publishing, 2013, p. 295; Ataman-Figanmeşe *op. cit.*, p. 195; Jan Paulsson, *Arbitration without Privity*, *ICSID Review*, vol. 10, nr. 2/1995, p. 233; Matteo M. Winkler, *Arbitration without Privity and Russian Oil: The Yukos Case before the Houston Court*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 27, nr. 1/2006, p. 134; Christoph H. Schreuer,

*Lanka*⁴² and *Generation Ukraine v. Ukraine*⁴³. Here the investor's reference to the arbitration clause in the BIT is interpreted to the investor's consent to arbitration⁴⁴.

In addition to the uncertainties surrounding the *nature* of consent to the ICSID arbitration, the *form* of consent is also flexible under the rules and jurisprudence of the ICSID. According to the Section 24 in the reports of the ICSID Convention, „[n]or does the Convention require that the consent of both parties be expressed in a single instrument”⁴⁵. For example, in *SPP v. Egypt*⁴⁶, the Tribunal interpreted the unilateral promise in the Egyptian law on the submission of investment disputes to the ICSID arbitration as written consent, not a public offer like the Respondent argued. But this view has not been popular yet⁴⁷. Besides, „most favoured nation clauses” may denote the consent to arbitration too⁴⁸.

2.2. Forms and Subject Matter of the Arbitration Agreement

The ICSID Convention regulates in Article 25(1) the arbitration agreement that establishes the jurisdiction of the ICSID arbitration tribunal and in Article 36(1) the request for arbitration. Article 25(1) of the Convention emphasizes that consent can concern any dispute arising directly out of investment and it will be in writing⁴⁹.

In addition, following Article 36(1), „any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute arbitration proceedings shall address a request to that effect *in writing* to the Secretary-General who shall send a copy of

Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration, in Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Chung, and Claire Balchin (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Wolters Kluwer, 2010, p. 357; Sedat Çal, *Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi* [Discussion of Some Criticism about International Investment Arbitration], Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, vol. 57, nr. 4/2008, p. 140.

⁴² *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, ICSID, Award, nr. ARB/87/3, 1990, ¶ 2.

⁴³ *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID, Award, nr. ARB/00/9, 2003, ¶ 12.

⁴⁴ Martins Paparinskis, *Investment Arbitration and the Law of Countermeasures*, British Yearbook of International Law, vol. 79, nr. 1/2008, p. 279.

⁴⁵ International Center for Settlement of Investment Disputes, “ICSID Convention, Regulations and Rules”, [Online] at <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>, accessed on 03/11/2021. (Hereinafter, ICSID Convention)

⁴⁶ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID, Decision on Jurisdiction, nr. ARB/84/3, 1988, ¶ 115-116.

⁴⁷ Solveiga Paleviciene (Cirtautiene), *Consent to Arbitration and the Legacy of the SPP v. Egypt Case*, Baltic Journal of Law and Politics, vol. 7, nr. 1/2014, pp. 157-159.

⁴⁸ *Emilio Augustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID, Decision on Jurisdiction, nr. ARB/97/7, 2000, ¶ 64; Christoph H. Schreuer, Consent to Arbitration, in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph H. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 855.

⁴⁹ ICSID Convention, *op. cit.*, p. 18.

the request to the other party”.⁵⁰ [emphasis added] Article 36(2) lists the information required to include in the arbitration request that is the issues in dispute, the identity of the parties, and their consent to arbitration⁵¹. These provisions do not regulate the arbitration *agreement* concluded between the parties, but the form and content of the arbitration *request* to be submitted to the ICSID. Nonetheless, the consent of the parties to the arbitration shall be mutual, so that it has implicitly been mentioned in the Preamble of the ICSID Convention⁵². Once the General Secretary finds the consent of parties, they record the consent and start to establish the tribunal.

Article 25(1) and 36(1) of the ICSID Convention require the written form of the arbitration agreement, but it does not explain what the written form is, or which means of communication, such as the transactions on the blockchain, falls in the written form. This gap can justify, on the one hand, an impression that any written form of arbitration agreements will meet this requirement⁵³. On the other hand, according to the Rule 1 of the Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings, „the request to be submitted to the Centre, shall be drawn up in an *official language* of the Centre, shall be dated, and shall be signed by the requesting party or its duly authorized representative”⁵⁴. [emphasis added] It can be argued that the purpose of this requirement is not to exclude the consent to arbitration or arbitration agreement written in languages other than human-readable languages, such as in the programming languages. It cannot be argued that the wording of Rule 1 descopes smart contracts or the other machine-readable contractual consent relying on the ground that the discussion about the contracts written in computer codes was not actual when the ICSID Convention was drafted. Thus, the requirement of the official language of the ICSID aims to differentiate between the existing human languages and prefers the official ones.

In *Amco v. Indonesia*, the Tribunal discussed the requirement of the written consent and held that „while a consent in writing to ICSID arbitration is indispensable, since it is required by Article 25(1) of the Convention, such consent in writing is not to be expressed in a *solemn, ritual and unique* formulation”.⁵⁵ [emphasis added] The Tribunal added that „the investment agreement being in writing, it suffices to establish that its interpretation in *good faith* shows that the parties agreed to ICSID arbitration, in order for the ICSID Tribunal to have

⁵⁰ *Idem*, p. 22.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Şule Akyüz, *The Jurisdiction of ICSID: The Application of the Article 25 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Ankara University Journal of Faculty of Law, vol. 52, nr. 3/2003, p. 336; See ICSID Convention, *op. cit.*, p. 11.

⁵³ Tony Cole, *The Structure of Investment Arbitration*, Routledge, 2013, p. 27.

⁵⁴ ICSID Convention, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁵ *Amco Asia Corporation and others v. The Republic of Indonesia*, ICSID, Decision on Jurisdiction, nr. ARB/81/1, 1983, ¶ 123.

jurisdiction over them”⁵⁶. [emphasis added] In this case, the comment of the Tribunal that supported neither a narrow nor a wide/liberal interpretation of the consent to arbitration but rather gave priority to and respected the shared will of the parties while interpreting the consent to arbitration is, indeed, notable⁵⁷. The flexibility of the understanding of the requirement of consent is not, however, limited to *Amco v. Indonesia* case. In *Holiday Inns v. Morocco*⁵⁸, the Tribunal recognized the validity of the written arbitration clause and the parties’ right to benefit from the arbitration clause even though the Claimant had not signed the contract that contained the arbitration clause.

2.3. Validity of the Arbitration Clauses Contained in Smart Contracts

This paper argues that at this moment the disputes arising out of the contractual obligations agreed in smart contracts would be more adequate to arbitration than domestic litigation. The reason is the very independent and flexible characteristics of both smart contracts and arbitration compared to domestic laws⁵⁹. Owing to the discretion allowed by the arbitration for the parties to the dispute, parties are free to choose applicable law for their smart arbitration clause.

The choice of law will allow the parties to prevent the application of *lex fori* to the arbitration agreement⁶⁰. In principle, the judgment by the Tribunal established by the consent of the parties via the smart contract can be delivered to the smart contract via oracle programs, and the smart contract can self-execute in favour of one of the parties⁶¹. However, the domestic courts or arbitration centres are yet to meet the latest innovations brought by blockchain technology⁶². While this article focuses on the resolution of the dispute arising out of the online transactions on the blockchain network at an offline arbitration facility like the

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Benjamin H. Tahyar, *Confidentiality in ICSID Arbitration after AMCO Asia Corp. v. Indonesia: Watchword or White Elephant?*, Fordham International Law Journal, vol. 10, nr. 1/1986, p. 95.

⁵⁸ *Holiday Inns S.A. and Others v. Morocco*, ICSID, Decision on Jurisdiction, nr. ARB/72/1, 1974.

⁵⁹ Maxwell and Vannieuwenhuyse, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁰ See also Mustafa Erkan, *Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi* [Discussing the Principle of Separability of the Arbitration Clause in the Nullity of the Main Agreement], Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, vol. 17, nr. 1-2/2013, p. 542.

⁶¹ Maxwell and Vannieuwenhuyse, *op. cit.*, p. 29.

⁶² Gürkaynak and others, *op. cit.*, p. 854; Aslı Budak and Seher Elif Köse, “Turkey: Arbitration in the Era of Smart Contracts”, [Online] at <https://www.mondaq.com/turkey/fin-tech/841140/arbitration-in-the-era-of-smart-contracts>, accessed on 19/09/2021.

ICSID, the legal scholarship has lately also been discussing online arbitration⁶³ that can be extended to online subject matters shortly.

Article 42(1) of the ICSID Convention accepts the choice of law by the parties to apply to the investment dispute that „the Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties”⁶⁴ while highlighting that „in the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable”.⁶⁵

“Rules of law” mentioned in Article 42(1) covers both the substantial and procedural rules of the dispute. In other words, Article 42(1) allows the parties of the dispute to choose the rules to apply to the validity of the arbitration agreement. If such a choice has never been made, the rules specified in the subsequent sentences of Article 42(1) shall be applied. In this case, a reference to the rules of the contracting state party on the conflict of laws may cause uncertainty⁶⁶. That is why the choice of law by the parties in the disputes arising out of smart contracts should be friendly to smart contracts. In this way, the parties may abstain the Tribunal from declaring null and void the arbitration agreement concluded in the form of the smart contract, merely because of its form of expression. Another question in this stage would be whether there is any law that validates smart contracts in terms of the formal requirements, and luckily, the answer is affirmative.

The Uniform Electronic Transactions Act 1999 (UETA) proposed by the Uniform Laws Commission of the United States recognizes the contracts agreed and concluded in the electronic environment. According to Section 7(b) of the UETA, which regulates the validity of electronic records, signature, and contracts, „[a] contract may not be denied legal effect or enforceability solely because an electronic record was used in its formation”⁶⁷. Moreover, according to Article 14(1) of the UETA on the automated transactions executed and performed via electronic agents, „[a] contract may be formed by the interaction of electronic agents of the parties, even if no individual was aware of or reviewed the electronic agents’ actions or the resulting terms and agreements”⁶⁸.

⁶³ Ihab Amro, *Online Arbitration in Theory and Practice: A Comparative Study of Cross-border Commercial Transactions in Common Law and Civil Law Countries*, Cambridge Scholars, 2019, p. 236; Amy J. Schmitz and Colin Rule, *Online Dispute Resolution for Smart Contracts*, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2, nr. 1/2019, p. 103-105; Farzaneh Badiei, “Online Arbitration Definition and Its Distinctive Features”, [Online] at <https://www.semanticscholar.org/paper/Online-Arbitration-Definition-and-its-Distinctive-Badiei/3c644e47189165e14031370a841d96ad7bb6d12b>, accessed on 03/11/2021.

⁶⁴ ICSID Convention, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ Emmanuel Gaillard, *Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses*, *ICSID Review*, vol. 3, nr. 1/1988, p. 144.

⁶⁷ Uniform Laws Commission, “Uniform Electronic Transactions Act”, [Online] at <https://trackbill.com/bill/illinois-senate-bill-2176-uniform-electronic-transaction/2053114/>, accessed on 03/11/2021.

⁶⁸ *Idem.*

UETA does not change the existing laws in force but aims to eliminate the legal impediments in front of the use of electronic devices to ensure the equal treatment of electronic records, signature with a written record, and signature. It has been presented to all states and succeeded except in Washington⁶⁹. In terms of smart contracts, the states like Ohio, Nevada, Tennessee⁷⁰, Illinois and Arizona⁷¹, have already been regulating them by law. According to Article 5 in Chapter 26 (Electronic Transactions) of Arizona Revised Statutes, „smart contracts may exist in commerce. A contract relating to a transaction may not be denied legal effect, validity or enforceability solely because that contract contains a smart contract term”.⁷²

The contract and transactions made by electronic agents on behalf of the persons they represent shall be considered valid. The absence of human interaction or interference with such contracts either in the conclusion or performance phases does not render the contract invalid. However, the electronic agent must be expected not to lose its electronic-agent image and deviate from the will of the represented person. As the parties to the smart contract can freely write down the codes, it is not likely to cause a problem, unless the applicable law has been chosen as the state law other than Washington. The state laws like Arizona, Illinois, Ohio, Nevada, or Tennessee that have legislation on smart contracts and electronic agents would be a preferable or smart-contract-friendly choice of law for parties. In any case, it is recommended to the parties to draft both online and offline (hybrid) arbitration agreements until that time when the legislation on smart contracts gains enough recognition to overcome the procedural obstacles in dispute resolution⁷³.

2.4. Drafting Model Smart Arbitration Clauses

The smart arbitration agreement, even if it is in the form of computer codes, must include the subject matter of the dispute, the identity, and the consent of the parties. On the other hand, it must be as simple as possible for computer codes but comprehensive enough to cover the required information sought by the ICSID.

The ICSID model arbitration clauses have so far either referred to any dispute arising out of the agreement without distinguishing between the disputes or concerned only a certain type of disputes⁷⁴. The second type of model arbitration clause uses the exhaustive list of the disputes to be submitted to the ICSID

⁶⁹ See Tank, Whitaker, and Fry, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁰ *Idem*, p. 48.

⁷¹ Herian, *op. cit.*, pp. 16-17.

⁷² State of Arizona, “Arizona Revised Statutes”, [Online] at <https://www.azleg.gov/legtext/53leg/1r/bills/hb2417p.pdf>, accessed on 03/11/2021.

⁷³ Herian, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁴ See International Centre for Settlement of Investment Disputes, “ICSID Model Clauses”, [Online] at <https://icsid.worldbank.org/resources/content/model-clauses>, accessed on 03/11/2021.

arbitration. Hence, those clauses cannot be invoked in every dispute arising directly out of the investment.

It is necessary to make this distinction for smart contracts, because, in the case of the first type of model arbitration clauses, the contract will submit the case to the ICSID arbitration after the reception of information about the investment dispute by expressing the parties' identity, consent, and the subject matter. In contrast, in the second type of model arbitration clauses, the smart contract will be expected to decide whether the dispute matches the ones pre-determined by the contracting parties on a case-to-case basis. Considering the inflexible characteristics and necessarily simple algorithms, the second type of model arbitration clauses are seemingly not useful for smart contracts.

To integrate the first type of model arbitration clauses into the smart contract, the arbitration clause written and later encoded with the „if..., then...” template is required. For example, „if any dispute arising out of this contract arises, then the contract will not be performed and an arbitration request, including the subject matter of the dispute, will be submitted to the ICSID”. Of course, this text needs to be encoded on the Ethereum platform, for example, specifying the ICSID with the public key of the node representing the ICSID or clarifying how the smart contract will get information about the dispute. In fact, after the dispute arises, the parties both or unilaterally can invoke the arbitration clause with their private keys on the blockchain. This activation can be otherwise executed by the oracle programs with data input.

Conclusion

The areas of application of smart contracts have been growing every day, weakening the need for the power of the central authority every day. In addition to online arbitration, the status of the disputes arising out of online (blockchain) transactions in offline arbitration can turn into a matter of dispute. For the ICSID arbitration, the smart-contract-friendly choice of law applied, among others, to the validity of an agreement can be effective in preventing objections on formal contractual requirements. The choices of the law of the states like Arizona, Illinois or Nevada can be advantageous.

However, such smart arbitration clauses must be encoded with „if..., then...” templates clearly and precisely enough to describe in which matters of a dispute the clause will self-execute and apply to the ICSID. One valid smart arbitration clause could be the encoded version of „if any dispute arising out of this contract arises, then the contract will not be performed and an arbitration request, including the subject matter of the dispute, will be submitted to the ICSID”. In case of the identification of the dispute by smart contracts, if the smart contract can submit the information to the public key of the ICSID, the arbitration clause should be valid and the ICSID arbitration should be properly established, subject to the existence of other conditions. The interpretation of the formal requirement of the written consent under the ICSID Convention and further rules in *Amco v. Indonesia*

and the reports of the ICSID Convention is seemingly flexible and supports the determination of the consent in good faith.

For the recognition and enforcement of smart contracts in arbitration, the institutional arbitration centres, including the ICSID, should be equipped with the required technical capacity. Until that time, hybrid smart contracts are apparently a better alternative to prevent cases of misunderstanding or invalidity.

References

- Akca Sefa, Ajitha Rajan and Chao Peng. „SIF: A Framework for Solidity Contract Instrumentation and Analysis”. <https://doi.org/10.1109/APSEC48747.2019.00071>
- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim [International Arbitration]*. 3rd ed., Vedat. Istanbul, Turkey. 2013
- Akyüz, Şule. *The Jurisdiction of ICSID: The Application of the Article 25 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*. Ankara University Journal of Faculty of Law. vol. 52. nr. 3/2003. pp. 333-362. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000523
- Alexander, Roman. *Das Ethereum Handbuch: Eine Anleitung in das Investieren, Anlegen und Programmieren der Blockchain-Technologie [The Ethereum Handbook: A Guide to Investing, Creating and Programming Blockchain Technology]*. vol. 1. Via Tolino Media. 2017
- Amro, Ihab. *Online Arbitration in Theory and Practice: A Comparative Study of Cross-border Commercial Transactions in Common Law and Civil Law Countries*. Cambridge Scholars. 2019. <https://doi.org/10.5553/ijodr/235250022020007002005>
- Ataman-Figanmeşe, İnci. *Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration by Means of the Notion of ‘Arbitration without Privity’*. *Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul*. vol. 43. nr. 60/2011. pp. 187-201
- Atkinson, Susan, and Gabrielle Benefield. „Software Development: Why the Traditional Contract Model is not Fit for Purpose”. <https://doi.org/10.1109/hicss.2013.492>
- Badieı, Farzaneh. „Online Arbitration Definition and Its Distinctive Features”. [Online]
- Ben Ayed, Ahmed. *A Conceptual Secure Blockchain-based Electronic Voting System*. *International Journal of Network Security & Its Applications*. vol. 9, nr. 3/2017. pp. 1-9. <https://doi.org/10.5121/ijnsa.2017.9301>
- Bodo, Balazs, Daniel Gervais, and Joao Pedro Quintais. *Blockchain and Smart Contracts: The Missing Link in Copyright Licensing?*. *International Journal of Law and Information Technology*. vol. 26. nr. 4/2018. pp. 311-336. <https://doi.org/10.1093/ijlit/eay014>.
- Budak, Asli, and Seher Elif Köse. „Turkey: Arbitration in the Era of Smart Contracts”. [Online]
- Bulut, Rumeysa, Alperen Kantarcı, Safa Keskin, and Şerif Bahtiyar. „Blockchain-based Electronic Voting System for Elections in Turkey”. <https://doi.org/10.1109/ubmk.2019.8907102>.
- Christidis, Konstantinos and Michael Devetsikiotis. *Blockchains and Smart Contracts for the Internet of Things*. *IEEE Access*. vol. 4. nr. 1/2016. pp. 2292-2303. <https://doi.org/10.1109/access.2016.2566339>.
- Clack, Christopher D., Vikram A. Bakshi, and Lee Braine. „Smart Contract Templates: Foundations, Design Landscape and Research Directions”. [Online]
- Cole, Tony. *The Structure of Investment Arbitration*. Routledge. 2013. <https://doi.org/10.4324/9780203758755>.
- Çal, Sedat. *Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi [Discussion of Some Criticism about International Investment Arbitration]*. Ankara

- Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. vol. 57. nr. 4/2008. pp. 135-190. https://doi.org/10.1501/hukfak_0000001550
- Eenmaa-Dimitrieva, Helen, and Maria Jose Schmidt-Kessen. *Smart Contracts: Reducing Risks in Economic Exchange with No-Party Trust?*. European Journal of Risk Regulation. vol. 10. nr. 2/2019, pp. 245-262, <https://doi.org/10.1017/err.2019.37>
- Erkan, Mustafa. *Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi* [Discussing the Principle of Separability of the Arbitration Clause in the Nullity of the Main Agreement]. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. vol. 17. nr. 1-2/2013. pp. 535-562.
- Eyuboğlu, Ceren. *Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği* [The Validity of the Arbitration Agreements in Turkish Law]. Ankara Barosu Dergisi. vol. 75. nr. 3/2017. pp. 227-241, <https://doi.org/10.30915/abd.463759>
- Fouret, Julien, Rémy Gerbay, Gloria M. Alvarez, and Denis Parchajev (eds.). *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*. Edward Elgar Publishing. 2019. <https://doi.org/10.4337/9781786435248>.
- Gaillard, Emmanuel. *Some Notes on the Drafting of ICSID Arbitration Clauses*. ICSID Review. vol. 3. nr. 1/1988. 136-146. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/3.1.136>.
- Gurkaynak, Gonenc, İlay Yılmaz, Burak Yeşilaltay, and Berk Bengi. *Intellectual Property Law and Practice in the Blockchain Realm*. Computer Law and Security Review. vol. 34. nr. 4/2018. pp. 847-862. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.05.027>.
- Herian, Robert. „Legal Recognition of Blockchain Registries and Smart Contracts”. <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.12449.86886/1>.
- Hsiao, Jerry. *‘Smart Contract’ on the Blockchain Paradigm Shift for Contract Law?*. US-China Law Review. vol. 14. nr. 10/2017. pp. 685-694. <https://doi.org/10.17265/1548-6605/2017.10.002>.
- Hu, Yining, Madhusanka Liyanage, Ahsan Mansoor, Kanchana Thilakarathna, Guillaume Jourjon, and Aruna Seneviratne. „Blockchain-based Smart Contracts Applications and Challenges”. [Online]
- International Centre for Settlement of Investment Disputes. „Dispute Settlement: Consent to Arbitration”. [Online]
- Junis, Fengkie, Faisal Malik Widya Prasetya, Farouq Ibrahim Lubay, and Anny Kartika Sari. „A Revisit on Blockchain-based Smart Contract Technology”. [Online]
- Karamanloğlu, Argun. *Concept of Smart Contracts: A Legal Perspective*. Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. nr. 35/2018. pp. 29-42.
- Kasprzyk, Karolina. *The Concept of Smart Contracts from the Legal Perspective*. Review of European and Comparative Law. vol. 34. nr. 3/2018. pp. 101-118. <https://doi.org/10.31743/recl.4514>
- Levy, Karen E. C. *Book-smart, Not Street-smart: Blockchain-based Smart Contracts and the Social Workings of Law*. Engaging Science, Technology, and Society. vol. 3. nr. 2/2017. pp. 1-15. <https://doi.org/10.17351/ests2017.107>
- Luu, Loi, Duc-Hiep Chu, Hrishi Olickel, Prateek Saxena, and Aquinas Hobor. „Making Smart Contracts Smarter”. <https://doi.org/10.1145/2976749.2978309>
- Maxwell, Winston and Gauthier Vannieuwenhuysse. *Robots Replacing Arbitrators: Smart Contract Arbitration*. ICC Dispute Resolution Bulletin. vol. 1. nr. 1/2018. pp. 24-33
- Milk, Eliza. *Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity*. Journal of Law, Innovation and Technology. vol. 9. nr. 2/2017
- Nandar Aung, Yu and Thitinan Tanditham, „Ethereum-based Emergency Service for Smart Home System: Smart Contract Implementation”, <https://doi.org/10.23919/icact.2019.8701987>

- Ortalani, Pietro. *The Impact of Blockchain Technologies and Smart Contracts on Dispute Resolution: Arbitration and Court Litigation at the Crossroads*. Uniform Law Review. vol. 24. nr. 2/2019. pp. 430-448
- Palevičienė (Cirtautienė), Solveiga. *Consent to Arbitration and the Legacy of the SPP v. Egypt Case*. Baltic Journal of Law and Politics. vol. 7. nr. 1/2014. pp. 149-162. <https://doi.org/10.2478/bjlp-2014-0009>
- Paparinskis, Martins. *Investment Arbitration and the Law of Countermeasures*. British Yearbook of International Law. vol. 79. nr. 1/2008. pp. 264-352. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1152338>
- Paulsson, Jan. *Arbitration without Privity*. ICSID Review. vol. 10. nr. 2/1995. pp. 232-257. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/10.2.232>
- Reinisch, August. Enforcement of Investment Awards, in Katia Yanacca-Small (ed.). *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. Oxford University Press. 2010. pp. 671-699. <https://doi.org/10.1093/law/9780198758082.003.0029>
- Rohr, Jonathan G. *Smart Contracts and Traditional Contract Law, or: The Law of Vending Machine*. In Cleveland State Law Review. vol. 67. nr. 1/2019. pp. 71-92
- Savelyev, Alexander. *Contract Law 2.0: Smart Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law*. Journal of Information & Communications Technology Law. vol. 26. nr. 2/2017. pp. 116-134. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2885241>
- Schmitz, Amy J., and Colin Rule. *Online Dispute Resolution for Smart Contracts*. Journal of Dispute Resolution. vol. 2. nr. 1/2019. pp. 103-125
- Schreuer, Christoph H. Consent to Arbitration. In Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph H. Schreuer (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press. 2008. pp. 830-867. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199231386.013.0021>
- Schreuer, Christoph H. Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration, in Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Chung, and Claire Balchin (eds.). *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Wolters Kluwer. 2010. pp. 353-368
- Schreuer, Christoph H. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge. 2001
- Shehata, Ibrahim. „Smart Contracts & International Arbitration”. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3290026>
- Sklaroff, Jeremy M. *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility*. University of Pennsylvania Law Review. vol. 166. nr. 1/2017. pp. 264-303
- Szabo, Nick. „Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets”. [Online]
- Şanlı, Cemal. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* [Drafting International Trade Treaties and Dispute Resolution Mechanisms]. 5th ed., Beta Publishing. 2013
- Tahyar, Benjamin H. *Confidentiality in ICSID Arbitration after AMCO Asia Corp. v. Indonesia: Watchword or White Elephant?*. Fordham International Law Journal. vol. 10. nr. 1/1986. pp. 93-122
- Tank, Margo, David Whitaker, and Patricia Fry. „Smart Contracts, Blockchain and Commercial Law”. [Online] at <https://bit.ly/3ifwH8U>. accessed on 12/01/2020
- Voutos, Yorghos, Georgios Drakopoulos, and Phivos Mylonas. „Smart Agriculture: An Open Field for Smart Contracts”. <https://doi.org/10.1109/seeda-cecensm.2019.8908411>
- Wang, Qiping, Raymond Yiu Keung Lau, and Xudong Mao. „Blockchain-Enabled Smart Contracts for Enhancing Distributor-to-Consumer Transactions”. <https://doi.org/10.1109/mce.2019.2941346>

- Winkler, Matteo M. *Arbitration without Privity and Russian Oil: The Yukos Case before the Houston Court*. University of Pennsylvania Law Review. vol. 27. nr. 1/2006. pp. 115-153
- Woebeking, Maren K. *The Impact of Smart Contracts on Traditional Concepts of Contract Law*, *Journal of Intellectual Property*. Information Technology and Electronic Commerce Law. vol. 10. nr. 1/2019. pp. 105-112
- Yavuz, Melih Sefa. *Ekonomide Dijital Dönüşüm: Blockchain Teknolojisi ve Uygulama Alanları Üzerinde Bir İnceleme* [Digital Revolution in Economy: A Study on the Blockchain Technology and Its Areas of Application]. *Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*. vol. 4. nr. 1/2019. pp. 15-29. <https://doi.org/10.29106/fesa.498053>
- Zhang, Fan, Ethan Cecchetti, Kyle Croman, Ari Juels, and Elaine Shi. „Town Crier: An Authenticated Data Feed for Smart Contracts”. <https://doi.org/10.1145/2976749.2978326>
- Zheng, Zibin, Shaoan Xie, Hongning Dai, Xiangping Chen, and Huaimin Wang. „An Overview of Blockchain Technology: Architecture, Consensus, and Future Trends”. <https://doi.org/10.1109/bigdatacongress.2017.85>

Un exercițiu de drept transnațional (privat)

An exercise of transnational (private) law

Radu Bogdan Bobei¹

Rezumat: Acest articol contemplează dreptul transnațional (privat), iar asemenea *sui generis* versiune a dreptului transnațional nu poate face abstracție de instituția contractului. Tabloul litigiului *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de ferro de Lisboa S.A. și alții* și litigiul însuși exersează din plin sus-menționata instituție. În accepțiunea sa transnațională, instituția contractului diluează distincția dintre contractele interne și contractele internaționale. În lumina instituției contractului transnațional, contractele interne conferă subiectelor de drept privat intern posibilitatea să acceseze piețe financiare care se află dincolo de granițele politice ale statelor-națiune. Acest „dincolo de” ne situează metodologic în aria dreptului transnațional. Inclusiv în versiunea sa „privată”.

Cuvinte-cheie: drept transnațional, contract intern, contract internațional, contract transnațional

Abstract: This paper aims to contemplate transnational (private) law, and such *sui generis* version of transnational law cannot neglect the concept of contract. The background of the dispute *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de ferro de Lisboa S.A. and others* and the dispute itself fully exercises the above-mentioned concept. In its transnational meaning, the concept of contract blurs the distinction between domestic and international contracts. In the light of the concept of transnational contract, domestic contracts enable domestic private actors to enter financial markets which are beyond the political frontiers of the nation-States. Such „beyond” situate us methodologically in the area of transnational law. Including in its „private” version.

Keywords: transnational law, domestic contract, international contract, transnational contract

1. Un anumit mod de a privi contemporaneitatea normativă și quasi-normativă

Realitățile post-post-moderne mi-au sugerat necesitatea efectuării unor exerciții de drept transnațional². Din multitudinea de asemenea exerciții, am optat

¹ Membru *ad honorem* în Consiliul de Conducere al UNIDROIT (Institutul Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat) (Roma), conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea din București, specialist în drept transnațional, drept internațional și teoria conflictului de legi; email: radu-bogdan.bobei@drept.unibuc.ro

² Pentru rațiunile de scriere ale acestui articol, localizez temporalmente începuturile realității post-post-moderne în jurul anului 2000. Îmi pare că, ulterior anului 2000, omenirea experimentează de-globalizarea înțeleasă ca expresie a unei comprimări a spațiului și

pentru efectuarea unui exercițiu de drept transnațional (privat). Exercițiul în discuție nu putea face abstracție de instituția contractului. Aceasta nu înseamnă că efectuarea exercițiilor de drept transnațional se reduce, indiferent de natura „publică” sau „privată” a acestora - dacă există cu adevărat asemenea naturi distincte în mod net -, la instituția contractului ca atare. Exercițiile de drept transnațional „public” pot implica, logic, instituții de drept public. Așa fiind, exercițiile de drept transnațional „public” pot implica, *exempli gratia*, instituția tratatelor și acordurilor multinaționale³. Este adevărat că natura contractuală a instituției tratatului, izvor de drept internațional, ne-ar putea sugera că suntem tot în ipoteza exersării dreptului transnațional prin recurgerea la instituția contractului⁴. Însă din considerente de curtoazie, efectuez, totuși, distincția între contractul „lor” (contractul conceptualizat de privațiștii-internaști, n.n.) și contractul „lor” (tratatul conceptualizat de publiciștii-internaționaliști, n.n.). În orice caz, instituția contractului este evaluabilă, cel puțin în varianta „privată”, ca fiind expresia unui Drept al societății umane⁵.

timpului. Pentru una din accepțiunile termenului „globalizare”, a se vedea A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1991, pp. 64-65. Analiza celor trei valuri ale globalizării a fost efectuată de D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and legal Thought: 1850-2000*, în D. M. Trubek, A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 19-73. A se vedea și M. Shapiro, *The Globalization of Law*, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1(1994), nr.1, pp. 37-64. Pentru înțelegerea dreptului quasi-federal al Uniunii Europene ca expresie (sub-regională, n.n.) a dreptului transnațional, este utilă reamintirea uneia dintre ideile formulate de Martin Shapiro în 1993. În lumina acestei idei, nevoia de juriști a Uniunii Europene este mare, întrucât multiplicarea legilor (legi naționale și quasi-federale) aplicate simultan aceleiași tranzacții reclamă acerb punerea în practică a transnaționalismului. În considerarea consolidării pieței interne, transnaționalismul marca „Uniunea Europeană” implică trecerea de la stadiul de tip unitar la reglementările de tip federal (quasi-federal, n.n.).

³ Expresia „tratate și acorduri multinaționale” este utilizată de A. C. Aman, Jr., C. J. Greenhouse, *Transnational Law. Cases and Problems in an Interconnected World*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2017, pp. 54-72.

⁴ Pentru analiza analogiilor de drept privat în aplicarea tratatelor, izvoare de drept internațional, a se vedea H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law. With Special Reference to International Arbitration*, Longmans, Green and Co. Ltd., London/New York/Totonto/Bombay/Calcutta/Madras, 1927, republicată de The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, New Jersey, 2002/2013, pp. 155-180. Atenție: reputatul autor analizează analogiile de drept privat în considerarea funcțiilor politice și publice exercitate de statele-națiune numai *de jure imperii*, iar nu și de *jure gestionis*.

⁵ Denumeste contractul ca fiind „reglementarea sau legea societății umane” P. Zumbansen, *The Law of Society: Governance Through Contract*, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14(2007), nr. 2, pp. 191-233. Contractul este, inevitabil, un „spațiu” al contradicțiilor. S-a menționat că inevitabilele contradicții sunt ecoul diferențierilor ivite în porii socialului. A se vedea G. Teubner, *Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law*, în *Social and Legal Studies*, vol. 9(2006), nr. 3, pp. 399-417.

Aceleași realități post-post-moderne au proiectat contractul în derutantul proces de erodare a distincțiilor dintre dreptul public și dreptul privat, pe de o parte, dintre dreptul intern și dreptul internațional, pe de altă parte. Este vorba despre distincțiile cel puțin în variantă netă. Îmi pare că această erodare a survenit grație sau din cauza viziunii holistice de tip nord-american propagate în considerarea instituției contractului; această viziune a invadat Europa după căderea fizică (și psihologică?, n.n.) a Zidului Berlinului. Mesajul politic „Ich bin Berliner!” a devenit, între timp, mesajul economic „Sunt o viziune holistă a contractului!”. Potrivit viziunii în discuție, dreptul privat - cu a sa instituție a contractului -, se înțelege ca având o dimensiune constituțională. Cu alte cuvinte, contractul este „constituția” părților acestuia, cu efecte de constituționalizare a mediului social în care părțile însele utilizează instituția contractului însuși.

În Uniunea Europeană, a avut loc, îmi pare pe filiera tradițiilor doctrinare germane și italiene, un proces invers. Concret: se vorbește despre constituționalizarea dreptului privat, iar nu despre dreptul privat evaluat ca o *sui generis* constituție⁶. Indiferent de cum evaluăm instituția contractului, aceasta din urmă a constituit avanpostul neo-liberalizărilor propagate în Sudul Global în ultimii treizeci de ani⁷. Iată de ce mi s-a părut util să propun exersarea dreptului

⁶ Pentru analiza comparativă a instituției contractului din perspectiva concepțiilor nord-americane, pe de parte, din perspectiva concepțiilor italiene și germane, a se vedea F. Maultzsch, *Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess*, în *Juristenzeitung*, vol.67 (12), pp. 1040-1050. Acest autor rememorează tradiția juridică germană care pune accent pe distincția netă dintre ordinea de drept privat și ordinea de drept public. Această distincție netă funcționează sub „umbrela” supremației dreptului constituțional. Grație sau din cauza rolului Germaniei în Uniunea Europeană, statele-națiune membre ale acestei structuri quasi-federale experimentează consecințele tranziției de la stadiul „dreptul privat evaluat ca o constituție” la stadiul „constituționalizarea dreptului privat”. Un autor chiar consideră că suntem în plin stadiu al constituționalizării dreptului privat. A se vedea D. Wielsch, *Responsible Contracting. The Requirements of EU Fundamental Rights on private Law Regimes*, în H. Collins (ed.), *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 257-283. Într-o notă personală, aș spune că izvoarele constituționalizării originare a dreptului privat din Uniunea Europeană (dreptul privat al statelor membre ale Uniunii Europene, n.n.) sunt tratatele constitutive ale Uniunii Europene însele. Tratatetele, izvoare de drept internațional, sunt expresia unei constituționalizări originare și latente a sus-menționatei regimuri de drept privat. Există și izvoare subsecvente, respectiv evolutive ca natură, ale aceleiași constituționalizări. Aceste izvoare sunt instrumentele legislative denumite „Regulamente”. În sfârșit, reținem că ordoliberalismul a „pavat (cel puțin în Europa, n.n.) drumul către constituționalizarea dreptului privat”. A se vedea H.-W. Micklitz, *The Threefold Phenomena of Constitutionalization in Private Law*, în UNIDROIT (ed.), *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, vol.1, UNIDROIT, Roma, 2016, prima ediție, pp.168-186.

⁷ Un alt vehicul al neo-liberalizărilor l-a constituit prezumția contra aplicării extraterritoriale a legislațiilor naționale. Este semnificativ litigiul *RJR Nabisco, Inc. v. Comunitatea Europeană* (Uniunea Europeană, n.n.) soluționat, după o perioadă de mai mult de 15 ani, de instanțele nord-americane în 2016. Pentru trecerea în revistă a acestui litigiu,

transnațional în versiunea sa „privată”, dacă există cu adevărat, prin recurgerea la instituția contractului. Am procedat la asemenea exersare, chiar dacă acum Sudul Global exersează epoca post-privatizărilor sau chiar a post-post-privatizărilor. Îmi pare că, în epoca post-post-privatizărilor pe care o exersăm acum, se diluează contractualizarea societății⁸; pe cale de consecință, se diluează și vitalitatea dreptului privat care funcționează, aș spune preponderent -dacă nu chiar vital -, în jurul instituției contractului. Se reactivează, inevitabil, exersarea dreptului transnațional, chiar în versiunea sa „privată”, prin recurgerea la mecanismele dreptului public. Însă dreptul public nu se mai manifestă astăzi așa cum se manifesta în secolele al XIX-lea și XX-lea. Am asistat, poate neputincios, la un *face lift* (sa-mi fie iertat frivolul englezism!) al dreptului public. Într-adevăr, dreptul public, fie intern, fie internațional, a fost reconfigurat în perioada 1990-2020. A contribuit sau „contribuit” la această reconfigurare „privatizarea” însăși a dreptului public și a ordinii juridice de drept public, inclusiv a instituțiilor de drept public. Artizanele privatizării evocate sunt surâzătoarele, informalele, „discret” de zgomotoasele subiecte de drept privat. În perioada 1990-2020 cel puțin, au început să ființeze, pe orizontală, cu statele-națiune și organizațiile internaționale, subiectele de drept privat. „Pe orizontală” constituie o consecință a faptului că subiectele de drept privat au fost impulsionate, cel puțin de arealul neoliberal, să creeze drept ... public și politici publice în plurale și diverse domenii ale vieții sociale. Iar dacă nu le-au creat, în mod cert au influențat funcționarea dreptului public și crearea de politici publice. Ca efect al acestei stări de lucruri, resimțim acum, noi, cei din Estul . Sudului Global cel puțin, consecințele „private” ale transnaționalului normativ și quasi-normativ. Aceste versiuni ale transnaționalului s-au manifestat preponderent prin instituția contractului. Însăși instituția contractului a constituit fundamentul generator de sisteme de producere, respectiv de distribuție, a mărfurilor pe mapamond.

Grație sau din cauza acestor sisteme, dreptul intern și internațional, pe de o parte, dreptul public și dreptul privat, pe de altă parte, au dobândit în recente perioade de timp identități interșanjabile. Interșanjabilitatea este sursa erodării distincțiilor, cel puțin a distincțiilor nete, dintre dreptul public și dreptul privat, respectiv dintre dreptul intern și internațional. M-aș hazarda să spun că, începând

a se vedea D. F. Vagts, W. S. Dodge, H. L. Buxbaum, H. H. Koh, *Transnational Business Problems*, Foundation Press, West Academic, 2019, St. Paul, pp. 96-107. Pentru analiza aspectelor privind chestiunea extraterritorialității aplicării legislațiilor naționale, a se vedea M. Lehmann, *New challenges of extraterritoriality: superposing laws*, în F. Ferrari, D. P. Fernández Arroyo, *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Elgar Monographs in Private International Law, Cheltenham (UK)/Northampton, MA(USA), 2019, pp. 258-291.

⁸ Ascensiunea contractualizării societății a fost facilitată de privatizările de active economice ale statelor-națiune din Sudul Global, inclusiv din Estul ... Sudului Global. Fundamentul ideologic al ascensiunii în discuție se regăsește în ideile lui M. Weber, N. Luhmann. A se vedea K. H. Eller, *Transnational Contract Law*, în P. Zumbansen (ed.), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 513-530.

din anul 2020, transnaționalul normativ și quasi-normativ va continua să se manifeste în versiune „privată” și, în consecință, prin instituția contractului. Vom vedea dacă așa va fi. Instinctul juridic îmi sugerează că, o dată cu sfârșitul privatizărilor din Sudul Global, dar și cu sfârșitul epocii post-privatizare, se va fi inițiat o schimbare de macaz. Concret: transnaționalul va pedala, semnificativ, pe componenta sa „publică”. În ton cu butada „toate reglementările sunt de drept public”, se va reactiva dreptul transnațional public. Una din consecințe poate fi „publicizarea” instituțiilor de drept privat, inclusiv publicizarea contractului. Vehiculele publicizării pot fi sistemul de drept internațional și sistemele de drept național.

În ipoteza Europei, pe care o confund, din considerente de curtoazie, cu Uniunea Europeană, publicizarea va fi amplificată printr-un alt canal. Este vorba despre sistemul de drept quasi-federal al Uniunii Europene. Îmi pare că, în considerarea consolidării pieței interne, Uniunea Europeană va continua, mai fervent, practicarea transnaționalului în versiunea sa „publică”. Dacă va fi așa, acest demers va atrage, inevitabil, reconfigurarea destinului dreptului privat din Uniunea Europeană. Concret: privaștii vor învăța sau vor fi nevoiți să învețe că formularea „toate reglementările sunt de drept privat” a devenit formularea „toate reglementările sunt de drept public”. Aceasta semnifică faptul că, în litigii de drept privat pur, se va fi infiltrat raționamentul specific dreptului public. Privaștii va trebui să gândească în modalitatea specifică publiciștilor. De altfel, înțelegerea manifestării operative, anume pe domenii de specializare (conflictul de legi în materia statutului personal sau real sau mixt etc., n.n.) este indestructibil legată de înțelegerea unui alt aspect: poate pe filiera concepției suveranității politico-legislative a statelor-națiune, Uniunea Europeană a „intrat”, prin Tratatul de la Amsterdam, în domeniul normelor aplicabile în statele membre și în domeniul conflictului de legi în materie civilă și comercială. Chiar dacă, în domeniul „Spațiul de libertate, securitate și justiție”, competențele sunt partajate între Uniunea Europeană și statele membre, instituția conflictului de legi civile (civile în sens larg, n.n.) a devenit, din perspectiva acestei structuri quasi-federale, o instituție de drept public. Cu alte cuvinte, instituția conflictului de legi constituie un instrument de guvernare politică al Uniunii Europene. Și a dobândit acest statut, chiar dacă nu este în atenția Parlamentului European sau a Comisiei Europene chestiunea concretă a divorțului dintre un/o resortisant(ă) spaniol(ă) și un/o resortisant(ă) român/româncă, care dețin imobile în Viena, respectiv au copiii înscriși la școli gimnaziale din Graz și București. În orice caz, nu se mai putea, cel puțin din perspectiva Uniunii Europene, ca instituția conflictului de legi civile să nu devină un asemenea instrument de guvernare politică.

Susțin acest lucru, întrucât buna funcționare a pieței interne implica și un „stimulent” eminent politic. Stimulentul *sui generis* a fost pus în funcțiune prin Regulamentele - veritabile instrument de drept constituțional quasi-federal -, emise în diverse domenii (domeniul obligațiilor contractuale, necontractuale etc., n.n.). Așa fiind, privaștii din Uniunea Europeană au fost invitați, prin Tratatul de la

Amsterdam, chiar de instituțiile acestei structuri-quasi federale să învețe că instituția conflictului de legi civile constituie un areal familiar dreptului public însuși. Îmi pare că teoria conflictului de legi civile constituie un domeniu exersabil doctrinar și didactic de un specialist de drept public, chiar constituționalist. Manifestările operative ale conflictului de legi civile pot fi exersate doctrinar și didactic de privațiști. Este vorba despre privațiștii care chiar au înțeles că fundamentul latent (teoria, n.n.) al instituției conflictului de legi civile este eminente de interes public și aparține dreptului public. Nu poate să nu intereseze state-națiune, atât timp cât acestea sunt interesate să știe când, cum și ce legi străine se aplică pe teritoriul lor - esența suveranității politice de tip Westphalia. Or, acest interes este ... public și destinat să fie satisfăcut prin mecanismele dreptului public, chiar și în versiune reconfigurată.

Reținem însă că dreptul public quasi-federal al Uniunii Europene este coloana vertebrală a ordinii juridice quasi-federale în discuție. Ordinea juridică quasi-federală a Uniunii Europene este pusă în practică, politic, de instituțiile acestei structuri quasi-federale. Economic, este pusă în practică actorii de drept privat ai Uniunii Europene însăși. Instituțiile centrale (Comisia Europeană, Parlamentul European etc.) de drept public vor continua să coabiteze cu subiectele de drept privat ale Uniunii Europene. Însă această coabitare se va efectua, o dată finalizată epoca privatizărilor, sub cupola lui „trans” în versiunea sa publică. Subiectele de drept privat vor fi devenit publicizate, pe de o parte, vor exersa comportamente de drept public, pe de altă parte.

În orice caz, cel puțin în Europa, anii 1980 consemnează faptul că instituția contractului a fost re-gândită, pe filiera doctrinei germane, ca instrument al constituționalismului societal⁹ sau, printr-o concepție mai „blândă”, ca instrument de organizare a societății prin „rețele” de contracte¹⁰. Această regândire a fost

⁹ I-a trebuit 30 de ani doctrinarului Gunther Teubner pentru emiterea teoriei constituționalismului societal. A se vedea G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism in Globalization* (traducere Gareth Norbury), Oxford University Press, Oxford, 2012. Această teorie a inspirat analiza instituției conflictului de legi sub cupola pluralismului juridic. A se vedea H. Muir Watt, *Conflicts of Law Unbounded. The Case for a Legal-Pluralist Revival*, în P. S. Berman (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 649-685.

¹⁰ „Rețelele” de contracte constituie energia latentă a regimurilor de drept privat transnațional. Am evaluat, măcar incipient, asemenea regimuri în propriul articol *Este viitorul dreptului internațional transnațional? Două ipoteze comerciale*, publicat în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 3/2021, pp. 41-73. A se vedea și F. Cafaggi, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, în Journal of Law and Society, vol. 38(2011), nr. 1, pp. 20-49. Acest din urmă autor sugerează existența a patru categorii de regimuri de drept privat transnațional. Fabrizio Caffaggi mai menționează că, prin instituirea regimurilor de drept privat transnațional, subiectele de drept privat sunt veritabili meta-legiuitori. În orice caz, statele-națiune însele (încă, n.n.) validează, prin reglementări de drept public, aceste regimuri de drept privat transnațional, dar și pe meta-legiuitori. Cu privire la acest aspect, a se vedea P. Zumbansen, *Manifestations and Arguments. The Everyday Operation of Transnational Legal Pluralism*, în P. S. Berman (ed.), *supra. cit.*, nota

impulsionată și de concepția potrivit căreia instituția contractului îndeplinește, prin subiectele contractante, o funcție normativă. Grație sau din cauza acestei funcții normative, a fost subminată legătura indestructibilă dintre mecanismele de producere a normelor juridice și statul-națiune. Cu alte cuvinte, sunt creatoare de norme juridice nu numai statele-națiune. Sunt creatoare de norme (quasi)juridice și plurale, respectiv, diverse subiecte de drept, inclusiv de drept privat. Sunt creatoare de asemenea norme și părțile contractului, iar contractul constituie sau fost adus în situația să constituie o veritabilă realitate normativă. Ideea realității normative a contractului s-a hrănit conceptual în cadrul teoriei pluralismului juridic¹¹. Or, teoria în discuție, de altfel valorificată și de Gunther Teubner, orizontalizează „locurile” politice, legale, sociale și, aș adăuga „locurile” din economie, în care se elaborează norme juridice și quasi-juridice.

Această orizontalizare nu este altceva decât manifestarea unei egalități între toți acești poli de producere de norme juridice și quasi-juridice¹². De altfel, această egalitate (sau egalitarism, n.n.) constituie sursa faimoasei sau infamei diluări a distincției nete dintre juridic și quasi-juridic. Nu a mai fost nevoie decât de efectuarea unui mic pas doctrinar în sensul pulverizării distincțiilor între drept intern și drept internațional, pe de o parte, drept public și drept privat, pe de altă parte. În lumina acestor pulverizări, auto-validarea normativă și quasi-normativă de către subiectele de drept privat a permis manifestarea ideii, de altfel controversate, a contractului fără lege. A mai permis auto-validarea în discuție inițierea unei *sui generis* privatizări de către subiectele de drept privat a ordinilor juridice, inclusiv a normelor referitoare la executarea silită. Aceasta semnifică și faptul că instituția executării silite nu mai intră în competența exclusivă a statelor-națiune de legiferare în acest domeniu¹³. Ce sacrilegiu din perspectiva

de subsol nr. 9, pp. 231-266. Toate aceste aspecte sunt în acord cu ideea potrivit căreia „neoliberalismul caută să reglementeze prin raporturi contractuale (de drept privat, n.n.), iar nu prin legislații (interne sau internaționale, n.n.)”. A se vedea E. Guntrip, *International Investment Law, Hybrid Authority and Jurisdiction*, în S. Allen, D. Costelloe, M. Fitzmaurice, P. Cragl, E. Guntrip (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 431-454.

¹¹ Pluralismul juridic a fost conceptualizat metaforic ca fiind expresia unei Bucovine globale. A se vedea G. Teubner, *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society*, în G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth: Aldershot, 1997, pp. 3-28.

¹² Remarcă această egalitate și K. H. Eller, *supra. cit.*, nota de subsol nr.8, pp. 513-530.

¹³ Literatura străină sesizează de ceva timp demersul dublei privatizări a instituției executării silite. În anii 1990, persoana juridică de drept privat nord-american nu a fost străină de punerea în practică, printr-o quasi-reglementare („Codul de Conduită Nike”), a respectivului demers. A se vedea R. Michaels, *The Dual Privatisation of Law in Privatisation*, în H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *Global Private International Law. Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK) & Northampton, MA(USA), 2019, pp. 162-171. Prin valorificarea doctrinei preexistente, K. H. Eller, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 8, pp. 513-530, evidențiază legătura indestructibilă dintre privatizarea instituției executării silite și auto-validarea subiectelor de drept privat prin tulburătoarea idee a contractului fără lege. Doctrina preexistentă

proceduriștilor (clasici, n.n.) care încă mai visează și se auto-iluzionează cu ideea supremației statelor-națiune în domeniul elaborării normelor de procedură aplicate, respectiv aplicabile, pe teritoriul acestora! Însă este lesne de sesizat faptul că, cel puțin în ultimii treizeci de ani, elaborarea regulilor în domeniul executării silite a fost acaparată, în părțile esențiale, de subiectele de drept privat¹⁴.

Acapararea respectivă nu este străină de ceea ce s-a întâmplat, cel puțin în perioadele recente și mai puțin recente de timp, prin recurgerea la mecanismele specifice teoriei realismului juridic. Într-adevăr, această teorie a contribuit la diluarea distincțiilor dintre dreptul internațional și dreptul intern, dintre dreptul public și dreptul privat, pe de o parte, dintre realități normative și quasi-normative, pe de altă parte. Nu laud, nu condamn nici abordarea doctrinară a realismului juridic, nici diluarea distincțiilor sus-menționate, inclusiv diluarea distincției dintre dreptul public și dreptul privat sau dintre dreptul intern și dreptul internațional. Însă recomand să se țină seama de, ceea ce denumesc pentru rațiunile de scriere ale acestui articol, „un exercițiu de drept transnațional (privat)”. Exercițiile de acest tip au fost, respectiv sunt practicate, și/sau preponderent în domeniul instituției contractului. Practicarea a operat fie pe filiera doctrinei realismului juridic, fie pe filiera doctrinei universaliste promotoare a autonomiei, îmi pare, absolute, a dreptului privat¹⁵.

În orice caz, înțelegerea exercițiilor de drept transnațional în general, inclusiv de drept transnațional (privat), este condiționată de asimilarea doctrinară a evoluției de la legea națiunilor (de la dreptul internațional, n.n.) la dreptul

valorificată se referă la H.-W. Micklitz, A. Wechsler (eds.), *The Transformation of Enforcement*, Oxford/Hart, 2016. Se mai referă și la S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, New York/Public Affairs, 2019, pp. 208-2010, care, sugerând noțiunea „necontractul”, atrage atenția asupra măcar a unui aspect. Prin așa-numita „contractare automată (sau automatizată, n.n.)”, interacțiunea personală este înlocuită de tehnologie.

¹⁴ Este mai puțin potrivită utilizarea termenului „transformare” în considerarea instituției executării silite. Îmi pare că a avut loc, și prin Codurile de conduită emise subiectele de drept privat, o acaparare a instituției în discuție de subiectele de drept privat însele.

¹⁵ Pentru analiza liniilor conceptualizatoare ale contractelor transnaționale, astfel instituite de doctrinele realismului juridic și ale universalismului dreptului privat, a se vedea K. H. Eller, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 8, pp. 513-530. Cu titlu personal, consider că jurisprudența franceză a exagerat, în sensul proclamării ideii de autonomie absolută. Este vorba despre autonomia absolută a dreptului privat, dar și despre autonomia absolută a părților de a alege legea procedurală aplicabilă în litigiul arbitral dintre autohtoni și străini. Din considerente de spațiu, nu dezvolt acest aspect, însă menționez numai următoarele litigii: (i) litigiul *Hilmarton Ltd v. Sté Omnium de traitement et de valorisation (OTV)* soluționat de Curtea Supremă franceză de Casație, secția I Civilă în data de 23 martie 1994; (ii) litigiul *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding* soluționat de Curtea Supremă franceză de Casație, secția I Civilă în data de 29 iunie 2007; (iii) litigiul *General National Maritime Transport Co. v. Götaverken Arendal AB* soluționat de Curtea de Apel din Paris în date de 21 februarie 1980. Prin valorificarea doctrinei anterioare, menționează tendințele jurisprudențiale evocate S. Ali, *Transnational Commercial Law – Developments and Controversies*, în P. Zumbasen (ed.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 8, pp. 437-467.

transnațional. Sub cupola noțiunii „drept transnațional”, s-a ajuns la concluzia, de altfel dureroasă pentru adepții distincțiilor nete, potrivit căreia există arii de specializare ne-subsumabile în mod clar, conform viziunii tradiționale, nici dreptului public, nici dreptului privat¹⁶. În exemplul meu (dreptul concurenței, n.n.) pe care îl am acum în minte, este vorba despre o arie de specializare situabilă metodologic „dincolo de”¹⁷ dreptul public și dreptul privat; aria de specializare în discuție (dreptul concurenței, n.n.) coagulează, ca într-un „mozaic” conceptual, noțiuni de drept public și privat deopotrivă. Însăși osatura dreptului concurenței este, indubitabil, subsumabilă gravului drept public aureolat de energia normelor imperative.

Poate că nu întâmplător este *exclusivă*, iar nu partajată, competența Uniunii Europene în domeniul referitor la stabilirea normelor privind concurența; aceste norme (de drept public, n.n.) sunt necesare pentru funcționarea pieței interne¹⁸. În orice caz, sugerez că aria de specializare exemplificată se află conceptualmente, în mod simultan, în precarul perimetru al lui „în- dintre” dreptul public și dreptul privat. Este prezent și dreptul privat măcar pentru faptul că subiecte de drept privat fac și desfac, potrivit propriilor interese, cursul unei piețe interne (de drept public, n.n.). Însă prezența subiectelor de drept privat și comportamentele acestora nu schimbă natura normelor (de drept public, n.n.) referitoare la concurența pe piața Uniunii Europene. În plus, chiar dacă normele de drept public din aria concurenței comerciale conțin remedii de drept privat, nu înseamnă că ne aflăm în perimetrul dreptului privat. Ne aflăm, cel mult, în perimetrul lui „în- dintre” dreptul public și dreptul privat aureolat de dreptul public însuși. Au sesizat acest lucru englezii în anul 1623 care, prin Legea Monopolurilor, au prefațat Legea Sherman (*Sherman Antitrust Act*) din 1890. Din considerente de spațiu, nu dezvolt acest subiect, însă poate fi contemplat prin valorificarea

¹⁶ Încă de acum 20 de ani, s-a menționat faptul că există arii de specializare imposibil de încadrat fie în conținutul dreptului public, fie în conținutul dreptului privat. S-a menționat chiar exemplul dreptului Uniunii Europene. A se vedea M. Reimann, *From the Law of Nations to Transnational Law: Why We Need a New Basic Course for the International Curriculum*, în *Pennsylvania State International Law Review*, vol. 22(2004), nr. 3, pp. 397-415. În ipoteza Uniunii Europene, dreptul privat a contribuit la proiectul supra-național denumit „Uniunea Europeană”, în egală măsură ca dreptul public însuși. Pentru analiza proiectului din 1980 referitor la ideea „integrare prin drept (lege, n.n.)”, a se vedea D. Caruso, *Private Law and State-Making in the Age of Globalization*, în *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 39(2006), nr. 1, pp. 1-74.

¹⁷ Prin „dincolo de” suntem în spațiul normativ și quasi-normativ al lui „trans” valorizat prin noțiunea dreptului transnațional.

¹⁸ Îmi pare că specialiștii în dreptul public trebuie să-și adauge în propria arie de specializare și domeniul dreptului concurenței comerciale. Termenul „comerciale” este inapt de a propaga ideea potrivit căreia aria de specializare a privațiștilor-interniști s-ar fi îmbogățit cu o nouă specializare (dreptul concurenței comerciale, n.n.). Așa cum teoria conflictului de legi civile intră în aria de preocupări a unui specialist în drept public, tot așa și arealul dreptului concurenței comerciale intră în arealul aceluiași specialist în drept public.

doctrinei anterioare¹⁹. Perimetrul „în-dintre”, consolidat de „dincolo de”, constituie identitatea lui „trans” exersat prin noțiunea dreptului transnațional.

Același perimetru „în-dintre” nu este străin nici de mecanismele de diluare a distincțiilor nete dintre dreptul intern și dreptul internațional. A contribuit la fortificarea lui „în-dintre” stadiul în care a intrat omenirea după prăbușirea ordinii juridice întreținute de Războiul Rece²⁰. Este vorba despre stadiul unei Păci Calde, de altfel mult mai ... reci decât Războiul Rece însuși. Susțin acest lucru, întrucât Pacea Caldă a generat frisoane statelor-națiune, ordinilor juridice naționale și ordinii juridice internaționale. În acest stadiu, a jucat un rol relevant guvernanta complexă, astfel desfășurată pe diverse paliere interconectate prin „rețele” (preponderent prin „rețele” de contracte)²¹. Suntem în miezul exercițiilor de drept transnațional. Dreptul transnațional poate fi conceptualizat și ca un mecanism de înțelegere a interdependențelor dintre subiectele de drept public și privat răspândite pe mapamond. Din acest punct de vedere, dreptul transnațional chiar contează sau cel puțin a contat în ultimii ani²². Și a contat, pentru noi, cei din Estul Sudului Global, dreptul transnațional în versiunea sa „privată”. I-am simțit din plin, poate fără a-i conștientiza, consecințele.

¹⁹ De exemplu, prin lecturarea articolului scris de R. Wai, *Transnational Lifftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization*, în *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40(2002), nr. 2, pp. 209-274.

²⁰ Este de analizat dacă respectivul stadiu și-a epuizat resursele în anul 2020.

²¹ Sesizează acest aspect P. S. Berman, *From International Law to Law and Globalization*, în *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43(2005), pp. 485-556. Sesiza acest autor cel puțin trei aspecte valabile în perioada 1990-2020: (i) există o serie de convenții internaționale (tratate multilaterale, n.n.), astfel ratificate de subiecte de drept public (state-națiune, n.n.), prin care acestea din urmă „împuternicesc” pe subiectele de drept privat (pe investitori, n.n.) să instituie și să propage norme de drept internațional; (ii) accentul pus pe „rețele” de contracte constituie expresia mutării accentului de la guvernare politică la guvernanta economică; (iii) prin crearea de comunități legate prin și de interese (*exempli gratia*, interese economice), iar nu prin ideea de localizare geografică, diaspora constituie o amenințare la teritorialitatea statelor-națiune. „Diaspora”, cuvânt de origine greacă, a constituit obiect de analiză doctrinară efectuată în considerarea celebrului litigiu *Jivraj v. Hashwani*. Pentru analiza acestui litigiu, a se vedea și F.-X. Licari, *Beyond Legal Pluralism: Some Thoughts on Paideic Arbitration*, în H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra.cit.*, nota de subsol nr.13, pp. 182-190.

²² A se vedea H. H. Koh, *Why Transnational Law Matters*, în *Pennsylvania State International Law Review*, vol. 24(2006), nr. 4, pp. 745-753. Pentru a înțelege de ce contează dreptul transnațional, este util să înțelegem mecanismul legal transnațional incident și în sfera relațiilor inter-naționale (inter-etatice, n.n.). A se vedea H. H. Koh, *The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process*, în *Nebraska Law Review*, vol. 75(1996), nr. 1, pp. 181-207. A se vedea și H. H. Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, în *Yale Law Journal*, vol. 106(1997), nr. 8, pp. 2599-2659. Toate acestea merită să fie contemplate, întrucât Uniunea Europeană practică dreptul transnațional în versiune sub-regională. De exemplu, a se vedea K.-H. Ladeur, *European Law as Transnational Law – Europe Has to Be Conceived as an heterarchical Network and Not as a Superstate*, în *German Law Journal*, vol. 10(2009), nr. 10, pp. 1357-1365.

2. Un exercițiu de drept transnațional (privat)

Prilejul expunerii unui exercițiu de drept transnațional (privat) mi-a fost conferit, preponderent, de jurisprudența de drept transnațional. Acest tip de jurisprudență este denumit, îmi pare neinspirat, „jurisprudență de drept internațional privat global”²³. Este adevărat că mecanismul dreptului transnațional implică sau poate implica abordări specifice sistemului de drept internațional sau instituției conflictului de legi sau instituției pluralismului juridic, respectiv pluralismului politic, cultural, economic etc. Aceasta nu înseamnă că mecanismul în discuție se confundă cu ariile de specializare evocate sau că își vede diminuat instrumentarul la aria de „unelte” utilizate de aceleași arii de specializare. Totodată, este imprudent științific să considerăm domeniul dreptului transnațional ca fiind un ezoteric domeniu de specializare caracterizat doctrinar, poate simandicos, ca fiind hibrid²⁴. Avertizez, în sensul că exercițiul de drept transnațional (privat) regăsit mai jos nu constituie o analiză a jurisprudenței transnaționale însăși generatoare de asemenea exercițiu. Fără îndoială că voi reaminti, succint, cel puțin o opinie doctrinară deja exprimată prin filtrul analizei jurisprudenței în discuție. Nu voi ezita să contemp lu, chiar dacă minimal, fie doctrina preexistentă, fie chiar raționamentele efectuate pe cale jurisprudențială. Însă, așa cum am menționat, aceasta nu înseamnă că voi proceda la efectuarea unei așa-numite „analize de speță”. Dimpotrivă, respectiva contemplare va constitui punctul de început al încercării de efectuare a unui demers doctrinar. Am în vedere demersul doctrinar de a merge la rădăcina lucrurilor. Nu știu dacă voi ajunge acolo, dar măcar voi încerca. Sunt, în fond, în perimetrul exercițiilor de drept transnațional care pot da greș. Așa fiind, voi încerca să surprind latentul generator al chestiunii sau chestiunilor uzuale de drept analizate, uzual, de doctrina preexistentă.

În lumina acestui demers, mi-am exercitat libertatea academică de a proceda la efectuarea unui exercițiu de drept transnațional (privat), așa cum anunț titlul articolului meu. Întrucât mecanismul dreptului transnațional implică publicizarea dreptului privat și privatizarea dreptului public, cu fireasca repercusiune a creării unei ordini juridice metise, m-am hazardat să exersez dreptul transnațional în versiune „privată”. Susțin că m-am hazardat, întrucât îmi pare puțin potrivit să vorbim despre existența, în mod distinct, a unui drept transnațional public, respectiv a unui drept transnațional privat. Îmi pare mai puțin

²³ „Drept internațional privat global” este denumirea unui volum publicat în 2019. A se vedea H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra. cit.*, nota de subsol nr.13.

²⁴ De exemplu, pentru unii autori, dreptul transnațional în versiunea sa „privată” (dreptul transnațional privat) constituie o combinație între ordinile juridice naționale de drept privat și dreptul internațional privat (instituția conflictului de legi, n.n.). Prin valorificarea scrierilor profesorului Derrida, s-a propagat ideea potrivit căreia dreptul privat transnațional - pe care subsemnatul îl asimilează dreptului transnațional în versiune „privată” -, constituie un „regim de toleranță și de ospitalitate cosmopolită condiționată”. Cu privire la toate aceste aspecte, a se vedea R. Wai, *The Interlegality of Transnational Private Law*, în *Law and Contemporary Problems*, vol. 71(2008), nr. 3, pp. 107-128.

potrivit tocmai în considerarea faptului că, prin mecanismul dreptului transnațional, dreptul privat „urcă în” sau „coboară din” dreptul public, iar dreptul public „urcă în” sau „coboară din” dreptul privat. Și se procedează la aceste excursii normative și quasi-normative sub cupola unui iureș furibund²⁵. Acest iureș implică „urcări” și „coborări” simultane sau succesive, în orice caz cu efect inter-penetrante în considerarea dreptului public și privat deopotrivă. M-am hazardat, așadar, însă prudent, întrucât am pus în paranteze cuvântul „privat” din titlul acestui articol. Aceeași atitudine doctrinară prudentă am manifestat-o și în considerarea modestului demers de contemplare a dreptului transnațional în versiunea sa „publică”²⁶.

Pentru acest exercițiu readuc în memoria noastră bine-cunoscutul litigiu *Banco Santander Totta S.A. v. Companhia de Carris de ferro de Lisboa S.A. și alții* (denumit în continuare „litigiul Banco Santander”). Acest litigiu a fost soluționat de instanțele engleze în data de 4 martie 2016 (hotărârea primei instanțe engleze de judecată) și în data de 13 decembrie 2016 (hotărârea instanței engleze de apel). Prin valorificarea rezumatului acestui litigiu, reținem că toate părțile erau subiecte de drept portughez²⁷. În calitate de reclamantă figura *Banco Santander Totta*, iar în calitate de pârâte figurau o serie de companii de transport public; transportul public implica metroul, autobuzele și tramvaiele. Pârâtele, veritabile companii de stat, erau *Companhia de Carris de Ferro de Lisboa SA*, *Sociedade Transportes Coletivos do Porto SA*, *Metropolitano de Lisboa* și *Metro do Porto SA*. În perioada 2005-2007, toate aceste subiecte de drept privat portughez au încheiat o serie de contracte de schimb (*swap*)²⁸ în versiunea contractelor-cadru (contracte-standard, n.n.) elaborate de o entitate de drept privat cu sediul în statul New York (SUA), denumite în continuare „contracte ISDA”. Entitatea în discuție este faimoasa sau infama Asociație Internațională de Contracte de Schimb (*Swap*) și Derivate (*International Swaps and Derivatives Association*), denumită în continuare „ISDA”. Litigiul a rezultat ca urmare a faptului că pârâtele nu au mai plătit ratele crescânde de dobânzi survenite prin „jocul” condițiilor de piață.

²⁵ Aceleași mecanisme de „coborâre”, respectiv „urcare”, au loc și în considerarea dreptului internațional și dreptului intern. A se vedea H. H. Koh, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 22, pp. 745-753, respectiv pp.181-207.

²⁶ „Să luăm dreptul transnațional (public) în serios” constituie titlul prezentării mele susținute în cadrul conferinței naționale „Ipostaze ale principiului legalității în dreptul național și european” prilejuite de aniversarea a 167 de ani de învățământ juridic la Iași, astfel desfășurată on line în date de 29 octombrie 2021.

²⁷ Pentru rezumatul în limba engleză al tabloului acestui litigiu, a se vedea H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra. cit.*, nota de subsol nr.13, p. 456.

²⁸ Pentru o analiză doctrinară română recentă a contractului de schimb (*swap*), a se vedea Manole Ciprian Popa, *Piețe de capital*, Editura Hamangiu, București, 2020, pp. 194-197. Autorul menționează și categorii ale contractului de schimb (*swap*) în variantele următoare: „operațiuni swap”, „swap pe rata dobânzi (*interest rate swap*)”, „swap valutar pe rata dobânzii (*currency swap*)”, „swap pe riscul de credit (*credit default swap- CSD*)”. Îmi pare că, în litigiul Banco Santander, era vorba despre încheierea unor contracte de schimb (*swap*) în versiunea „swap pe rata dobânzii (*interest rate swap*)”.

Acest „joc” a influențat cuantumul propriu-zis al dobânzilor, chiar dacă ratele de dobândă erau fixe în considerarea angajamentelor contractuale de plată care incumbau părâtelor. În orice caz, în anul 2013 părâtele au încetat efectuarea plăților de dobânzi către entitatea bancară portugheză. Acesta este motivul pentru care respectiva entitate bancară a solicitat instanțelor engleze să constate natura obligatorie a obligațiilor asumate de companiile portugheze de transport public; s-a mai solicitat și obligarea acestora din urmă la plata de despăgubiri. Contractele ISDA stipulau aplicarea legii engleze, iar forurile alese sau „alese” erau forurile judiciare engleze. Am folosit ghilimelele pentru cuvântul „alese”, întrucât ce libertate de voință poate exista în condițiile în care ești nevoit (*exempli gratia*, de circumstanțe economice neprietenoase, chiar neprielnice, n.n.) să perfectezi contracte fie în versiune standard sau non-standard (versiune cu adevărat negociată, n.n.)? În orice caz, părâtele au susținut că, în momentul încheierii contractelor ISDA, „toate elementele relevante pentru situația din momentul stabilirii legii aplicabile aveau legătură numai cu Portugalia”²⁹; acest aspect implica, inevitabil, incidența normelor imperative portugheze. Potrivit normelor imperative portugheze, contractele ISDA deveniseră lipsite de eficacitate juridică ca urmare a „jocului” condițiilor de plată. Din cauza acestui „joc”, a operat, au susținut părâtele, o modificare a circumstanțelor existente în momentul încheierii contractelor ISDA. Or, această modificare, de altfel învederată potrivit dreptului portughez, permitea aplicarea dreptului portughez însuși (aplicarea normelor imperative portugheze, n.n.), cu cel puțin o consecință juridică: părâtele erau îndreptățite să sisteze executarea obligațiilor de plată a ratelor de dobânzi al căror quantum fusese amplificat prin „jocul” condițiilor de plată.

Într-adevăr, părâtele au invocat aplicarea normelor portugheze imperative prin recurgerea la articolul 3(3) din Convenția referitoare la legea aplicabilă obligațiilor contractuale semnată la Roma în data de 19 iunie 1980, intrată în vigoare în anul 1991, denumită în continuare „Convenția de la Roma”³⁰. Au mai susținut părâtele că, prin aplicarea dreptului portughez (prin aplicarea normelor imperative portugheze, n.n.) era incidentă, prerogativa de încetare a contractelor ISDA, astfel valorificată prin aplicarea articolul 3(3) din Convenția de la Roma. Însă reclamanta a susținut, cu succes, următoarele: această din urmă prevedere „nu poate fi utilizată pentru înlocuirea dreptului englez (...) în favoarea dreptului portughez, întrucât toate elementele relevante situației din momentul stabilirii legii aplicabile nu aveau legătură numai cu Portugalia”³¹. În consecință, instanțele

²⁹ Am reprodus formularea din rezumatul efectuat în considerarea tabloului litigiului Banco Santander. A se vedea *supra*. nota de subsol nr. 27.

³⁰ Convenția de la Roma a fost înlocuită, între timp, de Regulamentul Roma I (593/2008). Este relevant art. 24 din Regulamentul Roma I (593/2008). Prin lecturarea acestui din urmă text, reținem că a supraviețuit, fie și parțial, ulterior intrării în vigoare a Regulamentului Roma I(593/2008), instrumentul denumit „Convenția de la Roma”. A se vedea și art. 3(3) din Regulamentul Roma I(593/2008).

³¹ Am reprodus formularea din rezumatul efectuat în considerarea tabloului litigiului Banco Santander. A se vedea *supra*. nota de subsol nr. 27.

engleze au respins solicitarea de aplicare, în temeiul articolului 3(3) din Convenția de la Roma, a normelor portugheze imperative, astfel formulată de părâte, persoane juridice de drept portughez. Instanțele engleze au considerat că, prin utilizarea contractelor ISDA, care stipulau aplicarea legii engleze, dar și o clauză de alegere a forurilor judiciare engleze, raportul contractual avea legătură (și) cu o ordine juridică străină (engleză, n.n.), deși toate părțile contractante erau persoane juridice de drept portughez. Așa fiind, instanțele engleze de judecată, aplicând dreptul englez ca atare, însă cu excluderea aplicării normelor imperative portugheze, au dat câștig de cauză reclamantei.

În litigiul Banco Santander, dreptul privat este „peisajul” pulverizării distincției, cel puțin a distincției așa cum o cunoșteam, între instituția contractului intern și instituția contractului încheiat de autohtoni cu străinii³². Mai concret: a

³² Atunci când subiecte de drept privat, care provin din ordini juridice diferite, încheie un contract, respectivul contract nu este internațional din perspectiva ordinilor juridice naționale ca atare. Nu are cum să fie inter-național (inter-etatic) din perspectiva respectivelor ordini juridice, întrucât subiectele de drept privat nu sunt subiecte de drept ... public. Concret: nu sunt state-națiune; este cu totul altceva faptul că anumite subiecte de drept privat (*exempli gratia*, corporații, n.n.) „au jucat” rolul statelor-națiune în contextul ultimilor cel puțin 30 de ani. Cu alte cuvinte, din perspectiva fiecărui subiect de drept privat în parte și din perspectiva fiecărei ordini juridice naționale, respectivul contract este un contract care are, prin elementul străin sau elementele străine, contacte și cu alte ordini juridice decât ordinea juridică autohtonă. Prin faptul că are contacte și cu ordini juridice alogene, se pune problema stabilirii, prin normele de legătură utilizate de instituția conflictului de legi, a legii aplicabile, dar și a stabilirii, prin aplicarea normelor de procedură, a instanței de judecată competente să soluționeze litigiul care decurge sau care are legătură cu respectivul contract. Elementul străin aduce în discuție stabilirea legii aplicabile și identificarea instanței de judecată competente să soluționeze litigiul care decurge din contractul încheiat de un autohton cu un străin. Elementul străin nu inter-naționalizează contractul; nu îl inter-naționalizează, în sensul că nu îi schimbă natura, nu îl face inter-etatic; respectivul contract rămâne un instrument non-etatic perfectat între subiecte de drept privat. Atenție însă: elementul străin „aruncă” respectivul contract în acel simultan „în-dintre” ordinele juridice naționale. Întrucât acest „în-dintre” este rezolvabil prin recurgerea numai la instituția conflictului de legi, nu este incidentă metodologia dreptului transnațional. Aceasta din urmă ar fi fost incidentă în ipoteza în care se recurgea nu numai la instituția conflictului de legi, ci și la dreptul internațional sau/și la mecanisme specifice economiei politice, antropologiei juridice etc. În orice caz, *din perspectiva* statelor-națiune ca atare, care creează dreptul internațional cu a sa ordine juridică inter-națională (logic inter-etatică, n.n.), respectiv care sunt terți față de un contract de drept privat încheiat de subiecte de drept privat, acel contract este calificabil ca fiind internațional. Este calificabil astfel, este de-a dreptul internațional, în sensul că, aflându-se, *între* ordini juridice naționale, contractul nu are legătură numai cu un singur stat-națiune. Aceasta este explicația minimală a noțiunii „contracte internaționale” utilizate de un instrument de drept internațional denumit „Principii” și elaborat de UNIDROIT. A se vedea și propria, respectiv imperfecta, traducere a instrumentului internațional denumit „Principiile

fost pulverizat chiar criteriul originar și tradițional de efectuare a distincției dintre cele două versiuni de contracte. Acest criteriu implica și implică ideea potrivit căreia, în ipoteza contractului care are legătură cu o singură ordine juridică națională (ipoteza contractului intern, n.n.), chestiunea stabilirii legii aplicabile se abordează distinct de chestiunea stabilirii legii aplicabile în ipoteza contractului care are legătură cu mai mult de o singură ordine juridică națională (ipoteza contractului încheiat cu parteneri străini, n.n.). În prima ipoteză (ipoteza contractului intern, n.n.), nu se poate, potrivit criteriului sus-menționat, să se stabilească, *prin voința părților* (criteriu subiectiv), aplicarea unei legi străine; imposibilitatea decurge din faptul că, prin recurgerea la legea străină, s-ar crea, dacă s-ar accepta aplicarea acesteia, posibilitatea înlăturării normelor imperative din ordinea juridică națională în discuție. Este vorba despre ordinea juridică a statului-națiune în considerarea exclusivă a căreia contractul prezenta legătură. În cea de-a doua ipoteză (ipoteza contractului încheiat cu parteneri străini, n.n.), se poate, potrivit aceluiași criteriu tradițional, să se stabilească, *prin voința părților* (criteriu subiectiv), aplicarea unei legi străine. Posibilitatea se datorează faptului că respectivul contract, fiind încheiat cu parteneri străini, are, inevitabil, legături nu numai cu ordinea juridică autohtonă, ci și cu ordinea juridică alogenă (străină, n.n.)³³.

În litigiul Banco Santander ne aflăm, potrivit criteriului tradițional aplicat în momentul încheierii contractelor ISDA, iar nu ulterior încheierii acestora, în ipoteza unor contracte interne. Suntem, potrivit respectivului criteriu, în ipoteza unor contracte *numai* interne (numai contracte de drept portughez, n.n.). Justificare: în momentul încheierii sale, respectivele contracte aveau, prin naționalitatea părților sale (subiecte de drept portughez), legătură numai cu ordinea juridică portugheză³⁴. Extravaganța din litigiul evocat decurge din cel

UNIDROIT privind contractele comerciale internaționale (2016)”, astfel publicată cu amabilitatea și profesionalismul Editurii C.H. Beck România, București, 2018.

³³ Cel puțin o parte a doctrinei franceze consideră că nu (mai) există, din punctul de vedere al criteriului subiectiv (voința părților), o diferențiere între contractele interne și contractele „internaționale” (contractele încheiate de francezi cu parteneri străini, n.n.). Se susține acest lucru în considerarea faptului că, prin voința părților (factor subiectiv), se poate ajunge la aplicarea legii străine atât contractelor „internaționale”, cât și contractelor interne. „În această din urmă situație, ar fi suficient ca părțile să stabilească ca legea străină să le guverneze contractul care, de altfel, nu ar avea nicio legătură cu nicio țară străină”. Am citat din G. Cuniberti, *Choice of Law in Domestic Contracts: Towards a Right to Access Foreign Financial Markets?*, în H. Muir Watt, L. Bízíková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 13, pp. 464-471. Acest autor valorifică și pe doctrinarii M.E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Paris, Sirey, 2017, No. 12.

³⁴ Este adevărat că naționalitatea (criteriu obiectiv) părților contractante nu constituie, în chestiuni de drept contractual, un criteriu de stabilire a „naționalității” contractului (contract intern sau contract încheiat cu străinii, n.n.). Însă constituie un element apt să indice legătura cu ordinea juridică a statului-națiune a cărei naționalitate o au părțile

puțin un aspect: deși au fost încheiate de autohtoni (persoane juridice de drept portughez, n.n.), instanțele engleze de judecată au considerat că, ulterior perfectării propriu-zise în versiunea ISDA, respectivele contracte au legătură, prin clauza de alegere a legii engleze, și cu o ordine juridică străină (engleză, n.n.) față de ordinea juridică portugheză. Or, am menționat deja că această din urmă legătură le-a permis instanțelor engleze în discuție să nu aplice normele imperative portugheze invocate de părțile portugheze; reiau ideea potrivit căreia acestea din urmă au considerat că „toate elementele relevante pentru situația din momentul stabilirii legii aplicabile aveau legătură numai cu Portugalia”³⁵. Într-o exprimare nefericită, s-a considerat de instanțele engleze de judecată că respectivele contracte sunt internaționale³⁶. Natura „internațională” a fost conferită de instanțele engleze de judecată³⁷ în considerarea faptului că „*swaps*” (contractele de schimb) sunt ancorate pe o piață (piața contractelor de schimb și a derivatelor, n.n.) care, prin modul de operare, este, inevitabil (în mod necesar/obligatoriu, n.n.) internațională”. Cu alte cuvinte, contractele au fost considerate „internaționale”, deși persoane juridice de drept portughez le-au încheiat cu o persoană juridică tot de drept portughez. Însă contractele erau de tip ISDA, iar asemenea contracte ISDA conțineau clauze de alegere sau „alegere” a legii în favoarea dreptului englez. Prin această clauză, poate combinată cu o altă clauză de alegere a unui for judiciar străin (englez, n.n.), contractele în discuție, de altfel considerate interne potrivit criteriilor tradiționale, deveneau, potrivit criteriilor netradiționale, contracte ... internaționale.

Spre deosebire de contractele interne tradiționale, contractele interne din litigiul Banco Santander confereau acces părților contractante autohtone (portugheze, n.n.) la o piață neautohtonă. La nivel concret, această piață este, logic, o piață străină prin raportare la ordinea juridică portugheză. Putea fi această piață oricare din piețele naționale de profil răspândite pe mapamond; contractele ISDA

contractului în discuție. S-a spus înaintea mea că naționalitatea constituie un punct de legătură obiectiv în materia statutului personal, locul producerii prejudiciului constituie un punct de legătură obiectiv în materia obligațiilor necontractuale. De altfel, aceste materii sunt compatibile cu puncte de legătură obiective, iar nu subiective. Punctele de legătură subiective (voința părților) sunt specifice chestiunilor de drept contractual. Cu privire la aceste din urmă aspecte, a se vedea G. Cuniberti, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 33, pp. 464-471. Aceasta nu înseamnă că nu pot fi utilizate, în absența punctelor de legătură subiective, chiar și în ipoteza chestiunilor de drept contractual, puncte de legătură obiective (*exempli gratia*, reședința obișnuită a vânzătorului sau prestatorului de servicii, n.n.). Pentru ipoteza dreptului quasi-federal al Uniunii Europene, este relevant art. 4 din Regulamentul Roma I (593/2008).

³⁵ Am reprodus formularea din rezumatul efectuat în considerarea tabloului litigiului Banco Santander. A se vedea *supra.* nota de subsol nr. 27.

³⁶ A se vedea *supra.* nota de subsol nr.32.

³⁷ În considerarea paragrafelor din hotărârea judecătorească, reproduce raționamentul judiciar C. Avasilencei, *Financial markets: Banco Santander v. Transport Companies*, în H. Muir Watt, L. Bízíková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra. cit.*, nota de subsol nr.13, pp. 457-464.

nu excludeau efectuarea de tranzacții pe orice piețe naționale de profil, inclusiv engleză. La nivel general, piața neautohtonă este piața trans-națională de profil care poate cuprinde oricare din piețele naționale de profil, inclusiv piața engleză. Contemplată la nivel general, piața neautohtonă (străină prin raportare la ordinea juridică portugheză, n.n.) este o veritabilă piață trans-națională. Aceasta din urmă cuprinde, repet, oricare din piețele naționale de profil, inclusiv piața engleză. Spre deosebire de instanțele engleze de judecată, consider că este vorba, la nivel general, despre o piață trans-națională, iar nu inter-națională, a încheierii de contracte de schimb (*swap*). Această piață este trans-națională, întrucât este autonomă față de piețele de profil din ordinele juridice naționale (inclusiv engleză). Este și rămâne autonomă această piață trans-națională chiar dacă, paradoxal, cuprinde toate aceste piețe naționale de profil, pe de o parte, executarea propriu-zisă a contractelor de schimb (*swap*) se poate efectua pe oricare din aceste piețe naționale de profil „înghițite” de piața trans-națională însăși, pe de altă parte.

Prin guvernarea contractelor ISDA de legea engleză, indiferent de locul geografic în care se execută contractele de schimb (*swap*), dreptul englez însăși devine și a devenit un instrument legislativ trans-național. Iată cum se poate governa mapamondul financiar printr-un sistem de drept național! Din perspectiva tuturor ordinilor juridice, dreptul englez este expresia unei „naționalizări” legislative *sui generis*³⁸ a contractelor de schimb (*swap*) de tip ISDA. Din perspectiva ordinii juridice engleze, dreptul englez este expresia unui instrument legislativ trans-național. Este trans-național, întrucât „străbate”, prin autonomia de voință a părților³⁹, ordinele juridice naționale în al căror areal teritorial sunt localizate sus-menționatele piețe de profil naționale. Dacă tranzacțiile de tip ‘*swap*’ se desfășurau pe piața engleză de profil, contractele în discuție rămâneau, potrivit criteriilor tradiționale aplicate din perspectiva ordinii juridice portugheze, interne, însă asigurau accesul pe piața o financiară străină (engleză, n.n.), componentă a pieței financiare trans-naționale. Trans-naționalitatea acesteia din urmă era hrănită de contractele ISDA. Respectivetele contracte au fost proiectate să ființeze „dincolo de” ordinele juridice naționale, dar și „dincolo de” ordinea juridică inter-națională (inter-etatică, n.n.) perfectată, logic, numai de state-națiune pe tărâmul dreptului inter-național.

Chestiunile uzuale de drept, de altfel, analizate, uzual, de doctrina preexistentă⁴⁰ în litigiul Banco Santander, implică cel puțin două aspecte.

În primul rând, este vorba despre distincția dintre contractul intern și contractul perfectat cu străinii (contractul „internațional”, n.n.). Mai este vorba despre „internaționalizarea” (trans-naționalizarea, n.n.), printr-o ordine juridică

³⁸ A se vedea *infra*. nota de subsol nr. 39.

³⁹ A se vedea și *infra*. notele de subsol nr. 41 și 46.

⁴⁰ A se vedea, de exemplu, G. Cuniberti, *supra.cit.*, nota de subsol nr. 33, pp. 464-471, C. Avasilencei, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 37, pp. 457-464.

internă sau națională (ordinea juridică engleză, n.n.)⁴¹, a unui contract perfectat numai între autohtoni (subiecte de drept portughez, n.n.).

În al doilea rând, este vorba despre contracte interne *sui generis* care conferă partenerilor contractuali (autohtoni, n.n.) posibilitatea de a intra pe piețe financiare străine. În lumina raționamentelor juridice tradiționale, contractele interne confereau partenerilor contractuali posibilitatea de a rămâne numai pe „piața” internă furnizată de ordinea juridică națională în discuție. În orice caz, contemporaneitatea post-post-modernă relevă faptul că piețele financiare străine pot fi accesate de subiectele de drept public (state-națiune, n.n.), respectiv de subiectele de drept privat, și prin încheierea unor contracte interne. Chiar dacă aceste contracte dobândesc, numai prin clauzele de alegere a legii aplicabile sau prin clauzele de alegere a forului *sui generis* elemente de extraneitate, contractele își păstrează, totuși, natura internă. Însă conceptul de „situație contractuală”⁴² ca atare, de altfel diferit de conceptul de „contract”, poate avea legătură, de exemplu prin clauza de alegere a unei legi străine sau a unui for străin, (și) cu ordinea juridică a unui alt stat (străin, n.n.).

⁴¹ Grația contractelor ISDA dreptul englez guvernează piața serviciilor financiare prestate în orice loc al mapamondului, chiar dacă stabilirea aplicării legii engleze nu a fost efectuată prin valorificarea cu adevărat liberă a principiului autonomiei de voință. Asemenea valorificare cu adevărat liberă ar fi fost posibilă prin perfectarea unor contracte cu adevărat negociate. Or, intrarea subiectelor de drept portugheze pe piața financiară trans-națională nu se putea face decât prin încheierea contractelor ISDA. Aceste contracte stipulează, în mod obligatoriu, fie aplicarea dreptului englez, fie aplicarea legii statului New York (USA). Observăm că trans-naționalizarea contractelor ISDA este de esența acestora. Trans-naționalizarea operează prin legea statului New York sau, în ipoteza litigiului Banco Santander, prin dreptul englez ales sau „ales” de părțile contractante în temeiul principiului *lex voluntatis*. Am utilizat și ghilimelele pentru cuvântul „ales”, întrucât subiectele de drept nu puteau să intre pe piața transnațională a contractelor de schimb (*swap*) decât prin perfectarea contractelor ISDA. Așa fiind, nu era nevoie să încheie contracte cu străinii (contracte „internaționale”, n.n.) pentru a intra pe acea piață transnațională. Trebuia doar utilizate de către partenerii de afaceri (parteneri autohtoni, n.n.) contractele ISDA. Aceste contracte interne confereau accesul pe piețele financiare străine „înghițite” de o piață financiară transnațională. Pentru analiza acestei *sui generis* categorii de contracte interne, a se vedea G. Cuniberti, *supra.cit.*, nota de subsol nr. 33, pp. 464-471. Contractul-Cadru ISDA stipulează aplicarea dreptului englez și competența instanțelor engleze de judecată. A se vedea H. Muir Watt, *Financial Governance through Private International Law and the Global Political Economy*, în H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 13, pp. 272-280.

⁴² Dreptul quasi-federal al Uniunii Europene a optat, fie și indirect, pentru conceptul de „situație contractuală „internațională” (situație care are legătură și cu ordinea juridică a unui alt stat-națiune, n.n.)”. S-a abținut să abordeze legislativ conceptul de „contract „internațional” „(contract care are legătură cu ordinea juridică a unui alt stat-națiune, n.n.). Sunt relevante alineatele 3 și 4 ale art. 3 din Regulamentul Roma I (593/2008). Prin valorificarea doctrinei anterioare, sesizează acest aspect și G. Cuniberti, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 33, pp. 464-471.

Spre deosebire de litigiul Dexia, instanțele engleze de judecată au considerat că, în litigiul Banco Santander, trebuie efectuată distincția între contract „internațional” și situație „internațională”, chiar dacă respectivele contracte erau pur interne. Am arătat mai sus, fie și indirect, că situația a fost considerată ca fiind „internațională”, chiar dacă nu a putut fi identificat niciun punct de legătură cu ordinea juridică a unui alt stat-națiune (ordinea juridică engleză, n.n.). Clauza de alegere a legii engleze sau a forului judiciar englez, dar și contractele ISDA ca atare, de altfel elaborate de o entitate de drept privat străin prin raportare la ordinea juridică portugheză, au fost destinate utilizării în raporturile de afaceri derulate și cu parteneri străini. Însă sus-menționatele clauze nu au identitatea juridică a unui punct de legătură. Vom vedea mai jos că nici limba de redactare (limba engleză) a unui contract, inclusiv a contractelor ISDA, nu „joacă” rolul unui punct de legătură. În orice caz, în lumina efectuării distincției sus-menționate, instanțele engleze de judecată au stabilit „internaționalitatea” (caracterul străin prin raportare la ordinea juridică portugheză, n.n.) situației contractuale chiar dacă aceasta nu avea niciun punct de legătură cu ordinea juridică străină (engleză, n.n.), pe de o parte, părțile contractante au utilizat versiunea contractelor ISDA destinată să fie utilizată în raporturile de afaceri care implică cel puțin două ordini juridice naționale, pe de altă parte⁴³.

Îmi pare că nu trebuie omis faptul că piețele financiare străine sunt veritabile componente ale unei piețe financiare transnaționale. În litigiul Banco Santander, contractele ISDA contribuiau la trans-naționalitatea, în sens de autonomie, a pieței financiare în discuție. În plus, Piața financiară, care înglobează piețele financiare naționale și internațională deopotrivă, este și trans-teritorializată. Este trans-teritorializată prin clauzele de alegere a unei legi emise de un stat-națiune; în litigiul Banco Santander, este vorba despre dreptul englez. Grație sau din cauza caracterului trans-teritorial și trans-teritorializat al pieței financiare

⁴³ Prin acest tip de utilizare, se instituie sau/și se perpetuează posibilitatea ca părțile să genereze, eminent subiectiv, o situație „internațională”. Se generează asemenea situație prin utilizarea unor documentații contractuale emise de o entitate străină în considerarea unor raporturi de afaceri derulate cu parteneri străini. Or, cel puțin din perspectiva art. 3(3) din Regulamentul Roma I (593/2008), este imposibil de generat de către părți o asemenea situație. Sesizează și analizează acest aspect și G. Cuniberti, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 33, pp. 464-471. Autorul mai menționează că, în litigiul *Dexia Crediop SpA v. Comune di Prato (2015)* soluționat tot de instanțele engleze de judecată, acestea din urmă au statuat după cum urmează: (i) contractele încheiate de părți italiene și executate în Italia erau contracte de drept intern italian; (ii) clauza de alegere a legii engleze nu excludea aplicarea normelor imperative de drept italian. Cu privire la litigiul Banco Santander, autorul sus-menționat a mai indicat că nu avea nicio importanță distincția dintre contract „internațional” și situație „internațională”. Nu avea nicio importanță, din moment ce situația contractuală avea legătură, prin părțile contractante (subiecte de drept portughez, n.n.) numai cu ordinea juridică portugheză. În plus, nu avea importanță chiar dacă părțile au utilizat contracte-standard destinate utilizării în raporturi de afaceri derulate cu parteneri străini.

evocate, dreptul englez se manifestă ca un instrument de guvernare globală. N-aș spune că se manifestă ca un drept global, întrucât nu este incident, cel puțin în litigiul Banco Santander, prin mecanisme „de sus în jos”⁴⁴, adică prin mecanisme impuse de factori extrajuridici (politici, n.n.). Ar putea juca rolul unui drept global dacă am considera că impunerea aplicării sale a operat, prin contractele ISDA, „de sus în jos”, iar impunerea a fost efectuată de factorul economic. Întrucât în ultimii treizeci de ani, factorul economic a înlocuit supremația factorului politic, se poate spune că economicul – un *alter ego* neoliberal al politicului, a jucat, în societatea deschisă, rolul (de impunere, coercitiv, n.n.) pe care îl juca politicul în societatea închisă.

În calitate de instrument de guvernare globală în domeniul pieței financiare, dreptul englez se bucură de un mecanism de aplicare trans-teritorială. Acest mecanism face inutil demersul de construire a excepțiilor de la aplicarea teritorială a dreptului englez. Același mecanism aruncă în inutilitate mecanismele de drept internațional prin care statele-națiune ar putea ajunge la perfectarea unui veritabil compromis legislativ în domeniul pieței financiare. Compromisul este veritabil numai atunci când, prin negociere și persuasiune bi- sau/și multilaterală, concepțiile de drept național se topesc în creuzetul normativ specific dreptului internațional însuși. Or, în ipoteza aplicării trans-teritoriale, dreptul englez se bucură, cel puțin în domeniul pieței financiare, de aplicare (aplicare unilaterală sub cupola libertății de voință, n.n.) pe piețele financiare. Pe aceste piețe participă subiecte de drept public (state-națiune) și privat deopotrivă. Dreptul englez devine, așa cum am menționat, un drept cu aplicare răspândită pe mapamond (aplicare globală, n.n.), cel puțin în domeniul pieței financiare. Dobândește această identitate grație sau din cauza contractelor ISDA. De data aceasta, „compromisul” a fost realizat prin impunerea aplicării dreptului englez în conținutul contractelor ISDA. Sfera subiectelor cuprinse în acest compromis este extinsă. Este așa, întrucât nu include numai subiecte de drept, ci și subiecte de drept public (state-națiune, n.n.). Ori de câte ori statele-națiune intenționează să acceseze piața trans-națională a contractelor de schimb (*swaps*), statele-națiune, inclusiv entitățile de drept public, sunt nevoite să accepte „compromisul” concretizat prin încheierea contractelor ISDA.

În plus, mecanismul de aplicare trans-teritorială al unui drept național (englez în ipoteza exersată, n.n.) aruncă în inutilitate și instituția conflictului de legi. Îmi pare că se întâmplă acest lucru, din moment ce oricum se aplică, prin

⁴⁴ Așa s-ar fi manifestat dreptul global dacă omenirea ar fi ajuns în stadiul experimentării ideii de universalitate în versiunea dreptului global (unic, n.n.) însuși. Într-adevăr, globalizarea implică o reglementare centralizată (logic unică, n.n.) de sus în jos. A se vedea M. Shapiro, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 2, pp. 37-64. Întrucât omenirea a eșuat în demersul de atingere a stadiului unui drept global (a eșuat globalizarea, n.n.), renaște rolul transnaționalului. Pentru analiza rolui transnaționalului în epoca post-globalizare generatoare a fenomenului „de-globalizare”, a se vedea R. Michaels, *State Law as a Transnational Legal Order*, în UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law, vol. 1(2016), nr. 1, pp. 141-160.

clauzele de „alegere” a forului englez stipulate în conținutul contractelor ISDA, dreptul englez. Se aplică dreptul englez fără a mai apela la punerea în mișcare a „jocului” normelor de legătură (normelor conflictuale, n.n.). Întrucât ești nevoit să accepți, în temeiul principiului „libertății” de voință, aplicarea dreptului englez, îmi pare că principiul *lex voluntatis* a intrat în perimetrul simulacrului; dreptul englez nu se aplică potrivit aplicării clasice și tradiționale a principiului evocat. Așa fiind, nu se poate spune, decât cu o oarecare inocență academică, că aplicarea însăși a dreptului englez s-a efectuat prin tradiționala punere în mișcare a „jocului” unei anumite norme de legătură. Este vorba despre acea normă de legătură incidentă prin voința părților.

Să fi devenit instituția conflictului de legi un subiect de domeniul trecutului, cel puțin în domeniul pieței financiare transnaționale?⁴⁵ Să contribuie sau să „contribuie” contractele-standard, astfel emise de actorii de drept privat, veritabili seniori neo-medievali ai timpurilor noastre, la eradicarea tehnicii conflictului de legi redade omenirii de statutarii italieni ai secolului al XII-lea? Dacă nu pot să spun „Aceasta este întrebarea!”, pot să spun măcar „Aceasta chiar este o întrebare!”. Până la formularea unui răspuns, reținem doar că suveranitatea trans-teritorială a unor categorii de subiecte de drept privat este izvorul latent al stîrbirii incidenței, la nivel de principiu, a tehnicii conflictului de legi.

Să nu se omită avertismentul meu nicidecum autoritar. Într-adevăr, am avertizat deja: mi-am propus să surprind latentul generator al chestiunii sau chestiunilor uzuale de drept analizate, uzual, de doctrina preexistentă în ipoteza litigiului Banco Santander. Este vorba, logic, despre chestiunile uzuale ale căror aspecte au fost menționate mai sus, pe de o parte, sunt incidente în litigiul Banco Santander – veritabilă expresie a unui exercițiu de drept transnațional (privat), pe de altă parte. Contemplu acest latent prin analiza de tipul „de jos în sus”. Concret: „de jos” semnifică faptul că pornesc în propriul demers de la contractele ISDA ca atare încheiate în ipoteza litigiului Banco Santander; „în sus” semnifică faptul că urmează să evidențiez conceptul care a inspirat și redactarea contractele ISDA de către ISDA. Am spus „și”, întrucât conceptul evidențiat mai jos a inspirat redactarea unor contracte-standard în plurale și diverse domenii, nu numai în domeniul pieței financiare.

În lumina palierului „de jos”, rețin cele ce urmează. Contractele ISDA se auto-validează permanent. Cu alte cuvinte, își sunt suficiente lor însele. Respectivetele contracte și-au construit un veritabil soclu. De pe acest soclu, contractele ISDA răspândesc ideea potrivit căreia nu au nevoie de nicio validare externă⁴⁶. Ar fi putut să fie vorba despre validarea contractelor în discuție de către

⁴⁵ Este util de lecturat H. Berman, *Is Conflict of Laws Becoming Passé? An Historical Response*, în H.-E. Rasmussen-Bonne, R. Freer, W. Luke, W. Weitnauer (eds.), *Balancing Of Interests: Liber Amicorum Peter Hay Zum 70. Geburtstag*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2005, Emory Public Research Paper nr. 05, pp. 42-48.

⁴⁶ Auto-validarea mecanismelor contractuale a survenit, de-a lungul timpului, și în alte domenii, iar nu numai în domeniul piețelor financiare. De exemplu, a survenit auto-

subiecte de drept public (de state-națiune, n.n.); asemenea validare poate fi operată de statele-națiune ca atare fie în propriile ordini juridice (ordini juridice naționale, n.n.), fie în „spațiul” (normativ și chiar quasi-normativ, n.n.) existent între aceste ordini juridice naționale; în acest din urmă spațiu regăsim ordinea juridică internațională. Din perspectiva structurii quasi-federale a Uniunii Europene, chestiunea recunoașterii, pe propriul teritoriu quasi-federal, a „suveranității” normative a unor contracte-standard⁴⁷ comportă o situație specială. Acest din urmă subiect necesită o analiză distinctă, posibil viitoare. În orice caz, situația specială acoperă și alte aspecte, de asemenea analizabile în viitor.

Asemenea alte aspecte se pot referi, de exemplu, la clauza de alegere a legii aplicabile în contractele de agenție comercială. În bine-cunoscutul litigiu C-381/98 *Ingmar v. Eaton Leonard Technologies* (2000), Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat în sensul că „dreptul Uniunii Europene exclude orice clauză de stabilire a legii aplicabile stipulată în conținutul contractului (de agenție comercială, n.n.) și trebuie să fie aplicat chiar dacă părțile nu au stabilit aplicarea acestuia (aplicarea dreptului Uniunii Europene, n.n.)”⁴⁸. Acest alt aspect este semnificativ generos. Este generos, în sensul că implică și analiza chestiunii arbitrabilității sau non-arbitrabilității litigiilor din aria dreptului concurenței; mai implică și chestiunea arbitrabilității sau non-arbitrabilității litigiilor din aria litigiilor de drept investițional⁴⁹. Am menționat că mi-am propus să efectuez numai o remarcă preliminară cu privire la aceste alte aspecte. Așa fiind, revin la raționamentul instanțelor engleze din litigiul *Banco Santander*.

Îmi pare că raționamentul instanțelor în discuție s-a sprijinit pe ideea de auto-validare a contractelor ISDA. Însă acest raționament ar putea conduce și la propagarea unei alte idei (sau pseudo-idei, n.n.): încheierea unui contract între subiecte de drept autohton (române sau portugheze, etc.) în limba engleză sau germană sau rusă ar însemna că respectivul contract are legătură, din perspectiva

validarea mecanismelor contractuale perfectate în domeniul activității sportive sau în domeniul comunicării digitale sau în domeniul copyright-ului. Remarcă aceste aspecte K. H. Eller, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 8, pp. 513-530. Pentru auto-validarea contractelor perfectate în domeniul sportului, a se vedea A. Duval, *What Lex Sportiva tells you about Transnational law*, în P. Zumbansen (ed.), *The Many Lives of Transnational Law. Critical Engagements with Jessup’s Bold Proposal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 269-293.

⁴⁷ Am în vedere contractele-standard elaborate de o entitate de drept privat (de exemplu, de ISDA) din afara Uniunii Europene.

⁴⁸ Formularea îi aparține autoarei G. Corderro-Moss, *Balancing Arbitrability and Court Control*, în H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D. P. Fernández Arroyo (eds.), *supra. cit.*, nota de subsol nr.13, pp. 82-91.

⁴⁹ Pentru efectuarea de mențiuni referitoare la bine-cunoscutul litigiu aflat, prin mecanismul trimiterii preliminare, pe rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene (C-281/16, *Republica Slovacia v. Achmea* (2016)), a se vedea G. Corderro-Moss, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 48, pp. 82-91. Autoarea nu avea cum să nu se refere și la litigiul investițional *Achmea B.V. v. Republica Slovacia* soluționat de Curtea Permanentă de Justiție în temeiul Regulilor de arbitraj UNCITRAL, versiunea 1976 (dosarul nr. 2008-13).

instituției conflictului de legi, cu ordinea juridică engleză sau germană sau rusă. Cu alte cuvinte, ar însemna că legea aplicabilă contractului este legea engleză sau legea germană sau legea rusă, întrucât părțile au încheiat contractul în limba engleză sau germană sau rusă. În plus, această idee (pseudo-idee, n.n.) ar fi fortificată de faptul că părțile autohtone au ales (sau au fost nevoite să aleagă din cauza unor împrejurări/necesități, inclusiv economice, n.n.⁵⁰) să încheie contractul fie în limba engleză, fie în limba germană, fie în limba rusă. Or, s-a stabilit și în vechea practică arbitrală română de comerț exterior (iar nu internațională, n.n.)⁵¹ că limba de încheiere a unui contract nu are nicio relevanță asupra stabilirii legii aplicabile (*lex causae*) contractului în discuție. Însă vital este următorul argument: din punct de vedere ideologic-doctrinară, limba de încheiere a unui contract nu constituie un punct de legătură, așa cum este voința părților sau locul încheierii, respectiv executării, contractului etc, între contractul ca atare și ordinea juridică neautohtonă (străină, n.n.).

În lumina palierului „în sus”, nu pot să nu constat că dreptul privat a devenit, grație sau din cauza subiectelor de drept privat, un instrument de organizare a vieții sociale. A devenit un asemenea instrument și prin instituția contractului. De altfel, însăși instituția contractului a devenit de ceva timp un instrument de organizare a socialului. Acesta este conceptul care inspiră palierul „în sus”: conceptul de contract evaluat sau evaluabil în calitatea sa de instrument de organizare a socialului, respectiv de organizare a societății umane în ansamblul ei. Nu laud, nu condamn acest concept venit, cel puțin în Europa de Est, pe „aripile” ultimilor treizeci de ani. Însă doctrina fie română, fie străină, nu poate să-l neglijeze sau să îi neglijeze manifestările. În lumina acestui gând doctrinar, survine întrebarea: se poate spune că dreptul privat, cu a sa instituție a contractului, a apropiat ordinea de drept public fie în versiune internă (ordinea de drept public din statele-națiune, n.n.), fie în versiunea internațională (ordinea publică identificabilă între ordinele juridice naționale, n.n.)? Propun ca, și în România, să se înceapă efectuarea unei analize doctrinare, în sensul identificării unui răspuns, oricare ar fi acesta.

În orice caz, este util de reținut măcar un aspect. Prin utilizarea instituției contractului-standard, persoanele juridice de drept intern intră în ordinea juridică trans-națională creată de contractul-standard însuși. Combinând palierul „de jos” cu palierul „în sus” în litigiul Banco Santander, survine cel puțin o formulare. Prin utilizarea contractelor ISDA, toate părțile contractante, persoane juridice de drept portughez, au intrat în ordinea juridică trans-națională creată de ISDA, persoană juridică de drept privat nord-american. ISDA a creat respectiva ordine juridică pe

⁵⁰ În această ipoteză, poate surveni întrebarea: Este o falsă exersare a principiului libertății de voință?

⁵¹ A se vedea sentința arbitrală nr. 10 din 7 aprilie 1972 (cu privire la limba germană) sau sentința arbitrală nr. 58 din 22 iunie 1976 (cu privire la limba engleză), în V. Babiuc, O. Căpățână (coord.), *Jurisprudență comercială arbitrală 1953-2000*, Editura Edimpress Camro S.R.L., București, 2002, p. 144.

piața contractelor de schimb (*swap*) și a derivatelor. Motorul generator al naturii trans-naționale al ordinii juridice în discuție a îmbrăcat forma juridică a contractelor ISDA. Ordinea juridică este trans-națională, în sensul că, prin aceste contracte-standard (prin contractele ISDA, n.n.), instituția contractului nu mai este un simplu instrument de guvernare inter-personală. Ne aducem aminte de formularea „contractul are putere obligatorie între părțile contractante”. Formularea evocată este expresia acestei guvernări inter-personale.

Însă instituția contractului nu s-a mai mulțumit cu această identitate de a fi un instrument numai de guvernare inter-personală. I s-a părut sau a fost adusă în situația de a i se părea că merită mai mult. Așa fiind, instituția contractului a devenit - și pe filiera doctrinară de tip Max Weber sau Niklas Luhman -, un instrument de guvernare a vieții sociale în toate cotloanele sale. Se confundă chiar cu socialul, astfel că putem avea o răvășitoare revelație: mapamondul nu mai este populat de oameni, ci de ... contracte. Iar acestea din urmă, veritabili „locuitori” ai mapamondului, ne atenționează măcar asupra unui fapt: viața socială a contractului este viața socială însăși. Sau viața socială ca atare se confundă cu viața socială a contractului. Consecința nu poate fi decât următoarea: nu (mai) exiști în viața socială decât dacă închei contracte! Nu mai exiști decât dacă închei, preponderent tacit, pe de o parte, preponderent în versiunea contractelor-standard, contracte, pe de altă parte!

Contractele-standard uniformizează psihologia umană și ... standardizează comportamentele sociale, chiar viața socială în ansamblul acesteia. Standardizarea nu se produce numai *pe* teritoriile statelor-națiune (în ordinele juridice naționale, n.n.) sau/și numai *între* teritoriile statelor-națiune (în ordinea juridică inter-națională, n.n.); cu titlu de succintă digresiune, remarc faptul că ordinea juridică inter-etatică (internațională, n.n.) s-a trans-naționalizat grație sau din cauza subiectelor de drept privat⁵². Standardizarea în discuție operează și *dincolo*

⁵² Am invitat doctrinar la analiza naturii transnaționale pe care a dobândit-o dreptul internațional. A se vedea propriul articol, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 10, pp. 41-73. Este de analizat dacă trans-naționalizarea ca atare este consecința sau vehiculul fărâmițării dreptului internațional. În orice caz, „luminile sau umbrele” trans-naționalizării au generat de-a lungul timpului veritabile anxietăți. A se vedea M. Koskenniemi, P. Leino, *Fragmentation of international law? Postmodern Anxieties*, în *Leiden Journal of International Law*, vol. 15(2002), nr. 3, pp. 553-579. Aș sugera Comisiei de Drept Internațional să includă pe propria agendă de lucru subiectul „Noua identitate a dreptului internațional: trans-naționalul”. Trans-naționalul, de altfel pus în mișcare și prin instrumente de drept privat (de exemplu, prin instituția contractului, n.n.), reconfigurează identitatea originară de tip pozitivist a dreptului internațional. Această din urmă identitate era construită pe tiparul rezultat prin Pacea de Westphalia (1648). Suveranitatea teritorială constituie unul din fundamentele cheie al dreptului internațional construit pe respectivul tipar. Or, astăzi, potente subiecte de drept privat perforază de-a dreptul conceptul de suveranitate teritorială a statelor-națiune. Procedează la asemenea perforare și prin instituția contractului în versiunea contractului-standard. Contractele ISDA sunt un exemplu grăitor, din moment ce, chiar prin respectivele contracte, ISDA, o entitate de drept privat, „străbate” teritoriile statelor-națiune. În plus, ISDA și-a auto-conferit luxul de a fi indiferentă față de ordinele juridice

de teritoriile statelor-națiune sau în acel simultan, respectiv concomitent, „în-dintre”. Prin „dincolo de”, respectiv prin „în-dintre”, suntem în spațiul normativ și quasi-normativ al lui „trans”. Așa fiind, standardizarea s-a produs, preponderent, trans-teritorial. A facilitat această trans-teritorialitate faptul că viața socială a contractului este nedelimitată prin granițe politico-administrative, astfel cum sunt delimitate teritoriile statelor-națiune. Este chiar nedelimitabilă (încă)!

Grație sau din cauza acestei noi identități, instituția contractului a început să practice o stare de beatitudine ireală de nepământeană. Această practicare generează, a generat cel puțin până în 2020, efecte acaparatoare ale socialului pământean. Din mijlocul acestei beatitudini, instituția contractului, preponderent în versiunea contractului-standard, ne-a arătat, nouă doctrinarilor, de ce este în stare. A fost în stare să devină un veritabil instrument de guvernare socială. Întrucât statele-națiune sunt actori ai vieții sociale, instituția evocată a ajuns să le guverneze pur și simplu. Să fi fost transformate statele-națiune, cel puțin unele dintre acestea, din subiecte ale vieții sociale în obiecte ale vieții sociale? De data aceasta, exclam „Aceasta este întrebarea!”; însă formularea unui răspuns, fie și incipient, necesită o reflecție desfășurată într-un interval de timp nicidecum scurt.

În orice caz, instituții de drept internațional, guverne ale statelor-națiune i-au recunoscut instituției contractului, cel puțin până în anul 2020, supremația. În această nouă postură, instituția contractului a avut, încă mai are, cel puțin trei modalități de manifestare: (i) contractul cu vocație de organizare a socialului; (ii) contractul de lungă durată; și (iii) „contractul-rețea”⁵³. Pentru că am intrat în

naționale și față de ordinea juridică internațională. Și, culmea ironiei!, în ipoteza litigiului Banco Santander, chiar statele-națiune au consimțit sau au fost nevoite să consimtă la această perforare a propriilor teritorii de către contractele ISDA. Spun acest lucru, întrucât pârâtele erau dezmembrăminte de drept public portughez. Au consimțit sau „consimțit” la sus-menționata perforare, întrucât nu puteau intra pe piața trans-națională a contractelor de schimb (*swap*) dacă nu valorizau, prin utilizare, contractele ISDA elaborate de un entitate non-guvernamentală de drept privat. Iată cum sugestia mea formulată mai sus își devoalează pertința: grație sau din cauza contractelor-standard (inclusiv de tip ISDA), dreptul internațional s-a trans-naționalizat. Titlul subiectului poate fi reformulat în lumina unor întrebări: „Semnifică transnaționalul colapsul dreptului internațional?” sau „Semnifică transnaționalul cheia supraviețuirii dreptului internațional în versiunea pluralismului juridic?” Aș opta parcă pentru această din urmă întrebare. O nuanță de optimism trebuie să existe: trans-naționalul recompune dreptul internațional, dar nu în versiunea în care îl cunoșteam noi odinioară. Îl recompune în versiunea plurală și diversă de identități, nu numai de conținut. Ideea pluralismului juridic ajută la această recompunere de identități. Este util de lecturat F. Mégret, *International Law as a System of Legal Pluralism*, în P. S. Berman (ed.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 9, pp. 533-555.

⁵³ Cu privire la aceste manifestări ale contractului – instrument de guvernare socială, a se vedea K. H. Eller, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 8, pp. 513-530. Autorul citează, printre alții, pe G. Teubner, *Networks as Connected Contracts*, Oxford: Hart, 2011, în S. Grundmann, F. Cafaggi, G. Vettori, *The Contractual Basis of Long-Term Organizations – The Overall Architecture*, în S. Grundmann, F. Cafaggi, G. Vettori (eds.), *The Organizational Contract. From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, Londra/New York/Routledge, 2016, pp. 3-38.

palierul „în sus” al latentului evocat, scriu și spun că aceste modalități de manifestare sunt incidente nu numai în aria pieței financiare. Sunt incidente și în alte arii ale vieții sociale⁵⁴. Nu am spus mai sus că toate cotloanele vieții sociale din post-post-modernism au fost acaparate de instituția contractului ?

Aspectele menționate mai sus sunt expresia unui exercițiu de drept transnațional (privat). Concret: sunt expresia unui exercițiu de drept transnațional (privat) în plenitudinea acțiunii sale practice. Contractele ISDA din ipoteza litigiului Banco Santander conferă natură practică exercițiului de drept transnațional (privat). Am proiectat, minimal și introductiv, natura practică a acțiunii respective în curente doctrinare propagate de-a lungul timpului; de exemplu, în curente doctrinare de tip Max Weber sau Niklas Luhman. Însă există și exerciții de drept transnațional (privat) în acțiunea lor doctrinară. Un asemenea exercițiu mi-am propus să efectuez prin scrierea acestui articol. Sunt mai puțin dispus, chiar deloc dispus, să emit pretenția de a genera un exercițiu de drept transnațional (privat) în acțiunea sa doctrinară plenară. Însă pot rememora la finalul acestui articol, prospectiv, măcar un aspect. Este vorba despre aspectul care preocupă de mult timp pe erudiții din aria dreptului transnațional în versiunea sa „comercială” (din aria dreptului comercial transnațional, n.n.). Am în vedere aspectul referitor la sau care chiar implică, în esența lucrurilor, armonizarea reglementărilor și quasi-reglementărilor din domeniul vieții de afaceri.

Cel puțin pentru unii dintre aceștia⁵⁵, categoria contractelor-standard și a Condițiilor Generale constituie una din categoriile sau instrumentele de

⁵⁴ A se vedea *supra.*, nota de subsol nr. 46.

⁵⁵ A se vedea R. Goode, *Reflections on the Harmonisation of Commercial Law*, în R. Goode (ed), *The Development of Transnational Commercial Law. Policies and Problems*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 3-24. Autorul a efectuat chiar o listă a instrumentelor de armonizare a reglementărilor locale și obiceiurilor locale deopotrivă. În conținutul, de altfel exemplificativ, al acestei liste regăsim următoarele instrumente: (i) convenția multilaterală – ne-expresie a unei reglementări de drept uniform; (ii) convenția multilaterală – expresie a unei reglementări de drept uniform; (iii) convențiile (tratatele, n.n.) bilaterale constituite într-un set sau mănunchi de asemenea convenții; (iv) legislația Uniunii Europene edictate, în mod uzual, în versiunea instrumentului denumit „Directivă”; (v) Legea-Model; (vi) codificarea obiceiurilor și uzanțelor, astfel „promulgată” de o organizație non-guvernamentală „internațională” (trans-națională, n.n.); (vii) așa-numiții „termenii comerciali uniformi” sistematizați în versiunea unui dicționar de abrevieri a termenilor comerciali; respectivii termeni comerciali uniformi sunt „promulgați” de o organizație non-guvernamentală „internațională” (trans-națională, n.n.); (viii) contracte-model sau Condiții Generale Contractuale; (ix); „codificările” efectuate de mediul academic sau de experți. Aceste din urmă *sui generis* codificări, de altfel elaborate sub influența „codificărilor” efectuate în SUA de experți recunoscuți în propriile arii de specializare, sunt cunoscute sub denumirea „Restatements”. Strict juridic, acestea din urmă au o forță quasi-normativă (neobligatorie, n.n.). Însă respectivele codificări *sui generis* pot constitui o sursă de inspirație pentru judecătorii naționali chemați să aplice fie propriul drept național, fie dreptul internațional în materie de comerț. Pot constitui asemenea sursă de inspirație prin prezumtiva putere de convingere a judecătorilor naționali. Concret: respectivele „codificări” îi conving pe respectivii judecători, în sensul că în conținutul propriu-zis al acestora se găsesc

armonizare a concepțiilor legislative, respectiv quasi-legislative, generatoare de reguli în arealul comercial sau de afaceri al vieții. În secolul al XX-lea, justificarea efectuării armonizării propriu-zise constituia chiar trăsătura esențială a însăși operațiunii de armonizare. Această trăsătură esențială a implicat reducerea impactului granițelor naționale. Aș spune că este vorba, mai degrabă, despre reducerea disconfortului generat de diferențele de concepție existente între reglementările existente de o parte și de alta granițelor statelor-națiune. În orice caz, tocmai în considerarea faptului că a implicat reducerea granițelor dintre statele-națiune, armonizarea în discuție nu poate fi decât inter-națională. Este vorba despre armonizarea inter-națională a reglementărilor locale și obiceiurilor locale deopotrivă⁵⁶. Cu titlu de digresiune, aș adăuga că iureșul armonizării, care a cuprins sfârșitul de secol XX și începutul de secol XXI, a proiectat armonizarea într-un alt registru. Este vorba despre tipul de armonizare operabil intra-frontalier și extra-frontalier, însă, în ambele situații, justificarea armonizării este reducerea impactului „granițelor” dintre concepțiile juridice. Similar raționamentului sugerat mai sus, este vorba despre reducerea disconfortului generat de diferențele de concepție existente chiar între concepțiile juridice propriu-zise aflate în „concurș”.

Și în ipoteza litigiului Banco Santander, contractele ISDA și-au dezvăluit identitatea. Concret: anumite contracte-tip, așadar și contractele ISDA, constituie expresia armonizării practicilor pieței; în ipoteza ISDA este vorba, logic, despre expresia armonizării practicilor din piața trans-națională a contractelor de schimb (*swaps*)⁵⁷. Din perspectiva altor „piețe”, de exemplu din perspectiva pieței arbitrajului comercial, armonizarea practicilor se poate realiza și sub cupola organizațiilor inter-etatice (internaționale, n.n.). Sub respectiva cupolă, armonizarea se poate realiza și prin instrumente denumite „Legi-Model”. Este grăitoare Legea-Model UNCITRAL referitoare la arbitrajul comercial internațional

cele mai bune „rețete” de soluționare a chestiunilor tipice de drept contractual. Cu privire la natura și scopul codificărilor *sui generis* (*Restatements*) fie în versiune normativă, fie în versiune non-normativă, a se vedea R. Goode, *International Restatements of Contract and English Contract Law* și *International Restatements and National Law*, în R. Goode, *supra. cit.*, prezenta notă de subsol, pp. 25- 40, respectiv pp. 41-53.

⁵⁶ Caracteristica-temei îi este atribuită operațiunii de armonizare inter-națională. A se vedea R. Goode, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 55, pp. 3-34. Mai efectuează respectivul autorul distincția între armonizarea internă (națională) și inter-națională. În ipoteza armonizării interne a reglementărilor și obiceiurilor locale, eforturile depuse de-a lungul timpului au generat sistemul de *common law* în Anglia și codificarea în Europa continentală. Fie că se propagă geografic prin colonizare (prin extinderea normativă a dreptului național dintr-un teritoriu în alt teritoriu, n.n.) sau prin adoptarea unui Cod emis de un stat-națiune dezvoltate de către un stat-națiune în curs de dezvoltare, armonizarea internă rămâne ... internă. Autorul amintit susținea acest lucru cel puțin din anul 1991.

⁵⁷ Pentru asemenea evaluare, a se vedea lucrarea autoarei A. Riles, *Collateral Knowledge: Legal Reasoning in the Global Financial Markets*, Chicago Series in Law and Society, Chicago / London, University of Chicago Press, 2011.

adoptată în 1985, cu modificările operate în anul 2006⁵⁸, denumită în continuare „Legea-Model UNCITRAL”. Este adevărat, nu se poate efectua, potrivit concepțiilor tradiționale, o analogie între armonizarea efectuată de un subiect de drept privat (ISDA) și armonizarea efectuată de o instituție inter-națională (ONU prin UNCITRAL). Însă în perioada ulterioară celui de-al Doilea Război Mondial, actorii privați ne-au arătat, pe filiera curentului liberal-internaționalist, că armonizarea (*sui generis*, n.n.) efectuată de aceștia chiar contează într-o lume trans-teritorială. De altfel, doctrina străină din domeniul armonizării, astfel efectuate sub cupola dreptului comercial transnațional, a dreptului comercial însuși, pune pe picior de egalitate armonizarea dreptului contractual și armonizarea dreptului comercial în general efectuate de organizații inter-guvernamentale și non guvernamentale⁵⁹. Această egalitate (egalizare?, n.n.) între cele două versiuni de armonizare este consecința orizontalizării subiectelor de drept public și drept privat. Grație sau din cauza orizontalizării, respectivele subiecte acționează în „spațiul” normativ și quasi-normativ al lui „trans”. În respectivul „spațiu”, s-a diluat distincția netă între public și privat, pe de o parte, între intern și internațional, pe de altă parte. Orizontalizarea, egalitatea sus-menționate sunt expresii de manifestare a diluării distincției nete evocate.

Revenind la contractele ISDA și la contractele din aceeași categorie, se poate susține și următoarea idee: contractele-standard sunt expresia unei practici comerciale „internaționale” (trans-naționale, n.n.), pe de o parte, contribuie la armonizarea *de facto* a lui *lex mercatoria*, pe de altă parte⁶⁰. Se poate plusa: contractele-standard au devenit veritabile surse de drept. Au dobândit acest statut în lumina ideii de de(z)-naționalizare a dreptului contractual. Îmi pare că ideea în discuție a fost propovăduită de autorii din statele-națiune dezvoltate în considerarea dreptului contractual din statele-națiune în curs de dezvoltare sau

⁵⁸ Reputatul profesor rus Serghei Lebedev a propus, în cadrul Comisiei Națiunilor Unite pentru Dreptul Comercial Internațional (UNCITRAL), redactarea unei convenții (tratat multilateral) în domeniul arbitrajului comercial internațional. Întrucât nu a fost agreată această propunere de reprezentanții statelor-națiune membre ale sus-menționatei Comisii, inclusiv de statele-națiune occidentale, s-a optat pentru adoptarea unei Legi-Model. Legea-Model UNCITRAL constituie un instrument de armonizare preventivă a legislațiilor locale în domeniul sus-menționat. În propria lucrare, *Curs de drept internațional cu privire numai asupra comerțului*, Editura CH Beck, București, 2019, pp. 15-16, am menționat aceste aspecte, astfel că nu mai insist. În orice caz, reținem că Legea-Model UNCITRAL este expresia unei înțelegeri a „regulilor esențiale ale dreptului arbitrajului, precum și ale regulilor referitoare la litigiul arbitral”. A se vedea Th. E. Carbonneau, *The Ballad of Transborder Arbitration*, în *University of Miami Law Review*, vol. 56(2002), nr. 4, pp. 773-829.

⁵⁹ Este vorba despre armonizarea efectuată de UNIDROIT, UNCITRAL, Conferința de drept internațional privat de la Haga, Camera Internațională de Comerț (Paris). A se vedea R. Goode, *Harmonisation(I)*, în R. Goode, *supra.cit.*, nota de subsol nr. 55, pp. 3-174.

⁶⁰ Ideea îi aparține lui F. De Ly, *De Facto Harmonization by Means of Party Autonomy and Model Contract Clauses (Lex Mercatoria)*, în M. M. Fogt (ed.), *Unification and Harmonization of International Commercial Law. Interaction or Deharmonization?*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 151-160.

destinate să se afle în permanentul stadiu de „în curs de dezvoltare”⁶¹. În orice caz, panoplia izvoarelor dreptului comercial modern⁶² este completabilă, în mod inevitabil, cu instituția contractului (trans-național, n.n.)⁶³.

La nivel principal, armonizarea la care am făcut referire mai sus⁶⁴ nu poate face abstracție de așa-numitul „curent de drept comercial transnațional”. Acest curent doctrinar a fost propagat, preponderent, prin scrierile profesorului Roy Goode, pe de o parte, este cunoscut sub denumirea „Școala de la Oxford”, pe de altă parte⁶⁵. În orice caz, și pentru profesorul Roy Goode, dreptul comercial transnațional constituie „un set de reguli și principii de drept privat, oricare care ar fi izvorul acestora, care guvernează tranzacțiile comerciale internaționale (perfectate de autohtoni și străini, n.n.), toate aceste reguli și principii sunt comune

⁶¹ Pentru evaluarea doctrinară a discuțiilor și temelor de actualitate din dreptul transnațional în versiune sa „comercială”, a se vedea S. Ali, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 14, pp. 437-467. În lumina acestor discuții, s-a susținut că, cel puțin după cel de-al doilea Război Mondial, problema esențială nu este dacă există *lex mercatoria*. Chestiunea esențială implică analiza evoluției propriu-zise a lui *lex mercatoria*, dar și interacțiunea, mai exact consecințele interacțiunii, cu dreptul inter-național (inter-etatic). A se vedea, de exemplu, P. Zumbansen, *Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law*, în *European Law Journal*, vol. 8(2002), nr. 3, pp. 400-432.

⁶² Etapa modernă a început după cel de-al Doilea Război Mondial și s-a sfârșit, îmi pare, în anul 1989. În anul 1963, profesorul Berthold Goldmann, originar din București, a susținut că „arbitrii (din litigiile care implică autohtoni și străini, n.n.) trebuie să aplice „dreptul transnațional”, un receptacol al principiilor comune legislațiilor naționale, dar și un creuzet al regulilor specifice comerțului internațional (comerțului desfășurat cu străinii, n.n.) și a căror aplicare este incidentă în litigiile comerciale internaționale (în litigiile comerciale cu străinii, n.n.)”. A se vedea B. Goldmann, *Frontières du droit et „lex mercatoria”*, în *Archives de Philosophie du Droit*, vol. IX (1964), pp. 177-192. A se vedea și A. Duval, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 46, pp. 269-293. Acest din urmă autor menționează și aportul profesorului Philippe Kahn, membru al Școlii de la Dijon, în dezvoltarea demersului de resuscitare a lui *lex mercatoria* după cel de-al Doilea Război Mondial. Mai reținem că, în anul 1983, profesorul Berthold Goldmann a susținut o prelegere în cadrul căreia a formulat argumente în favoarea unei contemporane legi a comerciantului (*law merchant*). Cu titlu de digresiune, observăm că este vorba despre legea comerciantului, iar nu despre legea comerțului. În orice caz, pentru analiza dreptului comercial contemporan, a se vedea J. Linarelli, *Global Legal Pluralism and Commercial Law*, în P. S. Berman (ed.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 9, pp. 689-745. Cu această ocazie, sugerez că epoca post-modernă s-a desfășurat în perioada 1989-2020. Din 2021, am intrat în post-post-modernism care reînvie, cu particularizările imprimare de digitalizarea vieții sociale, spiritul Evului Mediu. La data scrierii acestor rânduri, experimentăm, cel puțin în Europa, neo-medievalismul.

⁶³ Evidențiază izvoarele dreptului comercial modern J. Linarelli, *Global Legal Pluralism and Commercial Law*, în P. S. Berman (ed.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 9, pp. 689-745.

⁶⁴ Am în vedere armonizarea „à la Roy Goode”.

⁶⁵ Nenumărate dispute doctrinare s-au declanșat cu privire la faptul dacă există cu adevărat sau nu există *lex mercatoria*, dacă există o *lex mercatoria* modernă de sine-stătătoare sau aceasta din urmă este o „prelungire” a medievaliei *lex mercatoria*. Sunt prezentate aceste dispute și de J. Linarelli, *Global Legal Pluralism and Commercial Law*, în P. S. Berman (ed.), *supra. cit.*, nota de subsol nr. 9, pp. 689-745.

sistemelor de drept în general sau sunt comune unui număr semnificativ de sisteme de drept⁶⁶. Însă, spre deosebire de profesorul Ole Lando, Școala de la Oxford, nu echivalează, cel puțin prin profesorul Roy Goode, dreptul comercial transnațional îndelung controversatei, ca existență, conținut etc., *lex mercatoria*⁶⁷. Concret: raportul dintre dreptul comercial transnațional și *lex mercatoria* este, mai degrabă, raportul dintre întreg și parte. Dreptul comercial transnațional nu își epuizează temele de analiză la tema „*lex mercatoria*”; într-o exprimare plastică, există drept comercial transnațional și dincolo de *lex mercatoria*. Din considerente de spațiu, nu dezvolt această chestiune care, cu siguranță, merită să fie analizată într-un articol viitor distinct. Reținem însă că *lex mercatoria*, expresie a dreptului cutumiar, nu trebuie confundată cu instituția contractului-standard sau cu instituția codurilor de practici „promulgate” de organizații non-guvernamentale. Asemenea confuzie trebuie evitată fie și pentru motivul că dreptului cutumiar nu este unul și același lucru cu dreptul contractual⁶⁸.

Cel puțin potrivit Școlii de la Oxford, contractele ISDA din litigiul Banco Santander nu constituie o versiune de manifestare a lui *lex mercatoria*. Am menționat deja că respectivele contracte sunt expresia unei practici comerciale „internaționale” (trans-naționale, n.n.), pe de o parte, contribuie la armonizarea *de facto* a lui *lex mercatoria*, pe de altă parte⁶⁹. Însă litigiul Banco Santander ne sugerează că asemenea tip de contracte a devenit sau este pe cale să devină, și în alte domenii de activitate, veritabil izvor sau sursă de drept. Pentru mine, litigiul Banco Santander a constituit un prilej de reverie doctrinară. Numele acestei reverii este, v-ați dat seama deja, „Un exercițiu de drept transnațional (privat)”.

3. Concluzii

Neo-medievalismul contemporan ne îndeamnă să contemplăm fragilizarea caracterului net al distincțiilor dintre dreptul intern și dreptul internațional, pe de

⁶⁶ A se vedea R. Goode, H. Kronke, E. McKendrick, *Transnational Commercial Law: Text, cases and Materials*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 4.

⁶⁷ Cu privire la terminologia „drept comercial transnațional”, „*lex mercatoria*”, a se vedea R. Goode, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, în R. Goode, *supra.cit.*, nota de subsol nr. 55, pp. 263-294.

⁶⁸ Mai reținem și faptul că uzanțele comerciale și principiile generale de drept sunt categorii juridice distincte, dar care inter-relaționează în mod cert. A se vedea R. Goode, *supra. cit.*, nota de subsol nr. 67, pp. 263-294. Cu privire la utilizarea categoriei „principii generale de drept” în litigiile arbitrale, a se vedea Ch. Kotuby Jr., *General Principles of Law, International Due Process and the Modern Role of Private International Law*, în *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 23(2013), pp. 411-443. Cu privire la posibilul rol nefast al aplicării principiilor generale de drept în ipoteza arbitrajului de drept transnațional (arbitrajul ICSID, n.n.), a se vedea J. Linarelli, M. E. Salomon, M. Sornarajah, *The Misery of International Law: Confrontations with Injustice in the Global Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 145-174. Rolul este nefast sau a devenit nefast, întrucât anumite paneluri arbitrale se comportă, prin raportare la sistemele de drept național, ca adevărați hegemoni.

⁶⁹ A se vedea *supra.*, nota de subsol nr. 59.

o parte, dintre dreptul public și dreptul privat, pe de altă parte. În lumina acestei fragilizări, exercițiile de transnațional (privat) în versiune practică au dominat mapamondul ultimilor ani. Litigiul Banco Santander este unul dintre acestea. Exercițiile respective i-au impulsionat pe doctrinarii răspândiți pe același mapamond să conștientizeze că „Lumea s-a schimbat!”. Nu condamnam, nu laud noua stare de lucruri. Din mijlocul propriei atitudini inevitabil subiective, sugerez doctrinei române și străine să contemple obiectiv starea de lucruri evocată. În ceea ce mă privește, am încercat să procedez astfel. Și am efectuat un exercițiu de drept transnațional (privat) în versiune prezumtiv doctrinară.

Referințe

- Aman Jr. A. C., Greenhouse C. J., *Transnational Law. Cases and Problems in an Interconnected World*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2017
- Ancel M. E., Deumier P., Laazouzi M., *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Paris, 2017
- Babiuc V., Căpățână O. (coordonatori), *Jurisprudență comercială arbitrală 1953-2000*, Editura Edimpress Camro S.R.L., București, 2002
- Berman H., *Is Conflict of Laws Becoming Passé? An Historical Response*, în Rasmussen-Bonne H.-E., Freer R., Luke W., Weitnauer W. (eds.), *Balancing Of Interests: Liber Amicorum Peter Hay Zum 70. Geburtstag*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2005, Emory Public Research Paper nr.05, pp. 42-48
- Berman P.S.(ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford University Press, Oxford, 2020
- Berman P.S., „From International Law to Law and Globalization”, în *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43/2005, pp. 485-556
- Bobei R. B., *Curs de drept internațional cu privire numai asupra comerțului*, Editura C.H. Beck, București, 2019
- Bobei R. B., „Este viitorul dreptului internațional transnațional? Două ipoteze comerciale”, în *Revista Română de Drept al Afacerilor* nr. 3/2021, pp. 41-73
- Cafaggi F., „New Foundations of Transnational Private Regulation”, în *Journal of Law and Society*, vol. 38, nr. 1/2011, pp. 20-49, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-6478.2011.00533.x>
- Carbonneau T.E., „The Ballad of Transborder Arbitration”, în *University of Miami Law Review*, vol. 56, nr. 4/2002, pp. 773-829
- Caruso D., „Private Law and State-Making in the Age of Globalization”, în *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 39, nr. 1/2006, pp. 1-74
- De Ly F., *De Facto Harmonization by Means of Party Autonomy and Model Contract Clauses(Lex Mercatoria)*, în Fogt M.M. (ed.), *Unification and Harmonization of International Commercial Law. Interaction or Deharmonization?*, Wolters Kluwer International, 2012, pp. 151-160
- Duval, A., *What Lex Sportiva tells you about Transnational law*, în Zumbansen P. (ed.), *The Many Lives of Transnational Law. Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 269-293
- Giddens A., *The Consequences of Modernity*, Polity Press, Cambridge, 1991
- Goldmann B., „Frontières du droit et „lex mercatoria”, în *Archives de Philosophie du Droit*, vol. IX/1964, pp. 177-192
- Goode R., Kronke H., McKendrick E., *Transnational Commercial Law: Text, cases and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2015

- Goode R., *The Development of Transnational Commercial Law. Policies and Problems*, Oxford University Press, Oxford, 2018
- Grundmann S., Cafaggi F., Vettori G., *The Contractual Basis of Long-Term Organizations – The Overall Architecture*, în Grundmann S., Cafaggi F., Vettori G.(eds.), *The Organizational Contract. From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, Londra/New York/Routledge, 2016, pp. 3-38
- Guntrip E., *International Investment Law, Hybrid Authority and Jurisdiction*, în Allen S., Costelloe D., Fitzmaurice M., Cragl P., Guntrip E. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2019, Oxford, pp. 431-454
- Kennedy D., *Three Globalizations of Law and legal Thought: 1850-2000*, în Trubek D. M., Santos A. (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 19-73
- Koh H.H., „The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process”, în *Nebraska Law Review*, vol. 75, nr. 1/1996, pp. 181-207
- Koh H.H., „Why Do Nations Obey International Law?”, în *Yale Law Journal*, vol. 106, nr. 8/1997, pp. 2599-2659
- Koh H.H., „Why Transnational Law Matters”, în *Pennsylvania State International Law Review*, vol. 24, nr. 4/2006, pp. 745-753
- Koskenniemi M., Leino P., „Fragmentation of international law? Postmodern Anxieties”, în *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, nr. 3/2002, pp. 553-579, DOI: <https://doi.org/10.1017/S0922156502000262>
- Kotuby Jr. C., „General Principles of Law, International Due Process and the Modern Role of Private International Law”, în *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 23/2013, pp. 411-443
- Ladeur K.-H., „European Law as Transnational Law – Europe Has to Be Conceived as an heterarchical Network and Not as a Superstate”, în *German Law Journal*, vol. 10, nr. 10/2009, pp. 1357-1365
- Lauterpacht H., *Private Law Sources and Analogies of International Law. With Special Reference to International Arbitration*, Longmans, Green and Co. Ltd., London/New York/Totonto/Bombay/Calcutta/Madras, 1927, republicată de The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, New Jersey, 2002/2013
- Lehmann M., *New challenges of extraterritoriality: superposing laws*, în Ferrari F., Fernandez Arroyo D. P., *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Elgar Monographs in Private International Law, Cheltenham(UK)/Northampton, MA(USA), 2019, pp. 258-291
- Linarelli J., Salomon M.E., Sornarajah M., *The Misery of International Law: Confrontations with Injustice in the Global Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2018
- Maultzsch F., *Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess*, în *Juristenzeitung*, vol. 67(2012), pp. 1040-1050
- Michaels R., „State Law as a Transnational Legal Order”, în *UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative Law*, vol. 1, nr. 1/2016, pp. 141-160
- Micklitz H. M., *The Threefold Phenomena of Constitutionalization in Private Law*, în International Institute for the Unification of Private Law (ed.), *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, vol.1, UNIDROIT, Roma, 2016, Prima Ediție, pp. 168-186
- Micklitz H.M., Wechsler A.(eds.), *The Transformation of Enforcement*, Oxford/Hart, 2016

- Muir Watt H. M., Bíziková L., de Oliveira A. B., Fernandez Arroyo D.P. (eds.), *Global Private International Law. Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham(UK) & Northampton, MA(USA), 2019
- Popa M.C., *Piețe de capital*, Editura Hamangiu, București, 2020
- Reimann M., „From the Law of Nations to Transnational Law: Why We Need a New Basic Course for the International Curriculum”, în *Pennsylvania State International Law Review*, vol. 22, nr. 3/2004, pp. 397-415
- Riles A., *Collateral Knowledge: Legal Reasoning in the Global Financial Markets*, Chicago Series in Law and Society, University of Chicago Press, Chicago / London, 2011
- Shapiro, M., „The Globalization of Law”, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, nr. 1/1994, pp. 37-64
- Teubner G., *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism in Globalization* (traducere Gareth Norbury), Oxford University Press Oxford, 2012
- Teubner G., „Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law”, în *Social and Legal Studies*, vol. 9, nr. 3/2006, pp. 399-417
- Teubner G., *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society*, în Teubner G.(ed.), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, pp. 3-28
- Vagts D. F., Dodge W. S., Buxbaum H. L., Koh H. H., *Transnational Business Problems*, Foundation Press, West Academic, 2019, St. Paul
- Wai R., „The Interlegality of Transnational Private Law”, în *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, nr. 3/2008, pp. 107-128
- Wai R., *Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization*, în *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40(2002), nr. 2, pp. 209-274
- Wielsch D., *Responsible Contracting. The Requirements of EU Fundamental Rights on private Law Regimes*, în Collins H.(ed.), *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 257-283
- Zuboff S., *The Age of Surveillance Capitalism*, Public Affairs, New York, 2019
- Zumbansen P.(ed.), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021
- Zumbansen P., „Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law”, în *European Law Journal*, vol. 8, nr. 3/2002, pp. 400-432, DOI: <https://doi.org/10.1111/1468-0386.00160>
- Zumbansen P., „The Law of Society: Governance Through Contract”, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, nr. 2/2007, pp. 191-233

Principiul validității hotărârilor judecătorești

The principle of the validity of judgment

Laura Bzova¹

Rezumat: Relevanța studiului argumentării în dreptul public este legată de provocările litigiului modern, care necesită noi abordări în construirea unei hotărâri judecătorești. Esența argumentării juridice este de a oferi argumente juridice convingătoare, dovezi ale corectitudinii soluționării litigiului în modul propus, înțelegerea conținutului unei reguli, extinderea acesteia la anumite relații și soluționarea unei anumite situații de viață. Argumentarea este o componentă importantă a practicii juridice. Este folosit în pregătirea legilor de către parlament, în redactarea hotărârilor judecătorești și în practica juridică de zi cu zi. Teoria argumentării juridice a fost studiată activ de reprezentanții științei juridice străine în ultimii patruzeci de ani, pornind de la ideea că argumentarea rațională este posibilă prin respectarea unui set de reguli, principii și proceduri. Sarcina de a face justiția în condițiile legii poate impune uneori, în special, ca aceste valori, care sunt inerente ordinii constituționale, dar care nu sunt exprimate sau doar imperfect exprimate în textele recente de lege, să fie divulgate și executate în prezentul deciziei. În prezent, este nevoie ca raționamentul juridic să fie studiat științific în forma sa, cu analiza principală a conținutului de fond al argumentației cu moralitatea, având în vedere provocările constante din justiția constituțională și cerința judecătii critice a judecătorilor asupra aplicarea dreptății sociale.

Cuvinte-cheie: hotărâre judecătorească, argumentare, principiu de validitate, motivare

Abstract: The relevance of the study of argumentation in public law is related to the challenges of modern litigation, which requires new approaches in the construction of a court decision. The essence of the legal argument is to provide convincing legal arguments, evidence of the correctness of resolving the dispute in the proposed manner, understanding the content of a rule, extending it to certain relationships and resolving a certain life situation. Argumentation is an important component of legal practice. It is used in the preparation of laws by parliament, in the drafting of judgments and in day-to-day legal practice. The theory of legal argumentation has been actively studied by representatives of foreign legal science for the last forty years, starting from the idea that rational argumentation is possible by following a set of rules, principles and procedures. The task of doing justice under the law can sometimes require, in particular, that these values, which are inherent in the constitutional order but are not expressed or only imperfectly expressed in recent legal texts, be disclosed and enforced in this decision. At present, legal reasoning needs to be scientifically studied in its form, with the main analysis of the substantive content of the argument with morality, given the constant challenges of constitutional justice and the requirement of critical judgment of judges on the application of social justice.

¹ Asistent univ. dr., Facultatea de drept, Universitatea națională din Cernăuți în numele lui Iurii Fedkovič, email: l.bzova@chnu.edu.ua

Keywords: court decision, argumentation, principle of validity, motivation

Introducere

Rolul de zi cu zi al judecătorului este de a interpreta legea, deoarece vechea viziune a pozitivismului, care nu cerea decât respectarea normelor stabilite de legiuitor, a fost respinsă pentru a sugera o abordare mai dinamică (postpozitivistă), dată fiind realitatea actuală, acordând prioritate la aspectul evaluativ al legii. În condițiile actuale de dezvoltare a doctrinei și practicii constituționalismului, care sunt obiectivate de procesele de modernizare constituțională și de transformare a instituțiilor constituționale și juridice, un studiu cuprinzător al validității hotărârilor judecătorești este una dintre prioritățile atât pentru doctrina constituțională, cât și pentru teoria juridică.

În ciuda intensificării cercetărilor asupra acestei probleme în jurisprudența generală occidentală, fapt dovedit de numărul tot mai mare de publicații dedicate acestuia și de introducerea unor cursuri relevante în procesul de învățământ, acordăm încă puțină atenție argumentelor juridice ale teoreticienilor juridici. Urgența studierii principiului validității hotărârilor judecătorești se explică prin nevoia publică de a reforma suportul normativ și legal al sistemului judiciar.

1. Abordări teoretice de bază ale analizei categoriei „validitatea deciziei”

Termenul de „validitate” poate avea, printre altele, următorul sens: o formă specială de existență a normei un atribut al standardului care este compatibil cu cel care a programat crearea acestuia; aptitudinea de executare de către instanță; circumstanțele unei discipline efective a comportamentului; compatibilitatea dreptului pozitiv cu standardele religioase, raționale sau umane în sens larg.

Potrivit lui P. Pimenta, validitatea poate fi observată în două modele teoretice: „În primul rând, validitatea este considerată sinonimă cu existența normei. A spune că o normă este valabilă înseamnă a confirma că aparține unui anumit sistem juridic². Un standard valabil este unul care a fost elaborat de o autoritate competentă în conformitate cu o procedură prevăzută de lege. Astfel, în această poziție, valabilitatea este esența normei, neținând cont de conținutul normei juridice în analiza acesteia. Un alt mod de a considera problema este de a înțelege realitatea ca predicat, ca atribut al unei norme juridice. Astfel, este o chestiune de conformitate a normei la sistemul juridic, de aceea într-un astfel de model în cadrul lumii juridice planul realității și existenței este separat. Prin urmare, validitatea este privită ca o calitate, ca ceva ce se adaugă obiectului - o normă juridică - și nu ca o esență proprie.

Argumentarea într-o hotărâre judecătorească necesită un sistem care să permită soluționarea cauzei în conformitate cu precedentele cauzei și desfășurarea acestuia. Pe baza logicii deductive a judecătorilor și a motivației acestora pentru

² Pimenta, Paulo Roberto Lyrio. Normas de competência e o controle de validade da norma impositiva tributária. *Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito*, p. 840

luarea deciziilor, este necesar să se aprecieze dacă acest argument întrunește caracteristicile tehnice necesare stabilirii unei hotărâri judecătorești. În domeniul juridic, stabilirea logicii poate fi confuză, deoarece va pune în discuție adevărul sau falsitatea instituțiilor juridice, care sunt pur și simplu rezultatul interacțiunii umane, dar nu și logica în sine.

Să subliniem diferența dintre fundamentarea unui argument și fundamentarea unei hotărâri judecătorești: faptul aplicării normelor interpretate de un judecător este o bază simplă. În schimb, a motiva o decizie înseamnă a atribui caracter rezonabil unei decizii judecătorești. Din acest motiv, există hotărâri rezonabile și altele motivate, dar cu ajutorul motivației orice neconcordanță pe care o poate prezenta o hotărâre judecătorească poate fi analizată astfel încât în situația în care dosarul este redeschis, judecătorii au ca punct de plecare pentru motivare erorile. sau impact redus asupra motivației.pentru o decizie anterioară.

Concluzia № 11 (2008) a Consiliului Consultativ al Judecătorilor Europeni atrage atenția Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei asupra calității deciziilor judecătorești, printre altele, că „toate hotărârile judecătorești trebuie să fie motivate; în motivarea deciziei este necesar să se răspundă la argumentele părților și la argumentele relevante susceptibile de a influența soluționarea litigiului; motivarea deciziei nu trebuie neapărat să fie lungă, întrucât este necesar să se găsească echilibrul potrivit între concizie și înțelegerea corectă a deciziei; obligația judecătorilor de a-și motiva deciziile nu înseamnă că aceștia trebuie să răspundă oricărui argument al reclamantului în sprijinul fiecărui motiv de apărare; sfera de aplicare a acestei îndatoriri a instanței poate varia în funcție de natura deciziei”³.

Argumentarea judiciară este un ansamblu de instrumente, metode și tehnici utilizate de participanții la proces în timpul exprimării poziției lor în proces, care se reflectă în hotărârea judecătorească luată ca urmare a soluționării unui litigiu juridic.

Argumentarea juridică în contextul justificării depășește o simplă analiză formală a argumentelor, perspectiva logicii formale (clasice), intrând în așa-numita analiză mai substanțială a argumentelor juridice. În plus, din această diferențiere trebuie amintit că o astfel de propunere presupune adoptarea unor aspecte „interne” și „externe” ale hotărârii judecătorești, construite pe E. Vrublevsky⁴. Ce dă naștere așa-numitelor justificări interne și externe? „Justificarea internă [...] este silogistică, întrucât este rezultatul unei relații logico-deductive între ipoteze și concluzii, în timp ce justificarea externă este o activitate raționată menită să convingă că ipotezele alese sunt adecvate. Deci, decizia ar fi un silogism, dar precondițiile ei trebuie fundamentate. De aici și diferența dintre decizie (rezumat)

³ Висновок № 11 (2008) Консультативной ради европейских суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень URL: https://court.gov.ua/userfiles/visn_11_2008.pdf

⁴ Wroblewski, Jerzy. *Constitución y teoria general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985

și justificare (argumentare), care de fapt este și o modalitate de realizare artificială a discursului juridic.

Această justificare (din contextul dat) poate fi împărțită în (a) oficială și (b) materială. Această împărțire binecunoscută privește corectitudinea formală a argumentului analizat, obiect de studiu al logicii formale sau deductive; și corectarea materială/substantială a argumentului analizat, obiect de studiu a ceea ce s-a numit logica materială sau informală, incluzând subiectul și retorica sub acest aspect.

Concluzia Consiliului Consultativ al Judecătorilor Europeni arată că, potrivit jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, valoarea așteptată a justificării depinde de diferitele argumente pe care le poate invoca fiecare parte, precum și de poziții juridice diferite, obiceiuri și principii doctrinare, de asemenea din diferite practici de pregătire și prezentare a deciziilor din diferite țări.

Jan Bernaziuk subliniază că „fundamentarea unei hotărâri judecătorești este o activitate mentală complexă, care constă în structurarea logică calitativă a propriei poziții juridice prin elaborarea unui șir de informații aferente (dispoziții de legislație, jurisprudență, inclusiv instanțe străine, abordări doctrinare etc.) pentru a găsi ambele răspunsuri la întrebările principale pentru a-și confirma poziția și a convinge alte părți interesate. Un astfel de proces permite unei persoane să-și obiectiveze (demonstreze față de sine și altora) propria sa viziune subiectivă asupra unei abordări, fapte, procese juridice etc.”⁵.

Elementele de care judecătorii au nevoie pentru a lua o decizie depind de considerația personală, astfel încât sistematizarea acestor elemente și aplicarea și sinteza lor corespunzătoare în timpul procesului decizional și raționamentul acestuia devin relevante într-o hotărâre judecătorească folosind metode logice și considerente juridice utilizate de judecători, în fiecare caz. Această primă abordare introduce următoarele obiective, care constau în: identificarea sistematică a elementelor pe care judecătorii le folosesc pentru a construi un argument judiciar; instrucțiuni privind formele de valabilitate juridică în hotărârile judecătorești; explicarea aplicării praxeologice a normelor de către judecători.

Argumentarea într-o hotărâre judecătorească necesită un sistem care să permită soluționarea cauzei în conformitate cu precedentele cauzei și desfășurarea acestuia. Sistematizarea pe care trebuie să o stabilească un judecător pentru a lua o decizie este importantă pentru o decizie justă a instanței. Rolul judecătorului în cauză este de o importanță capitală, acesta fiind cel care elaborează hotărârea definitivă sub influența probelor și argumentelor furnizate de reprezentanți. Sistemul decizional folosit de judecători de la constatarea faptelor până la luarea deciziilor contribuie, de asemenea, la justiție.

⁵ Ян Берназюк. Поняття та критерії мотивованості судового рішення як однієї з гарантій дотримання судами принципу верховенства права. Судебно-юридическая газета. URL: <http://kdkako.com.ua/ponyattya-ta-kriteriyi-motivovanosti-sudovogo-rishennya-yak-odniieyi-z-garantiy-dotrimannya/>

2. Corelarea principiului validității cu alte principii de justiție

În teoria dreptului, principiile procedurale sunt înțelese ca idei de bază, principii directe care reflectă cele mai esențiale trăsături și proprietăți ale procesului juridic și asigură unitatea acestuia și atingerea scopurilor. Aceste principii fie sunt consacrate prin lege, fie decurg din prevederile legii. Ele formează baza, fundamentul tuturor normelor de procedură, asigură legalitatea și eficacitatea organelor relevante și valabilitatea deciziilor acestora⁶.

Principiile dreptului sunt instrumente care au un impact pozitiv asupra formării politicii juridice. În același timp, două sarcini sunt importante: o reconstrucție rezonabilă a problemei și apoi căutarea unei soluții mai bune⁷. Principiile sunt importante în practica juridică atunci când o hotărâre judecătorească se bazează exclusiv pe principiul dreptului. Principiile sunt prescripții și garanții constituționale care poartă promisiuni și limitări: promisiunea unei soluții echitabile a conflictelor și restricții, în măsura în care limitează și condiționează această activitate a statului, adică asigură anumite poziții părților și limitează activitatea judecătorului.

Argumentarea deciziilor este influențată de principiile de drept pe care instanțele constituționale le folosesc în activitatea lor⁸. Este important să alegeți modelul sau metodele de motivare a deciziei instanței, deoarece sarcina principală este de a convinge destinatarii și societatea de corectitudinea acesteia, în caz contrar decizia nu va fi legitimă.

Paulo de Barros Carvalho consideră că „principiul este un cuvânt care vizitează adesea discursul filosofic, exprimând „început”, „punctul de plecare”, „punctul de plecare”, „ipoteza limită”, ales ca propunere de lucru. Exprimă și formele de sinteză cu care se mișcă meditațiile filosofice („a fi”, „a nu fi”, „a deveni-fi” și „trebuie să fie”), pe lângă faptul că au o prezență obligatorie acolo unde orice teoria educă afirmațiile științifice, deoarece toată știința se bazează pe una sau mai multe axiome (postulate). Fiecare „principiu”, fie că este un termen simplu sau un enunț mai complex, este întotdeauna receptiv la exprimarea în formă propozițională, descriptivă sau atributivă⁹.

Pentru a aprecia argumentația juridică efectuată de curțile constituționale, trebuie menționat că factorul determinant pentru acestea este principiul

⁶ Лазарев В. В. Принципы юридического процесса. URL: http://society.polbu.ru/lazarev_pravo/ch63_i.html

⁷ Щербанюк О.В. Вплив конституційних судів на процеси реалізації цінностей та принципів права (проблеми аргументації). Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф. (Чернівці, 16 жовтня 2020 р.); [редкол.: О.В. Щербанюк (голова), Л.Г. Бзова (відпов. секр.) та ін.]. Київ: Видавництво ВАІТЕ, 2020. 356 С. С. 214–218.

⁸ Щербанюк. О.В. Принципы права в аргументації рішень конституційних судів. Вісник Конституційного Суду України №5/2021. С. 102-109.

⁹ Carvalho, Paulo de Barros – “Direito Tributário Linguagem e Método”, 2011, São Paulo, Editora Noeses, 4^a edição, pag. 264.

interpretării statutare, care se bazează pe legea și practica instanței de judecată în activitatea acesteia.

Rețineți că din punct de vedere juridic nu există o ierarhie între principiile justiției constituționale, adică toate normele constituționale au aceeași forță juridică. Desigur, există principii cu diferite niveluri de materializare și densitate semantică, dar este greșit să spunem că există o ierarhie normativă între principiile constituționale. De altfel, ca o consecință directă a principiului unității Constituției, existența unor norme constituționale contradictorii (neconstituționale) este considerată inacceptabilă, adică complet incompatibilă, deși poate exista și, de regulă, tensiune între norme.

Argumentarea juridică și statul de drept sunt două categorii inseparabile. În cazul în care într-o anumită comunitate există un corp de drept stabilit și recunoscut, menit să guverneze acordurile dintre toate persoanele din comunitate, respectarea strictă a acestor norme legale de către persoanele cu autoritate guvernamentală este de neprețuit. Acolo unde legea este respectată cu strictețe, se instituie statul de drept. Dintre valorile pe care le garantează, niciuna nu este mai importantă decât securitatea juridică, cu excepția, poate, a principiilor care o însoțesc: securitatea așteptărilor legale și garantarea cetățeanului de transferuri arbitrare de către guvern și agenții săi. Aceasta pentru că o societate care realizează aceste idealuri de securitate și securitate juridică, permite cetățenilor săi să ducă o viață autonomă în condiții de încredere reciprocă¹⁰.

Principiul rezonabilității nu este altceva decât căutarea rațiunii, deoarece este rezonabil în luarea unei decizii, acționând ca un instrument de apreciere a unui anumit fapt referitor la legea aplicabilă. L. Barroso observă că acest principiu își are originea în Statele Unite, funcționând, așadar, ca un parametru al controlului judiciar, adică al controlului de constituționalitate.

F. Oliveira înțelege conceptual principiul rezonabilității ca fiind: rezonabil - este în conformitate cu rațiunea, rezonabil. Reprezintă moderație, logică, acceptare, bun simț. Minte necesită cunoaștere și judecată. Expune bunul simț, dreptate, echilibru. Acest lucru ajută la explicarea conexiunii dintre consecință și cauză. Acest lucru se opune capriciului, arbitrarului. Aceasta se datorează prudenței, virtuților morale, bunului simț, valorilor superioare promovate în ziua comunității¹¹.

Adică, principiul rezonabilității presupune căutarea dreptății, este un act de conduită cu rațiune, în care judecătorul trebuie să țină cont de o anumită împrejurare juridică în concordanță cu aspectele ei calitative – sociale, economice, culturale și politice, întotdeauna bazate. asupra parametrilor juridici. Rețineți că principiul rezonabilității este fundamental pentru interpretarea oricărei norme constituționale.

¹⁰ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, Lo racional como razonable, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 122, 134 y ss.

¹¹ Oliveira, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

Principiul proporționalității este un standard recunoscut de protecție a drepturilor omului în democrațiile moderne, inclusiv în Ucraina, este utilizat în mod activ în practica curților constituționale străine și a Curții Constituționale a Ucrainei, în special în evaluarea legitimității restricțiilor legislative privind drepturile și libertățile fundamentale ale omului. . Aproape fiecare decizie a Curții cu privire la plângerile constituționale aplică principiul proporționalității, ceea ce nu este surprinzător având în vedere natura unor astfel de cazuri, ale căror probleme sunt legate organic de legalitatea restricțiilor legislative privind drepturile și libertățile fundamentale ale omului. Cu toate acestea, textul unor astfel de decizii nu reproduce încă un sistem de argumente care să ne permită să urmărim utilizarea de către acestea a testului clasic de proporționalitate cu evaluarea consecventă de către Curte a celor trei componente ale acestui test (adecvarea, necesitatea, proporționalitatea în sensul restrâns sens)¹².

Principiul proporționalității se aplică în cazurile de conflict de principii juridice. Aceasta înseamnă că va acționa ca un standard de interpretare și aplicare care nu poate fi exclus. Principalul punct este să înțelegeți că aceasta este norma care rezolvă coliziunea.

3. Motivarea hotărârii judecătorești ca cerință a standardelor justiției echitabile

La început, este important să punctăm la definițiile clasice pentru a înțelege mai bine ce este „motivația”. Domnul P. Kalamandrei constată că acesta este „un semn fundamental și tipic” al raționalizării funcției jurisdicționale. Se poate susține că motivarea este partea cea mai importantă a unei hotărâri judecătorești, în care judecătorul expune motivele sau temeiurile pe care se întemeiază în decizia sa, adică motivele care l-au determinat să ia o decizie în conflictul pe care l-a avut. chemat să rezolve¹³.

E. Vrublevsky a remarcat că decizia juridică finală, care se află într-un anumit caz în stabilirea consecințelor sale juridice, este strâns legată de mai multe decizii anterioare, care în teorie pot fi considerate drept justificare. Identificarea acestor decizii depinde de modelul teoretic de luare a deciziilor¹⁴.

M. Taruffo notează că „motivarea bună ar trebui să fie constituită dintr-un ansamblu de argumente motivate, structurate logic pentru a forma o decizie rațională motivată, atunci putem observa că și motivația îndeplinește, de fapt, o funcție de raționalizare”. De fapt, îl obligă pe judecător să facă un lucru rațional, nu doar să se bazeze pe intuiție subiectivă nejustificată. Dacă un judecător știe că va trebui să își justifice rațional decizia, se poate presupune că va folosi criterii

¹² Євтошук Ю.О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права : дис. канд. ... юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2015. 214 с.

¹³ Calamandei Piero. (1960). *Proceso y democracia*. Traducción de Héctor Fix Zamudio . Buenos Aires: Editorial Ejea. Pág. 115

¹⁴ Wroblewski Jerzy. (1989). *Sentido y hecho en el Derecho*. España: Servicio Editorial Universidad del País Vasco. Págs. 21 y ss.

logice și raționale pentru a o lua, care în final vor trebui să se reflecte în partea motivațională a hotărârii judecătorești¹⁵.

H. Junior constată că motivarea actelor jurisdicționale prevăzute de Constituție restrânge atribuțiile exercitate de judecător și impune aplicarea corespunzătoare a statului de drept, demonstrând că acesta nu a încălcat drepturile fundamentale, sau a decis împotriva legii, ori extrapolat din responsabilități¹⁶.

H.M. Boker înțelege motivația ca un element formal ne semnificativ al unui act administrativ. El notează: „Motivația este exteriorizarea sau exprimarea motivelor sau motivelor care l-au determinat pe autor să o accepte. [...] Motivația este o formă ne semnificativă care însoțește o formă esențială a unui act administrativ expres¹⁷.

Problema motivației se pune în principal în etapa examinării constituționale. Desigur, s-a remarcat că „această practică instituțională a motivației scăzute este asemănătoare cu o formă de formalism foarte vizibilă și cu o apelare aproape sistematică la regimul deductiv”¹⁸. Pe baza unei interpretări raționalizate a legii, această structură facilitează găsirea și determinarea normei și interpretarea constituțională a acesteia. S-ar putea folosi și alte metode de luare a deciziilor de către instanțele străine, care includ în deciziile acestora precedente, mai mult sau mai puțin evidențiate considerații de fapt, argumente doctrinare sau opinii ale diferiților judecători. Dar Curții Constituționale i-ar fi greu să treacă de la un sistem juridic așa-zis „închis”, în care orice problemă trebuie decisă în raport cu textul, la un sistem mai „deschis”, bazat în esență pe referenți respinși în fiecare caz. Acest lucru nu este în concordanță cu cultura noastră juridică și nu pare că o astfel de ediție în sine să conducă la astfel de îmbunătățiri prin prisma scopurilor urmărite, încât să fie necesară schimbarea metodei silogistice de compilare.

Motivația este un raționament clar care se reflectă în decizie. Motivația în sine este o expunere de motive care poate fi înțeleasă ca motivul deciziei. Acest vocabular abordează în mod evident o întrebare mai abstractă care poate pretinde a fi o prezență străveche în reflecția juridică: menține legea o anumită legătură cu ideea de rațiune sau raționalitate? Ar trebui să înțelegem motivele pe care le dă un judecător (motivarea) sau care i se pot atribui (motivele pe care le-a avut sau ar trebui să aibă), spre deosebire de motivele pe care le dă) ca o legătură cu cauza filosofilor, sau doar ca un indiciu al caracterului rezonabil al activităților sale? Astfel, problema motivării este prezentată ca un fel de reflecții juridice ale

¹⁵ Taruffo Michelle. (2009). “Ciencia y Proceso”. En: Páginas sobre justicia civil. Madrid: editorial Marcial Pons. Pág. 456.

¹⁶ orge Junior, O princípio da motivação das decisões judiciais. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito a PUC – SP. PUC

¹⁷ Boquera, J. 1990. Estudios sobre el acto administrativo. 6° ed. Madrid, Editorial Civitas. 255-256 p.

¹⁸ Denis Baranger, «Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel», Jus Politicum n° 7, mai 2012, p. 5. URL: <http://juspoliticum.com/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478.html>

Pandorei: o „simplu” chestiune de procedură care ridică problema „corectei administrări a justiției” și a respectării drepturilor justițiabililor, deschide calea naturii dreptului, decurgând din punct de vedere juridic. relația sa cu justiția (inclusiv justiția constituțională), precum și discuțiile privind statutul politic al judecătorilor.

E. Kloss definește motivația ca „o declarație formală și explicită a justificării deciziei. Adică exprimarea formală a trăsăturilor normative care permit subiectului să dicteze temeiul de fapt și motivele care dau o justificare logică/rațională deciziei, pentru a satisface o anumită nevoie¹⁹. Cu alte cuvinte: justificarea normativă, de fapt și rațională, care dă temeiul unei decizii, explică de ce se ia această decizie și respectă legea”.

Fundamentarea sau căutarea motivelor în actele de procedură juridică este o activitate psihică complexă, care constă în structurarea logică calitativă a propriei poziții juridice, prin prelucrarea șirului de informații aferente (dispoziții de legislație, jurisprudență, inclusiv instanțele străine, abordări doctrinare etc.) pentru a găsi ambele răspunsuri la întrebările principale pentru a-și confirma poziția și a convinge alte părți interesate. Acest proces permite unei persoane să-și obiectiveze (demonstreze față de sine și altora) propria sa viziune subiectivă asupra unei abordări, fapte, procese juridice etc.

Motivarea hotărârii judecătorești asigură: 1) punerea în aplicare a principiilor de bază ale justiției, inclusiv principiul statului de drept, contradictorialitatea, formalitatea lămuririi împrejurărilor cauzei etc.; 2) respectarea drepturilor și intereselor fundamentale ale omului și cetățeanului în domeniul justiției; 3) posibilitatea controlului judiciar asupra legalității și temeiniciei hotărârilor instanțelor instanțelor anterioare; 4) posibilitatea controlului public asupra calității hotărârilor judecătorești, monitorizarea și discutarea publică a acestora; 5) protecția omului și a cetățeanului, a celorlalți participanți la raporturile juridice de arbitriul justiției.

Lipsa motivării corespunzătoare a hotărârii judecătorești poate conduce la următoarele consecințe negative: 1) pentru parti: încălcarea dreptului la soluționarea justă și imparțială a litigiului și, în consecință, adoptarea unei hotărâri judecătorești; nerespectarea principiilor constituționale ale justiției; 2) pentru un judecător: revocarea deciziei sale de către o instanță superioară sau constituirea de către o instituție judiciară internațională a cărei competență este recunoscută de Ucraina, încălcarea obligațiilor internaționale ale Ucrainei în soluționarea unui anumit caz de către o instanță; aplicarea măsurilor disciplinare unui judecător; reducerea neîncrederii publicului în justiție.

Astfel, semnele (criteriile) unei hotărâri judecătorești motivate sunt: structura clară a deciziei, coerența împrejurărilor cauzei, argumentele participanților, probele și normele de drept la care se referă și luarea în considerare a circumstanțelor reale. al cauzei, partea de motivare cuprinde toate elementele constitutive de drept procesual ținând seama de instanță (împrejurările stabilite de

¹⁹ Soto Kloss, E. 2009. Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Santiago, Editorial Legal Publishing. 352 p.

instanță și conținutul raportului juridic în litigiu; probe, evaluarea motivată a fiecărui argument; normele de drept aplicate de instanță și motivele aplicării acestora; normele de drept la care se referă părțile neaplicate de instanță și motivele neaplicării acestora etc.); în partea de motivare se precizează fundamentarea legală a concluziilor judecătorești cu referire la probele concrete admise de instanță; dispozitivul conține concluzii care decurg logic din motivele descrise în partea motivațională

Concluzii

Astfel, raționamentul juridic este o modalitate rațională de a convinge subiecții raporturilor juridice prin influența orală sau scrisă asupra acestora, care se realizează prin evaluarea juridică și critică a afirmațiilor, ipotezelor, propunerilor de utilizare a terminologiei juridice pentru a le schimba punctele de vedere sau convingeri. Elementele centrale ale mecanismului de asigurare a principiului validității hotărârilor judecătorești sunt: securitatea juridică, eficiența juridică și lipsa de arbitrar. Procesul de fundamentare a deciziei este împărțit în două părți: justificarea internă, care descrie decizia cauzei, și externă, care explică clar modul în care a fost luată decizia prin argumentele care justifică alegerea presupunerii și deciziei. Situațiile decizionale care necesită argumente juridice mai temeinice din punct de vedere tehnic sunt din ce în ce mai frecvente în realitățile juridice marcate de constituții înzestrate cu aceste caracteristici (democrațiile constituționale se caracterizează și prin pluralism politic, social, etnic și cultural), impunând actorilor autohtoni (participanților) viziunea pt. o înțelegere adecvată a dreptului ca practică socială (interpretativă și argumentativă), și, prin urmare, subliniază de neînlocuit (mai degrabă decât exclusivitatea) demersului argumentativ în analiza fenomenului juridic.

Sarcina argumentării este mult mai mare, deoarece este direct proporțională cu caracterul de autoritate al deciziilor luate. Instanțele Supreme și Curțile Constituționale, pe lângă faptul că decid ca cel mai înalt nivel al justiției, în primul caz, iar cele mai înalte organe politice, în al doilea, suportă enorma povară a raționamentului necesară hotărârilor judecătorești care trebuie respectate pe scară largă. și executate. formarea sau modificarea consecințelor sistemului juridic.

Referințe

- Aarnio A., *Lo racional como razonable, Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 122, 134 y ss.
- Boquera J., *Estudios sobre el acto administrativo*. 6° ed. Madrid, Editorial Civitas, 1990
- Calamandeei P., *Proceso y democracia*. Traducción de Héctor Fix Zamudio . Buenos Aires: Editorial Ejea, 1996
- Carvalho P.B., „Direito Tributário Linguagem e Método”, São Paulo, Editora Noeses, 4ª edição, 2011
- Baranger C., «Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel», *Jus Politicum* n° 7/ 2012, p. 5

- Jorge Jr, „O princípio da motivação das decisões judiciais”. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito a PUC – SP. PUC
- Oliveira F.C.S., *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- Pimenta P.L.R., Normas de competência e o controle de validade da norma impositiva tributária”. *Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito*, p. 840
- Soto Kloss, E. *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009
- Taruffo M., „Ciencia y Proceso”. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: editorial Marcial Pons, 2009
- Wroblewski J., *Sentido y hecho en el Derecho*. España: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989
- Wroblewski, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1985
- Висновок № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень
- Євтошук Ю.О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права : дис. канд. ... юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2015. 214 с.
- Лазарев В. В. Принципы юридического процесса.
- Щербанюк О.В. Вплив конституційних судів на процеси реалізації цінностей та принципів права (проблеми аргументації). Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф. (Чернівці, 16 жовтня 2020 р.); [редкол.: О.В. Щербанюк (голова), Л.Г. Бзова (відпов. секр.) та ін.]. Київ: Видавництво ВАІТЕ, 2020. 356 С. С. 214–218.
- Щербанюк. О.В. Принципи права в аргументації рішень конституційних судів. Вісник Конституційного Суду України №5/2021. С. 102-109.
- Ян Берназюк. Поняття та критерії мотивованості судового рішення як однієї з гарантій дотримання судами принципу верховенства права. Судебно-юридическая газета.

Dinamica obligațiilor în comparație

Dynamics of obligations in comparison

Elena Sârghi¹

Rezumat: Prezentul articol se axează pe analiza dinamicii obligațiilor, concept conturat prin existența mijloacelor de transmitere a drepturilor, reprezentate de cesiunea de creanță, subrogația personală, de transmitere a obligației, anume preluarea datoriei, de schimbare a poziției pe care o are o parte în raportul obligațional, prin cesiunea contractului, dar și a mijloacelor de transformare a obligațiilor, novația și delegația, aceasta din urmă nemaifiind preluată în actuala reglementare. Esența lucrării constă, însă, în compararea acestor mijloace, prin referire la cadrul normativ, doctrină și jurisprudență.

Cuvinte-cheie: dinamica obligațiilor, cesiunea creanței, subrogația personală, cesiunea contractului, preluarea datoriei, novația

Abstract: This article focuses on the analysis of the dynamics of obligations, a concept defined by the existence of the means of transfer of rights, represented by the assignment of debt, personal subrogation, by the transfer of the obligation, i.e. the assumption of the debt, the change of the position that a party has in the obligation relationship, through the assignment of the contract, but also of the means of transformation of obligations, novation and delegation, the latter no longer being considered by the current regulation. The essence of this article consists in the comparison of these means, by reference to the normative framework, doctrine and jurisprudence.

Keywords: obligations dynamics, assignment of debt, personal subrogation, assignment of contract, assumption of debt, novation

Introducere

Din momentul nașterii raportului juridic obligațional, prin manifestarea de voință, realizată în acest scop, sau prin săvârșirea faptului licit sau ilicit, cauzator de prejudicii, au loc o serie de evenimente cu efecte asupra existenței obligațiilor și a modului în care sunt reflectate acestea în raportul dintre părți. Din acest punct de vedere, obligațiile nu sunt caracterizate prin staticitate, ele fiind în plină mișcare, susceptibile a suferi modificări. În acest sens, doctrina de specialitate utilizează conceptul de dinamică a obligațiilor.²

Această dinamică se datorează, în primul rând, voinței legiuitorului, care a permis realizarea acestor modificări în raportul juridic obligațional, iar în al doilea

¹ Studentă, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” Iași, sarghielena7@gmail.com.

² A. Almășan, *Drept civil. Dinamica obligațiilor*, Editura Hamangiu, 2018, București, p. 2.

rând, părților, care au înțeles să ofere forța juridică, în plan concret, unor prevederi legale, însă, după cum vom observa în cuprinsul acestei lucrări, nu întotdeauna este nevoie de acordul ambelor părți, întrucât regula cu privire la obligativitatea contractului vizează, în principal, ca momente temporale din existența obligației, nașterea și stingerea, aspecte care sunt guvernate de principiul *mutuus consensus*, *mutuus dissensus*, nu și modificarea acesteia. De asemenea, după cum vom observa, dinamica obligațiilor nu operează exclusiv în cadrul raporturilor contractuale, existând, în egală măsură, posibilitatea ca astfel de mijloace de transmisiune sau transformare să își producă efectele și cu privire la obligațiile care iau naștere în urma faptelor ilicite sau licite, izvoare *stricto sensu*.

Mijloacele juridice prin care se realizează dinamica au fost clasificate de doctrina de specialitate în două categorii, în funcție de efecte produse, în mijloace de transmitere și mijloace de transformare.³ În prima categorie sunt încadrate: cesiunea de creanță (art. 1.566-1.592), subrogația personală (art.1.593-1.598), preluarea datoriei (art. 1.599-1.608) și cesiunea contractului (art. 1.315-1.320), iar din cea de-a doua categorie, doar novația (art. 1.609-1.614).

De asemenea, mijloacele pot fi clasificate, tot după criteriul efectelor, în: mijloace care presupun modificări la nivelul creanței⁴ (cesiunea de creanță, subrogația personală, novația prin schimbare de creditor) și mijloace care se referă la schimbări la nivelul obligației (preluarea datoriei, novația prin schimbare de debitor), iar cesiunea contractului joacă un rol intermediar, întrucât simultan au loc modificări atât la nivel creanței, cât și a obligației, prin substituirea poziției pe care o are o parte în respectivul raport obligațional,⁵ însă această substituie în raportul obligațional este un efect subsidiar, întrucât, în principal, are loc o înlocuire în poziția de parte a contractului, așa cum, în cazul contractelor sinalagmatice, ambele părți au calitatea de debitor și de creditor în raporturi obligaționale distincte.

Așadar, putem privi dinamica obligațiilor ca o latură ce oferă vitalitatea necesară raportului obligațional în vederea adaptării sale la situațiile concrete cu care se confruntă părțile, iar în timp ce transmisiunea se referă la un transfer *inter vivos ut singul*⁶, transformarea privește stingerea obligației și nașterea unei noi obligații, efecte care se extind și asupra drepturilor accesorii.

1. Drept roman

Înainte de a avea loc debutul comparațiilor între mijloacele de transmitere și transformare a obligațiilor, vom da timpul cu câteva sute de ani înapoi, în scopul

³ L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Drept civil. Obligațiile*, ed. a II-a, Editura Universul Juridic, 2020, București, p. 481.

⁴ A.R. Adam, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura C.H. Beck, București, 2017, p. 400.

⁵ A. Almășan, *op.cit.*, p. 224.

⁶ L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op.cit.*, p. 480.

de a observa cum prindea contur dinamica obligațiilor în dreptul roman, dar, mai ales, cum au evoluat acele forme în cele reglementate de legiuitorul contemporan.

În această ordine de idei, cesiunea raportului obligațional era divizată, ca în prezent, în mijloace prin care se transmite creanța și prin care se transmite obligația. În prima categorie, se integrau novația prin schimbarea creditorului și quasi-tradițiunea creanței, iar în cea de-a doua, novația prin schimbarea debitorului. *Procuratio in rem suam* era comună ambelor categorii, fiind înțeleasă ca un mandat judiciar urmat de litis-contestațiune.⁷

Așadar, *prouratio in rem suam* era o operațiune prin care o parte mandata altă parte să realizeze demersurile judiciare necesare în scopul de a-și îndești o creanță pe care o avea împotriva unui terț.⁸ Mandatul putea lua naștere doar în faza *in jure* a procesului, adică cea în care competența de a realiza formula trimisă judecătorului aparține magistratului, acel funcționar al statului. Ulterior, în momentul litis contestațiunii, avea loc ceea ce numim noi, în prezent, cesiune de creanță, prin care mandatarul devine noul creditor, în cadrul procesului, fiind astfel îndreptățit să apeleze la toate apărările și excepțiile pe care le-ar fi avut mandantul. În fine, fiind dovedită eficacitate acestei operațiuni prin vasta sa valorificare, în epoca Dominatului, a fost extinsă și cu privire la obligații.⁹

Novația prin schimbarea creditorului, mijloc existent și în prezent, a fost construit într-o manieră ce ne determină să credem că cesiunea de creanță din prezent este moștenitoarea sa, întrucât constă într-o cedare a creanței de către cedent cesionarului împotriva debitorului cedat, însă creanța să nu fie scadentă.¹⁰ Însă, această novație prin schimbarea creditorului atrage stingerea tuturor garanțiilor, eliminarea excepțiilor care puteau fi invocate anterior, chiar și daunele-interese prevăzute de părți. Această formă de cesiune a raportului obligațional a fost preferată altor forme, deoarece îl avantaja pe noul creditor, fiind evitate eventualele excepții ale debitorului.

Quasi-tradițiunea creanței este o formă a cesiune de creanță din prezent, însă mai simplificată, în sensul că, asemănător modului de dobândire a proprietății prin dar manual sau tradițiune, în mod similar era dobândită și creanța. Altfel spus, era suficientă o convenție între părți cu privire la transferul creanței, iar pentru a fi opozabilă debitorului cedat, îi era trimisă o notificare.¹¹ În prezent, această formă de transmitere a creanței prin negoicere este prezentă în domeniul comercial, întucât ia forma următoarelor: titlul la purtător, titlul nominativ, titlul la ordin.¹²

În final, novația prin schimbarea debitorului are un mecanism similar novației prin schimbarea creditorului, din perspectiva efectelor, însă, în orice caz, este absolut necesar acordul creditorului pentru a produce efecte specifice această

⁷ V.M. Ciucă, *Drept roman. Lecțiuni*, vol. II, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași, 2014, p. 604.

⁸ *Idem*, p. 607.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Idem*, p. 609.

¹¹ *Idem*, p. 612.

¹² *Ibidem*.

operațiune, întrucât trebuie ca acesta să aprecieze solvabilitatea noii persoane care se obligă față de el.¹³

2. Codul civil din 1864

Potrivit vechii reglementări, mijloacele de transmitere a creanței erau cesiunea de creanță (art. 1.391), denumită și strămutarea creanței, și subrogația (art. 1106), iar cele de transformare erau novația sau novațiunea (art. 1.128) și delegația (art. 1.133), ultimă operațiune care nu a mai fost preluată de Codul civil în vigoare.

Aceste mijloace de transmitere și transformare au conferit într-o mare măsură elementele caracteristice operațiunilor din noua reglementare, așadar vom analiza respectivele aspecte în secțiunile următoare, într-o manieră comparativă, însă sunt necesare câteva mențiuni cu privire la delegație și la principalele deosebiri existente între respectivele instituții instituite de Codul civil din 1864 și Codul civil în vigoare, dar și cazuri concrete aduse în discuție de doctrina aferentă vechii reglementări.

În acest sens, rezumativ, delegația reprezintă un mijloc de transformare a obligației, ce constă într-o convenție prin care debitorul dintr-un raport obligațional preexistent aduce creditorului angajamentul unui al doilea debitor, prin care acesta se obligă fie să îl înlocuiască pe debitorul inițial, caz în care delegația e perfectă, fie se obligă alături de acesta, iar delegația va fi imperfectă.¹⁴ Așadar, putem extrage din această definiție care sunt actorii acestei operațiuni: delegantul, debitorul inițial, delegatarul sau creditorul și delegatul sau debitorul subsecvent.¹⁵ Efectele delegației sunt, de asemenea, diferite, în funcție de felul delegației. Așadar, în cazul delegației perfecte, se stinge raportul obligațional dintre delegant și delegatar, iar delegantul garantează delegatarului doar existența și valabilitatea propriei creanțe împotriva delegatului, dar nu răspunde pentru insolvabilitatea delegantului la momentul când trebuie făcută executarea.¹⁶ În schimb, în cazul delegației imperfecte, nu există efectul novator, întrucât se naște obligația dintre delegat și delegatar, fără a se stinge obligația dintre delegatar și delegant, caz în care, creditorul va avea doi debitori. Efectul specific pe tărâmul executării obligațiilor, în cazul delegației, subzistă în lipsa oricărei ierarhii între obligațiile debitorilor, întrucât creditorul poate cere executarea în orice ordine dorește.¹⁷

Revenind la instituțiile care au fost preluate în Codul civil în vigoare, vom face succinte mențiuni cu privire la principalele deosebiri dintre mijloacele de transmitere și mijloacele de transformare din cele două reglementări.

¹³ *Idem*, p. 616.

¹⁴ M. Costin, M. Mureșan, V. Ursa, *Dicționar de drept civil*, Editura științifică și enciclopedică, București, 1980, p.177.

¹⁵ R.I. Motica, E. Lupan, *Teoria generală a obligațiilor civile*, Editura Lumina Lex, București, 2008, p. 231.

¹⁶ R.I. Motica, E. Lupan, *op. cit.*, p. 233.

¹⁷ *Ibidem*.

În această ordine de idei, în privința cesiunii de creanță, diferențele sunt vizibile în condițiile impuse debitorului cedat pentru a accepta cesiunea și opozabilitatea față de ceilalți terți. Așadar, potrivit art. 1.393 Codului civil din 1864, debitorul cedat putea accepta doar prin înscris autentic, dat fiind că prin aceasta operau efecte precum renunțarea la compensație, efect menținut în noua reglementare, însă, în prezent, debitorul poate accepta printr-un înscris sub semnătură privată, conform art. 1.578 (1) lit. a.

De asemenea, în privința celorlalți terți, opozabilitatea cesiunii, potrivit Codului civil din 1864, se realiza fără vreun mecanism eficient pentru a aduce concret la cunoștință acestora de realizarea cesiunii,¹⁸ întrucât consta într-o notificare realizată debitorului sau acceptarea acestuia, așadar nu interesa modul în care ceilalți terți ai cesiunii vor fi informați de această operațiune, după cum se precizează în art. 1.393.

În vechea reglementare, la fel ca în prezent, există două tipuri de subrogație, legală sau convențională, iar cazurile de subrogație au rămas aceleași: în folosul aceluia care, fiind el însuși creditor, plătește altui creditor, ce are preferință, conform art. 1.108 Codul civil din 1864, 1.596 din actualul Cod civil, în folosul aceluia care, dobândind un imobil, plătește creditorilor căror acest imobil era ipotecat, în folosul aceluia, care fiind obligat cu alții (codebitorii solidari, codebitorii obligațiilor indivizibile, fideiusorii între ei) sau pentru alții (fideiusorii) la plata datoriei, are interes de a o desface, în folosul eredelui beneficiar, care a plătit din starea sa datorile succesiunii.

În cazul subrogației convenționale, în schimb, rigorile vechiului cod sunt mult mai mari decât în noul cod, în ceea ce privește formalismul impus când creanța se transmite prin consimțământul debitorului, întrucât erau necesare o chitanță și un act de împrumut ambele autentice, potrivit art. 1.107 (2), tocmai pentru a nu exista posibilitatea fraudării creditorului, însă, în noua reglementare, este suficient ca ambele să fie sub forma unui înscris sub semnătură privată, conform art. 1.595 (2) Codul civil în vigoare.

De asemenea, dacă opera o subrogație parțială sub imperiul vechiului cod civil, nu exista prioritate în îndeplinirea creanței între creditorul cedent și creditorul cesionar, după cum în art. 1.190 era menționat, pe când, potrivit Codului civil în vigoare, creditorul cedent va avea preferință, cu excepția cazului în care acesta s-a obligat față de cesionar că va garanta suma pentru care s-a realizat subrogația.¹⁹

Înainte de a trece la noua reglementare, vom face și succinte trimiteri la cazuri concrete în care aveau aplicabilitate prevederile din materia dinamicii obligațiilor, din perspectiva doctrinei.

În acest sens, o parte a literaturii de specialitate și-a pus problema încadrării cesionarului în categoria terților, în privința acțiunilor pauliene. Așadar, s-a susținut punctul de vedere potrivit căruia cesionarul este un reprezentant cu

¹⁸ L. Popa, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 489.

¹⁹ P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, ed. a II-a, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 34.

titlu particular, așadar este un terț exact ca orice dobânditor a unui bun corporal, chiar dacă a dobândit un bun incorporal.²⁰

Totodată, s-a ridicat problema efectelor unei acceptări făcută verbal sau printr-un simplu înscris. În această ipoteză, s-a considerat că cesiunea va deveni opozabilă doar debitorului cedat, cel care a acceptat în acest fel, nu și față de ceilalți terți. În această situație,²¹ însă, subzistă dificultatea probării unei acceptări verbale, întrucât debitorul ar putea tăgădui existența acordului, pentru a tergiversa executarea.

Cele mai des dezbătute probleme în doctrină cu privire la subrogație au vizat instituția succesiunilor, mai precis în urma plății datoriei moștenirii realizată de către un *solvens* care nu trebuia să plătească sau trebuia să plătească o datorie mai redusă, caz în care operează subrogația pentru obținerea sumelor. În această ipoteză, se ridică chestiunea întinderii dreptului de regres. Rezolvarea prezintă nuanțări. Dacă ne referim la o bunuri grevate de ipotecă, s-a admis soluția ca *solvens* să îl înlocuiască pe creditor pentru suma pe care a plătit-o, însă doar pentru ceea ce exceda obligației sale de plată. Însă, contra moștenitorilor universali putea să se îndrepte întotdeauna divizat, urmărind pe fiecare pentru partea sa din obligație. Așadar, s-a tras concluzia că subrogația convențională nu poate transmite moștenitorului *solvens* mai multe drepturi decât subrogația legală.²²

Tot în raport cu succesiunea, însă, de data aceasta cu novația, au fost aduse puncte de vedere asupra situației în care creditorul moștenirii nu mai poate cere separarea de patrimonii, întrucât tacit a renunțat la ea, deși renunțarea, în principiu, trebuie să fie expresă. Așadar, dacă se realizează o novație între creditor și moștenitor, se stinge obligația care afectează moștenirea și ia naștere o obligație personală a moștenitorului, pentru care va răspunde cu bunurile sale personale.²³ De asemenea, tot prin novație, care duce la o renunțare tacită, putem avea în vedere cazuri de prelungire a termenului de plată, primirea unei ipoteci, stipularea solidarității contra moștenitorilor.

De asemenea, stabilind diferențele dintre novație și confirmare, anume intenția de a lua naștere o nouă obligație, respectiv de a da efect obligației inițiale, s-a considerat totuși că, ambele pot avea un punct comun, acela că nu pot lipsi de efectele nulității o donație, întrucât ambele presupun o obligație preexistentă, or, în cazul donației, *juris vinculum* nu este incident. *De lege lata*, moștenitorii pot confirma și o donație nulă absolut.²⁴

²⁰ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparație cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, Tomul nr. VII, Editura Tipografia națională, Iași, 1903, p. 186.

²¹ D. Alexandresco, *Explicațiunea ...*, Tomul nr. V, Editura Tipografia Națională, Iași, 1898, p. 176.

²² D. Alexandresco, *Explicațiunea ...*, tomul nr. III, partea II, București, 1912, p. 694.

²³ *Idem*, p. 739.

²⁴ F. Deak, L. Mihai, R. Popescu, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, ed. a V-a, act. și compl., vol. III, *Depozitul. Împrumutul de folosință. Împrumutul de consumație. Tranzacția. Donația*, Editura Universul Juridic, București, 2018, p. 199.

3. Cesiunea de creanță și subrogația

Cesiunea de creanță este o convenție prin care creditorul cedent transmite creanța sa unui terț, denumit creditor cesionar,²⁵ împotriva debitorului cedat, în timp ce subrogația constă într-o înlocuire legală sau convențională a creditorului, denumit și *accipiens*, cu o persoană, denumită *solvens*, care a plătit datoria debitorului, plată realizată nu cu intenția de a gratifica.²⁶

Dacă părțile cesiunii sunt doar cedentul și cesionarul, cedatul fiind un terț care va suporta efectele convenției, în cazul subrogației convenționale, părțile pot fi atât creditorul inițial, dacă ne referim la o subrogație consimțită de acesta, cât și debitorul, dacă acesta și-a dat acordul în acest sens, însă, în orice caz, cealaltă parte trebuie să fie *solvens*, pentru că prin această operațiune va deveni parte la contract un terț care trebuie să își dea acordul.²⁷

Totodată, cesiunea poate fi parțială sau totală, oneroasă sau gratuită, iar subrogația, la rândul său, poate fi totală sau parțială, însă pentru a opera subrogația legală, trebuie să existe o plată, iar în cazul subrogației consimțite de debitor, trebuie să existe documente care dovedesc plata realizată de către *solvens*,²⁸ însă nimic nu împiedică părțile să realizeze o simulație de plată. De asemenea, în cazul subrogației consimțite de către creditor, art. 1.594 solicită expres o plată, însă, dacă s-a plătit o sumă suplimentară, ar exista o formă de subrogație cu titlu gratuit.

O altă diferență constă în caracterul expres pe care trebuie să îl aibă subrogația convențională, potrivit art. 1.593 (3), în timp ce, în cazul cesiunii de creanță, se poate observa fie caracterul tacit, fie expres.

Trecând la condiții, în privința formei, între părți, e suficient acordul de voință, așadar este prezent consensualismul. Excepțiile constau în: cesiuni gratuite, pentru care trebuie realizată formalitatea așa cum prevede legiuitorul în cazul liberalităților, unei cesiuni a unei obligații *intuitu personae*, pentru care este nevoie de consimțământul debitorului, dar și a unei cesiuni ce vizează o obligație afectată de inalienabilitate convențională, când este nevoie de acordul beneficiarului.²⁹ În cazul subrogației consimțite de debitor, trebuie să fie realizate două înregistrări sub semnătură privată, actul de împrumut și chitanța, așadar principiul este acela al solemnității.

În ceea ce privește opozabilitatea cesiunii față de debitor sau fideiuzor, este necesar fie ca aceștia să accepte prin înscris sub semnătură privată, fie să opereze o notificare sub aceeași formă,³⁰ în timp ce, în cazul subrogației, legea nu cere decât să fie constatată printr-un înscris.

²⁵ B. Oglindă, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a III-a, Editura Universul Juridic, București, 2021, p. 361.

²⁶ *Idem*, p. 373.

²⁷ A.R. Adam, *op. cit.*, p. 419.

²⁸ *Idem*, p. 420.

²⁹ L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 487.

³⁰ A. Almășan, *op. cit.*, p. 284.

În privința consimțământului debitorului, cesiunea nu necesită acordul debitorului decât în cazurile menționate mai sus, în cazul subrogației consimțite, nu e necesar acordul debitorului, orice clauză fiind considerată nescrisă, după cum se precizează în art. 1.594 (1), iar în cazul subrogației consimțite de debitor, poate fi inserată o clauză potrivit căreia este necesar acordul creditorului, concluzie rezultată din interpretarea *per a contrario* a art. 1.595 alin. (3) Cod civil în vigoare.

Referitor la momentul producerii efectelor, în cazul cesiunii, aceasta își produce efectele, între părți, de la acordul de voință, chiar înaintea plății, însă, față de terți, de la momentul realizării condițiilor de opozabilitate, anume prin notificare sau acceptare, cu privire la debitor, sau prin înscrierea în cartea funciară sau registrul național de publicitate imobiliară. Subrogația își produce efectele, însă, de la momentul plății, concomitent cu aceasta.³¹

Efectele produse sunt, în principiu, aceleași, având loc transmiterea creanței, caz în care raportul obligațional va avea un nou creditor, ce va dobândi toate garanțiile fostului creditor, însă, dacă a fost cesionată o creanță, drepturile noului creditor vor privi valoarea întregă a creanței, indiferent de titlul gratuit sau oneros al cesiunii, pe când în cazul subrogației, *solvens* dobândește o creanță la valoarea prețului plătit, așadar dacă a plătit doar o parte din datorie, va avea regres exclusiv în respectiva limită.³²

De asemenea, în jurisprudență, sunt conturate distincțiile descrise mai sus. În acest sens, într-o cauză,³³ s-a dorit operarea unei subrogații personale convenționale consimțită de către creditor, însă instanța, analizând condițiile cerute pentru acest mijloc de transmitere, a concluzionat că plata și subrogarea nu s-au realizat concomitent, așadar a apreciat că operațiunea este nevalabilă. În apel, creditorul a invocat că, în lipsa condiției plății concomitent cu substituirea, instanța ar fi trebuit să interpreteze operațiunea ca fiind o cesiune de creanță. Instanța a admis apelul, cu rejudecare, pe alte considerente decât cele invocate de către apelant, anume nelegarea citare, neajungând astfel să se pronunțe cu privire la cele ridicate de apelant.

4. Cesiunea de creanță și cesiunea contractului

Dacă cesiunea de creanță presupune, după cum și denumirea sugerează, o transmitere a creanței, cesiunea contractului se referă la o substituie a unei părți, cu creanțele și obligațiile pe care aceasta le are,³⁴ așadar nu vizează exclusiv latura de activ.

Părțile cesiunii contractului sunt contractantul cedent și contractantul cesionar, adică cel care va lua locul cedentului, ceea ce înseamnă că este, la fel ca

³¹ A. Almășan, *op. cit.*, p. 327.

³² *Idem*, p. 328.

³³ C.A. Brașov, sect. civilă, dec. nr. 150/2012, consultând adresa de internet <http://www.rolii.ro/hotarari/589346e0e49009c43000171c>, la data de 28.06.2022.

³⁴ A.R. Adam, *op. cit.*, p. 429.

cesiunea creanței, o operațiune bilaterală, și nu tripartită.³⁵ De asemenea, ceea ce seamănă cele două operațiuni este reprezentat de formele prin care se pot realiza. Spre exemplu, atât cesiunea de creanță, cât și cesiunea contractului, pot fi cu titlu principal, când s-a încheiat un contract separat în acest scop, dar și cu titlu accesoriu, când este înstrăinat un bun care făcea obiectul contractului, caz în care poziția fostului proprietar va fi luată de noul proprietar, care trebuie să respecte contractul dintre părți, chiar dacă nu a fost parte la el, iar cazul cel mai des întâlnit se referă la obligațiile *scripte in rem*, și anume respectarea contractului de locațiune de către noul proprietar.³⁶

Totodată, dacă cesiunea creanței poate fi doar convențională, cesiunea contractului, din perspectiva unei părți a literaturii de specialitate poate fi atât convențională, cât și legală, atunci când se exercită dreptul de preempțiune,³⁷ dacă am accepta că această ipoteză reprezintă în adevăratul sens al cuvântului o cesiune a contractului. De asemenea, cesiunea contractului, potrivit altor perspective, excedează cadrului normativ trasat de art. 1.315-1.320 din Codul civil în vigoare, căpătând astfel o complexitate care necesită o atenție sporită, întrucât poate îmbrăca trei forme, respectiv operațiune bilaterală, cu acordul ulterior al cedatului, operațiune tripartită *ab initio*, sau exercitarea unui drept legal, așa cum am precizat anterior.³⁸

O altă diferență existentă între cele două operațiuni constă în condițiile pe care trebuie să le întrunească acestea. În acest sens, în principiu, există consensualism în cazul ambelor, dar acordul celeilalte părți a raportului preexistent este cerut doar pentru opozabilitate în cazul cesiunii de creanță, pe când, în cazul cesiunii contractului, putem deduce din art. 1.318 (2) din Codul civil în vigoare, că acesta este necesar pentru liberarea cedentului, nu însă și pentru încheierea cesiunii contractului, acord ce, în cazul cesiunii contractului, poate fi atât anticipat, cât și ulterior. Se mai cere, prin interpretare logică, ca prestațiile, dacă ne referim la un contract cu executare succesivă, să nu fie executate integral, tocmai pentru ca cesionarul să beneficieze de drepturile rezultate și să îndeplinească obligațiile aferente.³⁹ Totuși, cu privire la acord, legea prevede că dacă acordul a fost anterior dat, efectele se produc fie de la momentul în care îi este notificată cesiunea, fie când acceptă, ceea ce se aseamănă cu cesiunea creanței, nu însă și cu privire la consimțirea anticipată, conform art. 1.317.

Efectele celor două marchează noi diferențe. Pe lângă efectul ușor de sesizat cu privire la laturile activă, respectiv pasivă, afectate de acestea, trebuie observat că există obligație de garanție a validității contractului, iar în cazul cesiunii contractului există posibilitatea ca cedentul să nu fie liberat, pentru că cedatul

³⁵ L. Pop, I.F. Popa, I.S. Vidu, *op. cit.*, p. 521.

³⁶ I. Dogaru, P. Drăghici, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura C.H. Beck, București, 2019, p. 29.

³⁷ L. Pop, I.F. Popa, I.S. Vidu, *op. cit.*, p. 522.

³⁸ C. Codrea, „Notes on the assignment of contract in the New romanian Civil Code”, în *Agora International Journal of Juridical Sciences*, nr. 16/2022, pp.1-4, p. 2.

³⁹ L. Pop, I.F. Popa, I.S. Vidu, *op. cit.*, p. 524.

nu este de acord, ipoteză în care acesta din urmă se poate îndrepta împotriva cedatului, dacă în 15 zile de la refuzul executării obligației de către cesionar.⁴⁰

Realizăm o trimitere la un caz relevant din practica judiciară, pentru a observa, în mod concret, o distincție între cele două moduri de transmitere. În acest sens, într-o cauză aflată pe rolul judecătorei sectorului 3 București,⁴¹ reclamanta, în calitate de creditor cesionar, a solicitat obligarea părâtului debitor la plata despăgubirilor pentru încetarea prematură a contractului, obligație ce izvora din contractul existent între concedent și cedat, însă instanța a respins acțiunea, motivând că, în privința accesoriilor viitoare, deși primește drepturile, garanțiile și accesoriile, cesionarul nu devine parte contractantă într-un contract care nu a fost cesionat, ci numai creditorul sumei de bani devenite scadentă până la data cesiunii, pe viitor, efectele contractului privitoare la accesorii încetând. Totodată, aceasta a fost și un element de distincție observat de către instanță între cesiunea creanței și cesiunea contractului.

5. Cesiunea de creanță și novația prin schimbare de creditor

Novația reprezintă o convenție prin care se sting obligația veche și accesoriile sale, urmată de nașterea unei noi obligații, iar în cazul novației subiective prin schimbare de creditor, un terț va lua locul creditorului inițial, prin acordul dintre aceștia, fără acordul debitorului.⁴²

În primul rând, în timp ce cesiunea de creanță este un mijloc de transmitere a creanței, care implică subzistența obligației inițiale, novația este un mijloc de transformare a obligației, așadar obligația inițială nu mai supraviețuiește.

În al doilea rând, dacă cesiunea de creanță poate fi tacită sau expresă, novația poate fi doar expresă, potrivit art. 1.610, întrucât nu se prezumă, motivul fiind ușor de înțeles prin raportare la efectele acesteia: având loc o stingere a obligației inițiale și a garanțiilor sale, nu se poate rezonabil presupune că, prin simplul fapt al acceptării unei modificări a raportului juridic obligațional, se stinge o respectivul raport și se dă naștere unei obligații noi.

Printre condițiile de valabilitate ale cesiunii de creanță și novației nu se regăsește acordul celeilalte părți a raportului inițial. Ambele necesită ca obligațiile anterioare să fie valabile, în cazul novației fiind obligatoriu ca ambele să fie cel mult afectate de nulitate relativă, pentru a putea fi acoperite prin confirmare.⁴³ În cazul cesiunii de creanță cu titlu oneros, însă, cedentul garantează existența creanței și răspunde pentru evicțiune,⁴⁴ așadar obligația inițială ar fi lovită de nulitate pentru lipsa obiectului, întrucât acesta aparține unui terț, prin urmare, în acest caz, deși nu se cere expres validitatea obligației inițiale, vor exista urmări în

⁴⁰ A. Almășan, *op. cit.*, p. 371.

⁴¹ Jud. sector 3 București, sec. civilă, dec. nr. 12892/2019, la adresa de internet <http://www.rolii.ro/hotarari/5fa75c34e49009781e000066>, accesată la data de 28.06.2022.

⁴² A. Almășan, *op. cit.*, p. 371.

⁴³ A.R. Adam, *op. cit.*, p. 438.

⁴⁴ *Idem*, p. 410.

cazul în care această condiție nu este întrunită. Cu privire la validitatea contractului de cesiune, chiar dacă nu se cere expres validitatea lui, dacă nu ar fi valabil încheiat, potrivit efectelor retroactive ale nulității, cesiunea își va pierde forța juridică.

În privința efectelor, fără dubiu, în cazul novației, noul creditor nu mai poate invoca împotriva debitorului garanțiile pe care le avea creditorul inițial, cu excepția nulității absolute,⁴⁵ deși aceasta, în principiu, poate fi invocată oricând, de orice persoană interesată, pe când în cazul cesiunii de creanță, accesoriile sunt menținute.

6. Subrogația și novația prin schimbare de creditor

Dacă subrogația e un mijloc de transmitere a creanței inițiale către un terț, denumit *solvens*, novația e un mijloc de transformare a obligației, așadar obligația se stinge, iar în noul raport juridic obligațional altă persoană va lua locul creditorului inițial.

Ambele operațiuni trebuie să fie exprese, întrucât în cazul subrogației convenționale există o prevedere expresă în acest sens, art. 1.593 (3) din Codul civil în vigoare, iar în privința novației se precizează că nu poate fi prezumată, potrivit art. 1.610 din Codul civil în vigoare.

Dacă subrogația poate fi atât legală, cât și convențională,⁴⁶ novația prin schimbare de creditor, ca orice formă de novație, poate fi doar convențională. De asemenea, în cazul ambelor, nu este necesar acordul debitorului inițial, fiind suficientă realizarea opozabilității față de acesta.

Din perspectiva avantajelor, dacă subrogația poate reprezenta un beneficiu atât pentru *solvens*, care obține astfel creanța prin plată, pentru *accipiens*, care își realizează creanța, cât și pentru debitor, prin faptul că a fost diminuată presiunea creată prin urmărirea creditorului inițial, având posibilitatea de a obține o amânare a plății,⁴⁷ în cazul novației prin schimbare de creditor, noul creditor se bucură de calitatea sa de titular al dreptului de creanță, vechiul creditor poate avea un interes în a admite novația, dacă fie exista un raport obligațional anterior cu noul creditor, fie dorea să realizeze o liberalitate în privința acestuia, pe când în cazul debitorului, acesta se află în ipoteza în care are un nou creditor, împotriva căruia nu poate valorifica excepțiile anterioare. Dacă, însă, există un acord între debitor și noul creditor, pot opera remiteri de datorie parțiale sau alte forme juridice care să confere debitorului o situație juridică mai favorabilă.

Nu în ultimul rând, garanțiile se sting în cazul novației,⁴⁸ pe când în cazul subrogației se mențin. În plus, *solvens*, pe lângă acțiunea personală pe care a dobândit-o prin plata datoriei, mai are și o acțiune proprie izvorâtă din mandat,

⁴⁵ *Idem*, p. 441.

⁴⁶ B. Oglindă, *op. cit.*, p. 373.

⁴⁷ F.A. Baias, E. Chelaru, I. Macovei, R. Constantinovici, *Noul Cod Civil. Comentarii pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 1796.

⁴⁸ *Idem*, p. 397.

gestiune de afaceri sau îmbogățire fără justă cauză,⁴⁹ iar alegerea îi aparține, fără a putea cere, însă, o dublă plată.

7. Preluarea de datorie și cesiunea contractului

Începând cu această secțiune, într-o manieră simetrică abordării transmiterii creanței, vom analiza transmiterea obligației. În acest sens, preluarea datoriei constă într-un contract fie între debitorul inițial și cel subsecvent, fie între creditor și noul debitor,⁵⁰ în schimb, cesiunea contractului reprezintă o transmitere globală, nu în sensul de universală, pentru că nu se transmite întreg patrimoniul, ci doar rolul pe care îl are o parte într-un raport juridic obligațional.

Dacă părțile în cazul cesiunii contractului sunt contractantul cedat și contractantul cesionar,⁵¹ în cazul preluării datoriei, debitorul cesionar va încheia un contract fie cu creditorul, fie cu debitorul, însă în această din urmă ipoteză, este necesar acordul creditorului,⁵² iar din această perspectivă a existat tendința de a considera preluarea datoriei, în această formă, ca o operațiune tripartită, însă suntem de părere că suntem în prezența un contract ce își produce efectele între părți încă de la încheierea acestuia, ceea ce este specific unui act bilateral, însă pentru ca față de terți să producă efecte, este necesar acordul unei alte persoane.

Dacă am admite ideea că exercitarea dreptului de preempțiune este un fel de cesiune a contractului, ar însemna că am identificat o altă deosebire între cele două, și anume că cesiunea contractului poate fi atât legală, cât și convențională, pe când preluarea datoriei ar fi doar convențională.

Din perspectiva condițiilor de valabilitate, ambele operațiuni se fundamentează pe consensualism, iar atât în ipoteza preluării datoriei prin contract între debitori, cât și în cesiunea contractului, acordul creditorului în primul caz și al cedatului în cel de-al doilea reprezintă condiții de eficacitate,⁵³ însă nu și cu privire la raporturile dintre părți. În cazul ambelor, așadar, efectele se produc între părți fără nicio barieră, însă față de cealaltă parte a raportului preexistent, este necesar respectivul acord.

În privința efectelor, cele interne și externe sunt aceleași, existând în ambele cazuri obligația de garanție. În raport cu garanțiile, acestea se mențin, iar în ipoteza cesiunii contractului, există dreptul de regres împotriva cedentului, dacă nu a fost liberat de către cedat, dar și posibilitatea ca cedentul să răspundă ca fideiutor, dacă garantează și executarea obligației, în conformitate cu art. 1.320.

Așadar, putem deduce că, dacă în situația cesiunii de creanță, nu este dat acordul cedatului, acesta din urmă va avea doi debitori,⁵⁴ însă, la preluarea datoriei, efectele interne ale contractului dintre debitori se vor extinde, în sensul că

⁴⁹ L. Pop, I.S. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 506.

⁵⁰ A. Almășan, *op. cit.*, p. 349.

⁵¹ *Idem*, p. 247.

⁵² L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 511.

⁵³ L. Pop, I.F. Popa, I.S. Vidu, *op. cit.*, p. 513.

⁵⁴ A.R. Adam, *op. cit.*, p. 435.

cesionarul va executa în locul cedatului, iar din moment ce plata poate fi făcută de oricine, în principiu, creditorul nu poate refuza plata.⁵⁵

Potrivit jurisprudenței, cu privire la cesiunea contractului de locațiune, în cazul unor prevederi contractuale de felul: „nu este permisă subînchirierea sau cesiunea bunurilor închiriate fără acordul locatorului”, greșit a invocat pârâta că reclamantul-locator nu poate cesiona contractul, în lipsa unor prevederi exprese, dat fiind că nu există nicio interdicție de acest fel în legea nr. 114/1996 privind locuințele, coroborată cu prevederile Codului civil și interpretarea contractului după voința reală a părților. În acest caz, instanța a apreciat că există o cesiune a contractului, pe cale de consecință, admitând acțiunea ce avea ca obiect obligarea pârâtei la plata chiriei.⁵⁶ Această soluție este importantă din perspectiva unei comparații dintre cesiunea contractului și preluarea datoriei, în care, indiferent de ce prevederi erau incidente în contract, acordul creditorului era necesar, norma legală fiind una imperativă.

7. Preluarea de datorie și novația prin schimbare de debitor

Cele mai pregnante deosebiri rezidă în natura în sine a operațiunilor, întrucât la preluarea datoriei ne referim la un mijloc de transmitere a obligației, pe când, în cazul novației, la un mijloc de transformare. În consecință, în ipoteza primei menționate, obligația se menține cu accesoriile sale, însă va fi transferată în patrimoniul altei persoane,⁵⁷ în timp ce, în cazul celei de-a doua, obligația inițială se stinge, luând naștere o nouă obligație, cu un nou debitor.

Părțile sunt, în situația unei preluări de datorie, cesionarul și cedatul sau cedentul, iar în ipoteza unei novații, creditorul și noul debitor, fără a fi nevoie de acordul debitorului inițial.⁵⁸

Ambele operațiuni necesită respectarea condițiilor generale de fond, ambele se bazează pe principiul consensualismului, iar în cazul amândurora putem să vorbim doar despre forme convenționale, nu și legale. De asemenea, deși doar în cazul novației se cere ca vechea și noua obligație să fie valabile,⁵⁹ în privința preluării de datorie se impune doar să existe o obligație veche. Însă, dacă preluarea a fost ineficace, din diverse motive, printre care și desființarea preluării pentru nulitate, creditorul este îndreptățit să solicite daune.⁶⁰

În schimb, dacă preluarea datoriei impune supraviețuirea obligației inițiale și accesoriile aferente, în cazul novației, acestea se sting. Referitor la garanțiile oferite de terți, în ipoteza unei novații prin schimbare de debitor, ipotecile care grevau bunurile debitorului inițial nu pot supraviețui fără acordul acestuia din urmă, potrivit art. 1.611 (2). Nu în ultimul rând, noul debitor poate invoca doar

⁵⁵ I. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 513.

⁵⁶ Jud. Buftea, sect. civilă, dec. nr. 1476/2013, la adresa de internet: <http://www.rolii.ro/hotarari/589245f49009e41a001f9d>, consultată la data de 29.06.2022.

⁵⁷ A. Almășan, *op. cit.*, p. 357.

⁵⁸ B. Oglindă, *op. cit.*, p. 37.

⁵⁹ *Idem*, p. 438.

⁶⁰ I. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 514.

nulitatea absolută a actului ce a stat la baza obligației inițiale, el neavând posibilitatea de a invoca, în caz contrar, mijloacele de apărare pe care le avea debitorul inițial împotriva creditorului.

Concluzie

După parcurgerea mijloacelor care oferă culoare dinamicii obligațiilor, într-o manieră comparativă, potrivit noii și vechii reglementări, și observarea unor linii directoare în universul jurisprudențial, putem conchide prin afirmarea, cu tărie, că această celulă specifică obligațiilor nu a apus, ci este mai vie ca niciodată, reușind să se ridice la exigențele dorite de părți, iar atunci când legiuitorul nu a reglementat dinamica obligațiilor în maniera dorită de acestea, se va ajunge, pe bază de consensualism, la o variantă mediată, care să combine prevederile legale imperative cu prevederile contractuale specifice normelor dispozitive.

De asemenea, prin acestea se mai reușește fluidizarea circuitului civil și a operațiunilor existente de pe parcursul său, întrucât, după cum am observat, se reușește cu măiestrie transmiterea creanței, prin cesiune de creanță, a obligației, prin preluarea datoriei, sau ambele, prin cesiunea contractului, așadar au loc schimbări, apar terți în contract, ba chiar între aceleași părți se stinge un raport și ia naștere altul, cu un element de noutate, specific novației. În concluzie, nu putem decât să apreciem existența acestor mijloace de transmitere și de transformare a obligațiilor, și să medităm asupra oportunității sau nu a lipsei delegației de lege lata.

Referințe

- Adam A.R., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura C.H. Beck, București, 2017
- Alexandrescu D., *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparație cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, tomul nr. III, V, VII, Editura Tipografia națională, Iași, 1903
- Almășan A., *Drept civil. Dinamica obligațiilor*, Editura Hamangiu, București, 2018
- Baias F.A., Chelaru E., Macovei I., Constantinovici R., *Noul Cod Civil. Comentarii pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2014
- Ciucă V.M., *Drept roman. Lecțiuni, vol. II*, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași, 2014
- Codrea C., „Notes on the assignment of contract in the New Romanian Civil Code”, în *Agora International Journal of Juridical Sciences*, nr. 16/2022, pp.1-4
- Costin M., Mureșan M., Ursa V., *Dicționar de drept civil*, Editura științifică și enciclopedică, București, 1980
- Deak F., Mihai L., Popescu R., *Tratat de drept civil. Contracte speciale, ediția a V-a, actualizată și completată, vol. III, Depozitul. Împrumutul de folosință. Împrumutul de consumație. Tranzacția. Donația*, Editura Universul Juridic, București, 2018
- Dogaru I., Drăghici P., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura C.H. Beck, București, 2019
- Motica R.I., Lupan E., *Teoria generală a obligațiilor civile*, Editura Lumina Lex, București, 2008
- Oglindă B., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a III-a, Editura Universul Juridic, București, 2021
- Pop L., Popa I.F., Vidu S.I., *Drept civil. Obligațiile*, ed. a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2020
- Vasilescu P., *Drept civil. Obligații*, ed. a II-a, Editura Hamangiu, București, 2017