

ANALELE UNIVERSITĂȚII DE VEST DIN TIMIȘOARA

~ *SERIA DREPT* ~

ANNALS OF THE WEST UNIVERSITY OF TIMIȘOARA

~ *LAW SERIES* ~

**Nr. 1/2015**

*Revistă indexată în baza de date internațională HeinOnline*

---

**COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:**

---

Prof. univ. dr. Attila BADÓ – Universitatea din Szeged (Ungaria)  
Prof. univ. dr. Bernardo CORTESE – Universitatea din Padova (Italia)  
Prof. univ. dr. Csaba FENYVESI – Universitatea din Pécs (Ungaria)  
Prof. univ. dr. Dušan NIKOLIĆ – Universitatea din Novi Sad (Serbia)

---

**REFERENȚI ȘTIINȚIFICI:**

---

Prof. univ. dr. Radu I. MOTICA – Drept civil și Drept comercial  
Prof. univ. dr. Viorel PAȘCA – Drept penal și Drept procesual penal  
Prof. univ. dr. Anton TRĂILESCU – Drept administrativ  
Prof. univ. dr. Radu BUFAN – Drept financiar și Drept fiscal  
Prof. univ. dr. Irina SFERDIAN – Drept civil  
Prof. univ. dr. Lucian BERCEA – Drept comercial

---

**COLEGIUL DE REDACȚIE:**

---

Prof. univ. dr. Claudia ROȘU – redactor-șef – secțiunea Drept procesual civil  
Lect. univ. dr. Codruța GUZEI-MANGU – redactor – secțiunea Drept civil  
Lect. univ. dr. Alin SPERIUSI-VLAD – redactor – secțiunea Dreptul proprietății  
intelectuale  
Lect. univ. dr. Laura STĂNILĂ – redactor – secțiunea Drept penal și Drept procesual penal  
Lect. univ. dr. Flaminia STÂRC-MECLEJAN – redactor – secțiunea Drept comercial  
Lect. univ. dr. Alin TRĂILESCU – redactor – secțiunea Drept administrativ

***I. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII***

---

***Secțiunea Drept privat***

---



# Escaping from the Bears' Hug: Defensive Measures against Hostile Takeover Bids

**Dr. habil András KECSKÉS PhD**

Associate Professor, Faculty of Law – University of Pécs  
Head of Business and Commercial Law Department  
Director, Business Law Research Institute

**Dr. Vendel HALÁSZ PhD Candidate\*\***

Faculty of Law – University of Pécs

## Abstract

*Business law terminology often refers to hostile takeover bids as the so-called bears' hug. This metaphor is based on the fact that it is both hard to get released of either. This paper however introduces a number of defensive measures which can be applied against the bidder. The purpose of these anti-takeover defence measures can either be the prevention of hostile takeover bids or the maximization of the amount of premium payable in exchange for the control of the company. By these measures, bidders are impeded in trying to acquire target companies of the highest possible value for the lowest possible price. Defensive measures may serve to prevent hostile takeovers, however they can also become an integral part of the business activities and the business policy of companies. While planning defensive strategies, instead of assessing measures individually, they shall be analysed in entirety, taking their combined effects in consideration<sup>1</sup>. Many of the available defence measures that are discussed in this paper have received serious criticism in the last few decades. Nevertheless, we find it important to introduce the most frequently applied measures.*

**Keywords:** takeover defences, takeover directive, neutrality rule, crown jewels, Delaware, poison pill, treasury shares, takeover

---

<sup>\*</sup> kecskes.andras@ajk.pte.hu

<sup>\*\*</sup> halasz.vendel@gmail.com

<sup>1</sup> See J.C. Coates, *Empirical Evidence on Structural Takeover Defenses: Where Do We Stand?*, University of Miami Law Review, Vol. 54, Issue 4 (2000), pp. 784-794.

**Rezumat**

*Terminologia dreptului afacerilor se referă adesea la ofertele publice de cumpărare drept „îmbrățișarea ursului”. Această metaforă sugerează faptul că este foarte greu să „scapi”. Totuși, lucrarea de față prezintă o serie de măsuri defensive la care s-ar putea recurge în fața ofertantului. Scopul acestor măsuri de apărare împotriva unei preluări ostile ar putea consta fie în prevenirea unei oferte publice de cumpărare, fie în maximizarea valorii primei ce urmează a fi plătită în schimbul dobândirii controlului asupra unei societăți. Prin aceste măsuri, ofertanții sunt împiedicați să încerce achiziționarea celei mai bine cotate societăți la cel mai mic preț. Ele pot servi prevenirii preluărilor ostile și pot deveni, de asemenea, o parte integrantă a activității unei societăți și a politicii de afaceri dezvoltate de acestea. Presupunând strategii defensive, în locul unei evaluări a măsurilor în mod individual, acestea trebuie analizate global, luând în considerare efectele lor combinate. Multe dintre măsurile defensive disponibile pe care le vom discuta în acest articol au primit critici serioase în ultimele decenii. Considerăm, cu toate acestea, că este importantă prezentarea acelor măsuri ce sunt cel mai frecvent aplicate în practică.*

**Cuvinte-cheie:** *măsuri defensive, directiva privind ofertele publice de cumpărare, regula neutralității, bijuteriile coroanei, Delaware, pilula otrăvită, acțiuni de trezorerie, preluarea controlului asupra unei societăți*

## I. The theoretical background of takeover defences

The academic literature on corporate acquisition often uses the term ‘takeover’<sup>2</sup>. This term generally implies a transaction of share purchase, in which the bidder attempts to gain control of a corporation, the target company, by offering to purchase a specified number of shares of stock from the shareholders of the target company at a price above market value<sup>3</sup>. During the transaction, the bidder usually intends to acquire a share block of qualifying holding in the target company<sup>4</sup>, which is generally more than 50% of the

<sup>2</sup> See L.A. Bebchuk, *Toward Undistorted Choice and Equal Treatment in Corporate Takeovers*, Harvard Law Review, Volume 98. Number 8 (1985), p. 1695.

<sup>3</sup> See D.J. Evertz, *Two-Tiered Tender Offers and the Poison Pill: The Propriety of a Potent Takeover Defense*, Pacific Law Journal, Vol. 17. Issue 3 (1986), p. 891.

<sup>4</sup> See V. Brudney, M. A. Chirelstein, *Fair Shares in Corporate Mergers and Takeovers*, Harvard Law Review, Vol. 88. Issue 2 (1974), p. 297.

outstanding voting stock<sup>5</sup>. The term „hostile takeover” refers to the situation, when the bidder does not enjoy the support of the target company’s management at the time of making the bid<sup>6,7</sup>.

There is a wide distinction between the academic opinion on whether the management should have any power to resist a hostile takeover at all, or what should be the proper scope of such power<sup>8</sup>. For example, under the *theory of maximising shareholders’ wealth*, the primary function of the management is to act in the shareholders' interest and maximise shareholder wealth. Hence takeovers are positively beneficial capital market transactions, as they are able to increase shareholder wealth in two ways. On one hand, takeovers ensure that the company is led by a management that is able to maximise achievable economic return by the assets of the company. On the other hand, the possibility of takeovers increases pressure on actual management to maximise economic return<sup>9</sup>. Based on the above, this theory would forbid resistance on behalf of the management in case of a takeover; it would not permit any kind of interference with the decision about accepting the bid<sup>10</sup>. The conduct of the managers should be limited to expressing opinions and providing relevant information necessary for the decision-making of the shareholders. A regulation prescribing the passivity of managers is necessary also in order to increase the probability of a bid and as a result, the

---

<sup>5</sup> See D. Tuchinsky, *The Takeover Directive and Inspire Art: Reevaluating the European Union’s Market for Corporate Control in the New Millenium*, New York Law School Law Review, Vol. 51. Issue 3 (2006-2007), p. 694.

<sup>6</sup> An example for hostile takeover is the bid of *BASF Aktiengesellschaft* for *Engelhard Corporation*. Accessible at (10 August 2010): <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/352947/000104746906000275/a2166481zsc-to-t.htm>, which was a previously not disclosed bid of cash consideration. The hostile nature of the bid is confirmed by the statement issued by the management. Available at (10 August 2010): [http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/352947/000093041306000397/c40601\\_14d-9.htm](http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/352947/000093041306000397/c40601_14d-9.htm). Here it was declared that „the Board of Directors, after careful consideration, including a thorough review of the Offer with its financial and legal advisors, has unanimously determined at a meeting duly held on January 20, 2006 that the Offer is inadequate and not in the best interests of the Company’s stockholders...”; See: D. Tuchinsky, *The Takeover Directive and Inspire Art: Reevaluating the European Union’s Market for Corporate Control in the New Millenium*, New York Law School Law Review, Vol. 51. Issue 3 (2006-2007), p. 694; S. Hannes, *The Hidden Virtue of Antitakeover Defenses*, *Cardozo Law Review* (2002-2003/5), p. 1910.

<sup>7</sup> See A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, p. 398.

<sup>8</sup> See S. Gupta, *Regulation of Takeover Defenses: A Comparative Study of Buyback of Shares as a Takeover Defense*, *Student Bar Review*, Vol. 19. Issue 1 (2007), pp. 68-69. old.

<sup>9</sup> See: J.N. Gordon, L.A. Kornhauser, *Takeover Defense Tactics: A Comment on Two Models*, *The Yale Law Journal*, Vol. 96. Issue 2 (1986), pp. 294-295; F.H. Easterbrook, D.R. Fischel, *Auctions and Sunk Costs in Tender Offers*, *Stanford Law Review*, Vol. 35. Issue 1 (1983), p. 1.

<sup>10</sup> See D.D. Haddock, J.R. Macey, F.S. Mcchesney, *Property Rights in Assets and Resistance to Tender Offers*, *Virginia Law Review*, Vol. 73. Issue 4 (1987), p. 702.

scale of the share price as well<sup>11</sup>. This school is represented by professors *Frank H. Easterbrook* and *Daniel R. Fischel*<sup>12</sup>.

The other relevant theory, the so-called *distributional approach*, rejects the idea that the regulation of takeovers should aim at maximising the number of takeovers without keeping in mind the distribution of possible benefits resulting thereof. The most acknowledged representatives of this theory are *James J. Junewicz* and *Edward F. Greene, Lucian A. Bebchuk* and *Ronald J. Gilson*<sup>13</sup>. As this theory states, the only tasks of the board of directors are reviewing the information related to the bid and searching for a more favourable one<sup>14</sup> (so to instigate an auction)<sup>15</sup>. According to *Junewicz* and *Greene*, the management may additionally take defensive measures against partial bids. *Gilson* also noted the importance of the shareholders' opportunity to participate in the evaluation of the bid, as by that the incumbent management cannot control its own removal<sup>16</sup>.

Also a different approach is emphasized by the *long-term shareholder and social welfare theory*<sup>17</sup>. The supporters of the theory interpret the issues of takeover beyond the context of the bidder and the target company, rather from the perspective of the effects on economy as a whole. They emphasise that target companies are independent business entities, whose internal and external relations go through a major restructuring after the takeover. Furthermore, they argue that takeover rules should take into account the whole range of stakeholders that depend on the company, such as employees, consumers, suppliers, creditors, and also public interest<sup>18</sup>. According to this theory, the management of the target company should be allowed to resist those hostile bids that have adverse effects on the stakeholders, or those that do not offer a premium to the shareholders that

---

<sup>11</sup> See: G.J. Howard, *Takeover Defences: A Reappraisal*, University of British Columbia Law Review, Vol. 24. Issue 1 (1990), pp. 58-59; F.H. Easterbrook, D.R. Fischel, *The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer*, Harvard Law Review, Vol. 94. Number 6 (1981), pp. 1169-1177.

<sup>12</sup> See: F.H. Easterbrook, D.R. Fischel, *The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer*, Harvard Law Review, Vol. 94. Number 6. (1981); A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013. pp. 407-408.

<sup>13</sup> See G.J. Howard, *Takeover Defences: A Reappraisal*, University of British Columbia Law Review, Vol. 24. Issue 1. (1990), p. 59.

<sup>14</sup> See R.J. Gilson, *A Structural Approach to Corporations: The Case Against Defensive Tactics in Tender Offers*, Stanford Law Review, Vol. 33. Issue 5 (1981), pp. 865-875.

<sup>15</sup> See A. Luzung, *Should Directors Be Allowed to Use Takeover Defense Measures*, University of Tasmania Law Review, Vol. 12. Issue 1 (1993), p. 77.

<sup>16</sup> See: R.J. Gilson, *A Structural Approach to Corporations: The Case Against Defensive Tactics in Tender Offers*, Stanford Law Review, Vol. 33. Issue 5 (1981), pp. 845-852.; A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, pp. 409-411.

<sup>17</sup> See G.J. Howard, *Takeover Defences: A Reappraisal*, University of British Columbia Law Review, Vol. 24. Issue 1 (1990), p. 61.

<sup>18</sup> According to the supporters of this view, companies do not only serve the economic enrichment of the shareholders, but they have broader social purposes as well. See Veasey, E. Norman, *Musings on the Dynamics of Corporate Governance Issues, Director Liability Concerns, Corporate Control Transactions, Ethics, and Federalism*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 152. Issue 2 (2003), p. 1015. old.



would reflect the true value of the company<sup>19</sup>. An outstanding supporter of this concept, Martin Lipton explained that if according to the judgment of the directors, a bid does not serve the best interests of the company as a business enterprise; there is no requirement that the takeover bid be submitted by the directors to the shareholders<sup>20</sup>.

After the review of various theories regarding the management proper role in takeover situations, and the existing approaches to defensive measures, we should emphasize that corporate governance today recognizes the interests of constituencies other than the shareholders (we usually refer to these interests as stakeholder interests). The term “stakeholder” includes for example employees, creditors etc. To protect these interests, it seems necessary to lay some power in the hand of management to frustrate an unwelcome and clearly detrimental bid<sup>21</sup>. So the examination of possible takeover defenses seems necessary.

## II. The European approach to takeover defences

The European Union, during the elaboration of the European takeover regulation (which is stipulated in directive 2004/25/EK, called the Takeover Directive), took the approach that the implementation of takeovers should be fundamentally simpler in the Union. The defence measures of the board of directors – according to this view – either frustrate takeovers or make them more expensive and time-consuming<sup>22</sup>. To limit the authority of the board of directors in frustrating takeover bids, the Directive introduced the neutrality rule. This rule is comprised in Article 9 paragraph 2 of the Directive, and settles the matter by setting forth that from the time the board of the offeree company receives the information of the decision to make a bid and until the result of the bid is made public or the bid lapses, the board of the offeree company shall obtain the prior authorisation of the general meeting of shareholders given for this purpose before taking any action, other than seeking alternative bids, which may result in the frustration of the bid<sup>23, 24</sup>.

---

<sup>19</sup> See G.J. Howard, *Takeover Defences: A Reappraisal*, University of British Columbia Law Review, Vol. 24. Issue 1. (1990), p. 75.

<sup>20</sup> See: J. Hartzell, E. Ofek, D. Yermack, *What's in It for Me?: Personal Benefits Obtained by CEOs Whose Firms Are Acquired*, (June 2000). Presented at Tuck-JFE Contemporary Corporate Governance Conference. pp. 21-22; Available at (14 June 2010): [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=236094](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=236094); G. Subramanian, *Bargaining in the Shadow of Takeover Defenses*, Yale Law Journal, Vol. 113. Issue 3 (2003), p. 662; A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, pp. 411-413.

<sup>21</sup> See S. Gupta, *Regulation of Takeover Defenses: A Comparative Study of Buyback of Shares as a Takeover Defense*, Student Bar Review, Vol. 19. Issue 1. (2007), pp. 70-71. old.

<sup>22</sup> See: B. Sjaafjell, *Political Path Dependency in Practice: the Takeover Directive*, Yearbook of European Law, Vol. 27. Issue 1. (2008.) pp. 389-390; A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, pp. 429-430, 472.

<sup>23</sup> Such authorisation shall be mandatory at least from the time the board of the offeree company receives the information of the decision to make a bid and until the result of the bid is made public or the bid

Until the authorisation, the board of directors is bound to remain neutral (except seeking alternative bids)<sup>25</sup>. Therefore, for all defence measures (the Directive emphasises the issuing of new shares, which may result in a lasting impediment to the offeror's acquiring control of the offeree company) are conditional upon the prior authorisation, approval or consent of the shareholders. As regards decisions taken before receiving information of the decision to make a bid and not yet partly or fully implemented, the general meeting of shareholders shall approve or confirm any decision which does not form part of the normal course of the company's business and the implementation of which may result in the frustration of the bid<sup>26</sup>. Also an important rule can be found regarding the application of neutrality rule in Article 12 of the Directive. Article 12 makes optional the application of the neutrality rule (and also the application of the so-called breakthrough-rule). Consequently, member states may get around the neutrality (and the so-called breakthrough) rule<sup>27</sup>. In the European Union – according to Commission's report issued on June 28, 2012 and titled Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Application of Directive 2004/25/EC on takeover bids (COM(2012) 347) – the board neutrality rule is applied by 19 member states<sup>28</sup>. However, the neutrality rule of the Directive was not applied by Belgium, Denmark, Germany, Italy, Luxembourg, the Netherlands and Poland<sup>29</sup>.

### III. Defence measures incorporated in the articles of association

---

lapses. Member states may require that such authorisation be obtained at an earlier stage, for example as soon as the management or executive body of the offeree company becomes aware of the intention to make a bid.

<sup>24</sup> See A. Zinser, *Ein neuer Anlauf: der jüngste Vorschlag einer Übernahmerichtlinie vom 2.10.2002*, *Europäisches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Vol. 14. Number 1. (2003).

<sup>25</sup> See: A. Zinser, *Ein neuer Anlauf: der jüngste Vorschlag einer Übernahmerichtlinie vom 2.10.2002*, *Europäisches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Vol. 14. Number 1 (2003); M. Menjuq, *The European Regime on Takeovers*, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 3. Issue 2. (2006), pp. 229-230; V. Edwards, *The Directive on Takeover Bids*, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 1. Issue 4 (2004), pp. 435-436.

<sup>26</sup> Article 9 paragraph 3 of Directive 2004/25/EC, A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, pp. 472-475.

<sup>27</sup> See: M.M. Siems, *Rules on Conflict of Laws in the European Takeover Directive*, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 1. Issue 4. (2004), p. 460; M. Menjuq, *The European Regime on Takeovers*, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 3. Issue 2. (2006), p. 232; V. Edwards, *The Directive on Takeover Bids*, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 1. Issue 4 (2004), p. 435.

<sup>28</sup> See in case of Austria, Bulgaria, Cyprus, the Czech Republic, Estonia, Finland, France, Greece, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Malta, Portugal, Romania, Slovenia, the Slovak Republic, Spain and the United Kingdom.

<sup>29</sup> See COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Report on the Implementation of the Directive on Takeover Bids*, p. 12 available at (23 June 2010): [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/takeoverbids/2007-02-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/2007-02-report_en.pdf), A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, p. 480.

These anti-takeover measures are either incorporated in the articles of association of the company prior to getting listed, or adopted as a subsequent amendment of the articles of association (for instance as a conscious preparation against a potential takeover bid). In case of amendments of the articles of association, a decision is necessary by the shareholders' meeting, which makes the adoption of the defence measures more complicated during a hostile takeover. On the other hand, the sole shareholder or the few shareholders of the company can easily incorporate anti-takeover measures in the articles of association prior to getting listed.

Such may be for example setting forth that a qualified majority is required for decisions in important cases at the shareholders' meeting (including the removal of the board of directors or the approval of mergers). It is also possible to diverge from the 'one share one vote' principle and maximise the extent of voting rights exercisable by one person or to implement voting restrictions, which are excellent means for enhancing the stability of the incumbent management. Creating share classes<sup>30</sup> that incorporate multiple voting rights than ordinary shares is also an efficient instrument<sup>31</sup>. One can create preference share classes carrying multiple voting rights either before getting listed, or subsequently. An example for the former is that during the initial public offering, family-owned companies usually issue shares of two classes carrying different voting rights. By that, the original owners reserve control of the company for themselves<sup>32</sup>. In the latter case the shareholders' meeting of the listed corporation shall resolve on this rather disputable defence measure. The anti-takeover nature of the measure derives of the fact that voting rights are re-distributed between the shareholders. In the European Union, this takes place according to specific rules, and as a general rule, the pre-emptive right of the previous shareholders prevail. In the United States however, the management attempts to allocate shares carrying multiple voting rights to those shareholders that are loyal to the management, whereas the bidder only receives shares with low voting rights. A method thereof is the restriction of both the transferability and the related dividend rights of the shares that belong to the new class and that carry significant voting rights. These shares can be offered to the shareholders in exchange for their ordinary shares, who will more likely favour the original shares providing dividend and liquidity. Consequently, the new shares eventually will be allocated to the management and its supporters<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> For example the Delaware General Corporation Law in its Section 151 paragraph a) also authorises the issuing of different classes of stock and different series of stock within any class, which may be stocks carrying multiple voting rights or even non-voting rights. Accessible at (2 September 2010): <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc05/index.shtml>.

<sup>31</sup> See M. Lipton, *Corporate Governance in the Age of Finance Corporatism*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 136. Issue 1 (1987), pp. 28-29.

<sup>32</sup> See A.R. Pinto, *Corporate Takeovers Through the Public Markets in the United States*, The American Journal of Comparative Law – Supplement to Volume 42 (1994), pp. 348-349.

<sup>33</sup> See J.N. Gordon, *Ties that Bond: Dual Class Common Stock and the Problem of Shareholder Choice*, California Law Review, Vol. 76. Issue 1 (1988), pp. 40-41. Also see A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, p. 500.

Articles of association in the United States often stipulate the establishment of a so-called staggered board of directors<sup>34</sup>, which is suitable for preventing the bidder from acquiring control of the company within a short period of time following a successful bid. Actually the bidder has to wait until he wins the voting at two successive shareholders' meetings with regard to the composition of the board of directors, which are quite apart in time. By using this method, the target company is more likely to remain independent, although it may be to the detriment of the shareholders<sup>35</sup>. It is estimated that this solution reduces the expected return of target shareholders in the nine months after a hostile bid is launched on the order of 8-10%<sup>36</sup>. Staggered boards of directors have a major role in the modern corporate law of the United States. Among firms going public, the incidence of staggered boards increased from 34% in the 1990-ies to over 70% in 2001<sup>37</sup>. Staggered boards may be very efficient tools<sup>38</sup>, especially if combined with the so-called *poison pill* defence method<sup>39</sup>.

#### IV. Issuing new shares

Issuing new shares can be an effective defence strategy in case of a takeover, if the securities are allocated to the management or to those market players that are committed to preserve the independence of the company, as they will support the management with their votes, furthermore the new securities will dilute the control of the bidder. The

---

<sup>34</sup> The application thereof is authorised for instance by the Delaware General Corporation Law as well, as it sets forth in Section 141 paragraph d) that the directors of any corporation may, by the articles of association, be divided into 1, 2 or 3 classes pursuant to the expiry of their term of office. The term of office of those of the first class to expire at the first annual meeting held after such classification becomes effective; of the second class 1 year thereafter; of the third class 2 years thereafter. Available at (2 September 2010): <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc04/index.shtml>.

<sup>35</sup> See M.R. Kahan, B. Edward, *Corporate Constitutionalism: Antitakeover Charter Provisions as Precommitment*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 152. Issue 2 (2003), p. 504.

<sup>36</sup> See L.A. Bebchuk, J.C. Coates, G. Subramanian, *The Powerful Antitakeover Force of Staggered Boards: Theory, Evidence and Policy*, Stanford Law Review, Vol. 54. Issue 5 (2002), pp. 950-951.

<sup>37</sup> See: L.A. Bebchuk, J.C. Coates, G. Subramanian, *The Powerful Antitakeover Force of Staggered Boards: Theory, Evidence and Policy*, Stanford Law Review, Vol. 54. Issue 5 (2002), p. 889; M. Kahan, E.B. Rock, *Corporate Constitutionalism: Antitakeover Charter Provisions as Precommitment*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 152. Issue 2 (2003), p. 502.

<sup>38</sup> According to the database on hostile takeover prepared by Bebchuk, Coates and Subramanian, there were 30 successful takeover actions between 1996 and 2002. Of these cases, only 9 of the target companies had a staggered board. See G. Subramanian, *Bargaining in the Shadow of Takeover Defenses*, Yale Law Journal, Vol. 113. Issue 3. (2003), p. 640.

<sup>39</sup> See A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, p. 502. Also see The Takeover Bids Directive Assessment Report, p. 307. Available at (24 February 2013.) [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/takeoverbids/study/study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/study/study_en.pdf); V. HALÁSZ, *Bevezetés az amerikai méregpírlát az Európai Unióban?* In: Európai jog, 2012. 1. sz. 3-16. o.

difficulty of the method is that, according to the provisions of *Directive 2012/30/EU*<sup>40</sup>, the decision to increase the share capital fundamentally falls within the competence of the shareholders' meeting<sup>41</sup> in the member states of the European Union<sup>42</sup>, furthermore for the preferential allocation of shares, it is also necessary to eliminate the pre-emptive right with regard to the acquisition of newly issued shares in exchange for consideration in cash<sup>43</sup>. The latter can only be achieved by adopting an extraordinary shareholders' resolution.

In Hungary, pursuant to Article 3:293 of the Civil Code (Act V. of 2013), the decision for the increase of the share capital lies with the general meeting, and a shareholders' resolution is also necessary for the exclusion of the pre-emptive right. In the lack of that, the current shareholders – including the bidder, who has already acquired a holding – have a pre-emptive right for the new shares<sup>44</sup>, as set forth by the Directive<sup>45</sup>. Consequently, in this case the defence measure remains futile<sup>46</sup>.

In the state of Delaware, basically both capital increase and the restructuring of current rights attached to the existing shares fall within the competence of the shareholders' meeting<sup>47</sup>. Nevertheless, if the maximum amount of share capital set forth in the articles of association (certificate of incorporation) has not yet been issued, the board of directors may at any time allocate new shares up to the amount stipulated in the articles of association<sup>48</sup>.

Pursuant to the effective Hungarian regulation and the underlying *2012/30/EU Directive*, it is also possible in the European Union that the management be granted a previous authorisation from the shareholders' meeting to increase the share capital within

---

<sup>40</sup> Directive 2012/30/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent.

<sup>41</sup> Article 29. of Directive 2012/30/EU, cf. Article 25 of (Second Company Law) Directive 77/91/ECC.

<sup>42</sup> Formerly this issue was regulated by Second Council Directive of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent (77/91/EEC). This Directive was repealed by Directive 2012/30/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012.

<sup>43</sup> Article 33 paragraph (1) of Directive 2012/30/EU, cf. Article 29 paragraph (1) of (Second Company Law) Directive 77/91/ECC.

<sup>44</sup> Article 3:297 (2) of the Hungarian Civil Code (Act V. of 2013).

<sup>45</sup> Article 33. paragraph (1) of Directive 2012/30/EU, cf. Article 29 paragraph 1 of (Second Company Law) Directive 77/91/ECC.

<sup>46</sup> A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, pp. 502-503.

<sup>47</sup> Delaware General Corporation Law Section 242 paragraph (a) (3), (5) Available at (2 September 2010): <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc08/index.shtml>.

<sup>48</sup> Delaware General Corporation Law Section 161, Available at (2 September 2010): <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc05/index.shtml>.

predetermined limits. According to the Directive however, such authorisation may only be granted for a period of not more than five years<sup>49</sup>. The above option is provided by Article 3:294 of the Hungarian Civil Code.

Concurrently, the Directive permits the authorisation to exclude or restrict the pre-emptive right by a shareholders' resolution. The time period thereof cannot be more than five years either<sup>50</sup>. By obtaining the above authorisations, the board of directors shall be able to apply defence measures based on the issuing of new shares, provided that its actions do not violate the neutrality rule. The shareholder that acquires the newly issued shares often undertakes in a so-called *standstill-agreement* not to acquire any further holdings in the target company<sup>51</sup>.

It is easier to gain the support of the shareholders for a capital increase if one issues the new shares as part of an employee share scheme, as it is also possible to increase the share capital by issuing employee shares<sup>52</sup>. Supposedly the potential bidder would not risk standing up against the interests of the employees, so it would also vote for the issuing. As a disadvantage of issuing new shares, one might have to cope with the dilution of shares, which brings forth the decrease of voting power per share and also the decrease of dividends. Therefore it may result in the reduction of the share price, which – from this aspect – is favourable for the bidder<sup>53</sup>.

## V. Poison pills

The defence measure called *poison pill* was developed by Martin Lipton, and basically we can regard it as the most elegant defence method. It quickly became popular in the United States, as the board of directors can adopt it speedily any time, it brings forth low transaction costs and otherwise had no effect on the company's course of business<sup>54</sup>. The *poison pill* aims at making the target company a less attractive target. Certain empirical evidence suggests that a company with a *poison pill* can achieve higher premium during the bid<sup>55</sup>. This may take place if the takeover is made disproportionately expensive or hard

---

<sup>49</sup> Article 29. paragraph (2) of Directive 2012/30/EU, cf. Article 25 paragraph (2) of (Second Company Law) Directive 77/91/ECC.

<sup>50</sup> See Article 33. paragraph (4)-(5) of Directive 2012/30/EU.

<sup>51</sup> See L.E. Ribstein, *Takeover Defenses and the Corporate Contract*, The Georgetown Law Journal, Vol. 78. Issue 1 (1989), p. 133.

<sup>52</sup> See for example Article 3:302. of the Hungarian Civil Code (Act V. of 2013).

<sup>53</sup> See: A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, pp. 503-504.; V. Halász, *Bevezetik-e az amerikai méregpirulát az Európai Unióban?* In: *Európai jog*, 2012. 1. sz. 3-16. o.

<sup>54</sup> See N. Lieberman, *Justice Jackson in the Boardroom: A Proposal for Judicial Treatment of Shareholder – Approved Poison Pills*, Columbia Business Law Review, Vol. 2008. Issue 1 (2008), pp. 364-365.

<sup>55</sup> See: G. Subramanian, *Bargaining in the Shadow of Takeover Defenses*, Yale Law Journal, Vol. 113. Issue 3. (2003) p. 637; M. Kahan, E.B. Rock, *Corporate Constitutionalism: Antitakeover Charter Provisions as Precommitment*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 152. Issue 2. (2003), p. 505; J.C. Coates, *Empirical*

to finance from the perspective of the bidder<sup>56</sup>. On the other hand, the *poison pill* does not prevent the removal of the board of directors by the shareholders' meeting<sup>57</sup>. In the midst of the increasing number of hostile takeovers in the 1980-ies, the *poison pill* primarily aimed at frustrating high leverage takeovers financed from so-called *junk bonds*<sup>58</sup> and at providing the management with an opportunity to break off takeover intentions that are unfair from the perspective of the shareholders<sup>59</sup>. Although anti-takeover defence measures have gone through great development in the last thirty years, *poison pill* is still the most important method in the United States.

Essentially, the *poison pill* is a call option<sup>60</sup>. This right is generally granted to the shareholders as a form of dividend<sup>61</sup>, and it may not be exercised until certain events occur (up until that, it basically has no market value). Such events may be when a hostile bidder acquires or announces the intention to acquire a certain portion – generally at least 20% – of the company's shares<sup>62</sup>.

One can identify three main types of *poison pills*: the so-called *flip-in*, *flip-over* and *back-end poison pills*. The first two enable the original shareholders of the target company – except for the bidder – to buy the target company's shares (*flip-in*)<sup>63</sup>, or the shares of the

---

*Evidence on Structural Takeover Defenses: Where Do We Stand?*, University of Miami Law Review, Vol. 54. Issue 4. (2000), p. 784.

<sup>56</sup> See M.K. Montgomery, *The Law of Poison Pills in New York*, Journal of Paralegal Education and Practice, Vol. 8. (1991), p. 132.

<sup>57</sup> See M. Lipton, *Pills, Polls, and Professors Redux*, University of Chicago Law Review, Vol. 69. Issue 3. (2002), pp. 1054-1056.

<sup>58</sup> See N. Lieberman, *Justice Jackson in the Boardroom: A Proposal for Judicial Treatment of Shareholder – Approved Poison Pills*, Columbia Business Law Review, Vol. 2008. Issue 1 (2008), p. 364.

<sup>59</sup> See S.F. Reed, A.R. Lajoux, P.H. Nesvold, *The Art of M&A – A Merger/Acquisition Buyout Guide* (McGraw-Hill, New York, 2007), p. 844.

<sup>60</sup> See: M.R. Garms, *Shareholder By-Law Amendments and the Poison Pill: The Market for Corporate Control and Economic Efficiency*, Journal of Corporation Law, Vol. 24. Issue 2 (1999), p. 435; S.F. Reed, A.R. Lajoux, P.H. Nesvold, *The Art of M&A – A Merger/Acquisition Buyout Guide* (McGraw-Hill, New York, 2007), p. 844.

<sup>61</sup> See S.F. Reed, A.R. Lajoux, P.H. Nesvold, *The Art of M&A – A Merger/Acquisition Buyout Guide* (McGraw-Hill, New York, 2007), p. 845.

<sup>62</sup> See M.R. Garms, *Shareholder By-Law Amendments and the Poison Pill: The Market for Corporate Control and Economic Efficiency*, Journal of Corporation Law, Vol. 24. Issue 2. (1999), pp. 435-436. Also see A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, pp. 504-505.

<sup>63</sup> The *poison pill* that PeopleSoft had in place against the takeover attempt of Oracle was typical: if any individual or entity acquired more than 20% of PeopleSoft's shares without the approval of PeopleSoft's board, all other shareholders would have the right to buy shares at 50% of the prevailing market price. The exercise of these deep-in-the-money options would severely dilute the hostile bidder's shares (its holding would decrease from 20% to 1.4%). According to empirical experiences, it is very rare that a hostile bid could break through a *poison pill*. As a result, the board of directors of the target company can in fact veto a bid by using the *poison pill*. See D. Millstone, G. Subramanian, *Oracle vs. PeopleSoft: A Case Study* (September 2005), p. 9, available at (25 May 2010): [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=816006](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=816006).

successor company following the takeover or the subsequent merger<sup>64</sup> (*flip-over*)<sup>65</sup>, or both for a significantly reduced (*discount*) price, if a shareholder or a person acting in concert with it acquires a holding in the company that exceeds a predetermined threshold. Such threshold is usually between 10 and 20%<sup>66</sup>, although it may even hit 40%. Then the *poison pill* dilutes the shares of the acquirer, which makes the takeover significantly more expensive<sup>67</sup>. The *flip-in poison pill* is applicable prior to the potential takeover, whereas the *flip-over pill* may only be applied subsequently, as it provides preferential rights to acquire shares in the successor company that is established as a result of the successful takeover (and the merging of the target company)<sup>68</sup>. This is advantageous as the board of directors has the chance to search for a rival bidder, a *white knight*. Actually, following the event that is the condition of its exercise, the *flip-in pill* dilutes all the shares of the target company – including that of the rival bidder. For that reason it is expedient to stipulate with regard to such share acquisition rights granted to the shareholders in the United States that these rights cannot be exercised in case of takeovers approved by the management<sup>69</sup>.

Therefore, in the United States a *poison pill* is in fact a kind of dividend granted in the form of a *warrant*<sup>70</sup>, which enables the original shareholders of the company to

---

<sup>64</sup> This company is practically the bidder, as the target company is generally merged into the bidder after a successful takeover. Of flip-over pill see S.F. Reed, A.R. Lajoux, P.H. Nesvold, *The Art of M&A – A Merger/Acquisition Buyout Guide* (McGraw-Hill, New York, 2007), p. 845.

<sup>65</sup> An example for that is the case of *Moran vs. Household International Inc.*, where the target company applied a flip-over poison pill that provided that if an acquirer sought to merge the target company into itself after a hostile takeover, the remaining shareholders would be entitled to buy 200 dollars worth of the acquirer's shares for a 100 dollars. See C.P. Kirchner, W. Richard, *Towards a European Modified Business Judgment Rule for Takeover Law*, p. 16, 21 available at (21 June 2010): [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=247214](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247214).

<sup>66</sup> G. Subramanian, *Bargaining in the Shadow of Takeover Defenses*, Yale Law Journal, Vol. 113. Issue 3. (2003), pp. 625-629.

<sup>67</sup> Takeovers may become even more difficult by the adoption of the so-called dead-hand poison pill or the slow-hand poison pill. An important feature of the former is that the pill can only be redeemed by the continuing directors, defined as the directors who were in office when the pill was adopted, or their approved successors. The latter prevents any redemption of the pill for a limited period of time (e.g., six months) after a change in board composition. Dead-hand and slow-hand pills were invalidated by the relevant court practice of Delaware in the late 1990-ies. For dead-hand pill see: *Carmody vs. Toll Bros.*, (1998); for slow-hand pill see: *Quickturn Design Sys., Inc. vs. Shapiro* (1998). In contrast, dead-hand pills have been endorsed in Georgia, Pennsylvania, and Virginia, and slow-hand pills have been endorsed in Maryland. The dead hand pill is generally understood to be a complete defence against a hostile takeover bid. See G. Subramanian, *Bargaining in the Shadow of Takeover Defenses*, Yale Law Journal, Vol. 113. Issue 3. (2003) pp. 625-628.

<sup>68</sup> See S.F. Reed, A.R. Lajoux, P.H. Nesvold, *The Art of M&A – A Merger/Acquisition Buyout Guide* (McGraw-Hill, New York, 2007), p. 845.

<sup>69</sup> See S.F. Reed, A.R. Lajoux, P.H. Nesvold, *op. cit.*, p. 845.

<sup>70</sup> Warrants are securities issued by companies. In contrast with traditional options, the company has to issue new shares as a cover for the exercise of the warrant, thereby the number of shares in circulation and the free float ratio is increased. When exercising the warrant, the holder thereof pays the fixed strike price, which produces income for the company. In case of a poison pill, the strike price is a lot less than the market price.



preferentially acquire the shares of the company. As it is the board of directors that has the power to pay dividend, this measure may be adopted within hours and without the consent of the shareholders<sup>71</sup>. Therefore, a *poison pill* may be applied in the United States even without the authorisation of the shareholders<sup>72</sup>.

The holder of a *back-end* or *put poison pill* is entitled to exchange its ordinary shares if a certain portion of the company's free float is acquired by a person or a group. The holder of the right often receives a special short-term (for instance of one year) debt security in exchange for the shares. It is also possible to exchange the ordinary shares for either cash or for shares, or the consideration may also be a combination of the above three elements. The value of this right (which is in fact the amount of the consideration) shall be determined at the time of the issuing, but it may also be based upon the highest amount paid by the bidder during the takeover<sup>73</sup>. Therefore, the back-end pill serves that the shareholder of the target company receives a predetermined price for its securities<sup>74</sup>. Consequently, the back-end pill's primary purpose is not the prevention of the takeover, but in order to ensure shareholder wealth, it aims at guaranteeing an equitable price for the securities.

One may find that there are two sides to the *poison pills*, just like to takeovers themselves. In fact, a hostile takeover may be constructive by restructuring a less efficient company and arrange it for long-term growth. On the other hand, a hostile takeover may also be detrimental, as it may sacrifice the company's viable course of business for quick returns and thereby cause significant economic turmoil. The situation is the same with poison pills: constructive poison pills disarm destructive takeover intentions, but destructive poison pills increase the preservation of the incumbent management and maintain a less efficient corporate regime<sup>75</sup>. With regard to its effects on economic efficiency, we should note that the majority of announcements on the adoption of a *poison pill* have a negative impact on the share price<sup>76</sup> – although this statement is under debate<sup>77</sup>.

---

<sup>71</sup> See: G. Subramanian, *Bargaining in the Shadow of Takeover Defenses*, Yale Law Journal, Vol. 113. Issue 3 (2003), pp. 625-629; M. Garms, *Shareholder By-Law Amendments and the Poison Pill: The Market for Corporate Control and Economic Efficiency*, Journal of Corporation Law, Vol. 24. Issue 2. (1999), pp. 435-436.

<sup>72</sup> See S.F. Reed, A.R. Lajoux, P.H. Nesvold, *The Art of M&A – A Merger/Acquisition Buyout Guide* (McGraw-Hill, New York, 2007) pp. 844-845. Also see A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, pp. 505-506.

<sup>73</sup> See S.F. Reed, A.R. Lajoux, P.H. Nesvold, *op. cit.*, p. 846.

<sup>74</sup> See: M.K. Montgomery, *The Law of Poison Pills in New York*, Journal of Paralegal Education and Practice, Vol. 8. (1991), p. 131; S.F. Reed, A.R. Lajoux, P.H. Nesvold, *op. cit.*, p. 846.

<sup>75</sup> See M.K. Montgomery, *The Law of Poison Pills in New York*, Journal of Paralegal Education and Practice, Vol. 8. (1991), p. 144.

<sup>76</sup> See M.R. Garms, *Shareholder By-Law Amendments and the Poison Pill: The Market for Corporate Control and Economic Efficiency*, Journal of Corporation Law, Vol. 24. Issue 2. (1999), pp. 448-449. Garms points out that according to a study carried out on the basis of one of the most trustworthy samples, 59.8% of poison pill announcements produced negative returns, which increased to 70.3% for firms that were already subject to takeover speculation. On the other hand, John C. Coates does not find poison pills detrimental to the share price. He claims that relevant empirical researches could not demonstrate any significant impact on the share price. He defined the weighted effect of poison pills on share price at +0.02%, which is in fact positive, but actually converges to zero. See J.C. Coates, *Empirical Evidence on Structural Takeover Defenses: Where Do We Stand?*, University of Miami Law Review, Vol. 54. Issue 4 (2000), pp. 786-789. The above standpoint is endorsed

*Poison pills* combined with staggered boards are very efficient anti-takeover defence measures in the United States<sup>78</sup>. Also an important consideration, that the United States applies no mandatory bid rule. However, the application of certain so called poison pills may achieve similar results. The poison pill can be formulated in such manner that preferential subscription rights can be exercised following the two-tiered tender offer, or the partial tender offer. In this case the applied poison pill provides protection against the same threats as the mandatory bid rule in EU takeover regulations. Nevertheless, this solution is applied by the companies and it is not a statutory rule<sup>79</sup>.

The justification of *poison pills* in the European Union is less well-founded, as they are regarded as defence measures that deprive shareholders of the premium they are supposed to receive in exchange for the change of control of the company<sup>80</sup>. A great advantage thereof is that compared to other defence measures, *poison pills* are less costly (cheaper than for example the so-called *crown jewels* tactics or large buy-backs, it does not carry significant transaction costs and besides its effects on takeovers, it does not influence the company's course of business)<sup>81</sup>. Nevertheless, in the European Union, national laws and the underlying Takeover Directive eliminates takeover tactics that are disadvantageous for the shareholders of the target company. For instance, a mandatory bid shall be made on all voting shares and the equitable highest price paid is guaranteed for all shareholders<sup>82</sup>. Consequently, the application of *poison pills* can only be justified with difficulties from a theoretical aspect. On the other hand, according to the neutrality rule of the Takeover Directive, from the time of gaining knowledge of the bid the shareholders' consent is necessary for any measures that interfere with the bid. The Directive 2012/30/EU also hinders the application of poison pills as it sets forth that the issue of shares is subject to the prior authorisation of the shareholders' meeting, and that shareholders have pre-emptive rights with regard to newly issued shares<sup>83</sup>.

Although the latter may be excluded with the consent of the shareholders, obviously it is impossible for the management to make use of this option in the lack of the shareholders' support. Adopting the *poison pill* before the takeover bid would abolish the

---

by: F. Balotti, L.J. Travis, *Professor Coates Is Right Now Please Study Stockholder Voting*, University of Miami Law Review, Vol. 54. Issue 4 (2000), pp. 819-837.

<sup>77</sup> Also see A. Kecskés, V. Halász, *op. cit.*, pp. 506-507.

<sup>78</sup> See: S.M. Bainbridge, *UNOCAL at 20: Director Primacy in Corporate Takeovers*, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 31. Issue 3 (2006), p. 814; L.A. Bebchuk, J.C. Coates, G. Subramanian, *The Powerful Anti-Takeover Force of Staggered Boards: Theory, Evidence and Policy*, Stanford Law Review, Vol. 54. Issue 5 (2002), pp. 887, 931.

<sup>79</sup> See M. Ventoruzzo, *Europe's Thirteenth Directive and U.S. Takeover Regulation: Regulatory Means and Political and Economic Ends*, Texas International Law Journal, Vol. 41. Issue 2 (2006), pp. 189-190.

<sup>80</sup> See J.N. Gordon, *Poison Pills and the European Case*, University of Miami Law Review, Vol. 54. Issue 4 (2000), p. 842.

<sup>81</sup> See M. Kahan, E.B. Rock, *How I Learned to Stop Worrying and Love the Pill: Adaptive Responses to Takeover Law*, University of Chicago Law Review, Vol. 69. Issue 3 (2002), p. 875.

<sup>82</sup> See J.N. Gordon, *Poison Pills and the European Case*, University of Miami Law Review, Vol. 54. Issue 4 (2000), p. 842.

<sup>83</sup> See S.F. Reed, A.R. Lajoux, P.H. Nesvold, *The Art of M&A – A Merger/Acquisition Buyout Guide* (McGraw-Hill, New York, 2007), p. 850.

restriction made by the neutrality rule, nevertheless it would remain necessary to exclude the pre-emptive right. Apparently, the American-style *poison pill* is based upon a discriminatory issuing of shares, which puts the bidder in an adverse position<sup>84</sup>. For that reason *poison pills* cannot become an important component of anti-takeover defence schemes in Europe<sup>85</sup>; they may be applied only if the management of the company has been authorised by the shareholders' meeting to issue new shares and to exclude the pre-emptive right and if its hands are not tied by the *neutrality rule* (or if the *poison pill* was adopted prior to gaining knowledge of the bid, or if the neutrality rule is not applicable in the given legal system or in the given company)<sup>86</sup>.

## VI. Acquisition of treasury shares

The company naturally rules its own share price by the transactions carried out with its own shares. Purchasing treasury shares may serve three purposes with regard to the frustration of the hostile bid: firstly it increases the share price and thus makes the bid less attractive. Concurrently it demands more input from the bidder. Furthermore, shareholders wishing to sell their securities sell them to the target company instead of contributing to the increase of the bidder's control. Nevertheless, one should not forget that purchasing treasury shares might bring forth the possibility of abuse<sup>87</sup>.

That is why it is required in the European Union that – both before and after the bid – the shareholders' meeting carry out a strict inspection of share buy-backs. On the other hand, in the United States an aggressive tactics of treasury share purchase is often applied as an anti-takeover defence measure, which is clearly demonstrated by the defence of *Unocal* against the bid of *Messa Petroleum*<sup>88</sup>.

The community-level framework of the acquisition of treasury shares in the European Union is Directive 2012/30/EU on the formation of corporations and on the maintenance of their capital, which sets out the general rules and conditions of the acquisition of treasury shares in Article 21. This Article basically sets forth the authorisation by the shareholders' meeting as a precondition for the acquisition of treasury shares<sup>89</sup>. The

---

<sup>84</sup> See J.N. Gordon, *Poison Pills and the European Case*, University of Miami Law Review, Vol. 54. Issue 4. (2000), p. 845.

<sup>85</sup> See J.N. Gordon, *op. cit.*, p. 846.

<sup>86</sup> See: A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, pp. 507-508; V. Halász, *Bevezik-e az amerikai méregpirulát az Európai Unióban?* In: *Európai jog*, 2012. 1. sz. 3-16. o.

<sup>87</sup> See: W.J. Yake, *Comparative Corporate Takeover Tactics*, Canadian-American Law Journal, Vol. 2. Issue 1. (1983), pp. 58-61; F.W. Brown, *COMMENTS-Corporate Defenses to Takeover Bids*, Tulane Law Review, Vol. 44. Issue 3 (1969-1970), pp. 526-527.

<sup>88</sup> In this case *Unocal* made a tender offer on 29% of its own shares (and excluded from the offer its largest shareholder, *Messa Petroleum*, which in fact intended to take over *Unocal*) at 72 dollars per share, which exceeded the market price by 26 dollars. The self-tender was designed to defeat the tender offer of 54 dollars per share (in cash and in securities) of *Messa Petroleum* on the shares of *Unocal*. See M.C. Jensen, *When Unocal Won Over Pickens, Shareholders and Society Lost*, available at (12 October 2010): [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=244157](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=244157).

<sup>89</sup> Article 21 paragraph (1) point a) of Directive 2012/30/EU.

duration of the period for which the authorisation is given shall be determined by the national laws of the member states, however it cannot exceed five years. It is also necessary to set forth in the authorisation the maximum and minimum amount of consideration<sup>90</sup>. Furthermore, the acquisition of treasury shares may not have the effect of reducing the net assets below the amount mentioned in Article 17 paragraph (1) and (2)<sup>91, 92</sup>. It is also a requirement set forth in the Directive that only fully paid-up shares may be included in the transaction<sup>93</sup>.

Nevertheless, member states have the right to stipulate further conditions for the acquisition of treasury shares, such as maximizing the nominal value of acquirable shares (which, however, cannot be less than 10% of the subscribed capital), or imposing the corporation to set forth in its articles of association the maximum number of acquirable shares, the period during which the shares may be acquired and the minimum or maximum amount of cash contribution. Member States may also set forth appropriate reporting and notification obligations one has to comply with or that the acquisition of the shares may not affect the satisfaction of creditors' claims. Certain companies, as determined by Member States, may be required to cancel the acquired shares provided that an amount equal to the nominal value of the shares cancelled must be included in a reserve which cannot be distributed to the shareholders, except in the event of a reduction in the subscribed capital; that reserve may be used only for the purposes of increasing the subscribed capital by the capitalization of reserves<sup>94</sup>. Furthermore, the right to vote attaching to the company's own shares shall in any event be suspended<sup>95</sup>. If the shares are included among the assets shown in the balance sheet, a reserve of the same amount, unavailable for distribution, shall be included among the liabilities<sup>96</sup>. Where the laws of a Member State permit a company to acquire its own shares, either itself or through a person acting in his own name but on the company's behalf, they shall require the annual report to state the information stipulated in Article 24 paragraph (2) of the Directive<sup>97</sup>.

---

<sup>90</sup> Article 21 paragraph (1) point a) of Directive 2012/30/EU.

<sup>91</sup> 2012/30/EU Directive Article 17 paragraph (1) and (2): Except for cases of reductions of subscribed capital, no distribution to shareholders may be made when on the closing date of the last financial year the net assets as set out in the company's annual accounts are, or following such a distribution would become, lower than the amount of the subscribed capital plus those reserves which may not be distributed under the law or the statutes. Where the uncalled part of the subscribed capital is not included in the assets shown in the balance sheet, that amount shall be deducted from the amount of subscribed capital referred to above.

<sup>92</sup> Article 21 paragraph (1) point b) of Directive 2012/30/EU.

<sup>93</sup> Article 21 paragraph (1) point c) of Directive 2012/30/EU. Also see A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, pp. 510-511.

<sup>94</sup> Article 21 of Directive 2012/30/EU.

<sup>95</sup> Article 24 paragraph (1) a) of Directive 2012/30/EU.

<sup>96</sup> Article 24 paragraph (1) b) of Directive 2012/30/EU.

<sup>97</sup> See A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, pp. 511-512.

Derogations may be made from the requirement of the previous authorisation of the shareholders where the acquisition of a company's own shares is necessary to prevent serious and imminent harm to the company. In such a case, the next general meeting must be informed by the administrative or management body of the reasons for and nature of the acquisitions effected, of the number and nominal value or, in the absence of a nominal value, the accountable par, of the shares acquired. The general meeting shall also be informed of the proportion of the subscribed capital which the acquired shares represent, and of the consideration for these shares<sup>98</sup>. Shares acquired in contravention of the rules on the acquisition of treasury shares shall be disposed of within one year of their acquisition<sup>99</sup>. Article 22 of Directive 2012/30/EU provides to the Member States further possibilities for derogation from the general requirements stipulated in Article 21 of the Directive.

The Hungarian regulation lays down the rules of the acquisition of treasury shares in conformity with the Directive. According to Article 3:223 of the Civil Code, it is the precondition of the acquisition of own shares that the shareholders' meeting authorise the management board to carry out the acquisition and also set forth the conditions thereof. The authorisation may be granted for a maximum period of eighteen months. If the acquisition takes place in exchange for consideration, the maximum amount of consideration payable shall be defined as well. In Hungary, the prior authorisation of the general meeting is not required if it is necessary to prevent an imminent injury to which the company is directly exposed<sup>100</sup>. This option however, may not be applied if a takeover bid is launched on the shares of the company<sup>101</sup>. According to Article 3:222 (3)-(4) of the Hungarian Civil Code, corporations may acquire their own shares only if the acquisition is financed from assets other than the share capital. Furthermore, own shares may not be acquired if the company is not authorised to distribute any dividend for the financial year<sup>102</sup>. Where a company has acquired its own shares in violation of the law, the company shall retire them by way of decreasing the share capital within one year of the date on which they were acquired<sup>103</sup>. Article 3:225 (1) of the Hungarian Civil Code also sets forth in conformity with the Directive that voting rights shall not be attached to the own shares acquired by a company.

Due to these rules it is expedient in the European Union to give a prior authorisation to the board of directors to acquire treasury shares. Thereby its room of manoeuvre is widened with regard to discouraging a potential bidder. Nevertheless, once the board of directors gained knowledge of the bid, it can only apply this method if it is not bound by the *neutrality rule* (namely if the *neutrality rule* is not applicable with regard to the given

---

<sup>98</sup> Article 21 paragraph (2) of Directive 2012/30/EU.

<sup>99</sup> Article 21 paragraph (3), Article 23 of Directive 2012/30/EU.

<sup>100</sup> Article 3:223 (2) of the Hungarian Civil Code (Act V. of 2013).

<sup>101</sup> Article 3:223 (2) of the Hungarian Civil Code (Act V. of 2013).

<sup>102</sup> Article 3:222 (4) of the Hungarian Civil Code (Act V. of 2013).

<sup>103</sup> Article 3:224 of the Hungarian Civil Code (Act V. of 2013).

member state or the given company) or if it obtains the prior authorisation of the shareholders' meeting for that purpose<sup>104</sup>.

In the member states of the European Union – including Hungary – Regulation 2273/2003/EC (22 December 2003) implementing Directive 2003/6/EC of the Parliament and of the Council as regards exemptions for buy-back programmes and stabilisation of financial instruments – which has direct effect and direct applicability – imposes further rules with regard to the acquisition of own shares. According to the above Regulation, the sole purpose of the buy-back program must be to reduce the capital of an issuer (in value or in number of shares) or to meet obligations arising from any of the following: debt financial instruments exchangeable into equity instruments; employee share option programs or other allocations of shares to employees of the issuer or of an associate company. The Regulation also stipulates that in case of transactions carried out with treasury shares, full details of the buy-back program must be adequately disclosed to the public in member states in which an issuer has requested admission of its shares to trading on a regulated market. The details shall include the objective of the program, the maximum consideration, the maximum number of shares to be acquired and the duration of the period for which authorization for the program has been given.

Subsequent changes to the program must be subject to adequate public disclosure in the member states<sup>105</sup>. The issuer must have in place the mechanisms ensuring that it fulfills trade reporting obligations to the competent authority of the regulated market on which the shares have been admitted to trading. These mechanisms must record each transaction related to 'buy-back' programs<sup>106</sup>. Furthermore the issuer must publicly disclose details of all transactions concerning its treasury shares no later than the end of the seventh daily market session following the date of execution of such transactions<sup>107</sup>. With regard to share prices, the issuer must not, when executing trades under a 'buy-back' programme, purchase shares at a price higher than the highest of the price of the last independent trade and if the purchase price is higher than that anyhow, it cannot exceed the highest current independent bid on the trading venues where the purchase is carried out<sup>108</sup>. In so far as volume is concerned, the issuer must not purchase more than 25 % of the average daily volume of the shares in any one day on the regulated market on which the purchase is carried out<sup>109</sup>. In cases of extreme low liquidity on the relevant market, derogations may be made from the above conditions<sup>110</sup>.

---

<sup>104</sup> See A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013, p. 512.

<sup>105</sup> Article 4 paragraph 2 of Regulation 2273/2003/EC.

<sup>106</sup> Article 4 paragraph 3 of Regulation 2273/2003/EC.

<sup>107</sup> Article 4 paragraph 4 of Regulation 2273/2003/EC.

<sup>108</sup> Article 5 paragraph 1 of Regulation 2273/2003/EC. Further rules apply if the shares are not purchased on a regulated market or if they are purchased through derivative financial instruments.

<sup>109</sup> Article 5 paragraph 2 of Regulation 2273/2003/EC.

<sup>110</sup> See: A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors,

## VII. Crown jewels

Within the framework of the so-called *crown jewels* strategy the company sells its most valuable asset or assets (its *crown jewels*), which make it particularly attractive from the perspective of the bidder<sup>111</sup>. Such a *crown jewel* may be for instance an especially well-functioning research and development department of a telecommunication company. The management hopes to avoid the takeover in exchange for parting with its *crown jewels*, as afterwards it would be a lot less attractive target in the eyes of the bidder<sup>112</sup>. We should note that while the issuing of new shares and the acquisition of own shares is restricted in the member states of the European Union (by the condition of the shareholders' consent), the management has a significantly wider room of manoeuvre with regard to the selling of the company's assets. In the European Union according to the neutrality rule, generally it is only necessary to obtain the authorisation of the shareholders if the bid has already been made or if the management has already been informed thereof. Nevertheless, such transactions affecting the assets of the company do not belong to its normal course of business.

It is a possible version of the crown jewels strategy to re-organise the department of particular value into a separate company (for instance a private corporation), which is equipped with anti-takeover protection<sup>113</sup>.

## VIII. Conclusions

The application of anti-takeover defense measures can strengthen the position of the board but it can also have an impact on company value and share price. At this point it is notable why we consider certain takeover bids to be hostile? While takeover bids can obviously serve the interests of many groups of stakeholder, a hostile takeover bid always targets the replacement of board positions and managers. Therefore, good regulation can only be based on the consideration of multiple interests.

---

Budapest – Wien, 2013, pp. 512-513; V. Halász, *Beveszik-e az amerikai méregpirulát az Európai Unióban?* In: *Európai jog*, 2012. 1. sz. 3-16. o.

<sup>111</sup> See: S.F. Reed, A.R. Lajoux, P.H. Nesvold, *The Art of M&A – A Merger/Acquisition Buyout Guide* (McGraw-Hill, New York, 2007) p. 850; R.A. Prentice, *Target Board Abuse of Defensive Tactics: Can Federal Law Be Mobilized to Overcome the Business Judgement Rule?*, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 8. Issue 2. (1983), p. 343.

<sup>112</sup> M. Delfini, *Takeover Defence Strategies and the „Passivity Rule” in the Italian Experience*, *International Business Law*, Vol. 30. Issue 10 (2002), p. 476.

<sup>113</sup> See: A. Kecskés, V. Halász, *Stock Corporations – A Guide to Initial Public Offerings, Corporate Governance and Hostile Takeovers*, HVG-ORAC & LexisNexis, translated by Anna Tolnai and the Authors, Budapest – Wien, 2013. pp. 517-518.; V. Halász, *Beveszik-e az amerikai méregpirulát az Európai Unióban?* In: *Európai jog*, 2012. 1. sz. 3-16. o.

# Culpa creditorului în moderarea prejudiciului, conform Noului Cod civil

**Lect. univ. dr. Juanita GOICOVICI\***

Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca  
Facultatea de Drept

## **Abstract**

*The creditor's fault towards damage mitigation represents a point of interest for practitioners in civil and commercial law, after the adoption of the Romanian New Civil Code. In hypotheses in which the creditor's unjustifiable fault has contributed to the increase of the final losses, the judges may impose a liability disclaimer in favor of the debtor, on the basis of article 1534 of the New Civil Code. Thus the non-performing party is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the damages by taking reasonable steps.*

**Keywords:** *fault, creditor, mitigation of damages, liability disclaimer*

## **Rezumat**

*Culpa creditorului în moderarea prejudiciului reprezintă un subiect de interes pentru practicienii dreptului civil și comercial, după intrarea în vigoare a noului Cod civil. În ipoteza în care neglijența gravă ori chiar ostentativă a creditorului a augmentat cuantumul final al prejudiciului, instanța de judecată, în baza art. 1534 NCC, va putea recurge la un partaj de responsabilitate între creditorul obligației neexecutate și debitorul responsabil, victima vinovată de o pasivitate exagerată pierzând parțial dreptul de a obține repararea prejudiciului suferit, pe porțiunea pe care acesta era evitabil prin mijloace rezonabile.*

---

\* jgoicovici@yahoo.com



*Cuvinte-cheie:* culpă, creditor, moderarea prejudiciului, partaj de responsabilitate

## I. Introducere

### 1. Moderarea prejudiciului – obligație a creditorului

Obligația de moderare a prejudiciului reprezintă una dintre noțiunile insolite propuse de noul Cod civil. Importată din dreptul anglo-saxon, unde este cunoscută sub expresia „mitigation of damages”, aceasta se referă în esență la îndatorirea creditorului unei obligații neexecutate de a întreprinde măsuri rezonabile în vederea limitării prejudiciului care ar putea rezulta din neexecutarea de către debitor, în caz contrar prejudiciul evitabil nemaiputând fi imputat debitorului.

Spre deosebire de abordarea din vechiul Cod civil, care nu cunoștea instituția partajului de responsabilitate în ipoteza pasivității culpabile a creditorului, de natură a augmenta nejustificat valoarea prejudiciului înregistrat<sup>1</sup>, noul Cod civil consacră în art. 1534 obligația creditorului de moderare a pagubei: „(1) Dacă, prin acțiunea sau omisiunea sa culpabilă, creditorul a contribuit la producerea prejudiciului, despăgubirile datorate de debitor se vor diminua în mod corespunzător. Această dispoziție se aplică și atunci când prejudiciul este cauzat în parte de un eveniment al cărui risc a fost asumat de creditor. (2) Debitorul nu datorează despăgubiri pentru prejudiciile pe care creditorul le-ar fi putut evita cu o minimă diligență. Creditorul poate însă recupera cheltuielile rezonabile făcute în vederea limitării prejudiciului”.

Obligația de moderare a prejudiciului poate fi definită ca fiind obligația creditorului de a avea inițiativa oricăror măsuri rezonabile de natură să-i limiteze paguba rezultată din neexecutarea obligației civile/comerciale de către debitor<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> În exemplul utilizat de Domat, viticultorul care – în contextul nelivrării la timp a instalațiilor de recoltare de către vânzător – omite să închirieze alte instalații în acest interval, compromițându-și astfel recolta anuală (supusă înghețului), nu-i poate imputa debitorului său contractual distrugerea recoltei, întrucât prejudiciul suportat este atașat, într-un asemenea caz, mai degrabă pasivității frapante a creditorului, decât neexecutării de către vânzător a obligației inițiale de predare la termen a lucrului vândut. În atare situații, neexecutarea de către debitor a îndatoririlor contractual asumate nu explică în mod direct surveniența pagubei suplimentare, provenite din neglijența impardonabilă a creditorului de a se interesa de diminuarea prejudiciului înregistrat. – a se vedea Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. V, *Introduction*, Secțiunea a II-a, citat după J.-P. Chazal, „L’*ultra-indemnisation*”: *une réparation au delà des préjudices directs*, *Note*, „*Recueil Dalloz*” 2003, *Jurisprudence*, p. 2327.

<sup>2</sup> Pentru dezvoltări, a se vedea: J.D. Calamari, J.M. Perillo, *Contrats*, 3<sup>rd</sup> ed., Ed. West Publishing Co., Minnesota, 1987, p. 610 și urm.; V.E. Schwartz, K. Kelly, D.E. Partlett, *Torts*, Ed. Foundation Press, New York, 2000, pp. 546-547; J.P. Dawson, W. Burnett Harvey, S.D. Henderson, *Contracts*, Ed. Foundation Press, New York, 1998, pp. 73-75. Pe de altă parte, în dreptul privat francez, obligația victimei de limitare a pierderilor – admisă inițial numai în materia prejudiciilor materiale (a) – a câștigat tot mai mult teren, fiind în prezent extinsă jurisprudențial și la cazurile prejudiciilor corporale (b), însă numai în măsura în care îngrijirile medicale la care victima a neglijat să se supună ar fi fost rezonabile, neimplicând vreun pericol pentru viața ori sănătatea acesteia. – a se vedea P.-Y. Gautier, *Contre Bentham: l’inutile et le droit*, „*Revue trimestrielle de droit civil*” nr. 4/1995, p. 820 și urm.

Comportamentul creditorului nu poate rămâne irelevant pentru judecătorul confruntat cu cererea de plată a daunelor-interese, cel puțin din perspectiva stabilirii existenței raportului de cauzalitate între fapta prejudiciabilă a debitorului și prejudiciul survenit. În împrejurările în care – în chip arbitrar și conștient – creditorul permite agravarea propriului prejudiciu, indolența sa culpabilă rupe nexul causal dintre prejudiciu și fapta ilicită a debitorului, cu consecința privării sale parțiale de despăgubiri (pentru fracțiunea din prejudiciu care putea fi evitată).

Pe de altă parte, creditorului nu i se poate reproșa omiterea luării unor măsuri riscante, hazardate ori excesiv de împovăraătoare, obligația de moderare a pagubei vizând doar măsurile rezonabile care puteau fi întreprinse de creditor.

## 2. Caracterul rezonabil al intervenției creditorului

În opinia noastră, este util de precizat că textul art. 1534 NCC nu se referă la obligația generală de prudență și diligență care incumbă, în materie delictuală/extracontractuală oricărei persoane, astfel încât fapta sa ilicită, săvârșită din culpă este un temei pentru angajarea responsabilității delictuale a autorului, conform art. 1349 NCC<sup>3</sup>.

Obligația de moderare a prejudiciului vizată de art. 1534 NCC este incidentă în situațiile în care creditorul (a cărui creanță poate avea o sursă contractuală sau delictuală) – după încălcarea obligațiilor contractuale de către debitor/după săvârșirea de către autor a faptei ilicite cauzatoare de prejudicii – agravează paguba produsă ori împiedică diminuarea acesteia, printr-o atitudine care îi este imputabilă<sup>4</sup>. Neglijența gravă a creditorului, care a contribuit la augmentarea prejudiciului<sup>5</sup>, este doar una dintre fațetele culpei, ca sursă a unui partaj de responsabilitate, particularismul neîndeplinirii obligației de micșorare a pagubei rezidând, între altele, în momentul în care intervine (posterior săvârșirii, de către debitor, a faptei ilicite, și anume în perioada în care prejudiciul produs poate suferi evoluții agravante<sup>6</sup>).

---

<sup>3</sup> Art. 1349 NCC prevede că „(1) Orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune și să nu aducă atingere, prin acțiunile ori inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane. (2) Cel care, având discernământ, încalcă această îndatorire răspunde de toate prejudiciile cauzate, fiind obligat să le repare integral.”; respectiv, art. 1357 NCC, text potrivit căruia „(1) Cel care cauzează altuia un prejudiciu printr-o faptă ilicită, săvârșită cu intenție sau din culpă, este obligat să îl repare. (2) Autorul prejudiciului răspunde pentru cea mai ușoară culpă.”

<sup>4</sup> Pentru detalii, a se consulta J.D. Calamari, J.M. Perillo, *op. cit.*, p. 611. Nici în dreptul anglo-saxon noțiunea de culpă a victimei nu se suprapune aprioric și deplin peste cazurile de „neglijență gravă agravantă a prejudiciului”; există, astfel, „contributory negligence” atunci când victima este parțial responsabilă de producerea prejudiciului însuși (a), în vreme ce „duty to mitigate” vizează obligația victimei de a restrânge (în mod rezonabil) paguba după surveniența faptei ilicite generatoare a pagubei inițiale (b).

<sup>5</sup> Obligația de moderare a pagubelor este prezentă și în textul art. 77 al Convenției de la Viena privind vânzarea internațională de mărfuri din 11 aprilie 1980: „Partea care invocă încălcarea contractului este datoare a lua toate măsurile rezonabile, în circumstanțele date, pentru a limita întinderea prejudiciului, inclusiv a câștigului neobținut, rezultat în urma încălcării contractului. Dacă partea neglijează întreprinderea acestor măsuri, contractantul în culpă poate obține o reducere a daunelor-interese datorate, reducere egală cu cuantumul prejudiciului care ar fi putut fi evitat”.

<sup>6</sup> Art. 1534 nu este singurul text alocat în noul Cod civil sancționării culpei creditorului, potrivit art. 1510 NCC, creditorul putând fi pus în întârziere „atunci când refuză, în mod nejustificat, plata oferită în mod

Criteriul minimei diligențe, instaurat prin textul art. 1534 NCC<sup>7</sup>, este deosebit de important, întrucât creditorului, pentru recuperarea integrală a prejudiciului, nu i se cer eforturi excepționale și nerezonabile, ci doar luarea de măsuri pe care nivelul normal al diligenței le-ar fi presupus<sup>8</sup>.

Moderarea prejudiciului devine, astfel, o obligație a creditorului, întrucât în baza art. 1534 NCC, orice prejudiciu care ar fi putut fi evitat printr-o minimă diligență este un prejudiciu imputabil celui care l-a suferit (sau l-a tolerat)<sup>9</sup>. Moderarea pagubei nu reprezintă însă un apel la diligență excepțională adresat creditorului, căruia textul legal comentat îi solicită doar eforturi rezonabile de diminuare a prejudiciului. Criteriul caracterului rezonabil al măsurilor întreprinse nu reclamă ca eforturile depuse de creditor să se fi dovedit, cu necesitate, cele mai inspirate economic sau să fi fost întotdeauna

---

corespunzător sau când refuză să îndeplinească actele pregătitoare fără de care debitorul nu își poate executa obligația”, în art. 1511 NCC arătându-se că: „(1) Creditorul pus în întârziere preia riscul imposibilității de executare a obligației, iar debitorul nu este ținut să restituie fructele culese după punerea în întârziere. (2) Creditorul este ținut la repararea prejudiciilor cauzate prin întârziere și la acoperirea cheltuielilor de conservare a bunului datorat”.

<sup>7</sup> Două situații merită atenție, din unghiul practic al aplicării acestui text de lege: (1) fie creditorul nu a respectat obligația legală de moderare a pagubelor, caz în care va pierde dreptul la recuperarea integrală a acestora, suportând consecințele unui partaj de responsabilitate; (2) fie, dimpotrivă, creditorul a acționat în sensul evitării prejudiciului viitor ori, cel puțin, a unei părți din acesta, caz în care poate solicita instanței de judecată condamnarea debitorului la plata unui supliment de daune-interese, corespunzător cheltuielilor rezonabile întreprinse de către creditor în vederea diminuării prejudiciului; excepție fac situațiile în care măsurile luate de creditor nu au presupus asemenea cheltuieli (ori existența, cuantumul sau caracterul „rezonabil” al acestora nu poate fi probat de către creditor).

<sup>8</sup> De altfel, în materie contractuală, obligația de a acționa conform preceptelor buneii-credințe indică o soluție similară, potrivit art. 1170 NCC, părțile trebuind „să acționeze cu bună-credință, atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale. Ele nu pot înlătura sau limita această obligație.”

<sup>9</sup> De exemplu, A, producător de autovehicule destinate transportului de pasageri, a livrat lui B, societate comercială specializată în transportul pasagerilor, un autocar, iar acesta se defectează la scurtă vreme de la predare și rămâne imobilizat timp de 16 zile. În acest interval, societatea comercială B avusese programate, prin contract, 8 curse cu destinația Roma, pe care nu le poate onora. Ce atitudine poate adopta creditorul B: anularea curselor ori, dimpotrivă, închirierea imediată a unui autocar similar, deținut de o companie concurentă – soluție mai puțin costisitoare, în termeni economici? Tradițional, creditorul aștepta, tolera neexecutarea contractului și/sau, în final, invoca răspunderea contractuală a debitorului, pentru a obține despăgubirea sa integrală, atât pentru beneficiul nerealizat, cât și pentru *damnum emergens*. În baza textelor vechiului Cod civil, creditorul putea fi autorizat să procedeze la executare din proprie inițiativă, dar nu putea fi constrâns la un comportament activ. În termenii clasici, creditorul era paradigma însăși a pasivității, prin chiar definiția tradițională a poziției sale contractuale.

Să presupunem în continuare că, optând pentru anularea curselor, societatea comercială B înregistrează un prejudiciu de 48.000 EUR (150 EUR/bilet x 40 de locuri x 8 curse), rezultat din rambursarea biletelor pasagerilor și beneficiul nerealizat. Dimpotrivă, în baza art. 1534 NCC creditorul este obligat să inițieze pe cont propriu măsurile care ar duce la diminuarea acestui prejudiciu. Dacă B se adresează imediat unei companii concurente și închiriază un autocar similar celui defect, va trebui să achite chiria și personalul implicat, dar va putea executa contractele de transport încheiate cu clienții săi pentru cele 8 curse. În acest caz, să presupunem că prejudiciul efectiv înregistrat de creditorul B, în urma conduitei sale active, este de doar 15.000 EUR. Prin urmare, doar la rambursarea sumei de 15.000 EUR este îndreptățită societatea comercială B, prin angajarea răspunderii contractuale a debitorului A, și nu la plata sumei de 48.000 EUR, rezultată din pasivitatea sa inadmisibilă.

încununată de succes. Astfel, creditorul nu este dator să întreprindă măsuri ce ar presupune costuri exorbitante și nici să procedeze la denunțarea unilaterală a altor contracte, doar pentru a reduce paguba rezultată din neexecutarea respectivului contract de către debitorul său.

Caracterul rezonabil al eforturilor depuse de creditor este apreciat de la caz la caz de către instanța de judecată, în funcție de circumstanțele speței<sup>10</sup>.

## II. Culpa de abstențiune și partajarea răspunderii civile

### 1. Moderarea prejudiciului – obligație de mijloace

În baza art. 1534 NCC, creditorul nu este obligat la luarea de măsuri exorbitante sau disproportionale și nici să accepte orice propunere a debitorului, în ideea de a diminua prejudiciul total<sup>11</sup>. Astfel, nu i se poate cere creditorului întreprinderea unor acțiuni care ar angaja o bulversare vizibilă (ori o disfuncționalitate majoră) a afacerilor sale și nici inițierea unor măsuri al căror rezultat final ar fi de la început îndoielnic<sup>12</sup>.

Obligația creditorului de a face tot ceea ce-i stă în putință în mod rezonabil, pentru a restrânge pierderea suferită nu poate face obiectul executării silite, în natură ori prin echivalent, singura sancțiune constând în refuzul instanței de a proceda la indemnizarea integrală a victimei prejudiciului. Prin urmare, prejudiciul produs din neglijența gravă a creditorului nu va putea fi imputat debitorului.

Astfel, se poate remarca faptul că obligația de moderare a pagubei este o obligație de mijloace, de simplă prudență și diligență, formularea legiuitorului din cuprinsul art. 1534 NCC român („Debitorul nu datorează despăgubiri pentru prejudiciile pe care creditorul le-ar fi putut evita cu o minimă diligență.”) fiind sugestivă în acest sens. Cheltuielile suplimentare întreprinse de creditor și care depășesc limitele unor măsuri rezonabile nu

---

<sup>10</sup> De exemplu, în jurisprudența statului Minnesota, judecătorii au reținut neîndeplinirea obligației de moderare a pagubelor în ipoteza în care, deși municipalitatea a denunțat unilateral, în chip abuziv, un contract de exploatare a unui teren riveran, creditorul a rămas pasiv vreme de câțiva ani, neîncheind contracte de locațiune cu alte persoane interesate, în urma cărora prejudiciul ar fi putut fi parțial acoperit de suma primită cu titlu de chirie; tot astfel, un fermier experimentat căruia contractantul i-a livrat semințe inactive biologic nu poate solicita daune-interese pentru acoperirea valorii totale a recoltei compromise, întrucât ar fi putut evita o parte din prejudiciu prin achiziționarea ulterioară de semințe de la concurenții partenerului său contractual – a se vedea J.D. Calamari, J.M. Perillo, *op. cit.*, pp. 611-612.

<sup>11</sup> De pildă, invocând dificultăți financiare, o societate comercială de instalare a echipamentului pentru irigații solicită, în mod abuziv, plata în avans a sumei de 14.000 EUR, deși aceasta era datorată – potrivit stipulațiilor contractuale – doar la finele lucrărilor, în baza contractului de antrepriză. Propunerea antreprenorului este în acest caz nejustificată și încalcă prevederile contractului, motiv pentru care nu există în acest context o obligație a creditorului de a accepta solicitarea partenerului său de a plăti anticipat prețul integral al lucrărilor. Dacă neacceptând instalarea conductelor pentru apă la prețul solicitat anticipat de furnizor, recolta fermierului este compromisă, iar prejudiciul înregistrat este de 30.000 EUR, debitorul nu poate obține un partaj de responsabilitate în baza art. 1534 NCC, întrucât textul legal citat nu permite debitorului să încalce termenii expresi ai contractului plasând pe umerii creditorului sarcina de a identifica alte soluții.

<sup>12</sup> A se vedea P.-Y. Gautier, *op. cit.*, p. 821.

vor fi acoperite de către debitor; prin urmare, creditorul nu este dator să întreprindă măsuri ce ar presupune costuri exorbitante.

Proba neexecutării obligației de moderare a pagubei trebuie adusă de către debitorul contractual sau terțul autor al faptei ilicite interesat să obțină partajarea răspunderii civile cu creditorul prejudiciat. În opinia noastră, debitorului obligației, iar nu creditorului îi incumbă sarcina probei neexecutării obligației impuse de art. 1534 NCC. Astfel, nu creditorul este ținut să dovedească faptul că a întreprins toate măsurile rezonabile necesare restrângerii pagubei finale, ci revine persoanei răspunzătoare de producerea prejudiciului inițial sarcina de a proba pasivitatea imputabilă a creditorului (proba culpei concurente a creditorului<sup>13</sup>).

Culpa creditorului poate rezulta atât din acțiunea sa netemperată (a luat măsuri hazardate care au sporit prejudiciul), cât și din omisiunea sa culpabilă, creditorul contribuind la producerea prejudiciului prin pasivitatea sa (omisiunea de a întreprinde măsuri profilactice rezonabile). Prin urmare, suplimentul de prejudiciu la care se referă indirect art. 1534 NCC poate rezulta atât dintr-un fapt pozitiv (acțiunea imprudentă a creditorului, care a agravat prejudiciul), cât și dintr-un fapt negativ (omisiunea creditorului, pasivitatea culpabilă a acestuia). În situațiile de abstențiune pură și simplă, creditorului i se reproșează că nu a întreprins măsurile rezonabile care ar fi plafonat pagubele sau, în alți termeni,

---

<sup>13</sup> Obligația creditorului de moderare a pagubelor nu este prezentă doar în noul Cod civil, ci este impusă și de câteva texte de lege din dreptul consumului. Astfel, consumatorului de servicii i se solicită – atunci când deține un rol activ în executarea contractului de către partenerul său contractual – să acționeze cu prudența unei persoane cu abilități de concentrare medii, în caz contrar instanțele recurgând la un partaj de responsabilitate între responsabil și victimă. De pildă, în contractul de transport cu telefericul, obligația de securitate incumbând transportatorul este una de rezultat pe traseu, când victima are exclusiv un rol pasiv și, respectiv, o obligație de mijloace la urcare și coborâre, când consumatorul serviciului are un rol activ. Cazul schiorului neglijent (în speță, un schior debutant a utilizat telefericul pentru a accede pe pista de schi; ajuns la destinație, a coborât din teleferic cu câteva secunde înainte ca acesta să se fi oprit definitiv și a suportat fracturi grave) a fost soluționat de instanțele franceze în sensul partajului de responsabilitate între client și societatea de transport, în speță „rolul activ al victimei” fiind admis ca motiv de atenuare a răspunderii profesionistului; a se vedea Curtea de Casație franceză, camera I civilă, decizia din 4 iulie 1995, citată după Ph. le Tourneau, L. Cadet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Ed. Dalloz, Paris, 2000, p. 344.

Un alt text legal care trimite la obligația creditorului de moderare a prejudiciului este art. 22 din O.G. nr. 107/1999 privind activitatea de comercializare a pachetelor de servicii turistice, modificată, conform căruia „deficiențele constatate de către turist la fața locului, cu privire la realizarea pachetului de servicii contractat, vor fi sesizate prompt, în scris sau sub orice altă formă, atât prestatorului de servicii, cât și agenției de turism de la care consumatorul a cumpărat pachetul de servicii turistice”. Reclamațiile formulate de către consumator cu privire la deficiențele constatate în executarea obligațiilor contractuale de către furnizorul serviciilor turistice pot fi jalonate temporal, printr-un interval fixat în acest scop în cuprinsul contractului, în care consumatorul să poată să le adreseze prestatorului de servicii. Impunerea, prin lege, a obligației consumatorului de a sesiza cu promptitudine, agenției de turism, deficiențele constatate la fața locului, iar nu doar la întoarcerea la locul plecării, astfel încât agenția debitoare să aibă șansa reală de a remedia executarea prestațiilor, diminuând astfel prejudiciul înregistrat de către creditorul consumator, reprezintă un caz de consacrare legală a obligației creditorului de minimizare a prejudiciului. Neexecutarea sa poate fundamenta un partaj de responsabilitate, constând în diminuarea cuantumului despăgubirilor la care este îndreptățit consumatorul cu valoarea prejudiciului care ar fi putut fi evitat printr-o sesizare promptă a deficiențelor către agenția de turism.

faptul că a permis fără o reacție rezonabilă desfășurarea evenimentelor la declanșarea cărora nu a contribuit.

După cum menționează și art. 1271 NCC, daunele-interese nu cuprind decât ceea ce este consecința directă și necesară a neexecutării obligației de către debitor. Despăgubirile datorate de debitor se vor diminua în mod corespunzător cu valoarea prejudiciului care ar fi putut fi evitat prin intervenția creditorului, conform dovezilor aduse de debitor. Dispozițiile art. 1534 NCC se aplică și atunci când prejudiciul este cauzat în parte de un eveniment al cărui risc a fost asumat de creditor, aplicându-se și în acest caz criteriul minimeii diligențe. În toate cazurile, creditorul poate recupera doar cheltuielile rezonabile făcute în vederea limitării prejudiciului, nu și sumele reprezentând în optica instanței cheltuieli exorbitante, cheltuieli de lux ș.a. Dacă, dimpotrivă, creditorul a efectuat cheltuieli rezonabile pentru evitarea sau limitarea prejudiciului, acestea vor putea fi recuperate de la debitor<sup>14</sup>.

Obligația de moderare a prejudiciului vizează și prejudiciul virtual, raportat la momentul săvârșirii de către debitor a faptei ilicite cauzatoare de prejudicii. Prejudiciul virtual este cel care are potențialul de a se realiza, întrucât există în germene în actul culpabil al debitorului. Este vorba despre un prejudiciu a cărui viitoare realizare depinde de survenirea anumitor evenimente, anticipată de către creditor, astfel încât acesta să nu rămână pasiv, ci să întreprindă măsuri pentru a-l evita. Situația reprezintă o excepție de la principiul reparării integrale a prejudiciului menționat în art. 1531 NCC, conform căruia creditorul are dreptul la repararea integrală a prejudiciului pe care l-a suferit din faptul neexecutării<sup>15</sup>.

În măsura în care creditorul a recurs la mijloace rezonabile posterior neexecutării obligației de către debitor și a dat dovadă de prudență și diligență în conduita sa, făcând tot ceea ce a fost rezonabil pentru moderarea prejudiciului, se consideră că obligația la care se referă art. 1534 NCC a fost executată, indiferent de rezultat, întrucât creditorului nu i se cere să evite efectiv augmentarea pagubelor, ci doar să întreprindă măsuri rezonabile, proactive în acest sens.

Legiuitorul român a grupat în textul art. 1534 NCC două situații de partaj de responsabilitate civilă, cea declanșată de neîndeplinirea obligației creditorului de moderare a prejudiciului (a) și cea reprezentată de asumarea expresă a unui risc de către creditor (b). În opinia noastră, asocierea acestora într-un articol unic este greșită și se fundamentează doar pe consecința similară a celor două împrejurări, și anume partajul de răspundere pe care îl poate impune instanța de judecată, silind creditorul să suporte o parte din prejudiciul total (exonerarea parțială de răspundere civilă a debitorului), corespunzător daunelor care pot fi atașate comportamentului creditorului. Cele două cazuri rămân însă vizibil distanțate între ele, prin incidența diferită a elementului culpei creditorului. Astfel, numai în cazul obligației de moderare a pagubei, partajul de responsabilitate se întemeiază pe culpa concurentă a creditorului materializată într-o atitudine neglijentă care a contribuit la

<sup>14</sup> De menționat că, în materia răspunderii civile delictuale, referirea la limita rezonabilă a cheltuielilor nu este menținută în cuprinsul art. 1385 NCC.

<sup>15</sup> În materia răspunderii civile delictuale, principiul reparării integrale a prejudiciului este postulat în cuprinsul art. 1385 alin. (1) NCC.

sporirea cuantumului final al prejudiciului. Dimpotrivă, în celălalt caz, asumarea contractuală expresă a unui risc de către creditor exonerează debitorul independent de elementul-culpă asociat comportamentului creditorului, fiind vorba despre o convenție de amenajare a răspunderii civile pentru un risc concret, asumat expres. De aceea, referirea legiuitorului la ambele cazuri de partajare a responsabilității civile într-un text legal unic este eronată, întrucât poate induce ideea greșită a identității de fundament juridic.

## **2. Efectele culpei creditorului**

Pentru a declanșa un partaj de responsabilitate, comportamentul creditorului posterior neexecutării contractului de către debitor trebuie să fie culpabil. Prin pasivitatea sa nejustificată, creditorul contribuie la realizarea prejudiciului final, permițând prin neglijența sa gravă augmentarea valorii totale a pagubelor. Fapta culpabilă a prepușilor creditorului este asimilată culpei acestuia și justifică, la rândul ei, partajarea răspunderii civile în beneficiul debitorului<sup>16</sup>. Având în vedere că fiecare dintre părți a contribuit în mod culpabil la cuantumul final al prejudiciului (atât debitorul, prin neexecutarea conformă a obligațiilor sale, cât și creditorul prin neîndeplinirea eforturilor de moderare a pagubei), instanța de judecată, la cererea debitorului, îl va exonera parțial de răspundere civilă, astfel încât fracțiunea din prejudiciu care a intervenit posterior faptei ilicite a debitorului, prin neglijența creditorului, să fie suportată exclusiv de către acesta din urmă. În aceste cazuri, instanța deduce din cuantumul daunelor-interese la plata cărora este obligat debitorul, valoarea daunelor care reprezintă produsul pasivității culpabile a creditorului. Apreciind întinderea efectelor comportamentului pasiv al creditorului, instanța va stabili procentul din daunele-interese care va fi suportat exclusiv de către creditor. În toate cazurile, pentru a deveni incident textul art. 1534 NCC, este necesar ca atitudinea culpabilă a creditorului să fi intervenit în perioada de după declanșarea evenimentului prejudiciabil (neexecutarea obligațiilor de către debitor), astfel încât cazurile vizate de art. 1534 NCC să nu fie confundate cu cele în care creditorul împiedică în mod culpabil executarea contractului de către debitor.

În ceea ce privește tipurile de culpă a creditorului în moderarea prejudiciului, poate fi vorba despre: (a) culpa intențională, dolosivă, (b) culpa neintențională, în cele două forme (neglijența gravă, asimilată dolului) și imprudența (neglijența medie). De cele mai multe ori, creditorul confruntat cu neexecutarea obligațiilor de către debitor nu este animat de intenția dolosivă de a augmenta în mod deliberat paguba în ideea de a o imputa debitorului, ci se face vinovat doar de neglijență sau imprudență în luarea măsurilor rezonabile care ar fi moderat prejudiciul. Faptic, însă, oricare dintre gradele culpei în moderarea pagubelor, cu excepția culpei foarte ușoare, atrag consecința partajului de răspundere civilă între debitor și creditor, însă numai în măsura în care debitorul probează culpa creditorului, având în vedere principiul potrivit căruia culpa nu se prezumă.

---

<sup>16</sup> În sensul asimilării culpei prepușilor cu cea a comitentului în moderarea prejudiciului, pentru exonerarea parțială a debitorului comitentului, a se vedea Curtea franceză de Casație, camera comercială, dec. din 7 iunie 1994, publicată în „Revue trimestrielle de droit civil” 1995, p. 127.

Având în vedere că obligația de moderare a prejudiciului este o obligație de mijloace, culpa creditorului nu se prezumă, precum în cazul obligațiilor contractuale de rezultat, ci trebuie dovedită neglijența ori imprudența creditorului de către debitorul interesat să obțină un partaj de responsabilitate.

### 3. Aprecierea *in abstracto* a culpei creditorului

Comportamentul culpabil al creditorului în moderarea pagubelor poate consta, după cum aminteam mai sus, fie într-o acțiune imprudentă (care a sporit cuantumul final al prejudiciului), fie în omisiunea imputabilă (faptul că nu a întreprins măsuri rezonabile pentru plafonarea prejudiciului a cărui producere fusese declanșată). Este vorba, cel mai adesea, despre culpa de abstențiune, întrucât creditorul nu a avut precauția de a întreprinde măsurile rezonabile care ar fi evitat agravarea prejudiciului.

În opinia noastră, aprecierea culpei creditorului în moderarea prejudiciului are loc *in abstracto*, raportând comportamentul creditorului la etalonul abstract reprezentat de persoana prudentă care, aflându-se în aceleași circumstanțe economice, fizice etc., ar fi întreprins măsuri rezonabile de plafonare a prejudiciului. Evident că aprecierea culpei creditorului se va face luând în calcul posibilitățile materiale, logistice, financiare ș.a. reale ale creditorului, însă acest lucru nu echivalează cu o apreciere *in concreto*, care ar fi ținut seama de măsura în care creditorul ar fi avut ceva să își reproșeze sieși în privința pasivității sale. După cum s-a subliniat în literatura de specialitate, aprecierea culpei de abstențiune are loc *in abstracto*<sup>17</sup>, plasând etalonul reprezentat de persoana prudentă în circumstanțele externe de care a beneficiat creditorul. Nu se va ține însă cont, în contextul obligației de moderare a prejudiciului, de circumstanțele interne, subiective, atașate persoanei creditorului (particularități ținând de maniera în care acesta își gestionează afacerile etc.). Faptul că în mod obișnuit acesta se dovedea pasiv sau neglijent în gestionarea situațiilor de risc nu justifică, raportat la augmentarea culpabilă a prejudiciului, comportamentul neglijent în materia obligației de moderare a pagubelor la care face referire art. 1534 NCC. Astfel, creditorul nu se poate scuza invocând neglijența sa uzuală, de care ar fi dat dovadă în alte cazuri în gestionarea propriilor afaceri. Ceea ce contează este, dimpotrivă, dacă în circumstanțele externe în care fusese plasat comportamentul creditorului, o altă persoană, prudentă, cu diligențe rezonabile, ar fi reușit prin măsurile întreprinse să modereze prejudiciul. Prin urmare, nu trebuie confundate circumstanțele externe, care sunt luate în calcul pentru calibrarea culpei creditorului, cu tipul de apreciere a culpei (*in abstracto*). Orice apreciere *in abstracto* a culpei ține cont de circumstanțele externe în care a evoluat comportamentul persoanei responsabile, însă spre deosebire de aprecierea *in concreto* a culpei, sunt ignorate circumstanțele interne, strict subiective (raportate la comportamentul uzual al creditorului, în privința gestionării afacerilor sale).

<sup>17</sup> A se vedea, în acest sens, H. Mazeaud, L. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Obligations*, t. II, vol. I, Ed. Montchrestien, Paris, 1998, p. 459.



### III. Admisibilitatea obligației de moderare în materia prejudiciului corporal

Prin plasarea art. 1534 NCC în Cartea a V-a („Despre obligații”), Titlul V („Executarea obligațiilor”), Capitolul II („Executarea silită a obligațiilor”), ar rezulta incidența acestuia în materia oricăror obligații civile, independent de obârșia contractuală sau delictuală a acestora. În materia răspunderii delictuale pentru prejudiciul corporal, lucrurile nu sunt însă simple, întrucât a solicita victimei unui accident, de pildă, să se supună unor intervenții medicale riscante doar pentru a limita întinderea prejudiciului ar intra în vizibilă contradicție cu principiul liberei dispunerii de propriul corp și al intangibilității ființei umane în absența voinței acesteia.

Dacă, în materia prejudiciului material<sup>18</sup>, admisibilitatea existenței unei obligații a creditorului de a acționa în sensul reducerii pagubei a fost, din start, justificată cu ajutorul argumentelor extrase din morala contractuală, recunoașterea unei obligații similare în perimetrul daunelor corporale implică un efort de argumentare mult mai accentuat. În esență, întrebarea este: refuzul victimei unui accident de a accepta îngrijiri medicale sau de a se supune unor intervenții chirurgicale ulterioare, care i-ar fi ameliorat starea fizică, este sau nu imputabil victimei, încât să permită instanței recursul la un partaj de responsabilitate? În alți termeni, putem vorbi despre o veritabilă obligație a victimei de a se supune unor proceduri medicale, pentru a reduce obligația de plată a autorului leziunilor inițiale<sup>19</sup>?

---

<sup>18</sup> Instanțele franceze nu au ezitat să recunoască existența unei atare obligații în sarcina creditorului, cel puțin în materia daunelor pur patrimoniale; a se vedea, de pildă, C. Ap. Douai, dec. din 15 martie 2001, citată după Ch. André, *Note*, „Recueil Dalloz” 2002, *Jurisprudence*, p. 377 și urm.

<sup>19</sup> Rezolvarea interesează și din perspectiva dreptului asigurărilor: în eventualitatea reținerii unei obligații a victimei de a-și plafona activ prejudiciul, despăgubirile datorate de societatea de asigurări ar fi, în principiu, reduse la nivelul daunelor inevitabile, neacoperind și prejudiciul a cărui producere ar fi putut fi evitată prin întreprinderea de măsuri rezonabile, neriscante, de către victimă. Pentru jurisprudența franceză, a se vedea Curtea franceză de Casație, cam. a II-a civ., deciziile din 19 iunie 2003, citate după J.-P. Chazal, *Note*, „Recueil Dalloz” nr. 34/2003, *Jurisprudence. Commentaires*, pp. 2326-2330. Instanța franceză a recursului a decis că victima unui accident de circulație nu este ținută să-și limiteze amploarea prejudiciului corporal suferit și că este îndreptățită la obținerea de despăgubiri integrale. În speță, instanța de apel negase dreptul victimei unui accident de circulație de a obține despăgubiri integrale de la persoana răspunzătoare de producerea accidentului, în contextul în care victima refuzase să urmeze o procedură de reabilitare (reeducare) ortofonică și psihologică prescrisă de către neurologul și de către psihologul care au investigat-o, opțiuni care a concurat decisiv la persistența tulburărilor psihice de care se plângea victima. Decizia instanței de apel a fost casată prin hotărârea instanței supreme franceze, ultima reținând, dimpotrivă, că victima nu avea obligația de a se supune respectivelor acte medicale. Într-o altă speță, victima unui accident de circulație a solicitat autorului accidentului auto echivalentul valorii fondului său de comerț referitor la o brutărie, rămas neexploatat timp de 6 ani din pricina incapacității fizice suferite de victima accidentului. Concomitent, fiica victimei reclama despăgubiri pentru „pierderea șansei” de a prelua, în prezent, de la tatăl său un fond de comerț prosper. Instanța apelului a procedat la un partaj de responsabilitate, cu argumentul că victima ar fi putut evita sucombarea economică a fondului său de comerț prin încredințarea administrării acestuia unui terț. Hotărârea a fost casată de Casația franceză, cu argumentul că încredințarea administrării fondului de comerț unui terț, de către victima accidentului, nu poate fi privită ca fiind o măsură simplă, rezonabilă independent de circumstanțe, date fiind

În opinia noastră, miza discuției nu este nicidecum aceea de a obliga victima unui accident de a se supune unei intervenții medicale. O astfel de obligație civilă, de a-și supune corpul unor proceduri medicale, nu poate exista în niciun sistem juridic echilibrat. Victima prejudiciului corporal rămâne liberă să recurgă ori nu la acte medicale (inclusiv chirurgicale) care au potențialul de a-i ameliora starea fizică. Ceea ce pierde victima, în urma unui eventual refuz, este dreptul la despăgubiri pentru partea din prejudiciu care ar fi putut fi evitată prin măsuri medicale nerisicante, nedureroase și rezonabile. În alți termeni, obligația victimei de moderare a prejudiciului corporal încetează să existe atunci când este vorba despre intervenții chirurgicale grave, dureroase ori susceptibile de a-i agrava starea precară a sănătății. Sunt, de asemenea, excluse îngrijirile medicale excesiv de costisitoare ori procedurile medicale hazardate. Pe de altă parte, culpa victimei accidentului poate interveni și sub forma supunerii sale voluntare la un tratament medical periculos și cu rezultate aleatorii, caz în care agravarea stării sale fizice este imputabilă victimei, iar nu autorului accidentului inițial, cu aceeași consecință: partajul de responsabilitate. Reperul în materie îl constituie caracterul rezonabil al măsurilor întreprinse, aflat la aprecierea instanței de judecată, etalonul fiind reprezentat de o ființă umană de o diligență ordinară, plasată în aceleași circumstanțe ca cele în care s-a aflat victima faptei ilicite inițiale. În jurisprudența franceză, a fost reținută, de pildă, culpa victimei care a refuzat o intervenție medicală benignă sau o transfuzie sangvină<sup>20</sup>.

#### IV. Concluzii

Art. 1534 NCC consacră, pentru prima dată în dreptul privat român, o veritabilă obligație a creditorului de a acționa în sensul evitării prejudiciului viitor prin mijloace rezonabile, în caz contrar urmând să suporte o parte din consecințele economice ale pasivității sale nejustificate. În contextul reglementării obligației creditorului de limitare a prejudiciului prin art. 1534 NCC rom., pasivitatea excesivă, nerezonabilă a creditorului reprezintă prin ea însăși un fapt culpabil (generator în mod direct al suplimentului de

---

riscurile ce ar decurge din colaborarea cu un terț a cărui probitate ori ale cărui abilități administrative să se dovedească ulterior a fi fost iluzorii sau mediocre, de unde și caracterul ireproșabil al pasivității titularului fondului de comerț.

<sup>20</sup> A se vedea, în acest sens, Curtea franceză de Casație, cam. a II-a civ., dec. din 13 ianuarie 1966; Curtea franceză de Casație, cam. pen., dec. din 30 octombrie 1974, citate după J.-P. Chazal, *op. cit.*, p. 2328. Delimitarea operațiilor benigne de cele riscante se dovedește uneori a fi, în practică, dificil de aplicat. Astfel, refuzul victimei unui accident de a suporta o intervenție chirurgicală având ca scop montarea unei proteze a fost considerat a fi legitim de către Casația franceză, deși procedura medicală în discuție ar fi ameliorat decisiv, în caz de succes, starea victimei, reducând valoarea prejudiciului înregistrat de aceasta în urma accidentului. Intervenția era totuși gravă și dureroasă, de unde și caracterul legitim îmbrăcat de refuzul victimei de a se supune acesteia. Este evidentă importanța circumstanțelor speței, pentru luarea unei decizii în privința încălcării sau nu, de către titularul creanței-despăgubiri, a obligației sale de blocare a producerii prejudiciului suplimentar; a se vedea Curtea de Casație franceză, cam. a II-a civ., dec. din 19 martie 1997, citată după J.-P. Chazal, *op. cit.*, p. 2329.

prejudiciu), care rupe legătura causală între paguba suplimentară și fapta ilicită a debitorului.

În ipotezele în care neglijența gravă ori chiar ostentativă a creditorului a augmentat cuantumul final al prejudiciului, instanțele de judecată, în baza art. 1534 NCC, vor putea recurge la un partaj de responsabilitate între creditorul obligației neexecutate și debitorul responsabil. În acest mod, creditorul care a dovedit o pasivitate exagerată va pierde dreptul de a obține repararea integrală a prejudiciului suferit, respectiv va obține condamnarea debitorului la plata de daune-interese numai pentru prejudiciul direct imputabil debitorului, nu și pentru partea din pagube care ar fi putut fi evitată prin mijloace rezonabile, printr-o intervenție activă a creditorului.

În baza art. 1534 NCC, nu numai omisiunea culpabilă a creditorului (pasivitatea exagerată, lipsa de vigilență a acestuia) permite instanței să procedeze la un partaj de responsabilitate, diminuând corespunzător cuantumul daunelor-interese cuvenite creditorului pasiv, ci și acțiunea culpabilă a acestuia (imprudența, acțiunea pripită, lipsa de temperare), în măsura în care a permis ori chiar a declanșat înregistrarea unui supliment al pagubei inițiale.

Textul legal comentat conține în mod expres precizarea potrivit căreia creditorul care a acționat în sensul moderării prejudiciului „poate recupera cheltuielile rezonabile făcute în vederea limitării prejudiciului”, fiind vorba numai despre cheltuielile rezonabile, nu și despre cele exagerate, astfel încât lipsa de temperare nu va putea fi recompensată pe spezele debitorului.

# Personalitatea juridică a colectivităților ca graniță de sistem. De ce economiștii descriu organizațiile mai bine decât juriștii

**Lect. univ. dr. Lucian BOJIN\*\***

Cercetător post-doctorat  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

## **Abstract**

*The function of the legal personality assigned to certain collectivities was to ease the relations between such collectivities and the third parties. Because of their legal personality, the collectivities appeared to the third parties as single entities, as single subjects, and not as pluralities of individuals (as they were). The benefits of such an approach are obvious in terms of simplification of relations and in terms of legal certainty of promises. But the same approach created problems in adequately conceiving the relations between the members of the collectivities and, especially, between them and the third parties. The legal personality operates as a membrane that separates those within the collectivity and those outside, while in real life such separation is not always that obvious. The systems' theory seems apt to explain the phenomenon of the legal personality acting as a membrane. In systems' theory, every system is separated from its environment by a boundary. From this perspective, organizations are analyzed as systems and they are, as well, separated from their environment by a boundary. The life of an organization is not, however, restricted to its internal activity but comprises also relations with actors outside the system. It appears that the legal personality plays the role of drawing the boundary of the organization which it individualizes as a system. The actors "left outside" the organization, but which maintain relations with it, are what we call "stakeholders" in corporate law. The concept of "stakeholder" represented an important challenge for the classic corporate law doctrine, but it can be swiftly accommodated with it using the explaining tools of the systems' theory.*

---

· Acest articol are la bază cercetarea desfășurată de autor în cadrul programului de cercetare post-doctorală finanțat prin proiectul „Burse Universitare în România prin Sprijin European pentru Doctoranzi și Post-doctoranzi (BURSE DOC-POSTDOC)”, POSDRU/159/1.5/S/133255.

\*\* lucian.bojin@e-uvt.ro

**Keywords:** *corporate personhood (legal personality of collectivities), organization, stakeholders, shareholders, systems theory, boundaries*

### **Rezumat**

*Funcția atribuirii personalității juridice anumitor colectivități a fost aceea de a facilita relațiile dintre aceste colectivități și terți. Datorită personalității juridice, colectivitățile le apăreau terților ca entități unice, ca subiecte unice, și nu ca pluralități de indivizi (ceea ce erau). Beneficiile acestei abordări sunt evidente, datorită simplificării relațiilor și datorită securității juridice a angajamentelor. Dar această abordare a cauzat probleme în conceperea adecvată a relațiilor dintre membrii colectivităților și, mai ales, a relațiilor dintre aceștia și terți. Personalitatea juridică operează ca o membrană care separă pe cei din interiorul grupului de cei din afara sa, în vreme ce în viața reală această separație nu este întotdeauna evidentă. Teoria sistemelor pare capabilă să explice fenomenul personalității juridice care acționează ca o membrană. În teoria sistemelor, fiecare sistem este separat de mediul său printr-o graniță. Din această perspectivă, organizațiile sunt analizate ca sisteme și ele sunt, în această calitate, separate de mediu printr-o graniță. Viața unei organizații nu este, totuși, limitată la activitatea sa internă, ci cuprinde și relații cu actorii din afara sistemului. Se pare că personalitatea juridică joacă rolul trasării graniței organizației pe care o individualizează ca sistem. Actorii „rămași în afara” organizației, dar care mențin relații cu organizația, sunt ceea ce numim „stakeholderi” în dreptul societăților comerciale. Conceptul de „stakeholder” a reprezentat o provocare importantă pentru doctrina clasică de drept societar, dar poate fi acomodată cu acesta, utilizând instrumentele de explicare ale teoriei sistemelor.*

**Cuvinte-cheie:** *personalitate juridică a colectivităților, organizație, stakeholderi, teoria sistemelor, granițe*

## **Introducere**

Atunci când reflectăm la colectivitățile cărora dreptul<sup>1</sup> le atribuie ceea ce numim „personalitate juridică”, două întrebări ne vin în minte. Prima este: De ce anumitor grupuri le este atribuită personalitatea juridică, iar altora nu? Sau, reformulând această întrebare: Ce caracterizează și particularizează grupurile cărora li se atribuie personalitate juridică în

---

<sup>1</sup> Orice sistem de drept, atât sistemele de drept naționale, cât și dreptul internațional.

raport cu celelalte și ce legătură există între aceste caracteristici și personalitatea juridică?<sup>2</sup> A doua întrebare urmează oarecum în mod natural: Cum delimităm colectivitatea a căreia îi este atribuită personalitatea juridică? Sau, reformulată: Cum stabilim care indivizi trebuie să fie incluși în colectivitatea a căreia îi este atribuită personalitatea juridică și care nu? Scopul acestei lucrări este să avanseze un cadru nou pentru un răspuns la cea de-a doua întrebare.

Pentru a explica mai bine importanța acestei întrebări, voi da un exemplu privind o dispută din dreptul societăților comerciale din ultimul sfert de secol, o dispută care este plină de mize economice, de încărcături ideologice și de consecințe juridice, ceea ce o și face atât de aprinsă.

Doctrina clasică a societăților comerciale afirmă că deciziile cele mai importante privind activitatea acestora trebuie luate de acționari (prin intermediul adunării generale a acționarilor)<sup>3</sup>, în vreme ce deciziile curente sunt delegate (tot de către acționari) administratorilor sau managerilor, care acționează deci ca niște mandatarai ai acestora din urmă. Mă voi opri la prima categorie de decizii, întrucât cea de-a doua, în ipoteza prezentată de mine, nu este decât o extensie a celei dintâi, cel puțin din punctul de vedere al problemei pe care o abordăm aici. În ultimele decade, s-a cristalizat o doctrină care se opune celei clasice și care susține că la deciziile privind activitatea societății comerciale trebuie să participe toți cei care au un interes sau o miză în funcționarea acesteia (așa-numiți *stakeholders*). Acești *stakeholders* pot fi angajații (în primul rând), dar și managerii înșiși, comunitatea locală, creditorii etc.<sup>4</sup> Există mai multe versiuni ale doctrinei *stakeholderilor*, însă nu intră în intenția mea să discut aici despre ele. Doresc doar să furnizez exemplul

---

<sup>2</sup> Cuiva care s-a obișnuit prea mult cu ideea că atribuirea personalității juridice este o simplă problemă procedurală și că nu e prea mult de reflectat asupra ei, adică cuiva care consideră că personalitatea juridică se atribuie, conform legii, celor care formulează o astfel de solicitare (spre exemplu, în dreptul român, în baza O.G. nr. 26/2000 privind asociațiile și fundațiile sau Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale) și dovedesc că îndeplinesc condițiile legale, îi pot fi amintite două argumente care ar trebui să îl facă să își reconsidere această convingere. În primul rând, înseși criteriile legale de atribuire a personalității juridice exprimă o judecată de valoare cu privire la grupurile cărora li se acordă sau nu personalitatea. Dacă legislatorul a apreciat că anumitor grupuri li se poate atribui personalitate juridică, iar altora nu, înseamnă că a calificat implicit colectivitățile din prima categorie și le-a atașat o valoare distinctă față de cele din cea de-a doua. În al doilea rând, în dreptul internațional, lipsește o autoritate supranațională care să exercite serviciul public de atribuire de personalitate juridică. Cu toate acestea, conceptul nu este necunoscut în dreptul internațional. Dimpotrivă, caracterul primitiv al dreptului internațional și organizării internaționale pune chiar mai bine în lumină trăsăturile caracteristice ale grupului cărui i se atașează personalitatea juridică, tocmai pentru că aici dobândirea sa nu este o chestiune de formalități, ci o chestiune de cumulare a unor caracteristici care sunt, în același timp, condiții de drept material. De altfel, noul Cod civil român a adoptat aceeași viziune în reglementarea persoanei juridice, admitând posibilitatea existenței persoanelor juridice în lipsa atribuirii formale a acestui caracter, dacă sunt îndeplinite condițiile de la art. 187 din Cod.

<sup>3</sup> Art. 110-113 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale.

<sup>4</sup> Dacă juriștilor, doctrina *stakeholderilor* le-a părut inițial (și unora, încă și acum) drept hazardată, merită menționat că unuia dintre cei mai importanți filosofi preocupați de personalitatea morală a colectivităților (P. French) i se părea acum 35 de ani mai degrabă ciudat faptul că unele teorii juridice îi ignoră pe *stakeholderi*: „Generally, it may be worth mention, Aggregate Theorists tend to ignore employees and identify corporations with directors, executives and stockholders” (P.A. French, *The Corporation as a Moral Person* în *American Philosophical Quarterly* vol. 16, nr. 3, iulie 1979, p. 209).

celor două doctrine privind participarea la luarea deciziilor privind societățile comerciale ca două viziuni diferite despre determinarea colectivității căreia i-a fost atribuită personalitatea juridică.

Doctrina clasică restrânge această colectivitate la acționari, adică la investitorii care sunt remunerați din profitul net al societății. Doctrina recentă a *stakeholderilor* lărgeste această colectivitate pentru a include în ea mai multe categorii de persoane care au o legătură suficient de strânsă cu activitatea societății. Ambele doctrine invocă în favoarea lor argumente etice și economice. Nu îmi propun să exprim aici nicio preferință în favoarea uneia dintre ele, mă mulțumesc să remarc că disputa dintre ele poate fi descrisă ca o dispută asupra modului de determinare a colectivității căreia i-a fost atribuită personalitatea juridică. Este neîndoielnic că societatea comercială este o persoană juridică. Adoptarea deciziilor colective privind activitatea sa poartă și numele foarte sugestiv de „formare a voinței sociale”. Cred că nu greșim dacă numim participanții la luarea acestor decizii (sau la „formarea voinței sociale”) ca membri ai grupului căruia i-a fost atribuită personalitatea juridică. Atunci, putem spune că doctrina clasică consideră că societatea comercială este grupul acționarilor (sau asociaților), în vreme ce doctrina opusă consideră că aceeași societate comercială este grupul *stakeholderilor*<sup>5</sup>.

Deși pot fi date și alte exemple de dispute privind determinarea colectivității căreia îi este atribuită personalitatea juridică, cred că exemplul de mai sus, dată fiind miza mare a disputei, este suficient pentru a demonstra că întrebarea pe care am formulat-o este departe de a fi irelevantă. Nu îmi propun aici să inventariez ce răspunsuri s-au dat acestei întrebări sau ce răspunsuri s-ar putea da și care ar fi temeiurile lor. Sunt sigur că pentru fiecare dispută în parte, există argumente etice, politice, economice sau practice pentru fiecare dintre pozițiile opuse. Doresc însă să avansez o ipoteză de răspuns general, care să poată funcționa ca matrice pentru cazurile particulare de dispută cu privire la determinarea colectivului căruia i se atașează personalitatea juridică.

## **Persoană juridică, organizație, sistem**

Este indiscutabil că manifestările sociale pe care se grefează personalitatea juridică sunt organizațiile. Dacă nu toate organizațiile sunt persoane juridice, opusa este adevărată – toate persoanele juridice sunt organizații<sup>6</sup>. De aceea, studiile de teoria organizațiilor sunt extrem de utile pentru a aduce ceva mai multă lumină în chestiuni care țin de funcționarea colectivităților organizate ca și persoane juridice, chestiuni pe care, din păcate, instru-

---

<sup>5</sup> Nu omit că societatea comercială, ca orice persoană juridică, reprezintă mai mult decât grupul de persoane, adică necesită patrimoniu, organe, permanență etc. Însă toate aceste elemente pot fi considerate ca identice în ambele doctrine. Ceea ce se schimbă este componența grupului de indivizi căruia i-a fost atribuită personalitate.

<sup>6</sup> Aici există o excepție aparentă, aceea a personalității juridice multiple atribuită unui singur individ – spre exemplu, cazul suveranilor care pot acționa ca suverani, dar și ca persoane private (a se vedea O. Gierke, *Political Theories of the Middle Ages*, Cambridge University Press, 1922). Dar excepția este doar aparentă, pentru că sensul în care folosesc aici personalitate juridică este acela de personalitate *colectivă*.

mentarul cercetării pur juridice este prea sărac pentru a le gestiona în mod satisfăcător<sup>7</sup>. Dar, cu privire la problema discutată în această lucrare, doresc să merg mai departe decât teoria organizațiilor, înspre teoria sistemelor, pentru a culege un concept pe care îl consider fertil pentru tema discutată (conceptul de „graniță”), iar apoi mă voi întoarce, trecând din nou prin teoria organizațiilor, la problema legată de personalitatea juridică colectivă, discutată în această lucrare.

Teoria sistemelor, disciplină lansată și etichetată de Ludwig von Bertalanffy, este preocupată de furnizarea unui model transdisciplinar de explicație a fenomenelor, nu prin reducerea lor la unități componente, ci, dimpotrivă, ca „întreguri”<sup>8</sup>. Astfel, pot exista sisteme biologice (orice organism viu sau mort), sisteme fizice (mecanismul unui ceas sau o rețea electrică), sisteme socio-culturale (populații, inclusiv populații umane), sisteme simbolice (limbajul, logica, matematica) etc.<sup>9</sup> În acest sens, modelul propus de teoria sistemelor este transdisciplinar. Fiecare sistem este plasat într-un mediu și se delimitează de acesta printr-o graniță (*boundary*). Granițele sistemelor sunt ușor de definit în sistemele fizice și biologice (de obicei, printr-o limită fizică, precum pielea corpului uman), dar mult mai dificil în sistemele sociale<sup>10</sup>. În funcție de permeabilitatea granițelor lor, sistemele sunt închise sau deschise. Sistemele care comunică mai mult cu mediul sunt sistemele deschise. Spre exemplu, un organism viu este exemplul clasic de sistem deschis în biologie, în vreme ce sistemele fizice sunt considerate, de regulă, sisteme închise<sup>11</sup>. Sistemele sociale nu sunt nici perfect închise, nici perfect deschise, ci au grade relative de deschidere sau închidere<sup>12</sup>. Spre exemplu, o închisoare poate fi descrisă ca un sistem cvasi-închis<sup>13</sup>.

Studiile de teoria organizațiilor au preluat modelul furnizat de teoria sistemelor<sup>14</sup>, iar organizațiile au început să fie descrise ca sisteme, cu toate caracteristicile acestora: delimitarea prin granițe față de mediu, mecanisme de *input* și *output*<sup>15</sup>, echilibru, entropie etc. Desigur că problematica specifică a organizațiilor a determinat dezvoltări și adaptări ale elementelor preluate din teoria sistemelor. Spre exemplu, conceptul de „graniță” dobândește o importanță aparte în teoria organizațiilor. Pe lângă funcția de bază de delimitare a sistemului de mediu și ca o consecință a acesteia, granița mai are două funcții importante în organizația înțeleasă ca sistem. Pe de o parte, prin delimitarea organizației,

---

<sup>7</sup> Despre limitele operării cu tehnica dreptului privat în domeniul regimului societăților comerciale am scris pe larg în L. Bojin, *Acțiunea în anularea hotărârilor adunării generale a acționarilor*, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

<sup>8</sup> L. von Bertalanffy, *General Systems Theory*, George Braziller, New York, 1968, p. 37.

<sup>9</sup> L. von Bertalanffy, *op. cit.*, p. 29. De asemenea, a se vedea W. Richard Scott, *Institutions and Organizations*, Sage Publications, 1995, p. 13.

<sup>10</sup> F.E. Kast, J.S. Rosenzweig, *General Systems Theory: Applications for Organizations and Management*, în *Academy of Management Journal*, decembrie 1972, p. 450.

<sup>11</sup> F.E. Kast, J.S. Rosenzweig, *op. cit.*, p. 453.

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> J.L. Bess, J.R. Dee, *Understanding College and University Organization. Theories for Effective Policy and Practice*, Vol. 1 – *The State of the System*, Stylus, 2008, p. 130.

<sup>14</sup> F.E. Kast, J.S. Rosenzweig, *op. cit.*, p. 451.

<sup>15</sup> J.L. Bess, J.R. Dee, *op. cit.*, pp. 94-108.



cei aflați în afara ei sunt capabili să o privească din exterior (este ceea ce se cheamă imaginea publică a organizației)<sup>16</sup>.

Pe de altă parte, granița le permite celor din interior să se identifice cu sistemul, generând identitatea internă a acestuia<sup>17</sup>. Apoi, din moment ce granițele sunt permeabile, teoria organizațiilor a pus accent pe resursele care sunt atrase în organizație (*input*) și pe „produsele” organizației (*output*) rezultate din „prelucrarea” *input*-urilor. Spre exemplu, o universitate este o organizație a cărei *input*-uri sunt absolvenții de licee, resursele materiale și financiare necesare desfășurării activității etc., iar *output*-ul sunt absolvenții universității care intră apoi pe piața muncii. Activitatea fiecărei organizații poate fi descrisă în acest fel. Tot cu privire la granițe, teoria organizațiilor a dezvoltat conceptul de *boundary-spanning*, adică activitatea acelor membri ai organizației care asigură legătura cu mediul din afara acesteia. Acești actori interni poartă denumirea de *boundary-spanners* și sunt, de regulă, organizați în departamente specifice (spre exemplu, PR, vânzări, oficii de recrutare etc.).

Să ne întoarcem acum la personalitatea juridică colectivă. Cred că este destul de vizibilă din cele de mai sus intenția mea de a sugera că personalitatea juridică are (și) rolul de a demarca „granița” grupului (ca organizație sau ca sistem dat). În doctrina de drept societar, acest lucru în general acceptat<sup>18</sup>. În măsura în care imputabilitatea (și facilitarea imputabilității) este rațiunea principală pentru existența conceptului de persoană juridică<sup>19</sup>, atunci este clar că această funcție a personalității juridice nu este altceva decât funcția „externă” a graniței, așa cum a fost descrisă ea mai sus. Personalitatea juridică „unifică” pe membrii grupului în relațiile lor cu terții, în așa fel încât raporturile juridice ale terților (indivizilor din exteriorul grupului) vor fi cu persoana juridică-grupul, și nu cu indivizii din interiorul grupului. Odată cu atribuirea către grupul de indivizi a personalității juridice, aceasta acționează ca o „membrană” asupra membrilor grupului, pe care îi „încapsulează” în interior și îi prezintă în exterior ca pe o unitate (ca pe o entitate unică).

## Personalitatea juridică ca graniță a organizației. Deficiențe

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> A se vedea L. Bojin, *op. cit.*, p. 44, și lucrările citate acolo: K. Iwai, *Persons, Things and Corporations: the Corporate Personality Controversy and Comparative Corporate Governance*, în *American Journal of Corporate Law*, 47(4)/1999, p. 11 în varianta online, disponibilă la adresa [iwai-k.com/NatureofBusinessCorporation.pdf](http://iwai-k.com/NatureofBusinessCorporation.pdf) („O societate comercială poate acționa ca proprietar al activelor sale, capabil să intre în relații contractuale directe cu alții, nu pentru că acționarii săi din interior doresc să fie astfel, ci pentru că, și în măsura în care, părțile din exterior o recunosc în această calitate. Această recunoaștere socială este indispensabilă iar dreptul o formalizează și o consolidează sub forma personalității juridice.” – s.n.). În același sens, a se vedea J. Armour, H. Hansmann, R. Kraakman, *The Essential Elements of Corporate Law*, <http://ssrn.com/abstract=1436551>, p. 7 (articol care reprezintă primul capitol din *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2009). De asemenea, a se vedea E. Bertacchini, *Oggetto sociale e interesse tutelato nelle S.p.A.*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 5 („societatea se exteriorizează ca «persoană»”).

<sup>19</sup> H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1949, p. 99.

Dacă adoptăm viziunea teoriei sistemelor asupra organizațiilor, atunci trebuie să recunoaștem că personalitatea juridică este modalitatea juridică în care este marcată granița organizației ca sistem. Doresc să accentuez aici că este vorba de „modalitatea juridică”, ceea ce nu exclude alte modalități de marcarea a graniței, în alte paradigme de abordare. Modalitatea economică de marcarea a graniței este diferită (spre exemplu, angajații sunt considerați ca membri ai organizației, și nu ca fiind externi acesteia). De altfel, chiar și dreptul a dezvoltat tehnici de a modifica marcarea graniței, apropiind-o de cea determinată economic: astfel, principiul răspunderii comitentului pentru prepus din răspunderea delictuală este o tehnică care permite „includerea” prepusului (adică a angajatului, mandatarului) în interiorul grupului-persoană juridică (deși, formal, el nu este un membru al acesteia). Totuși, răspunderea comitentului pentru prepus nu este decât un corectiv al modalității generale juridice de a marca granița organizației – prin intermediul personalității juridice. Explicația pentru această opțiune în cadrul sistemului juridic este o întreprindere prea complexă pentru spațiul acestei lucrări și ține, probabil, de determinări istorice.

Nici nu îmi propun să ofer o astfel de explicație aici. Scopul meu este mai degrabă acela de a cerceta dacă acest mod de trasare a graniței are anumite dezavantaje sau poate explica dificultăți ale doctrinei clasice de drept societar de a recepta modificări în realitatea economică.

În acest punct mă întorc la întrebarea formulată la începutul lucrării: Cum delimităm colectivitatea căreia îi este atribuită personalitatea juridică? Sau, cu alte cuvinte: Cum stabilim care indivizi trebuie să fie incluși în colectivitatea căreia îi este atribuită personalitatea juridică și care nu? Această întrebare o putem reformula acum astfel: De ce este trasată granița care este personalitatea juridică în felul în care o concepem noi acum și de ce nu altfel? Mi-e teamă că teoria sistemelor este mult prea generală pentru a ne da un răspuns precis la această întrebare. Așa cum spuneam mai sus, există explicații etice și economice pentru acest fapt, dar ele nu provin din teoria sistemelor. Eventual, ar putea fi cel mult încadrate în aceasta. În schimb, discuția despre granițe în teoria sistemelor ne permite să formulăm și să răspundem unei întrebări ajutoare: Este personalitatea juridică modul cel mai adecvat de trasare a graniței unei organizații ca sistem? La această întrebare, pe baza considerațiilor de mai sus putem avansa un răspuns negativ (sau cel puțin cu implicații negative din anumite perspective).

Am văzut mai sus că granițele pot fi mai mult sau mai puțin permeabile. De asemenea, dacă unele granițe sunt rigide (de exemplu, cele din biologie), granițele sistemelor socio-culturale sunt mai flexibile și, din cauza aceasta, uneori mai greu de determinat. Personalitatea juridică este o graniță rigidă și relativ impermeabilă, în ciuda faptului că se aplică, în fond, unui sistem social. Este o graniță rigidă pentru că determină, oarecum cu titlu definitiv, membrii grupului pe care îl personifică. Când spun aceasta nu mă refer la faptul că membrii grupului nu s-ar putea schimba. Înțeleg, mai degrabă, că dobândirea sau pierderea calității de membru al grupului depinde de dobândirea unor calități care sunt definite în mod irevocabil de criteriile de atribuire a personalității juridice. Spre exemplu, într-o societate pe acțiuni, acționariatul se schimbă, dar calitatea de membru a grupului e

irevocabil legată de deținerea de acțiuni, și nu de alte calități (spre exemplu, un interes direct în activitatea societății, cum este cel al *stakeholderilor*). Calitatea de membru al unui ONG este dată de aderarea la acest ONG (și este pierdută prin retragerea formală din acesta), și nu de desfășurarea unor activități în strânsă legătură cu cea a ONG-ului. Calitatea de „membru” al unui stat este dată de acordarea cetățeniei, și nu de legătura strânsă cu statul respectiv.

Alfred Kühn a identificat trei tipuri de granițe, în funcție de criteriul după care sunt stabilite: granițe spațiale (spre exemplu, cele biologice sau cele teritoriale), granițe funcționale (definite de funcția sistemului) și granițe analitice (definite prin identificarea membrilor sistemului prin calități distinctive)<sup>20</sup>. Demarcarea graniței prin personalitatea juridică atribuită înseamnă fixarea unei granițe analitice, conform distincțiilor de mai sus.

Prin comparație, atunci când economiștii vorbesc despre firme sau întreprinderi (echivalentul economic al societății comerciale), ei au o abordare funcțională și, de aceea, granița stabilită pentru organizație (firma etc.) este o graniță funcțională. Organizația este definită prin funcția sa, în principal *output*-ul său (produsele sau serviciile livrate). În acest caz, membrii organizației sunt determinați prin raportare la participarea lor la îndeplinirea funcției și nu sunt definiți *ab initio*, ca în cazul determinării analitice a graniței. În acest fel, nu există nicio problemă ca, spre exemplu, angajații unei întreprinderi să fie considerați membri ai acesteia. Ei nu fac parte nici din *input*, nici din *output*, așa încât nu pot fi decât înăuntrul organizației (*throughput*). Granița juridică a organizației, personalitatea juridică, este rigidă, fiind definită analitic. Granița economică a organizației este flexibilă, pentru că nu este predefinită în detaliu, ci depinde de modalitățile în care se realizează funcția sa (este o graniță funcțională).

Dacă modalitățile se schimbă, dar funcția se menține, nu există niciun impediment pentru ca cei care îndeplinesc funcția în noile modalități să fie considerați membri ai organizației. În cazul definirii juridice a graniței, acest lucru este imposibil, întrucât calitatea de membru al organizației a fost predefinită nu în baza funcției organizației, ci în baza unei anumite calități a membrilor<sup>21</sup>. Astfel, dacă am predefinit membrii societății comerciale ca fiind titularii de acțiuni, faptul că există persoane care pot avea o legătură la fel de strânsă (sau mai strânsă) cu activitatea societății decât titularii de acțiuni nu le îndreptățește pe aceste persoane non-acționari să devină membri ai persoanei juridice. Pe de altă parte, într-o abordare economică a întreprinderii, dacă se constată o creștere a contribuției unei categorii de actori la funcția întreprinderii, nu există vreun impediment ca această categorie să fie inclusă printre membrii organizației. De aceea, granița juridică a organizației este rigidă, ea rămâne fixată la categoria analitică definită inițial, în vreme ce

---

<sup>20</sup> A. Kühn, *Boundaries, Kinds of Systems and Kinds of Interactions*, în A.J. Melcher (ed.), *General Systems and Organization Theory: Methodological Aspects*, Kent State University, 1975, p. 39

<sup>21</sup> În realitate, este posibilă, prin legiferare, schimbarea calităților care inițial au determinat calificarea ca membru al organizației. Spre exemplu, se poate modifica legislația societăților comerciale pentru a include dreptul de vot al angajaților sau a celorlalți *stakeholderi*, adică pentru a permite participarea lor la „formarea voinței sociale”. Dar acest mod de a proceda nu modifică caracterul analitic al graniței trasate de personalitatea juridică. În cazul dezvoltării sau apariției ulterioare de noi forme de participare la activitatea organizației, va fi nevoie de o nouă modificare legislativă ș.a.m.d.

granița economică este flexibilă, ea putând înregistra schimbări, după cum realizarea funcției presupune schimbări ale modalităților în care aceasta se realizează.

Mai există o problemă cu utilizarea personalității juridice în descrierea fenomenului organizațiilor. Limbajul juridic tinde să utilizeze personalitatea juridică ca reper principal în descrierea și reglementarea organizațiilor. Să luăm, spre exemplu, chiar art. 187 și 188 C. civ. rom., care conțin definiția persoanei juridice:

„Art. 187. – 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. – 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”.

Cele două articole conțin două indicații importante. Prima este cea din art. 188 care indică faptul că persoana juridică este forma juridică corespunzătoare organizației. A doua indicație este aceea că persoana juridică corespunde unei forme evaluate de organizație, singura care merită să fie reglementată ca atare, anume aceea care îndeplinește condițiile enumerate la art. 187. Aceste observații ne arată că analiza juridică a organizațiilor va tinde să fie o analiză a persoanei juridice. Prin comparație, abordarea economică a organizațiilor tinde să le descompună pe acestea în raporturi mai simple (spre exemplu, în teoria societăților comerciale este utilizat modelul *nexus*-ului contractual, adică firma este imaginată ca un lanț de contracte bilaterale între diverșii participanți). La fel, sociologia și psihologia organizațională caută să descompună realitatea vieții organizației în tipare de relații sau de comportamente. Descompunând organizația în unități mai mici (fie ele indivizi sau relații), abordările din aceste discipline vor sesiza cu mai multă acuratețe relațiile acestor unități din interiorul organizației cu unitățile din afara ei. Folosind limbajul teoriei sistemelor, aceste abordări vor sesiza mai ușor fenomenele de *boundary spanning* sau vor identifica mai ușor pe *boundary-spanners*.

Abordarea juridică, utilizând persoana juridică ca reper și, într-un anumit sens sau în anumite contexte, chiar ca unitate de măsură, are toate șansele să piardă din vedere detaliile relațiilor care traversează granița organizațiilor, adică ale relațiilor dintre membrii persoanei juridice și cei din afara sa. În acest sens, putem spune și că personalitatea juridică este o graniță relativ impermeabilă. Calificativul de „relativ” se datorează mai ales inovației relativ recente din dreptul nostru (dar care nu este foarte veche nici în alte sisteme de drept) privind posibilitatea de a „străpunge” personalitatea juridică (*piercing the corporate veil*).

Astfel, art. 193 alin. (2) C. civ. prevede că: „Nimeni nu poate invoca împotriva unei persoane de bună-credință calitatea de subiect de drept a unei persoane juridice, dacă prin aceasta se urmărește ascunderea unei fraude, a unui abuz de drept sau a unei atingeri aduse ordinii publice”. În acest caz, avem de-a face cu o derogare de la rigiditatea și impermeabilitatea persoanei juridice ca „graniță” a organizației, cu o situație în care dreptul a ales să dea efecte unei relații care traversa granița, o relație directă între un membru al persoanei juridice și cineva din afara sa. Însă în multe situații, aceste relații

directe sunt ignorate de sistemul juridic, datorită rigidității personalității juridice ca „graniță” juridică a organizației.

## Concluzii

În acest articol mi-am propus să utilizez câteva noțiuni împrumutate din teoria sistemelor pentru a pune în lumină anumite dezavantaje ale utilizării în drept a conceptului de persoană juridică ca instrument principal de descriere și reglementare a activității organizațiilor. Aceasta nu înseamnă, desigur, că folosirea acestui instrument nu ar avea și importante avantaje, confirmate de altfel de o tradiție de multe secole de utilizare. Noțiunile pe care le-am preluat însă din teoria sistemelor nu subliniază aceste avantaje, ci, dimpotrivă, deficiențele despre care am vorbit.

În mod particular, mi-a atras atenția conceptul de graniță a sistemului, aceea care delimitează sistemul de mediul în care acesta acționează. Cred că nu greșim dacă afirmăm că personalitatea juridică realizează, pentru organizația privită din punct de vedere juridic, funcția de graniță a sistemului, adică de graniță a organizației văzute ca sistem. Personalitatea juridică acționează ca o „membrană” care „încapsulează” în interiorul ei pe membrii colectivului căruia îi este atribuită sau recunoscută personalitatea juridică. În acest fel, ea realizează o diviziune strictă și rigidă între membrii colectivului (cei „dinăuntru”) și indivizii din afara sa. Întrucât criteriul de acordare a personalității juridice este reglementat *a priori*, putem spune că acest mod de a trasa granița organizației este unul analitic, adică după criteriul calității membrilor ei, și nu unul funcțional, adică după criteriul contribuției la funcția organizației. Aceasta înseamnă că personalitatea juridică este o graniță „rigidă” care nu se modifică în funcție de felul în care se modifică contribuția la realizarea funcției organizației.

De asemenea, mai înseamnă că o graniță rigidă de tipul personalității juridice nu este sensibilă la fenomenele de *boundary-spanning*, adică la relațiile între entități din interiorul organizației și entități din exteriorul ei. Rigiditatea și relativa impermeabilitate a personalității juridice ca graniță a organizației explică și reticența doctrinei clasice a dreptului societar la a accepta „extensii” ale sferei membrilor organizației, extensii pe care abordările sociologice sau economice nu au probleme în a le accepta în principiu.

Astfel, în exemplul oferit al disputei dintre doctrina care pretinde participarea *stakeholderilor* la adoptarea deciziilor societății comerciale și doctrina clasică a dreptului societar care respinge această idee (și limitează participarea la acționari/asociați), aceasta din urmă se bazează pe o graniță analitică a organizației (care reduce participarea la cei care dețin calitatea predefinită de acționar), în vreme ce cea dintâi se bazează mai degrabă pe o concepție economică a organizației și, din acest motiv, operează cu o graniță mai flexibilă care permite „introducerea” în calitate de membri ai grupului personalizat și a unor indivizi anterior excluși din acesta, dacă ei probează o contribuție la realizarea funcției organizației.

# Răspunderea juridico-civilă ce rezultă din contractual de transport rutier de pasageri și bagaje conform legislației Republicii Moldova

**Conf. univ. dr. Iurie MIHALACHE**  
Universitatea „Constantin Stere” Moldova  
Facultatea de Drept

## **Abstract**

*In the present article the author attempts an analysis of an important process: legal-civil liability resulting from the contract of carriage of passengers and baggage in accordance with the legislation of the Republic of Moldova. A characteristic feature of liability carrier for failure to perform or improper performance of obligations arising from the contract of carriage of passengers is to limit the amount of compensation. Another peculiarity of the carrier's liability arises out of the special status that the passenger's responsibility, namely to the consumer of the services.*

**Keywords:** legal-civil liability, contract of carriage, passenger, baggage, carrier, legislation, consumer

## **Rezumat**

*Autorul prezentului articol efectuează analiza unui proces important: răspunderea juridică civilă care rezultă din contractul de transport de pasageri și bagaje în conformitate cu legislația Republicii Moldova. Particularitatea răspunderii transportatorului rutier din Republica Moldova pentru neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a obligațiilor ce reies din contractul de transport de persoane constă în limitarea sumei despăgubirii. Altă particularitate a răspunderii rezultă din statutul special care revine pasagerului, și anume acela de consumator al serviciilor de transport.*

**Cuvinte-cheie:** răspunderea juridico-civilă, contract de transport, pasager, bagaj, transportator, legislație, consumator

## 1. Precizări

Printre instituțiile dreptului civil, răspunderea ocupă un loc de frunte, deoarece cu răspunderea se finalizează orice problemă juridică. Conceptul de răspundere juridică este foarte larg și în dependență de diferite ramuri de drept deosebim răspundere constituțională, civilă, penală, administrativă, disciplinară etc. Dintre acestea, rolul cel mai important revine răspunderii civile, care constă, de regulă, într-o obligație de reparare a prejudiciului. La rândul ei, răspunderea civilă cuprinde două forme, contractuală și delictuală. Răspunderea contractuală se aplică pentru neexecutarea, executarea necorespunzătoare sau cu întârziere a obligațiilor contractuale și este tratată la art. 602-623 C. civ. al Republicii Moldova (în continuare – C. civ.). Reguli speciale privind răspunderea contractuală se conțin și la capitolele din Codul civil consacrate fiecărui tip de contract în parte. În acest caz, regulile răspunderii stabilite pentru fiecare contract din Codul civil vor avea prioritate față de dispozițiile generale ale răspunderii contractuale de la art. 602-623.

Cărașul este responsabil și față de terțele persoane, în sensul că dacă au fost prejudiciați terții prin fapte săvârșite de căraș, răspunderea cărașului va fi o răspundere delictuală<sup>1</sup>. Cu alte cuvinte, se va angaja răspunderea delictuală ori de câte ori prejudiciul în timpul transportului va fi cauzat altor persoane, care nu au nicio legătură cu contractul de transport. Cadrul legal în această situație este dat la art. 1398 C. civ. care precizează că cel care acționează față de altul în mod ilicit, cu vinovăție, este obligat să repare prejudiciul patrimonial, iar în cazurile prevăzute de lege, și prejudiciul moral. Prezintă interes faptul că – conform unei statistici – 83% din normele civile sunt consacrate reglementării raporturilor contractuale, și 17% altor categorii de raporturi<sup>2</sup>. O asemenea proporție dintre normele contractuale și cele delictuale este valabilă și pentru legislația civilă a Republicii Moldova.

## 2. Situații concrete de aplicare a răspunderii contractuale și delictuale

Așa cum s-a expus, răspunderea civilă poate fi contractuală și delictuală. Răspunderea cărașului pentru vătămarea corporală și decesul pasagerilor este o răspundere contractuală. Relațiile dintre căraș și pasager sunt stabilite din timp și incluse în contractul de transport de pasageri și bagaje a cărui dovadă de încheiere servește biletul

<sup>1</sup> C. Stanciu, V. Niță, *Considerații privind răspunderea civilă delictuală a cărașului*, în Revista de Științe Juridice (Craiova, România), nr. 9/2008, pp. 77-87.

<sup>2</sup> А.А. Шамшова, *Гражданско-правовые проблемы правового статуса личности в социалистическом обществе*, Саратов. Изд-во Саратовского ун-та, 1982, p. 35. [A.A. Șamșova, *Problemele civile ale statutului juridic al personalității în comunitatea socialistă*, Editura Universității din Saratov, Saratov, 1982, p. 35].

de călătorie. La soluționarea cauzelor în instanțele judecătorești, pot fi aplicate și dispozițiile de la art. 1418-1421 C. civ. care țin de obligațiile delictuale (Capitolul XXXIV intitulat „Obligațiile care nasc din cauzarea de daune”), însă nu trebuie să considerăm că răspunderea cărașului ar fi delictuală.

Altă situație vom avea în cazul prejudiciilor care sunt cauzate vieții și sănătății unor persoane terțe, care nu sunt pasageri și nu au nicio legătură cu contractul de transport. Cel mai frecvent, acestor persoane le pot fi cauzate prejudicii ca urmare a unor accidente rutiere. Deoarece între căraș și persoanele vătămate lipsesc careva raporturi contractuale, răspunderea cărașului față de aceste persoane va fi o răspundere delictuală. De asemenea, avem răspundere delictuală și în cazul în care persoanelor care se deplasează fără bilet de călătorie, strecurate ilegal în salonul vehiculului, în timpul transportării le-au fost cauzate unele vătămări ale integrității corporale. Aceste persoane, chiar dacă se aflau la momentul cauzării prejudiciului în mijlocul de transport, nu au calitatea de pasageri<sup>3</sup>.

Pentru a aprecia felul răspunderii civile a cărașului pentru bagaje, urmează să deosebim între bagaje de mână și bagaje înregistrate. Bagajele de mână corespund cu lucrurile personale ale pasagerului și transportarea lor se efectuează de către căraș în baza biletului de călătorie, fără ca pentru aceasta să fie necesară încheierea contractului de bagaje. Bagajele de mână rămân tot timpul la dispoziția și în grija pasagerului, de aceea cărașul nu cunoaște despre existența lor și nu-și asumă nicio obligație față de ele atâta timp cât nu i-au fost predate în mod special. De aici deducem că răspunderea pentru eventuale pierderi sau degradări a bagajelor de mână are o natură delictuală. În schimb pentru pierderea sau deteriorare bagajelor înregistrate, răspunderea cărașului față de pasager va fi o răspundere contractuală, deoarece bagajele în cazul dat formează obiectul unui contract de sine stătător – contractul de bagaje, însoțit de eliberarea recipisei de bagaje.

Interes prezintă și răspunderea în cazul prejudiciilor cauzate de prepușii cărașului în legătură cu executarea contractului de transport. Prepuși sunt toți cei ce acționează pe contul altuia. Asupra lor se exercită o putere de conducere și control, aceștia fiind: mandatarii, comisionarii, salariații. Prepusul trebuie să acționeze în cadrul funcțiilor sale, în limita sarcinii sau a misiunilor care i-au fost conferite<sup>4</sup>. În legislația națională, la art. 1403 C. civ. avem reglementată răspunderea comitentului pentru fapta prepusului, în care se stipulează că „comitentul răspunde de prejudiciul cauzat cu vinovăție de prepusul său în funcțiile care i s-au încredințat”.

Izvorul principal al raporturilor de subordonare (de prepușenie) îl constituie contractul de muncă, iar salariatul va răspunde față de angajatorul său potrivit normelor din dreptul muncii<sup>5</sup>. Dacă în legătură cu exercitarea atribuțiilor sale de muncă salariatul a provocat unor alte persoane careva prejudicii, angajatorul întotdeauna va răspunde pentru preju-

<sup>3</sup> I. Mihalache, *Dreptul transporturilor: Manual*, Ed. Pontos, Chișinău, 2012, p. 82.

<sup>4</sup> B. Kerguelen-Neyrolles, L. Garcia-Campillo, *Lamy transport. Commission de transport. Mer, fer, air et commerce extérieur*, t. 2, Ed. Lamy, Paris, 2005, p. 657.

<sup>5</sup> Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr. 6 din 4 iulie 2005 „Cu privire la practica aplicării de către instanțele judecătorești a legislației materiale despre încasarea prejudiciului cauzat prin vătămare a integrității corporale sau altă vătămare a sănătății ori prin deces”, publicată în Buletinul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, 2005, nr. 1, p. 12.



diciile aduse terțelor persoane de salariatul său, în baza normelor ce țin de răspunderea delictuală din Codul civil, cu aplicarea principiului răspunderii integrale pentru prejudiciul cauzat. Mai apoi, angajatorul va putea înainta acțiune de regres împotriva salariatului, solicitând restituirea pagubelor.

Salariatul va răspunde față de angajator în baza prevederilor din Codul muncii, deoarece raporturile dintre angajator și salariat sunt fondate pe un contract individual de muncă. În așa mod, putem observa cum prin normele Codului civil se protejează interesele persoanei vătămate, ea fiind în drept să primească costul deplin al prejudiciului suferit, în timp ce normele din Codul muncii îl protejează pe salariat, creându-i posibilitatea unei răspunderi mai reduse față de angajatorul său.

O situație aparte o constituie și răspunderea conducătorilor mijlocului de transport (șoferilor). În legătură cu aceasta, putem distinge trei situații. *Prima*: Dacă prin acțiunile lor prepușii au prejudiciat anumite bunuri ce aparțin cărașului, atunci repararea prejudiciilor provocate cărașului se va face în baza raporturilor de muncă. Deoarece acești prepuși ai cărașului activează în baza contractului individual de muncă, răspunderea pentru prejudiciile provocate angajatorului lor (adică cărașului) va fi o răspundere materială, în temeiul normelor din Codul muncii. *A doua*: În cazul în care prepușii cărașului au provocat prejudicii pasagerilor aflați în salonul vehiculului (de exemplu, taxatorul lovește un pasager), repararea daunelor va fi efectuată de către căraș, ca parte a contractului de transport. Mai apoi, cărașul, având calitatea de angajator în baza contractului individual de muncă încheiat cu salariatul, în scop de despăgubire va putea înainta în instanța judecătorească acțiune de regres împotriva salariatului său vinovat de provocarea daunei. *A treia*: Dacă se întâmplă ca prejudiciile să fie provocate terțelor persoane din afara mijlocului de transport, dar care au avut de suferit din cauza neglijenței și imprudenței prepușilor cărașului sau a unuia dintre pasageri. De exemplu, cineva dintre pasageri aruncă un obiect peste geam lovind un trecător, provoacă distrugerii, leziuni corporale și decese. În cazurile respective, cărașul va răspunde față de terțele persoane păgubite conform normelor din Codul civil care țin de răspunderea delictuală.

Așadar, regula generală este că răspunderea cărașului în transportul de pasageri și bagaje este o răspundere contractuală. Drepturile și obligațiile reies din contractul de transport, care se confirmă prin biletul de călătorie. De la regula respectivă se desprind trei excepții, când răspunderea cărașului va fi delictuală: a) în cazul transportării unui pasager fără bilet de călătorie, b) în cazul prejudiciilor cauzate terțelor persoane care nu au calitatea de pasageri și se află în afara mijlocului de transport și, c) în cazul deteriorării sau pierderii bagajelor de mână, preluate de pasager în salonul autovehiculului.

### 3. Întârzierea ajungerii la destinație

Încheind contractul de transport, pasagerul este în drept să solicite deplasarea la punctul de destinație în termenul indicat în graficul de circulație, iar nerespectarea de către căraș a timpului stabilit în grafic, denotă executarea necorespunzătoare a obli-

gațiilor asumate prin contractul de transport și trebuie să angajeze răspunderea civilă a căraușului față de pasager<sup>6</sup>.

Practica atestă multiple dificultăți cu referire la repararea prejudiciilor provocate de întârzierea ajungerii la destinație a mijlocului de transport. Sunt frecvente cazurile când autobuzele suferă anumite defecțiuni tehnice, tergiversând perioada ajungerii pasagerilor la punctul de destinație. Având rolul de consumator, pasagerul se află într-o anumită dependență față de cărauș, justificându-și sintagma de „parte slabă a contractului”. În același timp, companiile de transport având un număr mare de pasageri, nu sunt în stare de a negocia clauzele contractuale cu fiecare pasager în parte, motiv pentru care contractul de transport de pasageri și bagaje este un contract de adeziune. Pasagerul este practic lipsit de libertatea de a alege, fiind nevoit să accepte transportatorul și regulile impuse de acesta<sup>7</sup>.

Potrivit Codului civil, „răspunderea transportatorului pentru prejudiciile care rezultă din întârziere este exclusă dacă altfel nu s-a convenit în mod expres sau dacă transportatorul nu a acționat cu intenție sau din culpă gravă” [art. 988 alin. (2)]. Subliniem că norma respectivă din Codul civil al Republicii Moldova este inadecvată, limitând drepturile pasagerului în calitate de consumator. Atât Codul transporturilor rutiere, cât și Regulamentul transporturilor auto de călători și bagaje nu prevăd angajarea răspunderii căraușului pentru întârziere, în timp ce contractul de transport propriu-zis pasagerul nu îl deține, deoarece se încheie în formă verbală, iar singura dovadă este biletul, în care nu sunt prevăzute penalități pentru întârziere. Pasagerului îi revine doar să aducă dovezi că transportatorul a provocat întârzierea ajungerii la destinație din intenție ori din culpă gravă. Prima variantă este puțin probabil ca să existe, mai reală fiind a doua: pasagerul să probeze prezența culpei grave din partea transportatorului.

Menționăm că în cazul culpei grave se încalcă cerințele obișnuite, elementare, evidente, pe care nu le-ar fi încălcat nici cel mai mărginit, reieșind din împrejurările concrete ale cazului<sup>8</sup>. La culpa gravă debitorul nu manifestă nici cel mai mic grad de diligență și precauție, pe care trebuie să-l manifeste orice participant la circuitul civil, nu ia nici cele mai elementare măsuri în scopul executării corespunzătoare a obligației, în opoziția cu culpa ușoară, înțeleasă ca o greșeală neînsemnată<sup>9</sup>. În așa mod, pasagerului îi este foarte dificil de a dovedi culpa gravă a căraușului la întârziere. Ca idee, o soluție ar fi ca pasagerul să invoce argumentul că operatorul de transport nu a asigurat funcționarea și starea normală a unității de transport, fapt ce a și determinat apariția defecțiunilor tehnice.

---

<sup>6</sup> О.Ф. Фаст, *Некоторые аспекты ответственности по договору перевозки автомобильным транспортом*, publicat în Современное право (Federația Rusă), nr. 11/2006, p. 11. [O.F. Fast, *Unele aspecte ale răspunderii ce rezultă din contractul de transport rutier*, publicat în revista științifică „Dreptul contemporan” (Federația Rusă), nr. 11/2006, p. 11].

<sup>7</sup> В.В. Залесский, *Ответственность транспортной организации за просрочку доставки пассажира*, publicat în Хозяйство и право (Federația Rusă), nr. 3/2004, p. 117. [V.V. Zaleschii, *Răspunderea organizației de transport pentru întârzierea transportării pasagerilor*, publicat în revista științifică „Dreptul și administrarea” (Federația Rusă), nr. 3/2004, p. 117].

<sup>8</sup> A. Bloșenco, *Drept civil. Partea specială. Note de curs*, Ed. Cartdidact, Chișinău, 2003, p. 236.

<sup>9</sup> M. Bojoga, *Comentariul Codului civil al Republicii Moldova*, vol. II, Ed. ARC, Chișinău, 2006, pp. 129-130.

În așa mod, se instituie regula în conformitate cu care cărașul nu este răspunzător pentru prejudiciile ce apar de pe urma întârzierii ajungerii la destinație a mijlocului de transport. Cu titlu de excepție, cărașul ar putea fi totuși răspunzător numai în două cazuri, și anume: primul, dacă răspunderea sa este expres prevăzută în lege sau în contract; al doilea, dacă cărașul a acționat cu intenție sau din culpă gravă. Cu alte cuvinte, regula este că cărașul nu răspunde, iar proba contrarie este pe seama pasagerului.

Faptul că conform Codului civil prejudiciile care rezultă din întârziere sunt excluse, nu exclude plata penalităților de întârzierea de către căraș în cazul în care aceste penalități au fost stabilite în lege sau prin contract. În același timp, norma din Codul civil în care se indică că prejudiciile ce rezultă din întârziere sunt excluse este una nepotrivită, din motiv că în toate statele lumii, legislația civilă stipulează contrariul, că cărașul este obligat să repare și prejudiciile care rezultă din întârziere.

Achitarea în favoarea pasagerului a penalității pentru întârziere nu exclude dreptul pasagerului de a cere de la căraș și repararea daunelor morale, provocate de pornirea cu întârziere a mijlocului de transport ori de ajungerea lui cu întârziere la punctul de destinație<sup>10</sup>. Mai mult de atât, cărașul este obligat să restituie pasagerului și venitul ratat ca urmare a întârzierii ori anulării cursei de transport preconizate și în legătură cu care pasagerul și-a aranjat anumite lucruri; din cauza cărașului care și-a executat în mod necorespunzător obligațiile sale contractuale, pasagerul ratează conferințe, afaceri, bilete la avion, competiții sportive ș.a.

Cea mai mare problemă este că în legislație nu este prevăzută achitarea amenzii pentru fiecare oră de întârziere a ajungerii cărașului la punctul de destinație. Potrivit art. 27 alin. (2) din Legea privind protecția consumatorilor<sup>11</sup>, „în cazul încălcării termenelor stabilite de începere și finalizare a prestării serviciului, prestatorul achită consumatorului pentru fiecare oră depășită o penalitate în mărime de 10% din prețul serviciului”. Prin prețul serviciului se are în vedere prețul biletului de călătorie. Considerăm că prevederile Legii nr. 105/2003 sunt prea generale pentru a putea fi aplicate și răspunderii care reiese din contractul de transport de pasageri, ele fiind în același timp prea exigente în raport cu cărașul. Dacă am aplica cărașului o amendă așa cum stabilește Legea nr. 105/2003 la art. 27 alin. (2) – „prestatorul achită consumatorului pentru fiecare oră depășită o penalitate în mărime de 10% din prețul serviciului” –, cărașul ar trebuie să achite pasagerului o penalitate în mărime de 10% din prețul biletului de călătorie pentru fiecare oră de întârziere, ceea ce este prea mult, iar în scurt timp cărașul ar putea ajunge și la incapacitate de plată.

---

<sup>10</sup> *Постатейный комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации. Частиям первой, второй, третьей*//Под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Ю. Кабалкина, А.Г. Лисицына-Светланова, Издательства ЮРАЙТ, Москва, 2014, p. 604. [*Comentariul adnotat al Codului civil al Federației Ruse. Partea I, II, III*//în redacția profesorilor T.E. Abovoi, M.M. Boguslavschi, A.I. Kabalkina, A.G. Lisițina-Svetlanova, Ed. IURAIT, Moscova, 2014, p. 604].

<sup>11</sup> *Legea privind protecția consumatorilor*, nr. 105 din 13 martie 2003, a fost publicată în „Monitorul Oficial al Republicii Moldova”, 2003, nr. 126-131.

Acele normative din transport nu prevăd careva sancțiuni în legătură cu întârzierea ajungerii vehiculului la destinație, ci doar obligația pe seama cărăușului de a respecta orarul de circulație și de a aduce pasagerii la punctul de destinație la timp. Conform Regulamentului transportului auto de călători și bagaje nr. 854/2006<sup>12</sup>, în cazul staționării forțate înaintea încheierii rutei din cauza unor defecte tehnice, îmbolnăvirii echipajului sau a unui accident rutier, cărăușul este obligat să efectueze transbordarea pasagerilor în alt autobuz sau, în măsura posibilităților, să-i transporte până la autogara (stația auto) din imediata apropiere [pct. 14 lit. d)].

Pasagerul poate renunța la contractul de transport în orice moment, până ca deplasarea să înceapă. Înainte de a se urca în mijlocul de transport, pasagerul îi poate invoca cărăușului că el a sosit cu întârziere sau poate aduce dovezi că din cauza condițiilor climaterice, a defectelor vehiculului ori din alte motive bine argumentate, mijlocul de transport va ajunge la destinație cu întârzieri față de ora preconizată în orar sau în biletul de călătorie. Potrivit Codului civil, „pasagerul poate rezilia contractul și atunci când este previzibil că vor avea loc întârzieri în comparație cu timpul și durata convenită. În aceste cazuri, nu se naște obligația de despăgubire” [art. 992 alin. (3)]. Asemenea prevederi sunt binevenite și au ca scop o mai bună protecție a drepturilor pasagerilor în situația întârzierilor care devin cunoscute din timp.

#### 4. Pierderea și deteriorarea bagajelor

Conform art. 989 C. civ., cărăușul răspunde pentru pierderea, distrugerea sau deteriorarea bagajelor care i-au fost încredințate de pasager, cu excepția cazului când va dovedi forța majoră, viciul propriu al bunului sau vina pasagerului. Cărăușul nu răspunde pentru pierderea documentelor, a banilor sau a altor bunuri de mare valoare, cu excepția cazului când i s-a declarat natura sau valoarea bunului și el a acceptat să îl transporte. Cărăușul nu este cu atât mai mult răspunzător pentru pierderea bagajelor de mână care au rămas sub supravegherea pasagerului, cu excepția cazului când ultimul va demonstra vinovăția cărăușului.

În mod similar, Regulamentul nr. 854/2006 prevede că responsabilitatea pentru integritatea bagajelor transportate în secția de bagaje din momentul primirii la transport și până în momentul eliberării lor o poartă întreprinderea auto, căreia îi aparține mijlocul de transport auto, dacă contractul nu prevede altceva. De integritatea bagajelor preluate de pasager în salonul autobuzului, răspunderea o poartă însăși pasagerul (pct. 78).

Bagajele pot fi de două feluri: bagaje neînregistrate, numite și bagaje de mână, pe care pasagerul le ia cu sine în salonul mijlocului de transport. Pentru volumul lor redus și greutatea mică, bagajele de mână rămân în posesia pasagerului în timpul deplasării și sunt transportate gratuit în limitele prevăzute de lege<sup>13</sup>. În caz de pierdere ori deteriorare a

<sup>12</sup> Regulamentul transportului auto de călători și bagaje, nr. 854 din 28 iulie 2006, a fost publicat în „Monitorul Oficial al Republicii Moldova”, 2006, nr. 124-125.

<sup>13</sup> В.Т. Смирнов, Д.А. Медведев, *Гражданское право. Учебник. 6-е издание. Том 2//Под редакцией А.П.Сергеева, Ю.К.Толстого, Издательство Проспект, Москва, 2013, p. 471.* [V.T. Smirnov, D.A. Medvedev,

bagajelor pe care pasagerul le-a luat cu el în vehicul, cărașul nu este răspunzător. Explicația constă în aceea că atâta timp cât bagajele nu au fost înregistrate, ele nu se află în grija transportatorului și acesta nu are de ce să răspundă, deoarece nicăieri nu figurează că i-ar fi fost predate în mod special. A doua categorie sunt bagajele înregistrate, care se predau cărașului în mod special, cu eliberarea unei chitanțe de bagaje și care se transportă separat de pasager, în secția de bagaje a mijlocului de transport. Spre deosebire de cele neînregistrate, bagajele înregistrate formează obiectul material al contractului de transport. Aceste bagaje fie depășesc volumul sau greutatea prevăzută pentru bagajele de mână, fie, deși nu depășesc aceste limite, călătorul nu dorește să le aibă în paza sa, încheind astfel contractul de transport de bagaje<sup>14</sup>.

În consecință, tocmai pentru că au fost predate în grija transportatorului, toată responsabilitatea pentru deteriorarea bunurilor din conținutul bagajului, pentru lipsuri, alterări, distrugerea totală ori parțială și în final pentru pierderea bagajului, o poartă cărașul. Răspunderea sa reiese din contractul de bagaje încheiat cu pasagerul la momentul în care bagajul a fost predat și pasagerului i s-a oferit în schimb chitanța de bagaje care, la fel cum este biletul de călătorie, confirmă încheierea contractului de bagaje. Mai mult ca atât, conform prevederilor Codului civil, bagajele se consideră pierdute și dacă nu au sosit la destinație în termen de 21 de zile de la data la care ar fi trebuit să sosească, iar după expirarea acestor zile, pasagerul este în drept să își exercite împotriva cărașului drepturile ce decurg din contract.

Cărașul este răspunzător pentru distrugerea, pierderea sau deteriorarea bagajelor doar dacă evenimentul care a provocat dauna s-a produs în timpul perioadei de transport. Prin perioada de transport înțelegem nu doar transportarea propriu-zisă, ci perioada de timp care este cuprinsă între momentul predării bagajului și până la eliberarea lui, deoarece transportul de persoane, potrivit Codului civil, include operațiunile de îmbarcare, transport și debarcare [art. 987 alin. (1)]. Deci, cărașul e răspunzător de bagaje nu doar când acestea se află în autobuz, ci și pe parcursul tuturor operațiunilor de îmbarcare, debarcare, depozitare, de la momentul când bagajele sunt predate transportatorului și până la momentul când acestea sunt returnate proprietarului lor.

Pentru pierderea și deteriorare bagajelor cărașul poartă răspundere materială în următoarele măriri: a) pentru bagajele primite la transport cu valoarea declarată – în mărimea valorii declarate; b) pentru bagajele primite la transport fără declararea valorii lor – în mărimea valorii bagajelor pierdute sau lipsă. În celelalte cazuri, se va compensa suma cu care s-a micșorat valoarea bagajelor.

Cărașul nu va fi răspunzător dacă prejudiciul a survenit datorită unui defect al bagajului, a calității sau a viciului acestuia. La fel, cărașul nu va fi răspunzător dacă va

---

*Drept civil. Manual*, ed. a VI-a, vol. 2/În redacția profesorilor A.P. Sergheev, I.C. Tolstoi, Ed. Prospect, Moscova, 2013, p. 471].

<sup>14</sup> Gh. Chibac, S. Bruma, O. Robu, N. Chibac, *Drept civil. Contracte și succesiuni. Curs universitar*, ed. a II-a, Ed. Tipografia Centrală, Chișinău, 2014, p. 155; Gh. Chibac, A. Băieșu, A. Rotari, O. Efrim, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. Cartier, Chișinău, 2006, p. 284.

dovedi că motivul prejudicierii bagajului a fost forța majoră sau că la baza apariției prejudiciului au stat înseși faptele pasagerului.

În legătură cu bagajele de mână pe care pasagerul le ia cu el în salonul mijlocului de transport, în caz de deteriorare sau de pierdere a lor, există prezumția de nevinovăție a cărașului. Cărașul nu are cunoștință de existența acestor bagaje (neînregistrate), iar pasagerul este singurul care știe ce bunuri a luat cu el, ce a făcut cu ele și momentul când și-a pierdut bagajul. De aceea, pentru a-i putea atrage răspunderea cărașului, pasagerului îi revine o sarcină grea de a răsturna prezumția legală de nevinovăție a cărașului și va trebui să dovedească cu orice mijloace de probă vinovăția cărașului.

Din motivul că bagajele de mână nu sunt predate în mod oficial cărașului, iar contractul de bagaje nu este încheiat, ele rămân pe tot parcursul transportării la dispoziția și în grija pasagerului, iar răspunderea pentru eventualele pierderi sau degradări ale acestora este o răspundere delictuală<sup>15</sup>.

## **5. Răspunderea cărașului pentru prejudiciile cauzate vieții și sănătății pasagerilor se repară în conformitate cu prevederile art. 1418-1421 din Codul civil, Capitolul XXXIV intitulat „Obligații care se nasc din cauzarea de daune”**

În caz de vătămare a integrității corporale sau de altă vătămare a sănătății, autorul prejudiciului are obligația să compenseze persoanei vătămate salariul (dacă persoana era angajată în câmpul muncii) sau venitul ratat din cauza pierderii sau reducerii capacității de muncă (în special la elevi, studenți, persoanele liber profesioniste care nu depind de contractul de muncă), precum și cheltuielile suportate în legătură cu vătămarea sănătății – de tratament, de alimentație suplimentară, de protezare, de îngrijire străină, de cumpărarea unui vehicul special, de reciclare profesională etc. La determinarea salariului nerealizat (venitului ratat) nu se iau în considerare pensia de invaliditate stabilită persoanei vătămate în legătură cu vătămarea corporală sau a sănătății și nici alte indemnizații sau sume plătite pe linia asigurărilor sociale de stat. Dacă persoana vătămată este un minor neangajat în câmpul muncii, acestuia i se vor repara cheltuielile de tratament. Ulterior, instanța de judecată, având deja concluziile medicilor specialiști, va putea stabili despăgubiri pentru pierderea ori reducerea capacității de muncă a acestui minor, ținând cont de posibilitățile angajării lui în câmpul muncii<sup>16</sup>, dar și de specialitatea dobândită și pe care nu o poate practica din cauza stării grave a sănătății sale.

---

<sup>15</sup> *Гражданское право в 4-х томах. Обязательственное право. Том IV. Учебник. 3-е издание* (autor V.V. Витрянский). Под редакцией Е.А.Суханова, Издательство Wolters Kluwer, Москва, 2014, p. 150. [*Drept civil în 4 volume. Drept obligațional, Volumul 4, Manual*, ed. a III-a (autor V.V. Vitreanschi), în redacția profesorului E.A. Suhanov, Ed. Wolters Kluwer, Moscova, 2014, p. 150].

<sup>16</sup> N. Clima, A. Bloșenco, *Particularitățile examinării litigiilor ce țin de repararea prejudiciului în legătură cu cauzarea daunei sănătății*, publicat în *Manualul judecătorului la examinarea pricinilor civile*, M. Poalelungi (coord.), Ed. Cartier, Chișinău, 2006, p. 809.

Din cele descrise, vedem că reglementări speciale ce ar fi dedicate răspunderii cărașului pentru vătămarea corporală și decesul pasagerilor, în Codul civil nu există. Luând în considerare faptul că regulile Codului civil de la capitolul „Obligații care se nasc din cauzarea de daune” sunt prea generale și nu se țin cont de particularitățile care pot exista în transportul de persoane. În Codul transporturilor rutiere lipsesc cu desăvârșire reglementările sub acest aspect, iar din cuprinsul Regulamentului nr. 854/2006, reiese că răspunderea pentru prejudiciile provocate vieții și sănătății pasagerului ar fi una dintre obligațiile de rând care îi revine cărașului: agentul transportator în conformitate cu reglementările legale poartă răspundere materială pentru prejudiciul cauzat de decesul sau vătămarea sănătății persoanelor în urma folosirii transportului auto (pct. 16).

În calitate de exemplu aducem un caz din practica judiciară a Republicii Moldova, când de pe urma unui accident rutier, pasagerul a suportat o vătămare corporală, suferințe psihice și, în plus, a ratat cursa la avionul pentru care avea bilet: pasagerul T.M. a depus cerere de chemare în judecată împotriva Îl „Auto-Taxist” și a șoferului J.V., cu privire la repararea prejudiciului material și moral. În motivarea acțiunii, reclamanta indică că a comandat serviciul de taxi „1403” pentru a se deplasa spre Odesa, de unde ulterior urma să plece cu avionul spre Riga. Comanda a fost primită și înregistrată de dispecerul Îl „Auto-Taxist” și transmisă spre executare șoferului-taxist J.V. În drum spre aeroport, autoturismul a suferit un accident, în care șoferul J.V. a fost recunoscut vinovat. În calitate de pasager, reclamantei i-au fost cauzate leziuni corporale medii și, ca rezultat, ea nu a putut beneficia de biletele de avion procurate pentru plecarea la Riga și nici nu a putut să le restituie. În așa mod, reclamanta a solicitat repararea de la J.V. și de la directorul Îl „Auto-Taxist” a prejudiciului material evaluat la suma de 39.682 lei, ce cuprinde costul biletului la avion și cheltuielile pentru tratamentul medical, precum și a prejudiciului moral – 120.000 lei.

Prin hotărârea Judecătorei Râșcani, mun. Chișinău, din 20 martie 2007, acțiunea a fost admisă parțial, cu încasarea de la J.V. în beneficiul T.M. a prejudiciului material în sumă de 3.282 lei și a prejudiciului moral în sumă de 5.000 lei, în total suma de 8.282 lei; în rest acțiunea a fost respinsă. Curtea de Apel Chișinău, prin decizia sa din 10 octombrie 2007 a respins apelul declarat de către T.M. și a menținut hotărârea primei instanțe. În fine, Curtea Supremă de Justiție a R.M. a admis recursul declarat de către T.M., a casat parțial decizia instanței de apel și hotărârea primei instanțe în privința prejudiciului moral, și a emis o nouă hotărâre, prin care s-a încasat de la Îl „Auto-Taxist”, în beneficiul T.M. suma de 20.000 lei cu titlu de prejudiciu moral; în rest, decizia instanței de apel și hotărârea primei instanțe au fost menținute. De asemenea, printr-o încheiere Curtea Supremă de Justiție a respins și cererea de revizuire înaintată de Îl „Auto-Taxist”<sup>17</sup>.

Codul civil nu stabilește cu exactitate o sumă minimă de la care ar putea să înceapă despăgubirea pasagerilor. Singura normă sub acest aspect este cea de la art. 988 alin. (3) C. civ. care stipulează că „răspunderea cărașului nu poate fi exclusă sau limitată prin contract”. Cu alte cuvinte, în caz de accidente soldate cu vătămarea integrității corporale

---

<sup>17</sup> Încheierea Colegiului civil și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova din 21 octombrie 2009, dosarul nr. 2rh-190/09, arhiva Jud. Râșcani, mun. Chișinău.

sau a sănătății pasagerilor, cărașul este obligat să plătească pasagerilor despăgubiri ce nu trebuie să fie mai mici decât limitele prevăzute pentru asemenea situații în codurile și regulamentele fiecărui tip de transport luat în parte. Regula dată devina una imperativă, de aceea nu se admite înțelegerea dintre căraș și pasager în vederea excluderii ori coborârii acestor limite. Mai mult ca atât, potrivit Codului civil „orice clauze care în mod direct sau indirect derogă de la normele imperative prevăzute la capitolul consacrat transportului sunt nule și lipsite de efecte juridice” [art. 1029 alin. (1)].

Teoretic vorbind, cărașul și pasagerul pot conveni ca mărimea despăgubirii să depășească limita prevăzută de lege, doar că în practică este puțin probabil ca cărașul să accepte prin contract răspunderea la o sumă mai mare decât cea stabilită de lege. Motivul este acela că, după natura sa, contractul de transport de pasageri este un contract public, iar după modul lui de încheiere face parte din categoria contractelor de adeziune.

Clauzele prevăzute în contractele de transport de pasageri sunt identice pentru toți pasagerii, fiind clauze contractuale standard reflectate de regulă și în biletul de călătorie, ca document ce confirmă faptul încheierii contractului de transport. De aceea, orice înțelegere particulară dintre căraș și pasager, inclusiv cea privind majorarea limitelor răspunderii cărașului pentru prejudiciile cauzate vieții și sănătății pasagerului, cu toate că legea admite ca ea să aibă loc, *de facto* însă nu poate fi încadrată sub aspect juridic. Ținând cont de faptul că clauzele contractuale standard nu pot fi supuse negocierii cu fiecare pasager în parte, singura soluție care poate fi aplicată în acest caz este de a majora mărimea despăgubirii prin modificarea clauzelor standard din contractul model de transport. În consecință, efectul va fi unul general: va avea loc majorarea sumei despăgubirii pentru prejudiciile cauzate vieții și sănătății călătorilor în cazul tuturor pasagerilor care procură bilete de călătorie.

## 6. Răspunderea civilă (materială) și contravențională a pasagerului

Răspunderea pentru prejudiciile cauzate în legătură cu transportul de pasageri și bagaje poate surveni nu doar pe seama cărașului, ci și a pasagerului. Pasagerul va răspunde pentru prejudiciile cauzate cărașului prin comportamentul său sau prin natura ori starea bagajelor de mână, cu excepția cazului în care prejudiciul s-a născut în pofida comportamentului diligent al pasagerului (art. 991 C. civ.). Așadar, pasagerul va purta răspundere materială față de căraș pentru prejudiciul cauzat acestuia numai dacă prejudiciu se datorează: a) comportamentului pasagerului; b) naturii bagajului de mână, sau c) stării bagajului de mână. Pasagerul nu va purta răspundere față de căraș doar pentru acele bagaje, care nu fac parte din categoria bagajului de mână. În asemenea situații însă pasagerul va răspunde față de căraș în baza normelor cu privire la obligațiile care se nasc



din cauzarea de daune (art. 1398 și 1399 C. civ.)<sup>18</sup>. Cu toate acestea, pasagerul poate și să nu răspundă pentru prejudiciile provocate cărăușului, și anume, dacă va dovedi că a depus toată stăruința sa în scopul evitării acestui prejudiciu. De aceea, situațiile de răspundere a pasagerului pentru prejudiciile provocate cărăușului sunt foarte rare.

Răspunderea contravențională a pasagerului se angajează în temeiul Codului contravențional al Republicii Moldova<sup>19</sup>, iar în calitate de sancțiune poate fi aplicată amenda sau munca neremunerată în folosul comunității. Nerespectarea de către pasageri a regulilor de conduită în timpul transportului, călătoria lor fără bilete sau cu falsificarea biletelor de călătorie, angajează răspunderea contravențională (administrativă) a pasagerilor. Conform prevederilor de la art. 203 a Codului contravențional, urcarea sau coborârea din mersul vehiculului se sancționează cu amendă de până la 15 unități convenționale<sup>20</sup> sau cu muncă neremunerată în folosul comunității de până la 40 de ore<sup>21</sup>. Aruncarea gunoii și altor obiecte pe fereastra sau pe ușa troleibuzului, autobuzului și maxi-taxiului, se sancționează cu amendă de la 10 la 20 de unități convenționale sau cu muncă neremunerată în folosul comunității de la 20 la 40 de ore. Aceeași amendă este stabilită și pentru fumatul în troleibuze, autobuze și maxi-taxiuri. O amendă mai redusă este stabilită pentru călătoria fără bilet, care se sancționează până la 10 unități convenționale (art. 204), în schimb falsificarea biletelor și punerea lor în comercializare se sancționează cu amendă de la 100 la 150 de unități convenționale (art. 205).

Pasivitatea pasagerului, prin faptul că el nu cere de la taxator biletul de călătorie care i se cuvine (când din neatentie nu i s-a eliberat bilet sau pasagerul intenționat refuză să ia biletul de la taxator), semnifică că el acceptă de a călători fără bilet. Răspunderea contravențională a pasagerului se angajează nu pentru faptul că nu a achitat costul călătoriei, ci pentru aceea că nu deține biletul de călătorie. Dacă pasagerul va aduce dovezi precum că a achitat costul călătoriei, dar nu are biletul de călătorie cu sine, aceasta nu-l va elibera de răspundere, ci îi va servi ca circumstanță atenuantă. Pasagerul se poate exonera de răspundere numai în cazul în care va dovedi că a achitat taxa, a solicitat de la taxator eliberarea biletului de călătorie, însă i s-a refuzat. În asemenea situație, cu toate că pasagerul nu deține bilet de călătorie, acțiunea sa va fi calificată ca săvârșită fără vinovăție<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Gh. Chibac, *Comentariul Codului civil al Republicii Moldova*, vol. II, ed. a II-a (sub red. M. Buruiană), Ed. ARC, Chișinău, 2006, p. 581.

<sup>19</sup> *Codul contravențional al Republicii Moldova*, adoptat prin Legea nr. 218 din 24 octombrie 2008, publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2009, nr. 3-6.

<sup>20</sup> Conform art. 34 din Codul contravențional al Republicii Moldova, o unitate convențională este egală cu 20 de lei.

<sup>21</sup> Deoarece mărimea amenzii este redusă, contravenientul acceptă să achite amenda pe loc. În practică, pentru asemenea situații munca neremunerată în folosul comunității se aplică foarte rar, se face prin hotărâre a instanței de judecată și numai dacă contravenientul acceptă să execute o asemenea sancțiune [art. 37 alin. (3) și (4) din Codul contravențional].

<sup>22</sup> A. Лукашов, *Об ответственности перевозчика и пассажира за нарушение порядка оплаты транспортных услуг*, publicat în Юрист (Federația Rusă), nr. 12/2007, p. 30. [A. Lucașov, *Despre răspunderea*

La călătoria cu autobuzele pe rute interurbane, sunt frecvente cazurile când pasagerii speculează, achitând costul biletului până la o localitate, dar coborând la alta. În asemenea cazuri, dacă pasagerul ajunge până la localitatea indicată în biletul de călătorie și nu părăsește mijlocul de transport, ci continuă călătoria fără a avea achitat restul distanței, el se consideră pasager fără de bilet și asupra sa poate fi angajată răspunderea contravențională, în temeiul art. 204 din Codul contravențional.

În schimb dacă pasagerul din neatenție (spre exemplu, a adormit) nu a coborât la stația înscrisă în bilet, considerăm că el nu trebuie sancționat, deoarece fapta sa nu întrunește componența de contravenție. Norma de la art. 204 din Codul contravențional se va aplica numai în cazul intenției pasagerului: de exemplu, la cursa de autobuz Chișinău-Rezina pasagerul procură biletul de călătorie până la stația Orhei, însă intenția sa ascunsă a fost de a coborî la ultima stație, cea din Rezina. Cu regret, Codul contravențional nu stabilește sancțiuni pentru șoferii de autobuze (microbuze) și pentru taxatori, atunci când aceștia nu acordă bilete de călătorie. Problema dată este și mai evidentă în cazul curselor interurbane, când pasagerii adeseori sunt preluați pe parcurs, ei achitând costul călătoriei, dar fără a primi bilete de la șofer.

## 7. Pretenții, acțiuni, restituirea taxei de transport și recuperarea prejudiciului

Până la intentarea acțiunii în instanța judecătorească este obligatorie depunerea pretențiilor față de agenții transportatori (pct. 89 din Regulamentul transporturilor auto de călători și bagaje). Adresarea în scris nu se reduce la o înștiințare, ci din contra, părțile raportului juridic devenit conflictual sunt obligate să ia toate măsurile posibile pentru a clarifica încă în faza prejudiciară neînțelegerile apărute între ele<sup>23</sup>. Prin înaintarea pretenției se urmărește scopul de a restabili în mod rapid și eficient drepturile care au fost încălcate, de a cerceta cauzele apariției conflictului și de a lua măsurilor corespunzătoare ce țin de evitarea lui pe viitor<sup>24</sup>.

În așa mod înaintarea pretenției nu este doar o simplă adresare a pasagerului față de cărăuș, ci o necesitate. Dacă pasagerul nu a respectat calea prealabilă de adresare a pretenției față de cărăuș, în cazul în care se va adresa cu acțiune în judecată, judecătorul îi va restitui cererea de chemare în judecată în conformitate cu art. 170 alin. (1) pct. (a) C. pr. civ. al R.M. – „judecătorul restituie cererea de chemare în judecată dacă reclamantul nu a respectat procedura de soluționare prealabilă a pricinii pe calea extrajudiciară, prevăzută

---

*transportatorului și pasagerului pentru încălcarea ordinii de plată a serviciilor de transport*, publicat în revista „Juristul” (Federația Rusă), nr. 12/2007, p. 30].

<sup>23</sup> А.Г. Быков, Д.И. Половинчик, *Основы автотранспортного права*, Издательство Юридическая литература, Москва, 1986, pp. 288-289. [A.G. Bîcov, D.I. Polovincic, *Bazele dreptului transportului rutier*, Ed. Literatura juridică, Moscova, 1986, pp. 288-289].

<sup>24</sup> Н.П. Бурса, В.В. Ляндрес, *Претензии и иски к транспортным организациям*, Издательство Юридическая литература, Москва, 1985, p. 5. [N.P. Bursa, V.V. Leandres, *Pretenții și acțiuni în judecată împotriva organizațiilor de transport*, Ed. Literatura juridică, Moscova, 1985, p. 5].

de lege pentru categoria respectivă de pricini, sau de contractul părților”. Cererea de chemare în judecată se restituie printr-o încheiere motivată, în care judecătorul indică modalitatea de înlăturare a circumstanțelor ce împiedică intentarea procesului. Încheierea motivată, cererea de chemare în judecată și toate documentele anexate la ea se remit reclamantului, care după înlăturarea neajunsului se va putea adresa repetat în judecată.

Cu regret, Codul civil al Republicii Moldova nu stabilește un termen special de prescripție pentru transportul de persoane, de aceea va rămâne valabil termenul general de prescripție extinctivă prevăzut pentru toate categoriile de litigii și care este de 3 ani [art. 267 alin. (1)]. Curgerea termenului de prescripție pentru pasager începe de la data când el a aflat sau trebuia să afle despre încălcarea dreptului său. De regulă, în practică termenul de prescripție începe să curgă din momentul în care a avut loc accidentul sau evenimentul ce au servit ca temei pentru adresarea în instanța de judecată. Însă aici apare o altă problemă: dacă perioada de soluționare a reclamației se include sau nu în termenul general de prescripție de 3 ani? Dacă da, atunci din ce moment începe curgerea termenului de 3 ani, de la data producerii evenimentului sau de la data primirii de către pasager a răspunsului scris la reclamația sa?

Mai mult, atât Codul civil al Republicii Moldova, cât și legislația din transportul rutier de pasageri și bagaje nu stabilește un termen de adresare a pasagerilor cu reclamație față de cărauș. La fel nu este prevăzut în cât timp căraușul trebuie să examineze și să soluționeze reclamațiile înaintate de pasageri. Din aceste considerente, în practică sunt frecvente cazurile de tergiversare a examinării cauzelor privind apărarea drepturilor și intereselor pasagerilor în calitatea lor de consumatori ai serviciilor de transport, atât în faza prejudiciară, cât și cea judiciară. Lacuna în lege este și mai evidentă din moment ce la pct. 86 din Regulamentul transporturilor auto de călători și bagaje este prevăzut că „modul și termenul de înaintare și examinare a pretențiilor care apar la transportarea pasagerilor și bagajelor sunt reglementate de legislația în vigoare. Pasagerul poate înainta pretenții față de transportator în scris, în termenul stabilit de legislația în vigoare”.

Potrivit Regulamentului transporturilor auto de călători și bagaje, dreptul de a intenta acțiuni în legătură cu decesul, leziunile corporale sau oricare alt prejudiciu cauzat sănătății pasagerului se stinge după expirarea a 3 ani, iar termenul de prescripție în general nu poate depăși 5 ani din ziua cauzării prejudiciului. În ceea ce privește dreptul de a intenta acțiuni în legătură cu prejudicierea bagajelor, acesta se stinge în toate cazurile după expirarea unui an (pct. 88). Prin urmare, cu toate că legislația din transportul auto de pasageri și bagaje cuprinde termeni speciali de prescripție, formularea lor în context nu este exactă, iar numeroase acțiuni ale părților rămân în afara prescrierii legale și pot genera situații practice de conflict. Ca exemplu de reglementare reușită în această privință servesc normele Codului civil al Republicii Sovietice Socialiste Moldovenești din 1964<sup>25</sup> în care se stabilea clar că înainte de a intenta căraușului o acțiune ce decurge dintr-un contract de transport, trebuie în mod obligatoriu să i se prezinte pretențiile. Pretențiile

---

<sup>25</sup> *Codul civil al Republicii Sovietice Socialiste Moldovenești*, aprobat de Sovietul Suprem al R.S.S. Moldovenești la 26 decembrie 1964, publicat în *Veștile Sovietului Suprem al R.S.S. Moldovenești*, 1964, nr. 36. În prezent, acest act normativ este abrogat.

puteau fi prezentate în decurs de 6 luni. La rândul său, cărașul era obligat să examineze pretențiile primite și să-l înștiințeze pe petiționar despre admiterea sau respingerea lor în curs de 3 luni. Dacă pretențiile erau respinse sau răspunsul nu era primit în termenul respectiv, atunci pasagerul se putea adresa cu acțiune în instanța de judecată în decurs de 2 luni, socotit din ziua primirii răspunsului sau expirării termenului stabilit pentru răspuns (art. 389). Normele respective se refereau la transportul auto în general, fiind valabile transportului de persoane și încărcături.

Menționăm că în cazul transportului auto de pasageri și bagaje nu poate fi aplicată prescripția stabilită de Codul civil al Republicii Moldova la art. 1021, în conformitate cu care termenul de prescripție în raporturile de transport este de un an, iar în cazul intenției sau al culpei grave, termenul de prescripție este de 3 ani. Aceste termene își au aplicarea doar în transportul de mărfuri.

În conformitate cu pct. 85 din Regulamentul transporturilor auto de călători și bagaje, în cazul opririi forțate a autobuzului pe parcurs, indiferent de cauza care a provocat-o, și care face imposibilă transportarea pasagerilor până în punctul de destinație, acestora li se restituie costul călătoriei și plata pentru transportarea bagajelor pe distanța neparcursă. În legătură cu aceasta, în practică apare următoarea problemă: sunt frecvente cazurile când pe parcurs autobuzul suferă o defecțiune tehnică ireparabilă încât nu-și mai poate continua deplasarea la punctul de destinație. Ca urmare, pasagerii sunt nevoiți de a-și dobândi independent alte mijloace de transport în acest sens.

Deși regulamentul stabilește expres obligația transportatorului de a restitui costul biletelor de călătorie și plata pentru transportarea bagajelor, la acel moment șoferul nu dispune de bani suficienți, din motivul că biletele au fost procurate de pasageri de la casele de bilete ale autogării<sup>26</sup>. În acest mod, pasagerii nu își vor putea recupera imediat cheltuielile de transport, ci doar la casele de bilete și numai la prezentarea biletului. *De facto*, acest lucru este adeseori irealizabil, deoarece sunt necesare noi cheltuieli pentru a ajunge la autogară, la care se adaugă și alte incomodități.

Există și situația inversă, când pasagerul este obligat să restituie pagubele cauzate cărașului în legătură cu transportul. De exemplu, pentru deteriorarea utilajului mijlocului de transport auto, persoanele vinovate achită, în modul stabilit de lege, costul pagubelor stabilit în actul de constatare. Acțiunile cărașilor contra pasagerilor pot fi intentate în judecată în decurs de 6 luni din ziua producerii evenimentului care a servit drept temei pentru intentarea acțiunii (pct. 86 din Regulamentul transporturilor auto de călători și bagaje).

Dacă pasagerul nu este de acord cu calculul plății pentru utilizarea transportului auto, el este în drept să adreseze o petiție cărașului, indicând esența plângerii, data, ora îmbarcării, numărul mijlocului de transport utilizat, denumirea autogării (stației auto) în care a fost procurat biletul. La rândul său, cărașul este obligat să examineze petiția și să comunice petiționarului rezultatele examinării.

---

<sup>26</sup> I. Mihalache, *Contractul de transport auto de pasageri și bagaje*, publicat în Revista Națională de Drept, 2011, nr. 1, p. 25.

## 8. Concluzii și recomandări

Generalizând cele expuse, deducem că o trăsătură caracteristică a răspunderii cărașului pentru neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a obligațiilor ce reies din contractul de transport de persoane este limitarea sumei despăgubirii. Altă particularitate a răspunderii cărașului rezultă din statutul special care revine pasagerului, și anume acela de consumator al serviciilor de transport. Consumator este orice persoană fizică ce intenționează să comande sau să procure ori care comandă, procură sau folosește produse, servicii pentru necesități nelegate de activitatea de întreprinzător sau profesională (art. 1 al Legii nr. 105/2003). De aceea, răspunderea cărașului pentru prejudiciile cauzate pasagerului în caz de pierdere și deteriorare a bagajelor, întârzieri sau daune provocate vieții și sănătății pasagerului, se va angaja și potrivit normelor din Legea nr. 105/2003. De asemenea, la soluționarea litigiilor dintre căraș și pasager se va ține cont de explicațiile date în Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr. 7/2006 „Cu privire la practica aplicării legislației despre protecția consumatorilor la judecarea cauzelor civile”<sup>27</sup>.

Regimul juridic al răspunderii contractuale a cărașului este considerat a fi mai agravat decât răspunderea contractuală din dreptul comun. Acest fapt se datorează angajamentului asumat de căraș, și anume acela de a duce pasagerul împreună cu bagajele lui la timp și fără primejdie la locul de destinație indicat în bilet. De aceea, obligația cărașului este una de rezultat și orice deficiență în executare contractului poate fi asimilată cu o nerespectare a lui și atrage după sine răspunderea cărașului față de pasager.

Răspunderea cărașului poate fi angajată doar în prezența anumitor condiții. De regulă, condițiile angajării răspunderii juridice civile sunt patru, și anume: existența prejudiciului; fapta ilicită; legătura de cauzalitate dintre prejudiciul și fapta ilicită; vinovăția autorului faptei ilicite. Însă, pentru a putea angaja răspunderea cărașului față de pasager, nu este necesar ca toate aceste condiții să existe. Cea mai importantă condiție este ca pasagerul să dovedească existența prejudiciului și faptul că acesta s-a produs în timpul transportului. Deoarece la baza apariției raportului de transportare a pasagerului este contractul confirmat prin biletul de călătorie, de fiecare dată când pasagerul suportă careva prejudicii, se va considera că nu există onorarea pe deplin de către căraș a obligațiilor sale contractuale, fiind instituită în acest sens prezumția vinovăției cărașului.

În instanța de judecată cărașul va putea combate cu diferite mijloace de probă prezumția vinovăției sale. Dacă prejudiciul ține de vătămarea integrității corporale sau a sănătății pasagerului, cărașul se va putea exonera de răspundere față de pasager dacă va dovedi că prejudiciul a survenit din motive de forță majoră, al stării de sănătate a pasagerului sau că la bază a stat vinovăția pasagerului [art. 988 alin. (1) C. civ.]. Pe când în situația pierderii, distrugerii sau deteriorării bagajelor care i-au fost încredințate pentru

---

<sup>27</sup> Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a R.M. nr. 7 din 9 octombrie 2006 „Cu privire la practica aplicării legislației despre protecția consumatorilor la judecarea cauzelor civile”, publicată în Buletinul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, 2007, nr. 3, pp. 4-9.

transportare, cărașul se va putea elibera de răspundere numai dacă va dovedi forța majoră, viciul propriu al bunului sau vinovăția pasagerului [art. 989 alin. (1) C. civ.].

Menționăm și faptul că norma de la art. 988 C. civ. nu este formulată reușit, iar în practică instanțele judecătorești nu țin cont de ea. Apare și întrebarea: pe care prejudicii le-a avut în vedere legiuitorul ca fiind excluse? De aceea propunem reformularea normei respective în felul următor: „Cărașul este răspunzător pentru întârzierile în transportul de pasageri. Mărimea despăgubirii este stabilită prin legi speciale și nu poate fi exclusă sau limitată prin contract”. Pentru comparație, mult mai reușite în această privință sunt dispozițiile din Codul civil al Ucrainei, care prevede că „pentru întârzierea deplasării mijlocului de transport în care se află pasagerul, cărașul achită pasagerului amendă (...)”. Prevederi asemănătoare există și în art. 795 din Codul civil al Federației Ruse, art. 749 din Codul civil al Belorusiei, art. 704 din Codul civil al Republicii Kazahstan etc.

**Acțiunea directă a victimei care a suferit un prejudiciu  
împotriva asigurătorului de răspundere civilă obligatorie  
auto  
în accepțiunea noului Cod civil**

**Drd. Dominic Alexandru GIDRO**

Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Avocat, Baroul Cluj

**Abstract**

*As the traffic network develops and the number of cars on Romania's roads increases, the number of accidents grows accordingly. The motor vehicles compulsory liability insurance RCA was designed as to enhance protection for the victims of traffic accidents. As the person liable for generating the accident is compelled by law to always be insured when driving on the roads, the issue is the means by which the victim sees the damages suffered remedied, following the faultily conduct of the insured persons. This paperwork deals with the introduction to the mechanism of direct actions, a short classification of them, following victim actual direct action against motor vehicles compulsory liability insurance RCA considering regulation, legal character, grounds and its nature. Also, this paperwork deals with the direct action related to other means of debt preserving and realization of the claim and with the effects of exercising the direct action.*

**Keywords:** motor vehicle compulsory liability insurance, direct action, insurer, insured person, victim

**Rezumat**

*Odată cu dezvoltarea rețelei de trafic auto și odată cu creșterea numărului de mașini care circulă pe șoselele din România, crește și numărul accidentelor. Asigurarea obligatorie de răspundere civilă auto RCA a fost concepută pentru sporirea protecției victimelor accidentelor auto. Întrucât persoana responsabilă de producerea accidentului este obligată prin lege să aibă întotdeauna calitatea de asigurat când circulă pe șosele, se pune problema mijloacelor prin care victima poate să își vadă*

reparat prejudiciul suferit urmare a conduitei ilicite a asiguratului. Prezenta lucrare tratează introducerea în mecanismul acțiunilor directe, o scurtă clasificare a acestora, urmate de tratarea în concret a acțiunii directe a victimei împotriva asiguratorului de răspundere civilă auto obligatorie RCA în ceea ce privește reglementarea, caracterele juridice, fundamentul și natura acesteia. De asemenea, se tratează acțiunea directă în raport cu alte mijloace de conservare și realizare a creanței, precum și efectele exercitării acesteia.

**Cuvinte-cheie:** asigurare de răspundere civilă, acțiune directă, asigurator, asigurat, victimă

## I. Despre acțiunile directe și clasificarea lor

### 1. Considerații generale cu privire la noțiunea și mecanismul acțiunilor directe

Analiza subiectului propus face necesară o scurtă prezentare generală a acțiunilor directe și a diferitelor clasificări ale acestora.

Acțiunea directă este un mijloc de protecție și de realizare a creanțelor aflate la dispoziția anumitor creditori privilegiați.

În concret, ea reprezintă dreptul unor creditori de a acționa pe debitorul debitorului lor pentru a obține plata creanței, în absența unui raport juridic de obligații între cei doi.

În cadrul acestei operațiuni juridice există trei părți: creditorul (titularul acțiunii directe), debitorul direct al creditorului (debitorul intermediar și creditor al subdebitorului) și subdebitorul (debitorul debitorului intermediar al creditorului). În continuare, acțiunea directă presupune existența a două raporturi juridice distincte: primul, între creditor și debitorul său direct (debitorul intermediar), și cel de-al doilea, între debitorul intermediar și subdebitor.

Dacă primul raport juridic poate fi extracontractual, cel de-al doilea, dintre debitorul intermediar și subdebitor este de natură contractuală. În legătură cu relația dintre debitorul intermediar și subdebitor, creditorul este un terț, astfel încât, potrivit principiului relativității efectelor contractului, legătura antemenționată nu își produce efectele față de creditor, fiind un *res inter alios acta*. Cu toate acestea, prin intermediul mecanismului acțiunii directe creditorul poate, în anumite cazuri expres prevăzute, să se îndrepte direct împotriva debitorului debitorului său intervenind în contractul încheiat între debitorul intermediar și subdebitor<sup>1</sup>.

Caracteristica acțiunii directe constă în aceea că, creditorul își va vedea în acest fel satisfăcută creanța direct de la debitorul debitorului său. Acțiunea directă nu se confundă cu

<sup>1</sup> Noțiunea de acțiune directă nu este tratată pe larg în doctrina română, motiv pentru care aplicarea acesteia nu este încă foarte clară. Pentru o prezentare generală amplă a acțiunii directe în dreptul civil român, a se vedea L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, vol. I, *Regimul juridic general*, citat în continuare *Tratat de drept civil*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2006, pp. 414-418, în special p. 414.



acțiunea oblică și acțiunea pauliană, care sunt mijloace generale de conservare sau, după caz, de realizare a creanțelor și care, pot fi exercitate de orice creditor, astfel încât trebuie precizat că prerogativa unei astfel de acțiuni constă în faptul că persoanele privilegiate care o pot exercita nu sunt obligate să suporte concursul creditorilor chirografari ai debitorului lor (debitorul intermediar) întrucât creanța este direct indisponibilizată în patrimoniul subdebitorului pentru a satisface exclusiv dreptul creditorului care a exercitat-o.

Un aspect foarte interesant prin care se deosebește acțiunea directă de acțiunea oblică și, deopotrivă, de acțiunea pauliană constă în faptul că acțiunea directă nu trebuie considerată din prima o veritabilă acțiune în justiție întrucât ea poate fi realizată în afara instanțelor de judecată printr-o executare voluntară a plății de către subdebitor direct creditorului; doar în măsura în care subdebitorul refuză să plătească ceea ce datorează debitorul intermediar creditorului, ori contestă debitul, creditorul este îndreptățit a chema în judecată subdebitorul pentru a fi condamnat la plată<sup>2</sup>.

Întrucât acțiunea directă este un privilegiu acordat unor creditori care urmează a fi plătiți cu prioritate, la început s-a susținut că existența acesteia trebuie să fie expres prevăzută de lege. Concepția a fost dezvoltată în doctrina franceză ca „teoria legalistă” cu privire la acțiunile directe.

Cu timpul însă, fundamentul și raționamentul teoriei legaliste a început să fie contestat în doctrină datorită tendințelor și orientărilor contemporane ale practicii judiciare. Astfel, treptat doctrina s-a orientat înspre o „teorie modernistă” care acceptă ideea de acțiune directă creată de jurisprudența franceză actuală în temeiul unor texte legale care nu prevăd expres o acțiune directă în favoarea creditorului. Aceasta a avut drept urmare crearea și admiterea unui nou tip de acțiuni directe, și anume acțiunile directe în garanție sau în răspundere.

Acțiunile directe în răspundere sau în garanție nu erau expres prevăzute în vechiul Cod civil<sup>3</sup>, exercitarea lor s-a întemeiat și explicat pe noțiunea de grup de contracte. Noul Cod civil<sup>4</sup> a consacrat o concepție mult mai largă acordând posibilitatea anumitor creditori de a formula, alături de acțiunile directe în plată, și unele acțiuni directe în garanție sau în răspundere cum este cazul garanției pentru evicțiune și pentru vicii ascunse.

## **2. Clasificarea acțiunilor directe<sup>5</sup>**

Acțiunile directe prevăzute expres de lege și susținute în practica judiciară sunt susceptibile de diferite clasificări:

### **a) Acțiuni directe generale și acțiuni directe speciale**

Clasificarea are temei numărul subdebitorilor față de care acțiunile directe pot fi exercitate. Astfel, sunt generale acele acțiuni care permit titularului lor să se îndrepte față de toți debitorii debitorului său pentru a obține tot ceea ce i se datorează. O atare acțiune

---

<sup>2</sup> A se vedea: L. Pop în *Tratat de drept civil*, vol. I, pp. 414-418; L. Pop, *Acțiunile directe în dreptul privat*, în Dreptul nr. 5/2006, p. 11; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit Civil, Les obligations*, Dalloz, Paris, 1999, p. 1104.

<sup>3</sup> Denumit în continuare VCC.

<sup>4</sup> Denumit în continuare NCC.

<sup>5</sup> Pentru o atentă clasificare a acțiunilor directe în doctrina franceză a se vedea F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, pp. 1108-1112. În doctrina română, a se vedea: L. Pop, *op. cit.*, pp. 426-429; L. Pop, *Acțiunile directe în dreptul privat*, în Dreptul nr. 5/2006, pp. 23-26.

este acțiunea directă a organelor fiscale față de toți debitorii unui contribuabil pentru plata creanțelor fiscale<sup>6</sup>. Acțiunile directe speciale se raportează la un singur subdebitor și sunt acelea prin care creditorul poate să se îndrepte împotriva unui anumit debitor al debitorului său pentru încasarea uneia sau mai multor creanțe datorate. Aproape toate acțiunile directe sunt speciale întrucât se raportează la o legătură foarte strânsă între dreptul de creanță al titularului, creditor al obligației de plată față de debitor, care la rândul său este creditor al subdebitorului, acesta din urmă fiind terțul față de care se îndreaptă creditorul pentru a i se plăti direct ceea ce i se datorează.

### **b) Acțiuni directe perfecte și acțiuni directe imperfecte**

Acțiunile directe perfecte sunt acele acțiuni care au drept consecință imobilizarea creanței în patrimoniul subdebitorului de la momentul nașterii ei, fiind deplin drept afectată direct și exclusiv pentru plata creanței creditorului, titular al acțiunii directe. Astfel, are loc blocarea sau indisponibilizarea creanței în patrimoniul subdebitorului, de la momentul nașterii sale, fără o manifestare expresă din partea creditorului în acest sens. De pildă, acțiunea victimei față de asigurătorul de răspundere civilă. În cazul acțiunilor directe imperfecte, dimpotrivă, dreptul creditorului direct asupra creanței debitorului imediat se naște doar de la momentul în care solicită plata de la terța persoană subdebitor și debitor direct al debitorului intermediar. Dacă creditorul nu formulează acțiunea directă, subdebitorul nu are nicio obligație față de acesta, iar debitorul intermediar poate obține plata creanței sale de la debitorul său direct sau o poate cesiona în mod liber. Rezultă și că de la momentul în care subdebitorul face plata către creditorul său direct, el este liberat de datorie. Indisponibilizarea sau blocarea creanței creditorului în patrimoniul subdebitorului se va putea face doar la momentul formulării efective a acțiunii directe. Evident, dezavantajele pot fi ușor desprinse într-o astfel de situație întrucât eficacitatea și însăși scopul acțiunii directe depind de situația dacă, înainte de a fi exercitată acțiunea, creanța a fost sau nu plătită de subdebitor creditorului său direct sau dacă a intervenit cesiunea creanței. De pildă, se încadrează în prezenta categorie acțiunea directă a subantreprenorilor folosiți de antreprenorul general împotriva clientului sau a beneficiarului lucrării pentru a le fi plătită contravaloarea muncii prestate<sup>7</sup>.

### **c) Acțiunile directe în plată și acțiunile directe în garanție<sup>8</sup>**

<sup>6</sup> M. Cozian, *L'avis à tiers détenteur en matière de privilège du Trésor*, în *Revue de droit commercial*, 1967, p. 61, nr. 48. A se vedea și L. Pop, *op. cit.*, p. 427.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 428-429.

<sup>8</sup> Sunt acțiuni directe în plată: acțiunea directă a locatorului împotriva sublocatarului pentru plata sublocațiunii (art. 1753 C. civ. fr.); acțiunea directă a lucrătorilor folosiți de antreprenor la realizarea lucrării contractate împotriva comitentului în scopul de a obține plata sumelor pe care antreprenorul le datorează pentru munca prestată (art. 1798 C. civ. fr.); acțiunea directă a mandantului împotriva submandatarului [art. 1994 alin. (2) C. civ. fr.]; acțiunea directă a victimei păgubite împotriva asigurătorului de răspundere civilă (Code des assurance, art. L. 124-3) sau acțiunea directă a subantreprenorilor contra comitentului cu care a contractat antreprenorul principal (art. 12, LOI 31 décembre 1975). Sunt acțiuni directe în răspundere sau garanție, creații ale jurisprudenței: acțiunea directă a subdobânditorului împotriva unui vânzător anterior sau a primului vânzător; acțiunea directă a consumatorului împotriva fabricantilor de materiale și componente contractate de

Acțiunile directe în plată sunt acele acțiuni prin intermediul cărora se urmărește stingerea a două drepturi de creanță prin plata efectuată de subdebitor. Primul drept de creanță este al debitorului intermediar față de creditor, iar cel de-al doilea este cel al subdebitorului față de debitorul intermediar. Acțiunea directă în plată are ca efect stingerea ambelor drepturi de creanță întrucât plata făcută de subdebitor acoperă atât datoria sa față de debitorul intermediar, cât și datoria debitorului intermediar față de creditorul său direct. Marea majoritate a acțiunilor directe îmbracă forma unei acțiuni în plată.

Spre exemplu, acțiunea directă a mandantului contra submandatarului, acțiunea directă a lucrătorilor antreprenorului împotriva clientului, acțiunea directă a locatorului contra sublocatarului sau acțiunea directă a victimei contra asigurătorului de răspundere civilă. Acțiunile directe în garanție sau în răspundere sunt acele acțiuni care se află la dispoziția subdobânditorilor unui anumit bun sau bunuri pentru a obține repararea prejudiciilor cauzate prin nerespectarea obligației de garanție de către vânzătorii anteriori. O atare acțiune are rolul de a spori protecția subdobânditorului prin extinderea obligației de garanție succesiv de la primul vânzător la ultimul vânzător. Acțiunile directe în garanție sunt existente în special în cadrul contractelor succesive, iar fundamentul unor astfel de acțiuni se regăsește în noțiunea de grup de contracte<sup>9</sup>. Exemplul clasic este acțiunea directă a subdobânditorului împotriva primului vânzător sau a unui vânzător anterior în vederea respectării obligației de garanție pentru evicțiune sau vicii ascunse<sup>10</sup>.

### 3. Deosebiri față de alte operațiuni și mijloace juridice

#### a) Acțiunea directă și acțiunea oblică

Acțiunea directă ar părea, la prima vedere, că funcționează conform principiilor de exercitare a acțiunii oblice; atragem atenția, însă, că cele două acțiuni sunt fundamental diferite și prezintă efecte proprii.

---

antreprenorul său la realizarea unei lucrări, având ca temei nerespectarea obligației de conformitate. A se vedea și L. Pop, *op. cit.*, pp. 426-427.

<sup>9</sup> În dreptul francez, noțiunea de grup de contracte a suscitat interesul doctrinei de specialitate abia după anul 1970. În această perioadă au existat câteva lucrări care au propus o „de-legalizare” a acțiunilor directe provenite din sfera grupurilor de contracte, propunându-se de altfel utilizarea acestui concept ca fundament al acțiunilor directe în plată sau în răspundere. Ca definiție, **grupurile de contracte** reprezintă o sumă de contracte pe care le leagă scopul general pentru care au fost încheiate, și anume realizarea unei operațiuni juridice unice, cu păstrarea individualității fiecărui contract. A se vedea I.F. Popa, *Geometria Grupurilor de Contracte – Testul Noului Cod Civil*, în *Curierul Judiciar* nr. 6/2013, p. 308. O altă definiție ar fi cea potrivit căreia **grupurile de contracte** sunt un ansamblu de contracte distincte care sunt legate unele de altele, fie pentru că poartă, în total sau în parte, asupra aceluiași bun, fie că prin ele se urmărește realizarea aceleiași operațiuni juridice. A se vedea: L. Pop, *op. cit.*, p. 426; B. Teyssie, *Les groupes de contrats*, LGDJ, Paris, 1975; I. Deleanu, *Părțile și Terții, Relativitatea și Opozabilitatea efectelor juridice*, Ed. Rosetti, București, 2002, pp. 43-47.

<sup>10</sup> A se vedea, în acest sens: L. Pop, *op. cit.*, p. 429; *Idem*, *Acțiunile directe în dreptul privat*, în *Dreptul* nr. 5/2006, pp. 24-25; I.F. Popa, *Geometria Grupurilor de Contracte – Testul Noului Cod Civil*, în *Curierul Judiciar* nr. 6/2013, pp. 315-317.

Dacă acțiunea oblică poate fi exercitată de către orice creditor al unui debitor, acțiunea directă nu poate fi exercitată decât de către anumiți creditori privilegiați și doar în anumite cazuri expres prevăzute de lege sau create de practica judiciară (acțiunea directă în cadrul contractului de asigurare, acțiunea directă în cadrul contractului de vânzare-cumpărare privind obligația de garanție pentru evicțiune, acțiunea directă în cadrul contractului de antrepriză etc.)

Acțiunea oblică profită tuturor creditorilor debitorului, nu doar creditorului care a formulat acțiunea, ceea ce înseamnă că după reîntregirea patrimoniului debitorului se vor putea îndestula toți creditorii acestuia din urmă. Din contră, acțiunea directă, fiind o modalitate directă și proprie de executare a obligațiilor<sup>11</sup>, profită exclusiv creditorului privilegiat care a formulat acțiunea, nefiind obligat să suporte concursul celorlalți creditori ai debitorului direct.

În altă ordine de idei, în cazul acțiunilor directe, creditorul care formulează acțiunea nu va trebui să suporte concursul creditorilor chirografari ai debitorului său direct, creanța fiind indisponibilizată în patrimoniul subdebitorului exclusiv pentru plata creanței titularului acțiunii directe. În schimb, în situația acțiunii oblice, odată reîntregit patrimoniul debitorului, creditorul care a formulat acțiunea va suporta concursul celorlalți creditori chirografari ai debitorului său direct care vor profita și ei de efectele măsurii conservatorii.

### **b) Acțiunea directă și poprirea**

Cele două noțiuni prezintă foarte multe similitudini referitor la efectele pe care le produc, însă se diferențiază prin mecanismul de operare.

Poprirea este reglementată în art. 781-794 NCPC<sup>12</sup>. Astfel, creditorul poate să urmărească toate sumele de bani pe care debitorul trebuie să le primească de la o terță persoană. Din acest context putem desprinde care sunt părțile unui astfel de raport: creditorul popritor (cel care urmărește creanța), debitorul (cel față de care există creanța) și terțul poprit (cel care datorează sume de bani debitorului). În cazul popririi legătura dintre părți este similară raportului din cadrul acțiunii directe unde avem: creditorul, titular al acțiunii directe, debitorul direct al creditorului și subdebitorul (terțul) care este debitor al debitorului intermediar.

O primă diferență o identificăm referitor la temeiul de drept al celor două mecanisme juridice.

Acțiunea directă poate fi formulată doar de către anumiți creditori privilegiați ai debitorului, expres prevăzuți de lege. În schimb, poprirea poate fi făcută de către orice creditor al debitorului căruia i s-a recunoscut o creanță certă, lichidă și exigibilă.

O altă diferență se referă la titlul în baza căruia operează cele două mecanisme. Dacă acțiunea directă nu presupune întotdeauna formularea unei acțiuni în instanță, întrucât de cele mai multe ori dreptul creditorului de a se îndrepta împotriva subdebitorului este expres prevăzut de lege și se poate face și într-un cadru extrajudiciar, poprirea presupune

<sup>11</sup> L. Pop, *Teoria Generală a Obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 415.

<sup>12</sup> Denumit în continuare NCPC; pentru detalii referitoare la părțile în cadrul popririi în NCPC, a se vedea I. Rebeca, *Poprirea în noul Cod de procedură civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 16-30.

aproape întotdeauna o etapă premergătoare, și anume obținerea unui titlu executoriu reprezentat de o hotărâre judecătorească. Desigur, hotărârea judecătorească nu este singurul titlu executoriu, actul autentic sau anumite acte privitoare la creanțe fiscale au și acestea calitatea de titlu executoriu. După cum spuneam anterior, acțiunea directă poate fi soluționată și într-un cadru extrajudiciar sau amiabil, însă poprirea poate fi efectuată exclusiv în cadrul unei executări silite și numai de către un executor judecătoresc. Identificăm astfel o diferență de esență între cele două mecanisme juridice.

O altă similitudine se referă la indisponibilizarea creanței; odată ce se produc efectele acțiunii directe, suma de bani se indisponibilizează direct în patrimoniul subdebitorului pentru a face obiectul satisfacerii creanței creditorului. În aceleași condiții, efectul este indisponibilizarea creanței în patrimoniul terțului poprit, ceea ce înseamnă că acesta din urmă nu va putea face plata creditorului său, în același timp debitor al creditorului care înființează poprirea, ci va fi obligat să plătească sumele de bani direct în patrimoniul creditorului celui dintâi<sup>13</sup>. Terțul poprit dobândește calitatea de parte în cadrul executării silite; odată dobândită această calitate sunt stabilite în sarcina sa anumite obligații care presupun efectuarea de acte și operațiuni pentru realizarea creanței creditorului. De asemenea, pentru neîndeplinirea acestor obligații poate fi antrenată răspunderea juridică a terțului poprit. În cazul acțiunii directe, subdebitorul nu devine parte în raportul juridic dintre creditor și debitorul intermediar sau direct; acesta poate răspunde în fața creditorului doar în măsura în care se obține un titlu executoriu față de debitorul intermediar privind obligația acestuia din urmă de a achita sumele de bani creditorului.

Un alt element de similitudine dintre cele două mecanisme juridice îl regăsim atunci când facem un paralelism între acțiunea directă și acțiunea pentru validarea popririi. Așadar, validarea popririi este prevăzută de art. 781-792 NCPC; aceasta presupune o acțiune în instanță formulată de creditor prin care solicită instanței de executare validarea sau stabilirea definitivă a popririi făcute de către executorul judecătoresc asupra sumelor de bani datorate de către terț debitorului, atunci când acesta din urmă nu își îndeplinește obligațiile prevăzute în somația de poprire. Odată validată poprirea, operează o cesiune de creanță între debitor și creditor, iar creditorul devine practic creditor direct al terțului poprit, hotărârea de validare care are ca obiect creanța creditorului<sup>14</sup> urmând a fi titlu executoriu<sup>15</sup> împotriva terțului poprit. Mergând pe aceleași criterii, efectele admiterii unei acțiuni directe în instanță presupun obligarea subdebitorului să plătească direct credi-

<sup>13</sup> Indisponibilizarea creanței își are temeiul juridic în dispozițiile art. 784 NCPC, dar și în dispozițiile noului Cod Civil privind neopozabilitatea plății făcută de creditor debitorului său față de acela care a înființat un sechestrul asupra creanței sau care a făcut opoziție la plată. A se vedea I. Rebeca, *op. cit.*, p. 79. De asemenea, referitor la efectele popririi, a se vedea și I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *Noul Cod de Procedură Civilă*, Vol. II, Art. 622-1133, comentarii pe articole, Ed. Universul Juridic, București, 2013, pp. 203-205; G. Boroi, O. Spineanu-Matei, D.N. Theohari, *Noul Cod de Procedură Civilă, comentariu pe articole*, Vol. II, Art. 622-1133, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 288-291; G.C. Frențiu, D.L. Băldean, *Noul Cod de Procedură Civilă, comentat și adnotat*, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 1148-1150.

<sup>14</sup> Potrivit art. 792 NCPC: „Hotărârea de validare rămasă definitivă are efectul unei cesiuni de creanță și constituie titlu executoriu împotriva terțului poprit, până la concurența sumelor pentru care s-a făcut validarea”.

<sup>15</sup> G.C. Frențiu, D.L. Băldean, *op. cit.*, p. 1156.

torului sumele de bani pe care le datorează debitorului intermediar, în limitele creanței titularului acțiunii directe. Validarea popririi, operând ca o cesiune de creanță, presupune obligarea terțului poprit direct față de creditor, ceea ce înseamnă că fie va consemna sumele de bani în contul executorului, fie va plăti direct creditorului.

O diferență între cele două acțiuni în instanță este redată de faptul că validarea popririi este întotdeauna o măsură subsidiară popririi incidentă doar atunci când terțul poprit nu își execută obligațiile stabilite în somația de executare, fiind totodată un mijloc de legătură între înființarea popririi și executarea ei<sup>16</sup>, iar acțiunea directă poate fi formulată fără a se îndeplini orice alte condiții prealabile. Nu în ultimul rând, creditorul popritor nu va suporta concursul celorlalți creditori ai debitorului său, cu excepția situației în care și ceilalți creditori au titlu executoriu față de debitor și au rang superior. În cazul acțiunii directe, creditorul nu va suporta niciodată concursul celorlalți creditori ai debitorului întrucât creanța este indisponibilizată direct în patrimoniul subdebitorului pentru plata creditorului.

## II. Acțiunea directă în cadrul asigurărilor de răspundere civilă. Reglementare și calificare juridică. Fundament. Asigurarea de răspundere civilă obligatorie auto<sup>17</sup>

### 1. Reglementare. Conexitatea dintre NCC și Legea nr. 136/1995

Cu titlu preliminar, menționăm că spre deosebire de prevederile VCC care acordau posibilitatea victimei de a se îndrepta împotriva asigurătorului de răspundere civilă, NCC aduce un aspect de noutate reglementând acțiunea directă a victimei. De la bun început, trebuie să precizăm că acțiunea directă a victimei împotriva asigurătorului de răspundere civilă își are originea, odată cu intrarea în vigoare a NCC, în prevederile acestei legi [art. 2224, alin. (2)]; atragem atenția însă că textul NCC face referire la asigurarea de răspundere civilă în general; pentru o idee de ansamblu asupra prevederilor NCC, vom enumera textele referitoare la asigurarea de răspundere civilă:

Așadar, potrivit art. 2223, alin. (1) NCC, „în cazul asigurării de răspundere civilă, asigurătorul se obligă să plătească o despăgubire pentru prejudiciul de care asiguratul răspunde potrivit legii față de terțele persoane prejudiciate și pentru cheltuielile făcute de asigurat în procesul civil”<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *op. cit.*, pp. 212-213.

<sup>17</sup> Denumită în continuare asigurare de răspundere civilă auto RCA.

<sup>18</sup> Odată cu intrarea în vigoare a NCC, prin Legea nr. 71/2001, s-au abrogat o parte din textele prevăzute de Legea nr. 136/1995. Corespondentul art. 2223 alin. (1) NCC îl regăseam în art. 41 alin. (1) din Legea nr. 136/1995 unde se prevedeau următoarele: „În asigurarea de răspundere civilă, asigurătorul se obligă să plătească o despăgubire pentru prejudiciul de care asiguratul răspunde în baza legii față de terțele persoane păgubite și pentru cheltuielile făcute de asigurat în procesul civil”. Alin. (2) al aceluiași articol prevedea următoarele: „Prin contractul de asigurare se poate cuprinde în asigurare și răspunderea civilă a altor persoane decât a celei care a încheiat contractul”.

Potrivit art. 2224, alin. (1) NCC, „Drepturile terțelor persoane păgubite se exercită împotriva celor răspunzători de producerea pagubei”. Potrivit alin. (2) „Asigurătorul poate fi chemat în judecată de persoanele păgubite în limitele obligațiilor ce îi revin acestuia din contractul de asigurare”.

Potrivit art. 2226 alin. (1) NCC, „Asigurătorul plătește despăgubirea direct terței persoane prejudiciate, în măsura în care aceasta nu a fost despăgubită de către asigurat”.

Prevederile art. 2223-2226 NCC reglementează sediul legal al asigurărilor de răspundere civilă. Anterior intrării în vigoare a NCC, asigurările de răspundere civilă erau reglementate în Legea nr. 136/1995. Odată cu adoptarea Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, Legea nr. 136/1995 a fost în mare măsură abrogată. Cu toate acestea, au fost păstrate textele art. 54 și art. 55 care vin să expliciteze acțiunea directă reglementată în art. 2224, alin. (2) NCC.

Astfel, potrivit art. 54 din Legea nr. 136/1995, „Despăgubirea se stabilește și se efectuează conform art. 43 și 49, iar în cazul stabilirii despăgubirii prin hotărâre judecătorească, drepturile persoanelor păgubite prin accidente produse de vehicule aflate în proprietatea persoanelor asigurate în România se exercită împotriva asigurătorului de răspundere civilă, în limitele obligației acestuia, stabilită în prezentul capitol, cu citarea obligatorie a persoanei/persoanelor răspunzătoare de producerea accidentului în calitate de intervenienți forțați”. Potrivit art. 55 din Legea nr. 136/1995, „Despăgubirile se plătesc de către asigurător persoanelor fizice sau juridice păgubite. *Despăgubirile nu pot fi urmărite de creditorii asiguratului.* Despăgubirile se plătesc asiguraților dacă aceștia dovedesc că au despăgubit persoanele păgubite și despăgubirile nu urmează să fie recuperate potrivit prevederilor art. 58”.

Așadar, NCC este izvorul principal al acțiunii directe a victimei împotriva asigurătorului de răspundere civilă, iar Legea nr. 136/1995 este izvorul secundar; foarte important de reținut că reglementările celor două legi sunt interdependente și strâns legate între ele. Acțiunea directă nu se va putea exercita în baza doar a uneia dintre legi și în lipsa celeilalte; în consecință, NCC și Legea nr. 136/1995 se completează, iar împreună dau viață acțiunii directe a victimei împotriva asigurătorului de răspundere civilă. Pentru a demonstra interdependența celor două legi facem următoarea analiză: Alin. (2) al art. 2224 NCC face doar o simplă precizare spunând că asigurătorul *poate* fi chemat în judecată în limitele obligațiilor care îi revin din contractul de asigurare; din reglementarea textului concluzionăm că acționarea asigurătorului de către victimă este facultativă; în întâmpinarea acestei situații confuze vine textul art. 54 din Legea nr. 136/1995 potrivit căruia dacă, contractul de asigurare era în vigoare la momentul producerii riscului asigurat, victima se îndreaptă împotriva asigurătorului de răspundere civilă, iar asiguratul va putea fi chemat în judecată doar în calitate de intervenient forțat. Considerăm că legea specială anihilează puterea de decizie a victimei referitoare la persoana împotriva căreia se poate îndrepta pentru a cere repararea prejudiciului, fiind, din punctul nostru de vedere, ținută să se îndrepte doar împotriva asigurătorului, potrivit textului art. 54. În consecință, norma generală este reprezentată de NCC, iar norma specială de Legea nr. 136/1995; ele, însă, nu se exclud, ci se completează. În fine, conchidem că pentru a da eficiență acestui mecanism

juridic, victima trebuie să își întemeieze acțiunea directă întotdeauna în cadrul prevederilor NCC, coroborat cu prevederile Legii nr. 136/1995.

Revenind la subiectul lucrării noastre, menționăm că în situația asigurărilor de răspundere civilă obligatorie auto trebuie făcut referire la un text de lege special care nu poate fi neglijat. În aceeași ordine de idei, potrivit art. 1, alin. (2) din Norma nr. 23/2014 „Contractul de asigurare obligatorie de răspundere civilă pentru prejudicii produse prin accidente de vehicule acoperă *răspunderea civilă delictuală a proprietarului sau a utilizatorului unui vehicul pentru prejudiciile produse unei terțe părți prin intermediul vehiculului*”. Apoi, pentru a da eficiență acțiunii directe, art. 44 din Norma nr. 23/2014 face trimitere la art. 54 din Legea nr. 136/1995, precizând următoarele: „*Despăgubirile se stabilesc în conformitate cu art. 54 din Legea nr. 136/1995, cu modificările și completările ulterioare, în baza poliței RCA, cu respectarea prevederilor legale în vigoare, pe baza elementelor cuprinse în formularul «Constatare amiabilă de accident» ori pe baza actelor eliberate de persoanele care au competențe să constate accidentele de vehicule, pe baza înștiințării sau a procesului-verbal de constatare a pagubelor întocmit de asigurător, precum și a oricăror mijloace de probă, ori prin hotărâre judecătorească*”.

În altă ordine de idei, dacă în cazul asigurărilor de răspundere civilă în general, victima se raportează doar la NCC și Legea nr. 136/1995, în situația asigurărilor de răspundere civilă obligatorie auto, victima trebuie, în mod expres, să aibă în vedere prevederile Normei 23/2014 privind RCA care are valoare de text special pentru aplicabilitatea poliței de asigurare RCA. Concluzia la care am ajuns este că în cazul asigurării de răspundere civilă obligatorii auto nu suntem în prezența unui grup de contracte, spre deosebire de situația antreprizei, mandatului și a locațiunii, ci în prezența unui singur contract încheiat între asigurător și asigurat, cu aplicabilitate directă asupra victimei, în cazul producerii riscului asigurat. Mai mult decât atât, chiar dacă nu există un grup de contracte, considerăm că este incident un grup de texte legale, interdependente și conexate, care împreună dau eficiență acțiunii directe a victimei împotriva asigurătorului de răspundere civilă obligatorie auto. Mergând mai departe, nu putem ignora prevederile art. 1349, art. 1357-1395 NCC care reglementează răspunderea civilă delictuală. În cele ce urmează vom arăta de ce considerăm că răspunderea asigurătorului în raport cu asiguratul este de natură contractuală, iar răspunderea asiguratului față de terța persoană păgubită este de natură delictuală, întemeiată pe o faptă juridică ilicită, respectiv producerea unui accident de circulație<sup>19</sup>.

Cauza nașterii acțiunii directe o reprezintă momentul producerii riscului asigurat; din acest moment revine obligația asigurătorului de a plăti indemnizația de asigurare terței persoane păgubite, cu excepția situațiilor de exonerare de răspundere expres prevăzute de art. 2208 NCC<sup>20</sup> sau de normele speciale în materie. Așadar, efectele contractului de

<sup>19</sup> Pentru comentarii și detalii referitoare la noțiunea de răspundere a asigurătorului și a asiguratului, a se vedea D.M. Gavriș, M. Eftimie, M.-L.B. Magdo ș.a., *Noul Cod Civil, Comentarii, doctrină și jurisprudență*, Vol. III, Art. 1650-2664, Ed. Hamangiu, București, 2012, pp. 608-609.

<sup>20</sup> Potrivit art. 2202, alin. (2) NCC: „În cazurile stabilite în contractul de asigurare, în asigurările de bunuri și de răspundere civilă, asigurătorul nu datorează indemnizație dacă riscul asigurat a fost produs cu intenție de



asigurare se produc și asupra terților, chiar dacă nu au fost parte în contract; Mai mult decât atât, terța persoană păgubită are la dispoziție o acțiune directă împotriva asiguratorului pentru plata indemnizației care poate fi promovată chiar fără acordul asiguratului. Rațiunea acțiunii directe prevăzută de art. 2224 NCC, coroborat cu art. 54 și art. 55 din Legea nr. 136/1995 ia naștere din esența contractului de asigurare, societatea de asigurare având obligația de a despăgubi terța persoană prejudiciată în urma accidentului, în numele asiguratului, având o eventuală acțiune în regres împotriva acestuia din urmă sau împotriva terței persoane responsabile de producerea accidentului, în cazurile și condițiile prevăzute de lege. Asigurarea de răspundere civilă este o garanție a reparării prejudiciului cauzat printr-o faptă ilicită delictuală a asiguratului, întrucât producerea riscului asigurat presupune o răspundere civilă delictuală, și nu contractuală [excepțiile fiind prevăzute de art. 2223, alin. (2) NCC]. În doctrină s-a considerat că, spre deosebire de asigurarea de răspundere civilă obligatorie, în cazul asigurării facultative, contractuale de răspundere civilă, terțul nu are niciodată acțiune directă împotriva asiguratorului, putându-se îndrepta doar împotriva asiguratului<sup>21</sup>. Nu vedem raționamentul unei astfel de delimitări, întrucât regulile și principiile aplicabile asigurării de răspundere civilă sunt aceleași, indiferent că vorbim de una obligatorie (cum este spre exemplu asigurarea de răspundere civilă auto RCA) sau facultativă, singura diferență fiind aceea că, în primul caz, se încheie un contract forțat, iar, în cel de-al doilea caz, un contract negociat ori de adeziune, motiv pentru care conchidem că acțiunea directă există în cadrul oricărui raportul de asigurare, indiferent că este vorba de unul obligatoriu sau facultativ.

Legea nr. 136/1995 a fost completată treptat, în cursul aplicării sale operându-se modificări de concepție și de reglementare. Acțiunea directă este specifică asigurărilor de răspundere civilă, indiferent că este vorba de una facultativă sau obligatorie<sup>22</sup>. În prezent, o mare parte din reglementarea Legii nr. 136/1995 a fost abrogată prin intrarea în vigoare a NCC prin intermediul Legii nr. 71/2011. În consecință, după cum precizam anterior,

---

către asigurat, de beneficiarul asigurării ori de un membru din conducerea persoanei juridice asigurate, care lucrează în această calitate.” Aceleași reguli se aplică dacă părțile convin, și în cazul în care riscul asigurat a fost produs de către: a) persoanele fizice majore care, în mod statornic, locuiesc și gospodăresc împreună cu asiguratul sau beneficiarul; b) prepușii asiguratului sau ai beneficiarului” [art. 2208, alin. (3)].

<sup>21</sup> F. Moțiu, *Contractele Speciale în Noul Cod Civil*, ed. a II-a rev. și adăug., Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 344. Pentru o amplă caracterizare a asigurării de răspundere civilă obligatorie și facultative, a se vedea M. Drăghici, *Asiguratorul – garant al plății*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 128-137.

<sup>22</sup> Rațiunea acțiunii directe este de a opera atât în cadrul asigurărilor de răspundere civilă obligatorie, cât și facultativă, altfel s-ar crea o discriminare nejustificată, cu atât mai mult cu cât cei care optează pentru asigurările facultative plătesc sume mai mari de bani pentru primele de asigurare, motiv pentru care ar fi cu atât mai injustă excluderea acestora de la acțiunea directă împotriva asiguratorului. A se vedea și L. Pop, *Acțiunile directe în dreptul privat*, în *Dreptul nr. 5/2006*, p. 15.

reglementarea generală a acțiunii directe își are sediul în art. 2224, alin. (1) NCC<sup>23</sup> și alin. (2) NCC<sup>24</sup>. Reglementarea specială este prevăzută în art. 54 din Legea nr. 136/1995.

Potrivit art. 2225 NCC, despăgubirile sunt stabilite fie amiabil în baza convenției stabilite între asigurat, terț sau persoana prejudiciată și asigurator<sup>25</sup>, fie, în caz de neînțelegeri, pe cale judecătorească sau pe calea altui organ de jurisdicție<sup>26</sup>; indiferent de modul lor de stabilire, despăgubirile se plătesc nemijlocit, direct persoanei păgubite, dacă nu au fost achitate de asigurat anterior – art. 2226, alin. (1) NCC<sup>27</sup>. În opinia noastră, art. 2226, alin. (1) contribuie la caracteristicile acțiunii directe; această afirmație nu este fără suport juridic, fiind întemeiată pe una dintre caracteristicile principale ale acțiunii directe, și anume că aceasta nu trebuie să presupună, în mod expres, o procedură judicioasă; asiguratorul poate plăti despăgubirea direct victimei, printr-o înțelegere amiabilă, aspect ce asigură o reparație rapidă și sigură a prejudiciului suferit.

Specific acțiunii directe, legiuitorul a introdus textul art. 55, alin. (1) din Legea nr. 136/1995 potrivit căruia „Despăgubirile nu pot fi urmărite de creditorii asiguratului”; acesta are corespondent în art. 2226, alin. (2) NCC. Observăm, în cele din urmă, o altă caracteristică a acțiunii directe constând în privilegiul acordat creditorului, titular al acesteia, de a evita concursul creditorilor chirografari a debitorului intermediar. Sigur că, textele Legii nr. 136/1995 nu sunt suficiente pentru a fundamenta acțiunea directă în situația asigurării de răspundere civilă auto obligatorie, tocmai de aceea se completează cu prevederile Normei nr. 23/2014 CSA. Norma 23/2014 nu prevede o acțiune directă expresă, dar art. 44 din normă face referire directă la art. 54 din Legea nr. 136/1995 cu care se completează, făcând astfel trimitere la acțiunea directă.

În fine, textele analizate mai sus consacră fără îndoială, acțiunea directă a victimei prejudiciate împotriva asiguratorului de răspundere civilă, în general și asiguratorului de răspundere civilă auto RCA, în special. Spre deosebire de dispozițiile Decretului

---

<sup>23</sup> Art. 42 alin. (1) din vechea reglementare a Legii nr. 136/1995, abrogată prin Legea nr. 71/2011: „Drepturile persoanei păgubite se exercită împotriva celor răspunzători de producerea prejudiciului, în condițiile dreptului comun”.

<sup>24</sup> Art. 42 alin. (2) din vechea reglementare a Legii nr. 136/1995, abrogată prin Legea nr. 71/2011: „Asiguratorul poate fi chemat în judecată de persoanele păgubite în limitele obligațiilor ce-i revin acestuia din contractul de asigurare”; Art. 42 era coroborat cu art. 54 alin. (2) din Legea nr. 136/1995 din actuala reglementare, care impune citarea persoanei răspunzătoare de producerea accidentului doar în calitate de intervenient forțat în cauza privind solicitarea despăgubirilor civile.

<sup>25</sup> Art. 43 din vechea reglementare a Legii nr. 136/1995, abrogată prin Legea nr. 71/2011: „Despăgubirea se stabilește și se efectuează în baza asigurării valabile la data producerii accidentului, conform dispozițiilor art. 49, fără a mai fi necesar acordul asiguratului din cauza căruia s-a produs paguba, ori prin hotărâre judecătorească”; Art. 43 era coroborat cu art. 54 alin. (1) din Legea nr. 136/1995 din actuala reglementare, care prevede modul de stabilire a despăgubirilor acordate.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> Art. 44 alin. (1) din vechea reglementare a Legii nr. 136/1995, abrogată prin Legea nr. 71/2011: „Asiguratorul plătește despăgubirea nemijlocit celui păgubit în măsura în care acesta nu a fost despăgubit de asigurat, despăgubire ce nu poate fi urmărită de creditorii asiguratului”; coroborat cu art. 55 alin. (1) din actuala reglementare unde se stipulează faptul că despăgubirile se plătesc direct de către asigurator persoanelor fizice sau juridice păgubite, fără a putea fi urmărite de creditorii asiguratului.

nr. 471/1971, prin Legea nr. 136/1995 și, apoi, prin NCC s-a generalizat acțiunea directă pentru toate cazurile de răspundere civilă, cu excepția acelor în care există exonerări de răspundere a asiguratorului.

## **2. Calificarea juridică a acțiunii directe formulată în cazul asigurării de răspundere civilă obligatorie auto. Caractere juridice**

### ***a) Acțiune directă prevăzută expres de lege***

Acțiunea directă a victimei împotriva asiguratorului de răspundere civilă obligatorie auto este o prerogativă prevăzută expres în art. 2224, alin. (2) NCC și în art. 54 și 55 din Legea nr. 136/1995, coroborat cu prevederile Normei 23/2014. Reglementarea expresă a fost necesară întrucât, în lipsa unui astfel de mecanism juridic, victima ar urma să fie privată de posibilitatea de a-și vedea reparat prejudiciul produs prin conduita ilicită a asiguratului. Considerăm că existența acțiunii directe reiese din însuși esența contractului de asigurare de răspundere civilă auto obligatorie, rațiunea unui astfel de contract fiind de a evita o posibilă insolvență a asiguratului, crescând șansele de reparare a prejudiciului (societățile de asigurare fiind rareori insolvente).

### ***b) Acțiune directă specială***

Acțiunea directă a victimei împotriva asiguratorului de răspundere obligatorie civilă auto este o acțiune specială întrucât se formulează împotriva unui singur subdebitor, în concret determinat. Victima se îndreaptă direct împotriva societății de asigurare cu care asiguratul a încheiat contractul pentru a-și recupera prejudiciul cauzat de producerea accidentului rutier.

### ***c) Acțiune directă perfectă***

Acțiunea directă a victimei împotriva asiguratorului de răspundere civilă obligatorie auto este o acțiune perfectă întrucât creanța pe care o are asiguratul față de societatea de asigurare, constând în indemnizația de asigurare, este imobilizată de la momentul nașterii ei și deplin drept afectată direct și exclusiv pentru plata contravalorii prejudiciului suferit de victima producerii accidentului, titular al acțiunii directe. Indisponibilizarea creanței creditorului în patrimoniul subdebitorului operează de la momentul nașterii sale, fără o manifestare expresă din partea primului. Caracterul perfect al acțiunii directe reiese și din faptul că acțiunea poate fi formulată de victimă, chiar fără acordul asiguratului, ceea ce întărește caracterul de indisponibilizare a creanței în patrimoniul societății de asigurare.

### ***d) Acțiune directă în plată***

Acțiunea directă a victimei împotriva asiguratorului de răspundere civilă obligatorie auto este o acțiune în plată prin care se urmărește stingerea a două drepturi de creanță prin intermediul plății efectuate de societatea de asigurare, terței persoane prejudiciate. Un prim drept de creanță care se stinge este cel al asiguratului față de societatea de

asigurare derivat din contract și, un al doilea, derivat dintr-o faptă ilicită delictuală, este cel al titularului acțiunii directe, respectiv victima prejudiciată față de asigurat.

### 3. Fundamentul și natura juridică a acțiunii directe

#### a) Fundamentul acțiunii directe. Stipulația pentru altul

Fundamentul în cadrul contractului de asigurare de răspundere civilă a fost creat în jurul a două mari concepții:

Prima concepție se referă la noțiunea de stipulație pentru altul<sup>28</sup>. În baza acesteia, dreptul victimei la repararea prejudiciului cauzat prin accidentul auto, de care este răspunzător asiguratul, se naște din contractul încheiat între asigurat, în calitate de stipulant, și asigurător, în calitate de promitent.

Ideea fundamentării dreptului la despăgubire pe stipulația pentru altul ar reieși din faptul că „în cadrul contractului de asigurare privind răspunderea civilă delictuală victima unui accident, creditor al dreptului la despăgubire împotriva autorului faptei păgubitoare, este un terț față de contractul încheiat de făptaș cu asigurătorul. Dar, victima are totuși posibilitatea acționării directe a asigurătorului, ca și cum ar fi creditor al acestuia, nefiind obligată să suporte concursul niciunui alt creditor, chiar privilegiat al debitorului său direct”<sup>29</sup>. Răspunderea asigurătorului față de terțul prejudiciat este una contractuală deoarece a fost asumată prin contract, iar nu una delictuală, indirectă.

În cea de a doua concepție, dreptul victimei împotriva asigurătorului este și rămâne de natură delictuală, nu se naște din contractul de asigurare, iar mecanismul acțiunii directe este explicat în temeiul răspunderii civile delictuale<sup>30</sup>. Asiguratul este parte în contractul de asigurare, terța persoană prejudiciată neavând nicio legătură cu acest contract. Astfel, fapta ilicită prin care a fost prejudiciată victima este de natură delictuală, nefiind derivată din contractul de asigurare.

Dreptul victimei de a cere despăgubirea de la asigurător este un privilegiu conferit de prevederile Legii nr. 136/1995 și ale NCC, nu de contractul încheiat între asigurător și asigurat, mecanismul acțiunii directe fiind diferit de stipulația pentru altul<sup>31</sup>.

În aceste condiții, nu putem discuta de fundamentarea răspunderii asigurătorului pe ideea stipulației pentru altul, natura răspunderii acestuia fiind contractuală, dar dreptul victimei de a acționa asigurătorul este de natură delictuală.

Din punctul nostru de vedere, când ne referim la stipulația pentru altul, precizăm că aceasta nu își are aplicabilitate în cazul asigurării de răspundere civilă obligatorie, întrucât suntem în prezența unui contract forțat care trebuie să își producă efectele în viitor față de o persoană nedeterminată. Argumentăm această soluție precizând că dreptul de creanță

<sup>28</sup> Pentru mecanismul stipulației pentru altul referitor la obligația asigurătorului de a plăti despăgubirea victimei, a se vedea I. Sferdian, L. Bercea, *Observații asupra răspunderii asigurătorului în asigurarea auto obligatorie*, în *Dreptul* nr. 11/2005, pp. 113-118 și 128.

<sup>29</sup> I. Sferdian, *Dreptul asigurărilor*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 305-306.

<sup>30</sup> L. Pop, *Acțiunile directe în dreptul privat*, în *Dreptul* nr. 5/2006, pp. 15-17.

<sup>31</sup> J. Ghestin, Chr. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 1189-1192.

al asiguratului (debitor imediat) este, fără urmă de îndoială, de natură contractuală, născându-se la momentul producerii riscului asigurat, dar dreptul de creanță al victimei (creditorul, titular al acțiunii directe) este de natură delictuală, reprezentând valoarea prejudiciului cauzat prin accidentul auto al cărei autor este asiguratul. Așadar, creanța se naște din fapta care i-a cauzat prejudiciul și al cărei autor este asiguratul; ea nu își are izvorul în contractul de asigurare încheiat între asigurat și asigurător; dreptul de creanță al victimei, titular al acțiunii directe este de natură delictuală; aceasta, până când dreptul de creanță al debitorului imediat față de subdebitor este de natură contractuală. În accepțiunea celor precizate mai sus, fundamentul acțiunii directe a victimei împotriva asigurătorului de răspundere civilă auto este întotdeauna legea (NCC și Legea nr. 136/1995), iar în cadrul legii, dreptul victimei împotriva asigurătorului este de natură delictuală, așa cum vom vedea în cele ce urmează<sup>32</sup>.

Stipulația pentru altul poate fi aplicabilă în cazul asigurărilor de răspundere civilă facultativă de persoane, în cadrul cărora suma asigurată se achită direct persoanei asigurate sau terțului beneficiar. În această situație este desemnată și individualizată în contract persoana careia urmează să i se plătească despăgubirea. Dreptul de creanță al asiguratului, respectiv dreptul la indemnizația de asigurare este de natură contractuală și se naște din voința celor două părți contractante respectiv, asigurătorul, în calitate de promitent, și asiguratul, în calitate de stipulant; fiind vorba de un drept de creanță de natură contractuală, nu mai putem discuta de o eventuală acțiune directă, deoarece dreptul terțului beneficiar al indemnizației de asigurare nu se mai naște dintr-o faptă ilicită delictuală, ci provine din voința exclusivă a părților contractante. În consecință, stipulația pentru altul este un mecanism juridic individualizat într-un contract sau o clauză contractuală în care asigurătorul (promitentul) se obligă în fața asiguratului (stipulantul) să execute o anumită obligație (plata indemnizației) către o terță persoană (victima producerii riscului asigurat)<sup>33</sup> determinată; caracteristic acțiunii directe, terțul beneficiar nu suportă concursul creditorilor stipulantului. Așadar, stipulația pentru altul îndeplinește toate condițiile unei acțiuni directe numai în situația asigurării de răspundere civilă facultativă de persoane în care terță persoană este individualizată în concret; astfel, este pe deplin justificată soluția doctrinei de a fundamenta acțiunea directă exclusiv în cadrul asigurării de răspundere civilă facultativă de persoane pe noțiunea de stipulație pentru altul.

În schimb, în cadrul raportului juridic de asigurare de răspundere civilă obligatorie (auto sau profesională), dreptul victimei se naște independent de voința comună și

---

<sup>32</sup> Pentru o delimitare între noțiunea de acțiune directă și stipulația pentru altul a se vedea: L. Pop, *op. cit.*, pp. 433-434; H. Solus, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. I, nr. 207, *apud* M. Cozian, *L'avis à tiers détenteur en matière de privilège du Trésor*, în *Revue de droit commercial*, 1967, p. 60, în L. Pop, *op. cit.*, p. 433.

<sup>33</sup> Pentru detalii în legătură cu stipulația pentru altul, a se vedea: L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat de drept civil, Obligațiile, conform Noului Cod Civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, pp. 206-217; I. Albu, *Drept Civil, Contractul și Răspunderea Contractuală*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1994, pp. 108-119; I. Dogaru, *Contractul, Considerații teoretice și practice*, Ed. Scrisul Românesc, Craiova, 1983, p. 243.

exclusivă a părților contractante, asigurător și asigurat, dându-se eficiență mecanismului acțiunii directe<sup>34</sup>.

**b) Natura răspunderii asigurătorului. Răspundere delictuală vs. răspundere contractuală**

Antamând eventualele discuții cu privire la soluțiile la care s-a ajuns pentru a determina natura răspunderii asigurătorului, facem referire cu precădere la Decizia nr. 1/2005 a Înaltei Curți de Casație și Justiție; putem spune că instanța a ajuns la o concluzie rezonabilă, spunem noi, în sensul în care s-a statuat că din ampla analiză efectuată asupra dispozițiilor legale și principiilor de drept incidente în cazul producerii unui accident de circulație atunci când s-a cauzat și un prejudiciu și există încheiat contract de asigurare obligatorie auto, coexistă răspunderea civilă delictuală, fundamentată pe art. 998 VCC (art. 1357 NCC), a autorului accidentului cu răspunderea contractuală a asigurătorului, fundamentată pe contractul de asigurare valabil încheiat. Cu alte cuvinte, cele două răspunderi juridice nu se exclud, ci vor fi antrenate concomitent pentru a da eficiență acțiunii directe a victimei împotriva asigurătorului. Așadar, există două raporturi juridice care creează acțiunea directă la care am făcut referire, unul de natură delictuală, ca urmare a producerii faptului juridic ilicit cauzator de prejudicii, între victimă și autorul accidentului și, unul secundar, de natură contractuală, ca urmare a încheierii contractului de asigurare între asigurat și asigurător<sup>35</sup>. Acțiunea directă nu există în lipsa contractului de asigurare de răspundere civilă; în consecință, acțiunea directă este condiționată, în primul rând, de acest contract de asigurare și, în al doilea rând, de producerea riscului asigurat, ca efect și condiție suspensivă declanșatoare a acțiunii directe. Mergând mai departe, considerăm că este necesară o scurtă introspectivă cu privire la opiniile conturate în doctrina română referitor la natura răspunderii asigurătorului:

a) În doctrină s-a discutat ideea potrivit căreia fundamentul răspunderii asigurătorului este de natură contractuală<sup>36</sup> și nicidecum delictuală<sup>37</sup>; S-a ajuns la concluzia unei răspunderi contractuale întrucât fapta este săvârșită de către o parte din contractul de asigurare, respectiv de către asigurat, astfel că asigurătorul nu răspunde pentru fapta altei persoane, ci tocmai pentru fapta sa, propria sa faptă, aceea de a-și asuma conduita celui cu care contractează neputând discuta de o răspundere pentru fapta altuia nici delictuală și nici contractuală;

<sup>34</sup> L. Pop, *Acțiunile directe în dreptul privat*, în *Dreptul* nr. 5/2006, p. 17.

<sup>35</sup> A. Circa, *Relativitatea efectelor convențiilor*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pp. 271-275, în special p. 274.

<sup>36</sup> Aspect reținut și în practica judiciară – a se vedea C. Ap. Galați, S. pen., dec. pen. nr. 198 din 12 aprilie 2006.

<sup>37</sup> I. Sferdian, *op. cit.*, pp. 306-307.

b) Pe același fir logic s-a mers pe ideea că nu poate fi vorba de o răspundere delictuală pentru fapta altuia întrucât aceasta există doar în temeiul legii<sup>38</sup>, fiind întemeiată pe anumite relații între autorul prejudiciului și persoana care răspunde pentru acesta, iar persoana care răspunde trebuie să aibă o anumită putere de direcție, control și supraveghere asupra activității asiguratului; însă, în contractul de asigurare părțile sunt egale, neexistând raporturi de subordonare, deținătorul autovehiculului asigurat având deplină libertate de acțiune și nefiind subordonat vreunor norme sau directive ale societății de asigurare<sup>39</sup>. În fine, același autor consideră că societatea de asigurare nu are nicio calitate în procesul penal, doar în procesul civil, motiv pentru care nici măcar nu este necesară citarea societății într-un astfel de litigiu.

c) Într-o altă concepție, asigurătorul nu poate participa în procesul penal în calitate de persoană responsabilă civilmente întrucât nu ne aflăm în niciuna dintre situațiile în care participarea în procesul penal, în calitate de persoană responsabilă civilmente, să se bazeze pe o răspundere delictuală pentru fapta altuia cu atât mai mult cu cât la baza raporturilor juridice dintre asigurător și asigurat există un contract de asigurare care nu poate fi fundament al răspunderii civile delictuale<sup>40</sup>. Cu alte cuvinte, societatea de asigurare are doar calitate de asigurător într-un proces penal.

d) În altă ordine de idei, asigurătorul ar fi un garant al plății despăgubirilor datorate terței persoane prejudiciate, fundamentat pe raportul contractual dintre asigurător și asigurat, neputând fi parte responsabilă civilmente într-un dosar penal, întrucât nu suntem în prezența unei răspunderi civile delictuale pentru fapta altuia<sup>41</sup>.

e) Mergând mai departe către diferitele forme ale răspunderii pentru fapta altuia și fundamentările teoretice ale acestei răspunderi, în literatura juridică de specialitate s-a făcut observația potrivit căreia „nota comună a respectivelor fundamentări se învâрте în jurul ideii conform căreia întotdeauna răspunderea pentru fapta altei persoane există numai ca expresie a prevederilor legii, având la bază existența unor anumite relații între autorul prejudiciului și persoana chemată să răspundă civil pentru prejudiciul cauzat prin fapta ilicită comisă de autor”<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> C. Stătescu, *Răspunderea civilă delictuală pentru fapta altei persoane*, ed. a II-a, îngrijită de B. Georgescu și revăzută de C. Bîrsan, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 6.

<sup>39</sup> I. Narița, *Un alt punct de vedere cu privire la calitatea procesual-penală a societăților de asigurare*, în *Dreptul* nr. 7/2002, p. 193; L. Pop, *Discuții de lege lata cu privire la recunoașterea existenței unui principiu de răspundere civilă delictuală pentru fapta altuia consacrat în Codul civil român*, în *Dreptul* nr. 8/2004, pp. 58-65.

<sup>40</sup> G. Dumitru, *Societățile de asigurare, calitate procesuală*, în *Revista de drept penal* nr. 4/2000, p. 89.

<sup>41</sup> M.S. Godea, *notă*, la dec. pen. nr. 1240/R/1998 a C. Ap. Timișoara, în *Dreptul* nr. 7/2002, pp. 179, 191-196.

<sup>42</sup> C. Stătescu, *Răspunderea civilă delictuală pentru fapta altei persoane*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1984, p. 6.

f) Cu toate acestea, situația mai sus menționată nu poate fi așezată la baza naturii raportului juridic obligațional dintre asigurător și persoana păgubită, ea neputând fi justificată decât prin instituția „subrogării asigurătorului în obligațiile de răspundere civilă ale asiguratului” (deținător și conducător de autovehicul sau numai conducător al acestuia); același autor consideră că instituția răspunderii civile pentru fapta altuia nu reprezintă altceva decât o subrogare în obligațiile de răspundere civilă a altor persoane, iar asigurarea de răspundere civilă pentru pagubele cauzate de asigurați prin accidente de autovehicule este o formă particulară de subrogare – legală – în obligația de răspundere civilă a altor persoane, indiferent de motivul și izvorul acestei subrogări. Ca atare, asigurătorul are calitate de persoană responsabilă civilmente, neputând fi vorba doar de o răspundere în calitate de garant-asigurător<sup>43</sup>. Teza potrivit căreia societatea de asigurare are calitate de persoană responsabilă civilmente este dezvoltată în doctrina română și de alți autori<sup>44</sup>; potrivit acesteia, ne raportăm la prevederile art. 54 și 57 din Legea nr. 136/1995 (din reglementarea inițială a legii) care obligă societatea de asigurare să despăgubească terțele persoane păgubite, precum și prevederile vechiului Cod de procedură penală (dar și a noului Cod de procedură penală) care nu stabilesc ca persoana chemată în procesul penal în calitate de persoană responsabilă civilmente să îndeplinească și condițiile culpei din cadrul răspunderii civile delictuale, ci doar să răspundă conform dispozițiilor legale pentru faptele săvârșite de autorul accidentului.

Conchidem astfel că doctrina înclină spre o răspundere contractuală a asigurătorului față de victimă. Sigur că soluția adoptării unei răspunderii contractuale a asigurătorului ar fi cea mai justificată întrucât acesta se obligă față de asigurat în temeiul unui contract; în susținerea deciziei Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 1/2005 considerăm că natura răspunderii asigurătorului este contractuală, dar fundamentul dreptului victimei de a antrena răspunderea asigurătorului este de natură delictuală. În susținerea acestei opinii, precizăm că temeiul asigurării este într-adevăr de natură contractuală întrucât între asigurător și asigurat se încheie un contract care are ca obiect obligația asiguratului de a plăti prima de asigurare și obligația asigurătorului de a plăti indemnizația de asigurare; însă, în cazul producerii riscului asigurat, obligația de a plăti indemnizația nu își produce efectele exclusiv în baza prevederilor contractului de asigurare; declanșarea efectelor obligației de plată a indemnizației de asigurare este legată de o condiție suspensivă, și anume de producerea riscului asigurat.

Mergând pe același raționament juridic, evenimentul asigurat nu se produce în temeiul unei fapte contractuale derivate din contractul de asigurare, ci printr-un eveniment extracontractual, în virtutea unei fapte juridice ilicite săvârșite de asigurat, vinovat al producerii accidentului. În raportul dintre asigurat și terța persoană prejudiciată nu există

---

<sup>43</sup> V. Pătulea, *Natura juridică a asigurării de răspundere civilă pentru pagubele produse prin accidente de autovehicule și poziția procesuală a asigurătorului*, în *Dreptul* nr. 8/2004, pp. 44-45 și 52.

<sup>44</sup> C. Sima, *Poziția societăților de asigurare în procesul penal*, în *Dreptul* nr. 2/2001, pp. 160-163; I.A. Tulbure (I), C. Turianu (II), *Din nou despre calitatea procesuală a societății de asigurare în procesul penal*, în *Dreptul* nr. 12/2001, pp. 135-139; N. Volonciu, *Tratat de procedură penală*, Vol. I, Ed. Paideia, București, 1993, p. 175.



încheiat un contract, iar efectul declanșator este fapta juridică ilicită; în continuarea acestei idei ne raportăm la momentul și modul de cauzare a prejudiciului și, luând în considerare că fapta asiguratului este una ilicită delictuală, considerăm că natura răspunderii asiguratorului față de victimă, care preia obligația de despăgubire din sarcina asiguratului, este de natură contractuală asumată în contractul de asigurare, dar dreptul victimei împotriva asiguratorului de răspundere civilă obligatorie este de natură delictuală; sigur, este adevărat că nu există un raport clasic de subordonare între asigurator și asigurat, specific răspunderii pentru fapta altuia, însă asiguratorul prevede întotdeauna în contractul de asigurare limitele răspunderii sale, cazurile de exonerare de răspundere, chiar și conduita pe care trebuie să o aibă asiguratul pentru a fi plătită indemnizația de asigurare; și atunci, prin intermediul acestei clauze, asiguratorul creează un cadru de prevenire și de control al producerii riscului asigurat.

Răspunderea asiguratorului nu poate fi contractuală decât față de asigurat, întrucât contractul de asigurare se încheie exclusiv între aceștia. Răspunderea asiguratului față de victimă este de natură delictuală, nefiind încheiat un contract între cei doi. Având în vedere că asiguratorul este obligat să despăgubească victima în locul asiguratului, considerăm că fundamentul în baza căruia se acordă despăgubirea nu poate fi decât de natură delictuală, dar răspunderea asiguratorului este într-adevăr de natură contractuală. Așadar, concluzionăm că în situația asigurărilor de răspundere civilă obligatorie ne aflăm în prezența unei răspunderi hibride, speciale, situație în care există o întrepătrundere între răspunderea contractuală a asiguratorului față de asigurat și răspunderea delictuală a asiguratului față de victimă; împreună dau eficiență acțiunii directe.

În consecință, având în vedere că victima nu este parte în contractul dintre asigurator și asigurat, dar efectele acestuia se produc și față de ea, natura juridică a răspunderii asiguratorului este contractuală, iar fundamentul dreptului victimei de a antrena răspunderea asiguratorului este de natură delictuală, motiv pentru care acțiunea directă nu își are fundamentul în stipulația pentru altul, situație în care dreptul victimei împotriva asiguratorului derivă din contract.

### **III. Efectele exercitării acțiunii directe a victimei împotriva asiguratorului de răspundere civilă în general, și a asiguratorului de răspundere civilă obligatorie auto în special**

Făcând o analiză a rațiunii acțiunii directe putem constata că aceasta se încadrează în mijloacele de realizare a creanțelor creditorilor. În același timp, ea reprezintă un mijloc de realizare a unei creanțe a debitorului intermediar, având și rolul de garanție în vederea realizării dreptului creditorului direct. Efectul cel mai important al acțiunii directe, care o deosebește de celelalte mijloace de conservare a creanțelor, este reprezentat de indisponibilizarea creanței debitorului intermediar contra subdebitorului, asemănător unei

poprii<sup>45</sup>. În altă ordine de idei, consecința indisponibilizării creanței este aceea că titularul acțiunii directe nu suportă concursul celorlalți creditori ai debitorului intermediar în realizarea creanței sale; urmează că debitorul intermediar nu va putea dispune de această creanță, iar creditorii săi nu o vor putea urmări. Practic, creditorul va putea exercita toate drepturile derivate din dreptul de creanță al debitorului intermediar asupra subdebitorului pentru a recupera suma care i se datorează.

Un alt element de mare însemnătate se regăsește în raportul pe care îl are creditorul cu ceilalți creditori ai debitorului său direct. Așadar, acțiunea directă profită doar creditorului căruia i se oferă privilegiul de a o formula, iar creanța este afectată exclusiv pentru plata integrală a titularului acțiunii directe; de aici rezultă și efectul indisponibilizării creanței debitorului intermediar contra subdebitorului. Cu toate acestea, deși creditorul nu suportă concursul celorlalți creditori ai debitorului său direct, el va fi obligat să suporte concursul creditorilor subdebitorului, întrucât preia toate drepturile și obligațiile pe care le are debitorul intermediar asupra patrimoniului subdebitorului.

Acestea sunt efectele principale și esențiale derivate din exercitarea acțiunii directe. Întrucât în prezenta lucrare nu putem formula o amplă analiză a acestora, ne-am limitat a evidenția ce este mai important de reținut, urmând ca în cele ce urmează să facem o analiză a părților în cadrul acțiunii directe, cu trimiteri la practica judiciară în materia asigurării de răspundere civilă obligatorie auto<sup>46</sup>.

### 1. Titularul acțiunii directe

Părțile raportului de asigurare sunt: asigurătorul – debitorul obligației de plată a indemnizației de asigurare, asiguratul – creditorul obligației de plată a indemnizației de asigurare și debitorul obligației de reparare a prejudiciului cauzat terței persoane, victima – terța persoană prejudiciată de asigurat și creditor al obligației de plată a despăgubirilor stabilite în contractul de asigurare.

În urma producerii riscului asigurat, persoana prejudiciată are posibilitatea solicitării despăgubirii reprezentând valoarea prejudiciului cauzat de către autorul accidentului, direct de la asigurător; altfel spus, are acțiune directă împotriva asigurătorului persoanei vinovate de producerea accidentului, evitând concursul creditorilor asiguratului, dar și insolvabilitatea acestuia. Practic, dreptul de creanță al asiguratului este afectat exclusiv pentru plata despăgubirilor persoanei prejudiciate, acesta fiind și scopul contractului de asigurare<sup>47</sup>.

Întrucât distincția dintre acțiunea directă în plată și acțiunea directă în răspundere este foarte importantă, raportat la persoana care poate formula acțiunea, trebuie să precizăm în mod obligatoriu că acțiunea directă a victimei împotriva asigurătorului de răspundere civilă obligatorie auto este o acțiune în plată, iar titularul acesteia trebuie să aibă o creanță cel

<sup>45</sup> A se vedea *supra*, pct. 2.b.

<sup>46</sup> Pentru o amplă analiză a efectelor acțiunii directe, a se vedea: L. Pop, *op. cit.*, p. 431 și urm.; P. Vasilescu, *Drept Civil. Obligații, în reglementarea Noului Cod Civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pp. 114-115.

<sup>47</sup> L. Pop, *Acțiunile directe în dreptul privat*, în *Dreptul nr. 5/2006*, p. 16.

puțin certă și exigibilă față de debitor; consecința unei astfel de acțiuni directe constă în stingerea creanței față de debitorul intermediar sau imediat al creditorului<sup>48</sup>.

## 2. Calitatea procesuală activă a titularului acțiunii directe

Titularul acțiunii directe în cadrul raportului de asigurare de răspundere civilă obligatorie auto este, cu titlu de regulă generală, terțul păgubit (denumit și victima riscului asigurat) care, odată produs acest risc (dacă nu se ajunge la o soluție amiabilă cu societatea de asigurare) poate promova o acțiune directă pentru a-i fi reparat prejudiciul material și/sau moral suferit ca urmare a faptei ilicite a asiguratului; fiind o acțiune recunoscută *ope legis*, nu este nevoie nici de acordul asiguratului, nici de acordul asigurătorului pentru exercitarea și realizarea ei. Mai mult decât atât, titularii ai acțiunii directe pot să fie și moștenitorii terțului păgubit. Firește, nefiind parte în contractul de asigurare, nu pot avea nicio pretenție față de asigurat până la momentul producerii accidentului. Cu toate acestea, moștenitorii<sup>49</sup> terțului păgubit sau a victimei vor justifica legitimitatea procesuală activă față de asigurat sau asigurător doar în momentul decesului victimei respectiv, după producerea riscului asigurat. Legitimitatea va trebui justificată prin demonstrarea unor prejudicii materiale (cheltuieli de spitalizare, medicație, tratament, mâncare, înmormântare etc.) sau morale suferite de moștenitori urmare a producerii riscului asigurat și implicit a decesului victimei; așadar, odată cu decesul victimei, moștenitorii dobândesc calitatea indirectă de terți păgubiți având și calitate procesuală activă în vederea promovării unei acțiuni directe împotriva asigurătorului (în limitele stipulate în cadrul asigurării), dar și împotriva asiguratului, pentru partea de prejudiciu care depășește indemnizația de asigurare<sup>50</sup>.

Titularii ai acțiunii directe sunt și victimele indirecte ale accidentului auto. În această situație, discutăm de repararea unor prejudicii patrimoniale sau nepatrimoniale cauzate prin ricoșeu<sup>51</sup>. Prejudiciile prin ricoșeu<sup>52</sup> sunt suferite de terțe persoane, victime indirecte,

---

<sup>48</sup> În literatura de specialitate s-a precizat că lichiditatea nu este o condiție imperativă a creanței creditorului față de debitorul său direct, în situația acțiunilor directe în plată. – a se vedea L. Pop, *op. cit.*, p. 430.

<sup>49</sup> Pentru aspecte detaliate referitoare la moștenirea în accepțiunea noului Cod Civil, a se vedea: Fr. Deak, R. Popescu, *Tratat de drept succesoral*, conform noului Cod Civil, ed. a III-a, actualizată și completată, vol. I, *Moștenirea legală*, și vol. II, *Moștenirea testamentară*, Ed. Universul Juridic, București, 2013; D. Chirică, *Tratat de drept civil, Succesiunile și liberalitățile*, Ed. C.H. Beck, București, 2014; L. Stănculescu, *Curs de drept civil, Succesiuni*, Ed. Hamangiu, București, 2012.

<sup>50</sup> V. Nemeș, *op. cit.*, p. 244; L. Stănculescu, V. Nemeș, *Dreptul contractelor civile și comerciale*, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 508-509.

<sup>51</sup> L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, pp. 575-578; a se vedea și I. Albu, *Repararea prejudiciului cauzat prin vătămări corporale*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 53 și urm.; C.F. Popescu, *Determinarea și evaluarea prejudiciilor corporale*, Ed. Dalami, Caransebeș, 2005, pp. 172-192; în doctrina franceză, a se vedea G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 15-16, 62-63, 74-77, 154-178, 207-210, 696, 1323-1324, 1326-1328. Toate sunt citate în L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 575.

<sup>52</sup> Pentru detalii ample privitoare la noțiunea de victimă indirectă prin ricoșeu în jurisprudența CEDO, a se vedea A.G. Călugăr, *Victima indirectă în jurisprudența CEDO*, în RRDP nr. 2/2012, pp. 49-69.

cauzate acestora din urmă prin rezultatul provocat prin fapta ilicită săvârșită de persoana vinovată de producerea accidentului auto. În sens larg, o victimă indirectă este acea persoană strâns legată din punct de vedere patrimonial sau nepatrimonial de victima directă a faptei ilicite și care, datorită prejudiciului corporal pe care îl suferă victima directă (în cele mai multe cazuri vorbim de prejudicii prin ricoșeu în cazurile în care victima directă a decedat) i se cauzează o pierdere economică importantă. În consecință, prejudiciul cauzat victimei directe este generator de alte prejudicii cauzate unor terțe persoane. Condițiile generale privitoare la dreptul victimelor indirecte la reparația prejudiciilor cauzate prin ricoșeu sunt prevăzute în art. 1390-1392 NCC, motiv pentru care nu vom insista asupra lor, nefăcând obiectul prezentei lucrări; cu toate acestea, menționăm câteva exemple de victime indirecte, titulari ai acțiunii directe: persoana care a făcut cheltuieli pentru îngrijirea sănătății victimei sau care a avansat cheltuieli pentru înmormântarea acesteia în cazul decesului victimei imediate (art. 1392 NCC); titularul dreptului de întreținere prestat de victima imediată care a decedat (art. 1390 NCC); ascendenții, descendenții, frații și surorile, soțul victimei directe decedate pentru durerea încercată prin moartea victimei – prejudicii afective morale (art. 1391 NCC); nu în ultimul rând, în cazul prejudiciilor nepatrimoniale sau morale prin ricoșeu este foarte importantă dovedirea legăturii afective strânse dintre victima directă și cea indirectă. În lipsa unei astfel de legături nu se poate discuta de calitatea de victimă indirectă sau prin ricoșeu pentru a fi îndreptățită la formularea unei acțiuni directe împotriva asigurătorului de răspundere civilă auto.

În concluzie, acțiunea directă trebuie să fie expres prevăzută de lege, iar calitatea procesuală activă poate să o aibă doar persoana căreia i s-a acordat expres acest privilegiu, respectiv victima sau terțul păgubit, moștenitorii acestuia și victimele prin ricoșeu.

### **3. Asiguratul, intervenient forțat<sup>53</sup> exonerat de răspundere sau pârât, codebitor solidar?**

Cu titlu preliminar menționăm că, înainte de modificarea Legii nr. 136/1995 și introducerea art. 54 potrivit căruia asiguratul participă în litigiul privind despăgubirile solicitate de victimă, în calitate de intervenient forțat, legea acorda un spectru larg de decizie persoanei prejudiciate prin accidentul de circulație, în sensul în care aceasta putea fie să se îndrepte împotriva persoanei responsabile de producerea accidentului, pe cale delictuală, potrivit dreptului comun, fie direct împotriva asigurătorului obligat la plată în baza contractului de asigurare în care victima nu este parte. Așadar, victima avea o triplă posibilitate: să se îndrepte atât împotriva asigurătorului, cât și a asiguratului în temeiul unei solidarități pasive, care are titlu de garanție a executării creanței debitorului<sup>54</sup>; să se

<sup>53</sup> A.Cl. Rus, *Discuții privitoare la modul de angajare a răspunderii asigurătorului în cazul asigurării obligatorii de răspundere civilă pentru pagube produse prin accidente de autovehicule*, în *Dreptul* nr. 7/2006, pp. 48-57.

<sup>54</sup> Unele instanțe franceze consideră că ar fi vorba de o *garanție derivată contractului de asigurare*. Într-adevăr, prin intermediul asigurărilor obligatorii legiuitorul a dorit să garanteze victimei posibilitatea de a-și recupera, în totalitate, despăgubirile pentru prejudiciul suferit în urma accidentului de circulație. Dar, ideea de

îndrepte împotriva asigurătorului – în temeiul unei acțiuni directe – și, în final, să se îndeplinească doar împotriva asiguratului, în temeiul răspunderii civile delictuale pentru fapta proprie. În opinia noastră, opțiunea lăsată la latitudinea victimei era și trebuie să fie în continuare singura varianta echitabilă de reparare a prejudiciului, altfel ajungem în situația în care victima va fi privată de posibilitatea de a remedia măcar parțial pagubele cauzate de evenimentul produs. Cu toate acestea, legiuitorul a adus o modificare spunem noi, inutilă și prejudiciabilă, Legii nr. 136/1995 prin instituirea art. 54. În cele ce urmează vom arăta de ce considerăm că reglementarea actuală a Legii nr. 136/1995 este prejudiciabilă pentru victimă.

Calitatea care urmează să o dobândească asiguratul în procesul intentat de victimă este deosebit de importantă pentru a determina natura și întinderea efectelor acțiunii formulate; care este calitatea asiguratului într-un astfel de proces? Este el chemat în calitate de intervenient forțat, conform prevederilor art. 54 din Legea nr. 136/1995<sup>55</sup>, și astfel lipsit de o răspundere juridică față de victimă sau chemat în calitate de pârât să răspundă în solidar cu asigurătorul pentru prejudiciul cauzat?<sup>56</sup>; din punctul nostru de

---

garanție este legată strict de fapta asiguratului. Noi știm însă că terțul prejudiciat se poate adresa direct împotriva asigurătorului nu numai când prejudiciul a fost produs direct prin fapta asiguratului (răspunderea delictuală pentru fapta proprie), ci și atunci când acesta a fost produs prin fapta unei terțe persoane care conducea autovehiculul asiguratului (răspunderea pentru fapta altei persoane) sau chiar și atunci când paguba s-a produs datorită unei cauze intrinseci autovehiculului (răspunderea pentru lucruri). Ideea prezentată nu este greșită, însă nu este completă datorită faptului că nu poate fi aplicată în toate cazurile de răspundere cuprinse în contractul de asigurare auto obligatorie; opinia a fost exprimată de D. Tincau, *Natura juridică a contractului de asigurare auto obligatorie*, în revista *Studia Iurisprudentia* nr. 1/2012 – publicație electronică.

<sup>55</sup> Art. 54, alin. (1) din Legea nr. 136/1995: „Despăgubirea se stabilește și se efectuează conform art. 43 și 49 (din vechea reglementare, înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 71/2011), iar în cazul stabilirii despăgubirii prin hotărâre judecătorească, drepturile persoanelor păgubite prin accidente produse de vehicule aflate în proprietatea persoanelor asigurate în România se exercită împotriva asigurătorului de răspundere civilă, în limitele obligației acestuia, stabilită în prezentul capitol, cu citarea obligatorie a persoanei/persoanelor răspunzătoare de producerea accidentului în calitate de intervenienți forțați”. Art. 54, alin. (2) din Legea nr. 136/1995: „Drepturile persoanelor păgubite prin accidente produse pe teritoriul României de vehicule aflate în proprietatea persoanelor asigurate în străinătate se exercită împotriva asigurătorului prin reprezentanțele de despăgubiri sau prin Biroul Asigurătorilor de Autovehicule din România, după caz, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 48 alin. (2)”.

<sup>56</sup> Unii autori au considerat că societățile de asigurare trebuie să participe în calitate de persoane responsabile civilmente în procesul penal și, în consecință, să răspundă în solidar cu inculpatul, autor al accidentului în urma căruia s-au cauzat prejudicii unei terțe persoane. Această opinie și-a găsit fundamentul atât în doctrină (a se vedea C. Sima, *Poziția societăților de asigurări în procesul penal*, în *Dreptul* nr. 2/2001, p. 161), cât și în practica judiciară (Dec. pen. nr. 3154 din 4 iulie 2000 a CSJ, S. pen.). Pentru detalii a se vedea și I. Narița, *Un alt punct de vedere cu privire la calitatea procesual-penală a societăților de asigurare*, în *Dreptul* nr. 7/2002, p. 191. Cu toate acestea, orientarea menționată a fost destul de rapid modificată printr-o interpretare a instanței supreme. Astfel, într-o decizie a Curții Supreme de Justiție în soluționarea unui recurs în interesul legii s-a decis că societatea nu poate avea calitatea de persoană responsabilă civilmente sau de garant al plății despăgubirilor civile, ci pe aceea de asigurător de răspundere civilă, calitate strâns legată de răspunderea civilă delictuală a asigurătorului pentru fapta altuia. Pentru detalii legate de teza privitoare la calitatea de asigurător de răspundere civilă a societăților de asigurare, a se vedea I. Sferdian, L. Bercea, *Observații asupra răspunderii asigurătorului în asigurarea auto obligatorie*, în *Dreptul* nr. 11/2005, pp. 125-129. Teza a fost intens criticată, în doctrină susținându-se pe bună dreptate că sfera răspunderii civile a părții responsabile civilmente

vedere prevederile art. 54 din Legea nr. 136/1995 limitează foarte mult puterea de decizie a victimei, iar practica judiciară recentă pare să fie unitară în acest sens<sup>57</sup>; în această ordine de idei, asiguratul este chemat în judecată în calitate de intervenient forțat, nu în calitate de pârât, urmând a răspunde doar asigurătorul față de victimă; citarea asiguratului în calitate de intervenient forțat produce anumite prejudicii victimei, aceasta din urmă fiind lipsită de o eventuală sursă justă de obținere a despăgubirii. Prejudiciul se naște odată cu limitarea posibilității reparării acestuia, victima putându-se îndrepta într-o interpretare îngustă a legii doar împotriva asigurătorului, nu și împotriva asiguratului. Ar fi o singură situație în care victima se poate îndrepta și împotriva asiguratului, atunci când valoarea prejudiciului depășește suma asigurată, motiv pentru care la diferența de valoare este obligat asiguratul să despăgubească victima.

Acțiunea directă a victimei împotriva asigurătorului de răspundere civilă în general, și asigurătorului de răspundere civilă obligatorie auto în special, este o acțiune de drept comun, reglementată în dispozițiile NCC. Mai mult decât atât, reglementarea art. 54 (modificat de Legea nr. 71/2011 de punere în aplicare a NCC) fundamentează ideea de acțiune directă pe care o are terțul păgubit, moștenitorii acestuia sau victima indirectă împotriva asigurătorului de răspundere civilă.

Legiutorul a încercat simplificarea procesului de reparare a prejudiciului prin arătarea exactă a persoanei care are calitate procesuală pasivă, dacă asigurarea era valabilă la momentul producerii accidentului. În această situație, asigurătorul nu poate fi exonerat de răspundere, fiind obligat să despăgubească victima, în lipsa unei înțelegeri amiabile.

S-a precizat în doctrină<sup>58</sup> că reglementarea art. 54 din Legea nr. 136/1995 nu împiedică victima să se îndrepte doar împotriva asiguratului, acesta din urmă având posibilitatea chemării în garanție a asigurătorului; o astfel de acțiune ar putea fi justificată mai ales în situația în care nu se cunoaște identitatea asigurătorului. Chiar dacă suntem de acord cu acționarea exclusiv a asiguratului, într-o atare situație nu mai vedem relevanța prevederilor art. 54 din Legea nr. 136/1995 în care se specifică expres că acțiunea directă se exercită împotriva asigurătorului, asiguratul fiind citat doar în calitate de intervenient forțat. În opinia noastră, s-ar putea totuși considera că actuala reglementare a art. 54 nu are valoare imperativă, deschizând o cale de interpretare; pe de altă parte, pentru a accepta o dublă acțiune, fie împotriva asigurătorului, fie împotriva asiguratului ar trebui modificat textul art. 54, astfel încât victimei să i se acorde, în mod expres, posibilitatea îndreptării și împotriva asiguratului. Din actuala reglementare ar reieși că o acțiune împotriva asiguratului ar fi posibilă doar în măsura în care asigurarea nu era valabilă la momentul producerii riscului asigurat sau, după cum am precizat, pentru diferența de

---

nu se limitează la răspunderea civilă delictuală, ci cuprinde și răspunderea civilă contractuală mergând pe ideea că *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Aceeași autori apreciază că participarea societății de asigurare în procesul penal se face în calitate de persoană responsabilă civilmente. Pentru detalii, a se vedea *ibidem*, pp. 126-129.

<sup>57</sup> Trib. Vaslui, dec. nr. 59 din 19 martie 2008, în M. Tăbăraș, M. Constantin, *Asigurări*, în *Culegere de practică judiciară*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 50.

<sup>58</sup> I. Sferdian, *op. cit.*, p. 310 și urm.

valoare neasigurată. Dacă asigurarea era valabilă la momentul producerii accidentului, o acțiune îndreptată împotriva asiguratului ar putea fi în actuala reglementare, în opinia noastră, respinsă de instanțe ca inadmisibilă.

#### **4. Calitatea procesual pasivă: asiguratul, asigurătorul sau în același timp asiguratul și asigurătorul**

Dacă este să privim *stricto sensu* reglementarea art. 54 observăm că legiuitorul a reglementat o singură astfel de acțiune având ca obiect plata despăgubirilor către victimă, și anume acțiunea îndreptată direct împotriva asigurătorului, în temeiul legii.

În cazul unui accident de circulație în doctrină s-a considerat că terțul victimă ar avea trei posibilități procesuale<sup>59</sup>: a) să respecte prevederile art. 54 din Legea nr. 136/1995 și să se îndrepte împotriva asigurătorului cu citarea asiguratului în calitate de intervenient forțat; b) să se îndrepte doar împotriva asiguratului sau conducătorului auto responsabil, iar acesta să cheme asigurătorul în garanție sau să se îndrepte ulterior împotriva acestuia din urmă<sup>60</sup>; c) să se îndrepte atât împotriva asigurătorului, cât și împotriva asiguratului. Aceasta din urmă acțiune ar fi justificată pe ideea în care prejudiciul nu ar putea fi acoperit de către asigurător, întrucât excede asigurării, diferența de prejudiciu urmând a fi acoperită de către asigurat.

Din punctul nostru de vedere toate cazurile enumerate sunt verosimile, însă precizăm că din modul de reglementare al art. 54 din Legea nr. 136/1995 ar reieși că doar acțiunea fundamentată pe acest text ar fi admisibilă, iar promovarea unei acțiuni potrivit pct. b) precizat anterior va fi respinsă de instanțele de judecată întrucât textul art. 54 ar fi expres și limitativ; o acțiune în judecată potrivit pct. c) este admisibilă doar în măsura în care prejudiciul excede suma asigurată.

În concluzie, *stricto sensu*, regula este acțiunea directă întemeiată pe dispozițiile NCC, coroborat cu prevederile art. 54 din Legea nr. 136/1995, precum și Norma 23/2014 în situația asigurărilor de răspundere civilă obligatorie auto și excepția este acțiunea formulată atât împotriva asigurătorului, cât și împotriva asiguratului, doar în situația în care prejudiciul nu poate fi acoperit din suma asigurată.

*De lege ferenda*: Considerăm că, oportun ar fi ca legiuitorul să ofere terțului victimă alegerea modului în care își va recupera prejudiciul întrucât persoana care trebuie privilegiată și avantajată este aceasta și în ultimul caz asiguratul. De aceea, propunem introducerea unui text în care să se prevadă toate cele trei posibilități procesuale menționate mai sus. Limitarea posibilității victimei de a-și vedea reparat prejudiciul doar la formularea unei acțiuni directe împotriva asigurătorului de răspundere civilă contravine textelor Codului Civil și accesului la justiție. Dreptul victimei de a-l acționa numai pe asigurat există și se întemeiază pe dispozițiile Codului Civil (art. 1381 și urm. NCC) aplicabile reparării prejudiciului în cazul răspunderii civile delictuale. De asemenea, victima trebuie să îl poată acționa în același timp pe asigurat (pe temeiul dreptului comun), cât și pe asigurător

<sup>59</sup> A se vedea I. Sferdian, *op. cit.*, p. 310 și urm.

<sup>60</sup> A se vedea în acest sens C. Ap. Brașov, dec. nr. 109/R din 3 martie 2005.

(pe temeiul acțiunii directe); într-o atare situație răspunderea asiguratului și a asigurătorului trebuie să fie solidară, întemeiată pe dispozițiile art. 1382 NCC.

### 5. Asiguratul și Asigurătorul. Răspundere solidară sau *in solidum*

Antamând discuția privitoare la solidaritatea obligațiilor asigurătorului și asiguratului, menționăm că art. 54 din Legea nr. 136/1995 a modificat art. 57 din vechea reglementare care dădea posibilitatea formulării unei acțiuni, atât împotriva asiguratului sau persoanei responsabile de producerea accidentului, cât și împotriva asigurătorului. Anterior instituirii citării asiguratului în calitate de intervenient forțat, asigurătorul și asiguratul puteau fi chemați în solidar pentru obligarea la plata despăgubirilor față de victima accidentului. Solidaritatea asigurătorului și a asiguratului nu a fost acceptată unanim în doctrină considerându-se că în situația în care terța persoană păgubită se îndreaptă atât împotriva asigurătorului, cât și a asiguratului discutăm de existența unor obligații *in solidum* întrucât ambii debitori sunt ținuti la întreg, fiecare pentru partea sa de despăgubire, dar obligațiile lor nu sunt solidare, neexistând un izvor al solidarității în această situație<sup>61</sup>. De asemenea, s-a considerat că „debitorii ținuti *in solidum*, datorează fiecare în parte, tot atât cât datorează oricare dintre ei separat, adică totul, fără însă ca la baza acestei obligații să existe o datorie unică a tuturor sau să stea reprezentarea mutuală față de creditorii”<sup>62</sup>, acesta fiind fundamentul pentru care asigurătorul și asiguratul sunt obligați *in solidum*, și nu solidar.

În prezent, considerăm că, făcând o aplicare strictă a legii, nu se poate pune problema de obligarea celor doi în solidar față de victimă întrucât prevederile art. 54 din Legea nr. 136/1995 nu ar permite o atare abordare<sup>63</sup>. Astfel cum am mai precizat, fosta reglementare era mai echitabilă, cel puțin pentru victima producerii riscului asigurat, întrucât dădea eficiență posibilității formulării unei acțiuni directe împotriva asigurătorului, dar cu posibilitatea obligării în solidar cu asiguratul la repararea prejudiciului. Așadar, victima putea să își vadă plătită despăgubirea de la oricare dintre ei, iar cel care a plătit despăgubirea în întreg putea recupera partea nedatorată de la cel cu care a fost ținut în solidar<sup>64</sup>. Contrar celor susținute referitor la inexistența unui izvor al solidarității între asigurător și asigurat, menționăm că, în opinia noastră, izvorul acestei solidarități reiese din reglementarea art. 1382 NCC potrivit căreia „Cei care răspund pentru o faptă prejudiciabilă sunt ținuti solidar la reparație față de cel prejudiciat”.

În continuare, pentru a nu produce un raport inechitabil între asigurător și asigurat, art. 1384, alin. (1)-(3) NCC reglementează dreptul de regres al persoanei care răspunde

<sup>61</sup> I. Sferdian, *op. cit.*, p. 311. Pentru inexistența unui temei al solidarității răspunderii asigurătorului și a asiguratului, a se vedea și: Trib. Vaslui, dec. nr. 59 din 19 martie 2008; C. Ap. Brașov, dec. pen. nr. 264/R din 4 iunie 2006; C. Ap. Galați, dec. pen. nr. 198 din 12 aprilie 2006; CSJ, S. com., dec. nr. 7659 din 16 decembrie 2002; Jud. Cluj-Napoca, sent. civ. nr. 13791 din 22 octombrie 2013; Jud. Cluj-Napoca, sent. civ. nr. 6706/2014.

<sup>62</sup> R. Petrescu, *Cu privire la particularitățile obligațiilor „in solidum”*, în RRD nr. 12/1968, p. 87.

<sup>63</sup> Cu toate acestea, au fost admise în practica judiciară și acțiuni formulate atât împotriva asigurătorului, cât și împotriva asiguratului deopotrivă – a se vedea C. Ap. Brașov, dec. pen. nr. 264/R din 4 mai 2006, în M. Tăbăraș, M. Constantin, *op. cit.*, p. 68.

<sup>64</sup> Art. 1383-1385, art. 1447, art. 1456, art. 1458 NCC.



pentru altul. Sigur, raportat la asigurarea încheiată, asigurătorul este obligat să răspundă pentru asigurat și nu va putea recupera despăgubirea de la acesta din urmă decât în situațiile prevăzute de art. 58 din Legea nr. 136/1995, art. 666 din Legea nr. 95/2006 privind asigurările de malpraxis, art. 2210, alin. (1) din NCC, precum și în alte situații unde se oferă dreptul de regres în cazul asigurărilor de răspundere civilă<sup>65</sup>; tocmai mergând pe ideea în care natura faptei pentru care răspunde asigurătorul este una de sorginte delictuală, primul fiind obligat să răspundă pentru o faptă ilicită a asiguratului, trebuie făcută aplicarea art. 1382 NCC. Asigurătorul răspunde pentru fapta prejudiciabilă a asiguratului, fiind ținută în solidar la plata despăgubirii.

Cu toate acestea, înainte de modificarea textului art. 54 din Legea nr. 136/1995, potrivit căruia asiguratul participă în procesul de despăgubire al victimei în calitate de intervenient forțat, instanțele de judecată acceptau și ideea de solidaritate între obligațiile asigurătorului și asiguratului făcând, din punctul nostru de vedere, o aplicare corectă și echitabilă a legii<sup>66</sup>; deși, din câte știm noi, soluțiile majoritare a instanțelor erau de a nu accepta ideea de răspundere solidară a asigurătorului și a asiguratului.

În fine, considerăm că, doar în situația unei răspunderi solidare, victima este relativ pe deplin acoperită. Spunem relativ întrucât, indiferent de care persoană este chemată să răspundă, despăgubirea este stabilită de o instanță de judecată care poate ridica sau cenzura cuantumul despăgubirii, aceasta în situația puțin probabilă în care atât asigurătorul, cât și asiguratul nu sunt insolvabili. În opinia noastră, contrar textelor Legii nr. 136/1995, precum și a jurisprudenței actuale, ar trebui luată inițiativa de a se formula o cerere de chemare în judecată atât a asigurătorului, cât și a asiguratului deopotrivă, în sensul obligării acestora în solidar la plata despăgubirilor. În prezent, există o temere justificată, spunem noi, în ceea ce privește formularea unei acțiuni împotriva asigurătorului și asiguratului în vederea obligării acestora în solidar la plata despăgubirii. Așadar, pentru a vedea dacă o acțiune în despăgubire având ca izvor solidaritatea pasivă a asigurătorului și asiguratului ar fi admisibilă, trebuie să ne raportăm și la textele art. 68-71 NCPC privitor la intervenția forțată. Reproducând art. 68 alin. (1) NCPC vom vedea că oricare dintre părțile litigiului vor putea să cheme în judecată o altă persoană care poate pretinde aceleași drepturi ca și reclamantul. În consecință, intervenientul forțat va putea avea doar poziția procesuală de reclamant, nu și de pârât. În întâmpinarea acestei dezbateri vine și doctrina NCPC potrivit căreia, terțul introdus în judecată în calitate de intervenient forțat nu poate fi obligat prin hotărârea judecătorească la pretențiile reclamantului; în altă ordine de idei, el nu poate fi cel „obligat” în raportul juridic dedus judecății și să pretindă aceleași drepturi ca reclamantul. Așadar, chemarea în judecată a altor persoane poate fi folosită doar pentru a introduce o persoană în proces în poziția procesuală a reclaman-

---

<sup>65</sup> Pentru detalii ample referitoare la solidaritatea dintre codebitorii solidari și la dreptul de regres, a se vedea L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, pp. 559-561.

<sup>66</sup> Jud. Buftea, sent. pen. nr. 158 din 5 noiembrie 2007; Jud. Ploiești, dec. nr. 2079 din 16 octombrie 2007; C. Ap. București, S. a VI-a com., dec. nr. 1128 din 23 iunie 2003.

tului, nu și a pârâtului<sup>67</sup>. Cu toate acestea, în mod distinct, este reglementată intervenția forțată atunci când este solicitată, din oficiu, de către instanță; așadar, potrivit art. 78, alin. (1) NCPC, „judecătorul va putea dispune din oficiu introducerea în cauză a altor persoane, chiar dacă părțile se împotrivesc”. Mai departe, textele art. 78-79 NCPC nu exclud posibilitatea introducerii forțate a unui alt pârât în proces și chiar obligarea acestuia în solidar cu pârâtul deja existent. În măsura în care părțile se opun la introducerea terțului, instanța va putea respinge acțiunea<sup>68</sup>, motiv pentru care nu este în interesul reclamantului cel puțin să se opună la intervenția forțată.

Putem observa că în situația în care chemarea în judecată este solicitată din oficiu de către instanța de judecată, potrivit art. 78 și urm. NCPC, legiuitorul nu mai face distincția între reclamant și pârât, precizând chiar că cererea de chemare în judecată a altor persoane poate viza și introducerea forțată a unui pârât în proces. Mai mult decât atât, intervenția forțată a asiguratului în proces, prevăzută de art. 54 din Legea nr. 136/1995 este un caz de introducere forțată, potrivit art. 78 și urm. NCPC<sup>69</sup>, și nu un caz de intervenție forțată prevăzută de art. 68-71 NCPC, în care nu poate fi introdusă în proces o persoană în „poziția procesuală” de pârât. În consecință, instanța de judecată are posibilitatea de a pune în discuție, din oficiu, introducerea în proces a unei alte persoane care va avea calitatea de reclamant sau pârât<sup>70</sup>, după consultarea părților din dosar. În măsura în care părțile nu se opun la intervenția forțată, din punctul nostru de vedere va putea fi introdus terțul în proces în „poziția procesuală” de pârât, alături de celălalt sau ceilalți pârâți<sup>71</sup>. În concluzie, în această situație, hotărârea judecătorească care se pronunță în cauză poate condamna pârâții (inclusiv terțul introdus forțat) în solidar la plata despăgubirilor față de reclamant, dacă izvorul solidarității se identifică în aceeași faptă civilă delictuală, potrivit art. 1382 NCC.

---

<sup>67</sup> A se vedea M. Tăbărcă, *Drept procesual civil*, vol. I, *Teoria Generală*, conform noului Cod de procedură civilă, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 376.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 402, pct. 293.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pct. 294.

<sup>70</sup> Din faptul că terțul poate să săvârșească acte procesuale de dispoziție asemenea unui reclamant sau pârât, s-ar putea considera că el dobândește calitatea de reclamant sau pârât – pe care trebuia, practic, să o aibă de la începutul procesului –, iar nu de intervenient. Totuși, pentru a evidenția modul în care acesta a devenit parte în judecată, pentru a-l deosebi de cei introduși forțat în proces în condițiile art. 68-77 C. pr. civ., și ținând cont și de art. 79 C. pr. civ., care se referă la „cel introdus în proces”, socotesc că terțul va dobândi calitatea de „introdus în proces”. A se vedea *ibidem*, p. 410, pct. 311.

<sup>71</sup> Potrivit art. 59 NCPC: „Mai multe persoane pot fi împreună reclamante sau pârâte dacă obiectul procesului este un drept ori o obligație comună, dacă drepturile sau obligațiile lor au aceeași cauză ori dacă între ele există o strânsă legătură”. Textul art. 59 consacră situația litisconsorțiului procesual activ sau pasiv. Conchidem că aceste dispoziții legale se aplică și situației în care trebuie introdusă o terță persoană în proces alături de pârât în conformitate cu art. 78 și urm. NCPC; cu alte cuvinte, odată introdus terțul în proces în „poziția procesuală” de pârât vom fi în prezența unui litisconsorțiu procesual pasiv. În consecință, în opinia noastră, câtă vreme pentru soluționarea procesului este nevoie ca mai multe persoane să stea în judecată în calitate de pârât, înseamnă că hotărârea judecătorească poate obliga toți pârâții sau pe unii dintre ei la pretențiile reclamantului. A se vedea *ibidem*, pp. 406-407, pct. 299 și 302, precum și *ibidem*, pp. 331-338 referitor la litisconsorțiu și efectele acestuia.

Din nefericire, atribuirea asiguratului calității de intervenient forțat este susceptibilă de foarte multe interpretări cu toate că, spunem noi, în situația prevăzută de art. 54 din Legea nr. 136/1995, coroborată cu art. 78 și urm. NCPC s-ar putea chema în judecată atât asiguratorul, cât și asiguratul pentru a se ajunge la condamnarea în solidar a lor la plata despăgubirilor către victimă, întrucât izvorul solidarității este același – fapta ilicită delictuală, constând în accidentul cauzat de asigurat. Așadar, în opinia noastră, contrar jurisprudenței recente în materia asigurărilor, instanțele sunt abilitate să oblige în solidar asiguratorul și asiguratul la plata despăgubirilor, motiv pentru care încurajăm formularea cererilor de chemare în judecată și împotriva asiguratului, odată cu asiguratorul, făcându-se mențiunea că introducerea forțată a acestuia urmează a fi făcută în conformitate cu prevederile art. 78 și urm. NCPC.

În fine, indiferent că este solicitată de părți sau de către instanță din oficiu considerăm că, în situația particulară prevăzută de art. 54 din Legea nr. 136/1995, instanțele de judecată vor merge pe aceeași practică recentă unitară în sensul de a exonera asiguratul de la plata despăgubirilor. Tocmai de aceea propunem modificarea textului art. 54 din Legea nr. 136/1995 în sensul înlăturării calității de intervenient forțat a asiguratului și atribuirii calității de pârât, alături de asigurator.

Doctrina franceză, mai înțeleaptă în ceea ce privește răspunderea asiguratorului, a apreciat că temeiul acțiunii directe, fundamentat în art. L. 124-3 din Codul Francez al asigurărilor, este reprezentat de dreptul tertului lezat la despăgubire, în numele legii, întărind astfel noțiunea de acțiune directă; mai mult decât atât dreptul victimei este întemeiat totodată pe indemnizația de asigurare, respectiv obligația de a repara prejudiciul cauzat acesteia, fără a suporta concursul celorlalți creditori ai asiguratului.

Așadar, în dreptul francez principiul autorității prevalează, raportat la o presupusă recunoaștere a unei stipulații pentru altul, contractul fiind redus chiar la un simplu instrument al ordinii publice<sup>72</sup>. Nu în ultimul rând, acțiunea directă se întemeiază pe principiul reparării prejudiciului victimei, dar se exercită împotriva asiguratorului care nu a fost responsabil personal de producerea prejudiciului, dar este debitorul unei garanții derivate din contractul de asigurare.

## IV. Concluzii

În cazul asigurării de răspundere civilă în general și al asigurării de răspundere civilă obligatorie auto în special există prevăzută o acțiune directă a victimei păgubite împotriva asiguratorului întemeiată pe prevederile art. 2224 NCC, coroborate cu art. 54 din Legea nr. 136/1995 și prevederile Normei 23/2014; izvorul acțiunii directe este legea. De asemenea, existența acțiunii directe este întărită de prevederile art. 2226 NCC, coroborat cu art. 55, alin. (2) din Legea nr. 136/1995, care prevăd că „despăgubirile nu vor putea fi urmărite de creditorii asiguratului”, iar „terța persoană prejudiciată nu va suporta concursul creditorilor asiguratului și nici eventuala sa insolvență”.

În opinia noastră, acțiunea directă creează o legătură între victimă, în calitate de creditor al obligației de reparație a prejudiciului de natură delictuală, și asigurator, în

<sup>72</sup> B. Bernard, *Droit du contrat d'assurance*, PUF, Paris, 1999, pp. 418-419.

calitate de subdebitor și debitor al obligației de plată a indemnizației de natură contractuală (raportat la contractul încheiat cu asiguratul, autorul producerii riscului asigurat) și debitorul principal sau intermediar<sup>73</sup>.

Dacă victima poate formula o acțiune directă împotriva asigurătorului pentru a i se plăti despăgubirea în urma producerii riscului asigurat, acțiunea pe care o formulează asigurătorul, atunci când se subrogă în drepturile asiguratului, nu poate fi calificată ca o acțiune directă (încadrându-se în prevederile art. 2210 NCC referitor la subrogarea asigurătorului în drepturile asiguratului) din următoarele considerente:

În situația răspunderii civile auto, victima păgubită se poate îndrepta împotriva asigurătorului de răspundere civilă obligatorie auto RCA al persoanei vinovate de producerea accidentului, însă poate opta să solicite despăgubirile de la asigurătorul său facultativ CASCO. În această situație din urmă, odată cu achitarea despăgubirilor, asigurătorul CASCO se subrogă în toate drepturile asiguratului, având o acțiune în regres împotriva asigurătorului RCA al persoanei responsabile de producerea accidentului pentru recuperarea despăgubirii<sup>74</sup>.

Subrogația presupune preluarea situației asiguratului de către asigurător cu drepturile aferente acesteia, motiv pentru care acțiunea formulată de asigurător împotriva terței persoane responsabile de producerea accidentului este aceeași pe care ar fi formulat-o asiguratul împotriva persoanei responsabile, nefiind vorba de o acțiune directă, ci de o acțiune în răspundere civilă delictuală, respectiv în răspundere pentru fapta proprie întemeiată pe prevederile art. 1349 NCC.

## V. Alte propuneri de lege ferenda

Într-o eventuală nouă reglementare, propunem revenirea la prevederile art. 57 din vechea reglementare a Legii nr. 136/1995, astfel încât prin acțiunea directă îndreptată împotriva asigurătorului, fie că este vorba de asigurare de răspundere civilă obligatorie auto sau profesională, să se poată solicita obligarea acestuia în solidar cu asiguratul la plata despăgubirii convenite victimei, izvorul solidarității regăsindu-se în prevederile art. 1382 NCC. De asemenea, propunem introducerea unei reglementări exprese a fundamentului dreptului victimei de a se îndrepta împotriva asigurătorului de răspundere civilă, în cadrul secțiunii răspunderii civile delictuale din NCC, întrucât o atare reglementare ar ușura formularea și încadrarea în drept.

În ceea ce privește reglementarea actuală a acțiunii directe a victimei împotriva asigurătorului de răspundere civilă obligatorie, luând în considerare viziunea noastră de practicieni, considerăm că o reglementare unitară a condițiilor de exercitare a acesteia în cadrul NCC ar fi oportună, facilitând practicienilor posibilitatea de analiză și de promovare. Din acest punct de vedere, propunem menținerea reglementării actuale din art. 2223-2226

<sup>73</sup> C. Fircă, *Excepții de la principiul relativității efectelor contractului*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 217.

<sup>74</sup> I. Sferdian, *Asigurări, Privire specială asupra contractului de asigurare din perspectiva Codului Civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2013. p. 248.

NCC, cu introducerea expresă a condițiilor de exercitare ale acțiunii împotriva asigurătorului de răspundere civilă aflate în Legea nr. 136/1995.



---

*Secțiunea Drept public*

---





# Criminalitatea orientată spre profit. Analiză criminologică sau economică?\*

Lect. univ. dr. Flaviu CIOPEC\*\*

Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

## Abstract

*Within the structure and dynamics of present crimes, there stands out the species of profit-driven crimes. This is no recent criminological concern, but is rather known as an elementary category of the criminal phenomenon. Despite this, the relevance that this type of crime has within organized crime groups entails new reasons for its research, as well as perspectives that have not been approached by traditional methods. The present study aims at analyzing the changes in form that profit-driven crimes have had along their evolution, starting from what has been called predatory crimes, passing through enterprise crimes and up to what today is called, by a less fortunate choice of terms, commercial crimes. It seems that a new perspective in the matter is necessary, since criminology may have reached its limits in an effort to rationalize the phenomenon. A legitimate question therefore arises: is criminology the best way to study this type of crimes or should it (nobly) give way to another approach? The first science to qualify for a different perspective seems to be the economics. The article displays the reasons for which such a vision is able to bring extra-understanding in a field which is vital for the consistent development of current society.*

**Keywords:** *profit-driven crimes; criminological approach; predatory crimes; enterprise crimes; commercial crimes*

---

\* Acknowledgment: Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/133255, proiect strategic ID 133255 (2014), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

\*\* Cercetător postdoctoral în cadrul proiectului „Burse Universitare în România prin Sprijin European pentru Doctoranzi și Post-doctoranzi”, ID 133255; flaviu.ciopec@e-uvt.ro.

**Rezumat**

În structura și dinamica fenomenului criminal actual se individualizează specia criminalității orientate spre profit. Aceasta nu a intrat recent în preocupările criminologice, fiind cunoscută ca una dintre categoriile elementare ale fenomenului infracțional. Cu toate acestea, relevanța pe care acest tip de criminalitate o deține în cadrul grupurilor criminale organizate imprimă motive noi de studiu și perspective neabordate în mod tradițional. Studiul își propune să urmărească mutațiile produse în legătură cu formele pe care criminalitatea orientată spre profit le-a avut în cursul evoluției sale, plecând de la ceea ce am numit criminalitatea de rapt (predatory), trecând prin criminalitatea de tip antreprenorial (entreprise) și până la ceea ce azi se numește, cu un termen nu tocmai fericit, criminalitatea afacerilor (commercial). O nouă perspectivă în materie pare a fi necesară, întrucât criminologia pare a-și fi atins limitele în efortul de a raționaliza fenomenul. Se naște o interogație legitimă: mai este criminologia cea mai bine plasată în raport cu studiul acest tip de criminalitate sau ar trebui să cedeze (nobil) locul unei alte abordări? Prima știință ce s-ar califica imediat pentru a propune o altă perspectivă pare a fi economia. Studiul urmărește argumentele pentru care o asemenea viziune este capabilă să aducă un plus de comprehensiune într-o materie vitală pentru dezvoltarea durabilă a societății actuale.

**Cuvinte-cheie:** criminalitate orientată spre profit, abordare criminologică, abordare economică, criminalitate de rapt, criminalitate antreprenorială, criminalitate de afaceri

A devenit un lucru obișnuit a afirma că una dintre problemele reale ale politicii penale actuale este modalitatea de control a crimei organizate. Crima organizată a devenit atât de virală încât a ajuns o amenințare la adresa siguranței naționale. Procesul prin care acest fapt a ajuns să fie o realitate indeneșabilă a vieții contemporane este relativ simplu. Criminalitatea a început să se organizeze și să se conducă ca un business. Aplicarea principiilor de afaceri în materie criminală pare o inovație remarcabilă. Despre Mayer Lansky se spunea că dacă nu ar fi fost implicat în afaceri criminale, ar fi ajuns în conducerea restrânsă de la General Motors.

Trecerea de la banditism la organizarea pe scară largă a criminalității este un fapt a cărei importanță este fie neînțeleasă, fie subapreciată. În esență<sup>1</sup>, până recent,

<sup>1</sup> R.T. Naylor, *Towards a General Theory of Profit-Driven Crimes*, British Journal of Criminology, vol. 43, nr. 1/2003, p. 81.

criminalitatea de profit putea fi înțeleasă și studiată în sens pur criminologic, în termeni de „cine”, „ce a făcut” și „de ce”. Criminologia era în bună măsură o „știință” a criminalului (autorul faptei) și a „cauzelor” pentru care aceștia comit fapte contrare legii. Desemnarea unui criminal și a actului său era posibilă, în sfera de cercetare criminologică, numai prin raportare la legea penală. „Ce a făcut” un criminal însemna o operațiune de suprapunere a unei definiții legale, ce se găsește în codurile penale în principal, peste notele caracteristice ale unui act concret. Criminologia a participat și încă participă activ la asigurarea criteriilor de tipicitate, furnizând sistemului judiciar informații necesare pentru investigarea, urmărirea, judecarea și pedepsirea infractorilor. Criminologia este din acest punct de vedere o indispensabilă unealtă (*ancilla*) a dreptului penal represiv. Chiar și în momentul în care a apărut o schimbare de paradigmă în criminologie, prin abandonarea analizei strict etiologice, în favoarea celei dinamice ce presupune o analiză a trecerii la actul criminal, lucrurile nu s-au schimbat radical. Este adevărat că acum criminologia, în versiunea ei dinamică sau situațională, este mai mult interesată de prevenție decât de represiune, prin încercarea de identifica și controla factorii ce determină trecerea la actul criminal. Din acest punct de vedere și criminologia dinamică este atașată definiției infrațiunii din Codul penal. O fractură totală față de conceptele dreptului penal nu pare nici posibilă, nici dezirabilă.

Această stare de lucruri era și se menținea ca valabilă atât timp cât criminalitatea de profit era una de rapt comis prin violență sau înșelătorie. În catalogul juridic, faptele se numeau tâlhărie, delapidare, șantaj etc. Natura comună<sup>2</sup> a acestora consta în câteva trăsături fundamentale. În primul rând, existau subiecți pasivi facil de identificat (indivizi, instituții, companii) care au suferit o pagubă urmare a faptelor comise împotriva drepturilor și interesele lor. Ecuația era una clasică: un transgresor al legii și o victimă abrutizată sau amăgită împotriva voinței sale. Infractorul profita de vulnerabilitatea fizică sau morală a victimei și își însușea un bun. Transferul era în esență unul bilateral, involuntar și presupunea o redistribuire a bunurilor deja existente. Nu se crea nimic nou prin infrațiune. Aceasta este de altfel nota esențială a acestui tip de criminalitate. Actorii pe latura activă (infractorul) sau pasivă (victima) sunt nerelevanți, cât timp joacă roluri prestabilite.

De regulă, toate infrațiunile încadrabile în acest tip de criminalitate aveau obiect material (*objectum sceleris*), iar acesta era cel asupra căruia opera transferul forțat. Prejudiciul era ușor de cuantificat și se repara cel mai adesea prin obligarea infractorului la restituirea în natură a bunului apropiat ilicit. Echilibrul se restabilirea în numele unui principiu moral rănit și care clama măsuri reparatorii: infractorul trebuia pedepsit și bunul trebuia să se întoarcă la cel spoliat. Din punct de vedere juridic nu era nimic ambiguu în acest mecanism. Dimensiunea prejudiciilor însumate de la toate infrațiunile de profit era neglijabilă în termeni macro-economi.

Lucrurile se schimbă radical atunci când criminalitatea se organizează pe principii unei afaceri. Nu împrumută numai metodele, dar și o dimensiune economică necunoscută până

---

<sup>2</sup> R.T. Naylor, *op. cit.*, pp. 84-85.

atunci. Chestiunea prezintă o importanță esențială pentru înțelegerea fenomenului, astfel încât se impune o prezentare mai detaliată. În Statele Unite<sup>3</sup>, pentru că acolo au fost făcute primele observații, granița dintre lumea subterană a criminalității (*underworld*) și cea respectabilă (*upperworld*) era clar trasată în anii '20. Instaurarea Prohibiției a făcut să dispară delimitarea clară dintre cele două planuri. La sfârșitul ei (decembrie 1933), răul deja era făcut.

La începutul anilor '20 un val de puritanism a lovit America. Un efort concertat la nivelul societății a condus la incriminarea sau scoaterea în afara legii a prostituției, a jocurilor de noroc și a consumului de alcool. Era Prohibiției a mutat în subteran întreaga industrie satisfăcătoare de vicii. Ca o consecință, o mutație sensibilă se produce în planul criminalității. Criminalitatea a continuat să aibă interes în obținerea de profit, dar maniera în care o făcea era total diferită<sup>4</sup>.

În primul rând, transferul nu mai viza bunuri existente și nu mai presupunea doar o redistribuire a lor. Acum se crease un întreg lanț, similar unei operațiuni comerciale legitime: existau producători, finanțatori, distribuitori, vânzători cu amănuntul (*retail-eri*) de bunuri și servicii noi ce erau ilegale prin natura lor. Nu mai avem, în principal, de a face cu obiectul infracțiunii, ci cu profitul acesteia (*quaestus sceleris*). Transferul este unul multilateral și implică participarea și complicitatea consumatorilor, adică este voluntar. Din acest motiv, este greu de identificat cine sunt victimele. Sigur, se poate argumenta că societatea ca întreg este cea victimizată, practica viciului producând efecte colaterale semnificative. Societatea în rolul de victimă pare însă destul de mult o abstracțiune.

Cum „victimele” participau voluntar în lanțul de schimburi de bunuri și servicii în calitate de clienți, nu se puteau pretinde și cuantifica prejudicii. Se urma o lege imuabilă a pieței libere: cât timp există o cerere de bunuri și servicii ilegale, cineva trebuia să o satisfacă, mai ales datorită faptului că, datorită caracterului ilegal, prețul acestora a tins să se maximizeze. Maximizarea rezultă din specularea caracterului de monopol de piață de către furnizorul de produse ilegale. Profiturile cresc exponențial și sunt constante. Dimensiunea pieței negre ajunge comparabilă cu cea a economiei legitime și, într-un sens economic foarte restrâns, contribuie la creșterea produsului intern brut național. Morala nu se mai poate pretinde la fel de rănită: cetățenii cei mai respectabili sunt în același timp plătitori pentru plăcerile private din subteran. Juridic se poate acționa și aplica o pedeapsă celor ce asigură funcționarea lumii din subteran, nu de puține ori cu concursul cinic a celor ce sunt clienți fideli, dar ce decizie să se ia cu privire la toată noua bogăție ce se produce ca urmare a criminalității de tip nou? Ar trebui ea confiscată?

Este recunoscut astăzi faptul că mutația produsă este cea care a fost decisivă pentru nașterea crimei organizate. Criminalitatea a încetat să mai fie una de fapt și a încorporat o dimensiune antreprenorială. O nouă dimensiune a criminalității se naște și reclamă metode adecvate de control.

---

<sup>3</sup> S. Fox, *Blood and Power: Organized Crime in Twentieth Century America*, Penguin, New York, 1989, p. 11.

<sup>4</sup> R.T. Naylor, *Wash-out: A critique of follow the money methods in crime control policy*, Crime, Law & Social Change, vol. 32, 1999, pp. 9-10.

Distincțiile practicate mai sus sunt destul de scolastice, fără un corespondent perfect în viața reală. Astfel, în cazul criminalității de rapt relația nu este adesea strict bilaterală. Bunurile sustrate se valorifică prin intermediari, pe piața neagră, fiind incluse în circuitul subteran al cererii și ofertei ilegale. Aceasta nu schimbă, însă, în realitate configurația clasică a acestui tip de criminalitate, ce rămâne una de tip agresor-victimă. Pe de altă parte, noua criminalitate apelează adesea la tehnici vechi, violență sau fraudă, pentru a asigura fluența circuitului, dar nici acest fapt nu schimbă natura ei, chiar dacă este un indiciu că cele două categorii de criminalitate interferează. Criminalitate nouă de tip antreprenorial are ca obiectiv satisfacerea unei cereri într-o relație similară celei de pe piața liberă legitimă dintre producători/furnizori-consumatori<sup>5</sup>. Chiar dacă folosirea forței sau a escrocheriei nu este străină acestui tip de criminalitate, ele nu sunt note dominante, din simplul motiv că piața infracțională răspunde exigențelor de competitivitate. Violența și fraudă nu sunt metode prea bune de fidelizare a clienților.

Sub protecția unei moralități nechivoce, derivată dintr-un consens social solid, în cazul primului tip de criminalitate reacția socială a fost una precisă din punct de vedere juridic penal și al justiției penale. În cel de-al doilea caz, lucrurile sunt mult mai complicate. Neexistând victime care să facă plângere, reacția este una ce aparține în întregime autorităților judiciare. Urmărirea și judecarea tuturor consumatorilor de plăceri vinovate este în sine imposibilă, datorită numărului prea mare de potențiali suspecți. Cu necesitate aplicarea legii trebuie să fie una selectivă. Acolo unde nu e pur și simplu capriciu din partea oficialilor judiciari, selecția se face pe bază de criterii informale: animozitate personală, politică ori rasială sau conjuncturale – perseverența infracțională (recidivismul) ori importanța persoanei pe scena infracțională.

Societatea nu se poate declara mulțumită cu o asemenea reacție. S-a simțit nevoia apariției unei sancțiuni în arsenalul penal care să răspundă mai bine naturii noi a criminalității. Nu s-a inventat nimic nou, dar s-a dat o nouă configurație sancțiunilor existente. Dacă noua criminalitate este orientată spre profit în sensul că urmărește producerea unei bogății ce nu exista înainte, cea mai bună măsură pare a fi cea care neutralizează acest câștig. Confiscarea pare cea mai adecvată sancțiune din acest punct de vedere. Noua sancțiune ce atinge mai mult patrimoniul decât persoana este în acord cu noua filozofie penală: sancțiunile glisează dinspre autor (*in personam*) către fapte sau urmările lor (*in rem*).

În acest punct al discuției nu este lipsit de interes să verificăm în ce măsură patrimoniul este sau nu o expresie sau prelungire a personalității. Dacă da, atunci, în esență, nu s-a schimbat nimic, ci doar s-a rafinat penalitatea. Dacă atingând patrimoniul, inevitabil se aduce atingere persoanei, atunci sancțiunile au rămas strict personale. Pentru o asemenea relație pare a pleda împrejurarea că dreptul de proprietate, una dintre expresiile patrimoniului, a fost privit ca un drept fundamental al omului. Protocolul nr. 1 la Convenția europeană se referă însă la dreptul la respectul bunurilor, iar nu exact la proprietate, ceea ce include o nuanță prea puțin mai avută azi în vedere.

---

<sup>5</sup> R.T. Naylor, *From Underworld to Underground: Enterprise Crime, „Informal Sector” Business and the Public Policy Response*, Crime, Law & Social Change, vol. 24, 1996, p. 80.

Ceea ce este esențial în legătură cu apariția criminalității de tip antreprenorial este faptul că dimensiunea juridică și implicit criminologică nu mai poate fi acoperitoare pentru realitate. În condițiile în care criminalitatea este o afacere, ea generează o piață infracțională, pe care au loc schimburi economice similare unei piețe legitime. Înțelegerea fenomenului la nivel macro nu mai este posibilă fără a utiliza aportul economiei. Analiza trebuie să se schimbe din una criminologic-juridică în una criminologic-economică<sup>6</sup>.

Un avantaj al noii abordări ar consta în faptul că înțelegerea mecanismelor economice ar putea conduce și la o mai bună estimare a costurilor economice și sociale ale fenomenului. O asemenea evaluare reprezintă o bază adecvată pentru elaborarea unei politici de prevenire eficientă și chiar o rescriere a legislației penale de natură să o facă mai bine adaptată fenomenului pe care tinde să-l reprime.

Există și o a treia categorie de criminalitate orientată spre profit<sup>7</sup>. Este cea comisă de companii, antreprenori sau întreprinderi cu caracter legitim și activând legitim pe o piață legitimă, de ex. fraudă împotriva furnizorilor (bancruta frauduloasă) sau împotriva consumatorilor (frauda cu produse în afara termenului de garanție) ori exploatarea salariaților prin metode ilegale. Această criminalitate de tip comercial este atașată circuitului economic ce implică producerea și distribuirea de bunuri și servicii ce sunt prin natura lor legale. Ceea ce le imprimă caracter ilicit sunt metodele utilizate pentru producerea și distribuirea respectivelor bunuri și servicii. Mediul în care se acționează este în întregime legitim: o piață legală caracterizată prin schimburi multiple, utilizarea masivă a instrumentelor bancare, aparența de interacțiune voluntară între actorii pieții. Aparență, întrucât în realitate fraudă utilizată corupe mediul economic, generează victime (salariați, furnizori, consumatori sau chiar publicul în general, cum e cazul nerespectării regimului deșeurilor sau trucarea licitațiilor) și induce caracterul manipulant și involuntar al tranzacțiilor. De aici, nevoia de reparare a prejudiciilor suferite. Spre deosebire de criminalitatea de rapt, unde soluția era restituirea în natură a bunului spoliat, acum soluția este acordarea unor compensații bănești echivalente cu daunele suferite de victime.

Câteva observații se pot face în acest context. Prima este legată de faptul că infractorii sunt entități colective, persoane juridice, companii, întreprinderi etc. În esență, vorbim de comiterea infracțiunii de către actorii unei piețe legitime. Aspectul este relevant dacă avem în vedere criminalitatea de rapt ce era una eminentă a indivizilor sau cea antreprenorială, unde tot indivizii erau cei importanți, deși companiile erau adeseori utilizate ca vehicule, paravane sau mijloace prin care se comiteau faptele. Asistăm acum la generalizarea unei criminalități corporatiste unde indivizii nu mai sunt în prim plan. Compania a depășit în vizibilitate și a estompat indivizii. Dacă Lombroso ar trăi aceste timpuri nu și-ar mai putea denumi opera „Omul delincvent”. Piața legitimă generează ea însăși criminalitate la o scară și dimensiune comparabilă cu economia statală. Nu mai suntem în *underworld*, economia subterană de tip antreprenorial, ci în *upperworld*, dar unul corupt și viciat. Dacă aceasta este starea de fapt, atunci studiul criminalității devine

---

<sup>6</sup> R.T. Naylor, *Towards a General Theory of Profit-Driven Crimes*, British Journal of Criminology, vol. 43, nr. 1/2003, p. 82.

<sup>7</sup> R.T. Naylor, *op. cit.*, pp. 88-89.

cu necesitate unul de factură economică, întrucât nicio altă disciplină nu este mai bine plasată decât economia pentru a furniza modele de înțelegere.

A doua observație este în legătură cu metodele ilegale utilizate. Dacă în situația criminalității de rapt, aprecierea asupra ceea ce este fraudă sau violență este neechivocă, fiind clară reacția ce trebuie avută împotriva unui comportament ilegal *per se*, în cazul criminalității comerciale lucrurile sunt mai complicate. Frauda sau violența s-au rafinat, au devenit mult mai insidioase, încât este destul de greu de a face diferența față de metodele legitime. Granița dintre legal și ilegal este mult mai volatilă acum, ceea ce induce o puternică senzație de echivocitate. Astfel, tehnicile manipulatorii de marketing sau publicitatea înșelătoare aparțin domeniului fraudei sau ar trebui privite ca practici permise? Agenții de vânzări sunt antrenați să învețe că presarea unui client pentru a cumpăra, uzând de tehnici de influențare a opiniei se cheamă ajutor dat clientului pentru a lua cea mai bună decizie, iar a cere clientului să cumpere reprezintă o favoare ce se face acestuia. Cât de departe pot merge aceste practici în numele maximizării profitului? Până unde se întinde intenția legitimă de a derula afaceri și unde începe fraudă? Elucidarea acestor probleme este crucială, cât timp ele sunt determinante pentru însăși existența criminalității. A vedea sau nu o infracțiune acolo unde pare a fi doar zel antreprenorial este o chestiune structurală.

În fine, se impune a identifica și faptul că infracționalitatea de tip comercial presupune, în termeni economici, o redistribuire ilegală nu a bogăției existente ca în cazul criminalității de rapt, ci a unui venit care are toate aparențele de legalitate. O companie care își asigură un avantaj prin licitații trucate obține un venit legal, din moment ce producerea sau distribuția bunurilor și serviciilor se face potrivit regulilor pieței legitime, dat într-o manieră nelegală, prin înfrângerea principiului unei competiții reale. Veniturile sunt obținute legitim, dar nu se cuvin. Acest punct marchează o diferență netă față de criminalitatea de tip antreprenorial unde veniturile nu se cuvin datorită caracterului ilegal *per se* al bunurilor și serviciilor tranzacționate.

Echivocitatea de care aminteam persistă în privința criminalității comerciale și sub un alt aspect. Este cert că atât criminalitatea de tip antreprenorial, cât și cea comercială generează venituri. Ar trebui acestea avute în vedere în calculul produsului intern brut național? Ar fi legitimă taxarea acestor venituri? Dacă răspunsul este unul pozitiv atunci mai este legitimă menținerea caracterului criminal al activităților ce par a contribui la prosperitatea generală? Ce tip de morală ar cauționa asemenea comportamente?

Abordarea tradițională nu acceptă această viziune. Criminalitatea nu poate fi „bună” pentru că produce pierderi palpabile pentru victime, generează costuri cu sistemul judiciar și penitenciar și determină cheltuieli cu necesitatea asigurării securității bunurilor și serviciilor. Toate acestea au impact negativ asupra PIB-ului național. Cu toate acestea, există actualmente aproape generalizată practica de a estima dimensiunile economiei subterane (zona neagră), precum și a comportamentelor neloiale pe piață (zona gri) cu scopul de a avea o perspectivă globală asupra ce se întâmplă în economie. Inter-relaționarea unor concepte și abordări până recent nemiscibile poate părea pentru observatorul neavizat o problemă. În realitate, puritatea unei metode nu este relevantă în sine, ci doar dacă produce efecte cuantificabile la nivel științific. Dacă, prin schimbarea de paradigmă și aducerea în

atenție a unor aspecte triviale anterior, se obține o mai bună înțelegere a fenomenului, atunci noua metodă trebuie validată în panteonul cunoașterii. Dacă științele economice sunt capabile să producă o valoare adăugată în cunoașterea criminalității orientate spre profit, ce constituie elementul comun al criminalității organizate de pe toate meridianele, atunci poate ar trebui să recunoaștem că aceasta este mai bine plasată decât criminologia în cruciada împotriva fenomenului.

Faptul că am putea asista la o detronare a criminologiei de pe pedestalul discursului autentic și autorizat în materie de criminalitate nu ar trebui să constituie un eveniment. În definitiv, o asemenea criză nu spune altceva decât că abordarea criminologică era prea îndatorată unei conceptualizări juridice străină de realitatea faptică. Dacă fenomenul poate fi înțeles mai bine la nivel economic atunci criminologia trebuie să învețe să se inspire și să acutureze principii și metode economice. Ceea ce este în joc depășește ca responsabilitate disputa strict doctrinară a specializării cunoașterii și a taxonomiei științei. În măsura în care fenomenul criminalității organizate este un fenomen de origine economică ce se supune legilor pieței<sup>8</sup>, atunci pasul se impune a fi făcut imediat. Altfel, un mare crah infracțional ar putea să ne marcheze istoria. Dezvoltarea durabilă a societății actuale ar putea depinde esențial de aceasta.

---

<sup>8</sup> P. Reuters, *Disorganized Crime. The Economics of the Visible Hand*, Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge, 1983, p. 109.



# Problema identificării elementului subiectiv în cazul răspunderii penale a persoanei juridice. Aspecte teoretice și practice\*

Lect. univ. dr. Laura Maria STĂNILĂ\*\*  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

## Abstract

*Criminal liability of legal persons legal puts our juridical logic to the test by its difficulty in identifying the subjective element – criminal guilt. The new Criminal Code sets out in art. 135 a direct and distinct criminal liability model for legal persons, conditioned by committing the criminal deed with guilt. Since the legal person is a collective entity, non-material, created on the basis of a legal act, mental position at the time of the offense can be identified by using some of the traditional theories developed in common law system, and differently depending on the individual who commits the material act and on the situation that caused the act: if it was committed in the name, during the activity of the juridical person or in its interest.*

**Keywords:** *criminal liability, juridical person, guilt, material act, human agent, collective entity, subjective element*

## Rezumat

*Răspunderea penală a persoanei juridice pune la grea încercare logica juridică prin dificultatea identificării elementului subiectiv vinovăția. Noul Cod penal stabilește în art. 135 un model de răspundere penală directă și distinctă*

---

\* Prezentul studiu a fost prezentat în cadrul Proiectului privind relațiile dintre judecători și avocați din perspectiva Avizului nr. 16 al Consiliului Consultativ al Judecătorilor Europeni, cu prilejul Conferinței „Minoritatea. Răspunderea persoanei juridice. Infrațiuni contra înfăptuirii justiției. Aspecte teoretice și practice ale judecătorilor și avocaților în cursul procesului penal” organizată de UNBR, INPPA, Centrul Teritorial Timiș al INPPA, Baroul Arad, Baroul Timiș, Baroul Caraș-Severin, Reprezentantul României la Consiliul Consultativ al Judecătorilor Europeni, CSM și Curtea de Apel Timișoara, la data de 13 martie 2015.

\*\* [laura.stanila@e-uvt.ro](mailto:laura.stanila@e-uvt.ro)

*a persoanei juridice, condiționată de comiterea faptei penale cu vinovăție. De vreme ce persoana juridică este o entitate colectivă, non-materială, creată în baza unui act juridic, poziția sa psihică în momentul comiterii faptei poate fi identificată prin aplicarea unor teorii dezvoltate tradițional în sistemul common law, și în mod diferențiat în funcție de persoana fizică ce comite actul material și de situația care a generat comiterea faptei: în numele, în realizarea obiectului de activitate sau în interesul persoanei juridice.*

**Cuvinte-cheie:** răspundere penală, persoană juridică, vinovăție, act material, agent uman, entitate colectivă, element subiectiv

## I. Aspecte introductive privind instituția răspunderii penale a persoanei juridice

Răspunderea penală a persoanei juridice a constituit, încă de la momentul consacării sale inițiale în Codul penal anterior<sup>1</sup>, o provocare serioasă, atât pentru doctrină, cât, mai ales pentru practica judiciară. Consacrarea expresă de către legiuitorul român a acestei instituții a readus în planul dezbaterilor doctrinare teorii de mult uitate și conflicte de mult aplanate. Pe fondul consacării exprese de către legiuitorul român a instituției răspunderii penale a persoanei juridice, au reînceput confruntările cu privire la fundamentul acestei forme de răspundere, precum și cu privire la posibilele explicații privind mecanismele de angajare a răspunderii penale a unui subiect colectiv de drept<sup>2</sup>.

Doctrina penală română, încorsetată o lungă perioadă de timp în menghina principiului răspunderii penale subiective și a adagiului *societas delinquere non potest*, a fost nevoită să „abandoneze schemele logice monolitice și să ofere explicații timide privind instituția răspunderii penale a persoanei juridice”<sup>3</sup>. Evident că instrumentele de analiză au fost preluate din sistemul *common law*, sistem în care această instituție și-a dovedit eficiența în mod admirabil de mai bine de 130 de ani, oferind soluții suplă și atractive privind mecanismele de angajare a răspunderii penale a subiecților colectivi de drept. Orientat evident către eficientizarea actului de justiție prin oferirea de soluții practice în situații de speță, mai puțin aplecat către analize teoretice rigide, sistemul *common law* oferă suplețe și dinamism, remarcându-se printr-un spirit practic deosebit.

<sup>1</sup> Instituția răspunderii penale a persoanei juridice a fost introdusă în Codul penal de la 1968 prin Legea nr. 278/2006 pentru modificarea și completarea Codului penal, precum și pentru modificarea și completarea altor legi, publicată în M. Of. nr. 601 din 12 iulie 2006.

<sup>2</sup> L.M. Stănilă, *Cuvânt-înainte*, în *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. VII.

<sup>3</sup> *Idem*.

Văzute în doctrină inițial ca două sisteme ireconciliabile<sup>4</sup>, sistemul continental și sistemul common law au reușit performanța de a se apropia la modul semnificativ, mai ales în ultimele două decenii, chestiunea răspunderii penale a persoanei juridice fiind unul dintre elementele care au constituit liantul acestei apropieri. Atât din punct de vedere calitativ, cât și din punct de vedere cantitativ, infraționalitatea persoanei juridice acoperă aria cea mai semnificativă a infraționalității în cadrul societății, constituind, în opinia unui autor, drept cel mai important subiect dezbătut în dreptul penal la momentul actual<sup>5</sup>.

Puterea crescândă a marilor corporații<sup>6</sup> vine la pachet cu o răspundere socială și juridică echivalentă iar principiul *neminem laedere* se aplică și în cazul persoanelor juridice.

## II. *Nulla poena sine culpa* și compatibilitatea sa cu răspunderea penală a persoanei juridice

Dreptul penal modern, fundamentat pe ideile școlii clasice, a creat aproape o dogmă din fundamentarea răspunderii penale pe vinovăția făptuitorului, concepută ca o atitudine cognitiv-volitivă față de fapta săvârșită și valorile sociale lezate prin săvârșirea acesteia<sup>7</sup>.

Problematica principiului vinovăției trebuie analizată atât din perspectiva dreptului penal comparat pentru ca, după prezentarea dispozițiilor legale ale diferitelor legislații naționale privind elementul subiectiv al infracțiunii, să încercăm o aplicare a acestuia la răspunderea penală a persoanei juridice consacrată în dreptul penal român, pentru a vedea dacă și în ce mod acest principiu este compatibil cu instituția răspunderii penale a entităților colective.

Evoluția principiului răspunderii penale bazate pe vinovăție a influențat în mod direct instituția răspunderii penale a persoanei juridice și a acceptării sale în legislația diverselor state. Greutatea și absolutizarea acestui principiu în cadrul unor legislații penale a constituit, în opinia noastră, principala piedică în consacrarea instituției răspunderii penale a persoanei juridice.

Rezultatele cercetărilor de drept comparat realizate de cele mai diverse instituții și, printre altele, cu ocazia diferitelor studii lansate de Comisia Europeană ajung la constatarea generală că toate **sistemele penale naționale** manifestă o atenție sporită față de problematicile legate de principiul vinovăției, prin prisma relației dintre respectarea deplină a acestui principiu, sub toate aspectele sale, și modelul statului de drept<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> R. Hefendehl, *Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western Legal Systems*, în Buffalo Criminal Law Review, vol. 4, nr. 1/1999, p. 283, disponibil și online la [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/4\(1\)/hefehndehlpdf.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/4(1)/hefehndehlpdf.pdf).

<sup>5</sup> B. Schünemann, *Plädoyer zur Einführung einer Unternehmensuratel*, apud R. Hefendehl, *op. cit.*, p. 284.

<sup>6</sup> C.M.V. Clarkson, *Corporate Culpability*, în *Web Journal of Current Legal Issues*, 1998, p. 2, online la <http://webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue2/clarkson2.html>.

<sup>7</sup> V. Pașca, R. Mancaș, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Universitas Timisiensis, Timișoara, 2002, p. 412.

<sup>8</sup> R. Sicurella, „*Nulla poena sine culpa*”: un véritable principe commun européen, în *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nr. 1/2002, p. 15.

Nu este doar cazul Germaniei, Italiei sau, relativ recent, al Spaniei (de la modificările Codului din 1983), țări în care reflecția pe marginea subiectului are loc de mai mulți ani; de fapt, se înregistrează o evoluție importantă și în cazul sistemelor care, de-a lungul timpului, au fost considerate ca fiind mai puțin sensibile și riguroase în privința exigențelor pe care le implică principiul vinovăției, precum Franța sau Marea Britanie.

Sistemul penal francez, de exemplu, se caracteriza, conform Codului din 1810, prin prezența unui mare număr de ipoteze de răspundere obiectivă, iar jurisprudența Curții de Casație, al cărei model a fost preluat de doctrină, a conceput chiar o categorie generală de infracțiuni – „infracțiunile materiale” –, în cazul cărora culpa, cerință formală, se prezumă<sup>9</sup>. Prin adoptarea Codului din 1994, deși persistă o serie de anomalii semnificative în ceea ce privește latura subiectivă a infracțiunii (se păstrează răspunderea obiectivă pentru categoria contravențiilor), sistemul francez nu doar asigură un nivel de protecție a principiului vinovăției, fără îndoială superior celui garantat anterior, dar pare a se situa într-o perspectivă dinamică de evoluție continuă a gradului de protecție a acestui principiu.

În privința Marii Britanii, deși există și astăzi ipoteze semnificative de *strict liability*, doctrina cea mai recentă își pune problema tot mai mult în legătură cu avantajele acestei forme de răspundere și, în același timp, raționamentul judecătorilor, într-un număr tot mai mare de decizii, trimite mai degrabă la forme de neglijență decât la tipuri de răspundere absolut obiectivă. Se poate afirma astfel, din perspectiva anumitor autori, că discuțiile referitoare la dreptul penal pot fi definite în Marea Britanie – ca în celelalte sisteme străine – „drept o dezbatere obiectiv vs. subiectiv”, care devine tot mai mult „o dezbatere obiectiv tinzând spre subiectiv”<sup>10</sup>.

În Marea Britanie, unde, deși reflecțiile cu privire la legătura dintre intervenția represivă penală și caracterul condamnat al comportamentului sunt fără nicio îndoială prezente în doctrină și în jurisprudență și, totodată, ținând seama și de particularitățile acestui sistem, expresia *mens rea* pare să indice elementul moral al infracțiunii în sens strict<sup>11</sup>. În plus, această expresie, în utilizarea ei tradițională, privește doar dolul și *recklessness*, în timp ce neglijența și *strict liability* nu sunt incluse în ea.

În opinia unei autoare, nu este doar o întâmplare că întâlnim mai multe dificultăți în a recunoaște răspunderea persoanelor juridice în aceste sisteme în care componenta „judecării de valoare” este mai dezvoltată<sup>12</sup>. În fapt, este dificil de a concepe, în legătură cu o persoană juridică, o voință unitară care să facă obiectul unei judecări de reprobare și, mai ales, este dificil de transpus persoanei juridice finalitatea de reeducare a pedepsei.

În sisteme penale precum cel al Marii Britanii, Franței sau Olandei, chestiunile legate de elementul moral al infracțiunii au fost mai puțin dezvoltate și teoretizate, astfel că răspunderea penală a persoanei juridice exista deja de mai mulți ani sau a fost recent adoptată fără a prea multe chestiuni teoretice și juridice de rezolvat (cazul Franței).

<sup>9</sup> R. Sicurella, *op. cit.*, p. 17.

<sup>10</sup> R. Sicurella, *op. cit.*, p. 18.

<sup>11</sup> M.J. Allen, *Criminal Law*, Blackstone Press Limited, London, 1997, p. 89.

<sup>12</sup> R. Sicurella, *op. cit.*, p. 32.

Principiul vinovăției este privit ca „element fundamental” și în ordinea juridică comunitară<sup>13</sup>, fiind evident că introducerea instituției răspunderii penale a persoanei juridice în dreptul penal român în 2006 se datorează și presiunilor exterioare ale Uniunii Europene desfășurate în scopul armonizării legislației naționale cu legislația europeană, atât din perspectiva supra-națională, cât și din perspectiva dreptului comparat.

Din acest punct de vedere, compatibilitatea răspunderii penale a persoanei juridice cu principiul *nulla poena sine culpa* apare ca necesară și chiar inevitabilă. Însă atribuirea unei stări mentale culpabile, cerință a existenței infracțiunii, unei entități artificiale non-umane<sup>14</sup> este oare posibilă? Soluțiile doctrinare actuale propun rezolvarea acestei probleme fie prin identificarea elementului subiectiv în poziția psihică a membrilor persoanei juridice, fie prin identificarea sa în însăși persoana juridică, urmând două mari modele de atribuire a acestui element persoanei juridice: **modelul antropomorfic**, potrivit cu care răspunderea penală a persoanei juridice este angajată potrivit aceluiași mecanisme ca în cazul persoanei fizice, și **modelul constructivist**, potrivit căruia persoana juridică are o viață proprie, o voință proprie, de unde rezultă și posibilitatea neîngrădită în a-i atribui stări mentale specifice infracțiunilor.

### III. Prezența elementului subiectiv în cazul infracțiunilor comise de persoana juridică. Dificultăți privind imputabilitatea psihică a faptei

Fără a trece cu vederea dificultatea teoretică de a atribui o stare mentală culpabilă unei entități artificiale non-umane<sup>15</sup>, putem identifica la momentul de față **trei curențe doctrinare** cu privire la prezența elementului subiectiv al infracțiunii în cazul persoanei juridice:

a) un prim curent doctrinar propune căutarea și identificarea elementului subiectiv al persoanei juridice în poziția psihică a membrilor corporației – teoria identificării;

b) un al doilea curent recunoaște existența unui element subiectiv propriu al persoanei juridice, distinct de cel al indivizilor umani care o compun (cu variantele antropomorfe – teoria răspunderii pentru fapta altuia, teoria cumulului de culpe, teoria *alter ego* – și variantele constructiviste – teoria culturii corporatiste, a ethosului, a răspunderii penale constructive sau a testului de rezonabilitate);

c) un curent conservator care afirmă că în cazul persoanelor juridice nu există element subiectiv – temeiul răspunderii penale a persoanei juridice fiind unul obiectiv, care se sprijină pe teoria garanției sau a riscului în activitate, pe care le întâlnim în unele cazuri ale răspunderii civile delictuale. Acest temei a fost abandonat cu fermitate de doctrina actuală.

<sup>13</sup> L.M. Stănilă, *op. cit.*, pp. 16-20.

<sup>14</sup> G. Ferguson, *Corruption and Criminal Liability*, p. 7, disponibil online la <http://www.icclr.law.ubc.ca/Publications/Reports/Ferguson G.PDF>.

<sup>15</sup> G. Ferguson, *op. cit.*, p. 7.

Potrivit principiului general de drept penal, pentru ca o infracțiune să atragă răspunderea penală a făptuitorului său, este necesar ca acesta **să fi acționat cu forma de vinovăție cerută de lege**. Maxima *actus non facit reum nisi mens sit rea* trasează direcția generală în angajarea răspunderii penale ca instituție de drept penal<sup>16</sup>. De la principiul răspunderii penale bazate pe vinovăție nu există decât câteva excepții și acestea doar în sistemul *common law* pentru așa-numitele *statutory offences* și *regulatory offences*. În plus, tot în sistemul *common law* mai este consacrat un principiu al contemporaneității actului material cu vinovăția, adică, în momentul în care se comite actul material, elementul subiectiv – *mens rea* – trebuie să existe.

**În sistemul common law, mens rea** reprezintă elementul subiectiv al infracțiunii și își are originea în termenul latin *mens* (minte, gândire, conștiință), atribut al omului, de aici și reticența utilizării sale în cazul persoanei juridice. Adepții teoriei ficțiunii au susținut că persoana juridică, ca entitate colectivă, nu poate avea o conștiință proprie, distinctă de a membrilor săi.

Această concepție se întâlnește și astăzi în sistemul francez și a fost preluată și în proiectul *Corpus Juris*<sup>17</sup>. Art. 121-2 C. pen. fr. statuează că „persoanele juridice (...) răspund penal (...) pentru infracțiunile comise în contul lor de organele sau reprezentanții lor”. Doctrina franceză de specialitate vorbește despre o „**răspundere prin ricoșeu**” (*responsabilité par ricoché*) pentru a descrie mecanismul angajării răspunderii penale a persoanei juridice. Astfel, trebuie parcurse două etape în acest sens. Într-o primă etapă, trebuie dovedită răspunderea penală a persoanei fizice implicate, apoi trebuie analizată legătura persoanei fizice cu persoana juridică. În dreptul francez nu este necesară dovedirea vinovăției persoanei juridice. Atunci când *le élément matériel (actus reus)* și *le élément morale (mens rea)* sunt stabilite cu privire la persoana fizică implicată, „trebuie dovedite apoi cauza și efectul relației dintre comiterea infracțiunii și activitatea realizată în contul persoanei juridice”. Nu este necesară dovedirea culpabilității persoanei juridice<sup>18</sup>.

La polul opus se situează sistemele american, englez, australian, canadian, finlandez sau olandez, care **fundamentează răspunderea penală a persoanei juridice pe elementul subiectiv – mens rea**. Aceste sisteme pot fi grupate în două categorii, în funcție de modelul acceptat pentru angajarea răspunderii penale a persoanei juridice: antropomorfic și organizațional.

**Modelul antropomorfic** creează o paralelă între mecanismul de angajare a răspunderii penale a persoanei juridice cu cel al persoanei fizice. Cele mai cunoscute dintre teoriile antropomorfe sunt teoria identificării și teoria culpei colective. Esența acestor teorii rezidă în faptul că actele organelor de conducere ale persoanei juridice se confundă cu actele persoanei juridice înseși, iar forma de vinovăție a persoanei fizice „se proiectează” asupra persoanei juridice, fie în mod direct (teoria identificării), fie prin însumarea culpelor membrilor implicați (teoria culpei colective sau a agregăției).

<sup>16</sup> D. Holler Branco, *op. cit.*, p. 140.

<sup>17</sup> C. de Maglie, *op. cit.*, p. 555.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 556.

**Modelul organizațional** este mai modern, în sensul că elementul psihic este analizat în strânsă legătură cu conceptele de *cultură corporativă* sau *ethos corporativ*<sup>19</sup> întâlnit ca leitmotiv în cadrul modelelor holiste și constructiviste de angajare a răspunderii penale a persoanei juridice<sup>20</sup>. Ideea generală care transcende teoriile organizaționale holiste se referă la faptul că elementul subiectiv – *mens rea* – trebuie căutat în interrelația dintre structura organizațională și fapta culpabilă săvârșită de persoana fizică membră a persoanei juridice. Astfel, fapta respectivă reflectă cultura corporativă, așteptările, obiceiurile, regulile și moravurile existente în cadrul persoanei juridice și reprezintă în același timp consecința conduitei structurii decizionale care a ordonat, permis, tolerat în mod neglijent sau nu a luat în mod culpabil măsurile necesare în vederea prevenirii sale<sup>21</sup>.

O variațiune a acestor teorii o reprezintă **teoria culpei în prevenție** (*preventive fault model of criminal culpability*), potrivit cu care persoana juridică îndeplinește elementul subiectiv și, deci, răspunde penal în toate cazurile în care nu reușește să prevină un act ilicit. Cauzele acestui eșec în prevenție pot fi multiple: fie nu s-a reușit să se implementeze un sistem eficient de monitorizare și control al angajaților, fie se perpetuează o politică ce tolerează încălcările legii de către angajați, prin neluarea măsurilor prompte și adecvate de sancționare a acestora. *US Sentencing Guidelines* vorbește despre „eșecul în a lua măsuri rezonabile de prevenire sau descoperire a conduitelor criminale”<sup>22</sup>. O variantă a teoriei culpei în prevenție este **teoria culpei în organizare**, persoana juridică fiind responsabilă pentru infracțiunile comise de membrii săi datorită faptului că aceasta și membrii organelor sale de conducere nu au luat măsurile necesare pentru a garanta desfășurarea unei activități ordonate și licite<sup>23</sup>. Adepții teoriei culpei în organizare merg mai departe și afirmă că, în cazul persoanei juridice, se poate vorbi de o pre-culpabilizare a persoanei juridice în determinarea condițiilor de producere a unei infracțiuni viitoare, persoana juridică făcându-se vinovată de *omissio libera in causa omittere*<sup>24</sup>, prin aceea că a omis să creeze condițiile necesare derulării activității și prin aceasta a favorizat producerea infracțiunii.

Doctrina spaniolă, plecând de la prevederile ambigue ale Codului penal spaniol<sup>25</sup>, propune **teoria delictului persoanei juridice**, potrivit cu care, în cazul în care o persoană

<sup>19</sup> Asupra conceptelor de *cultură corporativă* și *ethos corporativ*, a se vedea L.M. Stănilă, *op. cit.*, pp. 70-71, 147-148, 153-154.

<sup>20</sup> Cu privire la curentul holist, a se vedea *supra*, capitolul al IV-lea, secțiunea a 4-a din prezenta lucrare.

<sup>21</sup> P.H. Bucy, *op. cit.*, p. 1101.

<sup>22</sup> *Failing to take reasonable steps to prevent or detect criminal conduct.*

<sup>23</sup> K. Tiedemann, citat de S. Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 171-172.

<sup>24</sup> A. Alamo, citat de A. Cuadrado Ruiz, *op. cit.*, p. 134.

<sup>25</sup> Codul penal spaniol nu consacră explicit răspunderea penală a persoanei juridice, dar prevede la art. 129 o serie de sancțiuni specifice aplicabile persoanei juridice, denumite ambiguu consecințe accesorii – *consecuencias accesorias*. Aceste sancțiuni au fost calificate diferit în doctrina spaniolă, unii autori apreciind că sunt pedepse, alții că sunt măsuri de siguranță, iar alții o nouă categorie de sancțiuni aplicabile doar în cazul delictelor. Întrucât nu există în legislația spaniolă alte prevederi penale cu referire directă la persoana juridică, doctrina spaniolă a făcut eforturi să justifice aceste sancțiuni și să fundamenteze răspunderea penală a persoanei juridice prin teoria delictului.

juridică este implicată într-un fel sau altul în săvârșirea unei infracțiuni, sunt incidente două prezumții legale:

– în plan obiectiv, prezumția de intervenție a unei persoane fizice desemnate de persoana juridică ce acționează în numele sau în interesul acesteia, în limitele statutare;

– în plan subiectiv, prezumția de existență a dolului sau cel puțin a unei culpe *in vigilando* sau *in eligendo* (relevante doar dacă delictul este susceptibil a fi comis prin imprudență)<sup>26</sup>.

Este evident că doctrina spaniolă, încorsetată de dispozițiile lacunare și ambigue ale Codului penal spaniol, a trebuit să se adapteze situației create prin prevederea în noul Cod penal spaniol a construcției *consecuencias accesorias* ca sancțiuni aplicabile persoanei juridice, fiindu-i imposibilă abordarea într-o altă manieră a problemei imputabilității psihice a faptei penale unei persoane juridice.

Cel mai simplu mod de a atribui elementul psihologic persoanei juridice îl reprezintă, din punctul nostru de vedere, abordarea acestei chestiuni prin prisma **teoriei normative a vinovăției**. Această soluție extrem de eficientă, care reușește să evite „hățișurile psihologice”, a fost propusă și în literatura de specialitate<sup>27</sup>. Astfel, potrivit teoriei normative, vinovăția nu este o realitate psihologică, ci un concept normativ ce exprimă un raport de contrarietate între voința subiectului și norma de drept, ea îmbrăcând forma unui reproș etic față de autorul care nu a acționat în conformitate cu legea, reproș care semnifică și o dezaprobare a conduitei agentului care, deși ar fi putut acționa în mod licit, a optat pentru o conduită contrară ordinii juridice. Vinovăția nu mai apare ca o categorie care include intenția și culpa, aceste elemente fiind incluse în latura obiectivă a infracțiunii, ca elemente care caracterizează și explică acțiunea. Vinovăția este deci, potrivit teoriei normative, un concept autonom, fără conținut psihic, perfect adaptabil instituției răspunderii penale a persoanei juridice<sup>28</sup>.

Ideea a fost preluată și de doctrina română, care a găsit această soluție seducătoare, pentru faptul că, „așa fiind, vinovăția persoanei juridice ar fi mult mai ușor de conciliat cu ideea de culpabilitate normativă, care nu mai impune analiza unei multitudini de aspecte de factură psihică, ci doar constatarea, pe de o parte, a unei acțiuni contrare legii ce întrunește elementele prevăzute de norma de incriminare, iar, pe de altă parte, constatarea faptului că persoana juridică ar fi putut acționa conform dispozițiilor legale”<sup>29</sup>.

#### **IV. Reglementarea instituției răspunderii penale a persoanei juridice în Noul Cod penal și identificarea elementului subiectiv al infracțiunii în cazul persoanei juridice**

<sup>26</sup> J.L. de la Cuesta Arzamendi, *Un nueva línea de intervención penal...*, pp. 72-73; Z. Espinar, citat de J.L. de la Cuesta Arzamendi, *Personas jurídicas, consecuencias accesorias...*, p. 978.

<sup>27</sup> S. Bacigalupo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, p. 132.

<sup>28</sup> G. Antoniu, *Vinovăția penală*, Ed. Academiei, București, 2002, pp. 27-38.

<sup>29</sup> Fl. Streteanu, R. Chiriță, *op. cit.*, p. 58.



Legiuitorul Codului penal anterior a preluat, în cuprinsul art. 19<sup>1</sup>, modelul francez, statuând că „*persoanele juridice (...) răspund penal pentru infracțiunile săvârșite în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice, dacă fapta este comisă cu forma de vinovăție cerută de lege*”, similitudinea cu concepția franceză fiind evidentă. Astfel, suntem de părere că pe perioada cuprinsă între momentul introducerii instituției răspunderii penale a persoanei juridice în dreptul penal român (anul 2006) și momentul intrării în vigoare a noului Cod penal (1 februarie 2014), ar fi fost suficient să se stabilească în cadrul procesului penal că persoana fizică a acționat și că a săvârșit fapta *cu forma de vinovăție cerută de lege*. Dacă cerința subiectivă nu era satisfăcută – spre exemplu, persoana fizică a acționat din culpă, legea prevăzând intenția ca formă de vinovăție – persoana juridică nu va răspunde penal, indiferent de consecințele faptei și indiferent dacă persoana fizică poate răspunde pentru o altă faptă, dacă legea o incriminează ca fiind săvârșită din culpă.

Noul Cod penal român<sup>30</sup> a păstrat în ansamblu fundamentarea răspunderii penale a persoanei juridice, însă a adus o modificare a textului legal cu consecințe asupra conturării și identificării elementului subiectiv al persoanei juridice care comite o infracțiune. Astfel, potrivit art. 135 C. pen. statuează că *persoana juridică, cu excepția statului și a autorităților publice, răspunde penal pentru infracțiunile săvârșite în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice. Instituțiile publice nu răspund penal pentru infracțiunile săvârșite în exercitarea unei activități ce nu poate face obiectul domeniului privat. Răspunderea penală a persoanei juridice nu exclude răspunderea penală a persoanei fizice care a contribuit la săvârșirea aceleiași fapte*.

Din analiza dispozițiilor art. 135 C. pen. se desprind următoarele observații:

**a) modelul angajării răspunderii penale a persoanei juridice potrivit legislației în vigoare este un model de răspundere directă;**

Potrivit acestui model, care consolidează și principiul răspunderii penale personale, răspunderea penală a persoanei juridice este o răspundere proprie a acestui subiect de drept, care se angajează prin derularea unui procedeu distinct de evaluare a vinovăției față de procedeu de angajare a răspunderii penale a persoanei fizice. Persoana juridică și persoana fizică sunt două entități separate, doi agenți distincți, fiecare răspunzând penal în conformitate cu actele materiale comise și cu propria sa vinovăție.

**b) analiza vinovăției persoanei juridice se realizează distinct de analiza vinovăției persoanei fizice care a comis actul material;**

Chiar dacă în reglementarea noului Cod penal cerința ca fapta să fie comisă cu forma de vinovăție prevăzută de lege nu a mai fost prevăzută în mod expres, în opinia noastră această cerință subzistă pe de o parte datorită definiției legale a infracțiunii, în art. 15 NCP fiind enumerată, alături de tipicitate, antijuridicitate și imputabilitate și cerința săvârșirii

---

<sup>30</sup> Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009, intrată în vigoare la 1 februarie 2014.

faptei cu vinovăție. Pe de altă parte, Codul de procedură penală enumeră între cazurile care împiedică punerea în mișcare sau exercitarea acțiunii penale, și care au drept consecință procesuală achitarea [art. 396 alin. (5) C. pr. pen.] sau clasarea [art. 315 alin. (1) lit. b) C. pr. pen.] și cazul în care fapta nu a fost săvârșită cu forma de vinovăție prevăzută de lege [art. 16 alin. (1) lit. b) teza a II-a C. pr. pen.].

În al doilea rând, formele de vinovăție reglementate de art. 16 C. pen. – intenția, culpa și intenția depășită – se aplică și persoanelor juridice, ceea ce înseamnă că în cazul în care se pune problema angajării răspunderii penale a persoanei juridice, organul judiciar trebuie să verifice existența elementului subiectiv al infracțiunii în forma în care este reclamat de norma de incriminare a faptei respective, altfel soluția procesuală nu poate fi decât clasarea sau achitarea persoanei juridice. Suntem de părere însă că, atât vreme cât legiuitorul a definit formele vinovăției prin prisma teoriei psihologice, descriind amănunțit procesele psihice intelective și volitive care trebuie să preceadă sau să însoțească fapta comisă, identificarea elementului subiectiv în cazul unei entități colective care nu e altceva decât o bucată de hârtie, va îngreuna foarte mult activitatea practică. O abordare a formelor vinovăției prin prisma teoriei normative ar fi facilitat implementarea acestei instituții în planul relațiilor sociale.

*Însă, trebuie subliniat faptul că analiza distinctă a elementul subiectiv al persoanei juridice, datorită specificului acestuia, se realizează în strânsă legătură atât cu elementul material al faptei comise de persoana juridică, cât și cu conduita agentului/agenților umani implicat/ți în comiterea infracțiunii.*

***c) identificarea elementului subiectiv în cazul infracțiunii comise de persoana juridică se realizează diferit, în funcție de cazul în care subiectului colectiv de drept i se poate antrena răspunderea penală;***

Pentru a se putea angaja răspunderea penală a persoanei juridice este necesar ca fapta să fie comisă în realizarea obiectului de activitate, în numele sau în interesul persoanei juridice.

Astfel:

***1. Cazul comiterii faptei de către o persoană fizică în realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice***

Răspunderea penală a persoanei juridice într-un asemenea caz se poate antrena doar dacă fapta comisă are legătură cu realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice.

În primul rând, agentul uman care comite actul material poate fi atât o persoană fizică ce face parte din organele de conducere ale persoanei juridice, cât și orice altă persoană fizică ce acționează în baza unui mandat de reprezentare legal, statutar sau chiar *de facto*, indiferent de poziția pe care o ocupă în cadrul persoanei juridice.

În literatura de specialitate s-a arătat că nu are importanță pentru angajarea răspunderii penale a persoanei juridice într-un asemenea caz, dacă agentul uman a comis fapta cu nesocotirea atribuțiilor sale, cu încălcarea scopului funcției încredințate, cu depășirea puterilor ce i-au fost atribuite statutar sau contractual, singura condiție fiind

aceea ca săvârșirea infracțiunii să se realizeze în derularea uneia sau unora dintre activitățile enumerate în cadrul obiectului de activitate al persoanei juridice<sup>31</sup>. Cu privire la acest punct de vedere avem unele rezerve pe care le vom releva mai târziu.

*Nu ar putea atrage răspunderea penală a persoanei juridice într-un asemenea caz faptele care au doar o legătură nespecifică și ocazională* cu obiectul de activitate al persoanei juridice<sup>32</sup>. Întrucât obiectul de activitate al persoanei juridice este guvernat de principiul specialității, este evident că în acest caz putem să extrapolăm acest principiu, delimitând, pentru fiecare caz concret în parte, cam ce categorii de infracțiuni ar putea fi comise de persoana juridică respectivă. Spre exemplu, o persoană juridică ce desfășoară activități de editare ar putea comite infracțiuni dintre cele enumerate de Legea nr. 8/1996 privind drepturile de autor și drepturile conexe sau, dacă discutăm de o persoană juridică ce are ca obiect de activitate transportul rutier de mărfuri, răspunderea sa penală s-ar putea angaja pentru o multitudine de fapte, cum ar fi: infracțiuni rutiere, poluarea mediului, evaziune fiscală, bancrută frauduloasă, infracțiuni în legătură cu respectarea regulilor de protecție a muncii etc.

Însă, având în vedere că, în acest caz, fapta poate fi comisă de orice agent uman care are o legătură statutară, contractuală sau chiar *de facto* cu persoana juridică, suntem de părere că, dacă ometem o analiză temeinică distinctă a elementului subiectiv specific al persoanei juridice, am putea ajunge la angajarea răspunderii penale a persoanei juridice pe temei obiectiv. Suntem de părere că nu e suficientă verificarea condiției ca fapta să aibă legătură cu activitățile ce intră în scopul social al persoanei juridice, ci e nevoie de mult mai mult. Trebuie demonstrat că între structura decizională a persoanei juridice și comiterea infracțiunii de către agentul uman respectiv există o legătură în sensul că persoana juridică prin structura sa decizională a urmărit, a cunoscut sau măcar a putut prevedea, în mod rezonabil, posibilitatea comiterii unei asemenea fapt. Spre exemplu, în cazul unei societăți comerciale de transport rutier de mărfuri, unul dintre șoferi, fiind prea obosit, își roagă un prieten, fără nicio legătură cu societatea, să preia transportul și să conducă mijlocul de transport, în timp ce el se odihnește pe scaunul din dreapta. Se produce astfel un accident de circulație soldat cu victimă umană. Ar putea fi angajată răspunderea penală a persoanei juridice într-un asemenea caz, deși fapta este comisă în realizarea obiectului său de activitate? Suntem de părere că nu, de vreme ce societatea transportatoare nu și-a dat niciodată acordul pentru înlocuirea temporară a șoferului, nu a cunoscut situația și nici nu există vreo politică de tolerare a unor astfel de cazuri la nivelul structurii decizionale a persoanei juridice. Mai mult, există soluții de practică judiciară care au dus la achitarea

---

<sup>31</sup> V. Pașca, *Drept penal, partea generală*, ed. a III-a, actualizată cu modificările la zi ale Codului penal, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 183.

<sup>32</sup> A. Jurma, *Persoana juridică – subiect al răspunderii penale*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 137.

persoanei juridice pe motiv că faptele, aparent desfășurate în realizarea obiectului de activitate, au fost comise în nume propriu de către agenții umani implicați<sup>33</sup>.

Într-un alt caz, deși fapta a fost comisă în realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice, în baza unui mandat primit de la persoana juridică, instanța a considerat că, în ceea ce privește persoana juridică inculpată, lipsește scopul însușirii pe nedrept în cazul infracțiunii de furt, fapta fiind comisă de agentul uman cu depășirea limitelor mandatului oferit acestuia<sup>34</sup>.

Într-o altă speță s-a arătat că, deși obiectul de activitate al persoanei juridice constă în activități de arhitectură, fapta comisă de asociatul unic al persoanei juridice inculpate de a instala mai multe programe de calculator pe computerele societății are legătură cu realizarea obiectului de activitate întrucât programele informatice respective au fost folosite la desfășurarea activității curente și specifice a societății. Mai mult, elementul subiectiv constând în intenție a fost ușor de identificat întrucât agentul uman care a comis fapta era chiar asociatul unic al societății. Deci, reprezentând structura decizională a persoanei juridice, voința sa reprezintă însăși voința persoanei juridice, conform teoriei identificării aplicabilă în asemenea cazuri<sup>35</sup>.

## 2. Cazul comiterii faptei de către o persoană fizică în interesul persoanei juridice

Intră în această categorie toate faptele prin a căror comitere se aduce persoanei juridice un beneficiu, indiferent de natura acestuia, material sau non-material, iar când discutăm de beneficii materiale, includem în categoria acestora atât realizarea unui câștig, cât și evitarea unui pierderi. Este destul de greu de imaginat în practică vreo situație în care o infracțiune este comisă în realizarea unui interes non-material al persoanei juridice, de vreme ce chiar și o utilizare neautorizată a unor programe de calculator se traduce din punct de vedere contabil în eficientizarea activității și deci în creșterea randamentului de muncă și sporirea profitului. Cu toate acestea, în doctrina franceză, spre exemplu, s-a arătat că persoana juridică va răspunde penal pentru fapte săvârșite pentru asigurarea organizării, funcționării sau atingerea obiectivelor persoanei juridice, chiar dacă infracțiunea nu era de natură să îi aducă acesteia niciun profit<sup>36</sup>.

Putem exemplifica comiterea unei infracțiuni în interesul non-material al persoanei juridice în cazul în care o faptă de dare de mită este comisă pentru a determina un reprezentant al administrației locale să descrie în termeni nereali rezultatele activității economice a unei societăți comerciale în vederea creșterii prestigiului acesteia și a vizibilității sale în plan social și local.

---

<sup>33</sup> C. Ap. Constanța, dec. nr. 471/P din 18 mai 2012, definitivă; C. Ap. București, dec. nr. 138/R din 24 ianuarie 2012, definitivă; în A.R. Ilie, *Răspunderea penală a persoanei juridice. Jurisprudență rezumată și comentată*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, pp. 174-179 și pp. 194-208.

<sup>34</sup> Jud. Cluj-Napoca, S. pen., sent. nr. 1512 din 22 decembrie 2011, definitivă, în A.R. Ilie, *op. cit.*, pp. 210-218.

<sup>35</sup> Trib. Sibiu, sent. pen. nr. 105/2009, definitivă, în A. Jurma, *op. cit.*, pp. 246-248.

<sup>36</sup> J. Pradel, *La responsabilité penale des personnes morales en droit français. Quelques questions*, în *Revue pénitentiaire et de droit pénale*, 1998, p. 165.

Ca și în primul caz, agentul uman poate fi orice persoană, indiferent de poziția sa în societate, de aceea, identificarea elementului subiectiv este destul de dificilă. Dacă fapta a fost comisă în numele persoanei juridice de chiar un reprezentant statutar, membru al unui organ de conducere al acesteia, voința sa este de fapt voința persoanei juridice, potrivit teoriei identificării amintite deja. Însă, dacă discutăm de comiterea faptei prin intermediul unei alte persoane, este nevoie a se demonstra, în opinia noastră, că structura decizională a persoanei juridice a urmărit, cunoscut, prevăzut sau măcar ar fi putut să prevadă în mod rezonabil comiterea faptei ori că există la nivelul decizional o politică tolerantă și pasivă față de comiterea unor asemenea fapt. Dacă fapta a fost comisă în interesul personal al agentului uman, fără nicio legătură cu interesele persoanei juridice, nu se poate angaja răspunderea penală a persoanei juridice pe temei subiectiv.

### *3. Cazul comiterii faptei de către o persoană fizică în numele persoanei juridice*

În numele persoanei juridice nu pot acționa decât organele sale de conducere și reprezentanții săi, legali sau contractuali, care acționează în baza și în limitele puterilor conferite de persoana juridică prin încheierea unor contracte de mandat, management etc. Actele juridice încheiate de organele de conducere sau de reprezentanții persoanei juridice sunt actele persoanei juridice înseși, deoarece voința reprezentaților persoanei juridice e de fapt voința persoanei juridice. *Putem spune că persoana juridică vorbește și acționează în plan social și juridic prin vocea și corpul reprezentanților săi umani.* Această frază ilustrează plastic miezul teoriei identificării, utilizată în dreptul penal francez și o bună perioadă în sistemul common law.

În cazul în care fapta este comisă în numele persoanei juridice de organele de conducere ale acesteia, vinovăția acestora va fi și vinovăția persoanei juridice. Existența vinovăției și forma cerută de lege pentru această vor fi stabilite pentru persoana juridică în măsura în care se vor regăsi în sarcina organului acesteia<sup>37</sup>. Credem că în practică analiza elementului subiectiv într-un asemenea caz se va transforma într-un automatism, de vreme ce, *ab initio*, nu se mai impune vreo analiză suplimentară a elementului subiectiv al persoanei juridice, el confundându-se cu agentul uman care o reprezintă și o conduce.

Dacă însă este vorba despre o reprezentare contractuală (ex. mandat), pentru a evita pericolul alunecării spre un temei obiectiv, este necesar a se verifica, pentru stabilirea elementului subiectiv al persoanei juridice dacă: fapta a fost comisă în limitele sau cu depășirea mandatului; dacă, fiind comisă în limitele mandatului, este evident că mandatul respectiv nu ar fi putut fi obținut decât cu încuviințarea organului de conducere; dacă, fiind comisă cu depășirea limitelor mandatului, structura decizională a persoanei juridice a încurajat prin pasivitate, a tolerat sau are măcar o culpă *in eligendo* în alegerea reprezentantului care să ofere în mod rezonabil indicii cu privire la cunoașterea sau măcar posibilitatea de prevedere a comiterii faptei respective. De asemenea, în acest caz trebuie verificat și dacă elementul subiectiv al persoanei juridice nu ar putea fi eliminat în totalitate, fapta fiind comisă de mandatar în interes pur personal, fără nicio legătură cu

---

<sup>37</sup> A. Jurma, *op. cit.*, p. 142.

persoana juridică, chiar dacă aparent este satisfăcută cerința acționării în numele persoanei juridice.

Cu referire la toate cele trei cazuri expuse anterior, mai arătăm că în practică uneori sunt dificil de delimitat, uneori fapta fiind comisă atât în numele, cât și în interesul sau în realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice și că, cu excepția cazurilor în care fapta este comisă de chiar organul de conducere al persoanei juridice, când vinovăția acestuia se identifică cu vinovăția persoanei juridice, în toate celelalte situații, indiferent că vorbim de fapte comise în numele, interesul sau realizarea obiectului de activitate al persoanei juridice, stabilirea elementului subiectiv al persoanei juridice nu se poate realiza fără o analiză temeinică și complexă a structurii decizionale, a politicilor societare, deci a culturii entității colective, „vinovăția acesteia fiind determinată de măsura în care modul de organizare și funcționare a entității a determinat comiterea infracțiunii”<sup>38</sup>.

Se mai impune o observație. Având în vedere reformularea art. 135 C. pen. – din care a fost eliminată sintagma prevăzută de art. 19<sup>1</sup> C. pen. anterior „*dacă fapta a fost comisă cu forma de vinovăție prevăzută de lege*” –, precum și necesitatea analizei structurii și modurilor de decizie în cadrul persoanei juridice în marea majoritate a cazurilor, cu excepția situației în care fapta a fost comisă de membrii organelor de conducere ale acesteia, este foarte probabil ca formele de vinovăție cu care acționează persoana juridică, pe de o parte, și persoana fizică, pe de altă parte, să nu fie identice. Această idee este împărtășită și în doctrină. Spre exemplu, dacă unul dintre angajații persoanei juridice comite o infracțiune de vătămare corporală împotriva unui angajat acționând cu intenție indirectă, persoana juridică poate răspunde pentru infracțiunea de vătămare corporală din culpă dacă se dovedește că există o conexiune între producerea vătămării și neluarea anumitor măsuri de protecție sau neinstruirea victimei. Credem că, deși este destul de dificil de acceptat o atare soluție, textul art. 135 vorbind despre angajarea răspunderii penale a persoanei fizice și a persoanei juridice pentru *aceeași faptă*, lucrurile se clarifică dacă înțelegem noțiunea de *faptă* în sensul de conduită, iar nu acela de faptă descrisă de o normă de incriminare (faptă tipică).

Forma de vinovăție cu care a acționat persoana juridică se stabilește prin identificarea poziției subiective a organelor persoanei juridice față de faptă și față de urmările ei<sup>39</sup>. O persoană juridică acționează cu vinovăție sub forma intenției directe dacă structura sa decizională a prevăzut și urmărit, prin directivele sau însărcinările date, producerea rezultatului. Intenția indirectă va exista în momentul în care, deși s-au luat în cunoștință de cauză o serie de decizii, prin adoptarea acestora s-a acceptat indiferent de către organele de conducere probabilitatea comiterii faptei sau a producerii rezultatului acesteia. Cele mai simple de demonstrat situații sunt cazurile de vinovăție sub forma culpei cu prevedere sau a culpei simple care se demonstrează prin analiza organizării activității și a politicilor

---

<sup>38</sup> V. Pașca, *Modificările Codului penal (Legea nr. 278/2006). Comentarii și explicații*, Ed. Hamangiu, București, 2007, pp. 25-26.

<sup>39</sup> D.M. Costin, *Răspunderea penală a persoanei juridice în dreptul penal român*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 374.

de acțiune ale persoanei juridice. Constatarea unor practici tolerate de organele de conducere, a unei politici de acceptare a unor conduite umane în domeniul de activitate în care a fost comisă fapta pot constitui indicii pentru stabilirea prevederii faptei și a neacceptării rezultatului acesteia sau a posibilității și a obligației de prevedere. Politica de tolerare sau acceptare a unor anumite conduite umane în cadrul persoanei juridice ca element definitoriu pentru stabilirea formei de vinovăție cu care acționează persoana juridică poate fi înțeleasă prin raportare la teoria „*willful blindness*” – *orbirea intenționată*<sup>40</sup> din sistemul common law. Această teorie se aplică în cazurile în care făptuitorul este suspectat că ar fi acționat cu o anumită formă de vinovăție, deși pretinde că nu a cunoscut nimic referitor la faptă. Cu alte cuvinte, ar trebui aplicată doar la situațiile în care acuzatul a prevăzut rezultatul faptei sale, dar nu a manifestat niciun interes, pentru că nu a dorit să ia cunoștință de acesta, ca nu cumva acel fapt să se confirme și astfel să nu mai poată nega că ar fi avut cunoștință de el<sup>41</sup>.

## V. Concluzii

Răspunderea penală a persoanei juridice se angajează potrivit unui model direct, dar și extensiv, persoana juridică răspunzând penal atât pentru faptele comise de organele sale de conducere, cât și pentru faptele comise de reprezentanții săi legali sau contractuali, angajați sau nu în cadrul persoanei juridice, dar care acționează sub autoritatea acesteia sau care, prin activitatea lor, îi creează persoanei juridice un beneficiu. Dacă elementul material al infracțiunii comise de persoana juridică presupune o cenzură în baza art. 135 C. pen. – fapta să fie comisă în realizarea obiectului de activitate, în interesul sau în numele persoanei juridice – elementul subiectiv va fi stabilit în mod diferit, după cum este vorba de fapte comise de organele de conducere ale persoanei juridice – teoria identificării – sau de fapte comise de alte persoane – teoria culpei în organizare, a culpei *in eligendo*, teoria *willful blindness* sau teoria diligențelor rezonabile.

Numărul cazurilor de inculpare a persoanei juridice este în creștere, chiar dacă discutăm de o creștere extrem de lentă, în toamna anului 2013, la aproximativ 7 ani de la introducerea acestei instituții în legislația penală română, existând puțin peste 60 de hotărâri definitive pronunțate de instanțele judecătorești față de persoane juridice inculcate.

Din bilanțul Ministerului Public pentru activitatea desfășurată în anul 2014<sup>42</sup>, observăm că numărul cazurilor de inculpare a persoanelor juridice a crescut simțitor: astfel, în cursul anului 2014, au fost trimiși în judecată 50.342 inculpați persoane fizice și 358 *inculpați persoane juridice*. Legat de corupția la nivel înalt, s-a dispus trimiterea în judecată a 1.167 de inculpați, dintre care 107 *persoane juridice*. Cu referire la categoria

---

<sup>40</sup> A se vedea: Th.A. Hagemann, J. Grinstein, *The Mythology of Aggregate Corporate Knowledge: A Deconstruction*, în 65 *George Washington Law Review*, 1996, p. 210; A. Ragozino, *Note, Replacing the Collective Knowledge Doctrine with a Better Theory for Establishing Corporate Mens Rea: The Duty Stratification Approach*, în 24 *Southwestern University Law Review*, 1995, p. 423.

<sup>41</sup> R. Charlow, *Willful Ignorance and Criminal Culpability*, în 70 *Texas Law Review*, 1992, p. 1351.

<sup>42</sup> [http://www.mpublic.ro/presa/2015/discurs\\_PG\\_bilant\\_2014.pdf](http://www.mpublic.ro/presa/2015/discurs_PG_bilant_2014.pdf).

infracțiunilor de evaziune fiscală, instanțele au fost sesizate cu privire la 1.967 inculpați, din care 164 persoane juridice.

În ceea ce privește infracțiunile de spălare de bani, în anul 2014 a crescut numărul rechizitoriilor, al inculpaților trimiși în judecată, în special persoane juridice, precum și valoarea bunurilor sechestrate. Astfel, la nivelul tuturor parchetelor au fost întocmite 74 de rechizitorii, prin care s-a dispus trimiterea în judecată a 499 de inculpați, dintre care 75 de persoane juridice. Comparativ, în 2013 au fost întocmite 59 de rechizitorii, dintre care 12 privind persoane juridice, fiind dispuse măsuri asiguratorii în valoare de aproximativ 55 milioane euro.

Din lecturarea atât a hotărârilor instanțelor, cât și a ordonanțelor sau a rechizitoriilor întocmite de procurori observăm o anumită dificultate în motivarea prezenței elementului subiectiv, organele judiciare fiind preocupate în special de stabilirea elementului material al infracțiunii și a imputabilității materiale a faptei și mai puțin aplecându-se către o analiză distinctă a vinovăției persoanei juridice. Poate că, în viitor, organele judiciare vor prinde mai mult curaj în motivările pe latura subiectivă a faptelor comise de persoanele juridice, fapt care se va reflecta cu siguranță asupra numărului condamnărilor.



**Excluderea probelor nelegale, rezultate din încălcarea  
dreptului  
la tăcere și la neautoincriminare, în procedura  
de cameră preliminară, în lumina Deciziei nr. 641/2014,  
a Curții Constituționale**

**Lector univ. dr. Voicu PUȘCAȘU\*\***  
Cercetător post-doctorat  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

**Abstract**

*The present Study aims to analyze some of the problems raised in the process of applying the sanction of exclusion of illegally obtained evidence in the criminal process, with regards to the fundamental procedural guarantees of the right to silence and the privilege against self-incrimination, from the perspective of the new regulation of the Romanian Code of Criminal Procedure and taking into account the decision no. 641/2014 of the Constitutional Court. The focus will be primarily on the new criminal procedure institution of the Preliminary Chamber, which provides the legal framework within which are analyzed, in terms of legality, the evidence gathered in the criminal investigation stage. We will examine the criticizing arguments advanced by the Constitutional Court, concerning the problems generated by the new criminal procedure law, mainly that of the lack of a serious possibility of challenging the legality of the criminal evidence previously gathered, with consequences for the overall fairness of the proceedings, and we will try to identify the best judicial practices, in order to comply with the decision of the Court, in the context of the lack of intervention from the legislator, to amend the reference legal framework.*

**Keywords:** *the right to silence and the privilege against self-incrimination;*

---

*Acknowledgment:* Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/133255, proiect strategic ID 133255 (2014), cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

\*\* Cercetător postdoctoral în cadrul proiectului „Burse Universitare în România prin Sprijin European pentru Doctoranzi și Post-doctoranzi”, ID 133255; Contact: voicu\_puscasu@yahoo.com

*exclusion of illegally obtained evidence; the Preliminary Chamber; the decision no. 641/2014 of the Constitutional Court*

### **Rezumat**

*Studiul de față își propune să analizeze unele probleme de aplicare privitoare la instituția excluderii din procesul penal a probelor ilegale, provenite din încălcarea garanției procesuale fundamentale a dreptului la tăcere și la neautoincriminare, față de noua reglementare incidentă și raportat la decizia nr. 641/2014, a Curții Constituționale. Accentul va fi pus îndeosebi asupra noii instituții procesual-penale a camerei preliminare, care oferă cadrul în care sunt analizate, sub aspectul legalității, probele administrate în faza de urmărire penală. Vor fi analizate criticile Curții Constituționale, privitor la situațiile problematice generate de noua legislație din perspectiva lipsei posibilității unei pertinente verificări a legalității probelor, cu consecințe inclusiv asupra echității de ansamblu a procedurii cauzei, încercând a se identifica cele mai bune practici jurisprudențiale, pentru a respecta soluția Curții, în contextul lipsei intervenției legiuitorului pentru modificarea cadrului normativ de referință.*

**Cuvinte-cheie:** *dreptul la tăcere și la neautoincriminare; excluderea probelor ilegal obținute; camera preliminară; Decizia nr. 641/2014 a Curții Constituționale*

## **I. Aspecte introductive**

Instituția excluderii probelor obținute în mod nelegal și-a făcut apariția în procedura penală română prin art. 1 pct. 39 din Legea nr. 281/2003, care a introdus alineatul secund al art. 64 VCPP, normă care dispunea succint: „Mijloacele de probă obținute în mod ilegal nu pot fi folosite în procesul penal”.

Ulterior introducerii acestui text normativ, care, prin conciziunea sa, lăsa multe de dorit, doctrina nu s-a pus de acord cu privire la raportul pe care această sancțiune îl are cu sancțiunea tradițională a nulității, existând voci care susțineau subordonarea sancțiunii procedurale a excluderii celei a nulității, astfel că negau posibilitatea existenței, de sine-stătătoare, a acestei nou-apărute instituții procesuale, afirmând posibilitatea excluderii unei probe doar ulterior constatării nulității actului pe baza căruia fusese administrată proba (d.e. dispunerea unei percheziții domiciliare, de către procuror, fără autorizarea judecătorului, năștea un act nul, astfel că, ulterior constatării nulității, se putea exclude și proba obținută ca urmare a efectuării percheziției). Acești doctrinari au constatat, însă, că modul de reglementare a sancțiunii nulității nu era de natură a susține

efectivitatea sancțiunii excluderii, propunând, în consecință, modificări de ordin legislativ pentru a include în sfera cazurilor de nulitate și obținerea de probe în mod nelegal<sup>1</sup>.

Dimpotrivă, alte voci au susținut independența conceptuală și operațională a celor două sancțiuni procedurale, argumentând posibilitatea excluderii unor probe nelegal obținute chiar în ipoteza în care, formal, nu se putea pronunța anularea unor acte care au stat la baza administrării acelei probe<sup>2</sup>.

Cert este că, din cauza reglementării relativ ambigue și prea sintetice, o foarte importantă instituție procesual penală a rămas, până la intrarea în vigoare a noului Cod de procedură penală, relativ neobservată și prea puțin recunoscută în practica judiciară, suscitând mai mult interesul doctinarilor decât pe cel al practicienilor, chiar subsemnatul fiind dintre cei care, la un moment imediat ulterior intrării în vigoare a noului Cod de procedură penală, au criticat viciile de fond ale acestei instituții<sup>3</sup>.

Acest lucru s-a datorat, parțial, și lipsei unor norme-suport, care să explicitizeze modul procedural în care se verifica legalitatea probelor și se dispunea excluderea acestora, chiar dacă, în mod cert, această chestiune nu putea constitui un veritabil impediment, deoarece excluderea probelor nelegale putea fi pusă în discuție și analizată de către procuror, în cadrul procedurii plângerii împotriva măsurilor și actelor de urmărire penală (reglementată de art. 275-278 VCPP), sau de către instanța de judecată, atât în procedura de soluționare a plângerii împotriva soluțiilor procurorului de netrimiterie în judecată [în baza art. 278<sup>1</sup> alin. (7) VCPP], cât și în procedura de judecată, de vreme ce, în fața instanței, oricare dintre părți putea formula excepții și cereri, conform art. 301 VCPP.

Pe lângă aceste lipsuri normative, credem că o contribuție semnificativă la incidența redusă a acestei instituții în practica judiciară a avut-o și tradiția juridică în care a fost scris vechiul Cod de procedură penală – care era străină filosofiei care stă la baza acestei instituții –, dar și formarea practicienilor dreptului penal, care erau prea puțin familiarizați cu o instituție specifică sistemelor procesual-penale de tip acuzatorial<sup>4</sup>.

Lucrurile par să se schimbe, cel puțin la nivel normativ, odată cu intrarea în vigoare a noului Cod de procedură penală, care a asumat o mai amplă reglementare a acestei sancțiuni procesuale specifică materiei probelor. Potrivit art. 102 al Codului: „(1) Probele

---

<sup>1</sup> A se vedea, pe larg, expunerea acestor dezbateri doctrinare în V. Pușcașu, *Excluderea probelor ilegale în procesul penal*, în *Caiete de drept penal* nr. 3/2009, pp. 96-95.

<sup>2</sup> V. Pușcașu, *Excluderea probelor ilegale în procesul penal*, în *Caiete de drept penal* nr. 3/2009, pp. 96-95.

<sup>3</sup> V. Pușcașu, *Protejarea dreptului la tăcere și la neautoincrimare prin excluderea probelor nelegale, în lumina Noului Cod de procedură penală. Câteva considerații critice*, în *Supliment la Acta Universitatis Lucian Blaga, seria Iurisprudentia*, pe anul 2014, p. 370 (lucrare citată de acum sub forma „*Protejarea dreptului ...*”). Pentru a nu exista suprapuneri între cele două studii – care abordează, oricum, și o perspectivă diferită – mă voi rezuma la a prezenta, succint, în prima parte a studiului, cele mai importante critici formulate prin acest studiu, pentru ca mai apoi atenția să se îndrepte spre Decizia nr. 641/2014 a Curții Constituționale și pe efectele acesteia, permițând, astfel, cititorului, să urmărească din punct de vedere logic și cronologic întreaga problematică pe care o naște această procedură, din perspectiva dreptului la tăcere și la neautoincrimare.

<sup>4</sup> Despre dificultatea integrării unei instituții juridice „transplantate” într-un sistem de procedură penală care îmbracă o filozofie diferită, a se vedea D. Ionescu, *Despre concepția procesuală și noul Cod de procedură penală. Câteva lucruri simple*, în *Caiete de drept penal* nr. 1/2011, p. 69.

obținute prin tortură, precum și probele derivate din acestea nu pot fi folosite în cadrul procesului penal. (2) Probele obținute în mod nelegal nu pot fi folosite în procesul penal. (3) Nulitatea actului prin care s-a dispus sau autorizat administrarea unei probe ori prin care aceasta a fost administrată determină excluderea probei. (4) Probele derivate se exclud dacă au fost obținute în mod direct din probele obținute în mod nelegal și nu puteau fi obținute în alt mod.”

Nu ne propunem aici să facem o analiză exhaustivă a acestei instituții procesual-penale, ci doar să explicităm funcționarea sa și, mai ales, să verificăm efectivitatea sa, raportat la garanția sus-menționată, a dreptului la tăcere și la neautoincriminare, în procedura de cameră preliminară.

## II. Analizarea noului cadru normativ

Din reglementarea art. 102 NCPP se poate cu ușurință observa că această sancțiune procesuală nu este, *per se*, subordonată nulității, având un caracter independent față de aceasta – pentru primele două alineate ale art. 102 C. pr. pen. –, dar păstrând o strânsă legătură cu nulitatea prin aceea că, în sensul alin. (3) al aceluiași articol, excluderea poate opera și ca o consecință a nulității actului prin care s-a dispus sau autorizat administrarea unei probe ori prin care proba a fost administrată<sup>5</sup>.

Dar să ne oprim atenția asupra aspectelor vizând modalitatea concretă de excludere a probelor obținute în mod nelegal.

Această normă procedurală, a art. 102 NCPP, trebuie coroborată cu alte norme, pe care noul cadru legislativ le oferă, care indică procedura de urmat pentru a da efectivitate excluderii probelor nelegale din procesul penal. Sub acest aspect, se impune a fi analizată reglementarea procedurii de cameră preliminară, lucru pe care ni-l propunem în cele ce urmează.

Sub incidența vechiului Cod de procedură penală, excluderea probelor nelegale se realiza, în mod prioritar, în fața instanței de judecată, câtă vreme urmărirea penală era nepublică și necontradictorie, inculpatul luând la cunoștință de probele administrate în cauză doar la momentul final al acestei etape procesuale, odată cu prezentarea materialului de urmărire penală. Prin urmare, inculpatului îi rămânea posibilitatea de a invoca,

---

<sup>5</sup> V. Pușcașu, *Protejarea dreptului...*, p. 371. În același sens, a se vedea I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de procedură penală, Partea generală, În lumina noului Cod de procedură penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 431. În doctrina noastră recentă s-a exprimat și opinia (pe care nu o putem împărtăși, pentru ansamblul motivelor expuse de noi în această secțiune) că sancțiunea excluderii probelor nelegale ar fi subordonată constatării unei nulități – absolute sau relative – cu singura excepție a probelor obținute prin tortură sau tratamente inumane sau degradante, în cazul cărora nu s-ar mai putea opera cu sancțiunea nulității, deoarece CEDO ar fi impus reguli mult mai stricte – C. Ghigheci, în N. Volonciu, A.S. Uzlău (coord.), *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 243; M. Udroui, *Procedură penală. Partea generală, Noul Cod de procedură penală*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 659. În același sens, potrivit căruia doar sancțiunea nulității poate afecta validitatea probelor, excluderea fiind o simplă consecință a sa, a se vedea N. Volonciu (coord.), A. Vasiliu, R. Gheorghe, *Noul Cod de procedură penală adnotat, Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 183.

în fața instanței, viciile probelor deja administrate în etapa urmăririi penale, solicitând, oricând în faza de cercetare judecătorească – sau chiar ulterior, direct în faza dezbaterilor – excluderea probelor nelegale și, eventual, efectuarea de verificări, pentru a dovedi temeinicia susținerilor sale.

Legiuitorul noului Cod de procedură penală a urmat o altă logică, sub aspectul supus discuției, odată cu introducerea, în legislația procesual penală română, a instituției camerei preliminare, ca etapă distinctă a procesului penal, care se interpune între urmărirea penală și etapa judecătii.

Expunerea de motive a proiectului noului Cod de procedură penală<sup>6</sup> aduce câteva semnificative argumente cu privire la rațiunea introducerii acestei noi instituții procesual-penale în orizontul juridic românesc. Astfel, se arată următoarele aspecte, deosebit de importante în contextul analizei noastre următoare: „Prin instituția camerei preliminare, proiectul urmărește să răspundă exigențelor de legalitate, celeritate și echitate a procesului penal.

Camera preliminară este o instituție nouă, inovatoare, ce are ca scop crearea unui cadru legislativ modern, care să înlătore durată excesivă a procedurilor în faza de judecată. Prin reglementarea procedurii camerei preliminare se urmărește rezolvarea chestiunilor ce țin de legalitatea trimiterii în judecată și de legalitatea administrării probelor, asigurându-se premisele pentru soluționarea cu celeritate a cauzei în fond. În acest mod, sunt eliminate unele dintre deficiențele care au condus la condamnarea României de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru încălcarea duratei excesive a procesului penal.

Această instituție de drept procesual penal produce un efect direct, pozitiv asupra celerității soluționării unei cauze penale și înlătură o lacună a actualelor dispoziții procesual penale, în care examinarea legalității rechizitoriului, a probelor administrate în cursul urmăririi penale împiedică pe durată nedeterminată începerea cercetării judecătorești. În acest context, procedura camerei preliminare cuprinde reguli care elimină posibilitatea restituirii ulterioare, în faza de judecată, a dosarului la parchet, datorită faptului că legalitatea probatoriului și a trimiterii în judecată sunt soluționate în această fază.

Proiectul instituie competența judecătorului de cameră preliminară în verificarea conformității probelor administrate în cursul urmăririi penale cu garanțiile de echitabilitate a procedurii. Sub acest aspect, legalitatea administrării probelor este strâns și exclusiv legată de asigurarea caracterului echitabil al procesului penal.

În acest context, dacă judecătorul va constata că se impune înlăturarea mijlocului de probă, deoarece a produs o vătămare esențială drepturilor procesuale ale unei părți, va exclude acel mijloc de probă”.

Din cele de mai sus reținem argumentele legiuitorului, în sensul asigurării celerității, legalității și echității procedurii, urmărindu-se, pe de o parte, înlăturarea situațiilor pentru care România ar fi fost condamnată de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului iar, pe de altă parte, evitarea tergiversării soluționării cauzei, pentru a nu se mai împiedica începerea cercetării judecătorești, pe durată nedeterminată, nemaifiind posibilă, ulterior,

---

<sup>6</sup> Disponibilă la adresa de internet <http://www.cdep.ro/proiecte/2009/400/10/2/em412.pdf>.

în faza de judecată, restituirea cauzei la parchet, deoarece legalitatea probatoriului este definitiv tranșată în această fază.

Față de elementele menționate în expunerea de motive, nu dorim decât să punctăm câteva aspecte, pentru a ne putea, ulterior, concentra pe tema supusă aici analizei: în primul rând, din experiența practică acumulată în timpul scurs de la intrarea în vigoare a noului Cod de procedură penală, s-a putut constata faptul că, în covârșitoarea majoritate a cauzelor, instituția camerei preliminare nu a ajutat la grăbirea soluționării acestora, ci a avut tocmai efectul advers, temporizând pronunțarea soluției, tocmai pentru că este obligatoriu de parcurs o procedură nouă și relativ complexă, în locul uneia mai suplă și facile existente în vechea reglementare<sup>7</sup>.

Pe de altă parte, nici nu era posibilă, așa cum se susține în argumentele citate, restituirea cauzei la parchet pentru motivul nelegalității probelor administrate în faza de urmărire penală, instanța care constata acest aspect urmând a pronunța soluția doar în temeiul probelor pe care le reținuse ca fiind valide, după efectuarea cercetării judecătorești<sup>8</sup>. Astfel, acest argument redat în expunerea de motive a noului Cod de procedură penală este *de plano* nevalid, riscul tergiversării soluționării cauzei prin lăsarea aspectului de examinare al legalității probelor în sarcina instanței de judecată fiind inexistent.

Acum să analizăm modul în care și-a îndeplinit legiuitorul nostru obiectivele, în ceea ce privește procedura instituită pentru excluderea probelor nelegale din procesul penal.

Obiectul procedurii de cameră preliminară îl constituie, printre alte aspecte, și verificarea legalității administrării probelor [art. 54 lit. b) și art. 342 C. pr. pen.], iar după sesizarea instanței prin rechizitoriu, se comunică inculpatului copia rechizitoriului, aducându-i-se la cunoștință obiectul procedurii și termenul în care poate formula în scris cereri și excepții cu privire la legalitatea administrării probelor, aceste cereri și excepții fiind comunicate parchetului, care poate răspunde în scris, în termen de 10 zile de la comunicare [art. 344 alin. (1), (2) și (4) C. pr. pen.]. Soluționând cererile și excepțiile, judecătorul de cameră preliminară, dacă exclude una sau mai multe probe administrate, comunică încheierea de îndată parchetului care a emis rechizitoriul, pentru ca procurorul să comunice dacă menține dispoziția de trimitere în judecată ori solicită restituirea cauzei [art. 345 alin. (2) și (3) C. pr. pen.].

Dacă judecătorul a exclus toate probele administrate în cursul urmăririi penale, el va restitui cauza la parchet, aceeași soluție fiind dispusă și dacă procurorul solicită acest

---

<sup>7</sup> Este suficient să arătăm că, dacă în majoritatea cauzelor aspectele referitoare la regularitatea sesizării și legalitatea probelor se soluționau chiar la primul termen de judecată sau, în cel mai rău caz, la termenul imediat următor, toate părțile fiind prezente și având posibilitatea de a pune concluzii în mod nemijlocit, public și contradictoriu asupra acestor aspecte, iar instanța investită cu calea de atac proceda în mod similar, acum procedura mai complicată a camerei preliminare se poate întinde pe o durată considerabilă, de 60 de zile în fața judecătorului de cameră preliminară sesizat și tot atât și în fața judecătorului de cameră preliminară investit cu calea de atac împotriva încheierii pronunțate de către prima instanță, fără a se putea începe, în tot acest timp, judecata [a se vedea art. 343 și art. 347 alin. (3) C. pr. pen.] – V. Pușcașu, *Protejarea dreptului...*, p. 372.

<sup>8</sup> Fostul art. 333 VCPP, care a permis trimiterea cauzei la parchet pentru completarea urmăririi penale era abrogat din anul 2006, tocmai pentru a asigura celeritatea judecării cauzei (a se vedea art. I pct. 159 din Legea nr. 356/2006).

lucru, când doar unele probe au fost excluse [art. 346 alin. (3) lit. b) și c) C. pr. pen.], în caz contrar dispunându-se începerea judecării, cu mențiunea că probele excluse în procedura de cameră preliminară nu mai pot fi avute în vedere la soluționarea, pe fond, a cauzei [art. 346 alin. (4) și (5) C. pr. pen.], iar judecata se va desfășura în fața aceluiași judecător, cele două funcții judiciare fiind compatibile [art. 346 alin. (7) C. pr. pen.].

Procedura camerei preliminare, în reglementarea actuală, menționată mai sus, apare ca fiind serios viciată și profund criticabilă, putând aduce grave încălcări drepturilor fundamentale ale părților în procesul penal<sup>9</sup>, inclusiv dreptului la tăcere și la neautoincriminare, pe care îl supunem analizei.

Astfel, deși, formal, recunoaște dreptul inculpatului de a contesta legalitatea probelor administrate în faza de urmărire penală, acest drept se dovedește a fi doar unul firav și fără substanță, câtă vreme judecătorul de cameră preliminară este, cel mai adesea, privat de toate instrumentele necesare pentru a verifica în mod concret și profund legalitatea probei al cărei viciu se invocă, prin încălcarea drepturilor fundamentale, în categoria cărora includem și dreptul la tăcere și la neautoincriminare<sup>10</sup>.

Am arătat, deja, mai sus, că, în procedura penală veche, verificarea legalității probelor se realiza în cursul judecării, după toate regulile și garanțiile care caracterizau atunci – ca și acum – această etapă procesuală. Instanța avea posibilitatea de a verifica ipotezele ridicate de către oricare dintre părți, vizând nelegalitatea unei probe, prin administrarea altor probe care puteau lămuri aspectele invocate, prin solicitarea de explicații organelor statale – inclusiv celor de urmărire penală – sau părților în proces ș.a.m.d.

Sub noile reguli procedurale, aceste demersuri au devenit legalmente imposibil de realizat. Modul în care a fost gândită procedura de cameră preliminară de către legiuitorul nostru – ca procedură accelerată, ce nu permite administrarea de probe sau efectuarea altor verificări, judecătorul fiind nevoit a se limita la materialul dosarului de urmărire penală, procedură completamente scrisă și doar parțial contradictorie (spre exemplu, deși cererile și excepțiile inculpatului sunt comunicate procurorului, răspunsul acestuia nu se mai comunică inculpatului) – chiar dacă, teoretic, poate atinge obiectivul legiuitorului de a grăbi soluționarea unor cauze (deși, am arătat, deja, că, practic, a încetinit judecarea majorității cauzelor), în mod cert nu atinge obiectivul legalității și echității procedurii, la care legiuitorul face referire. Aceasta deoarece legalitatea stabilită de către judecătorul de cameră preliminară, în urma examinării de suprafață (ca să nu o numim superficială) a probelor administrate, nu beneficiază de certitudinea pe care vechea procedură o năștea, rămânând un risc considerabil ca soluția pronunțată să fie în discordanță cu realitatea

---

<sup>9</sup> Nu am fost singura voce critică în peisajul doctrinar românesc, recent fiind formulată o pertinentă și extinsă analiză critică a procedurii de cameră preliminară, și din alte perspective decât cea care face obiectul prezentului studiu – a se vedea I. Narița, *Camera preliminară – sub spectrul neconstituționalității*, în *Dreptul* nr. 5/2014, p. 170.

<sup>10</sup> V. Pușcașu, *Protejarea dreptului...*, p. 373. În același sens, a se vedea M. Iordache, *Camera preliminară în noul Cod de procedură penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 90.

faptică și juridică la care s-ar fi putut ajunge în urma unui riguros examen al legalității probei, făcut după toate regulile judecătii<sup>11</sup>.

Mai grav, această analiză formală de legalitate, care răpește judecătorului – fie el și de cameră preliminară – unele dintre prerogativele sale importante de *jurisdiction*, asimilându-l mai degrabă unui funcționar administrativ<sup>12</sup> care privește doar forma exterioară a probei, nu și substanța sa, reliefează și modul criticabil în care legiuitorul nostru a înțeles procedura examinării legalității probei; impunând un examen al formei, mai degrabă decât unul de conținut, legiuitorul s-a apropiat de concepția doctrinară, mai sus reliefată, a caracterului subordonat pe care sancțiunea excluderii l-ar avea, raportat la sancțiunea nulității.

Se confirmă, astfel, parțial, prin chiar procedura instituită, teoria potrivit căreia excluderea unei probe este un efect al nulității actului prin care s-a dispus administrarea probei sau prin care aceasta a fost administrată, fără a se observa, însă, că, chiar potrivit art. 102 C. pr. pen., aceasta este doar una dintre ipotezele excluderii probei, pentru nelegalitate, dar în niciun fel, singura sursă de nelegalitate a probei. Efectul este unul periculos nu doar pentru legalitatea procesului penal în ansamblu, statuată, cu rang de principiu, în art. 2 C. pr. pen., dar și pentru aflarea adevărului în cauza penală – principiu consacrat în art. 5 C. pr. pen. – câtă vreme probe posibil nelegale nu pot fi declarate ca atare și înlăturate din procesul penal, urmând a sta la temelia soluției dispuse în cauză, judecătorul de cameră preliminară fiind constrâns să recunoască o legalitate formală a probei acolo unde nelegalitatea substanțială a ei îi este ascunsă controlului său<sup>13</sup>.

Pentru a ilustra și a întări susținerile de mai sus, prin puterea exemplului, am făcut referire, la acel moment, la o cauză celebră a Curții Supreme a SUA – *Brewer c. Williams*<sup>14</sup> –

<sup>11</sup> V. Pușcașu, *Protejarea dreptului...*, p. 375.

<sup>12</sup> Pentru o critică similară – I. Narița, *op. cit.*, p. 187.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> *Brewer vs. Williams*, 430 U.S. 387, decizie a Curții Supreme a SUA din 23 martie 1977 (luată cu majoritate de 5 la 4), disponibilă la adresa de internet <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/430/387/case.html>.

Starea de fapt a cauzei poate fi rezumată astfel: Robert Williams a fost arestat și acuzat, în mod oficial, în localitatea Davenport, pentru răpirea unei fetițe în vârstă de 10 ani, faptă comisă în localitatea Des Moines, Iowa. Ambii avocați ai acuzatului, atât cel din Davenport, cât și cel din Des Moines au convenit cu acesta, dar și cu organele de poliție, ca Williams să nu fie interogat până nu este adus în localitatea Des Moines, unde urma să se întâlnească cu apărătorul său, cu care luase legătura doar telefonic. Pe durata călătoriei cu autospeciala de poliție (în care nu se permisesse prezența apărătorului său din Davenport), Williams a repetat, de mai multe ori, că va spune tot adevărul după ce se va întâlni cu avocatul său din Des Moines, prevalându-se, până la acel moment, de dreptul la tăcere.

Cu toate acestea, unul dintre polițiștii care îl însoțeau pe drum (și care acceptase înțelegerea menționată mai sus), cunoscând faptul că Williams era un fost pacient cunoscut cu boli psihice și o persoană foarte religioasă, a încercat să obțină unele informații incriminatoare de la acuzat, spunându-i, pe durata călătoriei, că el considera că se impunea să localizeze cadavrul fetiței, fiindcă părinții ei aveau dreptul de a o înmormânta creștinește, ținând cont și de faptul că fetița le fusese răpită în Ajunul de Crăciun, iar vremea nefavorabilă care se anunța putea acoperi cadavrul ei și să îl facă foarte dificil de găsit, chiar și pentru criminal. În cele din urmă, Williams a făcut mai multe declarații incriminatoare și a acceptat să îi conducă pe polițiști la locul unde ascunsese cadavrul fetiței.



în care s-a dispus excluderea ca nelegale a declarațiilor acuzatului, pentru a putea compara constatările instanței supreme americane cu cadrul nostru normativ și a înțelege, astfel, în ce constă viciul de reglementare pe care l-am criticat mai sus<sup>15</sup>.

În esență, Curtea Supremă a SUA a considerat că probele respective au fost obținute în mod nelegal, fiind încălcat dreptul la apărare al acuzatului, care precizase în mod clar că dorește să păstreze tăcerea până la întâlnirea și consultarea cu avocatul său, poliția fiind obligată să respecte opțiunea acuzatului, formulată în cuvinte clare, și asupra căreia acesta nu revenise, nedorind, în vreun fel să renunțe la dreptul invocat. Foarte important pentru analiza noastră, Curtea a concluzionat și că poliția acționase în mod nelegal pentru obținerea respectivelor declarații, bazându-se pe chiar declarațiile polițiștilor, date în cauză, în fața instanței, prin care au recunoscut că urmăriseră obținerea de declarații incriminatoare prin acel discurs de înmormântare creștinească, care a fost interpretat de Curtea Supremă ca fiind echivalentul funcțional al unui interogatoriu.

Este evident că, urmând strict reglementarea camerei preliminare, niciun judecător nu ar putea să excludă respectivele probe, deși ele fuseseră în mod nelegal obținute, prin încălcarea drepturilor fundamentale ale acuzatului; judecătorului de cameră preliminară îi este îngăduit, de către legiuitorul național, dreptul de a audia polițiștii (și a efectua orice alte demersuri necesare) pentru a afla adevărul, inclusiv cu privire la legalitatea probelor care îi sunt prezentate odată cu rechizitoriul.

Formal, dar doar strict formal, declarațiile acuzatului fuseseră obținute în mod legal – el fusese, anterior, în repetate rânduri chiar, avertizat despre drepturile sale și, fără să fie constrâns sau interogat (în sensul tradițional al termenilor), a acceptat să dea declarații care îl acuzau în mod grav. După audierea celor implicați, lucrurile au luat o altă turnură, însă, iar nelegalitatea probei a devenit evidentă.

Ne întrebam, așadar, ce ar trebui să facă, așadar, judecătorul de cameră preliminară român care, confruntat cu o situație similară, trebuie să răspundă solicitării inculpatului de excludere a probei, pe temeiul nelegalității sale? Răspunsul la această întrebare părea, la acel moment, a putea fi cuprins în una dintre următoarele două variante: judecătorul nostru va respecta strict reglementarea națională, riscând să prejudicieze serios legalitatea și echitatea procesuală sau va căuta să dea efect util normei art. 102 C. pr. pen. și, implicit, efectivitate drepturilor fundamentale ale acuzatului, a căror încălcare se invocă<sup>16</sup>.

Ne exprimam, atunci, opinia că varianta secundă va fi îmbrățișată, și numai pentru simplul fapt că, în caz contrar, se poate reține inclusiv o încălcare a garanțiilor constituționale și convenționale, astfel cum acestea din urmă sunt protejate de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului, apreciind că instanțele naționale nu se vor mulțumi cu

---

Williams a fost condamnat de către instanțele statale, dar a contestat modul în care au fost admise ca probe declarațiile sale, făcute pe durata călătoriei spre Des Moines, și celelalte probe aflate în legătură cu acestea, instanțele statale respingând cererea acuzatului, pe considerentul că acesta renunțase voluntar la dreptul său la a păstra tăcerea până la consultarea cu avocatul, în vreme ce instanțele federale, în procedura de *habeas corpus*, au admis cererea formulată, înlăturând aceste probe și trimitând cauza spre rejudecare.

<sup>15</sup> V. Pușcașu, *Protejarea dreptului...*, p. 376.

<sup>16</sup> V. Pușcașu, *Protejarea dreptului...*, p. 376.

jumătatea de adevăr pe care procedura camerei preliminară o naște, în ceea ce privește examenul de legalitate al probelor, la fel cum nu vor accepta să pronunțe soluții, ignorând solicitările inculpaților de verificare și a legalității substanțiale a probelor anterior administrate, prezumând în mod absolut că legalitatea formală a probei înseamnă și legalitatea substanțială a ei<sup>17</sup>.

Opinia pe care am susținut-o cu tărie atrăgea, însă, și anumite inconveniente ceva mai greu de acceptat. Astfel, dacă acceptăm că judecătorii de cameră preliminară au și obligația de a verifica aspectele de fond ale legalității probelor, problema care se naște, în mod necesar, este aceea că, lipsind instrumentele cu care aceștia ar putea să facă această analiză a legalității probei, ei s-ar vedea nevoiți ca, pe cale de analogie, să recurgă la instrumentarul dedicat instanței și accesibil în faza de cercetare judecătorească, dar pe care legiuitorul nu a înțeles să i-l ofere în succinta procedură a camerei preliminară. Mai mult, judecătorul de cameră preliminară este constrâns a-și exercita atribuțiile în intervalul de timp limitat pus la dispoziție de către legiuitor, având asupra sa și posibila amenințare a angajării răspunderii disciplinare pentru nerespectarea întocmai a normelor legale.

Ipoteza alternativă, însă, ar fi constat în clarificarea acestor aspecte în faza de judecată, în fața instanței, dar, și de această dată, se poate constata faptul că legiuitorul nu a inclus, pentru această etapă procesuală, norme care să permită reiterarea aspectelor deja tranșate în faza de cameră preliminară – cum este și acela al legalității probelor administrate în faza de urmărire penală.

Am apreciat, așadar, că, respectând în mod strict reglementarea existentă – absolut criticabilă, pentru motivele menționate – judecătorul de cameră preliminară ar fi nevoit să analizeze doar formal legalitatea probelor, urmând ca aspecte de ordin substanțial să poată face analiza instanței de judecată, care, însă, formal, nu ar mai putea exclude probele deja considerate legale prin încheierea judecătorului de cameră preliminară, dar le-ar poate înlătura, motivat, cu ocazia motivării soluției dispuse, această soluție fiind un efect indisolubil legat de calitatea reglementării de drept intern, care nu reflectă în mod corect adevăratul rol al camerei preliminară, de filtru prealabil de legalitate – și nu doar formală – a probelor<sup>18</sup>.

Trebuie precizat faptul că sistemele de procedură penală care instituie un examen al legalității probelor, prealabil fazei de judecată, permit judecătorului să cerceteze și aspectele care pot vicia în mod substanțial proba, aspecte care, cele mai adesea, țin de modul de obținere al probei și nicidecum de forma actului în care este îmbrăcată proba sau care a impus administrarea ei. Din această perspectivă, reglementarea noastră procesual-penală nu se ridică la nivelul așteptărilor destinatarilor normei, profesioniștilor dreptului și nici nu atinge nici ținta fixată de către legiuitor însuși.

Pentru toate aceste argumente, am susținut că, de *lege ferenda*, cele două laturi ale examenului de legalitate ar trebui reunite și, în mod corect, aceasta ar trebui realizată în mod prompt, în mână judecătorului de cameră preliminară, cu riscul de a extinde durata

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 378.

camerei preliminară atât cât este necesar pentru ca aceste aspecte să poată beneficia, cu adevărat, de autoritatea de lucru verificat.

Vocile critice formulate, atât din partea doctinarilor, cât și a practicienilor dreptului penal, s-au făcut auzite, la nivel constituțional, astfel că instanța noastră constituțională, sesizată cu o excepție de neconstituționalitate a normelor procesual-penale aferente procedurii de cameră preliminară, a apreciat<sup>19</sup> în sensul susținut și de către noi, că nu sunt respectate standardele constituționale și internaționale asumate de către România.

Apreciem că merită să ne aplecăm mai mult asupra acestei decizii a Curții Constituționale deoarece, în lipsa unei intervenții a legiuitorului până la acest moment, ea este cea care va dicta, pentru viitor, modul de desfășurare a procedurii de cameră preliminară, sub aspectul care ne interesează.

Mai întâi, se impune să arătăm argumentele ridicate de către petenții care au înțeles să invoce această excepție de neconstituționalitate, sub aspectul viciilor procedurii de evaluare a legalității probelor, în etapa camerei preliminară. Astfel, Curtea a reținut următoarele argumente invocate de către aceștia: „Reglementarea procedurii camerei preliminară nu respectă nici principiul administrării echitabile a probelor. Astfel, legalitatea probelor pe parcursul întregului proces penal se analizează strict într-o procedură scrisă, lipsită de contradictorialitate și lipsită de garantarea egalității armelor. Neconstituționalitatea acestei reglementări este dată și de faptul că nu se pot administra probe în faza procedurii camerei preliminară, pentru dovedirea nelegalității probelor administrate în faza de urmărire penală”. Altfel spus, inculpatul se află într-o imposibilitate obiectivă de a contesta în mod real legalitatea unor probe, atunci când pentru dovedirea nelegalității se impune administrarea unor alte probe, un exemplu elocvent în acest sens reprezentându-l art. 102 alin. (1), potrivit căruia „probele obținute prin tortură, precum și probele derivate din acestea nu pot fi folosite în cadrul procesului penal.

Se apreciază că analiza legalității probelor poate avea chiar caracterul unei dezbateri pe fondul cauzei. A ignora această legătură intrinsecă între legalitatea probelor și soluționarea fondului cauzei îl plasează practic pe inculpat în imposibilitatea de a răsturna prezumția de legalitate a unor probe ce nu pot fi combătute decât prin administrarea unor alte mijloace probatorii. Deși Curtea Europeană a Drepturilor Omului permite ca uneori procedura să fie una scrisă, cerința fundamentală pentru ca dreptul la un proces echitabil să fie respectat într-o asemenea situație este ca, cel puțin în fața instanței de fond, procedura să fie una orală. Având în vedere că aspectele care fac obiectul camerei preliminară nu sunt niciodată supuse dezbaterii orale, contradictorii, se ajunge la încălcarea dreptului la un proces echitabil”<sup>20</sup>.

După cum se poate observa, au fost invocate argumente care țin atât de caracterele procedurii (scrisă, preponderent necontradictorie și restrângând egalitatea armelor), dar și de imposibilitatea administrării de probe pentru a dovedi nelegalitatea probelor care au fost, deja, administrate în cauză, în faza de urmărire penală, considerându-se că, în acest fel, inculpatul se află în imposibilitatea demontării prezumției de legalitate a respectivelor

<sup>19</sup> A se vedea Dec. nr. 641/2014, publicată în M. Of. nr. 887 din 5 decembrie 2014.

<sup>20</sup> Dec. CC nr. 641/2014, *precit.* par. 14-15.

probe, cu consecințe dramatice asupra dreptului la un proces echitabil de care se bucură această parte. Se poate observa că, în linii mari, aceleași elemente au fost susținute și de către noi, în cele de mai sus, astfel că nu se impune să dedicăm mai mult spațiu analizei acestora, concentrându-ne, deci, atenția, asupra considerentelor Curții.

Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate a art. 345 alin. (1) C. pr. pen.<sup>21</sup>, reținând mai multe argumente decisive, printre care se numără și unele care vizează tocmai viciile procedurii de evaluare a legalității probelor, în etapa camerei preliminare, cauzate de imposibilitatea de evaluare reală a legalității acestora, prin administrarea altor probe și printr-o reală dezbatere, în procedură orală și contradictorie, a acestor aspecte.

Astfel, asupra acestor elemente, Curtea afirmă următoarele: „Curtea observă că, din reglementarea instituției camerei preliminare, se desprinde ideea imposibilității pentru judecătorul din această fază de a administra probe pentru a stabili legalitatea probelor administrate în faza de urmărire penală, nebeneficiind de contradictorialitate și oralitate, singura posibilitate pentru acesta fiind constatarea formală a legalității probelor sau necesitatea excluderii unora dintre acestea. Or, astfel cum s-a arătat anterior, organul de urmărire penală strânge și administrează probe, atât în favoarea, cât și în defavoarea suspectului sau inculpatului, astfel încât, în situația în care în cauza respectivă sunt mai mulți inculpați, proba care acționează în favoarea unuia poate acționa în defavoarea celui alt.

Curtea observă că în anumite circumstanțe aspectele de fapt ce au stat la baza obținerii anumitor probe au relevanță directă și implicită asupra legalității probelor; or, imposibilitatea judecătorului de cameră preliminară de a administra noi probe ori de a solicita depunerea anumitor înscrisuri, precum și lipsa unei dezbateri orale cu privire la aceste aspecte, îl pun pe acesta în postura de a nu putea clarifica situația de fapt, aspect ce se poate răsfrânge implicit asupra analizei de drept”<sup>22</sup>.

Se poate observa cum Curtea noastră – cu perfectă îndreptățire – a subliniat legătura strânsă care există între aspectele de legalitate a probelor și clarificarea situației de fapt în care ele au fost obținute, cu consecința că necunoașterea acestora din urmă face imposibilă reala evaluare a legalității probelor, care ajunge să fie înlocuită de un simplu examen formal, dar care nu mai corespunde nici adevărului faptic și nici scopului de asigurare a legalității în materia probațiunii, cu consecințe dramatice pentru justa legala și temeinica soluționare a cauzei.

În lipsa unor norme care să indice cu claritate care sunt probele care pot fi administrate în această fază procesuală și care sunt limitele în care se realizează probațiunea în această procedură, considerăm că se vor urma regulile generale în materie, ținând, însă,

---

<sup>21</sup> Potrivit acestei norme: „Dacă s-au formulat cereri și excepții ori a ridicat din oficiu excepții, judecătorul de cameră preliminară se pronunță asupra acestora, prin încheiere motivată, în camera de consiliu, fără participarea procurorului și a inculpatului, la expirarea termenului prevăzut la art. 344 alin. (4)”.

<sup>22</sup> Dec. nr. 641/2014, *precit.*, par. 60-61.

cont de specificul camerei preliminară, astfel cum este conturat prin norma art. 342 C. pr. pen.<sup>23</sup>, care circumscrie obiectul procedurii pe care o analizăm.

Astfel, cu privire la probele care pot fi administrate, apreciem că sunt incidente dispozițiile art. 97 C. pr. pen., cu mențiunea, însă, că nu vor putea fi administrate decât acele probe care tind la a dovedi legalitatea sau nelegalitatea administrării uneia sau mai multor probe aparținând fazei de urmărire penală (de regulă, ar fi vorba despre: audierea unor martori, a inculpatului sau a altor părți; administrarea unor mijloace materiale de probă; efectuarea unor confruntări, fără a fi exclusă dispunerea examinării medico-legale a inculpatului sau chiar efectuarea unei expertize medico-legale care să verifice susținerea acestuia, referitoare la supunerea sa la tratamente inumane sau tortură ș.a.) și nicidecum la a proba elemente dintre cele menționate la art. 98 C. pr. pen.<sup>24</sup>, care vizează fondul procesului penal (de principiu, doar în cazuri excepționale s-ar ajunge la administrarea probei cu înscrisuri, iar recurgerea la percheziții sau folosite metode speciale de supraveghere sau cercetare ș.a.m.d. ar fi la fel de improbabilă).

Fără îndoială, revine judecătorului de cameră preliminară sarcina dificilă ca, în lipsa oricăror norme legale, pornind doar de la argumentele expuse în motivarea deciziei Curții Constituționale, printr-o judicioasă aplicare a principiilor dreptului la un proces echitabil, să încuviințeze administrarea acelor probe care cu adevărat permit aflarea adevărului sub aspectul legalității și loialității probelor administrate în faza de urmărire penală, fără a permite, însă, denaturarea obiectului procedurii de cameră preliminară și transformarea sa într-o fază procesuală în care dezbateră contradictorie a părților este mutată în zona aspectelor vizând fondul cauzei.

Pe de altă parte, este de observat și faptul că, permițând, așa cum este și firesc, administrarea probelor în această fază procesuală – gândită, inițial, în mod greșit, ca o etapă succintă, necontradictorie și scrisă, în care dezbateră era limitată în mod substanțial – procedura de cameră preliminară suferă o transformare profundă, care o apropie în mod profund de faza judecătorească, astfel că noutatea pe care camera preliminară era așteptată a o aduce în procedura noastră penală a fost semnificativ eliminată. Din aceleași considerente, și respectarea termenului de 60 de zile, prevăzut de art. 343 C. pr. pen. se regăsește sub un serios semn de întrebare, mai ales în cauzele în care natura cererilor și excepțiilor invocate impune administrarea de probe pentru clarificarea situațiilor despre care se afirmă că ar fi generat probe nelegale sau neloiale, inclusiv prin încălcarea dreptului la tăcere și la neautoincriminare.

Trebuie precizat, totodată, și faptul că Instanța Constituțională a apreciat că se impune, în mod obligatoriu, a acorda dreptul tuturor părților de a participa la procedura

---

<sup>23</sup> Conform art. 342 C. pr. pen.: „Obiectul procedurii camerei preliminară îl constituie verificarea, după trimiterea în judecată, a competenței și a legalității sesizării instanței, precum și verificarea legalității administrării probelor și a efectuării actelor de către organele de urmărire penală”.

<sup>24</sup> Potrivit acestui articol, constituie obiect al probei: a) existența infracțiunii și săvârșirea ei de către inculpat; b) faptele privitoare la răspunderea civilă, atunci când există parte civilă; c) faptele și împrejurările de fapt de care depinde aplicarea legii; d) orice împrejurare necesară pentru justa soluționare a cauzei.

de cameră preliminară<sup>25</sup>, dar și a realiza o comunicare către toate părțile cauzei a „documentelor care sunt de natură să influențeze decizia judecătorului și a se prevedea posibilitatea tuturor acestor părți de a discuta în mod efectiv observațiile depuse instanței”<sup>26</sup>, ceea ce implică și posibilitatea, pentru inculpat, de a cunoaște și de a dezbate aspectele conținute în răspunsul înaintat de către parchet la aspectele de nelegalitate a probelor, invocate.

Principiile contradictorialității și oralității – care sunt fundamentale și în formarea convingerii instanței și aflarea adevărului cu privire la legalitatea probelor – au fost, așadar, nesocotite de către legiuitorul nostru, în urmărirea unei proceduri simplificate și urgente, dar care nu respectă exigențele dreptului la un proces echitabil, riscând să dea naștere unor situații grave, când abuzul organelor judiciare, în strângerea și administrarea probelor, nu mai este aflat deoarece el nu mai poate fi probat.

Concluzionăm, așadar, că, în viziunea Curții Constituționale, reglementarea procedurii camerei preliminare conținută în art. 345 alin. (1) și art. 346 alin. (1) C. pr. pen. s-a realizat deficitar, iar concordanța cu exigențele constituționale și ale Convenției europene a drepturilor omului impune în mod obligatoriu necesitatea de a permite judecătorului de cameră preliminară să administreze, dacă se impune, și alte probe, necesare pentru a putea soluționa, în mod temeinic, contestările de legalitate ale probelor administrate în faza de urmărire penală, dar și de a supune dezbaterii aspectele invocate, de nelegalitate a probelor, într-o procedură orală, contradictorie și în care părțile beneficiază de arme semnificativ egale: „Din această perspectivă, Curtea apreciază că rezultatul procedurii în camera preliminară referitor la stabilirea legalității administrării probelor și a efectuării actelor procesuale de către organele de urmărire penală are o influență directă asupra desfășurării judecății pe fond, putând să fie decisiv pentru stabilirea vinovăției/nevinovăției inculpatului. Or, reglementând în acest mod procedura camerei preliminare și având în vedere influența pe care această procedură o are asupra fazelor de judecată ulterioare, Curtea constată că legiuitorul a încălcat dreptul părților la un proces echitabil în componenta sa privind contradictorialitatea, oralitatea și egalitatea armelor”<sup>27</sup>.

Prin urmare, chiar dacă, în dispozitivul deciziei, Curtea Constituțională face referire la constatarea neconstituționalității art. 345 alin. (1) și în art. 346 alin. (1) C. pr. pen., în ceea ce privește sintagma „fără participarea procurorului și a inculpatului”, în realitate, în lipsa unei intervenții de ordin legislativ, textele normative menționate vor trebui aplicate, de la momentul publicării deciziei în Monitorul Oficial – 5 decembrie 2014 – în strictă confor-

---

<sup>25</sup> Astfel, Curtea remarcă, în par. 42 al deciziei: „inculpatul nu se bucură de posibilitatea reală de a aduce comentarii referitoare la tot ceea ce este avansat în drept sau în fapt de către adversar și la tot ceea ce este prezentat de acesta, fiind limitat doar la a depune cereri și excepții după consultarea rechizitoriului, iar în ceea ce privește partea civilă și partea responsabilă civilmente, Curtea reține că acestea sunt excluse *ab initio* din procedura de cameră preliminară. Reglementând în acest mod, legiuitorul a restrâns în mod absolut posibilitatea părților de a avea cunoștință și de a dezbate excepțiile ridicate din oficiu și susținerile parchetului, plasându-le într-o situație dezavantajoasă față de procuror.”

<sup>26</sup> *Idem*, par. 43.

<sup>27</sup> *Idem*, par. 61. A se vedea și par. 49 și 57.

mitate cu considerentele deciziei, care se bucură și ele de putere general obligatorie<sup>28</sup>, astfel încât judecătorul de cameră preliminară este obligat a cita toate părțile cauzei, care pot formula cereri (inclusiv probatorii) și ridica excepții, în limitele obiectului procedurii de cameră preliminară, deci inclusiv cu privire la nelegalitatea unor probe administrate în faza de urmărire penală, aceste aspecte urmând a fi puse în dezbatere contradictorie și orală, putându-se administra, dacă soluționarea aspectelor invocate o impune, și alte probe.

Constatăm, așadar, că s-a realizat o dramatică transformare a procedurii de cameră preliminară, astfel cum o gândise legiuitorul, forma statuată de către Curtea Constituțională fiind foarte apropiată de aspectul procedurii din reglementarea anterioară și pe care noul legiuitor dorește să o evite, pentru motivele arătate în expunerea de motive, citată de noi mai sus. Se poate ridica, așadar, întrebarea dacă procedura de cameră preliminară, în această formă, expusă de Curtea Constituțională, și în contextul în care se desfășoară în fața aceluiași judecător al fondului, își mai are rostul sau se impune revenirea la vechea reglementare, prin eliminarea acestei etape procedurale care, de acum, este evident, nu face decât să împietzeze soluționarea cu celeritate a cauzei.

### III. Concluzii

Procedura noastră penală a cunoscut, odată cu intrarea în vigoare a noului Cod de procedură penală, o transformare profundă, provenită și din dorința racordării ei la standardele europene și internaționale. Instituția camerei preliminare se înscrie în categoria instituțiilor juridice de nouitate propuse de Codul de procedură penală, urmărind, la rândul său, atingerea unor înalte deziderate –, dar uneori greu de conciliat – vizând asigurarea celerității soluționării cauzelor și garantarea efectivității dreptului la un proces echitabil.

Cu toate acestea realitatea nudă rezultată din analiza noii reglementări contrazice, uneori, intențiile onorabile ale legiuitorului, noile norme ajungând să aducă atingere unor principii de prim rang ale procedurii penale, inclusiv respectarea dreptului la un proces echitabil și a garanțiilor sale fundamentale. Din acest motiv, Curtea Constituțională a intervenit, declarând neconstituționale multe dintre prevederile de bază ale acestei instituții, inclusiv cele vizând modul de evaluare a legalității probatoriului administrat în cauză.

Din acest motiv, intervenția legiuitorului care să pună în acord noua reglementare cu exigențele de constituționalitate nu ar trebui să se lase așteptată; până atunci, însă, revine instanțelor naționale responsabilitatea de a face aplicarea Deciziei nr. 641/2014 a Curții Constituționale și de a identifica soluțiile optime pentru corelarea normelor procedurale cu principiile fundamentale care guvernează materia procesual-penală, asigurând supremația legii, dar și soluționarea justă a cauzelor penale.

---

<sup>28</sup> A se vedea, în acest sens: Dec. Plenului CC nr. 1/1995, publicată în M. Of. nr. 16 din 26 ianuarie 1995; Dec. nr. 1.415 din 4 noiembrie 2009, publicată în M. Of. nr. 796 din 23 noiembrie 2009, și Dec. nr. 414 din 14 aprilie 2010, publicată în M. Of. nr. 291 din 4 mai 2010.

**Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind  
atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor  
de concesiune  
de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.  
Analiza modificărilor realizate  
prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014.**

**Lect. univ. dr. Sergiu I. STĂNILĂ\*\***  
Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept

**Abstract**

*Running a tendering procedure and a proper award of the public acquisition contract, are both stages in which the rights and interests of economic operators may be injured by acts or transactions issued and carried out by the contracting public authority.*

*Naturally, the successful tenderer may, in turn, to show a misconduct, enduring the rigors of the law.*

*However, when he considers to claim for censoring the legality of the harmful acts and operations, the economic operator faces a number of barriers imposed by the legislature, and even constitutional principles are violated.*

**Keywords:** *public acquisition, public contract, tenderer, contracting authority, guarantee of good conduct*

**Rezumat**

*Derularea unei proceduri de atribuire a contractului de achiziție publică, de la momentul întocmirii documentației de atribuire, continuând cu publicarea anunțului de intenție sau, respectiv, de participare, cu*

---

· Lucrare susținută în cadrul Conferinței internaționale bienale, Ediția a X-a, Timișoara, 17-18 octombrie 2014, organizată de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, în colaborare cu Centrul European de Studii și Cercetări Juridice Timișoara.

\*\* sergiu.stanila@e-uvt.ro.



*verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, cu desemnarea ofertantului câștigător și, respectiv, cu atribuirea propriu-zisă a contractului de achiziție publică, toate reprezintă etape în care drepturile și interesele legitime ale operatorilor economici pot fi prejudiciate prin acte sau operațiuni emise și realizate de autoritatea contractantă.*

*Firește că și ofertantul poate, la rândul său, să manifeste o conduită neconformă, suportând rigorile legii.*

*Totuși, atunci când intenționează să ceară intervenția organelor administrativ-jurisdicționale, a instanțelor de judecată, în scopul cenzurării legalității actelor și operațiunilor vătămătoare, operatorul economic se lovește de o serie de bariere impuse de legiuitor, principii și chiar norme constituționale fiind încălcate.*

**Cuvinte-cheie:** *achiziție publică, contract de achiziție publică, ofertant, autoritate contractantă, garanție de bună conduită*

## 1. Generalități

O.U.G. nr. 34/2006<sup>1</sup> privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii are drept scop desemnarea partenerului economic cu care autoritatea contractantă, autoritatea publică, va încheia contractul de achiziție publică de bunuri, servicii sau lucrări.

Actul normativ a fost supus numeroaselor intervenții ale legiuitorului<sup>2</sup>, cea mai

<sup>1</sup> Publicată în M. Of. nr. 418 din 15 mai 2006.

<sup>2</sup> Amintim, cu titlu de exemplu, modificările produse prin Legea nr. 337/2006 pentru aprobarea O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în M. Of. nr. 625 din 20 iulie 2006, Legea nr. 128/2007 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în M. Of. nr. 309 din 9 mai 2007, O.U.G. nr. 94/2007 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în M. Of. nr. 676 din 4 octombrie 2007, O.U.G. nr. 143/2008 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în M. Of. nr. 805 din 2 decembrie 2008, O.U.G. nr. 19/2009 privind unele măsuri în domeniul legislației referitoare la achizițiile publice, publicată în M. Of. nr. 156 din 12 martie 2009, O.U.G. nr. 72/2009 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în M. Of. nr. 426 din 23 iunie 2009, O.U.G. nr. 76/2010 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în M. Of. nr. 453 din 2 iulie 2010, Legea nr. 278/2010 privind aprobarea O.U.G. nr. 76/2010 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în M. Of. nr. 898 din 31 decembrie 2010, Legea nr. 279/2011 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea

recentă fiind realizată prin O.U.G. nr. 51/2014<sup>3</sup> pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, adoptată la data de 28 iunie 2014.

Invocând în principal necesitatea adoptării unor măsuri urgente care să fluidizeze procedura de atribuire a contractelor de achiziții publice și care să protejeze autoritățile contractante împotriva depunerii unor contestații abuzive care au modificat scopul pentru care au fost instituite căile de atac în domeniul achizițiilor publice<sup>4</sup>, legiuitorul a schimbat radical regulile procedurii de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Modificările produse încalcă, în opinia noastră, principiile după care funcționează procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, încalcă norme constituționale chiar, producând dezechilibre majore, atât între ofertanți, cât și în raporturile dintre aceștia și autoritățile contractante.

Vom proceda la analiza acestor modificări, încercând să justificăm afirmația anterioară, având în vedere și Decizia nr. 5 din 15 ianuarie 2015 pronunțată de Curtea Constituțională, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 271<sup>1</sup> și art. 271<sup>2</sup> din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii<sup>5</sup>.

## 2. Analiza modificărilor intervenite

contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în M. Of. nr. 872 din 9 decembrie 2011, O.U.G. nr. 77/2012 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în M. Of. nr. 827 din 10 decembrie 2012, O.U.G. nr. 31/2013 pentru modificarea art. 8 lit. b<sup>1</sup>) din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în M. Of. nr. 237 din 24 aprilie 2013, O.U.G. nr. 35/2013 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în M. Of. nr. 251 din 30 aprilie 2013.

<sup>3</sup> Publicată în M. Of. nr. 486 din 30 iunie 2014.

<sup>4</sup> Adoptarea O.U.G. nr. 51/2014 a fost motivată și de importanța evitării riscului diminuării gradului de cheltuire a fondurilor alocate, inclusiv a fondurilor europene, de imposibilitatea de a solicita cheltuieli la rambursare, ceea ce conduce la o stagnare a gradului de absorbție, conform datelor statistice, de faptul că o prioritate majoră a Guvernului o constituie îmbunătățirea gradului de absorbție a fondurilor Uniunii Europene, în scopul evitării consecințelor negative care derivă din disfuncționalitățile sistemului – precum pierderea finanțării externe, cauzată de prelungirea procedurii de atribuire, întârzierea implementării unor proiecte de interes general, apariția unor disfuncționalități în ceea ce privește activitatea autorităților contractante, datorate neachiziționării în timp util a produselor, serviciilor și/sau lucrărilor necesare desfășurării activităților curente etc., împovărarea personalului cu atribuții în gestionarea procedurilor de achiziții publice, existența unui număr foarte mare de contestații care afectează eficiența Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor – pentru evitarea dezangajării automate a fondurilor alocate României și pentru a asigura o creștere continuă a gradului de absorbție, în considerarea faptului că aceste elemente vizează interesul general public și constituie situații de urgență și extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată.

<sup>5</sup> Publicată în M. Of. nr. 188 din 19 martie 2015.

### **2.1. Art. 16<sup>1</sup> se abrogă**

Art. 16<sup>1</sup> avea următorul conținut: regiile autonome sau companiile naționale/societățile comerciale care nu se încadrează în prevederile art. 8 sau 9, dar al căror capital integral ori majoritar este deținut de un organism al statului, pentru atribuirea contractelor de furnizare/prestare de servicii/execuție de lucrări a căror valoare estimată depășește pragul prevăzut la art. 19 trebuie să elaboreze norme procedurale interne care să asigure respectarea principiilor nediscriminării și egalității de tratament, transparenței, proporționalității și recunoașterii reciproce. Normele procedurale interne vor fi aprobate de către autoritatea tutelară.

Reglementarea anterioară urmărea respectarea prevederilor O.U.G. nr. 34/2006 de către entitățile care intenționau achiziționarea unui bun, serviciu sau lucrare, fără a se încadra însă în categoriile de autorități contractante definite de legiuitor<sup>6</sup>. Aceste entități aveau obligația de a elabora norme care să urmărească respectarea principiilor edictate de legiuitor, respectiv nediscriminarea, egalitatea de tratament, proporționalitatea sau recunoașterea reciprocă.

Odată cu abrogarea acestei prevederi, procedura reglementată de O.U.G. nr. 34/2006 se aplică tuturor contractelor enumerate în art. 9 din Ordonanță<sup>7</sup>, atribuite de autoritățile contractante enumerate la art. 8 din Ordonanță.

---

<sup>6</sup> Potrivit art. 8 din O.U.G. nr. 34/2006 modificată, este autoritate contractantă:

a) oricare organism al statului – autoritate publică sau instituție publică – care acționează la nivel central ori la nivel regional sau local;

b) oricare organism, altul decât unul dintre cele prevăzute la lit. a), cu personalitate juridică, care a fost înființat pentru a satisface nevoi de interes general fără caracter comercial sau industrial și care se află cel puțin în una dintre următoarele situații:

- este finanțat, în majoritate, de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către un alt organism de drept public;

- se află în subordinea sau este supusă controlului unei autorități contractante, astfel cum este definită la lit. a), sau unui alt organism de drept public;

- în componența consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare mai mult de jumătate din numărul membrilor acestuia sunt numiți de către o autoritate contractantă, astfel cum este definită la lit. a), sau de către un alt organism de drept public;

c) oricare asociere formată de una sau mai multe autorități contractante dintre cele prevăzute la lit. a), b), d) sau e);

d) oricare întreprindere publică ce desfășoară una sau mai multe dintre activitățile prevăzute la cap. VIII secțiunea 1, atunci când aceasta atribuie contracte de achiziție publică sau încheie acorduri-cadru destinate efectuării respectivelor activități;

e) oricare subiect de drept, altul decât cele prevăzute la lit. a)-d), care desfășoară una sau mai multe dintre activitățile prevăzute la cap. VIII secțiunea 1, în baza unui drept special sau exclusiv, astfel cum este acesta definit la art. 3 lit. k), acordat de o autoritate competentă, atunci când acesta atribuie contracte de achiziție publică sau încheie acorduri-cadru destinate efectuării respectivelor activități.

<sup>7</sup> Potrivit art. 9, ordonanța de urgență se aplică pentru:

a) atribuirea contractului de achiziție publică, inclusiv a contractului sectorial, în acest din urmă caz fiind aplicabile prevederile cap. VIII;

b) încheierea acordului-cadru;

c) atribuirea, de către o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă, a unui contract de lucrări, în cazul în care se îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

Orice altă entitate juridică, care nu se regăsește în enumerarea realizată de legiuitor, nu va aplica prevederile Ordonanței la atribuirea unui contract care nu intră în sfera noțiuni de contract de achiziție publică.

**2.2. La art. 270 alin. (1), după lit. d) se introduce o nouă literă, lit. d<sup>1</sup>), cu următorul cuprins: „d<sup>1</sup>) dovedirea interesului legitim”;**

Această nouă condiție va putea genera interpretări subiective din partea organului jurisdicțional de soluționare a contestațiilor.

Contestația reprezintă mijlocul procedural pus la dispoziția participanților la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică, prin care aceștia pot contesta actele administrative adoptate de autoritatea contractantă în cadrul procedurii, precum și operațiunile tehnico-materiale care produc efecte juridice, în ipoteza în care acestea sunt vătămătoare.

Altfel spus, calitatea de a formula contestație aparține doar celor care participă într-o procedură de atribuire a contractului de achiziție publică, în care urmăresc atribuirea contractului administrativ și, implicit, obținerea de profit, de beneficii. Este așadar evident că aceste persoane justifică *ab initio* un interes legitim în a formula contestație, dacă drepturile sau interesele lor le sunt lezate<sup>8</sup>.

Condiția nou introdusă, respectiv necesitatea dovedirii interesului legitim, va genera o practică arbitrară, rămânând la dispoziția Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor să aprecieze dacă acest interes există sau nu și, respectiv, dacă el este legitim.

---

- respectivul contract este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50%, de către o autoritate contractantă;

- valoarea estimată a respectivului contract este egală sau mai mare decât echivalentul în lei al sumei de 5.000.000 euro;

c<sup>1</sup>) atribuirea, de către o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă, a unui contract de servicii, în cazul în care se îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:

- respectivul contract este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50%, de către o autoritate contractantă;

- valoarea estimată a respectivului contract este egală sau mai mare decât echivalentul în lei al sumei de 200.000 euro;

d) atribuirea contractului de achiziție publică de către o autoritate contractantă, în numele și pentru o altă persoană fizică/juridică, în cazul în care respectivul contract este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50%, de către o autoritate contractantă;

e) organizarea concursului de soluții;

f) atribuirea contractului de concesiune de lucrări publice și a contractului de concesiune de servicii, în acest caz fiind aplicabile prevederile cap. VII.

<sup>8</sup> A se vedea și A. Roșu, *Despre „garanția de bună conduită” și alte măsuri cuprinse în O.U.G. nr. 51/2014 pentru modificarea și completarea Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 34/2006*, articol susținut în cadrul dezbaterii Accesul la Justiția Achizițiilor Publice, un pariu de 100.000 euro, publicat în Revista de Note și Studii Juridice și pe <http://www.juridice.ro/334804/despre-garantia-de-buna-conduita-si-alte-masuri-cuprinse-in-oug-nr-51-2014-pentru-modificarea-si-completarea-oug-nr-342006.html>.

Toate celelalte elemente enumerate de art. 270 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 reprezintă componente obiective ale contestației, care pot fi probate cu mijloace de probă certe, neechivoce, care nu dau naștere la interpretări.

Consecința nedovedirii interesului legitim în promovarea căii de atac, constă în respingerea contestației ca inadmisibilă, ceea ce conduce și la pierderea garanției de bună conduită, despre care vom vorbi mai jos.

Cum practica a dovedit că, de cele mai multe ori, instanța de judecată competentă să soluționeze plângerea împotriva deciziei pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în soluționarea contestației, menține această decizie, noua prevedere este periculoasă pentru securitatea procedurii, pentru garantarea liberului acces la justiție și contravine principiilor de drept prevăzute de legiuitor în această materie specială a achizițiilor publice.

**2.3. La art. 270, alin. (2) se modifică și va avea următorul cuprins: „(2) În situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin. (1), va cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația. În cazul în care contestatorul nu se conformează obligației impuse de Consiliu, contestația va fi respinsă ca inadmisibilă”.**

Prin modificarea adoptată, se reduce termenul în care contestatorul este obligat să răspundă solicitării adresate de Consiliu, completând contestația formulată, respectiv de la 5 la 3 zile. De asemenea, sancțiunea care intervine în cazul în care contestatorul nu se conformează cerințelor Consiliului și nu completează contestația, este respingerea ca inadmisibilă a contestației formulate.

Prima modificare este justificată de celeritatea care guvernează procedurile de achiziție publică, celeritate care trebuie să guverneze inclusiv procedura de soluționare a contestațiilor formulate împotriva actelor administrative și operațiunilor realizate de autoritățile contractante.

A doua modificare este o consecință firească a formalismului impus de legiuitor prin adoptarea O.U.G. nr. 34/2006. Elementele componente ale unei contestații sunt enumerate limitativ de art. 270 alin. (1) din Ordonanță, lipsa oricăruia dintre acestea atrăgând respingerea ca inadmisibilă a contestației.

**2.4. După art. 271 se introduc două noi articole, art. 271<sup>1</sup> și 271<sup>2</sup>, cu următorul cuprins:**

„Art. 271<sup>1</sup> (1) În scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia.

(2) Contestația/Cererea/Plângerea va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1).

(3) Garanția de bună conduită se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări și se depune în original la sediul autorității contractante și în copie la Consiliu sau la instanța de judecată, odată cu depunerea contestației/cererii/plângerii.

(4) Cuantumul garanției de bună conduită se stabilește prin raportare la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, astfel: a) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b); b) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 10.000 euro, la cursul Băncii Naționale a României de la data constituirii garanției; c) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 25.000 euro, la cursul Băncii Naționale a României de la data constituirii garanției; d) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 100.000 euro, la cursul Băncii Naționale a României de la data constituirii garanției.

(5) Garanția de bună conduită trebuie să aibă o perioadă de valabilitate de cel puțin 90 de zile, să fie irevocabilă și să prevadă plata necondiționată la prima cerere a autorității contractante, în măsura în care contestația/cererea/plângerea va fi respinsă.

(6) În cazul în care, în ultima zi de valabilitate a garanției de bună conduită, decizia Consiliului sau hotărârea instanței de judecată nu este rămasă definitivă, iar contestatorul nu a prelungit valabilitatea garanției de bună conduită în aceleași condiții de la alin. (1)-(5), autoritatea contractantă va reține garanția de bună conduită. Prevederile art. 271<sup>2</sup> alin. (3)-(5) se aplică în mod corespunzător.

(7) Prevederile alin. (1)-(6) se aplică în mod corespunzător și în situația în care plângerea împotriva deciziei Consiliului este formulată de o altă persoană decât autoritatea contractantă sau contestator, conform art. 281.”

Invocând pericolul pentru autoritatea contractantă, a unui eventual comportament necorespunzător din partea ofertanților, legiuitorul introduce o nouă instituție juridică, și anume garanția de bună conduită.

Fără a fi definită în mod distinct, la fel cum procedează în cazul celorlalte instituții juridice întâlnite în procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică, legiuitorul caracterizează garanția de bună conduită, mai exact ne arată care sunt consecințele nedeunerii acesteia.

Dacă am încerca să definim garanția de bună conduită, aceasta ar apărea ca fiind suma de bani, calculată în funcție de valoarea estimată a contractului de achiziție publică, care se constituie de către contestator, prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației, cererii sau plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului sau hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia.

Dovada consemnării garanției de bună conduită se depune în original la sediul autorității contractante, precum și în copie la Consiliu sau la instanța de judecată, odată cu depunerea contestației, cererii sau plângerii. Sancțiunea nedepunerii garanției de bună conduită o reprezintă respingerea contestației, cererii sau plângerii formulate. Deși legiuitorul nu reglementează acest aspect, apreciem că nedepunerea dovezii privind constituirea garanției de bună conduită odată cu depunerea contestației, cererii ori plângerii, nu atrage în mod automat respingerea acesteia.

Consiliul sau instanța de judecată au obligația de a pune în vedere contestatorului să facă dovada consemnării garanției de bună conduită, neconformarea acestuia într-un interval de timp rezonabil – 3 zile, prin comparare cu dispoziția de la art. 270 alin. (2) din Ordonanță – ducând la aplicarea sancțiunii.

Din acest punct de vedere, credem că se impunea și o modificare sau o completare a art. 270 alin. (1) din Ordonanță, dovada constituirii garanției de bună conduită trebuind să fie reglementată drept un element component al contestației.

Nedepunerea acesteia odată cu introducerea contestației sau odată cu introducerea plângerii, generează în sarcina Consiliului ori a instanței de judecată obligația de a solicita contestatorului să se conformeze și abia apoi, ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor respective, aplicarea sancțiunii respingerii contestației sau plângerii.

Introducerea acestei noi instituții juridice este criticabilă, din mai multe considerente.

În primul rând, garanția de bună conduită aduce atingere prevederilor art. 21 alin. (4) din Constituția României, potrivit cu care jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite.

Procedura derulată în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, soluționarea unei contestații declarată împotriva unui act administrativ sau unei operațiuni derulate de autoritatea contractantă, reprezintă o jurisdicție specială administrativă care, potrivit normei constituționale, ar trebui să fie gratuită.

Impunerea garanției de bună conduită, condiție de admisibilitate a contestației formulată, face ca textul constituțional să fie golit de conținut, ceea ce nu poate fi acceptat. Mai mult, reținerea garanției de bună conduită, în toate cazurile în care contestația este respinsă, în toate cazurile în care valabilitatea garanției de bună conduită expiră și nu este prelungită, chiar și în ipoteza în care se renunță la aceasta, întărește această concluzie.

Garanția de bună conduită este în realitate o veritabilă taxă, care instituie și chiar impune caracterul oneros al unei jurisdicții speciale administrative.

Cuantumul prohibitiv al garanției de bună conduită, stabilit prin raportare la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit<sup>9</sup>, face ca această jurisdicție specială administrativă să fie una foarte greu de exercitat în practică.

---

<sup>9</sup> Potrivit art. 271<sup>1</sup> alin. (4) din Ordonanță, cuantumul garanției de bună conduită se stabilește prin raportare la valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit, astfel: a) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b); b) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai

Fiecare operator economic, care participă la o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică, va trebui să își fixeze un buget pentru contestație, pentru a-și proteja drepturile și interesele sale, care poate să ajungă până la 100.000 euro, în funcție de valoarea estimată a contractului de achiziție publică.

În prima formă a O.U.G. nr. 51/2014, legiuitorul a reglementat sancțiunea pierderii garanției de bună conduită, în favoarea autorității contractante, exclusiv în ipoteza în care contestația, cererea sau plângerea erau respinse ca inadmisibile. Ulterior, prin Rectificarea din 10 iulie 2014<sup>10</sup>, textul inițial a fost modificat, această sancțiune operând ori de câte ori contestația, cererea sau plângerea sunt respinse.

Prevederea contrazice însuși scopul pentru care a fost introdusă această garanție de bună conduită. Aceasta pentru că, în ipoteza în care contestația, cererea sau plângerea sunt respinse ca neîntemeiate, nu se poate stabili în sarcina ofertantului contestator sau titular al cererii ori plângerii, o prezumție de rea credință, de comportament necorespunzător în relația cu autoritatea contractantă. *Ad absurdum*, am putea accepta această prezumție în cazul în care contestația, cererea ori plângerea sunt respinse ca tardive ori ca inadmisibile, însă și aici trebuiesc făcute niște nuanțări obligatorii.

Am văzut mai sus că nedovedirea interesului legitim în promovarea contestației atrage respingerea ca inadmisibilă a acesteia. Întrucât aprecierea este una subiectivă și aparține exclusiv Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, se pot produce abuzuri. La fel, se pot ivi situații în practică, în care ofertantul contestator să calculeze eronat termenul de introducere a contestației, cererii ori plângerii, fără a fi de rea credință, rea credință care trebuie dovedită, neputând fi prezumată.

În al doilea rând, garanția de bună conduită aduce atingere prevederilor art. 16 alin. (1) din Constituția României, text care instituie egalitatea în fața legii.

Există situații practice în care împotriva deciziei pronunțate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în soluționarea unei contestații, autoritatea contractantă să fie cea care formulează plângere la instanța de judecată competentă.

În această situație, autoritatea contractantă nu are obligația de a consemna garanția de bună conduită, aceasta fiind reglementată exclusiv în sarcina contestatorului sau a operatorului economic care formulează plângere împotriva deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

În mod evident, autoritatea contractantă se bucură în această împrejurare de un tratament preferențial în fața instanței de judecată, ceea ce contravine normei precitate. Superioritatea autorității publice față de cocontractantul său, specifică raporturilor juridice de drept administrativ, nu se extinde și în fața instanței de judecată, nu și atunci când

---

mult decât echivalentul în lei a 10.000 euro, la cursul Băncii Naționale a României de la data constituirii garanției; c) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. a) și b), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 25.000 euro, la cursul Băncii Naționale a României de la data constituirii garanției; d) 1% din valoarea estimată, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) lit. c), dar nu mai mult decât echivalentul în lei a 100.000 euro, la cursul Băncii Naționale a României de la data constituirii garanției.

<sup>10</sup> Publicată în M. Of. nr. 516 din 10 iulie 2014.



dreptul devine litigios, părțile unui litigiu situându-se pe poziție de perfectă egalitate juridică.

Art. 271<sup>2</sup> – „(1) În cazul în care contestația este respinsă de către Consiliu sau de către instanța de judecată, atunci când contestatorul se adresează direct instanței, autoritatea contractantă are obligația de a reține garanția de bună conduită de la momentul rămânerii definitive a deciziei Consiliului/hotărârii instanței de judecată. Reținerea se aplică pentru loturile la care contestația a fost respinsă.

(2) Prevederile alin. (1) se aplică și în cazul în care contestatorul renunță la contestație/cerere/plângere.

(3) Măsura prevăzută la alin. (1) nu va fi aplicată în cazul în care Consiliul/instanța de judecată respinge contestația ca rămasă fără obiect sau în cazul în care s-a renunțat la contestație/cerere/plângere, ca urmare a adoptării de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere necesare, în condițiile art. 256<sup>3</sup> alin. (1).

(4) În situația în care Consiliul admite contestația, respectiv instanța competentă admite plângerea formulată împotriva deciziei Consiliului de respingere a contestației, autoritatea contractantă are obligația de a restitui contestatorului garanția de bună conduită, în cel mult 5 zile de la momentul rămânerii definitive a deciziei/hotărârii.

(5) În situația în care contestatorul se adresează direct instanței de judecată și aceasta admite cererea introdusă, prevederile alin. (4) se aplică în mod corespunzător.

(6) Sumele încasate de autoritatea contractantă din executarea garanției de bună conduită reprezintă venituri ale autorității contractante.”

Garanția de bună conduită se eliberează contestatorului atunci când contestația sa este admisă sau plângerea formulată împotriva deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor prin care s-a respins inițial contestația este admisă, precum și atunci când contestatorul renunță la contestație ca urmare a măsurilor de remediere adoptate de autoritatea contractantă. În toate celelalte cazuri, garanția de bună conduită se reține și se face venit al autorității contractante<sup>11</sup>.

Spre deosebire de această instituție juridică specifică domeniului achizițiilor publice, cauțiunea din procesul civil, chiar și cea din procesul penal, au un cu totul alt regim juridic.

Astfel, art. 718 NCPD reglementează consemnarea cauțiunii necesare pentru formularea unei cereri de suspendare a executării silite. Cauțiunea nu se solicită așadar pentru soluționarea contestației la executare în sine, ci doar dacă se cere și suspendarea executării silite până la soluționarea contestației formulate. Pe de altă parte, potrivit art. 719 alin. (3) NCPD, în cazul respingerii contestației la executare, cauțiunea se indisponibilizează și servește la acoperirea pagubelor cauzate prin întârzierea executării, evident numai dacă se solicită acoperirea unor asemenea pagube.

---

<sup>11</sup> A se vedea Dec. nr. 282 din 27 martie 2012 pronunțată de CCR, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. II alin. (2) din O.U.G. nr. 76/2010 pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, precum și a dispozițiilor art. 278<sup>1</sup> din O.U.G. nr. 34/2006, publicată în M. Of. nr. 317 din 11 mai 2012.

De asemenea, potrivit art. 1063 NCPC, cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus, dacă cel îndreptățit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii convenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii.

În procesul penal, art. 216 NCPP reglementează măsura preventivă a controlului judiciar pe cauțiune. Cauțiunea care se consemnează pe numele inculpatului, garantează participarea inculpatului la procesul penal și respectarea de către acesta a obligațiilor impuse în sarcina sa și se restituie în toate cazurile, mai puțin atunci când instanța de judecată dispune prin hotărâre confiscarea cauțiunii, dacă măsura controlului judiciar pe cauțiune a fost înlocuită cu măsura arestului la domiciliu sau a arestării preventive, conform art. 217 NCPP.

Ce rezultă de aici? Atât în procesul civil, cât și în cel penal, regula impune restituirea cauțiunii consemnate. Dacă prin conduita celui care a inițiat procedura pentru care s-a consemnat cauțiunea, se produce un prejudiciu sau dacă acesta este de rea credință și nu își respectă obligațiile impuse, cauțiunea nu se mai restituie.

În domeniul achizițiilor publice, regula este aceea potrivit cu care garanția de bună conduită nu se mai restituie, cu două excepții, respectiv admiterea contestației și renunțarea la contestație, ca urmare a măsurilor de remediere adoptate de autoritatea contractantă. Nu are nicio relevanță conduita contestatorului, buna sau reaua credință a acestuia, respectiv dacă prin conduita sa s-a produs sau nu vreun prejudiciu.

De fapt, toți contestatorii sunt prezumați a fi de rea credință, de vreme ce este instituită această veritabilă taxă pentru soluționarea unei proceduri administrativ-jurisdicționale. Până la momentul formulării acestei căi de atac, ofertantul este de bună credință, după acest moment nu.

Este adevărat că au fost și cazuri în practică în care anumiți operatori economici participau la o procedură de achiziție publică, doar pentru a contesta actele emise de autoritatea contractantă, pentru ca apoi să își valorifice într-un mod sau altul beneficiile obținute în urma contestației. În cazul acestor ofertanți, putem accepta prezumția de rea credință, comportamentul necorespunzător în relația cu autoritatea contractantă, precum și cu ceilalți ofertanți.

Eliminarea unui asemenea comportament se putea realiza însă prin măsuri speciale, aplicabile doar cazurilor speciale. Reglementarea unor amenzi, într-un quantum ridicat, care să poată fi reținute din garanția de participare la licitație sau într-un alt mod, era o măsură binevenită.

La data de 15 ianuarie 2015, prin Decizia nr. 5 pronunțată în dosarul nr. 770D/2014, Curtea Constituțională a soluționat excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 271<sup>1</sup> și art. 271<sup>2</sup> din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

Excepția a fost ridicată de Passavant Roediger GmbH, în dosarul nr. 1.020/59/2014 aflat pe rolul Curții de Apel Timișoara – Secția contencios administrativ și fiscal, într-o cauză întemeiată pe dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006, respectiv cu ocazia soluționării plângerii formulate împotriva Deciziei nr. 1.850/C8/179 pronunțate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, prin care s-a respins ca nefondată contestația depusă împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Constituirea și reabilitarea stației de epurare în Caransebeș”.

S-a invocat neconstituționalitatea prevederilor criticate, raportat mai întâi la dispozițiile art. 21 alin. (1) și (2) din Constituție, întrucât impunerea prin lege a unei sarcini patrimoniale de 1% din valoarea unui contract de achiziție publică, reprezintă o îngrădire neconstituțională a exercitării dreptului de acces la instanță, apoi la dispozițiile art. 21 alin. (4) din Constituție, întrucât jurisdicția Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor este o jurisdicție specială administrativă, iar impunerea unei sarcini pecuniare de 1% pentru accesul la această jurisdicție încalcă în mod evident principiul constituțional al gratuității unei asemenea jurisdicții și, în fine, raportat la dispozițiile art. 16 alin. (1) și (2) din Constituție, întrucât dispozițiile legale criticate impun o sarcină oneroasă pentru accesul la justiție doar a uneia dintre părțile potențiale ale unui litigiu de achiziție publică, anume operatorul economic participant.

Curtea Constituțională a respins, ca neîntemeiată, excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 271<sup>1</sup> și ale art. 271<sup>2</sup> alin. (3)-(6) și a admis excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 271<sup>2</sup> alin. (1) și (2).

S-a reținut că dispozițiile art. 271<sup>2</sup> alin. (1) și (2) nu respectă scopul pentru care garanția de bună conduită a fost instituită, întrucât în cazul respingerii contestației de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau de către instanța de judecată, autoritatea contractantă reține, *ope legis*, garanția de bună conduită, fără să fie reglementată competența Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor sau a instanței judecătorești de a dispune prin decizie sau prin hotărâre cu privire la soarta garanției de bună conduită constituită în favoarea autorității contractante.

Cu alte cuvinte, indiferent de conduita procesuală a contestatorului, acesta este sancționat cu pierderea garanției depuse potrivit legii. Prin reținerea necondiționată a garanției de bună conduită, legiuitorul ignoră prezumția bunei-credințe atât în exercitarea drepturilor procedurale aplicabile în materie civilă, cât și în domeniul dreptului administrativ, prezumând automat reaua-credință și comportamentul necorespunzător ale contestatorului a cărui contestație este respinsă.

Astfel, s-a reținut că O.U.G. nr. 34/2006 instituie o veritabilă sancțiune aplicabilă persoanei care, în apărarea intereselor legitime, atacă actul autorității contractante la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau la instanța judecătorească, fără ca vreo autoritate îndrituită în acest sens să stabilească caracterul abuziv al unei astfel de contestații, cereri sau plângeri.

La fel cum în cazul admiterii contestației, plângerii sau cererii, autoritatea contractantă are obligația de a restitui contestatorului garanția de bună conduită, potrivit art. 271<sup>2</sup> alin. (4) și (5) din O.U.G. nr. 34/2006, și în cazul respingerii contestației, plângerii

sau cererii, garanția de bună conduită trebuie restituită dacă nu s-a reținut un comportament necorespunzător al contestatarului.

S-a constatat că este îngădit accesul liber la justiție reglementat de art. 21 alin. (1) din Constituție prin descurajarea contestatorului de a formula o contestație, cerere sau plângere, considerându-se *de plano* că orice respingere se convertește într-o sancțiune pentru un comportament necorespunzător. De asemenea, Curtea a constatat că prin reținerea necondiționată a acestei garanții de bună conduită este afectat și dreptul de proprietate privată prevăzut de art. 44 din Constituție, diminuarea patrimoniului autorilor contestațiilor, cererilor sau plângerilor, neputând fi consecința directă a exercitării unui drept sau libertăți fundamentale, respectiv a unui drept procesual.

Decizia Curții Constituționale confirmă parțial criticile dezvoltate anterior. Nu suntem de acord însă cu înlăturarea argumentelor de neconstituționalitate.

Fără a contesta atribuțiile specializate stabilite de lege în sarcina autorităților publice, în vederea realizării funcțiilor lor, acestea nu trebuie să ofere autorității o poziție procesuală superioară în cadrul procesului civil (administrativ), unde părțile se situează pe poziție de egalitate juridică. Din perspectivă procesuală, părțile litigante nu trebuie văzute ca fiind cetățeni și, respectiv, autorități publice, urmând ca principiul egalității în drepturi să fie analizat între aceștia. Părțile litigante sunt reclamantul și pârâtul, situați pe poziție de egalitate juridică. O altă interpretare echivalează cu instituirea unor excepții de la acest principiu, nereglementate nici prin legea fundamentală și nici prin legea procesuală.

Credem că destinația sumei achitate cu titlu de garanție de bună conduită nu are relevanță pentru aprecierea caracterului gratuit al jurisdicției speciale administrative analizată. Curtea a statuat că, întrucât suma de bani nu se face venit la bugetul de stat sau la bugetul autorității administrativ-jurisdicționale, ci intră în contul autorității contractante, gratuitatea consacrată de norma constituțională cuprinsă în art. 21 alin. (4) nu este încălcată. Rămânem la opinia exprimată anterior, criticând introducerea garanției de bună conduită – condiție de admisibilitate a contestației, cererii sau plângerii formulate.

#### **2.5. La art. 274, alin. (1) și (4) se modifică și vor avea următorul cuprins:**

„Art. 274 – (1) În vederea soluționării contestației/contestațiilor, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului, în termen de cel mult 5 zile lucrătoare de la data primirii contestației conform prevederilor art. 271 alin. (1), punctul său de vedere asupra acesteia/acestora, însoțit de orice alte documente considerate edificatoare, precum și, sub sancțiunea amenzii prevăzute la art. 275 alin. (3), o copie a dosarului achiziției publice, cu excepția anunșurilor publicate în Seap și a documentației de atribuire, atunci când aceasta este disponibilă și poate fi descărcată direct din Seap. Lipsa punctului de vedere al autorității contractante nu împiedică soluționarea contestației/contestațiilor, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia/acestora (...). (4) La cerere, contestatorul are acces la dosarul achiziției publice de la Consiliu”.

Modificările produse vizează în primul rând mărirea termenului în care autoritatea contractantă trebuie să trimită Consiliului punctul său de vedere asupra contestației formulate, de la 3 la 5 zile, precum și calcularea acestuia de la data la care autoritatea contractantă primește contestația formulată de contestator. Celeritatea pe care o subliniam anterior, acum nu se mai regăsește, chiar dacă modificarea nu este una de ansamblu.

În al doilea rând, contestatorul are acces la dosarul achiziției publice depus la Consiliu de către autoritatea contractantă, aparent fără nicio restricție referitoare la propunerile tehnice, ca și în trecut. Spunem doar aparent, pentru că dosarul achiziției publice poate fi consultat cu respectarea informațiilor confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii<sup>12</sup>.

**2.6. La art. 274, după alin. (4) se introduce un nou alineat, alin. (5), cu următorul cuprins: „(5) Consiliul sau instanța de judecată are obligația de a aplica prevederile alin. (4), cu respectarea art. 24.”**

Cum am arătat, accesul la dosarul achiziției publice este restricționat, raportat la informațiile confidențiale, secretul comercial și proprietatea intelectuală.

**2.7. La art. 278, alin. (1) se modifică și va avea următorul cuprins:**

„Art. 278 (1) Consiliul/Instanța de judecată se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu se mai procedează la analiza pe fond a cauzei.”

Modificarea vizează reglementarea competenței instanței de judecată de a se pronunța cu prioritate asupra excepțiilor de procedură și de fond. Această prevedere, deși nu exista reglementată în mod distinct anterior, se subînțelegea, având în vedere compatibilitatea O.U.G. nr. 34/2006 cu normele Noului Cod de Procedură Civilă<sup>13</sup>.

**2.8. Art. 278<sup>1</sup> se abrogă**

Abrogarea acestui text este firească, având în vedere reglementarea obligației de constituire a garanției de bună conduită și, mai ales, a împrejurărilor în care se reține aceasta.

Garanția de participare nu mai condiționează în niciun fel introducerea unei contestații sau a unei plângeri și nici nu poate fi afectată în funcție de modul de soluționare al acestora.

**2.9. La art. 294, alin. (9) se modifică și va avea următorul cuprins:**

„(9) În cazul contractelor finanțate din fonduri europene și/sau din fonduri publice naționale aferente acestora, prevederile alin. (1)-(8) se aplică doar contravențiilor care nu constituie abatere potrivit anexei la O.U.G. nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor naționale aferente acestora, aprobată cu modificări și completări prin *Legea nr. 142/2012*, cu modificările și completările ulterioare”.

A fost eliminat textul care excludea aplicarea acestei prevederi achizițiilor derulate de beneficiarii Programului Național de Dezvoltare Rurală 2007-2013.

**2.10. Contestațiile/Cererile/Plângerile aflate în curs de soluționare la Consiliu sau instanța de judecată la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență**

<sup>12</sup> A se vedea art. 215 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 modificată.

<sup>13</sup> A se vedea art. 14 alin. (5), art. 124 alin. (1), art. 224 și art. 243 NCPC.

**continuă să fie soluționate în condițiile și cu procedura prevăzută de legea în vigoare la data la care au fost depuse.**

În fine, ultima modificare pare a fi o consecință a principiului *tempus regit actum*. Contestațiilor, cererilor și plângerilor introduse anterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 51/2014, nu li se aplică modificările impuse prin acest act normativ. Această prevedere apare ca fiind justă, menită să apere măcar pe acei contestatori care au formulat căile de atac anterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 51/2014.

În legătură cu această problemă, există și argumente contrarii. Normele de procedură sunt de imediată aplicare, având precedentul procesului penal, unde Noul Cod de Procedură Penală a intrat în vigoare la data de 1 februarie 2014 și s-a aplicat tuturor proceselor aflate pe rol sau introduse după această dată, indiferent deci de stadiul lor.

În practică s-a pus problema aplicării prevederilor O.U.G. nr. 51/2014, în ceea ce privește garanția de bună conduită, unei plângeri introdusă pe rolul instanței de judecată după intrarea în vigoare a Ordonanței, deși contestația fusese soluționată de Consiliul anterior intrării în vigoare a Ordonanței.

Curtea de Apel Pitești, investită fiind cu soluționarea unei plângeri împotriva unei decizii a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, contestația fiind introdusă pe legea veche, a considerat că garanția de bună conduită nu poate constitui o condiție de admisibilitate a plângerilor și a cererilor, în general, în cadrul unei proceduri de achiziție publică începută sub imperiul legii vechi, motivând că legea nu retroactivează<sup>14</sup>.

S-a exprimat și opinia potrivit cu care aceste plângeri trebuie însoțite de garanția de bună conduită chiar dacă ele sunt formulate subsecvent unor contestații guvernate de legea veche. Aceasta întrucât contenciosul de achiziții publice ar fi inițiat de plângerea reglementată de art. 281 și următoarele din cadrul O.U.G. nr. 34/2006. Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor nu este o entitate judiciară, procedura derulată în fața sa nefiind așadar una judiciară.

Plângerea este o acțiune judiciară împotriva unui act pronunțat de o jurisdicție de natură administrativă. Investirea instanței judecătorești se produce exclusiv prin formularea plângerii. Or, la data formulării plângerii, este în vigoare O.U.G. nr. 51/2014 care se și aplică în consecință<sup>15</sup>.

Nu suntem de acord cu această din urmă opinie. Plângerea este o cale de atac care poate fi promovată împotriva unei decizii prin care Consiliul soluționează o contestație formulată de un ofertant participant la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică sau în ipoteza în care nu se urmează jurisdicția specială administrativă, ci se formulează un recurs grațios.

Litigiul ia naștere la momentul formulării contestației împotriva actului administrativ, din acel moment putem discuta despre existența unui drept litigios. Chiar dacă, aparent,

<sup>14</sup> R. Mihai, S. Anton, *Garanția de bună conduită – garanție sau taxă de timbru mascată!? Aspecte practice recente din jurisprudența instanțelor din România*, în Revista de Achiziții Publice nr. 85/2014.

<sup>15</sup> D. Cristea, *Scurte considerații asupra aplicării în timp a legilor de procedură în cazul plângerilor împotriva Deciziilor CNSC introduse ulterior intrării în vigoare a Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 51/2014*, <http://www.juridice.ro/343782/scurte-consideratii-asupra-aplicarii-in-timp-a-legilor-de-procedura-in-cazul-plangerilor-impotriva-deciziilor-cnsc-introduse-ulterior-intrarii-in-vigoare-a-oug-nr-512014.html>

legiutorul reglementează plângerea ca o procedură de sine stătătoare, apreciem că existența ei este indisolubil legată de prima etapă, respectiv de promovarea și exercitarea contestației.

De aceea, credem că în soluționarea acestei probleme, trebuie să ne raportăm la momentul formulării contestației și, în funcție de acest moment, să apreciem cu privire la legea aplicabilă.

Cum foarte corect s-a subliniat, nu operatorii economici sunt responsabili de eventualele consecințe negative suportate de autoritatea contractantă; instituțiile și sancțiunile nou introduse nu rezolvă problemele enunțate, fiind doar apte să genereze încălcări ale prevederilor constituționale, ale normelor dreptului Uniunii Europene, precum și ale dreptului convențional și, în consecință, să expună statul român la consecințe negative mai grave decât cele enunțate ca fundament al adoptării actului normativ<sup>16</sup>.

Deja unele instanțe naționale au ridicat semne de întrebare cu privire la conformitatea acestor prevederi cu dispozițiile comunitare.

Astfel, la data de 17 octombrie 2014, Curtea de Apel Oradea a înregistrat pe rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene o trimitere preliminară, cauza C-488/14 Pending Case, Max Boegl România și alții. S-au invocat dispozițiile art. 1 alin. (1)-(3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, respectiv din Directiva 92/13/CEE a Consiliului din 25 februarie 1992 privind coordonarea actelor cu putere de lege și actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor, modificate prin Directiva 2007/66/CE, care trebuie interpretate în sensul că se opun unei reglementări care condiționează accesul la căile de atac împotriva deciziilor autorității contractante de obligativitatea depunerii în prealabil a unei garanții de bună conduită, precum cea reglementată de art. 271/1 și 271/2 din O.U.G. nr. 34/2006.

La data de 24 septembrie 2014, Curtea de Apel București a înregistrat de asemenea o trimitere preliminară pe rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene, înregistrată sub nr. C-439/14. S-au invocat dispozițiile art. 1 alin. (1) al treilea paragraf și alin. (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și actelor administrative referitoare la aplicarea procedurilor privind căile de atac în ceea ce privește atribuirea contractelor de achiziții publice de bunuri și de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, care trebuie interpretate în sensul că se opun unei reglementări care condiționează accesul la căile de atac împotriva deciziilor autorității contractante de obligativitatea depunerii în prealabil a unei garanții de bună conduită, precum cea reglementată de art. 271<sup>1</sup> și art. 271<sup>2</sup> din O.U.G. nr. 34/2006<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> A. Roșu, *op. cit.*, <http://www.juridice.ro/334804/despre-garantia-de-buna-conduita-si-alte-masuri-cuprinse-in-oug-nr-51-2014-pentru-modificarea-si-completarea-oug-nr-342006.html>.

<sup>17</sup> <http://www.juridice.ro/338260/trimitere-preliminara-a-curtii-de-apel-bucuresti-achizitii-publice-update-cjue-respinge-judecarea-potrivit-procedurii-accelerate.html>

În ipoteza în care Curtea de Justiție a Uniunii Europene va confirma neregulile sesizate, probabil legiuitorul român va reveni și va elimina prevederile O.U.G. nr. 51/2014 neconstituționale și vădit necomunitare.

Altfel, scopul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică nu va fi atins și în niciun caz culpa nu va putea fi stabilită în sarcina operatorului economic.

### **3. Concluzii**

În actualul context constituțional, opinăm că jurisdicțiile speciale trebuie să rămână gratuite, fiind interzisă introducerea unor obstacole care să submineze liberul acces la justiție.

Raportat la criticile de mai sus, apreciem că argumentele identificate de legiuitor nu exprimă realitatea din domeniul atât de problematic al achizițiilor publice.



# Protecția secretului corespondenței, a vieții intime, private și de familie, precum și a libertății de exprimare prin jurisdicția constituțională. Aspecte jurisprudențiale

**Dr. Ionița COCHINȚU**

Magistrat-asistent, Curtea Constituțională a României

## **Abstract**

*The rule of law ensures the supremacy of the Constitution and the correlation of laws and all legislation. In this context, the Constitutional Court acts as a guarantor of the supremacy of the Constitution and exercises the constitutional review of laws regulating the matters of cyber security, of data (generated or processed by providers of public electronic communications networks and providers) retention, the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector. Essentially, the providers do not meet the necessary conditions concerning respect for fundamental rights related to intimate, family and private life and to secrecy of correspondence and freedom of expression.*

**Keywords:** *judicial safeguards, the rule of law, relating to personal, family and private life, the secrecy of correspondence*

## **Rezumat**

*Statul de drept asigură supremația Constituției, corelarea legilor și tuturor actelor normative cu aceasta, context în care, Curtea Constituțională, în calitate de garant al supremației Constituției, a exercitat controlul de constituționalitate asupra unor legi care reglementau în materia securității cibernetice, a reținerii datelor generate sau prelucrate de furnizorii de rețele publice de comunicații electronice și de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului, a prelucrării datelor cu caracter personal și a protecției vieții private în sectorul*

comunicațiilor electronice. În esență, s-a reținut că acestea nu îndeplinesc condițiile cu privire la garanțiile necesare respectării drepturilor fundamentale referitoare la viață intimă, familială și privată și la secretul corespondenței, precum și a libertății de exprimare.

Având în vedere jurisprudența Curții Constituționale, vom prezenta câteva aspecte relevante care au constituit considerentele pe care și-a întemeiat instanța de contencios constituțional soluțiile de admitere a excepțiilor de neconstituționalitate.

**Cuvinte-cheie:** garanții jurisdicționale, statul de drept, viață intimă, familială și privată, secretul corespondenței

## I. Introducere

Potrivit art. 1 alin. (5) din Constituție, România este un stat de drept în care respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie, iar garantul supremației Legii fundamentale<sup>1</sup> este unica autoritate de jurisdicție constituțională din România<sup>2</sup>, respectiv Curtea Constituțională. În exercitarea atribuțiilor sale constituționale cu privire la asigurarea controlului constituționalității legilor, instanța de contencios constituțional a verificat compatibilitatea unor legi cu dispozițiile sau principiile Constituției, legi care reglementau în domenii precum securitatea cibernetică a României, reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de rețele publice de comunicații electronice și de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului, prelucrarea datelor cu caracter personal și protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice.

În toate cazurile menționate mai sus s-au admis atât obiecțiile de neconstituționalitate, cât și excepțiile de neconstituționalitate, reținându-se neconstituționalitatea normelor supuse controlului de constituționalitate.

## II. Dreptul la respectarea vieții private și de familie, dreptul la respectarea vieții intime, secretul corespondenței, libertatea de exprimare – Drepturi fundamentale

Dreptul la respectarea vieții private și de familie beneficiază de recunoaștere unanimă și protecție internațională, astfel cum rezultă din art. 12<sup>3</sup> al Declarației universale a

<sup>1</sup> Astfel cum este prevăzut la art. 142 alin. (1) din Constituție.

<sup>2</sup> Potrivit Legii nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale.

<sup>3</sup> Art. 12 din Declarația universală a drepturilor omului statuează că „Nimeni nu va fi supus la imixtiuni arbitrare în viața sa personală, în familia sa, în domiciliul lui sau în corespondența sa, nici la atingeri aduse onoarei și reputației sale. Orice persoana are dreptul la protecția legii împotriva unor asemenea imixtiuni sau atingeri”.

drepturilor omului, din art. 17<sup>4</sup> al Pactului internațional privitor la drepturile civile și politice, din art. 8<sup>5</sup> al Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, precum și din art. 26<sup>6</sup> al Constituției României.

Dreptul la respectarea vieții intime implică în mod necesar și secretul corespondenței, fie că această componentă este expres menționată în cuprinsul aceiași text al art. 8 din Convenție, fie că este reglementată distinct, cum este cazul art. 28<sup>7</sup> din Constituție.

Correspondența exprimă legăturile pe care o persoană le poate stabili în diverse moduri de comunicare cu ceilalți membri ai societății, astfel că include atât convorbirile telefonice, cât și comunicațiile electronice<sup>8</sup>.

Libertatea de exprimare este consacrată expres de art. 30<sup>9</sup> din Constituție și de art. 10<sup>10</sup> din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

---

<sup>4</sup> Art. 17 din Pactul internațional privitor la drepturile civile și politice: „1. Nimeni nu va putea fi supus vreunor imixtiuni arbitrare sau ilegale în viața particulară, în familia, domiciliul sau corespondența sa, nici la atingeri ilegale aduse onoarei și reputației sale. 2. Orice persoană are drept la protecția legii împotriva unor asemenea imixtiuni sau atingeri”.

<sup>5</sup> Art. 8 (Dreptul la respectarea vieții private și de familie) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale: „1. Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale. 2. Nu este admis amestecul unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acesta este prevăzut de lege și constituie, într-o societate democratică, o măsură necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protecția sănătății, a moralei, a drepturilor și a libertăților altora”.

<sup>6</sup> Potrivit art. 26 (Viața intimă, familială și privată) din Constituția României, „Autoritățile publice respectă și ocrotesc viața intimă, familială și privată. Persoana fizică are dreptul să dispună de ea însoțită, dacă nu încalcă drepturile și libertățile altora, ordinea publică sau bunele moravuri”.

<sup>7</sup> Potrivit art. 28 (Secretul corespondenței) din Constituția României, „Secretul scrisorilor, al telegramelor, al altor trimiteri poștale, al convorbirilor telefonice și al celorlalte mijloace legale de comunicare este inviolabil”.

<sup>8</sup> A se vedea, în acest sens, Dec. nr. 1258 din 8 octombrie 2009, publicată în M. Of. nr. 798 din 23 noiembrie 2009.

<sup>9</sup> Art. 30 (Libertatea de exprimare) din Constituție statuează următoarele: „(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. (5) Legea poate impune mijloacelor de comunicare în masă obligația de a face publică sursa finanțării. (6) Libertatea de exprimare nu poate prejudicia demnitatea, onoarea, viața particulară a persoanei și nici dreptul la propria imagine. (7) Sunt interzise de lege defăimarea țării și a națiunii, îndemnul la război de agresiune, la ură națională, rasială, de clasă sau religioasă, incitarea la discriminare, la separatism teritorial sau la violență publică, precum și manifestările obscene, contrare bunelor moravuri. (8) Răspunderea civilă pentru informația sau pentru creația adusă la cunoștință publică revine editorului sau realizatorului, autorului, organizatorului manifestării artistice, proprietarului mijlocului de multiplicare, al postului de radio sau de televiziune, în condițiile legii. Delictelor de presă se stabilesc prin lege”.

<sup>10</sup> Art. 10 (Libertatea de exprimare) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale statuează că „1. Orice persoană are dreptul la libertate de exprimare. Acest drept include libertatea de opinie și libertatea de a primi sau 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 radio-difuziune, cinematografie sau televiziune unui regim de autorizare. 2. Exercițarea acestor libertăți ce comportă îndatoriri și responsabilități poate fi supusă unor formalități, condiții, restrângeri sau sancțiuni prevăzute de lege care, într-o societate democratică, constituie măsuri necesare pentru securitatea națională, integritatea teritorială sau siguranța publică, apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor, protecția sănătății, a moralei, a

Aceste drepturi, deși sunt indisolubil legate de existența umană, orice persoană având dreptul de a le exercita nestingherit, nu sunt, totuși, drepturi absolute, ci sunt condiționale<sup>11</sup>.

### III. Ingerințe ale autorităților statului în exercitarea dreptului la respectarea vieții private și de familie, dreptului la respectarea vieții intime, la secretul corespondenței și la libertatea de exprimare

O limitare a exercițiului dreptului la viață intimă, familială și privată și la secretul corespondenței, precum și a libertății de exprimare trebuie să aibă loc într-o manieră clară, previzibilă și lipsită de echivoc, astfel încât să fie îndepărtată, pe cât posibil, eventualitatea arbitrarului sau a abuzului autorităților în acest domeniu<sup>12</sup>.

Nici prevederile Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, nici Constituția României nu interzic consacrarea legislativă a ingerinței autorităților statului în exercitarea drepturilor menționate, însă intervenția statală trebuie să respecte reguli stricte, expres menționate atât în art. 8 din Convenție, cât și, respectiv, în art. 53 din Legea fundamentală. Astfel, măsurile legislative de natură să afecteze exercitarea drepturilor și libertăților fundamentale trebuie să îndeplinească un scop legitim constând în protejarea siguranței naționale, a siguranței publice, apărarea ordinii publice, prevenirea faptelor penale, precum și protejarea drepturilor și intereselor altor persoane; să fie necesare într-o societate democratică; să fie proporționale cu situația care le-a determinat; să fie aplicate în mod nediscriminatoriu și să nu aducă atingere existenței dreptului sau a libertății<sup>13</sup>.

În conformitate cu principiile de limitare exprimate în jurisprudența în materie a Curții Europene a Drepturilor Omului, de exemplu cauza *Klass ș.a. c. Germaniei*, 1978<sup>14</sup> sau cauza *Dumitru Popescu c. României*, 2007<sup>15</sup>, actul normativ care reglementează măsuri de natură să producă ingerințe în exercitarea dreptului la viață privată și de familie, la corespondență și libertății de exprimare trebuie să conțină garanții adecvate și suficiente pentru a proteja persoana de eventualul arbitrar al autorităților statale.

În acest context, Curtea Constituțională recunoaște posibilitatea legiuitorului de a limita exercițiul unor drepturi sau libertăți fundamentale, precum și necesitatea reglementării unor modalități care să ofere organelor cu atribuții specifice în activitatea de

---

*reputației sau a drepturilor altora, pentru a împiedica divulgarea informațiilor confidențiale sau pentru a garanta autoritatea și imparțialitatea puterii judecătorești”.*

<sup>11</sup> Dec. nr. 1258 din 8 octombrie 2009, precitată.

<sup>12</sup> Dec. nr. 440 din 8 iulie 2014, publicată în M. Of. nr. 653 din 4 septembrie 2014.

<sup>13</sup> Dec. nr. 1258 din 8 octombrie 2009, precitată.

<sup>14</sup> [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_ROM.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ROM.pdf)

<sup>15</sup> Publicată în M. Of. nr. 830 din 5 decembrie 2007.

cercetare penală instrumente eficiente și adecvate pentru prevenirea și descoperirea infracțiunilor de terorism, în special, precum și a infracțiunilor grave. Legislația română reglementează, în Codul de procedură penală, modalitățile în care autoritățile publice pot interveni în exercitarea drepturilor la viață intimă, la corespondență și liberă exprimare, cu respectarea tuturor garanțiilor pe care această ingerință le impune<sup>16</sup>.

#### **IV. Protecția secretului corespondenței și a vieții intime, private și de familie, precum și a libertății de exprimare prin jurisdicția constituțională – soluții rezultate din considerentele deciziilor pronunțate în materia securității cibernetice, reținerii datelor generate sau prelucrate de furnizorii de rețele publice de comunicații electronice și de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului, prelucrarea datelor cu caracter personal și protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice**

##### **1. Reținerea și păstrarea datelor – limitarea drepturilor fundamentale**

Reținerea și păstrarea datelor constituie în mod evident o limitare a dreptului la protecția datelor cu caracter personal, respectiv a drepturilor fundamentale protejate constituțional referitoare la viață intimă, familială și privată, la secretul corespondenței, precum și libertatea de exprimare. O astfel de limitare poate opera însă în conformitate cu dispozițiile art. 53 din Constituție, care prevăd posibilitatea restrângerii exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți numai prin lege și numai dacă se impune, după caz, pentru apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor, pentru desfășurarea instrucției penale, prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav. Măsura restrângerii poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică, trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau a libertății<sup>17</sup>.

##### **2. Principii directoare ale politicii de securitate cibernetică la nivel național**

Astfel, în cadrul controlului de constituționalitate, instanța de contencios constituțional a verificat dacă reglementarea domeniului vizat, respectiv Legea privind securitatea cibernetică a României, concordă cu respectarea dreptului la viață intimă, familială și privată, cu inviolabilitatea secretului corespondenței, cu dreptul la protecția datelor cu caracter personal, valori fundamentale care ar trebui să reprezinte principii directoare ale politicii de

---

<sup>16</sup> Dec. nr. 1258 din 8 octombrie 2009, precitată.

<sup>17</sup> Dec. nr. 461 din 16 septembrie 2014, publicată în M. Of. nr. 775 din 24 octombrie 2014.

securitate cibernetică la nivel național, și să se asigure că legislația adoptată nu conduce la măsuri care ar constitui interferențe neconstituționale cu drepturile menționate<sup>18</sup>.

### **3. Respectarea normelor de tehnică legislativă**

Respectarea normelor de tehnică legislativă, în cadrul complexului de reguli specifice activității de legiferare, reprezintă un factor determinant în transpunerea voinței legiuitorului, astfel încât actul normativ adoptat să îndeplinească, și prin modalitatea de redactare, toate exigențele impuse de necesitatea respectării drepturilor fundamentale ale omului. Fără a se erija în legislator pozitiv, Curtea Constituțională a observat că reglementarea cât mai exactă a domeniului de aplicare a Legii nr. 298/2008 privind reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului sau de rețele publice de comunicații, precum și pentru modificarea Legii nr. 506/2004 privind prelucrarea datelor cu caracter personal și protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice<sup>19</sup> este cu atât mai necesară, având în vedere, în special, natura complexă a drepturilor supuse limitării, precum și consecințele pe care un eventual abuz al autorităților publice le-ar avea asupra vieții intime a destinatarilor săi, astfel cum aceasta este percepută la nivelul subiectiv al fiecărui individ<sup>20</sup>.

### **4. Claritatea, precizia și previzibilitatea normelor**

Pronunțându-se asupra obiecției de neconstituționalitate a dispozițiilor Legii pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 111/2011 privind comunicațiile electronice<sup>21</sup>, instanța de contencios constituțional<sup>22</sup> a reținut că, în condițiile în care măsurile adoptate prin legea supusă controlului de constituționalitate nu au un caracter precis și previzibil, ingerința statului în exercitarea drepturilor fundamentale privind viața intimă, familială și privată, secretul corespondenței și libertatea de exprimare, deși prevăzută de lege, nu este formulată clar, riguros și exhaustiv pentru a oferi încredere cetățenilor, caracterul strict necesar într-o societate democratică nu este pe deplin justificat, iar proporționalitatea măsurii nu este asigurată prin reglementarea unor garanții corespunzătoare, se constată că dispozițiile Legii pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 111/2011 privind comunicațiile electronice încalcă prevederile constituționale. Așadar, limitarea exercițiului acestor drepturi personale în considerarea unor drepturi colective și interese publice, ce vizează siguranța națională, ordinea publică sau prevenția penală, rupe justul echilibru care ar trebui să existe între interesele și drepturile individuale, pe de o parte, și cele ale societății, pe de altă parte, legea criticată nereglementând garanții suficiente care să

<sup>18</sup> A se vedea în acest sens Dec. nr. 17 din 21 ianuarie 2015, precitată.

<sup>19</sup> Publicată în M. Of. nr. 780 din 21 noiembrie 2008.

<sup>20</sup> Dec. nr. 1258 din 8 octombrie 2009, precitată.

<sup>21</sup> Publicată în M. Of. nr. 925 din 27 decembrie 2011, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 140/2012.

<sup>22</sup> În acest sens este Dec. nr. 461 din 16 septembrie 2014, publicată în M. Of. nr. 775 din 24 octombrie 2014.

permită asigurarea unei protecții eficiente a datelor față de riscurile de abuz, precum și față de orice accesare și utilizare ilicită a datelor cu caracter personal<sup>23</sup>.

De asemenea, cu ocazia controlului de constituționalitate *a priori* asupra Legii privind securitatea cibernetică a României<sup>24</sup>, s-a remarcat caracterul nepredictibil al reglementării, atât sub aspectul tipului de date accesate, cât și al evaluării relevanței datelor solicitate, de natură să creeze premisele unor aplicări discreționare de către autoritățile enumerate în ipoteza normei. Astfel, datele la care se poate solicita accesul pot viza, de exemplu, jurnalele sistemelor de stocare, prelucrare și transmitere a datelor, datele tehnice, datele de configurare ale sistemelor informatice, mesajele sau orice alte date de conținut. Lipsa unei reglementări legale precise, care să determine cu exactitate sfera acelor date necesare identificării evenimentelor survenite în spațiul cibernetic (amenințări, atacuri sau incidente cibernetic), deschide posibilitatea unor abuzuri din partea autorităților competente. Or, cadrul normativ într-un domeniu atât de sensibil trebuie să se realizeze într-o manieră clară, previzibilă și lipsită de confuzie, astfel încât să fie îndepărtată, pe cât posibil, eventualitatea arbitrarului sau a abuzului celor chemați să aplice dispozițiile legale<sup>25</sup>.

Cu ocazia verificării constituționalității Legii nr. 298/2008 privind reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului sau de rețele publice de comunicații, precum și pentru modificarea Legii nr. 506/2004 privind prelucrarea datelor cu caracter personal și protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice, în cadrul controlului exercitat înainte de promulgarea legii, instanța de contencios constituțional a reținut că datele care fac obiectul reglementării, deși au un caracter predominant tehnic, sunt reținute în scopul furnizării informațiilor cu privire la persoana și viața sa privată. Chiar dacă, potrivit prevederilor legale, aceasta nu se aplică și conținutului comunicării sau informațiilor consultate în timpul utilizării unei rețele de comunicații electronice, celelalte date reținute, având ca scop identificarea apelantului și a apelatului, respectiv a utilizatorului și a destinatarului unei informații comunicate pe cale electronică, a sursei, destinației, datei, orei și duratei unei comunicări, a tipului de comunicare, a echipamentului de comunicație sau a dispozitivelor folosite de utilizator, a locației echipamentului de comunicații mobile, precum și a altor «date necesare» – nedefinite în lege –, sunt de natură să prejudicieze manifestarea liberă a dreptului la comunicare sau la exprimare. În concret, datele avute în vedere conduc la concluzii foarte precise privind viața privată a persoanelor ale căror date au fost păstrate, concluzii ce pot viza obiceiurile din viața cotidiană, locurile de ședere permanentă sau temporară, deplasările zilnice sau alte deplasări, activitățile desfășurate, relațiile sociale ale acestor persoane și mediile sociale frecventate de ele. Or, o atare limitare a exercițiului dreptului la viață intimă, familială și privată și la secretul corespondenței, precum și a libertății de exprimare trebuie să aibă loc într-o manieră clară, previzibilă și

<sup>23</sup> Dec. nr. 461 din 16 septembrie 2014, precitată.

<sup>24</sup> În acest sens, CC a pronunțat Dec. nr. 17 din 21 ianuarie 2015, publicată în M. Of. nr. 79 din 30 ianuarie 2015.

<sup>25</sup> Dec. nr. 17 din 21 ianuarie 2015, precitată.

lipsită de echivoc, astfel încât să fie îndepărtată, pe cât posibil, eventualitatea arbitrarului sau a abuzului autorităților în acest domeniu<sup>26</sup>.

În condițiile în care măsurile adoptate prin lege nu au un caracter precis și previzibil, ingerința statului în exercitarea drepturilor constituționale la viață intimă, familială și privată și la secretul corespondenței, deși prevăzută de lege, nu este formulată clar, riguros și exhaustiv pentru a oferi încredere cetățenilor, caracterul strict necesar într-o societate democratică nu este pe deplin justificat, iar proporționalitatea măsurii nu este asigurată prin reglementarea unor garanții corespunzătoare, se consideră că unele dispoziții din Legea privind securitatea cibernetică a României încalcă prevederile constituționale<sup>27</sup>.

Totodată, s-a reținut<sup>28</sup> că orice act normativ trebuie să îndeplinească anumite condiții calitative, printre acestea numărându-se previzibilitatea, ceea ce presupune că acesta trebuie să fie suficient de precis și clar pentru a putea fi aplicat<sup>29</sup>. În același sens, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că legea trebuie, într-adevăr, să fie accesibilă justițiabilului și previzibilă în ceea ce privește efectele sale. Pentru ca legea să satisfacă cerința de previzibilitate, ea trebuie să precizeze cu suficientă claritate întinderea și modalitățile de exercitare a puterii de apreciere a autorităților în domeniul respectiv, ținând cont de scopul legitim urmărit, pentru a oferi persoanei o protecție adecvată împotriva arbitrarului. În plus, nu poate fi considerată „lege” decât o normă enunțată cu suficientă precizie, pentru a permite cetățeanului să își adapteze conduita în funcție de aceasta; apelând la nevoie la consiliere de specialitate în materie, el trebuie să fie capabil să prevadă, într-o măsură rezonabilă, față de circumstanțele speței, consecințele care ar putea rezulta dintr-o anumită faptă<sup>30</sup>. Așa fiind, se apreciază că imprecizia textelor de lege supuse controlului de constituționalitate, constând în lipsa stabilirii cu suficientă claritate a procedurilor de monitorizare și control, respectiv a celor privind constatarea și sancționarea contravențiilor, afectează, pe cale de consecință, și garanțiile constituționale și convenționale care caracterizează dreptul la un proces echitabil, inclusiv componenta sa privind dreptul la apărare. De altfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut, în esență, că nerespectarea garanțiilor fundamentale, care protejează presupușii autori ai unor fapte ilicite, în fața posibilelor abuzuri ale autorităților desemnate să îi urmărească și să îi sancționeze, reprezintă un aspect ce trebuie examinat în temeiul art. 6 din Convenția pentru

---

<sup>26</sup> Aceste considerente au fost avute în vedere și la pronunțarea Dec. nr. 440 din 8 iulie 2014, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor Legii nr. 82/2012 privind reținerea datelor generate sau prelucrate de furnizorii de rețele publice de comunicații electronice și de furnizorii de servicii de comunicații electronice destinate publicului, precum și pentru modificarea și completarea Legii nr. 506/2004 privind prelucrarea datelor cu caracter personal și protecția vieții private în sectorul comunicațiilor electronice și ale art. 152 C. pr. pen., publicată în M. Of. nr. 653 din 4 septembrie 2014.

<sup>27</sup> Dec. nr. 17 din 21 ianuarie 2015, precitată.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> A se vedea, spre exemplu: Dec. nr. 189 din 2 martie 2006, publicată în M. Of. nr. 307 din 5 aprilie 2006; Dec. nr. 903 din 6 iulie 2010, publicată în M. Of. nr. 584 din 17 august 2010, sau Dec. nr. 26 din 18 ianuarie 2012, publicată în M. Of. nr. 116 din 15 februarie 2012.

<sup>30</sup> A se vedea Hot. CEDO din 4 mai 2000, pronunțată în cauza *Rotaru c. României*, par. 52, și Hot. CEDO din 25 ianuarie 2007, pronunțată în cauza *Sissanis c. României*, par. 66.



apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (a se vedea, spre exemplu, Hotărârea din 4 octombrie 2007, pronunțată în Cauza *Anghel c. României*, par. 68)<sup>31</sup>.

#### IV. Concluzii

Prin Hotărârea din 6 septembrie 1978, pronunțată în *Cauza Klass și alții c. Germaniei*, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a apreciat că societățile democratice sunt amenințate în prezent de modalități complexe de spionaj și de terorism, astfel că statul trebuie să fie capabil, pentru a combate eficient aceste amenințări, să supravegheze în mod secret elementele subversive care operează pe teritoriul său (par. 42). Cu toate acestea, Curtea, conștientă de pericolul, inerent măsurilor de supraveghere secretă, „*de a submina, chiar de a distruge democrația sub motivul apărării acesteia, afirmă că statele nu pot lua, în numele combaterii spionajului și terorismului, orice măsură pe care acestea o consideră adecvată*” (par. 49)<sup>32</sup>.

Ca atare, Parlamentul are îndatorirea de a legifera norme corespunzătoare pentru asigurarea reală a respectării drepturilor fundamentale, în lipsa cărora nu se poate concepe existența statului de drept. Fără îndeplinirea acestei îndatoriri, normele constituționale ar avea un caracter pur declarativ, situație inadmisibilă pentru un stat care împărtășește valorile democratice ce fac parte din ordinea publică europeană, așa cum este prefigurat de Convenția europeană a drepturilor omului și de Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> Dec. nr. 17 din 21 ianuarie 2015, precitată.

<sup>33</sup> Sens în care este Dec. CC nr. 233 din 15 februarie 2011, publicată în M. Of. nr. 340 din 17 mai 2011.



---

*Contribuții studentești*

---



# Existe-t-il une justification de l'acculturation du droit? La culture juridique du Common Law et la culture juridique du Droit Continental

**Drd. Monica-Marcela DINU-BAKOŞ\*\***

Universitatea de Vest din Timișoara  
Facultatea de Drept  
Université de Nantes  
Faculté de Droit et Sciences Politiques

## Abstract

*This work aims to underline the differences between the continental law system and the Common Law, in a manner that presents the essence itself of the two legal worlds, which are destined to be separate. It points out the absence of the need to transfer the majority of judicial notions from one system to another and shows they are really opposite. We cannot have a fair justification for legal transplant, because we simply cannot identify identical cultures and identical moral foundations in the judicial and social history.*

**Keywords:** *continental law, French law, Common Law, legal transplant, ratio decidendi, obiter dictum, judicial style, jurisdictio*

## Rezumat

*Acest articol țintește să sublinieze diferențele dintre sistemul de drept continental și cel de Common Law, într-o asemenea manieră încât analizează însăși esența rațională a celor două lumi juridice care sunt destinate să existe separat, și nu amestecate. Nu sunt necesare transplantele legale, prin simplul fapt că aceste sisteme sunt, de facto, opuse. Nu putem avea o justificare echitabilă a transplantului legal din simplul motiv că nu pot exista valori culturale identice, sau valori morale identice de-a lungul istoriei juridice și sociale.*

---

*Acknowledgement:* This work was supported by the strategic grant POSDRU/159/1.5/S/133255, Project ID: 133255 (2014), co-financed by the European Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resources Development 2007-2013.

\*\* monica.m.dinu@gmail.com

*Cuvinte-cheie: drept continental, dreptul francez, Common Law, transplant judiciar, ratio decidendi, obiter dictum, stil juridic, jurisdictio*

«La vie du droit n'a pas été gouvernée par la logique, elle l'a été par l'expérience»

O. Holmes

La prééminence de la définition, l'importance accordée aux axiomes nets et concis, la valorisation des développements fondés sur la clarté et l'ordre, la prépondérance de la démarche déductive et la prédominance des schémas dichotomiques procédant par division des parties selon des degrés de généralité descendante, sont de certaines caractéristiques du droit continental, français. Ce droit continental constaterait également la primauté de la loi, la catégorisation de la pensée: «en droit et en fait», «en droit objectif et en droit subjectif», «en droit privé et en droit public»; la conceptualisation de l'information, la systématisation du propos, bref, une prédilection pour l'apodicticité. La culture juridique française revendique, en fait, l'exposition toujours plus épurée du savoir déjà acquis plutôt que de l'invention. Les juristes français insistent sur la formulation d'une connaissance figurant l'homogénéité, la rationalité intégrale et la certitude, de manière, en fin de compte qu'elle puisse se faire garante de la vérité du droit. Face à la façon dont se déroule la vie du droit en France, le juriste étranger ne trouve pas étonnant qu'on ne s'y soit guère intéressé aux droits de Common Law, ceux-ci se situant aux antipodes de l'approche française. «Pour la culture française, le Common Law aura toujours été, et reste, un droit foncièrement autre»<sup>1</sup>.

Les français ne peuvent pas oublier que leurs idées ont plus d'une fois régné sur le monde, comme ça, ils s'attendent à les retrouver partout. Le rationalisme abstrait, qui est leur esprit même et l'âme de leurs créations à quelque penchant à se croire d'une application universelle.

L'élégance de leurs classifications est si raffinée, l'ordonnance de leurs plans est si savante, qu'ils sont enclins à leur prêter une valeur absolue et à se figurer que tout doit entrer et trouver sa place dans ces cadres. Leur langue, enfin, amoureuse de clarté, habile aux formules précises, les entraîne à négliger ce qu'elle ne peut pas rendre nettement, ou à définir de force ce qui ne peut être que décrit ou indiqué.

Ayant ces faits on insiste sur les différences essentielles entre les deux systèmes.

## I. Le réalisme juridique – l'hypothèse de différenciation

Le regard rétrospectif permet d'affirmer que l'avènement du «réalisme juridique» marque le point de départ d'une interpellation du droit qui entend dépasser les débats traditionnels entre positivité et moralité. S'il fallait généraliser l'ambition réaliste, il faudrait dire que ses partisans ont voulu se libérer de l'idée selon laquelle le droit doit être compris en tant qu'ensemble de doctrines juridiques dont les tenants et aboutissants sont

---

<sup>1</sup> P. Legrand, G. Samuel, *Introduction/Le common law en France, Introduction au common law*, Ed. La Découverte, Paris, 2008, pp. 3-9.

les seuls déterminants d'une analyse à proprement parler juridique. Réagissant à ce formalisme, le juge Justice Holmes – l'un des précurseurs du réalisme, avait déjà écrit, dans une formule qui allait servir de leitmotiv aux réalistes, que: «La vie du droit n'a pas été gouvernée par la logique, elle l'a été par l'expérience»<sup>2</sup>. S'inscrivant dans une tendance philosophique pragmatiste, hostile à l'abstraction, au conceptualisme, au syllogisme, aux systèmes, et favorable à un empirisme faisant toute sa place à l'action, à la facticité, au pouvoir, le réalisme réfute fermement la fétichisation de la règle et l'ensemble de la mécanique formaliste pour appréhender plutôt le droit en tant qu'outil de régulation sociale permettant d'atteindre des objectifs concrets. Ce n'est pas que les juges sont capricieux, mais bien que le droit devant être interprété, il ne saurait être prévisible.

### **A) Le plan institutionnel**

Un élément central c'est l'attention sur la figure du juge. Il est investi d'un réel pouvoir judiciaire, qui n'hésite pas à asseoir son prestige et son individualité sur des opinions créatrices, motivées et parfois dissidentes. La Common Law est une élaboration judiciaire continue. Comme Patrick Glenn disait, nous avons dans le système de la Common Law une certaine éthique de la fonction judiciaire, qui attribue une place cardinale au juge, il est indépendant et ses décisions sont la source première du droit<sup>3</sup>.

A partir de la conquête normande, en Angleterre s'est développé un pouvoir souverain organisé et centralisateur, qui a facilité, à son tour, l'instauration d'un pouvoir judiciaire à travers des cours royales, le berceau de la Common Law. La seule voie permettant l'instauration d'un ordre juridique normand sur le territoire, passait nécessairement par une institution judiciaire loyale; la justice royale fut d'abord confiée aux hommes d'Eglise, instruits et maniant l'écriture, qui associaient la population autochtone à la justice à travers l'institution du jury, étant ainsi un facteur essentiel de légitimation sociale de ce pouvoir émergent. L'indépendance du pouvoir judiciaire en vint alors à être consacrée par un principe formel, qui distingue la tradition de la Common Law de toutes les autres. Nous avons une remarquable indépendance du pouvoir judiciaire en Angleterre, la conquête essentielle a consisté à imposer la «*rule of law*».

Les juges anglais n'ont pas de carrière véritable, tout au moins au sens de l'avancement au sein d'un corps. Par opposition au juge fonctionnaire en France, les juges anglais sont recrutés parmi les avocats chevronnés, dont «l'elevation to the bench» est considérée comme étant la consécration du succès professionnel.

Le juge John Fortescue, dans sa décision de 1458 donne une expression caricaturale pour la dimension traditionnelle de la Common Law, en disant que: «Le droit est ce que je dis qu'il est, et c'est ainsi qu'on a toujours stipulé les choses depuis les commencements du droit; et nous avons plusieurs formulaires établis qui sont considérés comme droit, et

---

<sup>2</sup> O.W. Holmes, *La Common Law*, Traduction, par Françoise Michaut, du premier chapitre: «Conférence N°1: Formes primitives de la responsabilité» de *The Common Law* d'O. W. Holmes, (original publication: Boston, Little, Brown, 1881, repr. New York, Dover Publications, Inc., 1991.), *Clio Themis*, Revue électronique d'histoire du droit, numéro 2, novembre 2009.

<sup>3</sup> H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press – Law, 2010, p. 244.

qui sont considérés et utilisés ainsi pour de bonnes raisons quoique nous ne puissions pour l'instant nous souvenir de ces raisons»<sup>4</sup>.

Aussi, aux yeux d'un common lawyer, l'autorité de la Common Law (au sens du droit de juges) tenait primordialement au fait qu'il avait, pour ainsi dire, toujours déjà existé, qu'il gouvernait ancestralement depuis une époque si lointaine qu'il s'était affirmé par-delà toute capacité mémorielle (*since time immemorial* ou *since time out of mind*) et que les juges n'avaient plus qu'à le déclarer.

Ainsi l'autorité de la Common Law n'était pas tributaire d'une source unique, mais bien de son émergence, dans la très longue durée, en tant que pratique s'étant précisée à partir d'une gamme d'attitudes et de comportements affichés au fil des siècles tant dans la société anglaise en général qu'au sein de la communauté plus spécifiquement juridique.

### **B) Le style judiciaire**

En s'opposant à la tradition de la Common Law, la tradition civiliste fait du magistrat de carrière un fonctionnaire anonyme, en France, elle va jusqu'à soustraire le contentieux impliquant l'Etat à la compétence de ses juges judiciaires et de les enfermer au sein d'un corps permettant le contrôle sur l'avancement individuel, tandis que la prééminence des codes en assure la subordination et les prive officiellement de pouvoir créateur du droit. Il est impératif un jugement impersonnel et collégial du juge de tradition civiliste<sup>5</sup>.

Le juge de la Common Law a un pouvoir judiciaire incontesté, il est aussi attentif à l'accueil de sa décision par les justiciables et à le respect des précédents pour son intégration dans l'histoire jurisprudentielle. Il prononce une opinion individuelle motivée, qui, par ses aspects, tend à en assurer l'acceptabilité sociale, d'ici résulte la création d'un corpus normatif qui lui est directement attribuable. Exceptionnellement, en Angleterre, certains déclins des opinions individuelles et un essor de la collégialité dans les décisions de la Cour d'Appel, comme Portalis avait dit: «Le droit est normalement obligatoire, mais par lui-même, il n'emporte aucune contrainte, il dirige, les lois commandent!»<sup>6</sup>

La Common Law puise sa légitimité dans le passé, dans le mémoire collective accumulée dans le corps des **précédents judiciaires**, c'est en ce sens qu'il se veut *coutumier*. Le mythe dominant a été celui du caractère complet de la Common Law que les juges successifs ne faisaient qu'inventer, découvrir, mais, non pas créer, et après, pendant le XIXe siècle, fit jour l'idée que les juges «font» le droit, donc, le juge est la «bouche de la loi». Aussi un devoir très important pour le juge anglais, c'est de respecter la cohérence du passé. Il existe un principe aussi bien important en Common Law, celui de territorialité, la théorie des droits acquis, **vested rights**<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> P. Legrand, G. Samuel, «V. Perspectives théoriques», *Introduction au common law*, Paris, La Découverte, «Repères», 2008, 128 pages URL: [www.cairn.info/introduction-au-common-law--9782707152275-page-88.htm](http://www.cairn.info/introduction-au-common-law--9782707152275-page-88.htm).

<sup>5</sup> Article 5 du Code Civil Français empêche les juges de «prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises».

<sup>6</sup> P.-A. Fenet, *Discours préliminaire sur le Projet de l'an VIII*, P.-A. FENET, 1827, t. 1, p. 476. Cité par J.-L. Sourieux, *Droit, Rép. civ.* juillet 2004, n° 3.

<sup>7</sup> A voir <http://civilprocedure.uslegal.com/choice-of-law/approaches-to-choice-of-law/vested-rights-doctrine/>.



Le rôle de l'Etat est central, il est l'unique lieu de la construction nationale, nous avons la notion de le fait de l'administration, comme ça nous résulte l'état de droit.

En Angleterre, il a été le fruit de l'action centralisatrice des juges itinérants comme Dicey, la doctrine survit à travers l'idée de la prééminence du droit, qui comportait l'interdiction de l'exercice arbitraire du pouvoir, l'égalité devant la loi (et la juridiction des tribunaux ordinaires) ainsi que le rôle cardinal des juges dans l'énonciation des règles constitutionnelles. Les aspects procéduraux de la «*rule of law*» sont: – accès au juge, procès équitable, juges impartiaux et indépendants (*audi alteram partem*), un contenu de droit substantiel. En Canada, par exemple, «*rule of law*» signifie l'antériorité du droit, que l'anglais «*rule*» inspire avec règle et régularité.

Nous avons dans la Common Law, le *judicial review*, qui signifie la soumission de tous aux mêmes juridictions sans privilèges pour l'Administration. Ce *judicial review* c'est un élément essentiel de la *rule of law*, aujourd'hui cette indépendance du pouvoir judiciaire s'exprime à travers le contrôle par les juges de la Common Law de la légalité des actes de l'administration.

Il y a aussi une *accountability* de la puissance publique, quand d'autres voies de recours permettent d'assurer le contrôle des gouvernants envers les gouvernés, notamment la voie politique (responsabilité politique du ministre devant le Parlement), ainsi que le contrôle traditionnel des tribunaux administratifs (compétence quasi judiciaire, qui ont une activité considérable sur presque un million d'affaires par an, dans des domaines très divers).

Dans les pays de la Common Law, la rupture philosophique se poursuit avec Dworkin, qui place le juge au centre de la théorie du droit et recherche alors, en dehors du droit posé, le moyen de limiter l'arbitraire dans une éthique commune.

Au fond, la raison de la tradition civiliste est de nature transcendante, alors que, dans la Common Law elle est perçue comme le fruit de l'expérience pratique.

En conclusion, la Common Law repose sur une raison en quelque sorte interstitielle et contextualisée.

L'absence de «*suma divisio*». Dans la Common Law, il n'existe pas la distinction droit privé/droit public. D'une part, le droit privé, lui-même, n'y revêt pas un caractère systématique, puisque chacune de ses catégories a suivi un développement autonome, ce qui explique que leurs contours ne soient pas toujours bien définis, ni leur contenus étanches.

D'autre part, les procédures permettent d'accéder à un remède judiciaire, étaient applicables indépendamment du caractère public, ou privé du différend en cause, en clair, de la qualité du défendeur (sur l'aspect de la *rule of law*). En revanche, nous avons dans la Common Law une division structurale différente, entre le droit et l'*equity*, deux systèmes juridiques développées par des juridictions différentes.

En dépit de l'importance historique de la «*Bill of Rights*», la tradition de la Common Law s'est construite sans passer par le concept de droits subjectifs, préexistants à l'intervention du juge, pour une double raison: sur le plan méthodologique, les *writs* obligeaient à raisonner à partir du remède procédural, recherche, et non pas du droit subjectif, le droit anglais s'est affirmé sous l'emprise de la féodalité et en marge de

l'influence du droit romain, comme un droit relationnel, qui ne se focalisait pas sur la puissance juridique de l'individu.

Une autre particularité très essentielle de la Common Law c'est qu'en cas de conflit entre divers intérêt se rapportant à l'usage d'un immeuble, le raisonnement judiciaire se fera en termes de mise en balance des intérêts, et non de droits, auxquels s'attacherait une primauté absolue.

La méfiance vis à vis de l'administration. Très tôt, les juges royaux, pourtant nommés par le roi, se sont considéré comme défenseurs d'un droit distinct de la volonté, ou du pouvoir royal, du aux sujets du roi. C'est la raison pour laquelle il est classiquement enseigné que la Common Law se caractérise par une attitude qui refuse d'accorder au pouvoir politique un blanc-seing.

## II. Point de vue épistémologique

### A) Les méthodes de raisonnement

Etant un *état d'esprit particulier*, la Common Law c'est une attitude spécifique par rapport à la connaissance du droit et la manière d'appréhender un problème juridique et de lui trouver une solution. On procède de manière *inductive*: on part des cas pour aller vers la loi, alors que l'on procède par déduction en droit continental, donc par le contraire.

La Common Law est un processus inductif. On généralise en partant d'observations de cas particuliers. Si cette définition s'applique parfaitement à la Common Law, elle ne lui est pas forcément spécifique. *C'est l'énoncé du droit au cas par cas*. Il convient d'énoncer les règles de droit applicables au cas par cas. Ce faisant dans la formulation des précédents, les juges essaient de formuler des règles de droit trop générales. Le juge a plusieurs techniques à sa disposition pour distinguer une affaire d'une autre. S'il parvient à mettre des éléments de distinction suffisamment en exergue, ça lui permet de s'affranchir de l'application de la règle en question.

Le *Common lawyer* a une connaissance parcellaire du droit. La Common Law se caractérise par le fait que l'on conçoit le droit comme quelque chose de préexistant à la vie et à l'expérience. Ce droit serait en outre complet même s'il n'a jamais été déclaré comme tel. C'est à partir de ces postulats que l'on considère que le juge ne fait pas le droit, mais se contente d'appliquer ce qui existait déjà. Ils le révèlent soit en le recherchant tel qu'il a été appliqué par d'autres juges, soit il va le chercher dans la coutume etc. La Common Law a également un corolaire: elle n'a aucune lacune. Cela veut dire qu'il existe quelque part toujours une solution satisfaisante à toutes les situations qui se présentent car la Common Law est sensée être complète. La Common Law est comme un gruyère: un ensemble juridique composé de règles dans lesquelles, comme pour le gruyère, les trous et les lacunes occupent presque autant de place que les règles elles-mêmes.

**B) L'incertitude intellectuelle permanente dans laquelle se trouve le juriste de la Common Law**

Etre un Common «lawyer» c'est accepter de vivre dans une relative incertitude intellectuelle. Les règles sont fondées sur des précédents judiciaires, non pas sur des lois, ou des codes. Or l'interprétation de ces précédents est beaucoup plus ambiguë que l'interprétation que l'on peut faire des codes ou des lois.

Lorsqu'on cherche à trouver la règle applicable, on doit trouver *la ratio decidendi*. C'est le principe que le juge de l'espèce a énoncé pour arriver à sa décision. C'est la règle de droit qu'il révèle et qu'il applique. Au cours de son jugement le juge doit justifier sa décision par l'affirmation d'un principe qui doit être très nettement rattaché aux faits. *La ratio decidendi* est le principe de droit qui est applicable aux faits particuliers et non pas un concept abstrait. Il est inexorablement lié aux faits de l'espèce.

L'approche consiste à dégager le principe des faits concrets de l'espèce. Il ne devient un principe que pour les cas dont les faits sont semblables ou qui tombent dans une même catégorie de fait. On n'aura de certitude que si les faits sont strictement similaires au précédent.

Au-delà de ça, on a toujours des techniques qui permettent à un juge de ne pas faire application de cette *ratio decidendi*, quand bien même on serait dans une situation ressemblant énormément à un précédent. On a la technique du *distinguishing*, celle de *l'obiter dictum*. Lorsque l'on analyse une décision de justice anglaise, on a l'exposé des faits, le rappel de procédure et dans la décision on a la *ratio decidendi* et *l'obiter dictum*, une extrapolation du juge sur ce qu'aurait été la règle si les faits avaient été ceci ou cela. Il arrive parfois que les juridictions subséquentes ne jugent pas sur le principe de la *ratio decidendi*, mais sur ce que le juge a dit en plus, *l'obiter dictum*.

En substance, ces techniques laissent une large place à l'interprétation et *de facto* laissent une large place à l'incertitude.

**Avoir confiance en l'expérience.** La Common Law se distingue de la tradition romano-germaniste par la place qu'elle accorde à la logique. André Tunc disait que «*les juristes de droit continentaux sont à peu de choses près exemptes de tous reproches*»<sup>8</sup> alors que le juge Oliver Holmes affirmait que «*la vie du droit n'a pas été la logique mais l'expérience*»<sup>9</sup>. Pour le juriste de la Common Law, la méthode déductive n'a pas toujours sa place et d'autres considérations doivent parfois s'imposer au juge lorsqu'il doit prendre sa décision. Si l'on tient compte du fait que le raisonnement préféré du Common lawyer est le raisonnement par analogie ou, *a contrario*, il ne raisonne pas comme le civiliste qui lui raisonne par syllogisme. Aux USA, ce qui a été dit est particulièrement vrai car le Jury joue un rôle déterminant comme source du droit. Le vécu, l'*a priori* ont un poids crucial.

<sup>8</sup> A voir: <http://www.cours-de-droit.net/anglais-juridique/anglais-juridique.r1495888.html>.

<sup>9</sup> O.W. Holmes, *La Common Law*, Traduction, par F. Michaut, du premier chapitre: «Conférence N°1: Formes primitives de la responsabilité» de The Common Law d'O. W. Holmes, (original publication: Boston, Little, Brown, 1881, repr. New York, Dover Publications, Inc., 1991.), Clio Themis, Revue électronique d'histoire du droit, numéro 2, novembre 2009.

Ex: Procès OJ Simpson. L'avocat de la défense a voulu sélectionner des femmes, l'accusation des personnes noires, c'est cette seconde perception qui l'a emporté.

### **C) Le pragmatisme**

**L'accent est mis sur la liberté individuelle.** Il est traditionnellement enseigné que la tradition de la Common Law valorise les libertés individuelles. Cela a été discuté par le *Legal Realism vs le Critical Legal Studies*. Par extension, les juges et les juristes de la Common Law, reconnaissent que les systèmes de la Common Law ont comme fondement implicite le libéralisme. C'est précisément dans ces pays de la Common Law que l'analyse économique du droit s'est plus largement développée. Il y a un accent très fort mis sur l'acceptabilité sociale de la décision judiciaire, bien d'avantage que sa rectitude théorique est au cœur des préoccupations de juge de Common Law. La Common Law est toujours pragmatique, là où le droit codifié fait appel aux principes abstraits et au raisonnement déductif.

**L'analyse économique du droit.** La filiation utilitariste de l'analyse économique du droit se reconnaît indiscutablement dans une certaine conception de la rationalité de *l'homme economicus*, calculatrice, animée par une stratégie maximisatrice de sa propre utilité, qui sert, en même temps, la prospérité de la collectivité. Pour comprendre le comportement de l'agent économique et le fonctionnement des institutions, il importe de rechercher la structure incitative de la règle de droit. Nous avons une idée bien précise d'orientation du comportement dans le sens le plus efficient.

La tradition civiliste oppose à cette vision une conception plus noble tant de la destinée de l'homme que de la fonction de la règle juridique: «L'homme n'est pas réductible à sa seule efficacité». Selon qu'il y a eu réception du droit romain ou de la Common Law anglaise, un droit est envisagé comme étant situé dans la tradition juridique romaniste ou dans la tradition de la Common Law. Cette idée de «tradition» entend renvoyer à la transmission dans la très longue durée d'un héritage intellectuel et affectif, d'un arrière-plan informulé incorporant des savoir-faire tacites justifiables en termes socio-historiques, participant de la configuration identitaire. Un tel processus de répétition institutionnelle marque le conditionné dans le droit et fait que la pensée du juriste, toute personnelle qu'elle veuille se dire, est contrôlée de part en part. Ainsi un juriste français, précisément, en raison de la tradition dans laquelle il est situé, ne peut pas penser ce qu'il veut-ce qui ne signifie pourtant pas que la tradition soit immuable, car il ne se manifeste jamais de reproduction pure et une place doit être faite à la production de sens; et ce qui ne veut pas dire non plus que la tradition soit à l'abri de la critique. Partout il y a des expériences juridiques structurées historiquement et ces expériences nous révèlent des éléments primordiaux qui rapprochent diverses expériences du droit.

**D) Points de vue philosophiques, réactions à la notion de codification, l'expérience comme élément principal du droit**

Les classiques français Diderot et Montesquieu avaient aussi débattu l'idée d'expérience dans la construction du droit, même s'ils n'avaient pas utilisé la notion, ou l'explication du Justice Holmes exactement dans les mots que ce juge les utilise, même s'ils étaient relativement opposés dans leur façon de conception et de comprendre le phénomène de codification.

Diderot avait recours à la méthode des sciences mathématiques, faites de vérités, de définitions abstraites et de démonstrations fondées sur des combinaisons logiques, alors que Montesquieu empruntait sa démarche aux sciences naturelles fondées sur l'observation des faits et sur l'expérimentation des phénomènes physiques tangibles.

Concrètement, Diderot estimait que les lois déterminaient par un effet mécanique les mœurs. Pour lui, la loi ne devait pas suivre les mœurs, elle devait les modeler. «Les mœurs sont partout des conséquences de la législation et du gouvernement, elles ne sont ni africaines, ni asiatiques, ni européennes, elles sont bonnes ou mauvaises»<sup>10</sup>. De toute façon, pour codifier selon les mœurs il faut l'expérience.

Pour Montesquieu, la relativité des lois dans le temps et dans l'espace est un point central de sa pensée. Il parle d'une relativité qui signifie que l'origine des lois a des causes différentes. Il soutenait la thèse du déterminisme de droit, ayant comme base la logique. Selon Montesquieu, avec sa fameuse définition «les lois dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses»<sup>11</sup>. Il n'était pas question de rechercher une législation qui serait conforme à la nature de l'homme ou inspirée par un état de nature. La législation était dans la dépendance d'un état des faits indépendants de la volonté des hommes. Comme les lois physiques politiques-universelles et invariables, étaient nécessaires. Elles étaient la résultante logique des causes. Pour lui, les lois étaient de trois ordres: les lois étaient fonction du régime politique, en deuxième lieu, des lois étaient fonction d'un ensemble de causes sociales (religion, histoire politique, commerce, mœurs) démographiques, ou encore physiques.

Frédéric Portalis: «J'appelle faits tous les phénomènes et généralement tout ce qui existe d'une manière positive et sensible pour nous. Or les faits, quels qu'il soit, peuvent-ils être découverts et connus autrement que par l'observation et l'expérience, qui nous les rendent présents et sensibles. Ce n'est qu'après avoir approfondi tous les faits particuliers que l'on peut former un ensemble: alors on généralise, on promulgue des maximes, on établit des règles, on devient législateur, on abrège tout, parce qu'on voit tout»<sup>12</sup>. En bref: les principes, proprement dits, n'étaient pas des généralités, ou des définitions abstraites, mais des observations constatées par l'expérience.

---

<sup>10</sup> M. Tourneux, *Diderot Et Catherine II*, Ed. Slatkine Reprints, Geneve, 1970, p. 568.

<sup>11</sup> C. Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Editions Gallimard, 1995, Livre 1,1, p. 87.

<sup>12</sup> J.E.M. Portalis, *De l'usage et de l'abus, L'esprit philosophique durant le XVIII-ème siècle*, Moutardier Libraire-Editeur, Paris, 1834, p. 175.

Cette méthode législative ne condamnait pas le Livre préliminaire du Code Civil. En effet, la philosophie expérimentale condamnait les principes énoncés a priori – les évidences rationnelles dans une perspective cartésienne, non les principes attestés par l'expérience des siècles et des nations.

La même réprobation était encourue par ceux qui, par superbe ou par naïveté, avaient caressé le rêve de donner à l'humanité un droit absolument nouveau selon un ordre parfaitement rationnel.

### III. Conclusions

En tenant compte des aspects déjà soulignées, on affirme qu'une acculturation juridique ne peut pas se justifier, de manière mot à mot, simplement parce que l'on parle des systèmes différents de façon fondamentale. Cette opposition plus précisément est là dès l'origine des choses, elle est présente du pont de vue social, culturel, politique, économique, historique et juridique. En plus, les traditions juridiques, des éléments de jugement comme la *ratio decidendi* ou l'*obiter dictum*, qui laissent un grand pouvoir d'appréciation au juge, sont opposées à notre système de *jurisdictio*, qui a, à l'origine, une pratique inquisitoriale, ou la loi a le pouvoir suprême. Le droit roumain qui s'assemble pleinement au droit français, les deux des droits continentaux, n'a pas encore emprunté l'institution du jurie par exemple, parce qu'il ne dispose pas d'une structure juridictionnelle adéquate, dans le même temps que le droit français dispose déjà d'une telle structure. En définitive, il est vraiment erroné d'emprunter les notions juridiques tant comme elles sont dans le système de la Common Law, parce qu'on risque une transposition défective, qui peut générer des fautes graves dans la pratique juridique continentale.

## ***II. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE***





## Conferințele Facultății de Drept

---

1. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a organizat în perioada 24-25 martie 2015 seria de conferințe pe tema *Electronic Money-Form CashCards Ti Bitcoins*, susținută de dr. Rainer Klums de la Maz Planck Institute of Comparative and International Private Law Hamburg.

2. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara – Centrul pentru Dreptul Afacerilor Timișoara, Asociația Europeană pentru Drept Bancar și Financiar – România și Asociația Consilierilor Juridic din Sistemul Financiar-Bancar, au organizat în perioada 26-27 martie 2015 la Timișoara, Conferința de Drept bancar, *Creditul bancar în monedă străină, evoluții economice, legislative și jurisprudențiale*.

La conferință au fost susținute următoarele lucrări: Rainer Kulms, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg (Germany), *Foreign Currency Loans – A German Law Perspective*; Bogdan Dima, Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Economie și Administrare a Afacerilor, *Evoluțiile recente ale francului elvețian și impactul acestora în România: canale de transmisie, evidențe empirice, consecințe*; Ianfred Silberstein, Consilier, Banca Națională a României, Președinte al AEDBF – România, *Creditarea în valută a persoanei fizice din perspectiva autorității de supraveghere financiară*; Gheorghe Piperea, Universitatea din București – Facultatea de Drept, *Contractul de credit în valute exotice: contract nenumit*; Lucian Bercea, Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept, *Moneda de „exprimare”, „deblocare” și „rambursare” a creditului bancar. Axa Berna (Zürich?) – Luxemburg – București*; Lucian Săuleanu, Universitatea din Craiova – Facultatea de Drept și Științe Sociale, *Obligația de informare a băncilor în cazul creditelor în valută*; Felicia Roșioru, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – Facultatea de Drept, *Limitele civile ale actualizării creanței*; Sergiu Golub, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – Facultatea de Drept, *Câteva considerații cu privire la clauzele monovalutare de menținere a valorii în raporturile juridice naționale*; Simona Petrișor, Avocat partener, Bondoc&Asociații în alianță cu White&Case, *Aplicarea teoriei impreviziunii în contractele de credit bancar în valută?*; Cornel Popa, Avocat partener, Țuca, Zbârcea & Asociații, *Impreviziunea și creditele în CHF*; Florina Popa, Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept, *Câteva observații asupra aplicării impreviziunii în materia contractelor de credit acordate în CHF*; Giovani-Horațiu Șchiopu, Avocat partener, Șchiopu și Asociații, *Creditele în franci elvețieni și consumatorii*; Alexandra Rusu, Universitatea „Lucian Blaga” Sibiu – Facultatea de Drept, *Tratamentul creditelor în valută străină în Spania*; Stan Țîrnoveanu, Elena Iacob, Avocat partener/Managing associate, Zamfirescu, Racoți & Partners, *Analiza dispozițiilor privind împrumuturile în monedă străină din proiectul de lege inițiat de Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor pentru transpunerea Directivei 2014/17/UE privind*

*contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile rezidențiale; propuneri de lege ferenda; Bogdan Dumitrache, Formator, Institutul Național al Magistraturii, Executor judecătoresc, Dumitrache și Dumitrache, Executare silită în franci elvețieni; Adriana Almășan, Universitatea din București – Facultatea de Drept, Contul curent bancar al profesioniștilor: contract sau situație juridică?; Florin-Aurel Moțiu, Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Drept, Insolvența persoanei fizice și creditul bancar în valută; Renis Zaganjori, Assistant to the General Director, Albanian Deposit Insurance Agency, Membru al AEDBF Albania, Deposit insurance and foreign currency issues: the case of Albania.*

*Intervenții au avut:* Silviu Cerna, Universitatea de Vest din Timișoara – Facultatea de Economie și Administrare a Afacerilor, fost membru al Consiliului de Administrație al Băncii Naționale a României; Natalia Sîrbu, Directorul Direcției Juridice, Banca Națională a Moldovei; Giuseppe De Falco, Avocat partener, Ughi e Nunziante – Studio Legale, Membru AEDBF – Italia.

**3.** Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, în colaborare cu Centrul European de Studii și Cercetări Juridice Timișoara, a organizat Conferința internațională a doctoranzilor, în data de 15 mai 2015.

La secțiunea *Drept privat*, au participat: Dul Janos; Berechet Mădălina; Brădin Virgiliu Flavius; Cărmidariu Dan-Adrian; Comșa Paul; Deteșan Daniela; Enache Adriana Teodora; Gheberta Ioana Nicoleta; Iordache Mădălina Ani; Maldea Nicușor; Mihuț Miki; Papadima Raluca; Patancius Tiberiu Vlad; Pervu Miloștean Diana Emanuela; Pop Paul; Sandruța Victoria; Viorel Liviu Alexandru; Vlad Elena.

Universitățile participante la secțiune au fost: Universitatea din Szeged, Ungaria; Universitatea din București; Universitatea de Vest din Timișoara; Universitatea de Studii Europene Economice și Politice „Constantin Stere”, Republica Moldova.

La secțiunea *Drept public-Drept penal*, au participat: Boi Laszlo; Gyóri Laszlo; Nytrai Endre; Balaș Lucian; Berar Călin; Casian Cristina; Curt Ioana Paula; Dinu Bakoș Monica Marcela; Graur Matei Ciprian; Iugan Andrei Viorel; Ivan Mari Claudia; Lucan Maria Casandra; Mânea Alexandra; Mirișan Ligia Valentina; Neagoe Ana; Rakitovan Darian, Colojoară Raluca; Roșcan Raisa Alexandra; Roșianu Cocoș Iulia Georgia; Zidaru Lorena.

Universitățile participante la secțiunea au fost: Universitatea din Pecs, Ungaria; Universitatea de Vest din Timișoara; Universitatea din București; Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca; Universitatea Nicolae Titulescu București; Universitatea Titu Maiorescu București.

La secțiunea *Drept public – Alte materii*, au participat: Gurănoiu Constantina; Dumiter Florin; Jako Mira; Mikes Lili; Nagy Zita; Pongo Tamas; Szakaly Zsuzsa; Zebari Dildar Frzenda; Buciu Ioana; Călin Dragoș Alin; Dornean-Păunescu Raluca; Doroga Sorina; Eva Elena; Gulian Mariana, Kajcsa Andrea; Medei Florentina Camelia; Schöberl Eva; Tomuș Alexandrina Camelia; Weda Andrada; Zară Elena Cătălina.

Universitățile participante la secțiunea au fost: Universitatea din Craiova; Universitatea de Vest din Timișoara; Universitatea din Szeged, Ungaria; Universitatea din

Pecs, Ungaria; Universitatea din București; Universitatea din Iași; Universitatea Liberă Internațională Moldova.

4. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, a organizat în data de 20 mai 2015, Conferința *Dreptul în lumea contemporană și provocările la adresa lui*, susținută de Florentin Țuca, managing partner la Țuca, Zbârcea și Asociații.

5. Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, Centrul European de Studii și Cercetări Juridice Timișoara, în colaborare cu Facultatea de Drept din cadrul Universității Savoie Mont Blanc din Chambéry, Franța, a organizat la Timișoara, în zilele de 27-28 mai 2015, conferința internațională *Reforma răspunderii civile – de la deziderat la realitate*.

La conferință au fost susținute următoarele lucrări: Philippe Brun, *Les evolutions de la notion de prejudice reparable en droit français*, Faculté de Droit Université Savoie Mont Blanc, Chambéry (France); Florina Popa, *Perspectiva noului Cod civil român asupra prejudiciului, condiție esențială a răspunderii civile*, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; Mircea Bob, *Comment les romains ont mis au point la responsabilité civile? Survol d'une expérience*, Facultatea de Drept din cadrul Universității „Babeș-Bolyai” din Cluj Napoca; Codruța E. Guzei-Mangu, *Principiile prevenției și precauției – implicații în materia răspunderii civile*, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; Florin I. Mangu, Voicu I. Pușcașu, *Aspecte privind raportul dintre acțiunea civilă și acțiunea penală în situația în care fapta ilicită civilă constituie și infracțiune*, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; Alexandra C. Muntean, *Limitarea răspunderii prin constituirea maselor patrimoniale de afecțiune*, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; Adrian Tamba, Sergiu Golub, *Garda sau paza în cadrul răspunderii delictuale pentru lucruri*, Facultatea de Drept din cadrul Universității „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca; Irina Sferdian, *Corelația dintre principiul despăgubirii și răspunderea asigurătorului în asigurările de daune*, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; George A. Ilie, *Considerații asupra răspunderii civile în cazul dolului și al leziunii*, Facultatea de Drept din cadrul Universității din București; Elsa Burdin, *Ski et responsabilité*, Faculté de Droit Université Savoie Mont Blanc, Chambéry (France); Marius Șcheaua, *Avalanșele nu sunt o fatalitate. Premieră în justiția română – studiu de caz*, Baroul București; Flaminia F. Stârc-Meclejan, *Repararea prejudiciului ecologic potrivit dispozițiilor Codului civil*, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, Adina R. Motica, *Răspunderea civilă în cazul ruperii logodnei*, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; Lavinia M. Tec, *Apărarea drepturilor nepatrimoniale ale persoanei juridice și răspunderea civilă*, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; Florin A. Moțiu, *Răspunderea mandatarului în cazul mandatului fără reprezentare*, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; Sebastian Bodu, *Răspunderea administratorilor societăților comerciale*, Academia de Studii Economice din București; Sergiu Golub, *Răspunderea administratorilor față de terți. Drept comun – drept special*, Facultatea de

Drept din cadrul Universității „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca; Sebastian Bodu, *Răspunderea acționarilor pentru prejudiciul cauzat prin votul exprimat în AGA*, Academia de Studii Economice din București; Johann Lebourg, *La responsabilité du fait des produits défectueux*, Faculté de Droit Université Jean Moulin Lyon 3 (France); Ionuț F. Popa, *Evaziunea normelor răspunderii contractuale*, Facultatea de Drept din cadrul Universității „Babeș-Bolyai” din Cluj Napoca; Horia Țiț, *Un lanus substanțialo-procedural: executarea silită a obligațiilor*, Facultatea de Drept din cadrul Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași; Radu I. Motica, Daniel O. Sabou, *Stabilirea răspunderii în contractele de adeziune*, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, Baroul Timiș; Manuela I. Istrătoaie, *Răspunderea donatorului în executarea contractului*, Facultatea de Drept Din cadrul Universității din Craiova, Sergiu Stănilă, *Răspunderea civilă pentru ținerea defectuoasă a cărții funciare*, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; Cristian Clipa, Violeta Stratan, *Răspunderea patrimonială a administrației pentru suprimarea serviciilor publice. Când, cum și de ce?*, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; Oana A. Motica, *Unele aspecte privind răspunderea civilă a notarului public*, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara; Alin S. Speriusi-Vlad, *Răspunderea civilă prin prisma naturii drepturilor protejate în domeniul Proprietății intelectuale*, Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara.

### ***III. EVENIMENTE***



## Gala Profesorului Bologna 2015

---

În cadrul ediției 2015 a Galei Profesorului Bologna, derulat de către Alianța Națională a Organizațiilor Studențești din România, care propune să recunoască meritele profesorilor care s-au remarcat prin metodele lor de predare/învățare adaptate la nevoile și interesele studentului din ziua de azi, a fost premiat **dl. conf. univ. dr. Cristian Clipa** de la Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara.





## ***IV. ȘCOALA DOCTORALĂ***



## Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara

---

În data de 4 iunie 2015, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a fost susținută teza de doctorat „Drepturile și obligațiile persoanelor condamnate în regim privativ de libertate”, elaborată de doctandul Georgică Alexeev, sub coordonarea științifică a domnului prof. univ. dr. Viorel Pașca.



# ***ANALELE UNIVERSITĂȚII DE VEST DIN TIMIȘOARA – SERIA DREPT***

## **Criterii de tehnoredactare**

Materialele destinate publicării se transmit de către autori numai pe suport electronic la adresa: [claudia.rosu@e-uvv.ro](mailto:claudia.rosu@e-uvv.ro).

Materialele trimise de autori trebuie să se conformeze exigențelor referitoare la structura articolelor, studiilor, comentariilor.

Textele trimise trebuie să fie redactate în conformitate cu cerințele standard ale revistei „Dreptul” editată de Uniunea juriștilor din România.

Textul trebuie însoțit de un rezumat și de 3-5 termeni-cheie în limbile română și engleză.

Privitor la materialele care se publică, redacția își rezervă dreptul de a face sugestii, propuneri, modificări autorilor, iar dacă aceștia nu se conformează, să decidă nepublicare articolelor.

Colaboratorii sunt obligați să respecte legislația privind drepturile de autor evitând total orice formă de plagiat. În cazul preluării unor idei din alte lucrări, colaboratorii sunt obligați să le citeze și, când este cazul, să treacă între ghilimele unele pasaje din lucrările citate.

Redacția revistei nu-și asumă nicio răspundere pentru nerespectarea de către colaboratori în caz de plagiat și în general a oricărei nerespectări de către aceștia a reglementărilor din legislația privind drepturile de autor.

În caz de plagiat, parțial sau integral, întreaga răspundere, atât juridică (penală, contravențională, civilă), cât și deontologică revine în exclusivitate autorului care a săvârșit plagiatul, redacția revistei neasumându-și vreo răspundere pentru încălcarea legislației privind dreptul de autor și drepturile conexe de către persoanele care înaintează revistei materiale în vederea publicării.

*Prof. univ. dr. Claudia Roșu  
Redactor-șef*



## CUPRINS

### I. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII

#### SECȚIUNEA DREPT PRIVAT

Escaping from the Bears' Hug: Defensive Measures against Hostile  
Takeover Bpids

Dr. habil András KECSKÉS PhD, Dr. Vendel HALÁSZ PhD Candidate.....5

Culpa creditorului în moderarea prejudiciului, conform Noului Cod civil

Lect. univ. dr. Juanita GOICOVICI .....24

Personalitatea juridică a colectivităților ca graniță de sistem.

De ce economiștii descriu organizațiile mai bine decât juriștii

Lect. univ. dr. Lucian BOJIN .....36

Răspunderea juridico-civilă ce rezultă din contractual de transport rutier  
de pasageri și bagaje conform legislației Republicii Moldova

Conf. univ. dr. Iurie MIHALACHE .....46

Acțiunea directă a victimei care a suferit un prejudiciu împotriva  
asigurătorului de răspundere civilă obligatorie auto în accepțiunea  
noului Cod civil

Drd. Dominic Alexandru GIDRO.....63

#### SECȚIUNEA DREPT PUBLIC

Criminalitatea orientată spre profit. Analiză criminologică  
sau economică?

Lect. univ. dr. Flaviu CIOPEC.....97

Problema identificării elementului subiectiv în cazul răspunderii penale  
a persoanei juridice. Aspecte teoretice și practice

Lect. univ. dr. Laura Maria STĂNILĂ .....105

Excluderea probelor nelegale, rezultate din încălcarea dreptului la tăcere și la neautoincriminare, în procedura de cameră preliminară, în lumina Deciziei nr. 641/2014, a Curții Constituționale Lector univ. dr. Voicu PUȘCAȘU .....	121
Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii. Analiza modificărilor realizate prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014 Lect. univ. dr. Sergiu I. STĂNILĂ .....	136
Protecția secretului corespondenței, a vieții intime, private și de familie, precum și a libertății de exprimare prin jurisdicția constituțională. Aspecte jurisprudențiale Dr. Ionița COCHINȚU .....	153
<b>CONTRIBUȚII STUDENȚEȘTI</b>	
Existe-t-il une justification de l'acculturation du droit? La culture juridique du Common Law et la culture juridique du Droit Continental Drd. Monica-Marcela DINU-BAKOȘ .....	165
<b>II. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE</b>	
Conferințele Facultății de Drept .....	177
<b>III. EVENIMENTE</b>	
Gala Profesorului Bologna 2015.....	183
<b>IV. ȘCOALA DOCTORALĂ</b>	
Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara.....	187
<b>APARIȚII EDITORIALE</b>	
Criterii de tehnoredactare.....	185