

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 3/2012
iulie-septembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: conf. dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: conf. dr. Mircea Dan BOB

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

conf. dr. Sergiu BOGDAN

profesor dr. Dan CHIRICĂ

asist. Cosmin COSTAȘ

profesor dr. Mircea MINEA

profesor dr. Liviu POP

profesor dr. Paul VASILESCU

REFERENȚI:

George ANTONIU - profesor, Institutul de cercetări juridice, Academia Română

Michel GRIMALDI - profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Vladimir HANGA - profesor dr.doc., Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE - profesor, Université de Montréal

Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» Studii: Gardiol van NIEKERK - REFLECTIONS ON THE INTERPLAY OF AFRICAN CUSTOMARY LAW AND STATE LAW IN SOUTH AFRICA.	5
» Studii: Radu N. CATANĂ, Adrian C. POPA - PRINCIPIILE DE GUVERNANTA SI STRUCTURA ADMINISTRATIEI INTREPRINDERILOR DE STAT IN URMA O.U.G. NR. 109/2011 PRIVIND GUVERNANTA CORPORATIVA A INTREPRINDERILOR PUBLICE	21
» Studii: Ionuț BORLAN - REFLECȚII ASUPRA INFRAȚIUNILOR PREVĂZUTE DE ALIN. (1) ȘI (2) ALE ART. 92 DIN OUG 195/2002 PRIVIND CIRCULAȚIA PE DRUMURILE PUBLICE / <i>On the offences provided by article 92th of the Government's Ordinance No. 195/2002 regarding road traffic</i>	49
» Articole: Sergiu DELEANU - INCIDENTE CU PRIVIRE LA COMPETENȚĂ ÎN CONTEXTUL REGLEMENTĂRILOR DIN NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ ÎN MATERIA PROCESULUI CIVIL INTERNAȚIONAL / <i>Les incidents d'instance sur la compétence dans le cadre du procès civil international</i>	61
» Articole: Carmen LAZĂR - CONSIDERAȚII ASUPRA DECIZIEI NR. 731/2012 A CURȚII CONSTITUȚIONALE A ROMÂNIEI / <i>Considérations sur la Décision no.731/2012 de la Cour Constitutionnelle de Roumanie</i>	79
» Articole: Alexandra Cosmina SAFTA - CONSIDERAȚII PRIVIND CURATELA FISCALĂ / <i>On the fiscal trustee</i>	83

REFLECTIONS ON THE INTERPLAY OF AFRICAN CUSTOMARY LAW AND STATE LAW IN SOUTH AFRICA¹

Gardiol van NIEKERK*

Abstract. *South Africa has a multicultural society in which legal pluralism prevails. Within the dual-systems state-law paradigm, the Western common law is the principal legal system that directs legal development and reform. The common law is hybrid in nature: predominantly founded on the civilian tradition (Roman-Dutch law) but substantially influenced by the common-law tradition (English law). African customary law is recognised as state law but assumes a secondary position. The dominance of the common law is revealed in the interplay of the two state-law systems, but it is evident in judicial decisions that a measure of convergence of the systems has taken place. Attempts at the harmonisation of the two systems of law are one-sided and directed only at the adaptation of the African customary law. This has resulted in the expansion of the existing multiplicity of legal sources by the creation of a new official legal system that has features of the Western common law and vaguely resembles African customary law. Further, the adaptation of the African customary law to bring it in line with the predominantly Western constitutional values has enhanced the divide between the official customary law and the unofficial living African customary law that has developed in accordance with fundamental African juristic postulates.*

Keywords: *African customary law; western common law; state law; civilian tradition; common-law tradition; African tradition; harmonisation; convergence; integration; traditional courts; customary marriage; polygyny; succession; African values; restorative justice; amende honorable; ubuntu*

1 Introduction

European intrusion in Africa, and in particular the so-called “scramble for Africa”, left the continent with multicultural societies and, concomitantly, legal pluralism. In Southern Africa, the legal pluralism is by and large based on a dual-systems theory,² comprising two systems of law as recognised state law.

One group of countries in this region, bound by their legal histories,³ shows remarkable coherence in their legal systems – not only in their substantive law, but also in the regulation of the various legal systems that are recognised and applied. So entwined are the histories of these countries, that an eminent South African judge, who

also served on the benches of many other Southern African countries, dubbed them the “South African Law Association”.⁴ These countries are South Africa, Lesotho, Botswana and Swaziland. Although not originally included in the paradigm, on account of the similarity of their legal histories and systems, logically, Namibia and Zimbabwe also form part of the group.

At present, the two systems of law that are officially recognised in this region are African customary law, the autochthonous law of the region, and the imposed Western or European⁵ common law. The application of both systems is further constitutionally safeguarded throughout the area.⁶ The official legal systems run parallel and interact in restricted, prescribed circumstances. Although both are recognised as state law within the paradigm of “state-law” pluralism, they operate within the confines of a relationship of unequal power: the European common law is dominant and European values generally direct legal development.

But, besides the state-law pluralism, there exists also deep legal pluralism in Southern Africa: there are laws that are unofficially observed by different communities and that are not recognised by the state. These are, for example, the laws of religious communities (in South Africa the Hindu, Muslim and Jewish communities), and living customary law,⁷ that has evolved in synchrony with the needs of indigenous African communities, is applied by non-state tribunals, and that often conflicts with the state-recognised customary law.

The focus of this article will be on the interplay in South Africa of the two systems recognised as state law (the imposed “western” common law and the official African customary law) as well as the interplay of state law (comprising both the common law and state-recognised African customary law) and the living African customary law.

2 African Customary Laws in South Africa

In South Africa, as in the rest of Africa, the problem of a plurality of sources is enhanced by the fact that the various legal systems that are applied are fundamentally different.

The fact that the state-law pluralism in South Africa is based on a dual-systems theory does not mean that in addition to the common law only a single system of African customary law is applied and recognised. South Africa has a complex structure of legal sources – earning it a place amongst the mixed jurisdictions of the world. The common law is hybrid in nature: predominantly civilian but with distinct common-law features. And as for the African customary law, there are numerous indigenous cultural communities observing diverse legal systems that correspond to a lesser or greater extent.

On the one hand, some traditional communities or tribes inhabiting different geographical areas and even different countries in Southern Africa,⁸ share close ethnic, linguistic and cultural bonds and their legal systems are accordingly closely connected.⁹ In fact, the tribal connection is so important in African culture that it frequently takes precedence over the connection with a specific state, especially since the borders of different African states often cut across tribal territories.¹⁰

On the other hand, though, the various customary laws, and the basic institutions of kinship, marriage and succession that lie at the heart of customary law and social ordering, generally show fundamental differences – to such an extent that one of the first scholars to study the African customary laws of the British Dependencies remarked that “there is to-day only a slight body of law common to all the Bantu-speaking tribes of the Union [of South Africa]”.¹¹

South African legislation gives limited effect to the differences in the legal systems of the various groups and, in general, the diverse African customary laws are treated and referred to as a unit in policy documents, legislation and judicial decisions pronouncing on the recognition and application of that law. The reason for this is obvious: from a macro-comparative perspective, African customary laws show sufficient coherence to be regarded as belonging to a separate family of laws, founded in a single African tradition, and intersecting both in the process of legal reasoning and in the basic axioms which underpin such legal reasoning. Furthermore, African customary law is the only “other” law officially recognised in its entirety next to the European or Western law.¹²

3 African Customary Law and “Western” Common Law

3.1 Harmonisation

The prevailing legal pluralism in South Africa has been variously viewed by academics, the courts and the state. Since the introduction of a constitutional democracy, South Africa has not displayed any overt objective to eliminate the existing legal pluralism. On the contrary, it has embraced the notion of a “rainbow nation” and with it the application of its diverse legal systems.¹³ Accordingly, in order to find a workable, practical solution for the management of the various legal systems, a course of action was embarked upon to harmonise the Western law and the African customary law and in so doing, to achieve equality, simplification of the legal system, nation building, modernization and economic development.¹⁴ This goal has been actively pursued by the state since the 1990’s and is apparent in the South African Law Reform Commission’s ongoing projects on “The Harmonisation of the Common Law and the

Indigenous Law” in various fields of the law. The aim with these projects is to remove explicit conflict within the various systems of law through legislative intervention, but simultaneously to retain individual characteristic features of the legal systems, thus ensuring their continued application as separate legal systems. The quandary of managing a multiplicity of legal sources is of course not limited to a national level and certainly not to Africa. In fact, the South African endeavours to accommodate its different sources of law at national level with a view to modernization and economic development remind of similar processes in Europe.

A decade ago the European Commission initiated the idea of a “common” European private law for the development of a single market. The premise was not a total integration of legal concepts, rules and cultures, but rather the coming together of various legal systems through a process of harmonisation or convergence, implying both change and the retention of separate legal systems with their own identities. The drafting of, among others, the much-debated Common Frame of Reference for European Private Law (DCFR) was an off-shoot of this endeavour. In an analysis of the plurality of sources in European private law, Smits¹⁵ shows how the DCFR failed in its primary objective of managing the diversity through harmonisation, ultimately creating universal norms for the region. Interestingly Smits points out that the harmonised European law is regarded as separate from the national law, to the extent that academics discuss the influence of the European law on their national law.¹⁶ As will be shown below, to an extent this is also the result of the harmonisation effort in South Africa.

The objective of harmonisation may be feasible and more easily attained in a region that shares, in essence, similar cultures and more specifically, a homogeneous legal culture. The European legal community has common perceptions of the concept of law, a theory of valid legal sources, a legal methodology, a theory of argumentation and of legitimation of the law, as well as a common basic legal ideology.¹⁷ But harmonisation poses an almost insurmountable problem in Africa where the relevant systems of law differ on a macro-comparative level both with relation to the process of legal reasoning, and in the fundamental postulates that underpin such legal reasoning, such axioms being based on societal values. The legal technique in dispute resolution, legal process and the general approach to law and legal reasoning of the imposed “Western” South African common law is characteristically civilian and hence fundamentally specialised. This gives rise to legalism, conceptualism and rationalism.¹⁸ In contrast, African customary law is characteristically non-specialised and reveals a lack of separation, differentiation and classification with regard to all aspect of social ordering.¹⁹ This diversity in the legal systems also makes convergence difficult but, as will be explained below, not quite impossible.

The question is whether the legislative enactments that have ensued from the harmonisation projects of the South African Law Reform Commission, have indeed accomplished harmonisation, or whether these acts have unintentionally caused the elimination of the plurality of laws, as happened with the DCFR. *Prima facie*, it appears as if the legislation has indeed to an extent realised its goal of harmonisation. However, on a closer scrutiny of the legislation and draft legislation regulating the interaction of the African customary law, and the common law, especially as regards marriage, succession²⁰ and the courts, it becomes clear that harmonisation has occurred only to a very limited extent. I shall explain this with reference to one of these pieces of legislation, the Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998.²¹

This Act was primarily aimed at the recognition of customary marriages and the harmonisation of the marriage laws in South Africa, not at creating universal norms. However, as confirmed by the South African Constitutional Court,²² the process of harmonisation was “inspired by the dignity and equality rights that the Constitution entrenches and the normative value systems it establishes”, and took place within the mould of Western values as elicited in the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

In its first case adjudicating on the Bill of Fundamental Rights enshrined in the Constitution of the Republic of South Africa, 1996,²³ the Constitutional Court declared that the South African Constitution should not be regarded as giving effect to Western values only, but that it is fundamentally rooted in the values, traditions and beliefs of all sectors of the multicultural South African community;²⁴ and that African law, legal thinking, values and ideas should accordingly play an important role in developing a constitutional jurisprudence.²⁵ Unfortunately, subsequent judicial decisions bear slight evidence to this commitment to give effect to African values in the interpretation and application of general legislation and the Constitution. Core African institutions, such as the rule of male primogeniture in succession, have been abolished where an alternative route, allowed by the Constitution, provided that laws could be developed (consonant with their foundational postulates) to become aligned with the Constitution.

The process of harmonisation in the Recognition of Customary Marriages Act was furthermore a one-sided process in that it changed only the customary law to bring it in harmony with the common law and with Western values. There was never a question of finding a middle ground where the two systems could meet and the common law was never similarly scrutinised for possible adaptation. The only change that was made in the South African law of marriage in general was that polygynous marriages are now recognised, albeit only under specific circumstances and only with relation to African customary marriages.

In general, it may be said that as regards the African customary law, the drive to harmonise the Western common law and African customary law has led to such a divergence from the original customary law and its foundational values that it has amounted to the creation of a new hybrid marriage law with features of both the European common law and customary law. This means that the existing plurality of sources has been expanded rather than managed. A further result is that the divide between this new official African customary law of marriage and the living customary law has been widened and the potential for conflict has so been enhanced, as the traditional form of customary marriage is still being upheld in the rural areas and has not been affected by the legislation or judicial decisions.²⁶

Indeed, it is understandable why the eminent scholar on African law, James Read,²⁷ regards African legal systems as “particularly dysfunctional in the field of family law, where African forms of social organisation have resisted harmonisation ... with transplanted alien, and radically different, social forms”. Read’s words are especially apt when applied to South African courts’ interpretation of the Recognition of Customary Marriages Act, 1998. This Act came into effect in 2000, and after more than a decade there is still no certainty on its interpretation. This applies not only to the open-ended provisions such as section 3(1)(b) which sets as a requirement for a valid customary marriage that “the marriage must be negotiated and entered into or celebrated in accordance with customary law”, but also other sections, such as those dealing with polygynous marriages and the proprietary consequences of such marriages.

South African courts are generally alive to the importance of giving legal effect to customary institutions but the result of this commitment is that inept legislative drafting often force them to resort to creative interpretations to attain the desired outcome, in the process causing legal uncertainty. Hence the fundamental rule of interpretation of statutes that words should be accorded their ordinary, grammatical meaning to determine the intention of the Legislature is sometimes ignored in favour of a purposive interpretation which gives effect to constitutional demands and context. At the risk of falling in too much detail, this will be illustrated with reference to a very recent, as yet unreported, case before the Supreme Court of Appeal.²⁸

In this case the legal question concerned non-compliance with section 7(6) of the Recognition of Customary Marriages Act, which determines that a husband who wishes to enter into a further customary marriage, *must* make an application to a court for the approval of a written contract regulating the matrimonial proprietary consequences of his marriages. The Court *a quo*, relying on existing case law, had found that the section should be interpreted as peremptory rather than as directory, affording the word “must” its ordinary grammatical meaning. It accordingly found that the non-compliance with the requirement had invalidated the subsequent marriage.²⁹

On appeal, though, also relying on existing case law, the Court found that a balance ought to be struck between the textual interpretation and the context of the Act of which the primary goal, as stated in its preamble, is the recognition of customary marriages and the attainment of equality of the spouses.³⁰ It found that the subsequent marriage was valid. This less restrictive, purposive interpretation within the historical context of race, gender, marital status and class discourse in South Africa, is commendable and gives effect to the intention of the South African Law Reform Commission. In its *Report on Customary Marriages*, the Commission emphasised that “[t]o declare the second marriage invalid would constitute such a grave departure from customary laws that few people would pay any attention to the penalty”.³¹ Yet, it remains to be seen whether the Supreme Court of Appeal has settled the interpretation of this section and in so doing has managed to confirm the continued existence of this important institution of African customary law, or whether it, too, will have to be made to conform to western values.

In this decision, the Court pointed out that by contrast with section 7(6), section 3(1)(b) was a mandatory provision and that non-compliance with it would render a customary marriage invalid. Ironically, though, the courts do not consistently interpret this section as mandatory.³²

In essence, the requirements and consequences of customary marriages in the Recognition of Customary Marriages Act are merely adaptations of those at common-law. The attempted “harmonisation” of African customary law and state law through legislation moulded in a common-law paradigm has resulted in uncertainty. This is evident in a collection of divergent decisions in which cases are increasingly resolved on an ad-hoc basis.³³ In turn, the management of the interaction of the two legal systems has become a peripheral issue.

3.2 Convergence

Beyond the active attempts to harmonise the Western common law and the African customary law in South Africa lies the spontaneous process of convergence. In its widest sense, convergence is a dynamic phenomenon, a process by which legal systems, institutions, ideologies and methods approach one another and become reasonably similar and by which distinctions gradually disappear. One may distinguish between a doctrinal and functional convergence.³⁴ A doctrinal convergence, the coming together of concepts and principles, is not actually within reach in South Africa where the relevant legal systems are so fundamentally different. However, there does appear to be some measure of functional convergence in the interdependent use of concepts,

the continuous process of gaining knowledge of “the other system,” and concomitant process of becoming able to work with the other system.

An example here is the reconsideration of the remedy of *amende honorable*³⁵ by South Africa’s highest courts and academics and its interrelation with the African principle of ubuntu. *Amende honorable* is a defunct delictual remedy for defamation that originated in medieval canon law and became part of South African law through Roman-Dutch law. This remedy is aimed at restoring the dignity of the plaintiff by an apology from the defendant. It has fallen into disuse in South Africa, but the courts have recently reassessed it as a solution in balancing the constitutionally guaranteed rights to human dignity and freedom of expression.³⁶ But what does that have to do with African customary law?

In *Dikoko v Mokhatla*,³⁷ the Constitutional Court declared that the African concept of ubuntu is closely aligned with the constitutional value of human dignity and with the remedy of *amende honorable*.³⁸ Ubuntu is in effect an expression of restorative justice in African jurisprudence and encompasses the idea that “a person is a person through others”.³⁹ The principles of harmony and solidarity of the community are fundamental postulates of African justice.⁴⁰ Although, broadly speaking, collective good takes a preferential position over individual claims, the welfare of the community is inextricably linked to the welfare of the individual. Accordingly, there are mechanisms in place in African customary law to protect the dignity of the individual.⁴¹

The communitarian principles of African justice were confirmed by the Constitutional Court and the idea of functional convergence expressed in the following dictum: “It should be a goal of our law to emphasise, in cases of compensation for defamation, the re-establishment of harmony in the relationship between the parties ... The primary purpose of a compensatory measure, after all, is to restore the dignity of a plaintiff who has suffered the damage and not to punish a defendant. A remedy based on the idea of ubuntu or botho could go much further in restoring human dignity than an imposed monetary award in which the size of the victory is measured by the quantum ordered and the parties are further estranged rather than brought together by the legal process.”⁴²

And, recently the same Court⁴³ confirmed its view that the roots of honourable amends are present also in customary law and tradition, importantly, calling for “mature reflection and consideration” of the integration in this respect of African customary and Roman-Dutch law “into a single system of law under the Constitution”.⁴⁴ Significantly, this is not the usual call for integration within a Western paradigm, but for a true amalgamation of the two systems.

3.3 Integration

It is necessary very briefly to also touch upon the regulation of dispute resolution in South Africa through the integration of the African customary courts within the general court system. This process incorporates a measure of harmonisation, but is in essence aimed at the recognition of traditional African courts as parallel courts. The aim is to create a legislative framework for African customary courts and procedure which differ fundamentally from the typical Western legal process, characterised as it is by confrontational, accusatorial, specialised, formal, even ritualistic features, and where the outcome may be described in terms of winning and losing.

African customary legal procedure has survived, in some instances remarkably unscathed, and is today still widely followed in both unofficial and official courts. The state is in the process of integrating the traditional African courts into the existing state court system through legislation aimed at the regulation of traditional African courts. The history of African customary dispute resolution in South Africa is complex, ranging from colonial legislative recognition and distortion of traditional courts to a time when unofficial dispute resolution institutions held sway and eventually turned into vigilantism during the last three decades of the twentieth century. Space does not allow even a cursory exposition of this history.

Important here is the Traditional Courts Bill which was introduced in 2008 and may become law soon. This Bill purports to be schooled on the African customary system of justice and has elicited severe criticism as an entrenchment of patriarchy, the authoritarian rule of traditional leaders, and a reversion to Apartheid.⁴⁵ The Bill has incorporated certain democratic aspects of dispute resolution, such as the equal participation of women in the legal process. However, only an in-depth analysis will reveal whether it is a mere entrenchment of the adulterated black-letter colonial version of African customary justice or a true version of African participatory justice which is consensual, informal and non-specialised, the outcome being aimed at reconciliation and integration of the parties; where litigants are groups, not individuals; where orality is pre-eminent and there is no legal representation; where proceedings are inquisitorial in nature; and where legal reasoning is inductive and the approach to law casuistic.⁴⁶

4 Official African Customary Law and Living Customary Law

The concept of “living law” has taken on an important position in the South African customary-law discourse – this is evident not only in academic materials, but, importantly, also in judicial pronouncements,⁴⁷ and the work of the South African Law

Reform Commission. In fact, the recognition of Customary Marriages Act recognises the living customary marriage laws through the open-ended provision that requires that customary marriages be negotiated and entered into or celebrated in accordance with customary law.

Living customary law does not refer to the stagnated traditional African customary law that has survived unchanged to the present day. It refers to the law that has adapted to the changing needs of society in line with its underlying fundamental postulates, unadulterated by imposed Western values.⁴⁸ Living law, which has evolved within the framework of the fundamental postulates of African customary law, is often consonant with constitutional precepts. But, the courts do not always take account of the fact that there is a discrepancy between the living law and the traditional law that has survived in judicial decisions and legislation. Accordingly, they have abolished core principles of customary law, on the premise that the official versions of customary, which have in fact fallen out of step with the living law, constitute the true African customary law.⁴⁹

One such example is male primogeniture, a core principle in succession, which existed to secure the preservation of the family. In its traditional form, it entailed that senior males had a preferential position in succession. But succession involved stepping into the shoes of the deceased and assuming responsibility for the family, managing the family estate on their behalf – not obtaining individual ownership of family property. In official customary law this rule has evolved to become the senior male's right to succession and individual ownership of property, excluding females and younger siblings. In the living law, though, the rule has undergone fundamental changes and has survived to indicate priority in succession, but is no longer limited to the eldest male. Nevertheless, despite the option it had of developing the rule, the Constitutional Court preferred to abolish it. The result is that the division between the living and official versions of customary law is intensified. Few succession cases reach the official courts, and its abolition will not impact on the continued existence of the living law, especially in the deep rural areas. As indicated above, the Recognition of Customary Marriages Act has led to a similar evolution of a state-recognised customary marriage law which bears little resemblance to the living law that continues to exist irrespective of state interference.

Interestingly, Williams⁵⁰ argues that the internal dialogue in indigenous communities may present a solution to the conflict between culture and equality and that this conflict should not be resolved by a simple choice between the two; equality usually trumps culture. She points out that women inevitably “feel committed to both their culture and their equality” and could be role players in changing their culture from within.⁵¹

It is suggested that the living law is indeed a confirmation of this hypothesis and that if the courts pay more than lip-service to the living customary law, there would be no need to eliminate the plurality of sources instead of managing it.

Conclusion

To date state initiatives to harmonise the common law and the African customary law in South Africa have not been successful. These efforts are resulting in the evolution of an additional source of state law – a system of law with features of African customary law and the common law, but which is increasingly dominated by Western values. This enhances the problem of the multiplicity of sources and provides no solution to their management. The reason for the present state of affairs is that Western common law is still regarded as the primary legal system in spite of the fact that the Constitution gives recognition to African customary law and guarantees its application. In addition, the difficulty of ascertaining the living African customary law induces the courts to use stagnated official customary law as their frame of reference.

Nevertheless, harmonious co-existence of the common law and African customary law in South Africa is possible if reform is founded on the recognition of the prevailing legal pluralism and the exclusive goal is the management of the several sources. The premise cannot be the imposition of Western ideas and values on the African customary law so as to turn it into a hybrid system that is compatible with the common law. Managing the interaction of the two systems of state law has to be approached with sensitivity to the fundamental principles of both systems. And, importantly, African customary law should be freed from its historical and inevitable political shackles and viewed as a dynamic, living law.

¹ This article was published in Ukrainian as “Vzeadimova afrykanskoho zvychaevoho prava z pravom PAR” in (2012) No. 3-4 *Porivnialne Pravo* (Comparative Jurisprudence) and is published here with the kind permission of its Editor-in-Chief.

* *Professor, Department of Jurisprudence, School of Law, University Of South Africa.*
Vniekqj@unisa.ac.za.

² See generally C. Himonga “State and Individual Perspectives of a Mixed Legal System in Southern African Contexts with Special Reference to Personal Law” (2010) 25 *Tulane European & Civil Law Forum* 23ff.; A. Griffiths “Legal Pluralism in Botswana: Womens Access to Law” (1998) *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law* 123 at 133; G.R. Woodman “Unification or Continuing Pluralism in Family Law in Anglophone Africa: Past Experience, Present Realities and Future Possibilities” (1988) 4 *Lesotho Law Journal* 33 at 36ff.; S.E. Merry “Legal Pluralism” (1970) 20 *International and Comparative Law Quarterly* 868 at 868-869.

- ³ For a cursory overview of the historical background see T.W. Bennett “Legal Pluralism and the Family in South Africa” (2011) 25 *Emory International Law Review* 1029 at 1029-1032.
- ⁴ Interestingly, some academics have changed the original name to “Southern African Law Association”. But in view of the prominent place of South Africa in the legal development of these countries as well as in their constitutional history, I am of the opinion that Mr. Justice Schreiner purposely referred to them as the “South African Law Association” See, generally, G.J. van Niekerk “Constitutional Protection of Common Law: The Endurance of the Civilian Tradition in Southern African” (2012) 17 (1) *Fundamina. A Journal of Legal History* 115ff.
- ⁵ The common law in South Africa is characterised as “European” or sometimes “Western” law as it shares a basic intellectual and jurisprudential tradition with other legal systems belonging to the Romano-Germanic and the Common-law legal families.
- ⁶ See, e.g., the Constitution of the Kingdom of Swaziland, 2005; the Constitution of Zimbabwe, 1980; the Constitution of the Republic of Namibia, 1990; the Constitution of the Kingdom of Lesotho, 1993; the Constitution of the Republic of South Africa, 1996. Interestingly, legal pluralism as such is recognised in art. 4 of the Mozambique Constitution: “The State recognises the different normative and dispute resolution systems that co-exist in Mozambican society, insofar as they are not contrary to the fundamental principles and values of the Constitution”: D. Pimentel “Legal Pluralism in Post-Colonial Africa: Linking Statutory and Customary Adjudication in Mozambique” (2011) 14 *Yale Human Rights & Development Law Journal* 59 at 62. See, also, M. Ndulo “African Customary Law, Customs, and Women's Rights” (2011) 18 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 87 at 96-97.
- ⁷ In the early twentieth century, Lt. Col. C.F. Rey, Resident Commissioner of the Bechuanaland Protectorate, in the Introduction to I. Schapera’s *A Handbook of Tswana Law and Custom* (London, 1938) warned that a codification of Tswana law would stultify further development and that such a codified law would quickly fall out of step with the living law.
- ⁸ Traditional communities are still widely referred to in academic writing as “tribes”. However, this has been perceived to have a derogatory meaning: T.W. Bennett *Application of Customary Law in Southern Africa* (Cape Town, 1985) at 118-119. S. 2(1) of the *Traditional Leadership Governance Framework Act* 41 of 2003 determines that a traditional community is formally recognised as such if it is subject to a traditional leadership system in terms of its customs and if it observes a system of customary law; cf., also, C.W. Okeke “African Law in Comparative Law: Does Comparativism Have Worth?” (2011) 16 *Roger University Law Review* 1 at 8.
- ⁹ E.g., there is a connection between the indigenous Tswana communities inhabiting the Bechuanaland Protectorate (Botswana) and other countries such as Angola, Southern Rhodesia (Zimbabwe), South-West Africa (Namibia) and South Africa. The Tswana of Botswana are represented by three groups, the Southern, Northern and Eastern groups, the latter of which (consisting of the Maletse, Tlôkwa and Kgatla), had migrated from South Africa (Schapera (n. 7) at xi-xiv and 1-2). Further, the customary laws of the Swazi of Swaziland, Sotho of Lesotho and Tswana of Botswana still closely correspond with their allied indigenous systems in South Africa and works on those traditional laws (e.g., Schapera *Native Land Tenure in the Bechuanaland Protectorate* (London, 1943); Ashton *The Basuto* (London, 1952); Marwick *The Swazi* (Cambridge, 1940)) are indispensable in any study of traditional Tswana, Sotho or Swazi law in South Africa.

¹⁰ See Okeke (n. 8) at 2 and 7.

¹¹ See Julius Lewin *Studies in African Native Law* (Philadelphia, 1947) 68, and generally 68-76. Lewin received his legal education at the University of Cape Town, practised at the Bar in Cape Town and the Middle Temple in London during the 1930s and later entered academia, lecturing at the London School of Economics. His academic career took him to the University of the Witwatersrand in South Africa where he was Professor in the Department of Social Anthropology and African Government. He later became research fellow at the University of Manchester and visiting professor of public law at Columbia University, New York: see "Julius Lewin Papers" available at <http://www.historicalpapers.wits.ac.za/inventory/A2357.php> (accessed 18 May 2012); see, also, J.S. Read "Law in Africa: Back to the Future?" in I. Edge (ed.) *Comparative Law in Global Perspective* (Ardsey, 2000) 173 at 174.

¹² As opposed to Muslim law, for example, which the state is still in the process of recognising.

¹³ This is in line with the Pimentel's premise (n. 6) at 66ff, that recognition of legal pluralism goes hand-in-hand with respect for indigenous cultures.

¹⁴ G.J. van Niekerk "The Convergence of Legal Systems in Southern Africa" (2002) 35 *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 309 at 312-314; Woodman (n. 2) at 60ff; M.W. Prinsloo "Pluralism or Unification in Family Law in South Africa" (1990) 23 *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 324ff.

¹⁵ J.M. Smits "Plurality of Sources in European Private Law, or: How to Live with Legal Diversity" in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia & S. Weatherill (eds.) *The Foundations of European Private Law* (Chippingham, 2011) 330ff.

¹⁶ *Idem* at 326.

¹⁷ M. van Hoecke "The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Misunderstandings" in M. van Hoecke & F. Ost (eds.) *The Harmonisation of European Private Law* (Oxford, 2000) at 3 argues that harmonisation is possible only in what he refers to as a "sufficiently homogeneous legal culture".

¹⁸ Van Niekerk (n. 13) at 317; M. van Hoecke "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law" (1998) 47 *International and Comparative Law Quarterly* 495 at 503.

¹⁹ A.C. Myburgh *Papers on Indigenous Law* (Pretoria, 1985) *passim*; Van Niekerk (n. 13) 317.

²⁰ For an overview of the state regulation of succession, see Bennett (n. 3) at 1048-1050.

²¹ For academic discussions of the Act, see among others, Bennett (n. 3) at 1044-1048; J.A. Robinson "The Evolution of the Concept of Marriage in South Africa: The Influence of the Bill of Rights in 1994" (2005) 26 *Obiter* 488 at 494ff; N. van Schalkwyk "Law Reform and the Recognition of Human Rights within the South African Family Law with Specific Reference to the Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998 and Islamic Marriages" (2003) 36(2) *De Jure* 289 at 291ff; C.J. Bonthuys "Accommodating Gender, Race, Culture and Religion: Outside Legal Subjectivity" (2002) 18 *South African Journal on Human Rights* at 41ff; M. Pieterse "Its a 'Black Thing': Upholding Culture and Customary Law in a Society Founded on Non-Racialism" (2001) 17 *South African Journal on Human Rights* 364 at 382ff; V. Bronstein "Confronting Custom in the New South

African State: An Analysis of The Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998” (2000) 16 *South African Journal on Human Rights* 558ff; I.P. Maithufi “The Recognition of Customary Marriages Act of 1998” (2000) 117 *Journal for Contemporary Roman-Dutch Law* 516ff; J. Church “The Convergence of the Western Legal System and the Indigenous African Legal System in South Africa with Reference to Legal Development in the Last Five Years” (1999) 5 *Fundamina. A Journal of Legal History* 8ff.

²² In *Gumede v President of the Republic of South Africa* 2009 (3) SA 152 (CC) par. [21].

²³ *S v Makwanyane* 1995 (6) BCLR 665 (CC) in par. [358].

²⁴ In par. [361].

²⁵ In par. [365].

²⁶ Cf. J.C. Bekker & G.J. van Niekerk “*Gumede v President of the Republic of South Africa*: Harmonisation, or the Creation of New Marriage Laws in South Africa” (2009) 24 *South African Public Law* 206 at 206-222.

²⁷ Read (n. 11) at 176; see, also, Okeke (n. 8) at 15.

²⁸ *Ngwenyama v Mayelane and Another* (474/11) [2012]; ZASCA 94 (1 Jun 2012).

²⁹ See *Mayelane v Ngwenyama* 2010 (4) SA 286 (GNP) in pars. [25]-[26]; see, also, JC Bekker & GJ Van Niekerk “Broadening the Divide Between Official and Living Customary Law: *Mayelane v Ngwenyama & Another* 2010 (4) SA 286 (GNP); [2010] JOL 25422 (GNP)” (2010) 73 *Journal for Contemporary Roman-Dutch Law* (n. 25) at 679ff.

³⁰ In par. [22].

³¹ At 90.

³² In *Mabuza v Mbatha* 2003 (4) SA 218 (C), e.g., the Court remarked that it is inconceivable that ceremonial marriage customs may be elevated to something so indispensable that without them there could be no valid marriage; see also G. Nkosi “The Extent of the Recognition of Customs in Indigenous Law of Marriage: A Comment on *Mabuza v Mbatha* (2003) 1 All SA 706 (C)” (2004) 17 *Speculum Juris* 325ff and the decision in *Gladstone (Ramoitheki) v Liberty Group Ltd* 2005 JDR 0762 (WLD).

³³ Cf., among others, the divergent opinions expressed in *Fanti v Boto and Others* 2008 5 SA 405 (C); *Mabuza v Mbatha* (n. 32) and in *Nontobeko Virginia Gaza v Road Accident Fund* (SCA) unreported case number 314/04.

³⁴ D.W.M. Waters “Convergence and Divergence: Civil Law and Common Law” (Inaugural Lecture, Katholieke Universiteit Nijmegen, Centrum voor Postdoctoraal Onderwijs, 1998) at 21 and 31ff shows that an ongoing functional convergence has led to an observable doctrinal convergence in European law. B.S. Marquesinis “Studying Judicial Decisions in the Common Law and Civil Law: A Good Way of Discovering Some of the Most Interesting Similarities and Differences that Exist Between these Legal Families” in Van Hoecke & Ost (n. 17) at 125ff, shares the view that civil-law and common-law systems are converging.

³⁵ On this remedy, see generally: A. Mukheibir “Reincarnation or Hallucination? The Revival (or not) of the Amende Honorable” (2004) 25 *Obiter* 455ff and “Ubuntu and the Amende Honorable – A Marriage between African Values and Medieval Canon Law” (2007) 28 *Obiter* 583ff; J.R. Midgley “Retraction, Apology and Right to Reply” (1995) 58 *Journal for Contemporary Roman-Dutch Law* 288ff.]

³⁶ Mukheibir “Reincarnation” (n. 35) at 585.

³⁷ 2006 (6) SA 235 (CC).

³⁸ See, also, *Le Roux and Others v Dey* 2011 (3) SA 274 (CC) pars. [199]-[200].

³⁹ This was confirmed in *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (CC); *Dikoko v Mokhatla* 2006 (6) SA 235 (CC) in pars. [113]-[115]; see also generally, T.W. Bennett “Ubuntu: An African Equity” (2011) 14 *Potchefstroom Electronic Law Journal* at 4ff.

⁴⁰ M. Gluckman Natural Justice in Africa in C. Varga (ed.) *Comparative Legal Cultures* (Dartmouth, 1992) at 176 opines that the fact that courts maintained the principles of law while restoring the disturbed relationships within the community shows an adherence to a doctrine of natural justice in Africa. In Africa relationships do not come to an end at death. Therefore equilibrium has to be maintained both horizontally (between the living members of the community) and vertically (between the community and the deceased ancestors): E.A.R. Omi & K.C. Anyanwu *African Philosophy. An Introduction to the Main Philosophical Trends in Contemporary Africa* (Rome, 1981) at 143; see, also, J.S. Mbiti *African Religions and Philosophy* (New York, 1975) at 107.

⁴¹ See, generally, G.J. van Niekerk “Pre-contact African Judicial Procedure and the *Legis Actio* Procedure of Early Roman Antiquity: A Comparative Analysis” (2009) 4 *Studia Iurisprudentia (Universitatis Babeş-Bolyai)* available at <http://studia.law.ubbcluj.ro/articole.php?an=2009> (accessed 16 Jun 2012).

⁴² Mokgoro J in *Dikoko v Mokhatla* (n 39) in pars. [68] and [69].

⁴³ *Le Roux and Others v Dey* (n. 38) in par. [200].

⁴⁴ In par. [199]: here the Court did not consider the reinstatement of the *amende honorable*, but argued for the development of South African law in accordance with the equitable principles of Roman-Dutch law.

⁴⁵ See, e.g., the criticism levelled against this Bill by S.M. Weeks “The Traditional Courts Bill: Controversy around Process, Substance and Implications” (2011) 35 *South Africa Crime Quarterly* 3ff and S.M. Weeks & A. Claassens “Tensions between Vernacular Values that Prioritise Basic Needs and State Versions of Customary Law that Contradict Them” (2011) 3 *Stellenbosch Law Review* 823ff.

⁴⁶ See, e.g., I. Eberечи “Who Will Save These Endangered Species? Evaluating the Implications of the Principle of Complementarity on the Traditional African Conflict Resolution Mechanisms” (2012) 20 *African J of International and Comparative Law* 22 at 29-34; A. Allott “African Law” in J.D.M. Derrett (ed) *An Introduction to Legal Systems* (London, 1968) 145. Van Niekerk (n. 41) (accessed 10 Jun 2012) and G.J. van Niekerk “Orality in African Customary- and Roman Law of Contract: A Comparative Perspective” (2011) 44 (2) *De Jure* 364ff. On the ancient African law of procedure, see in general: A.T. Bryant *The Zulu People* (Pietermaritzburg, 1948); T.O. Elias *The Nature of*

African Customary Law (Manchester, 1956); P. Bohannan *Justice and Judgment among the Tiv* (London, 1957); H.A. Junod *The Life of a South African Tribe* (New York, 1966); E. Cotran & N.N. Rubin (eds.) *Readings in African Law* vol. 1 (London, 1970); I. Schapera (n. 7) and "The Tswana" in D. Forde (ed.) *Ethnographic Survey of Africa. Southern Africa* part 3 (London, 1971); H.O. Mönnig *The Pedi* (Pretoria, 1978); Myburgh (n. 19); A.C. Myburgh & M.W. Prinsloo *Indigenous Public Law in KwaNdebele* (Pretoria, 1985); G.J. van Niekerk *A Comparative Study of the Application of Indigenous Law in the Administration of Criminal Justice in Southern Africa* (unpublished LLM Dissertation, University of South Africa, 1986) and "Principles of the Indigenous Law of Procedure and Evidence as Exhibited in Tswana Law" in A.J.G.M. Sanders (ed.) *Southern Africa in Need of Law Reform* (Durban, 1981); S.E. van der Merwe "Accusatorial and Inquisitorial Procedures and Restricted and Free Systems of Evidence" in Sanders *op. cit.*

⁴⁷ See, e.g., the following decisions of the Constitutional Court in *Alexkor Ltd and Another v Richtersveld Community and Others* 2003 (12) BCLR 1301 (CC) (and H. Mostert H. & P. Fitzpatrick "'Living in the Margins of History on the Edge of the Country' – Legal Foundation and the Richtersveld Community's Title to Land" (2004) issue 3 *Journal of South African Law* 498ff); *Daniels v Campbell NO and Others* 2004 (7) BCLR 735 (CC); 2004 (5) SA 331 (CC); *Bhe v Magistrate, Khayelitsha and Others*; *Shibi v Sithole and Others*; *SA Human Rights Commission and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 2005 (1) BCLR 1 (CC); *Shilubana and Others v Nwamitwa* 2008 (9) BCLR 914 (CC); also Ndulo (n. 6) at 102.

⁴⁸ For an in-depth theoretical discussion of the concept of "living law", see C. Himonga & C. Bosch "The Application of African Customary Law under the Constitution of South Africa: Problems Solved or Just Beginning?" (2000) 117 *South African Law Journal* 306 at 319ff; G.J. van Niekerk "Succession, Living Indigenous Law and *Ubuntu* in the Constitutional Court" (2005) 26 *Obiter* 474ff; D. Taylor "Where There is a Way There is a Will: How Traditional African Homesteads Reflect the Legal Consequences of Succession" in T. Falola & S.J. Salm *Urbanization and African Cultures* (Durham, 2005) at 417ff; Pimentel (n. 6) at 61 esp. note 7; Okeke (n. 8) at 10; Weeks & Claassens (n. 45) *passim*; see, also, W. Menski *Comparative law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa* (Cambridge, 2006) at 477ff for a discussion of unofficial law and dispute resolution institutions in Africa.

⁴⁹ Ndulo (n. 6) at 102ff; Bennett (n. 3) at 1037 and 1041ff.

⁵⁰ S.H. Williams "Democracy, Gender Equality, and Customary Law: Constitutionalizing Internal Cultural Disruption" (2011) 18 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 65 at 68-70.

⁵¹ *Idem* at 70.

**PRINCIPIILE DE GUVERNANTA SI STRUCTURA ADMINISTRATIEI
INTREPRINDERILOR DE STAT IN URMA O.U.G. NR. 109/2011 PRIVIND
GUVERNANTA CORPORATIVA A INTREPRINDERILOR PUBLICE¹**

Radu N. CATANĂ*
Adrian C. POPA**

Abstract. *After over 20 years of precarious legal status of state-owned enterprises and considering the financial crisis, the Government Emergency Ordinance No. 109 of December 2011 took a step forward in separating state-owned companies governance, from political government. This paper critically describes the corporate governance principles as they result from the late 2011 reform, namely the principle of non-interference of government in ordinary activities of state-owned enterprises, the principle of effective control of the tutelary authority on the enterprise's own administration and the principle of separating management and control within the enterprise's management function. Principles are taken from OECD guidelines (2005) and the governance mechanisms of general company law, leading to a structure similar to the common company law, despite the fact that the choice between a unitary and dual system is limited, the independence of board members has a different meaning from private companies, and accounting law creates confusion in terms of the audit committee and the statutory audit.*

Keywords: *corporate – governance – state owned enterprises – reform – Romania – principles – board - structure*

Cuvinte cheie: *reformă – guvernanta – corporativă – întreprinderi – publice – principii – structura – administrației*

Structura:

I. Ajustările sectorului întreprinderilor publice: neperformanța întreprinderilor de stat, criza financiară și imboldul F.M.I. - de la context, la pretextul reformei din decembrie 2011

II. Un pas înainte în separarea guvernantei întreprinderii publice, de guvernul politic

III. Principiile de guvernanta a întreprinderilor publice

A. Principiul non-imixtiunii guvernului în activitatea ordinară a întreprinderilor publice

B. Principiul controlului efectiv al autorității publice tutelare asupra administratiei întreprinderii publice

C. Principiul separației funcției de conducere, de funcția de administrare a întreprinderii

1. Regiile autonome

2. Societățile

IV. Structura administratiei întreprinderii publice

A. O opțiune limitată, între sistemul unitar și cel dualist de administrare

B. Componenta Consiliului de Administrație (sau a Consiliului de Supraveghere)

C. Membrii independenți ai Consiliului de Administrație (sau ai Consiliului de Supraveghere)

D. Comitetele consultative

E. De la comitetul de audit, la auditul statutar al întreprinderilor publice

I. Ajustările sectorului întreprinderilor publice: neperformanța întreprinderilor de stat, criza financiară și imboldul F.M.I. - de la context, la pretextul reformei din decembrie 2011

În cadrul instituțional și financiar al noului aranjament pe doi ani al României cu Fondul Monetar Internațional², sprijinit de Comisia Europeană și Banca Mondială, s-a considerat necesar să se pună un accent suplimentar pe „sectorul companiilor mari de stat care, potrivit estimărilor, cauzează un deficit cvasifiscal de cca 0,5% din PIB”³. Cu toate că sectorul public nu mai este dominant în economie încă de la începutul anilor 2000⁴, importanța întreprinderilor aflate în portofoliul statului nu poate fi contestată, atât datorită ponderii lor în economie, cât și pentru că reprezintă sectoare strategice, cu efecte considerabile asupra competitivității mediului de afaceri și performanței economice.

Îndreptarea atenției către întreprinderile de stat, în mod particular sub umbrela angajamentelor luate de România în acord cu instituțiile financiare internaționale, s-a făcut în contextul crizei financiare și al neperformanței⁵ întreprinderilor publice, care au impus unele ajustări, determinate în principal de nevoia de reducere a cheltuielilor bugetului general consolidat, pe fondul unui deficit bugetar nesustenabil. Anti-performanța întreprinderilor de stat se explică într-o mare măsură prin eșecurile și

slăbiciunile mecanismelor de guvernare corporativă, cum sunt remunerarea managerilor, managementul riscului, practicilor consiliilor de administrație și inadecvării reglementării drepturilor acționarilor⁶. În întreaga perioadă de 22 de ani de tranziție înspre economia de piață și statul de drept, au lipsit preocupările oficiale referitoare la particularitățile guvernării întreprinderilor publice.

Sub imboldul F.M.I., guvernul a promovat ca soluție pentru eficientizarea întreprinderilor la care statul deține întregul pachet sau pachetul majoritar de acțiuni și pentru readucerea în prim plan a paradigmei privatizării, Ordonanța de urgență nr. 109 din 30 noiembrie 2011 („O.U.G. nr. 109/2011”)⁷ privind guvernarea corporativă a întreprinderilor publice, în temeiul căreia entităților reunite sub sintagma de „întreprinderi publice”⁸, urmează să li se aplice mecanisme specifice de guvernare. Reforma survine pe fondul unei reglementări sumare și inadecvate a întreprinderilor publice după 1989. Pe de o parte, tipologia întreprinderilor publice a rămas una precară, fixată la nivelul anului 1990, în condițiile absenței unor criterii clare pentru alegerea formei juridice a acestor entități, lăsată aproape exclusiv la îndemâna deciziei politice. Pe de altă parte, caracterul sumar și lacunar al normelor privind aceste întreprinderi este ilustrat prin reglementarea regiilor autonome în numai câteva articole de lege sau ordonanțe, precum și prin aplicarea la societățile și companiile naționale a regimului de drept comun al societăților pe acțiuni, cu toate că acesta era complet inadecvat datorită particularităților celor din urmă, cum ar fi structura acționarială atipică (e.g. acționar unic o autoritate publică), comportamentul acționarial specific discreției politice și aplicabilitatea limitată a legii insolvenței⁹.

Nu numai în România se vorbește astăzi despre reforma regimului juridic al întreprinderilor publice. Studiile recent efectuate demonstrează existența unei preocupări globale pentru acest domeniu. Acest interes poate să survină, nu atât ca o doctrină a austerității ori cel puțin a chibzuinței, cât mai degrabă ca un act reflex, ca o întoarcere a privirii către sectorul public, de la care se anticipă o intervenție de o consistență mai ridicată¹⁰, în particular prin creșterea așteptărilor cetățenilor față de serviciile oferite de acesta, prin conformarea la reglementările în vigoare și prin ridicarea gradului de transparență.

Aflăte la originea a numeroase reforme, Principiile Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (O.C.D.E.) în materie de guvernare corporativă¹¹ sunt identificate astăzi ca un punct de referință (*benchmark*) internațional esențial. Cheia succesului acestor principii rezidă în caracterul lor principal și neprescriptiv, caracteristici datorită cărora acestea pot fi relevante în variate contexte juridice, economice și sociale, inclusiv pentru acele state care nu sunt membre ale O.C.D.E.¹² Această observație poate fi reținută și în ceea ce privește Liniile directoare sau Orientările O.C.D.E. privind guvernarea corporativă a întreprinderilor de stat¹³, document care conține o adaptare a

principiilor de guvernanta la cerintele intreprinderilor publice si pe care il putem identifica drept sursa primara a reglementarii romanești in aceasta materie.

Călăuzită de aceleași uniforme principii ale O.C.D.E., instituirea guvernantei corporative in sectorul intreprinderilor publice a căpătat recent o importanta crescută și in Orientul Mijlociu¹⁴, acolo unde o guvernanta corporativă sănătoasă este văzută ca un mijloc capabil să asigure un randament rezonabil al activelor naționale, indiferent dacă țările in cauză doresc prin aceasta să pună stavilă corupției din sectorul public sau se pregătesc pentru privatizare, in condițiile in care, asemenea României, guvernanta corporativă a intreprinderilor de stat nu a fost o temă anterior discutată¹⁵, nicidecum făcând obiect al vreunei reglementări care să-i fie dedicate.

De asemenea, in țările Americii Latine se promovează guvernanta corporativă ca sistem de conducere a intreprinderilor de stat, pledându-se pentru ca statul să sprijine principiile de guvernanta corporativă, deoarece, astfel se realizează, *inter alia*, conformitatea cu așa-numitele „modele globale”¹⁶, din rândul cărora fac parte guvernanta corporativă și bunele practici, și care sunt promovate printr-o rețea internațională de instituții, dintre care se distinge O.C.D.E.

In fine, literatura de specialitate care abordează problematica guvernantei intreprinderilor de stat in economiile in care sectorul public constituie cel mai important segment, avertizează asupra faptului că este necesar să se construiască un model de guvernanta corporativă care este compatibil cu caracteristicile indigene și să nu se grăbească să adopte inițiative de guvernanta modelate in culturi care sunt fundamental diferite, in speranța că succesul acestor modele va fi reprodus prin simpla imitare a modelului¹⁷.

II. Un pas înainte in separarea guvernantei intreprinderii publice, de guvernul politic

Mecanismele de guvernanta introduse O.U.G. nr. 109/2011 au ca principala sursă de inspirație structura și conținutul orientărilor O.C.D.E. cu privire la guvernanta intreprinderilor de stat¹⁸, coroborate cu preluarea adaptată la particularitățile intreprinderilor de stat a unor instrumente de guvernanta din dreptul comun al societăților pe acțiuni.

Diferența fundamentală între societățile cu capital integral ori majoritar privat și intreprinderile de stat este redată in literatura de specialitate britanică prin următorul joc de cuvinte: menirea intreprinderilor publice propriu-zise este să facă *lucruri bune*, in timp ce scopul societăților cu capital privat este să facă *bine lucrurile*¹⁹. Reforma guvernantei intreprinderilor publice de la sfârșitul anului 2011 încearcă să concilieze

aceste două deziderate, acordând însă prioritate (așa cum rezultă din interpretarea actului normativ în totalitatea sa) „laturii private” a activității, de unde și percepția publică greșită și neadecvată – întreținută de politicieni și de media ca expresia însăși a reformei din noiembrie 2011 – că această reformă ar consta esențialmente în introducerea unui „management privat la întreprinderile publice”²⁰.

Dezideratul eficienței ce caracterizează administrarea întreprinderilor cu capital privat și intenția de privatizare (parțială) a unor mari întreprinderi de stat a condus guvernul român la transpunerea multora dintre mecanismele cunoscute ale guvernantei societăților de drept comun, prevăzute deja în Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale („Legea societăților comerciale” sau „Legea societăților”)²¹. Totuși, trebuie avut în vedere faptul că o transferare imitativă a instituțiilor specifice societăților comerciale și infuzarea lor la întreprinderile publice printr-un cadru legislativ formal nu asigură eficiența reformei, chiar dacă inițiativa este una laudabilă. Pe de o parte, problema evaluării performanțelor întreprinderilor publice constă în aceea că, deși scopul declarat al acestora este creșterea eficienței operatorilor economici²², la evaluarea lor ar trebui luate în considerare și aspecte de natură socială, de politici salariale, de servicii publice (sau, cu alte cuvinte, componenta „*Doing the Right Things*”). Pentru guvernul român, problema constă în lipsa unui sistem de raportare financiară adaptat acestui specific al întreprinderi publice; transplantarea *tel quel* a mecanismelor aplicabile companiilor private (concentrate pe identificarea și prezentarea evoluției pur economice a întreprinderii) nu rereflectă în mod fidel activitatea întreprinderii publice, care se impune a fi analizată și din alte unghiuri decât acela pur economic.

Pe de altă parte, instituțiile de sorginte privatistă aplicabile pentru prima dată unora dintre întreprinderile publice²³ începând cu adoptarea O.U.G. nr. 109/2011, vor da naștere, invariabil, unor probleme în cadrul acestora, schimbarea regimului juridic aplicabil, din unul preponderent „de drept public” în unul „de drept privat”, orientat spre obținerea de profit și susținerea bugetului de stat, nefiind una facilă, aceasta presupunând regândirea sistemelor de construcție și execuție a bugetului, monitorizare, evaluare a performanțelor, control financiar și de politică de personal.

Principiul separării guvernantei întreprinderii de guvernarea politică este exprimat în O.U.G. nr. 109/2011 prin interdicția clară și imperativă a intervenției autorităților publice tutelare și a Ministerul Finanțelor Publice în activitatea de administrare și conducere a întreprinderii publice²⁴, între autoritatea publică tutelară și Ministerul Finanțelor Publice, pe de-o parte, și organele de administrare și conducere ale întreprinderii publice, pe de altă parte (III.A.). Și cum libertatea de gestiune și conducere nu poate fi una totală, principiul non-imixtiunii statului în administrarea și conducerea întreprinderii publice se impunea a fi acompaniat de mecanisme de control și supraveghere, legiuitorul reglementând anumite pârghii prin care autoritatea publică

poate controla activitatea întreprinderilor publice, în baza principiului controlului efectiv al autorității asupra Consiliului de Administrație (III.B.). În fine, cel de-al treilea principiu este acela al separației funcției de conducere de funcția de administrare a întreprinderii (III.C.).

III. Principiile de guvernanță a întreprinderilor publice

A. Principiul non-imixtiunii guvernului în activitatea ordinară a întreprinderilor publice

Una dintre recomandările fundamentale formulate de O.C.D.E.²⁵ privește limitarea imixtiunii guvernului în activitatea întreprinderilor de stat, aspect frevent invocat pentru explicarea rentabilității reduse a acestora.

În lumina acestui principiu, se recomandă ca autoritatea publică tutelară să dețină competențe reduse în ceea ce privește stabilirea direcțiilor principale de activitate și de dezvoltare ale întreprinderii publice, competențe ce trebuie limitate la stabilirea direcțiilor strategice de acțiune. Aceeași recomandare arată, de asemenea, faptul că se impune o transparență absolută în ceea ce privește tipurile de decizii și domeniile în care autoritatea publică tutelară este competentă să acționeze.

Legiuitorul român a transpus acest principiu în art. 4 al. (1) din O.U.G. nr. 109/2011, care dispune, tranșant, că autoritatea publică tutelară și Ministerul Finanțelor Publice nu pot interveni în activitatea de administrare și conducere a întreprinderii publice.

Desigur, există și societăți în care statul, prin structurile sale, deține calitatea de acționar minoritar. Chiar dacă legiuitorul a optat pentru reglementarea guvernanței corporative prin raportare exclusiv la regiile autonome, societățile ori companiile naționale și societățile la care statul, unitățile administrativ-teritoriale ori alte entități au o participație majoritară ori dețin controlul²⁶, aceasta nu înseamnă nicicum că anumite principii și linii directoare edictate în materia întreprinderilor de stat nu trebuie să călăuzească atitudinea reprezentanților statului în societățile cu capital majoritar privat. Astfel, având în vedere, pe de-o parte, scopul declarat de legiuitor în preambulul O.U.G. nr. 109/2011, și anume acela de a crea cadrul reglementar necesar pentru îmbunătățirea nivelului de contribuție a întreprinderilor de stat la bugetul general consolidat, iar pe de altă parte dividendele pe care statul le încasează ca urmare a participațiilor deținute în diverse societăți cu capital privat²⁷, se impunea includerea în O.U.G. nr. 109/2011 și a unor texte referitoare la politica de acționariat a statului în cadrul acestor tipuri de societăți. Spre exemplu, se poate îmbrățișa practica, propusă chiar de O.C.D.E.²⁸, de desemnare a anumitor persoane ce prezintă garanții de profesionalism și probitate pentru a vota în cadrul adunărilor generale, atunci când se iau în discuție subiecte deosebite ori care pot

afecta în mod semnificativ interesele economice ale statului. Cu siguranță că deciziile privind exercitarea principalelor drepturi ale statului – acționar minoritar (dreptul de vot, dreptul la informare, dreptul de a numi/revoca membrii Consiliului de Administrație) vor fi adoptate prin acte administrative emise de către conducătorii autorității publice tutelare, însă conceperea și însușirea unei politici de acționariat strict aplicabilă situațiilor în care statul este acționar minoritar se impune pentru o mai bună coordonare, cel puțin la nivelul fiecărei autorități publice tutelare în parte.

După cum se poate observa, orientările O.C.D.E. sugerează posibilitatea păstrării în sfera competențelor autorității publice tutelare a atribuției de stabilire a direcțiilor principale de activitate și de dezvoltare ale întreprinderii publice, fiind prevăzută doar interzicerea imixtiunii statului în activitatea ordinară a acesteia. O.U.G. nr. 109/2011 a mers însă mai departe, iar din dorința de a realiza, cel puțin la nivel teoretic, o separare cât mai evidentă între stat și organele de administrare/conducere ale întreprinderii, a adoptat modelul existent deja în Legea societăților²⁹, conferind puterea de direcție strategică Consiliului de Administrație³⁰, iar nu autorității publice tutelare. Așadar, statul, acționând prin autoritatea publică tutelară competentă, nu deține nicio pârghie legală directă prin care să impună organelor de administrare/ conducere voința sa.

Desigur, în mod indirect, acționând în calitate de acționar majoritar ori care deține controlul, statul poate obține (inclusiv prin exercitarea dreptului de a solicita revizuirea, respectiv completarea planului de administrare în cadrul adunării generale) includerea în planul de administrare a obiectivelor acestuia. În acest context, nu este de neglijat faptul că statul, ca acționar majoritar, are la dispoziție un important mijloc de „constrângere” a Consiliului de Administrație, constând în posibilitatea respingerii planului de administrare propus de acesta, cu consecința numirii unui nou Consiliu și încetarea de drept, începând cu acel moment, a mandatelor membrilor anteriori, fără ca aceștia să aibă dreptul la despăgubiri. Desigur, autoritatea publică tutelară (în cazul regiilor autonome), respectiv Adunarea Generală a Acționarilor (în cazul celorlalte persoane juridice – întreprinderi publice) dispune și de dreptul de a revoca oricând, *ad nutum*, membrii Consiliului de Administrație.

B. Principiul controlului efectiv al autorității publice tutelare asupra administrației întreprinderii publice

Deși nu se bucură de o consacrare legislativă expresă, acest principiu reiese prin interpretarea prevederilor art. 3 din O.U.G. nr. 109/2011. Astfel, autoritatea publică tutelară este competentă să numească și să revoce membrii Consiliului de Administrație, să aprobe planul de administrare elaborat de Consiliul de Administrație, să evalueze periodic activitatea Consiliului de Administrație, pentru a se asigura, în numele statului

sau al unității administrativ-teritoriale fondatoare, că sunt respectate principiile de eficiență economică și profitabilitate în funcționarea regiei autonome.

În cazul companiilor și societăților naționale, precum și al societăților la care statul sau o unitate administrativ-teritorială este acționar unic, majoritar sau la care deține controlul, autoritatea publică tutelară este competentă să evalueze periodic, prin reprezentanții săi în Adunarea Generală a Acționarilor, activitatea Consiliului de Administrație, pentru a se asigura, în numele statului/unității administrativ-teritoriale acționar, că sunt respectate principiile de eficiență economică și profitabilitate în funcționarea societății comerciale.

În celelalte societăți - întreprinderi publice, principiul controlului efectiv al autorității publice tutelare asupra Consiliului de Administrație se concretizează în atribuția autorității de a veghea la respectarea, de către societatea controlată, a principiilor de eficiență economică și profitabilitate.

O instituție nou introdusă prin O.U.G. nr. 109/2011 o reprezintă *planul de administrare* (referitor la mandatul membrilor consiliului de administrație) respectiv planul de management (raportat la mandatul directorilor crora li se delegă conducerea întreprinderii)³¹ și, în special, procedura de aprobare a acestuia, respectiv efectele respingerii sale de către autoritatea publică tutelară ori de Adunarea Generală, în funcție de tipul de întreprindere publică avută în vedere.

Planurile de administrare și de management se supun aprobării autorității publice tutelare, respectiv Adunării Generale a Acționarilor, în termen de 90 de zile de la data numirii în funcție a organului care are obligația întocmirii sale. Autoritatea publică tutelară, respectiv Adunarea Generală a Acționarilor, poate solicita motivat completarea ori revizuirea planului, după caz, însă numai dacă acesta nu prevede măsurile pentru realizarea obiectivelor cuprinse în contractul de mandat și nu cuprinde rezultatele prognozate care să asigure evaluarea indicatorilor de performanță stabiliți în contract. Dacă planul de administrare revizuit nu este aprobat de Adunarea Generală a Acționarilor, administratorii în funcție vor convoca de îndată Adunarea Generală a Acționarilor, pentru numirea unor noi administratori. Mandatul administratorilor în funcție încetează de drept la data numirii noilor administratori. În acest caz, administratorii nu sunt îndreptățiți la daune-interese.

Acest caz de revocare se aseamănă, întrucâtva, cu revocarea membrilor Consiliului de Administrație ce nu au fost confirmați în funcție ca urmare a aplicării metodei votului cumulativ, prin aceea că revocarea nu survine printr-un act juridic de retragere directă a încrederii, ci *ope legis*, ca urmare a respingerii planului de administrare revizuit, respectiv a planului de management revizuit.

Această procedură nu este la adăpost de riscul unor abuzuri din partea reprezentanților statului ori unităților administrativ-teritoriale. Deși, în primă etapă - atunci când se solicită revizuirea planului - motivele pe care se poate fundamenta

o asemenea cerere sunt expres și limitativ prevăzute³², legiuitorul omite să reglementeze și situațiile care în a doua fază permit respingerea sau neaprobarea planului de administrare. Totuși, pentru identitate de rațiune, având în vedere ipotezele ce permit solicitarea de revizuire, respectiv de completare a planului, se poate accepta ideea că respingerea planului revizuit poate avea loc numai pentru motivele indicate pentru prima etapă, la art. 13 al. (2), respectiv art. 30 al. (2) din O.U.G. nr. 109/2011. Numai așa se justifică teza finală a textelor art. 13 al. (3), respectiv art. 30 al. (3), prin care se derogă de la regula de drept comun conform căreia administratorul revocat fără justă cauză are dreptul la daune-interese³³. A interpreta diferit aceste texte ar însemna a se acorda posibilitatea autorității publice tutelare și adunării generale (controlate, prin ipoteză, de reprezentanții statului) să revoce, *ad nutum*, Consiliul de Administrație, respectiv Consiliul de Supraveghere, fără a putea fi măcar obligați la despăgubiri. Revocarea Consiliului de Administrație în procedura aprobării planului de administrare trebuie limitată la anumite ipoteze, aceasta neînsemnând însă că mandatul membrilor nu poate înceta printr-o revocare *ad nutum*, efectuată, însă, într-un alt cadru și, mai ales, cu respectarea dispozițiilor art. 137¹ al. (4) privitoare la dreptul membrilor Consiliului de a fi despăgubiți în cazul în care revocarea a survenit fără justă cauză. Același concluzie este valabilă și pentru directori, respectiv membrii Directoratului.

Chiar și așa, ne întrebăm ce soluții s-ar putea identifica în situația în care autoritatea publică, în mod direct ori în cadrul Adunării Generale a Acționarilor, refuză în mod sistematic să aprobe planul de administrare. Situația este delicată întrucât instanțele nu se pot substitui voinței acționarilor cu ignorarea principiului suveranității Adunării Generale, nefiind posibilă așadar obținerea unei hotărâri judecătorești care să țină loc de hotărâre a Adunării Generale ori prin care acționarii să fie obligați să voteze într-un anumit sens³⁴. Singura soluție ce se întrevide rămâne încercarea obținerii de daune-interese.

Un alt mecanism prin care se asigură controlul efectiv asupra Consiliului de Administrație îl reprezintă obligațiile de informare constând în rapoarte semestriale întocmite de acest organ și puse la dispoziția autorității publice tutelare³⁵, respectiv a Adunării Generale³⁶, precum și în rapoarte trimestriale ale directorilor destinate Consiliului de administrație³⁷. Se poate observa că textele legale indicate derogă de la regimul informațional de drept comun, creionat în jurul ideii de informare la cerere din partea acționarilor³⁸ ori de informare în proximitatea datei la care are loc ședința Adunării Generale³⁹, conferind autorității publice tutelare (în cazul regiilor autonome) și acționarilor (în celelalte situații) dreptul de a fi informați periodic (semestrial) în legătură cu aspectele esențiale ce țin de viața societară.

Privind problema dintr-un unghi mai deschis, se observă o translatare de norme ori principii dinspre dreptul aplicabil societăților ale căror titluri sunt admise la tranzacționare pe o piață reglementată, înspre nou-creata ramură a dreptului întreprinderilor publice. Această deplasare se relevă cu o intensitate sporită în cazul obligațiilor de informare și transparență la care sunt supuse întreprinderile publice. Astfel, legiuitorul a ales să se îndepărteze de concepția specifică societăților închise ce presupune informarea acționarilor la cerere ori în proximitatea datei la care are loc ședința Adunării Generale, oferind, în special în beneficiul acționarilor minoritari ai întreprinderilor publice, posibilitatea de a fi informați regulat în mod corect, complet și egalitar, la inițiativa societății.

Concluzionând, principiul non-imixtiunii guvernării politice în guvernanta întreprinderilor publice reprezintă un progres, cel puțin la nivel declarativ, înspre primenirea acestui tip de persoane juridice din foști coloși ai perioadelor comunistă și postdecembristă în regii autonome și societăți competitive, apte să producă profit și să susțină economia națională. Cu toate acestea, autoritatea publică tutelară se bucură de suficiente prerogative legale de control asupra managementului societar.

C. Principiul separației funcției de conducere de funcția de administrare a întreprinderii

Analiza modalității concrete în care se prezintă, în cadrul O.U.G. nr. 109/2011, principiul separației funcției de conducere a întreprinderii de funcția de administrare, impune efectuarea prezentării pe două paliere, în funcție de forma juridică în care este organizată întreprinderea publică, și anume regie autonomă (1), respectiv societate pe acțiuni (2).

1. Regiile autonome

În ceea ce privește regiile autonome, delegarea atribuțiilor de conducere ale acestora dinspre Consiliul de Administrație către unul sau mai mulți directori nu este obligatorie. Ordonanța prevede că prin actul de înființare sau, ulterior înființării, prin decizie a autorității publice tutelare se poate stabili că atribuțiile de conducere executivă a regiei autonome sunt delegate de Consiliul de Administrație unuia sau mai multor directori⁴⁰.

Separația funcției de conducere a întreprinderii de funcția de administrare (*separation of management and control*) se poate realiza în două variante. Prima dintre ele, reprezentată de așa-zisul model anglo-saxon⁴¹, se constituie prin delegarea competențelor de conducere efectivă (*day by day operations*) a întreprinderii de la

Consiliul de Administrație către unul sau mai mulți directori executivi. Cea de-a doua variantă, întrucât este exponențial de sistemul german⁴² dualist presupune Consiliul de Administrație, însărcinat cu derularea operațiunilor normale ale societății și Consiliul de Supraveghere ce monitorizează activitatea Consiliului de Administrație și autorizează anumite acte ori operațiuni considerate ca având un potențial impact semnificativ asupra situației financiare a societății. Ambele variante au însă la bază un principiu comun: la fel cum separarea funcției de proprietate de cea de administrare (*separation of ownership and control*) reprezintă o axiomă societară, și separarea funcției de administrare de cea de conducere se impune pentru obținerea unei mai mari responsabilizări a managementului executiv.

În acest context, reglementarea numai cu titlu opțional a separației funcției de administrare de cea de conducere în cazul regiilor autonome este curioasă și inadecvată, mai ales dacă se ia considerare faptul că, prin O.U.G. nr. 109/2011 s-a dorit a se realiza o apropiere de regim juridic între regiile autonome și societățile/companiile naționale ori societățile cu acționariat majoritar de stat.

O.U.G. nr. 109/2011 prevede că, în cazul în care conducerea regiei autonome a fost delegată directorilor, Președintele Consiliului de Administrație nu poate avea, în același timp, și calitatea de Director General⁴³. Redactarea normei este deficitară, întrucât nu prevede pentru Președintele Consiliului de Administrație interdicția de a deține alte funcții executive (spre exemplu, aceea de Director General adjunct) și nici nu interzice altor membri ai Consiliului, cu excepția Președintelui, să fie numiți în funcția de Director General. Cumularea funcțiilor de Președinte al Consiliului de Administrație și de Director General produce aceleași efecte ca refuzul delegării atribuțiilor executive către directori. În ambele situații, funcția de control și funcția de administrare se contopesc, fie în cadrul unui organ colegial, cum este Consiliul de Administrație, fie în cadrul unei singure persoane. Practic, ambele aspecte (interdicția cumulului și delegarea atribuțiilor executive către directori) reprezintă fațete ale aceluiași principiu, acela al separației funcției de control de cea de administrare. Acestea fiind spuse, în cazul regiilor autonome se observă o contradicție principială între textul art. 18 al. (1)⁴⁴ și cel cuprins în art. 19 din același act normativ⁴⁵, O.U.G. nr. 109/2011. Astfel, primul dintre ele lasă la latitudinea autorității publice tutelare oportunitatea delegării conducerii executive către directori, iar cel de-al doilea dispune imperativ că dacă o astfel de delegare a avut loc, Președintele Consiliului de Administrație nu poate să cumuleze și funcția de Director General.

Pe lângă textul normativ imperativ invocat mai sus, un alt instrument important prin care se poate asigura separația funcției de administrare de cea de conducere îl constituie codurile de guvernare corporativă⁴⁶, care în majoritatea cazurilor recomandă ca, în temeiul regulii *comply or explain*⁴⁷, cele două funcții să nu poată fi

cumulate de aceeași persoană. Referirile la un eventual cod de guvernanta corporativă a întreprinderilor de stat lipsesc însă cu desăvârșire din cuprinsul O.U.G. nr. 109/2011.

Interdicția de a cumula funcția de Președinte al Consiliului de Administrație cu cea de Director General este privită, în unanimitate, ca o practică recomandată în sistemul de guvernanta corporativă⁴⁸. Aceasta se explică, în primul rând, prin faptul că cele două funcții sunt diferite din punct de vedere organic, fiind de preferat ca una și aceeași persoană să nu înglobeze atât funcția supremă de conducere a regiei autonome, cât și funcția de președinte al organului de administrare, în contextul în care Consiliul trebuie să indice directorilor principalele direcții de dezvoltare a regiei, să monitorizeze activitatea acestora și să îi tragă la răspundere, inclusiv prin revocarea din funcție, ori de câte ori se impune acest lucru. În al doilea rând, însumarea celor două funcții ar însemna acumularea unei puteri de decizie prea mare de către aceeași persoană.

Practic, prin delegarea atribuțiilor pur executive către directori, se urmărește realizarea unei delimitări clare între funcția de administrare și cea de conducere. Consiliul de Administrație rămâne însă, în continuare, să vegheze asupra activității acestora, având dreptul să fie informat în orice moment și asupra oricăror aspecte ce țin de conducerea societății, putând numi și revoca directorii și fixându-le remunerația. De asemenea, viziunea strategică asupra dezvoltării societății aparține în exclusivitate Consiliului, acesta stabilind direcțiile principale de activitate, politicile contabile, sistemul de control financiar și aprobarea planificării financiare.

Privit prin prisma specificului întreprinderilor publice, principiul separației funcției de conducere de cea de administrare, care pentru companiile private, în stadiul actual al legislației, devine obligatoriu numai dacă societatea este supusă obligației legale de auditare, capătă în acest context o intensitate sporită, devenind un principiu fundamental pentru asigurarea unei funcționări eficiente a Consiliului. Pentru situația în care aceeași persoană cumulează, totuși, cele două funcții, O.C.D.E. recomandă ca ședințele Consiliului de Administrație să fie convocate și conduse de un membru neexecutiv și independent.

Așa cum am arătat, interdicția ar putea fi ocolită cu ușurință în practică, prin desemnarea Președintelui Consiliului de Administrație în funcția de Director General adjunct ori prin numirea unui membru al Consiliului, altul decât președintele, în funcția de Director General. Separarea funcției de administrare de cea de conducere ar fi, într-o atare situație, realizată, însă numai pur formal.

Atunci când sunt numiți directori, la o analiză mai atentă a atribuțiilor Consiliului de Administrație rezultă că acestea sunt de natura celor de verificare, control, aprobare, așa cum rezultă din prevederile art. 9 al. (2) din O.U.G. nr. 109/2011. Chiar dacă textul lasă să se înțeleagă că ar avea aplicabilitate generală, atât în cazul în care sunt numiți directori, cât și în cazul în care nu sunt, natura și specificul atribuțiilor enumerate sugerează ideea de obligativitate a delegării funcției de conducere către directori. Sub

acest aspect, acest articol poate constitui un argument în sensul obligativității delegării atribuțiilor de conducere către directori la regiile autonome. Astfel, Consiliul de Administrație aprobă direcțiile principale de activitate și de dezvoltare a regiei autonome, verifică funcționarea sistemului de control intern, numește și revocă directorii și stabilește remunerația lor, evaluează activitatea directorilor și verifică executarea contractelor de mandat ale acestora, atribuții ce sunt specifice exclusiv situațiilor de delegare a funcției de conducere. În ciuda acestei interpretări, atât timp cât se va menține actuala formulare a art. 18 al. (1) din O.U.G. nr. 109/2011, nimic nu se va opune unei eventuale opțiuni a autorității publice tutelare în sensul de a nu delega conducerea executivă unuia sau mai multor directori.

2. Societățile

Spre deosebire de regulile aplicabile regiilor autonome, în cazul societăților delegarea funcției de conducere către directori este obligatorie, iar nu facultativă, în virtutea art. 35 din O.U.G. nr. 109/2011, care prevede că, în cazul societăților administrate potrivit sistemului unitar, consiliul de administrație delegă conducerea societății unuia sau mai multor directori, numind pe unul dintre ei director general. Desigur, în cazul sistemului dualist, separarea funcției de conducere executivă, de cea de supraveghere a administrației este intrinsecă.

Directorii pot fi aleși dintre membrii Consiliului de Administrație ori din afara acestuia. Oricare ar fi situația, majoritatea membrilor Consiliului de Administrație trebuie să fie formată din membrii neexecutivi și independenți. În art. 28 al. (2) din O.U.G. nr. 109/2011 se face trimitere la dispozițiile art. 138² din Legea societăților, care conțin criteriile pentru determinarea independenței administratorilor. Acestea se referă în esență la inexistența unor raporturi contractuale de orice natură cu societatea (în ultimii 5 ani) și la condiția deținerii de către administratorul independent a unei participații nesemnificative în capitalul social⁴⁹. Spre comparație, regulile generale aplicabile societăților listate edictate de New York Stock Exchange⁵⁰ („N.Y.S.E.”) și aprobate de U.S. Securities and Exchange Commission⁵¹ („S.E.C.”) prevăd, pentru determinarea independenței ori dimpotrivă, a lipsei acesteia, aplicarea unui test *in concreto*⁵² care are ca finalitate răspunsul la întrebarea „are administratorul respectiv relații materiale (*material relationship*) cu societatea listată direct ori indirect (prin intermediul calității de acționar ori a funcțiilor deținute într-o altă entitate cu care societatea listată se află în relații materiale)?”. În sfera „relațiilor materiale” sunt incluse legăturile de natură comercială, industrială, bancară, de consultanță, de contabilitate, și chiar și cele caritabile sau familiale.

Interdicția de cumulare a funcției de Președinte al Consiliului de Administrație cu aceea de Director General este prevăzută și pentru societățile pe acțiuni. Este de menționat, în acest context, că din cercetarea⁵³ efectuată asupra a zece întreprinderi publice ce activează în domenii de importanță economică majoră (energie, transporturi, industrie, furnizare utilități publice), în prezent, directorul general și adjuncții săi sunt persoane din afara Consiliului de Administrație în șase dintre acestea (este vorba despre S.C. Transelectrica S.A., S.C. Romgaz S.A., S.C. Transgaz S.A., S.C. Oltchim S.A., S.C. Nuclearelectrica S.A., Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România - C.N.A.D.N.R.), iar în celelalte patru Președintele Consiliului de Administrație încă mai cumulează și funcția de Director General. *De lege ferenda*, în lumina principiilor de guvernanță corporativă, se impune ca Președintele Consiliului de Administrație să poată fi ales numai dintre administratorii neexecutivi și independenți.

Principalele dezavantaje ale cumulării celor două funcții constau în dificultatea membrilor Consiliului de Administrație de a contracara deciziile unui Președinte/Director puternic, activismul membrilor independenți ai Consiliului riscă să fie neutralizat, iar evaluarea performanțelor întreprinderii și implicit ale Consiliului și ale directorilor riscă să devină una subiectivă. În ciuda opțiunii clare luate de legiuitor, nu este lipsit de importanță să amintim și câteva dintre argumentele identificate de doctrină (având la bază fundamente empirice) în favoarea cumulării celor două funcții. Astfel, reunirea pozițiilor de Președinte al Consiliului și de Director General poate asigura o mai bună înțelegere a problemelor operaționale ale întreprinderii; poate reduce impedimentele ce apar în cursul procesului de formare a deciziilor de afaceri; poate asigura o integrare mai solidă a strategiilor și tacticilor manageriale⁵⁴. În orice caz, argumentele în favoarea separării celor două funcții s-au impus, majoritatea statelor adoptând, fie prin intermediul normelor de *hard law*, fie a celor de *soft law*, soluția interzicerii cumulului.

Ca urmare a delegării atribuțiilor de conducere directorului/directorilor, Consiliul de Administrație păstrează, însă, ca atribuții exclusive, ce nu pot fi delegate, pe cele enumerate în art. 142 din Legea societăților⁵⁵, text de drept comun aplicabil în baza regulii din art. 25 din O.U.G. nr. 109/2011. De altfel, O.U.G. nr. 109/2011 nu se îndepărtează decât sporadic de la principiile și reglementările deja existente în Legea societăților, singurul element de noutate introdus (însă, așa cum am arătat deja, și acela cu efecte practice reduse) fiind interdicția cumulării funcțiilor de Președinte al Consiliului de Administrație cu cea de Director General.

Controlul Consiliului de Administrație asupra activității directorilor se exercită efectiv prin (a) rapoartele trimestriale pe care aceștia din urmă sunt obligați să le întocmească și să le pună la dispoziția Consiliului în temeiul art. 54 din O.U.G. nr. 109/2011⁵⁶, precum și prin (b) prerogativa de revocare din funcție a acestora, ce se exercită în temeiul aceluiași art. 142 al. (2) lit. c) din Legea societăților⁵⁷.

În concluzie, separația funcției de conducere a întreprinderii de funcția de administrare este facultativă și neclară la regiile autonome, în timp ce în cazul societăților, aceasta este mai evidentă, însă nu absolut netă. În realitate, separația între cele două funcții depinde în mare măsură de modul de derulare a procedurii de selecție a administratorilor și a directorilor, fiind de așteptat o rezistență la schimbare din partea foștilor conducători ai întreprinderilor publice.

IV. Structura administrației întreprinderii publice

A. O opțiune limitată, între sistemul unitar și cel dualist de administrare

O.U.G. nr. 109/2011 păstrează opțiunea (aparținând acționariatului societății) între sistemul unitar și sistemul dualist de administrare, care a fost introdusă începând cu 1 decembrie 2006 și în dreptul comun al societăților⁵⁸, însă numai pentru întreprinderile publice având forma juridică a societăților, regiile autonome putând fi administrate doar potrivit sistemului unitar⁵⁹. La data apariției actului normativ, în cadrul tuturor societăților de stat funcționa sistemul unitar de administrare. Propunerea de modificare a acestuia, sub aspect procedural, trebuie să provină de la acționarii care, individual sau împreună, dețin cel puțin 5% din capitalul social.

Consacrarea dreptului de opțiune pentru întreprinderile publice - societăți vine să uniformizeze regimul juridic al administrării societăților în care statul deține participării cu regimul aplicabil societăților cu capital privat, constituite în baza dreptului comun. Stabilirea pragului minim la 5% pentru formularea propunerii de modificare poate indica o deschidere reală către o alternativă mai degrabă a fi materializată la societățile cu capital majoritar de stat, acolo unde există un acționar minoritar de naționalitate străină sau proveniență alogenă a capitalului, iar facilitatea introducerii în discuție a acestei opțiuni crează în mod real premisele pentru instaurarea unui nou sistem de administrare, mai familiar asociatului minoritar, cel puțin din punct de vedere al culturii sale organizaționale.

Se ridică întrebarea de ce sistemul dualist nu este îngăduit regiilor autonome. Expunerea de motive a actului normativ care instituie guvernanta corporativă pentru întreprinderile publice nu este lămuritor. Totuși, o explicație ar putea proveni de la caracterul *sui generis* al acestor entități, fiind un loc comun că regiile autonome se înființează prin act administrativ în domeniile de interes strategic național. Nu credem că există argumente irefutabile pentru care regiile autonome nu s-ar putea administra potrivit sistemului dualist. Un anume inertialism instituțional a operat, fără îndoială, în amputarea opțiunii, atunci când, din ambivalența unic proprietar - reglementator, statul a decis să rămână fidel concepției franceze a consiliului de administrație în

materie de administrare⁶⁰. Așa cum arătam, dreptul de a opta se pare că a fost conferit în considerarea capitalului privat, nicidecum a celui etatic, fie el majoritar.

B. Componenta Consiliului de Administrație (sau a Consiliului de Supraveghere)

Aceasta este redusă la cinci-șapte membri în cazul regiilor autonome, respectiv cinci-nouă membri în cazul societăților, atât pentru sistemul de administrare unitar, cât și pentru cel dualist, ceea ce reprezintă o formulă suplă a Consiliului, comparativ cu alte țări, membre ale O.C.D.E., în care se apreciază că mărimea Consiliului este adesea considerabilă (spre exemplu, în Franța, în componența Consiliului se pot număra până la 30 de membri⁶¹). Totuși, O.C.D.E. remarcă faptul că, în ultimii ani, se manifestă tendința de reducere a dimensiunii Consiliului.

Dintre membrii Consiliului, potrivit reglementării românești, cel mult doi membri pot fi funcționari publici⁶², pentru ambele forme de întreprinderi publice, ceea ce reprezintă minim 20%, respectiv maxim 40% din totalul membrilor Consiliului. La nivelul țărilor O.C.D.E., practica nu este deloc unitară în privința ponderii reprezentațiilor statului, aceasta putând varia între zero și aproape 100%, fără a se putea constata o legătură între tipul de organizare a acționariatului și mărimea Consiliului. Din această perspectivă, soluția promovată de legiuitorul român este identică celor aplicate în Finlanda, Suedia, Germania sau Marea Britanie (acolo unde statul nu este acționar unic)⁶³.

Este notabilă lipsa reprezentanților salariaților din componența Consiliului. Particularitatea fundamentală a întreprinderii de stat este orientarea tradițională spre protecția și maximizarea componentei sociale, exprimată ca asumare a rolului întreprinderii publice în societate, în detrimentul valorii acționariale a firmei. Dacă în mecanismele de guvernare nu există prevederi referitoare la rolul acționarilor indirecti (*stakeholders*) și al salariaților, ne întrebăm ce fel de guvernare este avută în vedere și prin ce anume diferă aceasta la întreprinderile publice, de cele private. Scăparea din vedere a salariaților reprezintă una dintre cele mai semnificative omisiuni ale reformei de la finalul anului 2011, și nu credem că aceasta se poate explica avansând ipoteze de natură ideologică.

C. Membrii independenți ai Consiliului de Administrație (sau ai Consiliului de Supraveghere)

În cazul întreprinderilor în forma societăților administrate în sistem unitar, art. 28 al. (2) coroborat cu art. 34 al. (4) din O.U.G. nr. 109/2011 prevăd cerința ca majoritatea membrilor Consiliului de Administrație să fie formată din administratori neexecutivi și independenți, noțiunile de „administrator neexecutiv”⁶⁴, respectiv

cea de „administrator independent” fiind preluate conform definițiilor acestora din Legea societăților.

Pe de o parte, observăm că aceste noțiuni rămân străine regiilor autonome, unde O.U.G. nr. 109/2011 interzice doar cumulul funcției de Președinte al Consiliului de Administrație cu cea de Director General, dacă s-a optat pentru delegarea conducerii către directori. Pe de altă parte, ne amintim că desemnarea unui independent rămâne opțională⁶⁵ în dreptul comun al societăților, potrivit art. 138² din Legea societăților. Astfel, la întreprinderile publice în forma societăților administrate în sistem unitar, formarea Consiliului trebuie să țină seama de o regulă mai strictă decât cea prevăzută de dreptul comun al societăților, fiind obligatorie desemnarea cel puțin a unui membru independent. Concluzia vine din prevederea potrivit căreia în cele două comitete consultative obligatorii în cazul societăților – întreprinderi publice (comitetul de audit și comitetul responsabil cu nominalizarea și remunerarea, în cazul societăților) cel puțin unul dintre membri trebuie să fie independent.

În țările membre ale O.C.D.E. se remarcă o practică variată, atât în ceea ce privește prezența membrilor independenți în Consiliu, cât și asupra sensului pe care legislațiile naționale îl atribuie acestei noțiuni⁶⁶. Astfel, există foarte puține opțiuni pentru lipsa prezenței membrilor independenți (e.g. Spania, Turcia), majoritatea statelor admitând-o ca pe un beneficiu al funcționării Consiliului, motiv pentru care au reglementat un procent minim al numărului administratorilor independenți (e.g. în Grecia, 30% dintre membri sunt neexecutivi, iar minim doi sunt independenți; în Franța, minim o treime din Consiliu este formată din personalități calificate, care se presupune a fi independenți față de stat și management). În fine, regula majorității, dacă nu chiar a unanimității membrilor independenți, predomină (e.g. țările scandinave, Olanda, Austria, Germania, Australia, Noua Zeelandă). Pentru ca un administrator să fie independent este suficient să nu fie totodată și executiv (e.g. Noua Zeelandă), ori trebuie să se afle în relații de non-dependență atât față de management, cât și față de relațiile de afaceri (e.g. Australia, Norvegia), la care se pot adăuga relațiile de familie (e.g. Grecia), sau chiar separarea, precum în reglementarea românească, a funcției de președinte al Consiliului de cea de Director General (e.g. Australia).

D. Comitetele consultative

În activitatea sa, Consiliul de Administrație al întreprinderii publice este sprijinit de comitete consultative. Comitetele reprezintă o preluare din Legea societăților, care prevede facultatea⁶⁷ Consiliului de a crea astfel de comitete pentru probleme de audit, remunerare și nominalizare a administratorilor și directorilor, stabilind că în componența acestora trebuie să existe cel puțin un administrator „neexecutiv independent” (expresie

inadecvată, redundantă sub aspectul că administratorul independent este în mod automat neexecutiv).

Spre deosebire de Legea societăților, O.U.G. nr. 109/2011 prevede *două comitete a căror formare este imperativă, reglementându-le special și compunerea.*

Astfel, la regiile autonome este obligatorie crearea unui *comitet de audit*⁶⁸, format din trei administratori neexecutivi. În cazul societăților, este obligatoriu atât comitetul de audit, cât și *comitetul responsabil cu nominalizarea și remunerarea*⁶⁹. În acest ultim caz, nu rezultă foarte clar din formularea textului de lege, dacă legiuitorul a avut în vedere două comitete separate, sau unul singur, care să aibă atribuții deopotrivă în materie de nominalizare și de remunerare⁷⁰. La societățile administrate în sistem unitar, din componența fiecărui comitet trebuie să facă parte cel puțin un membru independent potrivit legii.

Comitetul de audit îndeplinește atribuțiile legale prevăzute la art. 47 din O.U.G. nr. 90/2008 privind auditul statutar al situațiilor financiare anuale⁷¹ și care constau în principal monitorizarea procesului de raportare financiară, a sistemelor de control intern, de audit intern și de management al riscurilor din cadrul societății, precum și în supravegherea activității de audit statutar al situațiilor financiare anuale (consolidate).

Este de remarcat, în acest context, că evoluțiile legislative cu potențial impact asupra activității comitetelor de audit, care se preconizează în sectorul public, sunt lipsite de claritate, datorită utilizării unei terminologii neadecvate. Astfel, proiectul de hotărâre de guvern privind înființarea unor *comitete de audit intern* cuprinde dispoziții imperative cu privire la înființarea comitetelor de audit intern la nivelul ordonatorilor principali de credite de nivel central, care derulează în cursul unui exercițiu bugetar un buget mai mare de 2 mld. lei și care urmează a fi așezate pe lângă compartimentele de audit intern din cadrul acestor entități publice⁷².

Aceste viitoare structuri, în a căror responsabilitate ar urma să intre atribuțiile de a dezbate și a aviza Carta, planurile multianuale și anuale de audit intern, se pot lesne confunda cu comitetele de audit instituite prin O.U.G. nr. 109/2011. Plasarea acestora ca sateliți cu rol consultativ ai compartimentelor de audit intern pare că le diferențiază formal de comitetele de audit care funcționează în cadrul Consiliului. Cu toate acestea, Carta auditului intern se numără printre instrumentele de lucru apreciate ca indispensabile desfășurării activității comitetului de audit⁷³, însă despre aceasta nu se face nicio mențiune în O.U.G. nr. 109/2011.

Comitetul de nominalizare are, în esență, competența de a evalua în prealabil și de a recomanda candidații pentru funcțiile de membru al Consiliului de Administrație sau de Supraveghere și de director, cu posibilitatea de a fi asistat în aceste demersuri de un expert independent specializat în recrutarea resurselor umane⁷⁴. Principala obligație a comitetului de remunerare este aceea de a elabora un *raport anual cu privire la*

remunerațiile și alte avantaje acordate administratorilor și directorilor, respectiv membrilor Consiliului de Supraveghere și membrilor Directoratului în cursul anului financiar, raport care este prezentat Adunării Generale a Acționarilor care aprobă situațiile financiare anuale⁷⁵.

E. De la comitetul de audit, la auditul statutar al întreprinderilor publice

Activitatea comitetului de audit nu poate fi desprinsă de întreaga problematică a auditului statutar al întreprinderilor publice. O.U.G. nr. 109/2011 obligă în mod expres, toate întreprinderile publice, adică atât societățile cât și regiile autonome, la auditarea situațiilor financiare.

Noutatea importantă este impunerea auditării statutare a situațiilor financiare ale regiilor autonome, indiferent dacă acestea satisfac sau nu cel puțin două din cele trei criterii de mărime cerute de reglementările contabile pentru nașterea obligației de auditare a situațiilor financiare⁷⁶.

Încă dinainte de apariția O.U.G. nr. 109/2011, prin Legea contabilității nr. 82/1991, în forma actualizată („Legea contabilității”), *companiile și societățile naționale* (nu și regiile autonome!) *au fost definite ca persoane juridice de interes public* și li s-a impus obligația de a-și audita situațiile financiare. O.U.G. nr. 90/2008 privind auditul statutar arată că sunt *entități de interes public* acele persoane juridice definite potrivit reglementărilor contabile⁷⁷ și instituie obligația acestor entități de a avea un comitet de audit. De asemenea, conform O.U.G. nr. 75/1999 privind activitatea de audit financiar, pentru companiile și societățile naționale exista deja obligația de a organiza auditul intern⁷⁸, conform regulilor prevăzute în Legea nr. 672/2002 privind auditul public intern al entităților publice.

Prin urmare, calificarea anterioară a societăților și companiilor naționale - unele dintre societățile care au statut de întreprindere publică - ca persoane juridice de interes public era suficientă pentru a se recunoaște atât existența obligației de auditare a situațiilor financiare, cât și a comitetului de audit. Aceasta este rațiunea pentru care, în cazul acestor întreprinderi de stat, comitetul de audit nu era necesar a fi impus printr-un nou act normativ. Comitetul de audit ar fi trebuit să funcționeze în virtutea reglementărilor speciale care privesc activitatea de audit a acestora. Suntem în fața unui caz de reglementare paralelă.

În schimb, *regiile autonome sunt pentru prima oară incluse în categoria entităților pentru care auditarea situațiilor financiare potrivit regulilor auditului statutar devine un imperativ normativ*. Cu toate acestea, Legea contabilității a lăsat deschisă posibilitatea ca obligația de auditare de drept comun să fie complinită cu legislația specială. Astfel, aceasta prevede că sunt auditate și situațiile financiare întocmite de entitățile care au

această obligație conform legislației specifice acestora⁷⁹, iar O.U.G. nr. 109/2011 este o astfel de reglementare specifică. Fără a putea vorbi de reglementare paralelă în cazul regiilor autonome, apreciem că o soluție mai suplă ar fi fost includerea regiilor autonome în categoria persoanelor juridice de interes public din Legea contabilității, cu toate consecințele în ceea ce privește contabilitatea, auditul finanțar și auditul statutar.

¹ Acest material este conceput ca parte integrantă dintr-o lucrare monografică mai amplă privind reforma guvernantei corporative a întreprinderilor publice, realizată în cadrul grantului de cercetare CNCS TE cod PN-II-RU-TE-2011-3-0158, cu titlul *Legal Approach to Improving Corporate Governance. Meeting the Challenges of the Recent Economic and Financial Global Crisis*.

* Conferențiar doctor, *Center for Company Law and Corporate Governance*, Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca; Email: rcatana@law.ubbcluj.ro.

** Doctorand, Facultatea de Științe Economice și Gestiunea Afacerilor, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca și *Center for Company Law and Corporate Governance*, Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj Napocaș adrian.claudiu.popa@gmail.com.

² Documentele Acordului *Stand by* 2011-2013 solicitat de Guvernul român la data de 25.03.2011 sun disponibile în limba română la adresa <http://www.fmi.ro/index.php?programs&pid=8&lg=ro> [31.08.2012]

³ D. Dăianu, *Când finanța subminează economia și corodează democrația*, Polirom, Iași, 2012, p. 191.

⁴ În termeni de participare a sectorului public la formarea PIB, la finele anului 1992, sectorul public contribuia cu 73,6% (sectorul privat având doar 26,4%); apoi, la sfârșitul anului 1996, sectorul public pierde majoritatea, participând cu 45,1% (sectorul privat deținând o pondere de 54,9%). Tendința aceasta se consolidează în anii 2000, când sectorul privat dobândește o pondere crescândă în realizarea PIB; astfel, în 2004 se ajunge la o participare a acestuia de 70% (sectorul public: 30%), în 2007 situându-se la cel mai înalt al perioadei post-comuniste, respectiv la 72% (sectorul public: 28%), iar în 2008 această pondere a scăzut ușor, la 71% (sectorul public: 29%).

⁵ Neperformanța se exprimă și prin ponderea disproporționată de 31,2% care revine acestor entități în totalul plăților restante (arierate) înregistrate la nivelul economiei naționale. Datele aferente perioadei 2006-2011 arată o creștere constantă a stocului de arierate ale întreprinderilor de stat, care totalizau în iunie 2011 circa 3,85% din PIB. Sursa: Consiliul Fiscal, *Raport anual 2011. Evoluții și perspective macroeconomice și bugetare*, p.63, disponibil la <http://www.consiliulfiscal.ro/Raport2011.pdf> [31.08.2012]

⁶ OECD - *Organization for Economic Co-operation and Development* [Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică], *Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis*, Directorate for financial and enterprise affairs – Steering Group on Corporate Governance, rev. 14 febr. 2010, p. 3, disponibil la <http://www.oecd.org/daf/corporateaffairs/corporategovernanceprinciples/44679170.pdf> [31.08.2012]

⁷ Ordonanța de urgență a guvernului nr. 109 din 30 noiembrie 2011 privind guvernanta corporativă a întreprinderilor publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 883 din 14 decembrie 2011.

⁸ Terminologic, conceptul de "întreprindere publică" la care s-a oprit guvernul român în O.U.G. nr. 109/2011 privind guvernanta corporativă a întreprinderilor publice este creator de confuzii. Promovarea conceptului de „întreprinderi de stat” ar fi fost fidelă realității juridice și adecvată limbajului juridic internațional. Aceste entități sunt publice numai în sensul că aparțin parțial sau integral statului, care își exercită funcția de acționar prin diverse autorități, oficii sau agenții. Pentru aceste întreprinderi, terminologia juridică în limba engleză folosește construcția sintactică „state-owned enterprises”. În schimb, noțiunea de „public companies” este folosită pentru a exprima entitățile ale căror titluri sunt tranzacționate pe piața de capital, și nicidecum prin referire la „societăți de stat”.

În prezenta lucrare, cu excepția locurilor în care este indicat altfel, noțiunea de "întreprindere de stat" este folosită ca sinonim al celei de „întreprindere publică”, aceasta din urmă având sensul care îi este conferit de O.U.G. nr. 109/2011.

⁹ Pentru dezvoltări, a se vedea Radu N. Catană, *Prolegomene la noul regim juridic al întreprinderilor publice: guvernanta corporativă în reglementarea O.U.G. nr. 109/2011*, în „In honorem Radu I. Motica - 20 de ani de învățământ juridic la Timișoara”, Universul Juridic, București, 2012.

¹⁰ Pentru cuantificarea intervențiilor sectorului public în timpul crizei financiare (% din PIB), cu date având ca sursă *Bank of England* (decembrie 2009), a se vedea J.A. Lybeck, *Istoria globală a crizei financiare (2007-2010)*, Polirom, Iași, 2012, p. 30-31.

¹¹ *OECD Principles of Corporate Governance* [Principiile O.C.D.E. privind guvernanta corporativă], revizuite în aprilie 2004, versiunea primară: iunie 1999, disponibile la www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf. [30.09.2012]

¹² F. Jesover, G. Kirkpatrick, *The Revised OECD Principles of Corporate Governance and their Relevance to Non-OECD Countries*, *Corporate Governance: An International Perspective*, Blackwell Publishing Ltd., vol. 13, no. 2, martie 2005, p. 127-136

¹³ *OECD Guidelines on Corporate Governance of State Owned Enterprises* [Liniile directoare ale O.C.D.E. privind guvernanta corporativă a întreprinderilor publice], OECD Publishing, 2005, disponibil la <http://www.oecd.org/dataoecd/46/51/34803211.pdf> [30.09.2012]

¹⁴ A se vedea, în acest sens: *Survey on Corporate Governance Frameworks in the Middle East and North Africa (draft)*, disponibil la <http://www.oecd.org/daf/corporateaffairs/corporategovernanceprinciples/49012924.pdf> [31.08.2012] sau *Advancing the Corporate Governance Agenda in The Middle East and North Africa: A Survey of Legal and Institutional Frameworks (draft)*, disponibil la <http://www.oecd.org/daf/corporateaffairs/corporategovernanceprinciples/38186933.pdf> [31.08.2012]

¹⁵ Deloitte, *Public sector governance reform imminent in Middle East*, 24 iulie 2012, disponibil la http://www.deloitte.com/view/en_LB/lb/press/press-releases/54b5145a138b8310VgnVCM1000001956f00aRCRD.htm [31.08.2012]

¹⁶ J. Wilcox, L. Schneider, A. Bernal (coord.), *White Paper. The Importance of Corporate Governance in State Owned Enterprises - SOEs*, CAF - Latin American Development Bank, iunie 2012, p. 16-17. Documentul conține numeroase studii de caz, ale unor mari întreprinderi de stat din America Centrală și de Sud: ISAGEN (Columbia), CODELCO (Chile), PETROBRAS (Brazilia), Transportation with the Panama Canal (Panamă). Disponibil la [http://gc.caf.com/upload/pubs/White%20Paper%20Corporate%20Governance%20\(english\).pdf](http://gc.caf.com/upload/pubs/White%20Paper%20Corporate%20Governance%20(english).pdf) [31.08.2012]

- ¹⁷ L. Miles, Z. Zhang, *Improving corporate governance in state owned enterprises in China: which way forward?*, Journal of corporate law studies, 2006 (1), p. 213-248, disponibil la <http://eprints.mdx.ac.uk/1598/> [30.09.2012]
- ¹⁸ *OECD Guidelines on Corporate Governance of State Owned Enterprises* [Linii directoare ale O.C.D.E. privind guvernanta corporativă a întreprinderilor publice], OECD Publishing, 2005, disponibil la <http://www.oecd.org/dataoecd/46/51/34803211.pdf>
- ¹⁹ Alăturarea „Doing the Right Things” - „Doing Things Right” este întâlnită în lucrarea De Ravi Ramamurti, Raymond Vernon, *Privatization and Control of State-Owned Enterprises*, publicată sub egida Economic Development Institute of The World Bank, p. 207.
- ²⁰ În realitate, este vorba despre posibilitatea – și, cu titlu de excepție, obligativitatea – selectării managerilor unor întreprinderi publice printr-o procedură care implică fie doar asistența unui profesionist în domeniul resurselor umane, fie realizarea selecției chiar de acesta din urmă. Așadar, managerii sunt „privați” întrucât, potrivit O.U.G. nr. 109/2011, în unele situații, aceștia nu sunt desemnați direct de autoritatea publică ce exercită tutela asupra întreprinderii publice, pe cale de consecință nu sunt numiți pe criterii pur politice, ci în urma unei selecții în care poate participa, ca asistent sau chiar ca selecționer, o entitate privată desemnată în urma parcurgerii procedurilor specifice achizițiilor publice.
- ²¹ Potrivit art. 18 pct. 31 și art. 82 din Legea de punere în aplicare a Noului Cod de Procedură Civilă (Legea nr. 76/2012), începând cu data intrării în vigoare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, în tot cuprinsul Legii societăților comerciale, sintagma „societate comercială” sau, după caz, „societăți comerciale” se înlocuiește cu termenul „societate” sau, după caz, „societăți”.
- ²² Conform al. (1) din expunerea de motive a O.U.G nr. 109/2011, în care se arată că „actualul context economic impune luarea unor măsuri rapide pentru crearea premiselor legislative și administrative care să conducă la creșterea eficienței operatorilor economici”.
- ²³ Avem aici în vedere, în special, regiile autonome, care, până la intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 109/2011, beneficiau de un regim juridic sumar, reglementat prin Legea nr. 15/1990.
- ²⁴ Art. 4 al. (1) din O.U.G. nr. 109/2011. Conform al. (2) al aceluiași articol: „competența luării deciziilor de administrare și a deciziilor de conducere a întreprinderii publice și răspunderea, în condițiile legii, pentru efectele acestora revine consiliului de administrație și directorilor, dacă le-au fost delegate atribuțiile de conducere, sau, după caz, consiliului de supraveghere și directoratului”.
- ²⁵ A se vedea orientarea II.B. din *OECD Guidelines on Corporate Governance of State Owned Enterprises* [Linii directoare ale O.C.D.E. privind guvernanta corporativă a întreprinderilor publice], precitate, p. 24.
- ²⁶ Este vorba despre art. 2 pct. 2 din O.U.G. nr. 109/2011, care definește întreprinderea publică într-o manieră pur descriptivă, printr-o abordare economic-concurențială, stabilind drept criteriu exercitarea față de întreprindere a influenței dominante a unei autorități publice. Întreprinderile publice îmbracă astfel de întreprinderi a influenței dominante a unei autorități publice. Întreprinderile publice îmbracă astfel de întreprinderi următoarele forme: a.) regii autonome înființate de stat sau de o unitate administrativ-teritorială; b.) companii și societăți naționale, societăți comerciale la care statul sau o unitate administrativ-teritorială este acționar unic, majoritar sau la care deține controlul; c.) societăți comerciale la care una sau mai multe întreprinderi publice prevăzute la lit. a) și b) dețin o participație majoritară sau o participație ce le asigură controlul;

- ²⁷ Spre exemplu, nivelul dividendelor încasate de statul român, prin Ministerul Economiei, în anul 2012, pentru exercițiul financiar 2011, ca urmare a participației deținute la OMV Petrom S.A. a fost de 362.411.526,958 lei.
- ²⁸ A se vedea adnotările la orientarea II.F. din *OECD Guidelines on Corporate Governance of State Owned Enterprises* [Liniile directoare ale O.C.D.E. privind guvernanta corporativă a întreprinderilor publice], p. 29.
- ²⁹ Ne referim aici la competența (exclusivă și netrasmisibilă) a Consiliului de Administrație de stabilire a direcțiilor principale de activitate și de dezvoltare ale societății, conform art. 142 din Legea societăților.
- ³⁰ Pentru regiile autonome – art. 9 al. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 109/2011, iar în cazul societăților, concluzia se desprinde din prevederile art. 25 din O.U.G. nr. 109/2011, care face trimitere la dreptul comun, Legea societăților, în cazul în care norma specială nu conține dispoziții contrare, dreptul comun fiind reprezentat în acest caz, așa cum am arătat, de art. 142 din Legea societăților.
- ³¹ Planul de administrare este reglementat în art. 13 (pentru regiile autonome), respectiv art. 30 (pentru societățile administrate în sistem unitar) și art. 36 (pentru societățile administrate în sistem dualist). Planul de management este reglementat de art. 22 (pentru regiile autonome), respectiv art. 36 (atât pentru societățile administrate în sistem unitar, cât și pentru cele administrate în sistem dualist).
- ³² Este vorba despre situațiile în care planul nu prevede măsurile pentru realizarea obiectivelor cuprinse în contractul de mandat sau nu cuprinde rezultatele prognozate care să asigure evaluarea indicatorilor de performanță stabiliți în contract.
- ³³ Art. 137¹ al. (4) din Legea societăților dispune: „Administratorii pot fi revocați oricând de către adunarea generală ordinară a acționarilor. În cazul în care revocarea survine fără justă cauză, administratorul este îndreptățit la plata unor daune-interese.”
- ³⁴ R. N. Catană, *Dreptul societăților comerciale. Probleme actuale privind societățile pe acțiuni. Democrația acționarială*, Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2007, p. 146.
- ³⁵ Art. 9 lit. e) din O.U.G. nr. 109/2011: „consiliul de administrație are următoarele atribuții de bază: elaborează raportul semestrial, prezentat autorității publice tutelare, privitor la activitatea regiei autonome, care include și informații referitoare la execuția contractelor de mandat ale directorilor”.
- ³⁶ Art. 55 al. (1) din O.U.G. nr. 109/2011: „consiliul de administrație sau, după caz, consiliul de supraveghere al întreprinderii publice prezintă semestrial, în cadrul adunării generale a acționarilor, un raport asupra activității de administrare, care include și informații referitoare la execuția contractelor de mandat ale directorilor, respectiv ale membrilor directoratului, detalii cu privire la activitățile operaționale, la performanțele financiare ale societății și la raportările contabile semestriale ale societății.”
- ³⁷ Art. 23 al. (2) și art. 54 din O.U.G. nr. 109/2011.
- ³⁸ Art. 136 din Legea societăților: „Unul sau mai mulți acționari reprezentând, individual sau împreună, cel puțin 10% din capitalul social vor putea cere instanței să desemneze unul sau mai mulți experți, însărcinați să analizeze anumite operațiuni din gestiunea societății și să întocmească un raport, care să le fie înmănat și, totodată, predat oficial consiliului de administrație, respectiv directoratului și consiliului de supraveghere, precum și cenzorilor sau auditorilor interni ai societății, după caz, spre a fi analizat și a se propune măsuri corespunzătoare.”

- ³⁹ Art. 117² din Legea societăților: „Situțiile financiare anuale, raportul anual al consiliului de administrație, respectiv raportul directoratului și cel al consiliului de supraveghere, precum și propunerea cu privire la distribuirea de dividende se pun la dispoziția acționarilor la sediul societății, de la data convocării adunării generale. La cerere, acționarilor li se vor elibera copii de pe aceste documente. Sumele percepute pentru eliberarea de copii nu pot depăși costurile administrative implicate de furnizarea acestora.”
- ⁴⁰ Art. 18 din O.U.G. nr. 109/2011.
- ⁴¹ Pentru o privire comparativă asupra sistemelor de administrare existente în principalele economii europene a se vedea M. Andenas, F. Wooldridge, *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 3rd ed., 2012, p.265 și urm, 287 și urm, 307 și urm.
- ⁴² A se vedea M. Schulz, O. Wasmeier, *The Law of Business Organizations: A Concise Overview of German Corporate Law: A Concise Overview of the German Corporate Law*, Springer, Heidelberg, 2012, p.41 și urm.
- ⁴³ Art. 19 din OUG nr. 109/2011: „În cazul delegării atribuțiilor de conducere, potrivit dispozițiilor art. 18, președintele consiliului de administrație nu poate fi numit și director general al regiei autonome.”
- ⁴⁴ Art. 18 al. (1) din O.U.G. nr. 109/2011: „prin actul de înființare sau, ulterior înființării, prin decizie a autorității publice tutelare se poate stabili că atribuțiile de conducere executivă a regiei autonome sunt delegate de consiliul de administrație unuia sau mai multor directori”.
- ⁴⁵ Art. 19 din O.U.G. nr. 109/2011: „în cazul delegării atribuțiilor de conducere, potrivit dispozițiilor art. 18, președintele consiliului de administrație nu poate fi numit și director general al regiei autonome”.
- ⁴⁶ *The UK Corporate Governance Code* (ediția iunie 2010) întocmit de Financial Reporting Council, principiul A.2., p. 10; *Policy Statement on Corporate Governance* întocmit de TIAA-CREF, principiul C.7., p. 12; *Key Agreed Principles to Strengthen Corporate Governance for U.S. Publicly Traded Companies* întocmit de NACD, principiul V, p. 8.
- ⁴⁷ Prin regula *comply or explain* se urmărește evitarea suprareglementării în domeniul guvernantei corporative prin edictarea de norme de recomandare (*soft law*). Entitățile ale căror titluri se tranzacționează pe piață pot opta pentru a se conforma Codului de guvernanță, având în acest caz obligația de a raporta anual operatorului de piață gradul de conformare cu prevederile Codului și modul de implementare a recomandărilor, explicând motivele pentru care anumite dispoziții din Cod nu ar fi fost respectate. Pentru detalii cu privire la întinderea, intensitatea și efectele acestei reguli, a se vedea M. Bianchi, A. Ciavarella, V. Novembre, R. Signoretti, *Comply or explain? Investor Protection Through Corporate Governance Codes*, ECGI [European Corporate Governance Institute] Finance Working Paper no. 278/2010, disponibilă la http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1581350 [31.08.2012].
- ⁴⁸ A se vedea orientarea VI.C. din *OECD Guidelines on Corporate Governance of State Owned Enterprises* [Liniile directoare ale O.C.D.E. privind guvernanta corporativă a întreprinderilor publice], p. 64, precitate, și principiul nr. 2.2. din *Principles of Good Corporate Governance and Best Practice in Australia* [Principii de bună guvernanta corporativă și bune practici în Australia], 2007.
- ⁴⁹ Astfel, în înțelesul pe care Legea societăților îl conferă noțiunii de administrator independent, acesta trebuie să îndeplinească următoarele condiții: a) să nu fie director al societății sau al unei societăți controlate de către aceasta și să nu fi îndeplinit o astfel de funcție în ultimii 5 ani; b) să nu fi fost salariat al societății sau al unei societăți controlate de către aceasta ori să fi avut un astfel de raport de muncă în

ultimii 5 ani; c) să nu primească sau să fi primit de la societate ori de la o societate controlată de aceasta o remunerație suplimentară sau alte avantaje, altele decât cele corespunzând calității sale de administrator neexecutiv; d) să nu fie acționar semnificativ al societății; e) să nu aibă sau să fi avut în ultimul an relații de afaceri cu societatea ori cu o societate controlată de aceasta, fie personal, fie ca asociat, acționar, administrator, director sau salariat al unei societăți care are astfel de relații cu societatea, dacă, prin caracterul lor substanțial, acestea sunt de natură a-i afecta obiectivitatea; f) să nu fie sau să fi fost în ultimii 3 ani auditor financiar ori asociat salariat al actualului auditor financiar al societății sau al unei societăți controlate de aceasta; g) să fie director într-o altă societate în care un director al societății este administrator neexecutiv; h) să nu fi fost administrator neexecutiv al societății mai mult de 3 mandate; i) să nu aibă relații de familie cu o persoană aflată în una dintre situațiile prevăzute la lit. a) și d).

⁵⁰ Bursa de Valori New York: <https://nyse.nyx.com/> [30.09.2012]

⁵¹ S.E.C. este agenția federală americană care are ca atribuție principală supravegherea și reglementarea pieței americane a valorilor mobiliare: <http://www.sec.gov/> [30.09.2012]

⁵² *New York Stock Exchange Listed Company Manual* [Manualul societăților listate la Bursa de Valori New York], sec. 303A.02, modificată la data de 25.11.2009, disponibil la <http://nysemanual.nyse.com/lcm/>, [30.09.2012]

⁵³ Eșantionul asupra căruia s-a efectuat analiza conține următoarele întreprinderi publice: S.C. Transelectrica S.A., S.C. Romgaz S.A., S.C. Transgaz S.A., S.C. Oltchim S.A., S.C. Nuclearelectrica S.A., Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România (C.N.A.D.N.R.), R.A. Metrorex, C.N. Loteria Română, C.F.R. Călători S.A., RADET București.

⁵⁴ W. Frederick, *Enhancing the Role of the Boards of Directors of State-Owned Enterprises în OECD Corporate Governance Working Papers*, No. 2, 2011, OECD Publishing, disponibil la <http://dx.doi.org/10.1787/5kg9xf6n4wj-en>, p. 18.

⁵⁵ Este vorba despre: a) stabilirea direcțiilor principale de activitate și de dezvoltare ale societății; b) stabilirea politicilor contabile și a sistemului de control financiar, precum și aprobarea planificării financiare; c) numirea și revocarea directorilor și stabilirea remunerației lor; d) supravegherea activității directorilor; e) pregătirea raportului anual, organizarea adunării generale a acționarilor și implementarea hotărârilor acesteia; f) introducerea cererii pentru deschiderea procedurii insolvenței societății, potrivit Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței.

⁵⁶ Potrivit art. 54 din O.U.G. nr. 109/2011, „directorul general sau, după caz, directoratul întreprinderii publice elaborează trimestrial și prezintă consiliului de administrație sau, după caz, consiliului de supraveghere un raport în care sunt prezentate informații privind execuția mandatului său, schimbările semnificative în situația afacerilor și în aspectele externe care ar putea afecta performanța întreprinderii publice sau perspectivele sale strategice”.

⁵⁷ Potrivit art. 142 al. (2) lit. c.) din Legea societăților, „consiliul de administrație are următoarele competențe de bază, care nu pot fi delegate directorilor: [...] c) numirea și revocarea directorilor și stabilirea remunerației lor”.

⁵⁸ Credem că este potrivit să ne raportăm la Legea societăților ca la dreptul comun în materie de societăți comerciale datorită prevederii art. 25 din O.U.G. nr. 109/2011: "Organizarea și funcționarea întreprinderilor publice - societăți comerciale, prevăzute la art. 2 pct. 2 lit. b) și c), sunt reglementate de prezenta ordonanță de urgență și, unde aceasta nu dispune (s.n.), de dispozițiile Legii nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare”.

- ⁵⁹ Analizate cu scupulozitate, unele prevederi ale O.U.G. nr. 109/2011 pot induce în eroare cititorul ori pot conduce la interpretări care nu credem că s-au aflat în intenția legiuitorului. Spre exemplu, la art. 5 al. (7), se arată că „lista membrilor consiliului de administrație sau, după caz, a consiliului de supraveghere (s.n.) este publicată pe pagina de internet a întreprinderii publice pe întreaga durată a mandatului acestora”, deși această prevedere este extrasă din Capitolul II - Administrarea și conducerea regiilor autonome, Secțiunea I - Consiliul de Administrație.
- ⁶⁰ Încă de la începuturile economiei de piață, prin Legea nr. 15/1990, s-a decis că „unitățile economice de stat, indiferent de organul în subordinea căruia își desfășoară activitatea, se organizează și funcționează, [...], sub forma de regii autonome sau societăți comerciale” (art. 1), „conducerea regiei autonome” revenind „consiliului de administrație” (art. 12), în vreme ce „unitățile economice de stat, cu excepția celor care se constituie ca regii autonome, vor fi organizate sub formă de societăți pe acțiuni sau societăți cu răspundere limitată, în condițiile prevăzute de lege” (cu referire evidentă la Legea nr. 31/1990, a societăților comerciale, care prevedea la acea dată că atât administrarea societății pe acțiuni, cât și cea a societății cu răspundere limitată să se facă de către Consiliul de Administrație).
- ⁶¹ *Corporate Governance of State-Owned Enterprises. A Survey of OECD Countries*, p. 125, disponibil la http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/governance/corporate-governance-of-state-owned-enterprises_9789264009431-en.
- ⁶² În cazul regiilor autonome, aceștia sunt un reprezentant al Ministerului Finanțelor Publice, licențiat în științe economice și cu experiență în domeniul economic, contabilitate, de audit sau financiar de cel puțin 5 ani de la data obținerii diplomei de studii superioare, respectiv un reprezentant al autorității tutelare, cu experiență de cel puțin 5 ani în domeniul de activitate al regiei autonome și/sau în activitatea de administrare de societăți comerciale ori regii autonome (conform art. 5 lit. a) și b.) din O.U.G. nr. 109/2011). În cazul societăților, interdicția este expres formulată în art. 28 al. (1) teza finală din O.U.G. nr. 109/2011: „Nu pot fi selectați mai mult de 2 membri din rândul funcționarilor publici sau al altor categorii de personal din cadrul autorității publice tutelare ori din cadrul altor autorități sau instituții publice”.
- ⁶³ *Corporate Governance of State-Owned Enterprises. A Survey of OECD Countries* [Guvernanța corporativă a întreprinderilor de stat. O cercetare a țărilor membre O.C.D.E.], p. 123. Sursa: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/governance/corporate-governance-of-state-owned-enterprises_9789264009431-en. [30.09.2012]
- ⁶⁴ Un administrator este neexecutiv dacă, având loc delegarea atribuțiilor de conducere către directori, administratorul nu a fost numit director (art. 138¹ din Legea societăților).
- ⁶⁵ „Prin actul constitutiv sau prin hotărâre a adunării generale a acționarilor se poate prevedea (s.n.) că unul sau mai mulți membri ai consiliului de administrație trebuie să fie independenți” (art. 138² al. (1) din Legea societăților).
- ⁶⁶ *Corporate Governance of State-Owned Enterprises. A Survey of OECD Countries* [Guvernanța corporativă a întreprinderilor de stat. O cercetare a țărilor membre O.C.D.E.], p. 130, disponibil la http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/governance/corporate-governance-of-state-owned-enterprises_9789264009431-en.
- ⁶⁷ Potrivit art. 140² al. (1) din Legea societăților, „consiliul de administrație poate (s.n.) crea comitete consultative formate din cel puțin 2 membri ai consiliului și însărcinate cu desfășurarea de investigații și cu elaborarea de recomandări pentru consiliu, în domenii precum auditul, remunerarea administratorilor, directorilor, cenzorilor și personalului sau nominalizarea de candidați pentru diferitele posturi de conducere. Comitetele vor înainta consiliului, în mod regulat, rapoarte asupra activității lor”. În mod identic, pentru sistemul de dualist de administrare, a se vedea posibilitatea Consiliului de Supraveghere de a crea comitete consultative în concordanță cu prevederile art. 153¹⁰ al. (1) din Legea societăților.

- ⁶⁸ Potrivit art. 10 din O.U.G. nr. 109/2011, în cadrul Consiliului de Administrație se constituie comitetul de audit, format din trei administratori neexecutivi.
- ⁶⁹ Conform art. 34 al. (1) din O.U.G. nr. 109/2011, în cadrul Consiliului de Administrație sau, după caz, al Consiliului de Supraveghere, se constituie comitetul de nominalizare și remunerare și comitetul de audit.
- ⁷⁰ Dubiul se susține pe următoarele argumente de text: art. 29 din O.U.G. nr. 109/2011 instituie în sarcina *comitetului de remunerare* obligația de a selecta/evalua în prealabil candidații propuși de către Consiliul de Administrație pentru a deveni membrii ai Consiliului de Administrație, în timp ce, în baza art. 34 al. (1) din același act normativ, „în cadrul consiliului de administrație sau, după caz, al consiliului de supraveghere se constituie *comitetul de nominalizare și remunerare* (s.n.) și comitetul de audit”, iar art. 55 al. (2) din O.U.G. nr. 109/2011, fundamentează o obligație de raportare pentru *comitetul de nominalizare și remunerare*.
- ⁷¹ Ordonanța de urgență nr. 90 din 24 iunie 2008 privind auditul statutar al situațiilor financiare anuale și al situațiilor financiare anuale consolidate și supravegherea în interes public a profesiei contabile stabilește la art. 47 al. (2) principalele atribuțiile comitetului de audit, precizând că acestea nu aduc atingere celorlalte responsabilități ale membrilor organelor de administrație, de conducere sau de supraveghere din cadrul entității auditate.
- ⁷² Hotărâre pentru aprobarea Normelor privind înființarea comitetelor de audit intern (proiect), disponibil la http://discutii.mfinante.ro/static/10/Mfp/transparenta/NF_proiect_norme_comitete14082012.pdf
- ⁷³ M. Ghiță, I. Pereș, C. Nicolau, O. Bunget, Z. Florea-Ianc, C. Pereș, *Guvernanța corporativă și auditul intern*, Mirton, Timișoara, 2009, p. 418-423.
- ⁷⁴ Art. 29 al. (2) din O.U.G. nr. 109/2011 dispune: „candidații propuși de consiliul de administrație sunt selectați/evaluați în prealabil și recomandați de comitetul de nominalizare din cadrul consiliului de administrație. Prin decizie a consiliului de administrație se poate stabili că în procesul de evaluare comitetul de nominalizare este asistat de un expert independent, persoană fizică sau juridică specializată în recrutarea resurselor umane, ale cărui servicii sunt contractate de societate în condițiile legii”.
- ⁷⁵ Obligația rezultă din art. 55 al. (2) din O.U.G. nr. 109/2011, care dispune: „comitetul de nominalizare și remunerare din cadrul consiliului de administrație sau, după caz, din cadrul consiliului de supraveghere elaborează un raport anual cu privire la remunerațiile și alte avantaje acordate administratorilor și directorilor, respectiv membrilor consiliului de supraveghere și membrilor directoratului în cursul anului financiar”.
- ⁷⁶ Art. 5 al. (1), citit împreună cu art. 3 al. (1) din Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 3055 din 29 octombrie 2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene, aplicabil regiilor autonome, conform Anexei nr. 1 pct. 1 al. (3) lit. c.).
- ⁷⁷ De unde și inconsistența terminologică, nefiind limpede dacă între „persoanele juridice de interes public” și „entitățile de interes public” există un raport de echivalență.
- ⁷⁸ Art. 20 al. (2) din O.U.G. nr. 75/1999 dispune: „la regiile autonome, companiile/societățile naționale, precum și la celelalte entități economice cu capital majoritar de stat, activitatea de audit intern se organizează și funcționează potrivit cadrului legal privind auditul intern din entitățile publice”.
- ⁷⁹ Art. 34 al. (2) din Legea contabilității (2) prevede că prin ”persoane juridice de interes public” se înțeleg: instituțiile de credit; instituțiile financiare nebancare, definite potrivit reglementărilor legale, înscrise în Registrul general; instituțiile de plată și instituțiile emitente de monedă electronică, definite potrivit legii,

care acordă credite legate de serviciile de plată și a căror activitate este limitată la prestarea de servicii de plată, respectiv emiteri de monedă electronică și prestare de servicii de plată; societățile de asigurare, asigurare-reasigurare și de reasigurare; entitățile autorizate, reglementate și supravegheate de Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private; societățile de servicii de investiții financiare, societățile de administrare a investițiilor, organismele de plasament colectiv, depozitari centrali, casele de compensare și operatori de piață/sistem autorizați/avizați de Comisia Națională a Valorilor Mobiliare; societățile comerciale ale căror valori mobiliare sunt admise la tranzacționare pe o piață reglementată; societățile/comaniile naționale; societățile comerciale cu capital integral sau majoritar de stat; regiile autonome; persoanele juridice care aparțin unui grup de societăți și intră în perimetrul de consolidare al unei societăți-mamă cu sediul în România, care are obligația să aplice Standardele Internaționale de Raportare Financiară, conform prevederilor legale în vigoare; organizațiile fără scop patrimonial care primesc finanțări din fonduri publice”.

**REFLECȚII ASUPRA INFRAȚIUNILOR PREVĂZUTE DE ALIN. (1) ȘI (2)
ALE ART. 92 DIN OUG 195/2002 PRIVIND CIRCULAȚIA
PE DRUMURILE PUBLICE**

Ionuț BORLAN*

Summary. On the offences provided by article 92th of the Government's Ordinance No. 195/2002 regarding road traffic. The author analyzes two of the five offences provided by the above mentioned legal provisions, which imply several law issues that are worth mentioned. However, as we shall see, the first paragraph covers in fact two independent offences, although at first glance the rule does not expressly state this.

The first analyzed paragraph commerce by indicating the text of incrimination on which the author supports his study and by stating some general assessments regarding these offences for a better understanding of the text. Given that the crime provided by paragraph 1 regarding the objective aspect shows some similarities with some other offences provided by the Romanian Criminal Code (such as those of theft and malicious destruction of property), the author tries to determine the application criteria for each of these incrimination texts and in which situations some will have priority over other.

On the second offence governed by the same paragraph mentioned above, the author tries to explain the meaning of the incrimination text and its scope. The text presents various legislative deficiencies with legal effect on criminal liability and the obligations of drivers who create obstacles on the carriageway. If the obstacles were created intentionally the criminal text can be applied, but if they were created by fault and the driver did not signal the obstacles, it can be said that he accepted the possibility of other cars crashing into them. However, in this case, the law does not sanction this act as a crime, but as a misdemeanor.

Regarding the last offence provided by paragraph 2, the author presents some general remarks on its application. The text of incrimination provides two ways of committing the crime, but does not give any special means to identify each other. Since both methods are punished in the same way, the difference between these two remains at a theoretical level. Nevertheless, it is a matter of legal classification, for which reason these methods are analyzed from two perspectives, subjective and objective through which they can be differentiated.

Cuvinte cheie: trafic rutier, sustragere, distrugere, obstacole rutiere, amenajări rutiere, mijloace de semnalizare, Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 195/2002.

Keywords: road traffic, theft, destruction, road obstacles, road facilities, means of signaling, Government's Ordinance no. 195/2002.

I. Aspecte introductive

Activitatea de circulație pe drumurile publice creează *de plano* o stare de pericol siguranței rutiere, astfel că menținerea acestuia în parametrii corespunzători desfășurării normale a traficului rutier cotidian impune adoptarea unor reglementări precise și luarea unor măsuri efective.

Cea mai mare parte a infrajeciunilor rutiere sunt infrajeciuni obstacol și de pericol, întrucât incriminarea acestora este fundamentată pe ideea prevenirii producerii unor accidente de circulație vătămătoare integrității fizice ori sănătății participanților la trafic. Nu este însă exclusă, așa cum vom vedea, prezența unor infrajeciuni de rezultat, urmărind același scop.

Infrajeciunile prevăzute de alineatele art. 92 din OUG 195/2002 privind circulația pe drumurile publice¹ sunt în mod distinct infrajeciuni autonome, reunite în cadrul unui singur articol. Aceasta nu înseamnă că se impune calificarea dată de doctrina penală de infrajeciune cu conținuturi alternative². O astfel de concluzie ar fi neîntemeiată având în vedere că infrajeciunea cu conținuturi alternative *regrupează sub aceeași denumire două sau mai multe infrajeciuni sui generis*³. Or, într-un astfel de caz, legiuitorul nu a regrupat sub o singură denumire toate aceste infrajeciuni în cadrul art. 92, așa cum a făcut, de exemplu, la infrajeciunea de nerespectare a hotărârilor judecătorești prevăzută de art. 271 C. pen. În același timp este impropriu spus *infrajeciunea cu conținuturi alternative* de la art. 92 atâta timp cât sunt mai multe infrajeciuni și fără o denumire globală.

Merită precizat că o parte din infrajeciunile de la art. 92 așa cum sunt ele astăzi reglementate au fost introduse pentru prima dată în legislația penală a României prin OUG 195/2002, forma finală fiind dată de Legea nr. 49/2006⁴ pentru aprobarea Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice.

Până la intrarea în vigoare a ordonanței ori a legii, unele își găseau aplicarea în practică, dar nu prin Decretul 328/1966 care reglementa regimul circulației rutiere, ci datorită textelor Codului penal, așa cum vom observa odată ce le vom analiza conținutul.

II. Infrajeciunea de la alin. (1)

Alin. (1) incriminează *fapta săvârșită cu intenție de a sustrage, distruge, degrada ori de a aduce în stare de neîntrebuințare indicatoarele, semafoarele, amenajările rutiere sau crearea de obstacole pe partea carosabilă*.

În structura obiectului juridic al acestei infrajeciuni există o valoare juridică principală și una secundară. Valoarea socială principală este reprezentată de patrimoniul care este lezat prin săvârșirea acestei infrajeciuni. Pe cale de consecință, consumarea ei

va avea loc doar atunci când se va constata producerea rezultatului, fiind o infracțiune de rezultat, dar prin care totodată se pune în pericol și siguranța rutieră. Astfel, valoarea socială secundară este determinată de interesul asigurării unei garanții privind siguranța circulației pe drumuri, prin pedepsirea faptelor prin care se aduce atingere sistematizării și organizării traficului rutier.

Această ordine a valorilor sociale protejate nu este pur teoretică, ci produce importante consecințe practice, fiind susținută de faptul că siguranța rutieră este lezată doar ca urmare a atingerii aduse patrimoniului, prin crearea unei stări de pericol.

Prin excepție, valoarea juridică (unică) ocrotită prin incriminarea faptelor prin care se creează obstacole pe partea carosabilă este siguranța circulației rutiere.

Obiectul material constă în indicatoarele, semafoarele și amenajările rutiere. În privința infracțiunii de creare de obstacole pe partea carosabilă nu avem obiect material.

După părerea noastră există o deficiență legislativă în privința obiectului material al infracțiunii de la alin. (1) din ordonanță. În loc să stabilească mijloacele de semnalizare rutieră ca obiect material – alături de amenajările rutiere -, cum a procedat la alin. (2), legiuitorul a menționat doar indicatoarele și semafoarele. Din categoria mijloacelor de semnalizare rutieră mai fac parte, alături de indicatoare și semafoare și marcajele [art. 30 alin. (1) lit. c)], care însă în mod inexplicabil au fost lăsate pe dinafară. Apreciem că distrugerea, degradarea ori aducerea în stare de neîntrebuințare a marcajelor prezintă un grad de pericol social specific unei infracțiuni, iar pe cale de consecință s-ar impune includerea acestora în reglementarea obiectului material. Cea mai bună modalitate de a realiza acest lucru este de a menționa în textul de incriminare formularea *mijloace de semnalizare* alături de amenajările rutiere.

Infrațiunea este cu conținut alternativ doar dacă ignorăm fapta de creare de obstacole pe partea carosabilă. Prima infracțiune a alin. (1) – adică sustragerea, distrugerea, degradarea sau aducerea în stare de neîntrebuințare indicatoarele, semafoarele ori amenajările rutiere - fiind cu conținut alternativ înseamnă că există mai multe modalități de comitere, iar săvârșirea tuturor atrage reținerea unei singure infracțiuni, iar nu a unui concurs de infracțiuni.

1. Săvârșirea infracțiunii în modalitatea sustragerii

Prima modalitate presupune existența unui act de sustragere, asemenea infracțiunii de furt prevăzută de art. 208 C. pen., adică deposedarea subiectului pasiv de obiectul material și impositarea subiectului activ prin intrarea în stăpânirea de fapt⁵.

Așa stând lucrurile, se pune în mod normal problema raportului acestei modalități cu infracțiunea de furt din Codul penal. Trebuie observat că dispozițiile Codului penal referitoare la furt conțin o formă agravată atunci când obiectul material îl

constituie *inter alia* instalațiile de siguranță și dirijare ale traficului rutier [furtul calificat - art. 209 alin. (3) lit. f) C. pen.]. Așadar, cu atât mai mult trebuie analizată sfera de aplicare a acestor două infracțiuni.

S-ar putea în mod pripit susține că infracțiunea de furt calificat se aplică cu prioritate față de cea de la alin. (1) atunci când există scopul însușirii pe nedrept, în considerarea faptului că alin. (1) nu prevede un asemenea scop. Cu toate acestea, scopul însușirii pe nedrept este singurul scop în care s-ar putea comite infracțiunea.

Luarea unui bun mobil în scopul folosirii pe nedrept, așa cum se prevede la alin. (4) al art. 208 C. pen. vizează doar vehiculele, astfel că orice alte obiecte sustrase, cum sunt, spre exemplu, telefoanele mobile, chiar dacă sunt luate în scopul folosirii pe nedrept intră sub incidența textelor care incriminează furtul în scopul însușirii pe nedrept. În mod asemănător, chiar dacă indicatoarele sau celelalte obiecte materiale sunt sustrase în scopul folosirii pe nedrept, vor intra sub incidența atât a alin. (1), cât și a textului care reglementează furtul. Pe cale de consecință, criteriul scopului urmărit nu este util pentru a face delimitarea necesară între aceste două infracțiuni.

În măsura în care sunt întrunite elementele constitutive atât ale infracțiunii de furt, cât și ale infracțiunii de la alin. (1) în modalitatea sustragerii, vom fi în prezența unui concurs de calificări, astfel că pentru a explica raportul dintre acestea trebuie analizate și comparate obiectele materiale ale fiecăreia⁶.

Este important de menționat și de reținut că existența unui concurs de calificare e determinat de faptul că prin incriminarea ambelor infracțiuni în primul rând se protejează patrimoniul. Dacă am admite că valoarea juridică principală protejată prin incriminarea infracțiunii de la alin. (1) ar fi siguranța rutieră – ar fi ușor de căzut în capcană –, atunci am fi avut parte de un concurs de infracțiuni – iar nu de calificare –, aceasta în condițiile în care ar fi întrunite elementele constitutive ale ambelor fapte penale.

Dacă infracțiunile s-ar suprapune perfect în privința obiectului material – fiind singurul element relevant care a rămas de analizat –, ar avea aplicare textul de la alin. (1). Având în vedere că acesta a fost adoptat ulterior Codului penal, dispozițiile din cod referitoare la furtul de instalații de siguranță și dirijare a traficului rutier ar trebui considerate abrogate tacit, fără să mai existe concurs de calificări.

Se observă însă că norma de incriminare de la alin. (1) nominalizează în mod concret obiectele materiale care trebuie sustrase pentru a exista infracțiunea. Acestea sunt: indicatoarele, semafoarele și amenajările rutiere. Textul care reglementează furtul calificat indică în termeni generali obiectul material ca fiind instalațiile de siguranță și dirijare a traficului.

Conform art. 6 pct. 3 din OUG 195/2002 prin amenajări rutiere trebuie să se înțeleagă totalitatea construcțiilor, dispozitivelor și oricăror mijloace tehnice, *altele decât cele destinate semnalizării*, amplasate pe drumul public în scopul asigurării securității

rutiere. Prin mențiunea *altele decât cele destinate semnalizării* sunt scoase de sub sfera de incidență indicatoarele, semafoarele și alte asemenea mijloace de semnalizare. Astfel, noțiunea de amenajări rutiere se suprapune perfect cu noțiunea de instalații de siguranță.

Dacă primele elemente ale obiectelor materiale ale celor două fapte se suprapun, nu la fel se poate spune și despre celelalte elemente. Indicatoarele și semafoarele nu se suprapun cu instalațiile de dirijare, chiar dacă sunt în mod individual astfel de instalații.

Având în vedere cele de mai sus, datorită faptului că între obiectul material al infracțiunii de furt calificat și cel al infracțiunii de la alin. (1) există un raport de la gen la specie, trebuie să conchidem că și între aceste două infracțiuni, în întregul lor, există un raport de la general la special. În consecință dispoziția de la alin. (1) fiind o normă specială, se va aplica cu prioritate ori de câte ori sunt întrunite elementele constitutive ale ambelor infracțiuni.

Astfel, infracțiunea de furt calificat nu a fost abrogată, ea găsindu-și aplicare oricând se vor sustrage alte instalații de dirijare decât indicatoarele și semafoarele, cum sunt, spre exemplu, balizele direcționale, conurile de dirijare etc. Sub acest aspect, există o deficiență legislativă prin neincluderea conurilor și altor instalații de dirijare a traficului rutier printre dispozițiile art. 92 alin. (1), deoarece sustragerea acestora va atrage incidența textului din Codul penal privind furtul calificat, care este o infracțiune mult mai gravă în raport cu prima.

Nu putem să nu observăm o reală discrepanță între cele două texte de incriminare în ceea ce privește pericolul social, furtul calificat fiind pedepsit cu închisoare de la 4 la 18 ani, iar infracțiunea de la alin. (1) cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă. Având în vedere această discrepanță s-ar putea susține că gradul de pericolul social avut în vedere inițial de legiuitor la elaborarea normei ar fi oarecum desuet în raport cu reglementările din OUG 195/2002. Cu toate acestea, noul Cod penal⁷ care urmează să intre în vigoare, a renunțat la incriminarea de la alin. (1). Prin urmare orice faptă de sustragere în condițiile analizate mai sus constituie infracțiunea de furt calificat prevăzută de art. 229 alin. (3) lit. f) noul C. pen. și sancționată cu pedeapsa închisorii de la 3 la 10 ani.

2. Săvârșirea infracțiunii în modalitatea distrugerii, degradării ori aducerii în stare de neîntrebuințare

Infracțiunea de la alin. (1) comisă în una din aceste modalități se aseamănă cu infracțiunea de distrugere prevăzută de dispozițiile art. 217 C. pen. Distrugerea constă în orice acte de nimicire fizică a bunurilor, astfel încât indicatoarele, semafoarele ori amenajările rutiere încetează să mai existe⁸. Degradarea implică doar atingeri aduse

bunurilor, care afectează posibilitatea utilizării corespunzătoare a acestora, iar aducerea în stare de neîntrebuințare presupune ca existența materială a bunurilor să nu fie afectată, dar bunurile devin complet neutilizabile potrivit scopului avut inițial în vedere. Între degradare și aducere în stare de neîntrebuințare există deci o diferență de ordin cantitativ, amândouă presupun ca bunurile să existe în continuare, însă nivelul de utilizare este afectat. Spre exemplu, desenarea unui graffiti sau a semnelui X asupra unui indicator care afectează doar vizibilitatea acestuia în condiții optime, constituie o degradare. În schimb, colorarea integrală a aceluiași indicator printr-un graffiti îl aduce în stare de neîntrebuințare. Lipirea de afișe, inscripții sau înscrisuri pe indicatoare nu constituie acte de degradare ori aducere în stare de neîntrebuințare, aceste fapte fiind sancționate ca și contravenții [art. 102 alin. (1) pct. 9 din OUG 195/2002].

Pentru a se stabili raportul existent între infracțiunea de la alin. (1) în această modalitate și infracțiunea de distrugere din Codul penal, trebuie să apelăm la același criteriu utilizat mai sus, adică obiectele materiale asupra cărora se aplică norma penală.

Astfel, se poate observa că infracțiunea de la alin. (1) își păstrează caracterul de normă specială în raport de infracțiunea de distrugere din Codul penal. Aceasta deoarece determină în mod individual bunurile sau categoria de bunuri care pot face obiectul distrugerii, degradării ori aducerii în stare de neîntrebuințare, în timp ce Codul penal se aplică pentru orice fel de bunuri. Pe cale de consecință, când se întrunesc elementele constitutive ale ambelor infracțiuni, nu se vor reține în concurs dacă cu privire la infracțiunea de distrugere este incident alin. (1) al art. 217 C. pen. Însă, nimic nu împiedică reținerea modalității de la alin. (1) în concurs cu următoarele alineate [alin. (2) sau (4) ale art. 217 C. pen.] ori chiar cu infracțiunea de distrugere calificată [art. 218 C. pen.] dacă sunt întrunite condițiile prevăzute acolo.

Pe lângă aceste modalități, Codul penal prevede și alte două, adică împiedicarea luării măsurilor de conservare ori de salvare a bunurilor, precum și înlăturarea măsurilor luate, însă infracțiunea de la alin. (1) nu prevede așa ceva. Aceasta este o lacună în reglementare, neputându-se explica de ce o faptă de degradare a unui semafor nu prezintă același grad de pericol social cu cea prin care se împiedică luarea unor măsuri de salvare ori se înlătură acestea. În final prin ambele forme se creează o stare de pericol siguranței rutiere.

Aceste lacune legislative nu sunt lipsite de consecințe practice. Astfel, în măsura în care făptuitorul aduce atingere integrității fizice a unui semafor, iar ulterior împiedică luarea unor măsuri de reparație, va răspunde pentru un concurs de infracțiuni între cea de la alin. (1) și infracțiunea de distrugere din Codul penal. Dacă în schimb infracțiunea de la alin. (1) ar prevedea în conținutul său și ultimele două modalități, s-ar reține o singură infracțiune în formă continuată (în măsura în care sunt îndeplinite condițiile infracțiunii continuate).

3. Teza finală a dispoziției alin. (1)

În teza finală a alin. (1) al art. 92 din ordonanță, legiuitorul a îndesat o infracțiune a cărei săvârșire creează o stare de pericol siguranței rutiere, însă aceasta nu are nicio legătură cu celelalte modalități de comitere de la alin. (1). Sustragerea, distrugerea, degradarea și aducerea în stare de neîntrebuințare a indicatoarelor, semafoarelor ori amenajărilor rutiere reprezintă o singură infracțiune cu conținut alternativ.

Astfel, legiuitorul incriminează *crearea de obstacole pe partea carosabilă*, faptă pedepsită în mod asemănător cu cealaltă infracțiune de la alin. (1) cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă⁹.

Valoare juridică protejată prin incriminarea acestei fapte este siguranța circulației rutiere. Aceasta duce la concluzia că, în mod evident, nu se va reține o singură infracțiune în formă continuată, adică cea de la alin. (1), atunci când, de exemplu, sustragerea unui indicator este urmată de crearea de obstacole pe partea carosabilă. Chiar dacă sunt două infracțiuni reglementate în același alineat, ele se vor reține în concurs.

Reglementarea infracțiunii este după părerea noastră deficitară, întrucât prezintă dificultăți de interpretare atunci când aceasta se realizează luând în considerare întregul sistem instituit prin OUG 195/2002 și regulamentul de funcționare.

Noțiunea de obstacol nu este definită, însă va trebui să fie interpretată în spiritul ordonanței a cărei reglementare urmărește înlăturarea riscurilor pe care le implică circulația rutieră. Însă, apreciem utilă *de lege ferenda* modificarea textului de incriminare prin adăugarea unei dispoziții care să condiționeze aplicarea pedepsei de punerea în pericol a siguranței circulației ori lezarea dreptului la libera circulație a celorlalți participanți la trafic.

Vehiculele oprite sau staționate neregular pe partea carosabilă nu constituie *de plano* un obstacol¹⁰. Cu toate că nu rezultă în mod expres din textul de incriminare, în funcție de împrejurări se poate stabili dacă se pune în pericol siguranța circulației rutiere ori fluenta acesteia este grav afectată, astfel încât să se poată reține infracțiunea.

Partea carosabilă este – așa cum rezultă din ordonanță – porțiunea din platforma drumului destinată circulației vehiculelor. Deoarece nu se face distincție după cum drumul destinat circulației vehiculelor este public sau privat, se va interpreta că se aplică în ambele cazuri.

Sub aspectul laturii subiective, această infracțiune se comite cu intenție directă sau eventuală, neputându-se comite și din culpă. În ipoteza în care se creează un obstacol pe partea carosabilă din culpă sau în mod fortuit, autorul are obligația legală de a lua toate măsurile necesare pentru înlăturarea ori semnalizarea acestui obstacol sau înștiințarea organelor de poliție¹¹.

Obligația de a anunța organele de poliție le revine și celor care au sesizat existența pe drum a unui obstacol [art. 125 alin. (3) din Regulamentul de aplicare a OUG 195/2002], deci fără să fi participat nemijlocit la crearea lui. Dispoziția trebuie interpretată în sensul că această obligație nu mai subzistă atunci când obstacolul a fost creat în mod intenționat de aceeași persoană. În acest caz infracțiunea se consumă, iar infractorul are dreptul de a nu se autodenunța.

Față de cele expuse mai sus, s-ar părea că angajarea răspunderii penale pentru nerespectarea obligațiilor menționate – de a lua toate măsurile necesare pentru înlăturarea ori semnalizarea obstacolului sau înștiințarea organelor de poliție –, ar putea fi fundamentată în temeiul poziției de garant¹². Potrivit acesteia autorul unei fapte licite sau ilicite, prin care se creează o stare de pericol (pentru circulația rutieră), este responsabil să ia toate măsurile necesare pentru a evita concretizarea stării de pericol într-un rezultat¹³.

Cu toate acestea, angajarea răspunderii penale pentru nerespectarea obligațiilor impuse nu ar fi posibilă, deoarece legiuitorul, în mod nefericit¹⁴, a reglementat concret două contravenții care privesc neluarea măsurii de semnalizare¹⁵ a obstacolelor și neluarea măsurii de înlăturare a acestora¹⁶. În mod inconsistent, contravenția privind sancționarea faptei de neluare a măsurilor de semnalizare a obstacolelor operează doar dacă aceste obstacole sunt staționate pe drumurile publice, lăsând astfel pe dinafară drumurile private.

Se pot ivi situații în care o persoană autorizată de administratorul drumului public ori executantul unei lucrări să creeze obstacole pe partea carosabilă, având autorizație eliberată de organele competente, punându-se problema răspunderii penale în cazul săvârșirii infracțiunii. Putem observa că autorizația emisă de organele legii are natura juridică a unei cauze justificative – autorizarea legii – care înlătură caracterul penal al faptei, astfel că nu se va putea reține infracțiunea de la art. 92 alin. (1) teza finală, indiferent că s-au luat măsuri de semnalizare ori nu. Cu toate acestea, neluarea măsurilor de semnalizare a obstacolelor prezente pe partea carosabilă de persoana autorizată de administratorul drumului public ori de executantul unei lucrări întrunește elementele constitutive ale infracțiunii prevăzute de art. 94 alin. (4) din OUG 195/2002 și atrage angajarea răspunderii penale în temeiul acesteia. Inexistența autorizației de creare a unor obstacole pe partea carosabilă duce la reținerea unui concurs de infracțiuni între cea prevăzută de art. 92 alin. (1) teza finală și cea de la art. 94 alin. (1) din OUG 195/2002, unde se reglementează expres ipoteza inexistenței unei autorizații. Infracțiunea de la alin. (4) al art. 94 nu se va mai reține, deoarece aceasta are ca premisă existența unei autorizații.

O ipoteză interesantă de discutat este relativă la raportul dintre infracțiunea de la alin. (1) al art. 92 în modalitatea creării unui obstacol și cea de la alin. (4) din același articol, prin care este incriminată *blocarea cu intenție a drumului public, dacă se pune în pericol siguranța circulației ori se aduce atingere dreptului la libera circulație a celorlalți participanți la trafic*. În mod normal, ar trebui să opereze o absorbție legală, cea de la alin. (4) absorbind-o pe cealaltă, deoarece diferența dintre obstacolul prezent pe partea carosabilă și cel prin care se blochează întregul drum este de ordin cantitativ. Cu toate acestea prin interpretarea celor două alineate nu se poate ajunge la o asemenea concluzie. În primul rând, infracțiunea de la alin. (1) se poate comite pe partea carosabilă, în schimb cea de la alin. (4) doar pe un drum public. În al doilea rând, aplicarea textului de la alin. (4) este condiționată de punerea în pericol a siguranței circulației sau cel puțin lezarea dreptului la libera circulație, iar la alin. (1) nu mai regăsim o astfel de dispoziție. Nu în ultimul rând, având în vedere limitele de pedeapsă stabilite pentru fiecare dintre aceste două infracțiuni, s-ar putea susține că cea de la alin. (4) prezintă un grad de pericol social mai redus decât cea de la alin. (1), dar această situație creată ni se pare criticabilă. Astfel, crearea de obstacole pe partea carosabilă se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă, iar blocarea drumului public se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă.

Având în vedere diferențele de mai sus și condițiile specifice de aplicare, se poate concluziona că textul de incriminare de la alin. (4) este o nomă cu caracter special față de textul de la alin. (1) în modalitatea creării unui obstacol. Dar tot se poate ajunge la situația absurdă ca ori de câte ori sunt întrunite elementele constitutive ale infracțiunii de la alin. (4), fiind deci blocat întregul drum public, să se rețină doar această infracțiune, iar dacă numai o parte a drumului public este blocată de un obstacol să se rețină infracțiunea mai gravă de la alin. (1).

III. Infracțiunea de la alin. (2)

Alin. (2) incriminează *instalarea de mijloace de semnalizare rutieră sau modificarea pozițiilor acestora, fără autorizație eliberată de autoritățile competente, de natură a induce în eroare participanții la trafic*.

Subiectul activ este general, infracțiunea putând fi săvârșită de orice persoană fizică sau juridică. Spre exemplu, o persoană juridică având ca obiect de activitate reparațiile auto, săvârșind infracțiunea în speranța cauzării unor accidente rutiere.

Obiect material nu există decât în modalitatea modificării pozițiilor mijloacelor de semnalizare rutieră, fiind reprezentat de acestea, iar obiectul juridic îl constituie siguranța circulației pe drumurile publice sau private.

Din categoria mijloacelor de semnalizare rutieră fac parte indicatoarele, sistemele de semnalizare luminoasă sau sonoră, marcajele și alte dispozitive speciale [art. 30 alin. (1) din OUG 195/2002].

Fundamentul incriminării este același ca și în cazul celorlalte infracțiuni, adică asigurarea desfășurării în condiții de siguranță a circulației rutiere.

Sub aspectul laturii obiective, infracțiunea se poate comite prin două modalități: instalarea de mijloace de semnalizare rutieră, precum și prin modificarea poziției acestora.

La prima vedere, delimitarea între aceste două modalități nu este greu de făcut. Ar putea apărea însă probleme atunci când o persoană sustrage un mijloc de semnalizare rutieră din localitatea X și îl mută în localitatea Y.

Pentru a realiza o delimitare corectă între cele două modalități, propunem recurgerea la unul dintre următoarele criterii: obiectiv sau subiectiv.

În orice caz, indiferent de criteriul de care ne vom prevala, este imperios necesar ca mijloacele de semnalizare să fi fost în prealabil instalate în circulație pentru a exista fapta de modificare a pozițiilor, neputându-se imagina o situație de modificare a poziției unui indicator, de exemplu, care nu a fost instalat.

În baza criteriului obiectiv, va exista fapta de modificare a pozițiilor mijloacelor de semnalizare ori de câte ori acestea, după ce au fost puse în circulație, au fost ulterior mutate fizic ori nu reflectă direcția stabilită inițial¹⁷.

Este însă greu de acceptat un asemenea criteriu, în condițiile în care dacă îi dăm aplicare în practică, ar însemna ca cel care sustrage un indicator și îl instalează după 2 ani de zile comite fapta de la alin. (2) în modalitatea modificării poziției. Mai mult, luarea unui mijloc de semnalizare deja instalat și mutarea lui în altă localitate, chiar fără să treacă un interval mai mare de timp, ar avea semnificația modificării poziției acestuia. De altfel, mijloacele de semnalizare nu sunt individualizate printr-o serie sau număr, neputându-se stabili cu certitudine dacă au fost sau nu în circulație.

Potrivit criteriului subiectiv, pe care îl apreciem ca fiind mai just, pentru existența faptei de modificare a pozițiilor, pe lângă cele arătate mai sus privitoare la deplasarea fizică a mijloacelor de semnalizare, mai avem nevoie de condiția unității spațio-temporale. Aceasta înseamnă că infracțiunea de la alin. (2) în cea de-a doua modalitate se va putea săvârși dacă deplasarea mijlocului de semnalizare are loc în imediata vecinătate a poziției inițiale și într-un interval de timp relativ scurt. În mod evident, modificarea direcției stabilite inițial îndeplinește această condiție a unității spațio-temporale. Oricând nu este respectată unitatea spațio-temporală avem de-a face cu prima modalitate de săvârșire a infracțiunii.

Incriminarea separată a faptei de modificare a pozițiilor a fost necesară, ea neputându-se încadra în latura obiectivă a altor infracțiuni. Prin actul de modificare, autorul faptei nu sustrage mijlocul de semnalizare astfel încât nu sunt întrunite elementele constitutive ale infracțiunii de la alin. (1) al art. 92. Atunci când privește același obiect material, există o incompatibilitate între infracțiunea de sustragere și cea

de modificare a poziției, tocmai datorită existenței condiției unității spațio-temporale. În schimb, o astfel de incompatibilitate nu există între fapta de sustragere și prima modalitate de instalare de mijloace de semnalizare.

Pentru a se reține infracțiunea mai este necesar să nu existe o autorizație eliberată de autoritățile competente în vederea instalării ori modificării pozițiilor mijloacelor de semnalizare. Această autorizație nu are natura juridică a unei cauze justificative – autorizarea legii – prin care se exclude antiijuridicitatea, ci având în vedere că este precizată expres în textul de lege, constituie un element de tipicitate. Așadar, prezența unei autorizații împiedică întrunirea elementelor constitutive ale infracțiunii.

Instalarea ori modificarea pozițiilor unor mijloace de semnalizare peste ceea ce prevede autorizația este echivalentă cu lipsa unei autorizații, iar în consecință va putea duce la consumarea infracțiunii.

Pe lângă cele expuse mai sus, mai este nevoie ca mijloacele de semnalizare instalate ori a căror poziții au fost modificate să fie de natură a induce în eroare participanții la trafic. Nu se cere deci ca în mod efectiv participanții la trafic să fie induși în eroare, ci doar să existe această aptitudine *in concreto*. Pe cale de consecință nu se va putea reține această infracțiune în ipoteza modificării poziției unui indicator prin deplasarea lui cu câțiva centimetri mai în spate.

* Student la Facultatea de Drept din cadrul Universității Babeș-Bolyai din Cluj-Napoca;
borlan.ionut@yahoo.com.

¹ Republicată în Monitorul Oficial al României nr. 792 din 20 septembrie 2006.

² În doctrina penală mai veche prin infracțiune cu conținuturi alternative se înțelegea de fapt infracțiunea cu conținut alternativ din doctrina penală contemporană; pentru doctrina mai veche a se vedea V. Papadopol, *Considerații asupra infracțiunilor cu conținuturi alternative*, în Revista Română de Drept nr. 8/1967, p. 67, iar pentru doctrina mai recentă a se vedea F. Streteanu, *Tratat de drept penal. Partea generală*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 339.

³ F. Streteanu, *op. cit.*, p. 340.

⁴ Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 246 din 20 martie 2006.

⁵ În același sens, a se vedea S. Bogdan, *Drept penal. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 225 și urm.

⁶ Deoarece laturile obiective sunt indentice.

⁷ Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 510 din 24 iulie 2009.

- ⁸ În acest sens, relativ la infracțiunea de distrugere, a se vedea T. Toader, *Drept penal român. Partea specială*, ed. a IV-a, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 219.
- ⁹ Fapta de creare de obstacole pe drumuri a fost pentru prima dată introdusă în legislație prin Codul penal de la 1864, dar sancționată drept contravenție [Cartea a III-a, Capitolul II, Clasa I, pct. 4]. Contravenția a fost reluată odată cu intrarea în vigoare a Codului penal Carol al II-lea la art. 585 pct. 1. Ulterior ieșirii în vigoare a Codului penal Carol al II-lea, după cunoștințele noastre, fapta n-a mai fost sancționată nici ca infracțiune, nici ca și o contravenție până la intrarea în vigoare a OUG 195/2002 privind circulația pe drumurile publice, ordonanță prin care fapta a fost reîncrimată.
- ¹⁰ Conform art. 61 din OUG 195 *poliția poate dispune ridicarea și depozitarea în spații special amenajate a vehiculelor oprite sau staționate neregulamentar pe partea carosabilă și care constituie un obstacol pentru circulația publică. Per a contrario*, dacă vehiculul este lăsat pe un drum privat, nefiind deschis circulației publice nu se poate dispune această măsură.
- ¹¹ Potrivit art. 125 alin. (2) din Regulamentul de aplicare a OUG 195/2002 *persoana care nu a putut evita crearea unui obstacol pe drumul public este obligată să îl înlăture și, dacă nu este posibil, să îi semnalizeze prezența și să anunțe administratorul drumului și cea mai apropiată unitate de poliție ori primul polițist întâlnit*. Imposibilitatea de a evita implică existența fie a unui caz fortuit, fie a unei culpe fără prevedere. Tot astfel, obligația de a lua măsurile necesare atunci când obstacolul a fost creat din culpă mai rezultă și din prevederile art. 189 alin. (5) din Regulamentul de aplicare a OUG 195/2002 care consacră ipoteza căderii din vehicule pe partea carosabilă a unei părți dintr-o încărcătură.
- ¹² F. Streteanu, *op. cit.*, p. 398 și urm.
- ¹³ Pe cale de consecință, teoria poziției de garant întemeiată pe o acțiune precedentă a autorului nu ar fi posibilă în cazul nerespectării obligației de sesizare a organelor de poliție, atunci când primul doar a sesizat obstacolul pe partea carosabilă.
- ¹⁴ Neluarea unor măsuri, cel puțin de semnalizare, prezintă, după părerea noastră, un grad de pericol social specific infracțiunii de creare de obstacole pe partea carosabilă.
- ¹⁵ Pct. 3 al art. 105 din OUG 195/2002
- ¹⁶ Pct. 4 al art. 105 din OUG 195/2002.
- ¹⁷ Spre exemplu întoarcerea indicatorului care obligă participantul la trafic la ocolirea unui obstacol prin partea dreaptă, astfel încât acesta să oblige ocolirea prin partea stângă.

ARTICOLE

INCIDENTE CU PRIVIRE LA COMPETENȚĂ ÎN CONTEXTUL REGLEMENTĂRILOR DIN NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ ÎN MATERIA PROCESULUI CIVIL INTERNAȚIONAL

dr. Sergiu DELEANU*

Résumé. *Les incidents d'instance sur la compétence dans le cadre du procès civil international. Les dispositions du nouveau code de procédure civile roumain concernant les incidents d'instance sur la compétence dans le cadre du procès civil international combinent – en général dans une manière appropriée – les constantes normatives dans ce domaine avec les conceptions qui résultent des normes internationales et de la jurisprudence étrangère. Nous nous sommes arrêtés sur quelques incidents d'instance – dans le sens étendu de cette expression – pour des observations et des possibles suggestions.*

Mots clés: *Procès civil international; Prorogation volontaire de compétence; Clause attributive de juridiction; Exception d'arbitrage; Questions préliminaires; Questions incidentes; Mesures provisoires, conservatoires et d'exécution; Litispendance; Connexité.*

Cuvinte cheie: *Proces civil internațional; Prorogare voluntară de competență; Clauză atributivă de jurisdicție; Excepție de arbitraj; Chestiuni prealabile; Chestiuni incidente; Măsuri provizorii, conservatorii și de executare; Litispendență; Conexitate*

În cadrul acestei analize vom avea în vedere următoarele aspecte: 1) Prorogarea voluntară de competență în favoarea instanței române și alegerea forului; 2) Excepția de arbitraj; 3) Chestiunile preliminare; 4) Cererile incidentale; 5) Măsurile provizorii, conservatorii și de executare; 6) Litispendența și conexitatea internațională.

Aceste aspecte vor fi examinate în funcție de prevederile noului nostru cod de procedură civilă, fără a ignora însă dispozițiile Regulamentului nr. 44/2001 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială, cele ale Convenției de la Geneva privind arbitrajul comercial internațional, din anul 1961, cele ale Convenției de la New-York pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine, din anul 1958, precum și jurisprudența Curții de Justiție a

Uniunii Europene. Anumite soluții care s-au conturat pe plan european pot să orienteze și instanțele române în practica lor, determinând o jurisprudență unitară, în raport cu textele noului cod de procedură civilă și cu cele europene; altele ni se par însă discutabile sau nesusceptibile să fie luate în considerare, din perspectiva dispozițiilor codului de procedură civilă ori a unor convenții internaționale.

1) Prorogarea voluntară de competență în favoarea instanței române și alegerea forului. Voința părților poate să fie relevantă în domeniul competenței internaționale, ceea ce semnifică faptul că regulile de competență pe care le vom examina nu sunt fundamentate nici pe criteriul domiciliului sau al sediului pârâtului, nici pe criteriul obiectului litigiului.

Prorogarea voluntară de competență în favoarea instanței române poate să fie determinată de neinvocarea de către pârât a excepției de necompetență în fața instanței din țara noastră unde el a fost chemat în judecată. Pe de altă parte, prorogarea voluntară de competență – în favoarea instanței române sau a unei instanțe străine – poate să opereze ca urmare a încheierii de către părți a unei convenții de alegere a forului.

În esență, prorogarea voluntară de competență este posibilă în materiile având ca obiect drepturi de care părțile pot să dispună liber.

Art. 1066 C.proc.civ. reglementează prorogarea voluntară de competență în favoarea instanței române, iar art. 1067 C.proc.civ. se referă la convenția de alegere a forului.

Potrivit art. 1066 C.proc.civ.: (1) Când, în materii având ca obiect drepturi de care ele dispun liber conform legii române, părțile au convenit valabil competența instanțelor române de a judeca litigii actuale sau eventuale privind asemenea drepturi, instanțele române sunt singurele competente.

(2) Cu excepția cazurilor în care prin lege se dispune altfel, instanța română în fața căreia pârâtul este chemat rămâne competentă de a judeca cererea, dacă pârâtul se prezintă în fața instanței și formulează apărări în fond, fără a invoca excepția de necompetență, cel mai târziu până la terminarea cercetării procesului în fața primei instanțe.

(3) În situațiile prevăzute la alin. (1) și (2), instanța română sesizată poate respinge cererea, când din ansamblul circumstanțelor rezultă că litigiul nu prezintă nicio legătură semnificativă cu România.

Prorogarea voluntară de competență în favoarea instanței române sau prorogarea voluntară de jurisdicție, în condițiile prevăzute de art. 1066 C.proc.civ., poate fi considerată, de asemenea, o formă specifică de transpunere, „adecvată”, în dreptul privat cu elemente de extraneitate, a prevederilor art. 126 C.proc.civ. referitoare la convenția atributivă de competență sau de alegere a instanței, cu precizarea că, în

legătură cu un proces internațional, alegerea părților privește, în general, o instanță română sau o instanță străină.

Uneori, atunci când părțile convin asupra unei jurisdicții care, oricum, normal, era competentă, suntem în prezența unei pseudoprorogări, acordul părților având ca scop numai evitarea unei alte jurisdicții, care s-ar putea considera competentă.

Întrucât nu sunt prevăzute exigențe specifice în materie internațională, convenția atributivă de competență poate fi făcută în scris sau ea poate rezulta tacit, dar neîndoielnic, din faptul că pârâțul nu invocă excepția de necompetență cel mai târziu până la terminarea cercetării procesului în fața primei instanțe, o perioadă suficientă și rezonabilă pentru aducerea în fața instanței a acestui incident.

Cât privește legea aplicabilă convenției atributive de competență, opinăm, alături de alți autori și de o parte a jurisprudenței, că trebuie să se distingă între „licitatea” și „validitatea” convenției, prima fiind tranșată prin exigențele legii române, cealaltă potrivit regulii de conflict din materia contractelor¹.

Sub aspectul „licității”, din cuprinsul reglementărilor rezultă că litigiul trebuie: să aibă un element de extraneitate, adică să fie izvorât dintr-un raport juridic cu element de extraneitate; să aibă o legătură „semnificativă” cu România; să privească drepturi de care părțile pot dispune sau, mai exact, în context, să nu contravină dispozițiilor cu privire la competența, personală sau patrimonială, „exclusivă”.

Sub aspectul „validității”, aducem în atenție, îndeosebi, necesitatea unui consimțământ cert, neîndoielnic, și cerința ca obiectul convenției să îl constituie competența judiciară a instanțelor române.

Convenția atributivă de competență – ca orice altă convenție – își produce efectele numai între părțile ei (*res inter alios acta, aliis necque nocere, necque prodesse potest*), exceptând situația terților care succed în toate drepturile și obligațiile părților la convenție.

În prezența unei clauze atributive de competență, validă și licită, instanța română este obligată să se pronunțe asupra litigiului, în întregul lui, și, dacă așa s-a prevăzut de părți, asupra tuturor litigiilor derivate din contractul principal.

Regulamentul nr. 593/2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Regulamentul Roma I), are la baza Convenției de la Roma, din anul 1980, în aceeași materie, a exclus expres din domeniul ei de aplicare convențiile atributive de competență.

Corespunzător art. 1067 C.proc.civ.: (1) În materie patrimonială, părțile pot conveni asupra instanței competente să judece un litigiu actual sau eventual izvorând dintr-un raport cu elemente de extraneitate. Convenția poate fi încheiată prin înscris, telegramă, telex, telecopiator sau orice alt mijloc de comunicare ce permite a-i stabili proba printr-un text. În lipsă de stipulație contrară, competența forului ales este exclusivă.

(2) Alegerea instanței este fără efect dacă ea conduce la lipsirea în mod abuziv a uneia din părți de protecția pe care i-o asigură o instanță prevăzută de legea română. De asemenea, alegerea este fără efect când instanța aleasă este străină, iar litigiul este de competența exclusivă a instanțelor române, precum și când instanța aleasă este română, iar litigiul este de competența exclusivă a unei instanțe străine.

(3) Instanța aleasă nu se poate declara incompetentă dacă:

a) una din părți are domiciliul/reședința obișnuită, respectiv un sediu secundar în circumscripția acestei instanțe;

b) dreptul aplicabil litigiului conform dreptului internațional privat român este legea română.

Condițiile acestei posibile convenții pentru „alegerea forului” – de fapt, alegerea instanței – rezultă a fi următoarele: litigiul să aibă un element de extraneitate; litigiul să aibă un obiect patrimonial; părțile să realizeze „în scris” un acord în sensul alegerii forului, indiferent însă de mijlocul practic prin care s-a stabilit comunicarea mutuală; prin desemnarea astfel a forului, să nu fie anulate sau restrânse „abuziv” măsurile de protecție pe care le asigură părții o instanță prevăzută de legea română; prin alegerea forului, dacă instanța este una străină, să nu se încalce competența exclusivă a instanței române sau, invers, dacă instanța desemnată este una română să nu se încalce competența exclusivă a unei instanțe străine.

După cum s-a afirmat în doctrină, părțile ar putea să aleagă instanța competentă și verbal, aceasta luând act de manifestarea de voință a părților în încheierea de ședință.²

În general, consimțământul părților și exigențele vizând forma scrisă a convenției pentru alegerea forului pot să fie considerate ca fiind satisfăcute în raport cu anumite acte de procedură îndeplinite de părți.

Efectul convenției, numai *inter partes*, îl constituie faptul că instanța desemnată prin acordul părților dobândește astfel o competență exclusivă.

Instanța desemnată nu se poate declara incompetentă dacă: una din părți are domiciliul/reședința obișnuită, respectiv un sediu secundar – *a fortiori* un sediu principal – în circumscripția acestei instanțe; dreptul aplicabil litigiului conform dreptului internațional privat român este legea română.

Cât privește interdicția încălcării competenței exclusive a instanței române, urmează să se observe și dispozițiile art. 1081 C.proc.civ., potrivit cărora convențiile sunt inoperante pentru situațiile de competență exclusivă în materia cererilor privind starea și capacitatea persoanelor și în materia unor acțiuni patrimoniale, expres prevăzute de art. 1078-1079 C.proc.civ.

Având în vedere că art. 1066 alin. 1 C.proc.civ. se referă la o convenție privind „competența instanțelor române”, credem că prorogarea voluntară de competență poate să fie luată în considerare atât în situația în care părțile indică o anumită instanță

română ca fiind competentă, cât și în cazul în care ele folosesc o formulă generală, ce conține însă elemente obiective care permit stabilirea instanței ce va soluționa litigiul.

Această linie de gândire rămâne pertinentă, în opinia noastră, inclusiv în cadrul art. 1067 C.proc.civ.³

De asemenea, pe temeiul art. 1067 C.proc.civ., părțile ar putea chiar conveni, în cuprinsul unei clauze redactată în interesul reclamantului, că acesta va putea să opteze între instanțele aparținând unor state diferite. În această ipoteză, prevederile alineatului 2 al art. 1067 C.proc.civ. vor fi, firește, aplicate în mod adecvat.

În condițiile în care clauza este încheiată în interesul reclamantului, acesta ar putea opta între instanța competentă potrivit regulilor de principiu privind competența teritorială, renunțând, așadar, la beneficiul clauzei de alegere a competenței, și instanța menționată în convenția pentru alegerea forului.

Într-adevăr, art. 1067 alin.1 C.proc.civ. *in fine* prevede că competența forului ales este exclusivă „în lipsă de stipulație contrară”. Prin urmare, o renunțare la beneficiul clauzei de alegere a competenței este posibilă, iar pârâțul nu s-ar putea opune.⁴

În raport cu reglementările art. 1066 alin. 3 C.proc.civ. și cu cele ale art. 1067 alin. 3 C.proc.civ. poate să fie susținută ideea unei legături semnificative a litigiului cu statul căruia îi aparține instanța aleasă de către părți, dar această cerință credem că poate să fie interpretată, în principiu, în sens larg. Astfel, art. 1067 alin. 3 lit. b C.proc.civ. dispune că instanța aleasă nu se poate declara necompetentă dacă dreptul aplicabil litigiului conform dreptului internațional privat român este legea română.

În materie contractuală, legea aplicabilă poate să fie aleasă de către părți atât în considerarea unor elemente de ordin obiectiv, cât și ținând seama de aspecte cu caracter subiectiv.

În ceea ce privește obligațiile necontractuale, art. 19 din Regulamentul nr. 864/2007 consacrat legii aplicabile în acest domeniu (Regulamentul Roma II) recunoaște părților o libertate similară.

Se poate apoi observa că, în materiile ce au ca obiect drepturi de care părțile pot să dispună liber, acestea pot stabili ca un eventual litigiu dintre ele să fie soluționat de o anumită instanță de judecată sau prin arbitraj. În cazul arbitrajului nu se solicită existența unei legături a litigiului cu țara unde se află sediul tribunalului arbitral. Ar fi, așadar, dificil să se justifice, referitor la aceeași convenție de alegere a organului de jurisdicție competent, instituirea unor restricții atunci când este vorba de o instanță etatică și, dimpotrivă, acceptarea unui regim juridic liberal pentru o formă de justiție privată.

Alegerea de către părți a legii unui anumit stat în calitate de lege care să guverneze contractul nu se interpretează în sensul că părțile au dorit ca instanțele aparținând aceluși stat să soluționeze litigiile ce ar putea să apară între ele.⁵

Dispozițiile privind convenția asupra instanței competente au caracter derogator de la regulile de principiu referitoare la competență și, în consecință, consimțământul părților trebuie să fie, într-o asemenea situație, neîndoielnic. De altminteri, prevederile 1067 alin. 1 C.proc.civ. consacrate formei convenției de alegere a forului au în vedere acest aspect.⁶

Mai notăm că, în contextul analizării efectelor convenției privind alegerea forului față de terți, în practica instanțelor Uniunii Europene s-a reținut că, în cazul stipulației pentru altul, beneficiarul nu este ținut de cerințele de formă referitoare la convenția de alegere a forului. Așadar, beneficiarul poate să invoce convenția privind alegerea forului, chiar dacă nu a subscris-o pentru a o valida. Totuși, stipulantul trebuie să își fi manifestat în mod neechivoc consimțământul pentru un sistem general și deschis de prorogare a competenței.⁷ Această soluție poate să orienteze și practica instanțelor române.

2) Excepția de arbitraj. Referindu-se la excepția de arbitraj, art. 1068 C.proc.civ. stipulează că în ipoteza în care părțile au încheiat o convenție de arbitraj vizând un litigiu arbitrabil conform legii române, instanța română sesizată își va declina competența, cu excepția situațiilor în care:

a) pârâtul nu a invocat excepția de arbitraj până la primul termen la care a fost legal citat;

b) instanța constată că respectiva convenție de arbitraj este caducă sau inoperantă;

c) tribunalul arbitral nu poate fi constituit sau arbitrul unic nu poate fi desemnat din motive vădit imputabile pârâtului.

Convenția de arbitraj în litigiile internaționale prezintă, pe lângă avantajele îndeobște recunoscute arbitrajului (celeritate, discreție, suplețe, posibilitatea desemnării unor arbitri calificați în raport cu natura și obiectul litigiului etc.), și unele avantaje proprii, specifice, precum posibilitatea desemnării unor arbitri de cetățenie străină; neutralitatea arbitrilor, în sensul că, fiind din țări diferite, ei nu sunt tributari anumitor concepte juridice și etice; posibilitatea detașării litigiului de orice lege etatică; dezbaterea litigiului într-o limbă de circulație internațională.⁸

Corepunzător art. 1068 C.proc.civ., în fața instanței de judecată română, arbitrabilitatea litigiului este analizată pe baza dispozițiilor legii române.

Criteriul naturii patrimoniale a cauzei sau a drepturilor disponibile, criteriul ordinii publice de drept internațional privat român și criteriul competenței exclusive a instanțelor de judecată române orientează instanțele noastre pentru a hotărî dacă un litigiu este ori nu arbitrabil.

Soluția reținută în cuprinsul art. 1068 C.proc.civ. este în concordanță cu prevederile art. VI par. 2 alin. ultim din Convenția de la Geneva privind arbitrajul comercial internațional, din anul 1961, care dispune că judecătorul sesizat poate să nu recunoască convenția de arbitraj dacă, după legea forului, litigiul nu este susceptibil de arbitraj.

Potrivit art. II par. 1 și 3 din Convenția de la New-York pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine, din anul 1958, instanța de judecată nu este obligată să îndrume părțile la arbitraj, dacă litigiul ivit nu este susceptibil să fie rezolvat pe această cale. În cuprinsul Convenției de la New-York nu se arată care este legea în funcție de care va fi examinată problema arbitrabilității litigiului, dar credem că aceasta este legea forului, întrucât răspunsul dat la această problemă are consecințe în ceea ce privește competența instanței de judecată.

Esențialmente, *mutatis mutandis*, datele problemei, în ipoteza existenței unui compromis sau a unei clauze compromisorii, sunt identice cu cele din dreptul „intern”, „comun”, doar că litigiul care face obiectul convenției de arbitraj este unul internațional.

Instanța își verifică competența dacă, sesizată fiind cu soluționarea unui litigiu, pârâțul din acel proces invocă faptul că, în legătură cu respectivul litigiu, s-a „încheiat” o convenție arbitrală. Totuși, într-o asemenea situație, instanța nu trebuie să se mărginească doar la verificarea „existenței” convenției arbitrale, a „încheierii” ei, ci ea trebuie să aprecieze convenția însăși, sub aspectul valabilității, actualității și eficacității ei.

Chiar în condițiile existenței formale a unei convenții de arbitraj, instanța va reține spre soluționare procesul dacă pârâțul, până la primul termen la care a fost legal citat, nu se prevalează de existența ei sau dacă ea constată că respectiva convenție este caducă ori inoperantă.

Tot astfel va proceda instanța, adică reținând litigiul spre judecată, întocmai ca în dreptul „intern”, „comun” și atunci când „tribunalul arbitral nu poate fi constituit sau arbitrul unic nu poate fi desemnat din motive vădit imputabile pârâțului”.

Pentru ca instanța să procedeze la verificarea propriei competențe trebuie însă să fie întrunite următoarele condiții: partea să fi introdus la instanță o cerere introductivă pentru soluționarea aceluși litigiu; amândouă sau una dintre părți să invoce existența convenției arbitrale și astfel ele sau ea, după caz, să ridice excepția de necompetență a instanței sau cum se spune în titlul marginal al articolului comentat, „excepția de arbitraj”; invocarea excepției să se fi făcut până la primul termen la care pârâțul a fost legal citat, altfel pasivitatea lui semnificând acordul la disoluția convenției încheiate; tribunalul arbitral să nu fi fost încă investit cu soluționarea aceluși litigiu, întrucât, altfel, el are privilegiul „competenței asupra competenței”. Rezolvarea de către instanța de judecată a oricărui incident deși există o convenție de arbitraj ar semnifica, anacronic, asumarea competenței instanței în acel litigiu, ignorarea implicită a principiului „competența competenței”.⁹

Așadar, la cererea părții și constatând existența unei convenții arbitrale valabile și operante, inevitabil instanța „își va declina competența”. Soluția „declinării competenței”, împrumutată neinspirat din „dreptul intern”, nu este riguroasă sub aspect procedural. Instanța nu-și poate „declina competența” în favoarea tribunalului arbitral, de altfel încă neconstituit (!) și, oricum, făcând parte dintr-o altă formă de jurisdicție, ci pur și simplu ea trebuie să constate că litigiul care face obiectul acelei convenții a fost exclus din competența instanțelor judecătorești.

3) Chestiunile preliminare. Corespunzător art. 1072 C.proc.civ., instanța română sesizată judecă pe cale incidentală chestiunile care nu intră în competența sa, dar a căror soluționare este necesară pentru a decide asupra cererii principale.

Textul articolului comentat evocă, la modul general, o prorogare legală de competență, conform principiului îndeobște admis – pentru contracararea manevrelor dilatorii și pentru buna administrare a justiției – că judecătorul acțiunii este și judecătorul tuturor excepțiilor și al altor incidente ivite în cauză.

Observând și prevederile art. 1073 C.proc.civ., cu privire la prorogarea competenței asupra cererilor incidentale, putem admite că textul aici în discuție vizează excepții procedurale, mijloace de apărare și orice alte chestiuni simplamente prealabile, nu însă și rezolvarea cererilor incidentale.

Problema care stăruie este aceea de a ști dacă textul cuprinde în perimetrul lui de aplicare și „chestiunile prejudiciale” de competența altor instanțe interne sau de competența unor instanțe străine.

„Chestiunile preliminare” nu trebuie identificate cu „chestiunile prejudiciale”, care, în considerarea naturii lor, sunt rezervate, prin norme imperative de competență, altor instanțe decât cele civile (bunăoară, instanței de contencios administrativ). Faptul că litigiul este internațional, în lipsa unor dispoziții speciale derogatorii, nu anulează competența exclusivă de soluționare a unor chestiuni prejudiciale. Concluzia este în concordanță și cu prevederile art. 123 alin. (1) C.proc.civ., care exclud din domeniul extinderii competenței instanței investite cu soluționarea cererii principale chestiunile prejudiciale de competența exclusivă a altei instanțe.

Întrucât instanța română nu se poate substitui instanței străine, competentă să se pronunțe asupra unei chestiuni prejudiciale (de exemplu, asupra legalității actului administrativ emis de autoritatea acelui stat), opinăm că, în astfel de situații, se impune suspendarea judecării până la soluționarea chestiunii prejudiciale de către instanța străină competentă.

Problema chestiunii prejudiciale de competența unei instanțe străine nu a fost rezolvată rectiliniu și ferm în doctrina și jurisprudența franceze, uneori instanțele franceze considerându-se competente să statueze, cu titlu incidental, bunăoară,

asupra naționalității străine sau asupra unui act administrativ străin; altelei s-a considerat că rămâne la aprecierea judecătorului trimiterea chestiunii prejudiciale spre rezolvare instanței străine competente¹⁰.

4) Cererile incidentale. Instanța competentă să judece cererea originală este, de asemenea, competentă, potrivit art. 1073 C.proc.civ., să judece:

a) cererile de intervenție, cu excepția cazurilor când asemenea cereri ar fi fost formulate numai pentru a-l sustrage pe intervenient de la jurisdicția normală competentă;

b) cererea reconvențională.

Mutatis mutandis, sunt aplicabile prevederile art. 123 alin. (1) C.proc.civ. din legea comună de procedură civilă.

Câteva precizări sunt necesare: prin „cererile de intervenție” urmează a se înțelege cele de intervenție voluntară sau forțată a unui terț în proces; cererea de intervenție nu trebuie să se facă abuziv, numai pentru sustragerea intervenientului de la jurisdicția ce îi este competentă, ceea ce, de altfel, ar echivala cu o „fraudă la lege”; între cererea incidentală și cererea principală trebuie să existe o legătură – nu neapărat de conexitate – care să justifice judecarea lor împreună.

Doctrina și jurisprudența franceze au fost ezitante asupra chestiunii dacă o clauză atributivă de competență de care se prevalează intervenientul forțat are sau nu eficacitate în raport cu regula de competență derivată, rezultată prin prorogare. Se pare că opinia majoritară mai recentă este în sensul că clauza atributivă de competență prevalează asupra regulii de competență derivate. Subscriem acestei orientări pentru asigurarea eficacității și obligativității convențiilor, exceptând situațiile de indivizibilitate.

A *fortiori* trebuie să prevaleze în raport cu regulile de competență derivată o clauză compromisorie.

5) Măsurile provizorii, conservatorii și de executare. Conform art. 1074 C.proc.civ., în situații de urgență, instanța română este, de asemenea, competentă să dispună măsuri provizorii, conservatorii și de executare privind persoane sau bunuri aflate în România la data introducerii cererii, chiar dacă, potrivit dispozițiilor cărții a VII-a din codul de procedură civilă, ea nu ar fi competentă să judece fondul.

„Forumul de urgență” este deplin justificat, prin însăși natura și scopul acestuia.

Îl numim însă astfel numai din fidelitate față de textul legal, fiindcă, în realitate, nu „urgența” este criteriul atributiv de competență în luarea măsurilor provizorii și/sau conservatorii, ci faptul că executarea efectivă a acestor măsuri urmează să se realizeze pe teritoriul statului român, deși asupra fondului este competentă să se pronunțe o instanță străină.

Modul de formulare a articolului comentat ar putea induce însă ideea că, în legătură cu măsurile provizorii și/sau conservatorii ori de executare totdeauna am fi în prezența unui „forum de urgență”, ceea ce, de cele mai multe ori, este adevărat, chiar unele dintre aceste măsuri (de exemplu, sechestrul asigurător, ordonanța președințială) implicând cerința „urgenței”. Totuși, criteriul atributiv de competență în legătură cu asemenea măsuri nu este „urgența”, așa încât cele două ipoteze nu trebuie suprapuse.¹¹

Măsurile evocate, inclusiv cele de executare, se pot referi la persoane sau la bunuri, dacă se află pe teritoriul statului român.

Asemenea măsuri pot fi dispuse de instanțele române și atunci când competența de soluționare a fondului procesului internațional revine unui tribunal arbitral. De altminteri, art. 1116 alin. 2 C.proc.civ. evocă posibilitatea tribunalului arbitral de a cere concursul instanței de judecată competentă, dacă partea vizată nu se supune voluntar măsurilor provizorii sau conservatorii dispuse de arbitri. În această ipoteză, instanța competentă aplică propria lege.

Pe aceeași linie de gândire, art. VI par. 4 din Convenția de la Geneva stipulează că solicitarea unor măsuri provizorii sau conservatorii nu trebuie să fie considerată ca incompatibilă cu convenția de arbitraj și nici ca o supunere a litigiului, în ceea ce privește fondul său, instanței judecătorești.

O instanță română nu este însă competentă să ridice măsurile respective dispuse de o instanță străină.

Cât privește posibilitatea instanței române ca, în contextul luării măsurilor arătate, să facă aprecieri asupra fondului, în ce ne privește, considerăm că o astfel de posibilitate nu trebuie cu totul exclusă, uneori ea fiind chiar inevitabilă (bunăoară, în cazul unei poprii asiguratorii), dar aprecierea trebuie să se mărginească doar la ceea ce este strict necesar: aparența creanței și fundamentul ei. Pe scurt, credibilitatea „cauzei” măsurilor solicitate.

6) *Litispendența și conexitatea internațională*. Litispendența internațională este reglementată în cadrul art. 1075 C.proc.civ. după cum urmează: (1) Când o cerere este pendinte în fața unei instanțe străine și este previzibil că hotărârea străină va fi susceptibilă de recunoaștere sau de executare în România, instanța română sesizată ulterior cu o cerere între aceleași părți, având același obiect și aceeași cauză, poate suspenda judecata până la pronunțarea hotărârii de către jurisdicția străină. Instanța română va respinge cererea când hotărârea străină pronunțată este susceptibilă de a fi recunoscută conform dispozițiilor cărții a VII-a din cod.

(2) În cazul suspendării prevăzut la alin. (1), dacă jurisdicția străină se declară necompetentă sau dacă hotărârea străină pronunțată nu este susceptibilă de a fi recunoscută în România, instanța română repune procesul pe rol la cererea părții interesate.

(3) Faptul că o cauză este sau nu pendinte în fața jurisdicției străine se determină conform legii statului în care are loc procesul.

Litispendența internațională este reglementată și în cuprinsul Regulamentului nr. 44/2001, la art. 27, 29 și 30. După cum reiese din dispozițiile art. 27 din regulamentul arătat, această situație privește „instanțe din state membre diferite”.¹² Dacă instanța de judecată aparține unei țări terțe care a ratificat Convenția de la Lugano privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială, încheiată între Comunitatea Europeană și statele Asociației Europene a Liberului Schimb, în anul 2007, se aplică art. 27 din cadrul acesteia.¹³

Pentru a exista o situație de litispendență internațională, în sensul art. 1075 C.proc.civ., trebuie să fie întrunite câteva condiții, unele comune, altele speciale: cele două litigii cu care au fost sesizate două instanțe diferite, dintre care una română, să fie „identice” sub aspectul exigențelor cerute pentru ipoteza autorității lucrului judecat; litigiile să fie pendinte, inclusiv, cât privește instanța străină, potrivit regulilor proprii acesteia, adică, la momentul sesizării instanței române, o instanță străină să fi fost deja valabil sesizată cu același litigiu; cele două instanțe sesizate, din care una română, să fie deopotrivă competente, altfel invocându-se excepția necompetenței; ambele instanțe sesizate să fie judiciare, nepunându-se problema litispendenței între o instanță și un tribunal arbitral; în mod rezonabil, să fie previzibilă recunoașterea hotărârii instanței străine sau executarea ei în România.

Excepția litispendenței trebuie invocată *in limine litis*.

Această excepție poate opera indiferent de natura litigiului, patrimonial sau extrapatrimonial, susceptibil de tranșare printr-o hotărâre constitutivă de drepturi sau printr-o hotărâre declarativă.

Excepția litispendenței nu poate opera atunci când competența instanței române este „exclusivă”; într-o astfel de situație, excepția litispendenței este inadmisibilă și pentru că, oricum, hotărârea adoptată de instanța străină nu poate fi recunoscută în România.

Pentru a tranșa excepția litispendenței, instanța română nu verifică competența instanței străine sesizate cu rezolvarea aceluiași litigiu, ci pur și simplu constată că acea instanță, potrivit propriilor reguli de competență, s-a considerat competentă să rezolve litigiul. Fiecare dintre instanțele implicate analizează îndeplinirea condițiilor referitoare la situația de litispendență pe temeiul reglementărilor din propria lege națională, decidând data la care se consideră că a fost sesizată. În ipoteza unui conflict pozitiv, hotărârea

străină nu va putea să fie recunoscută în țara noastră, deoarece procesul se află în curs de judecată în fața instanței române la data sesizării instanței străine (art. 1096 alin. 1 lit. c C.proc.civ.).¹⁴

Dacă sunt întrunite condițiile arătate, instanța română poate suspenda judecata până la pronunțarea hotărârii de către jurisdicția străină. În cazul suspendării judecării, dacă jurisdicția străină se declară incompetentă sau dacă hotărârea străină nu este susceptibilă de a fi recunoscută în România, instanța română repune procesul pe rol, la cererea părții interesate.

În opinia noastră, suspendarea judecării de către instanța română ulterior sesizată ar trebui să opereze și în eventualitatea în care părțile au convenit că instanța competentă să judece cauza este cea română. După ce jurisdicția străină se declară incompetentă, instanța română va repune procesul pe rol.

Existența unei convenții pentru alegerea forului în favoarea instanței române nu ar trebui să conducă, în mod mecanic, la concluzia că instanța străină ce a fost prima sesizată nu are competența să judece procesul.

Prevederile art. 1075 C.proc.civ. se corelează însă cu cele ale art. 1067 din cod. Instanța română desemnată nu se poate declara incompetentă, dacă se aplică alineatul 3 al art. 1067 C.proc.civ. Suspendarea judecării ar fi, în aceste circumstanțe, lipsită de sens.

Instanța română va respinge cererea când hotărârea străină pronunțată este susceptibilă de a fi recunoscută în România.

Uneori, doctrina și jurisprudența califică litispendența ca „excepție de incompetență”¹⁵. O astfel de calificare rămâne discutabilă, putându-se spune, cel mult, că litispendența evocă un conflict latent de competență, iar excepția litispendenței tinde la asigurarea preventivă a funcției negative a autorității lucrului judecat.

Condiția prevăzută, după modelul și al altor reglementări, ca hotărârea străină să fie susceptibilă de recunoaștere sau de executare în România, este extrem de dificilă, ea implicând, cum s-a spus, obligația instanței române de a face un „pronostic” cu privire la regularitatea hotărârii străine¹⁶ și eficacitatea acesteia în România. Dificultatea acestei condiții este însă mult aplatizată prin faptul că, în condiții de litispendență, instanța nu se „dezinvestește”, ci doar „suspendă” judecata până la pronunțarea instanței străine.

Aplicându-se așa-numitul principiu *perpetuatio fori*, competența instanței rămâne dobândită chiar dacă, ulterior cererii introductive, un eveniment face să dispară elementul pe care s-a întemeiat competența instanței¹⁷. Această soluție rămâne preferabilă celei reținute în dreptul Uniunii Europene care presupune, potrivit art. 27 din Regulamentul nr. 44/2001, ca instanța sesizată ulterior să suspende din oficiu acțiunea până în momentul în care se stabilește competența primei instanțe sesizate,

iar după stabilirea competenței acesteia să își decline competența în favoarea ei, chiar dacă hotărârea ce va fi pronunțată în statul primei instanțe sesizate nu este susceptibilă de recunoaștere sau de executare în propria țară.

Art. 1076 C.proc.civ. se referă la conexitatea internațională. Potrivit art. 1076 C.proc.civ., când instanța română este sesizată cu judecarea unei cereri, ea este competentă să judece și cererea care este legată de cea dintâi printr-un raport atât de strâns încât există interesul pentru cercetarea și judecarea acestora în același timp cu scopul de a evita soluții care nu ar putea fi conciliate dacă cererile ar fi judecate separat.

Textul de referință reglementează „conexitatea internațională”, în esență, în aceiași termeni ca în dreptul intern, comun. Totuși, unele elemente specifice și inevitabile sunt notabile.

Excepția conexității poate fi invocată și eventual ea poate fi admisă dacă sunt întrunite următoarele condiții, unele neprevăzute *in terminis*, dar necesare: investiția a două instanțe, din care una română, cu cereri introductive; instanța romană să fi fost sesizată ulterior celei străine; ambele instanțe investite să fie competente, altfel, prin admiterea excepției creându-se un „*vid judiciar*”; cauzele aflate în competența celor două instanțe să fie pendinte, conform normelor procedurale proprii fiecăreia dintre ele; excepția să fie ridicată în fața celei de-a doua instanțe investite; între cele două cereri introductive să existe „un raport atât de strâns” (!), încât să se justifice interesul judecării acestora împreună sau – cum impropriu spune textul legal – pentru judecarea acestora „în același timp” (!); judecarea separată a celor două cereri să fie de natură a conduce la hotărâri care nu ar putea fi conciliate; excepția să fie invocată *in limine litis*; hotărârea ce s-a adopta de către instanța străină să fie susceptibilă de recunoaștere în România.

Spre deosebire de litispendența internațională, conexitatea internațională nu implică sesizarea instanțelor cu cereri între aceleași părți, având același obiect și aceeași cauză. Interpretarea în sens larg a condițiilor art. 1075 C.proc.civ. poate să dea însă naștere unor dificultăți în ipoteza delimitării unei situații de litispendență internațională de cea în care este posibilă conexitatea internațională, regimul juridic aplicabil în cele două situații fiind diferit.

Din cuprinsul reglementării comentate, rezultă că, totdeauna, admiterea excepției de conexitate internațională, excepție ridicată în fața instanței române, atunci când o cerere introductivă a fost deja formulată în fața instanței străine, ar avea ca rezultat extinderea competenței instanței române și cu privire la cea dintâi cerere. Dacă acesta este înțelesul exact, soluția ni se pare cel puțin discutabilă, chiar eronată. Efectul admiterii excepției nu poate fi extinderea competenței instanței române și cu privire la cererea adresată instanței străine, fiindcă aceasta ar semnifica dezinvestirea forțată a acelei instanțe printr-o încheiere interlocutorie a instanței române, ceea ce este inadmisibil.

În cazul admiterii excepției, soluția corectă ar fi, după caz, „suspendarea” – chiar din oficiu – a judecării până la soluționarea cererii de către instanța străină sau „dezinvestirea” instanței române – totdeauna numai la cererea părții – în profitul instanței străine.

În dreptul Uniunii Europene, art. 28 din Regulamentul nr. 44/2001 prevede că în cazul în care acțiuni conexe sunt pendinte înaintea unor instanțe din state membre diferite, instanța sesizată ulterior poate suspenda judecata. Dacă aceste acțiuni sunt pendinte în primă instanță, instanța sesizată ulterior poate, la cererea uneia dintre părți, să-și decline competența, dacă prima instanță sesizată are competență în acțiunea în cauză și dacă legislația internă permite conexarea acestor acțiuni.¹⁸

Apreciem că excepția conexității nu poate fi considerată un criteriu pozitiv general atributiv de competență. Ea este un incident procedural, care poate avea ca efect suspendarea judecării sau dezinvestirea instanței.

Ideea conexității apare și în cuprinsul altor texte din cod, precum art. 1065 alin. 2 sau art. 1073. În aceste împrejurări nu se solicită însă să fi fost sesizată o instanță străină, iar textele legale arătate operează strict pentru situațiile pe care ele le reglementează.

Dispozițiile art. 1076 C.proc.civ. credem că rămân aplicabile în circumstanțele în care investirea instanței străine se întemeiază pe încheierea de către părți a unei convenții privind alegerea forului, întrucât se evită, inclusiv în această eventualitate, pronunțarea unor soluții care nu ar putea să fie conciliate.

Dacă există însă mai mulți pârâți, iar reclamantul a încheiat cu unul dintre aceștia o convenție referitoare la alegerea unei instanțe străine, apreciem că prevederile art. 1067 C.proc.civ. au prioritate în raport cu cele ale art. 1065 alin. 2 C.proc.civ., deoarece în situația reglementată în cuprinsul celui de-al doilea text suntem doar în prezența unei competențe „derivate”.

În concordanță și cu jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene¹⁹, opinăm că excepția conexității ar putea fi ridicată și în cazul în care consecințele juridice ale celor două hotărâri ce s-ar pronunța în cauze nu se exclud mutual, nu doar atunci când – cum ne spune articolul comentat – „soluțiile nu ar putea fi conciliate”.

Cât privește „inconciliabilitatea”, s-ar putea constitui, firește, ca reper pentru precizarea sensului acesteia opinia Curții de Justiție: hotărârile nu ar putea fi conciliate „dacă antrenează consecințe juridice care se exclud mutual”²⁰.

În ce ne privește, pentru a nu fi afectat accesul părții la calea de atac, considerăm că excepția urmează să opereze atunci când cele două instanțe judecă în primă instanță.

* *Conf.univ., Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; sdeleanu@law.ubbcluj.ro.*

¹ Pentru opinii doctrinare și jurisprudențiale în această problemă, a se vedea: H. Gaudemet-Tallon, *Compétence internationale*, în vol. *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2000–2, nr. 73 și urm.; Idem, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, 1965; P. Mayer, *Droit international privé*, 6e édition, Monthcrestien, 1998, nr. 301. Cât privește chestiunile de fond ale clauzei atributive de competență, s-ar putea avea în atenție, ca ipoteze de discuție: legea contractului care cuprinde clauza atributivă de competență; legea proprie clauzei, detașată de contract; legea instanței desemnate; legea instanței care își revendică, în legătură cu acel litigiu, competența. (A se vedea, de asemenea: B. Audit, *Droit international privé*, *Economica*, 1997, nr. 384 și urm.). Potrivit art. 5 alin. 1 din Convenția de la Haga privind acordurile de alegere a forului, din 30 iunie 2005, instanța sau instanțele unui stat contractant desemnate în cadrul unui acord de alegere exclusivă a forului, au competența de a soluționa un litigiu căruia i se aplică acordul, cu excepția cazului în care acordul este nul de drept în conformitate cu legislația statului respectiv. Convenția de la Haga a fost semnată pentru Uniunea Europeană la 1 aprilie 2009, dar nu a intrat încă în vigoare.

² În acest sens, S. Zilberstein, *Procesul civil internațional*, Ed. Lumina Lex, București, 1994, p. 40.

³ O convenție prin care părțile ar stipula, de exemplu, că sunt competente instanțele de la sediul reclamantului va fi supusă reglementărilor art. 1067 C.proc.civ.

În legătură cu această problemă, art. 3 lit. a din cadrul Convenției de la Haga, din anul 2005, prevede că, printr-un acord de alegere exclusivă a forului, părțile pot să desemneze, în scopul soluționării litigiilor, „instanțele unui stat contractant ori una sau mai multe instanțe specifice ale unui stat contractant”.

Notăm, totodată, că în jurisprudența europeană s-a reținut, de pildă, într-o afacere, că reprezintă o clauză de alegere a forului valabilă cea prin care părțile conveniseră ca litigiul să fie rezolvat „în statul unde se găsește sediul principal al transportatorului”. Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că este suficient ca părțile să arate, în cuprinsul clauzei, elementele obiective asupra cărora s-au pus de acord în scopul alegerii instanței sau instanțelor cărora înțeleg să le aducă în atenție litigiile lor actuale ori eventuale, iar astfel de elemente pot să fie concretizate inclusiv prin luarea în considerare a unor circumstanțe specifice situației în cauză (hotărârea Curții de Justiție din 9 noiembrie 2000, C–387/98, par. 5 și 15).

⁴ Această concepție a fost susținută în dreptul nostru și în ambianța reglementărilor legale anterioare noului cod de procedură civilă (a se vedea, S. Zilberstein, *op. cit.*, p. 41-42).

⁵ Corespunzător pct. 12 din preambulul Regulamentului Roma I, convenția prin care părțile conferă uneia sau mai multor instanțe dintr-un stat membru competența exclusivă de a judeca litigiile rezultate din contract este unul din factorii de care ar trebui să se țină seama pentru a stabili dacă a fost exprimată clar alegerea privind legea contractului. Formularea textului este nuanțată și, în orice caz, nu acreditează ideea că varianta inversă ar fi valabilă.

⁶ În raport cu cele menționate, considerăm că este discutabilă concepția corespunzător căreia fixarea de către părți a locului de executare a unei obligații ar putea reprezenta o convenție privind alegerea forului (pentru o astfel de analiză, în condițiile unui contract de navlosire, a se vedea, hotărârea Curții de Justiție a U.E. din 20 februarie 1997, cauza C–106/95).

⁷ În acest sens, hotărârea Curții de Justiție din 14 iulie 1983, cauza 201/82, par. 19.

⁸ A se vedea și I. Deleanu, S. Deleanu, Arbitrajul intern și internațional, Ed. Rosetti, București, 2005, p. 328-331.

⁹ Principiul arătat este reglementat în cuprinsul art. V par. 3 din Convenția de la Geneva, a art. 1118 C.proc.civ. român, în numeroase alte sisteme juridice, precum și în cadrul regulilor de procedură ale instituțiilor de arbitraj. În cuprinsul unor sentințe arbitrale el este considerat ca fiind un principiu al arbitrajului internațional sau este subsumat uzanțelor internaționale.

Invocarea autonomiei clauzei compromisorii poate justifica puterea tribunalului arbitral de a decide asupra propriei sale competențe, dar numai în cazul nulității contractului principal, nu și în situația în care este nulă însăși clauza compromisorie.

În dreptul european s-a reținut însă, în termeni globali, că instanța de judecată din statul membru unde, potrivit unei convenții de arbitraj, este situat sediul arbitrajului nu poate interzice unei persoane să angajeze sau să continue o procedură de judecată la o instanță din alt stat membru, în ipoteza în care convenția de arbitraj se aplică unui litigiu ce poate să fie supus dispozițiilor Regulamentului nr. 44/2001 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială. Corespunzător poziției Curții de Justiție a U.E., problema valabilității și a întinderii convenției de arbitraj constituie pentru instanța de judecată sesizată o chestiune prealabilă asupra căreia respectiva instanță urmează să se pronunțe (în acest sens, hotărârea Curții de Justiție din 10 februarie 2009, cauza C-185/07, par. 19, 26-27, 33-34).

Recunoașterea priorității tribunalului arbitral în raport cu instanța de judecată, în situația în care arbitrii au fost primii sesizați, ar fi fost de natură să favorizeze desfășurarea arbitrajului internațional.

Nu numai că astfel se asigură respectarea principiului „competența competenței”, ci se ține seama, totodată, de prevederile art. VI par. 3 din Convenția de la Geneva care dispune că, în împrejurarea în care, înaintea oricărui recurs la o instanță de judecată a fost introdusă o procedură de arbitraj, instanțele judecătorești ale statelor contractante sesizate ulterior cu o cerere referitoare la același litigiu între aceleași părți sau cu o cerere în constatarea inexistenței, a nulității sau a caducității convenției de arbitraj, vor suspenda, afară de cazul în care există motive grave, judecata asupra competenței arbitrului până la pronunțarea sentinței arbitrale.

Este adevărat că art. II par. 3 din Convenția de la New-York, care obligă tribunalele statelor contractante, sesizate cu un litigiu privind o problemă asupra căreia părțile au încheiat o convenție de arbitraj, să îndrume părțile la arbitraj, la cererea uneia dintre ele, afară dacă nu constată că acea convenție este caducă, inoperantă sau nesusceptibilă să fie aplicată, nu recunoaște vreo prioritate arbitrului în raport cu instanța de judecată sesizată. Acest text a fost adus în atenție și de Curtea de Justiție a U.E. în cuprinsul hotărârii pronunțată în cauza C-185/07.

Totuși, art. 27 din Regulamentul nr. 44/2001 vizează numai situațiile de litispendență între „instanțe din state membre diferite”, iar în circumstanțele în care instanța de judecată din statul unde se află sediul arbitrajului consideră convenția de arbitraj ca fiind valabilă și nu anulează sentința arbitrală pronunțată pe temeiul acesteia, în statele ce au ratificat Convenția de la New-York operează o prezumție de regularitate internațională a sentinței arbitrale străine.

Pe de altă parte, recunoașterea și executarea hotărârilor pronunțate de instanțe din alte state membre se realizează în țările Uniunii Europene pe baza dispozițiilor Regulamentului nr. 44/2001.

Eventual, s-ar putea susține că art. 71 din Regulamentul nr. 44/2001 care stipulează că dispozițiile acestuia nu aduc atingere convențiilor la care statele membre sunt parte și care reglementează competența, recunoașterea sau executarea hotărârilor în anumite chestiuni speciale, ar putea să fie invocate pentru a se obține, în final, recunoașterea și executarea unei sentințe arbitrale. Care ar fi însă rostul deschiderii posibilității ca o instanță de judecată dintr-un stat membru să decidă că arbitrajul nu se poate desfășura pe temeiul convenției de arbitraj care este invocată de una din părți și că, în consecință, ea este abilitată, conform prevederilor Regulamentului nr. 44/2001, să se pronunțe în cauză?

¹⁰ A se vedea, inclusiv pentru doctrină și jurisprudență: H. Gaudemet-Tallon, op.cit., nr. 145.

¹¹ Inclusiv în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene s-a reținut, în legătură cu dispozițiile Convenției de la Bruxelles referitoare la instanța competentă să dispună măsuri provizorii sau conservatorii, că art. 24 din această convenție (art. 31 din Regulamentul nr. 44/2001) instituie o competență derogatorie ce are ca obiectiv evitarea unui prejudiciu care ar putea să fie determinat de durata lungă de desfășurare a procesului internațional asupra fondului. În contextul Convenției de la Bruxelles și a Regulamentului nr. 44/2001, regulile în materie vizează o situație de excepție în raport cu sistemul competenței internaționale organizat prin textele legale europene, ele interpretându-se, așadar, în sens restrictiv, iar criteriul „urgenței” poate să fie util în cadrul unei asemenea interpretări. În dreptul european, sintagma „măsuri provizorii și conservatorii” are o semnificație autonomă, fiind vorba de măsuri „menite să mențină o situație de fapt sau de drept, în scopul salvagădării drepturilor a căror recunoaștere este cerută judecătorului fondului litigiului” (în sensul arătat, hotărârea Curții de Justiție a U.E. din 28 aprilie 2005, cauza C-104/03, par. 11-13, 17 și 25).

¹² Pe baza art. 21 din Convenția de la Bruxelles (actualul art. 27 din Regulamentul nr. 44/2001), Curtea de Justiție a U.E. a hotărât că noțiunile folosite pentru a se stabili existența unei situații de litispendență au o semnificație autonomă (hotărârea Curții de Justiție din 8 decembrie 1987, cauza 144/86, par. 11).

¹³ State terțe care nu fac parte din AELS pot să adere, totuși, la Convenția de la Lugano, după cum reiese din prevederile art. 70 și 72 ale convenției.

Convenția de la Lugano din anul 2007 a înlocuit Convenția din anul 1988 (art. 69 din Convenția de la Lugano din anul 2007).

¹⁴ În dreptul Uniunii Europene această dificultate a fost rezolvată prin stipularea, în cadrul art. 30 din Regulamentul nr. 44/2001, a unor norme materiale uniforme.

¹⁵ În acest sens, a se vedea: H. Gaudemet-Tallon, op.cit., nr. 167.

¹⁶ Ibidem, nr. 170.

¹⁷ Pe larg, a se vedea: P. Lagarde, *Perpetuatio fori et litispendance en matière internationale*, în vol. *Mélanges D. Holleaux, Litec*, 1990, p.237 și urm. Autorul a propus ca acest principiu să fie înlăturat atunci când schimbarea circumstanțelor face să dispară baza competenței primului judecător sesizat.

¹⁸ În dreptul european noțiunea de conexitate este interpretată în mod autonom și în sens larg pentru a se asigura buna administrare a justiției (a se vedea, hotărârea Curții de Justiție a U.E. din 6 decembrie 1994, cauza C-406/92, par. 52-53).

- ¹⁹ Hotărârea Curții de Justiție din 6 decembrie 1994, cit. supra., par. 55 și 58. Excepția conexității a fost stipulată pentru a se evita hotărârile incoerente și contradictorii ale instanțelor, ea nefiind, așadar, limitată la situațiile în care hotărârile pronunțate ar conduce la consecințe juridice care se exclud mutual.
- ²⁰ De pildă, o hotărâre a unei instanțe prin care unul dintre soți este obligat să își îndeplinească față de celălalt soț sarcinile de întreținere pe care le implică căsătoria este „inconciliabilă” cu o hotărâre privind pronunțarea divorțului între acei soți (hotărârea Curții de Justiție a U.E. din 4 februarie 1988, cauza 145/86, par. 22). Prin urmare, noțiunea de „inconciliabilitate” are semnificații diferite în contextul conexității internaționale și în cazul refuzului recunoașterii unei hotărâri străine. Conexitatea internațională poate să opereze în ipoteza unor hotărâri care sunt susceptibile să fie executate separat.

ARTICOLE

CONSIDERAȚII ASUPRA DECIZIEI NR. 731/2012 A CURȚII CONSTITUȚIONALE A ROMÂNIEI

dr. Carmen LAZĂR*

Résumé. Considérations sur la Décision no.731/2012 de la Cour Constitutionnelle de Roumanie. Le présent commentaire se propose d'aborder critiquement une décision de la Cour Constitutionnelle de Roumanie, par laquelle celle-ci, en étendant l'objet de sa saisine contrairement aux règles qui gouvernent le contrôle de constitutionnalité, s'est prononcée sur un aspect dont elle n'a pas été saisie. La loi soumise au contrôle de la Cour avant sa promulgation modifiait une disposition de la Loi 3/2000 sur le référendum, à savoir le quorum par lequel le président de la République est démis par l'électorat; suite à cette modification, le quorum ne consiste plus en la majorité de l'électorat mais en la majorité des suffrages valablement exprimés. En revanche, la disposition de la Loi 3/2000 qui établit le quorum de présence pour la validité du référendum – la majorité des personnes inscrites sur les listes électorales – n'a pas été modifié. Le quorum de vote a été jugé constitutionnel par la Cour, mais celle-ci a été aussi amenée à se prononcer sur le quorum de présence au référendum; par conséquent, au lieu de statuer purement et simplement que la loi est constitutionnelle, la Cour a ajouté à la déclaration de constitutionnalité la condition qu'on assure au référendum, pour la validité de celui-ci, la présence de la majorité des personnes inscrites sur les listes électorales.

Mots clés: Cour Constitutionnelle, contrôle de constitutionnalité, quorum de vote, quorum de présence, référendum, déclaration de constitutionnalité sous réserve

Cuvinte cheie: Curtea Constituțională, control de constituționalitate, cvorum de prezență, cvorum de vot, cvorum de prezență, referendum, declarație de constituționalitate sub rezervă

Prin Decizia nr. 731 din 10 iulie 2012¹, Curtea Constituțională s-a pronunțat asupra constituționalității Legii de modificare a art.10 al Legii 3/2000 privind organizarea și desfășurarea referendumului, înainte de promulgarea acestei legi, deci în baza art.146 lit.a) din Constituția României revizuită, decizând că legea este constituțională în măsura în care asigură participarea la referendum a cel puțin jumătate plus unu din numărul persoanelor înscrise în listele electorale.

Deși putem fi de acord cu soluția în sine, considerăm că din punct de vedere tehnic, formal, decizia Curții Constituționale este eronată.

Astfel, Legea de modificare a Legii 3/2000 nu vizează decât art.10 al acesteia din urmă, prevedere care se referă la referendumul de demitere a președintelui României și care stipulează că demiterea președintelui este aprobată dacă în favoarea propunerii (de demitere, n.n.) se pronunță jumătate din numărul voturilor valabil exprimate; anterior acestei modificări, cvorumul de demitere se raporta la numărul cetățenilor înscriși în listele electorale. Art.5 alin.(2) din Legea 3/2000, care se referă la cvorumul cerut pentru ca un referendum să fie valabil – pragul de prezență la vot – și care dispune că este necesară prezența majorității cetățenilor înscriși în listele electorale, nu a fost cuprins în Legea de modificare și, deci, nu a făcut obiectul sesizării de neconstituționalitate. Prin urmare, Curtea nu se putea formal pronunța asupra acestui aspect.

Paradoxal, Curtea își începe motivarea cu afirmația că obiecția de neconstituționalitate este neîntemeiată și că legea supusă controlului este constituțională, deoarece nicio dispoziție constituțională nu condiționează legiuitorul de fixarea unei anumite majorități pentru demiterea președintelui. Acest lucru este de altfel în linie cu jurisprudența ei anterioară; art.10 din Legea 3/2000 mai fusese modificat în același sens² și făcuse obiectul controlului din același motiv, Curtea statuând atunci³, în esență, că raportarea cvorumului de demitere la numărul voturilor valabil exprimate și nu la numărul cetățenilor înscriși în listele electorale nu este neconstituțională în sine, cu condiția ca această modalitate să fie aplicată nediscriminatoriu președintelui ales în primul tur, celui ales în al doilea tur și celui interimar; soluția a fost reiterată ulterior⁴, în urma reexaminării în Parlament a Legii 129/2007, când s-a depus o sesizare și împotriva variantei reexaminată a acesteia.

Considerațiile Curții asupra pragului minim de prezență la referendum pot fi socotite corecte⁵, dar nu au legătură cu obiectul sesizării sale; de altfel Curtea însăși constată faptul că art.5 alin.(2) – care a rămas nemodificat – oferă o reglementare satisfăcătoare în sensul asigurării unei majorități absolute a cetățenilor la vot. Cu atât mai mult deci se pune întrebarea de ce, în dispozitiv, Curtea constată constituționalitatea legii sub rezerva asigurării participării la referendum a cel puțin jumătate plus unu din cetățenii înscriși în listele electorale, când soluția corectă ar fi fost pur și simplu să constate constituționalitatea ei? Mai ales că în cazul acestei legi reexaminarea, deși obligatorie conform Constituției, nu are obiect!

În opinia noastră explicația este de natură politică și nu de natură juridică. Astfel, ulterior sesizării Curții a fost adoptată Ordonanța de Urgență a Guvernului 41/2012⁶, act normativ care modifică art.10 din Legea 3/2000 în sensul că, prin derogare de la art.5 alin.(2) (sublinierea noastră, L.C.), demiterea președintelui este aprobată dacă în favoarea propunerii (de demitere, n.n.) se pronunță jumătate din numărul voturilor

valabil exprimate; deci, Ordonanța are în esență același conținut ca și legea supusă controlului Curții, cu o singură dar hotărâtoare – aparent - diferență⁷. Se pare deci că, dintre cele două posibile interpretări pe care le-am arătat la nota 6, Curtea a înclinat să o ia în calcul pe cea care suprimă condiția unui procent minim de participare la vot și, temându-se de o asemenea eventualitate, a decis să-și extindă controlul asupra unui aspect cu care nu a fost sesizată. Aceasta cu atât mai mult cu cât era foarte puțin probabil – chiar exclus - ca Ordonanța respectivă să-i fie supusă controlului. Cu toate că, așa cum s-a arătat de către unii oameni politici, decizia Curții nu produce efecte asupra Ordonanței și, deci, referendumul se poate organiza legal pe baza acestui act normativ, fără asigurarea unui procent minim de participare, din punct de vedere politic nu se poate face abstracție de decizia Curții; dealtfel, pronunțându-se într-o cauză în care, ca și în cazul de față, ulterior sesizării Curții Guvernul a adoptat o ordonanță de urgență cu conținut similar celei al legii atacate⁸, Curtea a statuat că printr-un act normativ ulterior nu se poate prelua conținutul unei legi declarate neconstituționale⁹. Pronunțându-se așa cum s-a pronunțat, Curtea Constituțională a dorit să forțeze mâna Guvernului și să-l oblige să asigure o prezență minimă la referendum¹⁰.

* Conf. univ., Universitatea "Babeș-Bolyai" Cluj-Napoca; crmlazar@yahoo.fr.

¹ Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 478 din 12 iulie 2012.

² Prin Legea 129/2007, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 300 din 5 mai 2007.

³ Prin Decizia 147 din 21 februarie 2007, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 162 din 7 martie 2007.

⁴ Prin Decizia 420 din 3 mai 2007, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 295 din 4 mai 2007.

⁵ Deși în contradicție cu recomandările din 2007 ale Comisiei de la Veneția (sau Comisia pentru democrație prin drept), care spun că nu este de dorit fixarea unui cvorum de prezență întrucât îi asimilează pe cei care se abțin cu partizanii votului negativ; menționăm că această Comisie este un organ consultativ al Consiliului Europei, creat de unele state membre și nemembre printr-un acord și alcătuit din experți independenți desemnați de statele respective; recomandările în discuție sunt publicate pe site-ul <http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD%282007%29008-rom.pdf>; interesant este faptul că, deși în considerentele deciziei Curții Constituționale se face referire la recomandările menționate, mai precis la ideea că trebuie asigurată stabilitatea legislativă în materia referendumului, aspectul cvorumului de prezență este trecut sub tăcere.

⁶ Publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr.452 din 5 iulie 2012.

⁷ Diferența ar consta în partea de frază "prin derogare de la art.5 alin.(2)"; se poate pune întrebarea de ce a fost inserată această parte de frază în art.10, cu care nu are nicio legătură; într-o primă interpretare, prevederea vrea să spună doar că pur și simplu există o diferență între cvorumul de prezență și cel cu care demiterea este aprobată (deci, "prin derogare de la..." ar însemna aici "spre deosebire de..."); dar atunci această parte de frază este inutilă și în același timp semănătoare de confuzii, deosebirea dintre cele două situații fiind vizibilă oricum; într-o altă interpretare, prin această prevedere s-a intenționat suprimarea condiției unui procent minim de participare la referendum, acesta fiind valabil indiferent câți alegători ar participa la el; am avea de-a face cu o modificare indirectă a art.5 alin.(2) și, am adăuga noi, frauduloasă, o asemenea modificare neavându-și sensul decât pentru a nu fi observată; nu s-ar putea obiecta împotriva acestei interpretări că, din moment ce art.5 alin.(2) rămâne neschimbat, adăugirea din art.10 nu poate produce efecte în acest sens, deoarece dispoziția din art.10 – care vizează doar referendumul de demitere a președintelui - este una specială în raport cu cea din art.5 alin.(2), care vizează toate tipurile de referendum; interesant este faptul că, deși o asemenea redactare se întâlnește și în varianta reexaminată a Legii 129/2007, Curtea Constituțională nu a examinat atunci aspectul prezenței la vot (care nu-i era supus controlului), cum face în decizia de față.

⁸ Ordonanța de Urgență 38/2012 pentru modificarea Legii 47/92 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale.

⁹ Prin Decizia 727 din 9 iulie 2012, publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 477 din 12 iulie 2012.

¹⁰ La ora la care scriem aceste rânduri, președintele interimar al României a promulgat legea supusă controlului Curții Constituționale, lege care a devenit Legea 131/2012 și care a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 489 din 17 iulie 2012; pe de altă parte, Parlamentul urmează să se întrunească pentru a respinge (după cum se preconizează) Ordonanța de Urgență a Guvernului 41/2012 menționată; oricum, conform art.146 lit.i) din Constituția României revizuită, Curtea Constituțională veghează la respectarea procedurii de desfășurare a referendumului și confirmă rezultatele acestuia; prin urmare, indiferent care va mai fi evoluția legislativă în materie, cu siguranță Curtea va ține cont, atunci când va trebui să confirme rezultatele referendumului, de prezența minimă de jumătate plus unu din numărul persoanelor înscrise în listele electorale.

CONSIDERAȚII PRIVIND CURATELA FISCALĂ

Alexandra Cosmina SAFTA*

Rezumat. *Fără a fi o instituție nouă, curatele fiscală s-a bucurat de foarte puțină atenție din partea doctinarilor, dar și de o timidă utilizare practică. Puținele spețe relevă însă confuzia dintre reprezentarea legală a persoanei juridice și reprezentarea asigurată de curatorul fiscal. Pentru a determina în mod corect natura juridică a curatelei fiscale am prezentat-o în contextul curatele de drept comun, identificând similaritățile și distincțiile dintre acestea.*

Abstract. On the fiscal trustee. *Though the fiscal trustee was introduced some time ago, it was relatively ignored in legal writings and seldom used in practice. The scarce legal cases show a misperception of the role played by the fiscal trustee, often confused with the role of the legal representative of a moral person. In order to accurately establish the legal nature of the fiscal trustee we have compared it to the regular judge-appointed trustee, stating the similarities and the differences between those two.*

Cuvinte cheie: *curatele fiscală, curatele majorului capabil, reprezentare, reprezentant legal*

Keywords: *fiscal trustee, legal representation ...*

Sub denumirea marginală de „Numirea curatorului fiscal”, art. 19 din Codul de procedură fiscală¹ reglementează, în capitolul dedicat raportului juridic fiscal, instituția curatelei fiscale. Dispoziția legală este sumară și centrată pe necesitatea – pentru organul fiscal – a instituirii unei asemenea măsuri în caz de imposibilitate a contribuabilului de a-și exercita personal drepturile și obligațiile legale, dublată de inexistența unui împuternicit numit.

Caracterul lapidar al reglementării face imperios necesară stabilirea naturii juridice a acestei instituții pentru a putea răspunde întrebărilor ridicate de funcționarea ei, drept pentru care vom încerca să stabilim raportul în care aceasta se află cu curatele reglementată în dreptul civil. Identitatea terminologică nu este *per se* motiv a asimila cele două instituții, întrucât legea fiscală obișnuiește a da

sensuri proprii unor noțiuni preluate din alte ramuri de drept². În cazul de față însă, credem că se poate susține faptul că curatela fiscală este o specie a curatelei reglementate de normele de drept civil. O astfel de afirmație atrage ca și consecință completarea regulilor instituite în Codul de procedură fiscală cu regulile comune aplicabile curatelei. Afirmația contrară ar presupune, dimpotrivă, o cantonare a acestei instituții la dispozițiile legale cu specific fiscal și inadmisibilitatea căutării de soluții în ce privește aplicarea ei în afara sferei restrânse a dreptului fiscal. Pentru acest motiv, discuția depășește stadiul teoretic și poate avea consecințe practice.

Primul argument în favoarea relației dintre curatela fiscală și cea de drept comun se bazează pe ceea ce în dreptul fiscal este desemnat drept "interpretare non-autonomă". Acest mod de interpretare se bazează pe premisa că un termen preluat din domeniul dreptului privat nu poate să își piardă semnificația proprie pentru simplul motiv că a fost integrat în legislația fiscală³. Credem că și o schimbare de optică, bazată pe o interpretare conformă teoriei autonomiei dreptului fiscal⁴, va duce la aceeași concluzie. Argumentul se găsește chiar în textul analizat, în sensul că solicitarea de către organul fiscal a numirii unui curator se face „în condițiile legii”. În mod evident, legislația fiscală nu cuprinde alte reglementări în acest sens, astfel că apreciem că sintagma citată nu face decât să așeze instituția curatelei fiscale acolo unde îi este locul, adică în contextul curatelei reglementate de Codul civil, care reprezintă pentru curatela fiscală genul proxim.

Textul art. 19 din Codul de procedură fiscală, prin finalitatea și prin cauzele ce pot duce la instituirea ei, prezintă cele mai mari similarități cu curatela majorului capabil⁵.

Diferențele specifice dintre curatela fiscală și curatela majorului capabil se găsesc în sfera persoanelor îndreptățite să-i solicite instituirea și în conținutul curatelei. Curatela fiscală poate fi solicitată doar de organul fiscal, iar finalitatea instituirii sale este ca drepturile și obligațiile ce revin reprezentatului „potrivit legii” (n.n. – legii fiscale) să fie exercitate și respectiv îndeplinite de curatorul fiscal. În acest context, poate fi ridicată întrebarea privind necesitatea reglementării unei curatele specioase în materie fiscală, în condițiile în care art. 111 lit. d Cod civil (și înaintea lui art. 154 Codul familiei prin trimitere la art. 115 Codul familiei) permitea practic oricărei persoane să ceară instituirea ei, iar un creditor, cum este cel bugetar, poate justifica și interesul concret în luarea acestei măsuri. Răspunsul se găsește în împrejurarea că legea civilă se referă la drepturile și obligațiile cu caracter civil ale persoanei ce are nevoie de reprezentare, și chiar dacă aceste reguli constituie dreptul comun, ele nu pot fi interpretate extensiv pentru a cuprinde drepturile și obligațiile din sfera fiscală.

Curatela fiscală are, la fel ca și curatela majorului capabil din civil, caracter subsidiar, iar instituirea ei se poate face doar dacă nu există un reprezentant convențional al contribuabilului. În plus, chiar în tăcerea legii fiscale, considerăm că sunt aplicabile și regulile art. 182 Cod civil: „Curatela nu se poate institui decât cu consimțământul celui reprezentat, în afară de cazurile în care consimțământul nu poate fi dat”. Din întreaga economie a reglementării, rezultă că nici curatela fiscală nu afectează capacitatea reprezentatului. Rămâne astfel valabilă afirmația că actele săvârșite de un curator numit împotriva voinței reprezentatului sau fără luarea consimțământului său, în condițiile în care ar fi fost posibil, îi vor fi inopozabile acestuia. Inopozabilitatea apare ca o consecință necesară a principiului de bază al curatelei, potrivit căruia această instituție nu aduce nicio atingere capacității celui reprezentat.⁶

Cauzele ce pot determina numirea unui curator fiscal sunt:

- absența contribuabilului;
- necunoașterea domiciliului fiscal al contribuabilului;
- imposibilitatea de exercitare sau executare a drepturilor și obligațiilor legale în mod personal, determinată de boală, infirmitate, bătrânețe sau un handicap de orice fel.

Față de dreptul comun ce enumeră patru situații, cauzele au fost sintetizate la trei însă ele acoperă aceleași ipoteze. Necunoașterea domiciliului fiscal al contribuabilului echivalează, din punct de vedere al organului fiscal, cu dispariția și lipsa de informații la care se referă art. 178 lit. d) din Codul civil. Din enumerarea situațiilor ce pot determina instituirea curatelei fiscale rezultă și că, spre deosebire de curatela civilă, această măsură poate fi dispusă chiar și cu privire la o persoană juridică, întrucât legea fiscală se referă la categoria de „contribuabil”: chiar dacă boala sau bătrânețea nu pot afecta un contribuabil persoană juridică, în practică se întâlnesc situații în care domiciliul fiscal⁷ al contribuabilului persoană juridică nu poate fi identificat de organul fiscal.

Instituția curatelei fiscale se află la intersecția dintre interesele contribuabilului și cele ale creditorului bugetar. Impresia creată din economia textelor este că rezultatul coliziunii dintre ele dă câștig de cauză creditorului bugetar. Oricât de surprinzătoare ar fi această afirmație, credem că în sprijinul ei pledează argumente de ordin practic. În fapt, instituția curatelei se află la dispoziția (și discreția) organului fiscal, care nu ține evidența drepturilor contribuabilului (în sensul de drepturi născute dintr-un raport juridic fiscal concret, și nu generic) – și nici nu ar putea să o facă decât dacă sunt îndeplinite obligațiile declarative ale contribuabilului. Ori, dacă obligația declarativă a fost îndeplinită, înseamnă că contribuabilul deja și-a conturat regimul fiscal aplicabil (aplicabil sub rezerva infirmării printr-un eventual control) și nu-i mai rămân decât obligații – în speță obligații de plată. Din jocul

acestui mecanism rezultă că de fapt interesul concret în a solicita instituirea curatelei fiscale există doar atunci când contribuabilul are de îndeplinit obligații, fiind mai mult decât indiferent pentru decizia organului fiscal dacă există sau nu și drepturi corelative. Organul fiscal are nevoie de o persoană care să asigure interfața cu contribuabilul în procedura asietei sau executării, și această nevoie este în primul rând satisfăcută prin numirea unui curator. Procedura pur și simplu nu poate fi continuată în lipsa contribuabilului sau reprezentantului său, și interesul în efectuarea ei depășește orice interese particulare. Prezența curatorului asigură faptul că procedura nu se desfășoară în „contumacie” și în egală măsură asigură respectarea, cel puțin formală, a tuturor garanțiilor aferente statutului de contribuabil. Din acest punct de vedere, instituția curatelei fiscale seamănă mai mult cu instituția avocatului din oficiu, atât ca rol de protecție a drepturilor fundamentale, cât și ca mecanism de funcționare – în sensul că cel reprezentat poate alege pe altcineva să ocupe poziția de reprezentant, iar voința sa odată exprimată nu poate fi ignorată.

Definiția curatelei fiscale pe care o formulăm surprinde tocmai această particularitate a preeminenței interesului public (adevăratul *leit-motiv* al dreptului fiscal): *curatela fiscală constituie o măsură de ocrotire a persoanei capabile care se află în anumite situații ce o împiedică să-și ocrotească interesele în cursul procedurilor fiscale de asietă și executare a obligațiilor fiscale, și care se dispune la cererea organului fiscal*. Spre comparație, arătăm definiția curatei majorului capabil (curatela propriu-zisă) formulată în dreptul civil: o măsură de ocrotire luată în favoarea persoanei fizice cu capacitate de exercițiu deplină, care se află în anumite situații speciale, ce o împiedică să-și ocrotească interesele și să-și administreze bunurile⁸.

Conținutul curatelei fiscale nu este reglementat în Codul de procedură fiscală. Ca unic argument de text ce poate ajuta la conturarea puterilor curatorului fiscal apare dispoziția art. 44 alin 1 din cod: „Actul administrativ fiscal trebuie comunicat contribuabilului căruia îi este destinat. În situația contribuabililor fără domiciliu fiscal în România, care și-au desemnat împuternicit potrivit art. 18 alin. (4), precum și în situația numirii unui curator fiscal, în condițiile art. 19, actul administrativ fiscal se comunică împuternicitului sau curatorului, după caz”. Textul citat întărește concluzia anterior exprimată în sensul că organul fiscal are nevoie de o persoană care să joace rolul corespunzător în procedura de stabilire a obligațiilor fiscale. Importanța acestui rol este crescută în contextul în care art. 44 din Codul de procedură fiscală a făcut obiectul unui control de constituționalitate soldat cu o decizie⁹ de admitere a neconstituționalității alin. 3, în măsura în care se interpretează în sensul că organul fiscal emitent poate să procedeze la comunicarea actului administrativ fiscal prin publicitate, cu înlăturarea nejustificată a ordinii de realizare a modalităților de comunicare prevăzute la art.44 alin.(2) lit.a)-d) din aceeași ordonanță. Motivarea acestei decizii pune în discuție interesul

organelor fiscale de a aduce la cunoștința contribuabilului existența unei obligații fiscale al cărei creditor este însuși statul, ceea ce implică necesitatea comunicării actului administrativ în care aceasta este consemnată prin modalități care să asigure aducerea efectivă la cunoștința contribuabilului despre existența unor obligații fiscale în sarcina sa.

În afară de faptul că cel desemnat curator fiscal poate să primească în mod valabil comunicarea actelor administrativ-fiscale ce interesează contribuabilul reprezentat, legea fiscală nu mai conține alte dispoziții speciale, astfel încât vom face apel la regulile dreptului comun. Potrivit acestora, curatelei propriu-zise îi sunt aplicabile regulile de la mandat (art. 183 Cod civil) și activitatea curatorului trebuie să se circumscrie scopului care a fost avut în vedere la instituirea curatelei¹⁰. Conținutul curatelei se suprapune cu cel al reprezentării, și instanța de tutelă poate stabili limitele mandatului și poate da instrucțiuni curatorului, în locul celui reprezentat, în toate cazurile în care acesta din urmă nu este în măsură să o facă¹¹.

Soluționarea cererii de instituire a curatelei este, potrivit art. 179 Cod civil, de competența instanței de tutelă de la domiciliul persoanei reprezentate.

După intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă, în materie procedurală vor fi incidente dispozițiile art.58: "Numirea acestor curatori se va face de instanța care judecă procesul, dintre avocații anume desemnați în acest scop de barou pentru fiecare instanță judecătorească. Curatorul special are toate drepturile și obligațiile prevăzute de lege pentru reprezentantul legal.". În aceste condiții, și curatorul fiscal va fi ales din categoria circumstanțiată de legea civilă. Soluția prezentată se va impune datorită trimerii exprese la procedura civilă efectuate prin art. 2 alin. 3 din Codul de procedură fiscală: "unde prezentul cod nu dispune se aplică prevederile Codului de procedură civilă".

Utilizarea în practică a acestei instituții a lăsat destul de puține urme în jurisprudența accesibilă spre cercetare. Într-o speță soluționată de Judecătoria Roșiori de Vede¹², a fost admisă cererea de desemnare a unui curator fiscal pentru o societate lipsită de reprezentant legal, întrucât acesta era plecat în Spania, fapt ce împiedica derularea unui control fiscal având ca obiect societatea. Soluția ni se pare criticabilă pentru cel puțin două motive. În primul rând, ipoteza speței nu se suprapune peste nici unul din cele trei cazuri ce pot justifica instituirea curatelei fiscale. Textul art. 18 din Codul de procedură fiscală vorbește despre absența contribuabilului, ori în cazul de față contribuabilul este societatea comercială, și nu persoana fizică numită ca administrator. În al doilea rând, deși nu mai puțin important, curatelei îi sunt aplicabile regulile de la mandat, deci cele ale reprezentării convenționale, care nu poate fi confundată cu reprezentarea legală, de care diferă calitativ în mod substantial (chiar dacă și în cazul reprezentării legale se poate identifica elementul convențional – voința asociaților)¹³. Prin

reprezentarea legală se asigură însăși posibilitatea de participare a persoanei juridice la circuitul civil și are un caracter organic, esențial pentru chiar existența persoanei juridice¹⁴. Instituția curatelei fiscale nu se poate transforma într-un instrument de confiscare a voinței asociaților care, reuniți în adunarea generală, desemnează un reprezentant al societății.

O altă soluție jurisprudențială ce vădește greșita aplicare a instituției reprezentării legale în raport cu cea a curatelei fiscale a fost pronunțată de Judecătoria Însurăței¹⁵ care admite cererea de numire a unui curator fiscal pentru contribuabilul PFA X, "reprezentată juridic" de X, iar atribuțiile acordate curatorului sunt următoarele: "să o reprezinte pe pârâtă (PFA X – n.n.) în relațiile cu organul fiscal în perioada în care reprezentantul legal al acesteia nu-și poate exercita personal drepturile și obligațiile ce-i revin potrivit legii" și "să îndeplinească obligațiile fiscale ale persoanei juridice reprezentate, în numele și din averea acesteia, în condițiile prevăzute de lege". Remarcăm din nou faptul că instanța apreciază curatele fiscale drept un paleativ pentru lipsa reprezentării legale, deși în acest caz nu se pune problema reprezentării legale. Lipsa de personalitate juridică a formei de exercitare a activității – persoană fizică autorizată, conform OUG nr. 44/2008 – face inutilă și suferă orice fel de discuție despre reprezentarea legală. Deși această confuzie este larg răspândită și a devenit un loc comun, dreptul fiscal nu face din întreprinderea individuală, exploatată de o persoană fizică, subiect de drept¹⁶. Nu întreprinderea este debitorul impozitului, ci antreprenorul – persoana fizică, supus impozitului pe venit. Noua abordare în dreptul privat, reflectată în conținutul art.3 Cod civil, ar trebui să faciliteze distincția dintre întreprinzător și activitatea sa – întreprinderea exploatată. Cu alte cuvinte, nu se poate pune semnul egalității între persoana fizică și activitatea pentru care a fost autorizată și pe care o desfășoară.

Analiza puținelor spețe accesibile relevă necesitatea teoretizării instituției curatelei fiscale și a stabilirii naturii sale juridice. Ea este cu adevărat un instrument pus la dispoziția organului fiscal pentru a surmonta dificultățile de fapt ivite în cursul procedurilor fiscale, dar trebuie utilizată strict în limitele legale, fără a fi deturnată în scopuri pur oportuniste.

* Doctorand, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara; alexandra.safta@gmail.com.

- ¹ Art. 19 (1) Dacă nu există un împuternicit potrivit art. 18, organul fiscal, în condițiile legii, va solicita instanței judecătorești competente numirea unui curator fiscal pentru contribuabilul absent, al cărui domiciliu fiscal este necunoscut ori care, din cauza bolii, unei infirmități, bătrâneții sau unui handicap de orice fel, nu poate să își exercite și să își îndeplinească personal drepturile și obligațiile ce îi revin potrivit legii. (2) Pentru activitatea sa curatorul fiscal va fi remunerat potrivit hotărârii judecătorești, toate cheltuielile legate de această reprezentare fiind suportate de cel reprezentat.
- ² Despre terminologia proprie dreptului fiscal și raportul dintre noțiunile din dreptul fiscal cu cele din dreptul privat, a se vedea R. Bufan, M. S. Minea s.a., *Codul fiscal comentat*, Ed. Wolters Kluwert, București, 2008, în comentariile de la p. 141 și urm.
- ³ J. Pujol, *L'application du droit prive en matiere fiscale*, LGDJ, Paris, 1987, p. 23. Interpretarea non-autonomă reprezintă de fapt o interpretare care se bazează pe teoria particularismului dreptului fiscal, enunțată în opoziție cu teoria autonomiei dreptului fiscal de Francois Geny, *Le particularisme du droit fiscal*, în *Revue trimestrielle de droit civil*, p.798-833, și care susține că din moment ce nici o ramură de drept nu poate să-și găsească intrinsec toate resursele funcționării, noțiunea de autonomie este aprioric inacceptabilă, drept pentru care „fără a fi în nici un fel subordonat nici dreptului privat, nici dreptului public comun, dreptul fiscal trebuie să le respecte și să le aplice docil, întotdeauna când legea impozitului face trimitere la acestea pentru determinările sale, fără să aibe, nici în litera, nici în spiritul său, nimic care să impună o deformare sau o deviere”.
- ⁴ Enunțată de Louis Trotabas, *Essai sur le droit fiscal*, *Revue de science et de legislation financiere*, Paris, 1928, p. 203 și urm., care arată că evoluția dreptului fiscal este frânată în mod nejustificat de ratașarea acestuia de dreptul civil, și că se impune recunoașterea autonomiei sale și detașarea de sfera dreptului privat. Chiar și acest fervent susținător al teoriei autonomiei este de acord că „trebuie recunoscută existența unui așa-zis «fond juridic comun» care face dreptul fiscal în mod necesar tributar dreptului privat, pentru că acest drept comun se apropie în cea mai mare parte de ceea ce în prezent constituie dreptul civil.”
- ⁵ În același sens, și D. Dascălu, C. Alexandru, *Explicațiile teoretice și practice ale Codului de procedură fiscală*. Ed. Rosetii, 2006, București, p. 51.
- ⁶ O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p.276, E. Lupan, S. Sztranyiczki, *Persoanele în concepția noului Cod civil*, Ed. CH Beck, București, 2012, p. 236.
- ⁷ În accepțiunea Codului de procedură fiscală, respectiv art.31 alin. 1 lit. c), pentru persoanele juridice domiciliul fiscal este sediul social sau locul unde se exercită gestiunea administrativă și conducerea efectivă a afacerilor, în cazul în care acestea nu se realizează la sediul social declarat. Pentru identificarea contribuabilului, ca terminologie, este folosit termenul de domiciliu atât pentru persoane fizice cât și pentru persoane juridice.
- ⁸ E. Lupan, S. Sztranyiczki, *op.cit.*, p.235.
- ⁹ Decizia Curtii Constituționale a României nr. 536/28.04. 2011, publicată în Monitorul Oficial nr.482 din 07.07.2011.
- ¹⁰ O. Ungureanu, C. Munteanu, *op.cit.*, p.276.
- ¹¹ E. Lupan, S. Sztranyiczki, *op.cit.*, p.237.

- ¹² Sentința civilă nr. 3/08.05.2006 pronunțată de Judecătoria Roșiori de Vede, http://portal.just.ro/JurisprudentaVizualizare.aspx?id_speta=2325&idInstitutie=292
- ¹³ A se vedea Claudia Roșu, *Contractul de mandat în dreptul privat intern*, Ed. CH Beck, 2008, p. 85, Emanoil Munteanu, *Unele aspecte privind statutul juridic al administratorilor societăților comerciale (II)*, în RDC nr. 4/1997, p. 78.
- ¹⁴ Despre reprezentarea legală a persoanelor juridice s-a emis aprecierea că aceasta este o reprezentare necesară și obligatorie, care nu are nimic comun cu reprezentarea voluntară comercială, decât o asemănare de nume - Romul Petru Vonica, *Drept comercial. Partea generală*, Editura Lumina Lex, București, 2000, p. 913.
- ¹⁵ http://portal.just.ro/InstantaDosar.aspx?idInstitutie=247&d=MjQ3MDAwMDAwMDAwMDU3OTI*.
- ¹⁶ Trebuie remarcat însă că și instanța supremă (prin Decizia nr.1072 din 31 martie 2009, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială, www.scj.ro) a promovat o interpretare oarecum asemănătoare, coroborând dispozițiile O.U.G. nr.44/2008, respectiv art.2 pct.j (bunurile, drepturile și obligațiile persoanei fizice autorizate, afectate scopului exercitării unei activități economice reprezintă un patrimoniu de afecțiune) și art.20 (persoana fizică autorizată răspunde pentru obligațiile sale cu patrimoniul de afecțiune, dacă acesta a fost constituit și în completare cu întreg patrimoniul său), precum și cele ale Legii nr.85/2006 care prevede că în caz de insolvență persoana va fi supusă procedurii simplificate dacă are calitatea de comerciant, și a ajuns la următoarea concluzie: „Din aceste dispoziții legale se apreciază că persoana fizică autorizată are un statut de entitate juridică distinct de cel al persoanei fizice și că persoana fizică autorizată are un patrimoniu de afecțiune distinct de cel al persoanei fizice”. Deși interpretarea nu a ajuns atât de departe încât să „personifice” forma de exercitare a activității, aceasta a fost „autonomizată” *de facto* utilizându-se teoria patrimoniului de afecțiune. Sofismul juridic apare însă în susținerea că persoana fizică autorizată este o entitate juridică distinctă pentru că are un patrimoniu distinct (de afecțiune), afirmație ce ar fi concordantă cu teoria unicității patrimoniului a celor doi remarcabili juriști francezi, Aubry și Rau, dar care ignoră faptul că patrimoniul de afecțiune se bazează pe teoria divizibilității patrimoniului, recunoscând uneia și aceleiași persoane vocația la mai multe mase patrimoniale.