

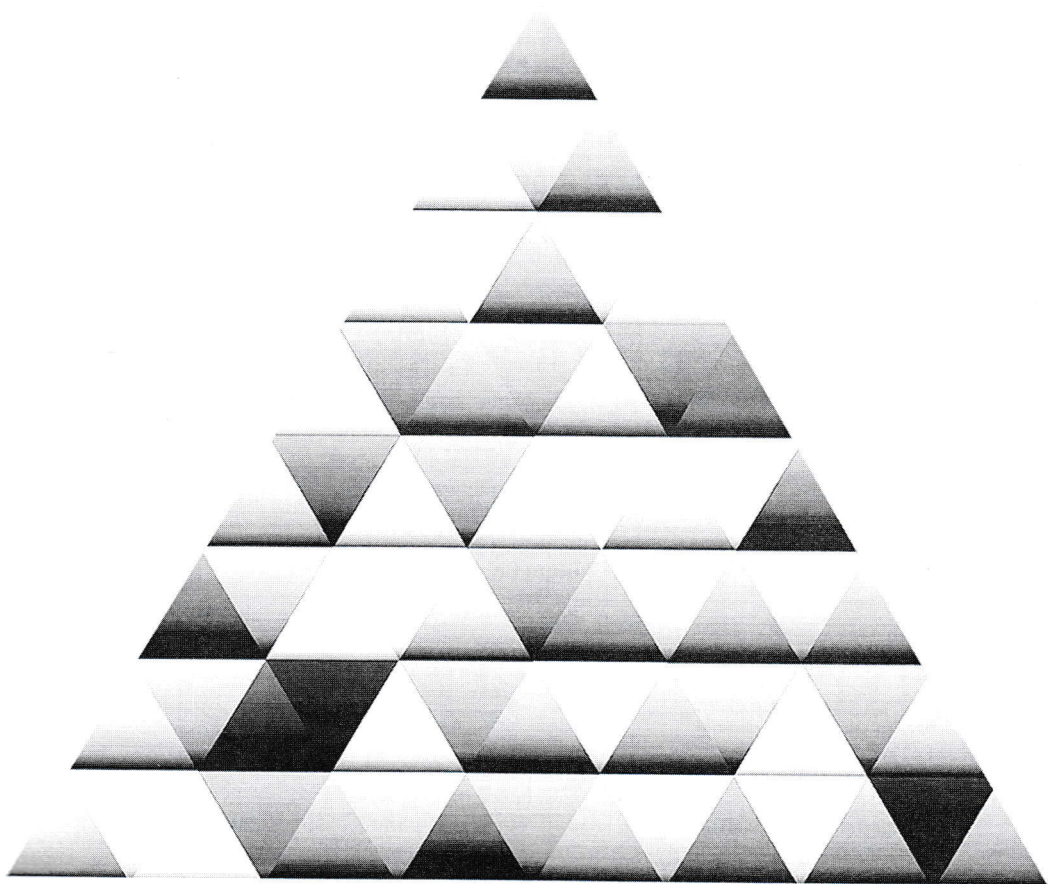
Libris

Respect pentru oameni și țări

REVISTA ROMÂNĂ
**DE DREPT PENAL
AL AFACERILOR**

2 | APRILIE-IUNIE 2019

APARIȚIE TRIMESTRIALĂ



cuprins

Abrevieri.....7

1. Editorial

MIHAI ADRIAN HOTCA: Protecția integrității în mediul privat
prin mijloace de drept penal și extrapenal.....11

2. Noutăți legislative

AUGUSTIN ZĂBRĂUȚANU: Noutăți legislative.....27

3. Doctrină de actualitate

DAN LUPAȘCU: Măsurile asigurătorii în procesul penal (I)44

MIHAI MAREȘ: Forma de participare a persoanei juridice în cazul
unor infracțiuni din domeniul afacerilor.....64

NOREL NEAGU: Fraudarea fondurilor europene în materie de cheltuieli –
între prezent și viitor.....77

ALEXANDRU SITARU, GRIGORE MARIUS TITE: Integritatea și conformitatea
conduitei în mediul privat.....86

ADRIAN STAN: Scurte observații critice asupra unui proiect de modificare
a Legii nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale.....98

4. Practică judiciară

MIHAI ADRIAN HOTCA: Decizia Curții Constituționale nr. 26/2019.....116

5. Jurisprudența CEDO și CJUE

NOREL NEAGU: Principiul *mitior lex* și fraudele afectând interesele financiare
ale Uniunii Europene în Cauza *Clergeau* (C-115/17)124

ale Uniunii Europene în Cauza *Dzivev* (C-310/16)133

6. Interviuul numărului

Oana-Raluca Bănățeanu.....144

7. Recenzii, evenimente juridice, varia

MIHAI ADRIAN HOTCA: Recenzie.....153

Protecția integrității în mediul privat prin mijloace de drept penal și extrapenal

Prof. univ. dr. **Mihai Adrian Hotca***

Universitatea „Nicolae Titulescu”

Consilier în Baroul București

Abstract

The field of facts affecting the integrity of private organizations is very broad and deserves to be examined both in general and in particular. Corruption, abuse, harassment, threats, blackmail, frauds and other acts of unlawful nature hurt the intrinsic (internal) and extrinsic (external) social relationships with partners or authorities of private enterprises.

The criminal and extrapenal law measures available to the actors involved in the prevention, detection and sanctioning of persons committing acts that affect the integrity of private-sector companies are those provided by criminal law (Criminal Code, Criminal Procedure Code, etc.), but also in other normative acts, such as those in

* mihaihotca@gmail.com.

the field of labor, taxation, societies etc. Instruments of criminal law or pertaining to other fields of law are essential but must be supported or complemented by others that are primarily directed at private organizations, interested – in their turn – in knowing, preventing, investigating and combating the illicit (criminal, contraventional etc.) phenomenon in the field of business.

Keywords: integrity; business; private organizations; businessmen; ethics; corporations; whistleblowers; compliance officers

Rezumat

Câmpul faptelor care afectează integritatea organizațiilor private este unul foarte vast și merită a fi examinat atât în general, cât și în special. Corupția, abuzul, hărțuirea, amenințarea, șantajul, fraudele și alte fapte de natură ilicită vatămă relațiile sociale intrinseci (din interior), cât și pe cele extrinseci (din exterior, cu partenerii sau autoritățile) întreprinderilor private.

Mijloacele de drept penal și extrapenal aflate la îndemâna actorilor cu rol în prevenirea, descoperirea și sancționarea persoanelor care comit fapte ce afectează integritatea companiilor care derulează afaceri private sunt cele prevăzute în legea penală (Codul penal, Codul de procedură penală etc.), dar și în alte acte normative, precum cele din domeniul muncii, fiscal, al societăților etc. Instrumentele de natură penală și extrapenală legale sunt esențiale, dar trebuie sprijinite sau completate cu altele care țin în principal de organizațiile private interesate – la rândul lor – de cunoașterea, prevenirea, investigarea și combaterea fenomenului ilicit (infracțional, contravențional etc.) din domeniul afacerilor.

Cuvinte-cheie: integritate; afaceri; organizații private; oameni de afaceri; etică; întreprindere; avertizor de integritate; ofițer de integritate și conformitate

1. Introducere

La fel ca în organizațiile din mediul public, și în cadrul organizațiilor private pot fi întâlnite fapte ilicite grave, precum corupția, hărțuirea, șantajul, amenințarea, faptele contra patrimoniului prin nesocotirea încrederii, fraudele informatice sau operațiunile frauduloase cu instrumente de plată electronică, faptele de evaziune fiscală, spălarea banilor, faptele contra consumatorilor sau de concurență neloială, faptele contra integrității și confidențialității sistemelor sau datelor informatice, falsurile, faptele privind relațiile de serviciu, securitate și protecție în câmpul muncii,

faptele contra regimului juridic privind societățile, faptele privind regimul vamal, fraudele contra intereselor financiare ale UE etc.

Mijloacele de drept penal și extrapenal aflate la îndemâna factorilor cu rol în prevenirea, descoperirea și sancționarea persoanelor care comit fapte ce afectează integritatea companiilor care derulează afaceri private sunt cele prevăzute în legea penală (Codul penal, Codul de procedură penală etc.), dar și în alte acte normative, cum sunt cele din domeniile muncii, fiscal, al societăților etc. Instrumentele de natură penală și extrapenală legale, deși au o contribuție substanțială, trebuie și sunt completate cu alte mijloace, care țin în principal de politica organizațiilor private interesate – la rândul lor – de cunoașterea, prevenirea, investigarea și combaterea fenomenului ilicit (infrațional, contravențional etc.) din domeniul afacerilor.

În mediul afacerilor are o largă răspândire butada: *Banii n-au culoare!* Această expresie sintetizează, într-o oarecare măsură, ideea că cel mai important lucru în domeniul afacerilor private este acela al obținerii unui profit cât mai consistent, deoarece, simplist văzute lucrurile, eroii domeniului sunt cei care realizează profituri sau câștiguri mari, iar perdanții sunt anonimii, cei ignorați de societate.

Pentru anumiți întreprinzători sau neîntreprinzători contează prea puțin moralitatea sau chiar legalitatea activității, în raport de scopul principal – succesul afacerii. Nivelul succesului material constituie criteriul după care, în foarte multe situații, sunt judecați încă, din păcate, actorii implicați în câmpul afacerilor.

Într-o altă ordine de idei, constatăm un *machiavelism* care *bântuie* afacerile, generat atât de ignorarea totală ori parțială a legalității și moralității, cât și de faptul că domeniul economic (economia¹) este unul complex și dur, cu mulți competitori, dintre care unii sunt mai puternici, alții mai slabi, unii sunt mai mari, alții mai mici, unii sunt antreprenori pregătiți pentru ceea ce fac, alții sunt lipsiți de profesionalism etc.

În fine, remarcăm un aspect interesant, respectiv că o parte dintre întreprinzători aplică sau respectă, uneori doar în mod selectiv și superficial, *legile junglei*².

¹ Prin *economie* înțelegem ansamblul activităților privind producția și distribuirea bunurilor și prestarea serviciilor. În funcție de anumite criterii, se face deosebirea în: economie globală (mondială), economie națională, economie de piață, economie emergentă, economie centralizată, macroeconomie, microeconomie ș.a.

² Prin junglă avem în vedere pădurile tropicale și subtropicale greu accesibile omului, unde animalele trăiesc conform legilor naturii.

Respect 2. **Legile economiei și integritatea**

Economia, înțeleasă ca ansamblul activităților productive, comerciale și de prestare de servicii, destinate satisfacerii unor nevoi sau interese sociale, poate fi abordată din diverse perspective și, în funcție de unghiul de vedere din care este observată, se consideră că se supune **legilor** (principiilor) naturii (junglei), matematicii etc. și, mai recent, se apreciază că este obedientă față de preceptele psihologiei.

Economiile naționale și economia mondială din ultimele două-trei secole au fost influențate de factori militari, politici sau sociali, dar, pe lângă asemenea condiționări, un rol important asupra acestora l-au avut și teoriile economice, în special, a lui A. Smith³ (*teoria mâinii invizibile*), adeptul ideii că statul nu trebuie să se implice semnificativ în economie, și a lui J.M. Keynes⁴ [*teoria spiritelor animale*] (lat.: *spirites animales*, eng.: *animal spirits*), care explică fluctuațiile economiei], suporterul implicării moderate a statului (precum face părintele pentru copil, adică îi construiește un cămin fericit, cu o anumită doză de libertate, protejându-l, totodată, de *spiritele animale*, existente în economie, prin politici fiscale și monetare (spre exemplu, prin împrumuturi menite să susțină reintegrarea în activitate a șomerilor)⁵.

Keynes scria: „*Mare parte din deciziile noastre de a face ceva pozitiv, decizii ale căror efecte se vor vedea după multă vreme, pot fi explicate doar ca rezultat al spiritului animal – o nevoie spontană de a acționa în loc de a alege inacțiunea și care nu e produsul unei medii ponderate a beneficiilor cantitative multiplicare cu probabilități cantitative*”⁶.

În schimb, Smith considera că economia este dirijată de *mâna invizibilă*, întrucât fiecare individ care își urmărește propriul interes, pe lângă acesta, îl realizează implicit și pe cel al societății (interesul colectiv sau general)⁷.

³ Adam Smith (1723-1790) a fost un economist, om politic și filosof scoțian.

⁴ John Maynard Keynes (n. 5 iunie 1883-d. 21 aprilie 1946). Este considerat unul dintre fondatorii macroeconomiei moderne.

⁵ G.A. Akerlof, R. Shiller, *Spirite animale*, Ed. Publica, București, 2010, p. 17.

⁶ Teoria generală a ocupării forței de muncă, a dobânzii și a banilor (1936).

⁷ Citatul relevant este următorul: „Fiecare individ urmărește numai avantajul său, astfel, în acest caz, ca și în multe altele, el este condus de o mână invizibilă, ca să promoveze un scop ce nu face parte din intenția lui”. Se impune precizarea că, după aproximativ 30 de ani de la folosirea metaforei mâinii invizibile, marele economist și-a nuanțat teoria, acceptând ideea unei mâini vizibile – acțiunea umană – care să armonizeze interesul individual cu cel general (ținând cont de morală).

În esență, Smith și ceilalți economiști clasici considerau că economia este dirijată de actori raționali, care se vor antrena în orice afacere, dacă este în interesul lor reciproc. Spre exemplu, dacă un muncitor este dispus să lucreze pentru un salariu mai mic decât cel corespunzător muncii sale, acesta va fi angajat de întreprinzător. Așadar, piețele private, în deplin acord și fără amestecul Guvernului, vor asigura buna funcționare a economiei, fiind *guverdate de o mână invizibilă*⁸.

Când prea puțini economiști sau guvernanți se așteptau să devină vizibile *fisurile teoriei economice clasice*, a apărut Marea criză economică interbelică. În plină criză, Keynes a publicat cartea *Teoria generală a folosirii mâinii de lucru, a dobânzii și a banilor*⁹. În această lucrare, genialul economist s-a pronunțat în favoarea politicilor guvernamentale intervenționiste, prin care guvernul să utilizeze politici fiscale și monetare, în scopul temperării efectelor adverse ale recesiunilor sau crizelor economice.

Teoria lui Keynes, în forma sa simplificată, a stat la baza celor mai importante măsuri intervenționiste implementate de state după Marea criză și a fundamentat (justificat) politicile fiscale și monetare publice până în anii '70.

Între timp, în peisajul public al afacerilor și-au făcut apariția noi economiști, cu *idei inovatoare*, care au considerat că *teoria economică smithiană*, conform căreia *nu există șomaj involuntar*, se impune a fi reconsiderată, reconfigurată și repusă în *practică*. Așadar, *spiritele animale* menționate de Keynes au fost trimise în muzeul istoriei economiei¹⁰.

Această *reabilitare* a teoriei economice clasice a găsit ecouri în cele mai mari economii de piață ale anilor '80. Spre exemplu, în SUA (în timpul lui Reagan) și Marea Britanie (în timpul lui Thatcher). În esență, noua orientare a economiilor *libere* era în sensul neamestecului Guvernului în domeniul afacerilor, lăsând piețele *să se autoreglementeze*¹¹. Însă, odată lăsate libere, piețele s-au comportat din ce în ce *mai riscant și nesăbuit*, iar după 80 de ani de la Marea criză au produs *Marea Recesiune din 2008* (a creditelor subprime – începută în decembrie 2007).

Ce am învățat, după 10 ani de la criza financiară din 2008?

În mediile de specialitate s-a vorbit despre necesitatea implicării mai accentuate a statului în economie, ceea ce echivalează cu *renașterea teoriei economice keynesiene*, teorie despre care noii adepți susțin că a fost abandonată prea ușor.

⁸ Există și opinia că *mâna invizibilă* este, de fapt, divinitatea.

⁹ Este cunoscut în mod special pentru susținerea politicilor guvernamentale intervenționiste.

¹⁰ G.A. Akerlof, R. Shiller, *op. cit.*, p. 18.

¹¹ *Ibidem*, p. 19.

Printre aceștia se numără și autorii cărții *Spirite animale*, G.A. Akerlof și R. Shiller, care arată: „În încercările lor de a pune ordine în teoria macroeconomică și de a o face să pară mai științifică, macroeconiști au impus structuri de cercetare și discipline, concentrându-se asupra modului în care s-ar comporta economia dacă oamenii ar avea **motivații exclusiv economice și dacă ar fi perfect raționali**”¹². Imaginați-vă un pătrat împărțit în patru secțiuni reprezentând motivații care sunt economice și neeconomice și răspunsuri care sunt raționale și iraționale. Modelul actual se încadrează numai în căsuța din stânga sus”¹³.

Apoi, autorii conchid: „funcționarea economiei și rolul pe care statul îl joacă în cadrul acesteia nu pot fi descrise exclusiv pe baza motivelor economice. **O astfel de descriere necesită și o înțelegere detaliată a încrederii, echității, oportunităților, corupției, iluziei banului și a poveștilor pe care istoria ni le transmite**” (s.a.)¹⁴.

Analizând cu atenție perioadele de grandoare și cele de decădere economică, luând în considerare și informații oferite de alte discipline, precum psihologia și biologia, se poate susține că *economia se comportă ca un organism*.

Regula *folosește numai cât ai nevoie*, regula că *orice acțiune determină o reacție*, regula *intercondiționării* ș.a. sunt tot atâtea legi (principii) care, în maniere specifice, sunt întâlnite atât în *sistemul naturii*, cât și în cadrul afacerilor.

Unul dintre cei ce susțin punctul de vedere potrivit căruia, prin îmbinarea descoperirilor psihologiei cu înțelegerea practică a stimulentei și comportamentelor piețelor, se obțin rezultate foarte bune, este Richard H. Thaler, considerat întemeietorul **economiei comportamentale**. Acesta pune Oamenii în centrul analizei sale și le studiază slăbiciunile din perspectivă economico-psihologică¹⁵. În opinia lui Thaler, economia comportamentală deschide noi orizonturi în lumea afacerilor și a politicilor publice.

¹² Cum susțineau clasicii și neoclasicii.

¹³ G.A. Akerlof, R. Shiller, *op. cit.*, p. 281. Autorii consideră că modelul actual răspunde numai la întrebarea: Cum se comportă economia dacă oamenii au numai **motivații economice** și dacă răspund la acestea rațional? Există însă încă trei întrebări: Cum se comportă **economia** în condițiile motivației non-economice și ale răspunsurilor raționale? Ale motivațiilor **economice și răspunsurilor iraționale**? Ale motivațiilor economice și răspunsurilor iraționale?

¹⁴ *Ibidem*, p. 292.

¹⁵ Lucrarea de referință a lui R.H. Thaler este *Comportament inadecvat. Nașterea economiei comportamentale*, Ed. Publica, București, 2015.

Respect pentru oameni și cărți

Plecând de la realitățile ce ne înconjoară, fără a renunța la teoriile care presupun că toți oamenii sunt *Econii*¹⁶, care pot constitui totuși o bună bază de pornire, R.H. Thaler propune și reușește, cel puțin într-o măsură rezonabilă, reorientarea investigației economice, dinspre *Econi* asupra existenței și relevanței *Oamenilor*, căci lumea este populată cu *Oameni*, iar nu cu *Econi*. Într-adevăr, realitatea este că nu toți agenții economici sau întreprinzătorii sunt pliabili pe modelele abstracte ale *Econilor*, care sunt considerați optimizatori mai degrabă imaginari decât reali. În cercetarea economică – susține Thaler – se impune luarea în considerare, cu toată seriozitatea, a *factorilor aparent irelevanți* (FAI).

R.H. Thaler consideră că, „*până când nu înțelegem mai bine cum se comportă firmele, anume cele conduse de oameni* (nu de *Econi* – potrivit lui R.H. Thaler – n.a.), *nu putem evalua corect impactul măsurilor politice esențiale*”¹⁷.

Thaler propune cititorului trei lecții de bază, pe care le consideră valabile în orice context¹⁸:

- ❖ *Observă*. Acesta consideră că trebuie să plecăm de la observațiile simple. Spre exemplu, dacă bolul este lăsat la vedere, cei care-l au la îndemână mănâncă prea multe alune;
- ❖ *Strânge date*. Pentru a argumenta, Thaler îl citează pe M. Twain, care spunea: „*Nu ceea ce știi te bagă în bucluc. Ci ceea ce știi sigur și nu este așa*”. Acesta susține teza că singura protecție împotriva excesului de încredere constă în strângerea de date care îți pot arăta că greșești;
- ❖ *Spune-ți deschis părerea*. Mediul ideal al unei organizații este acela care îi încurajează pe toți membrii să observe, să colecteze date, dar și să-și exprime direct părerea în legătură cu bunul mers al acesteia.

În concluziile sale, Thaler este de părere că „*toată economia va fi comportamentală în măsura în care va fi nevoie. Și cei care s-au agățat cu încăpățănare de o lume imaginară populată doar cu Econi vor flutura un steag alb, mai degrabă decât o mână invizibilă*”¹⁹.

Această nouă disciplină – *economia comportamentală* – abordează *Omul* nu numai din perspectiva modelelor abstracte, care mai degrabă sunt neîntâlnite, decât prezente în realitatea economică, ci potrivit *conduitei sale*, cu slăbiciuni și virtuți, cu

¹⁶ Potrivit lui Thaler, *Econul* este un model abstract al omului (denumit și prin sintagma *homo economicus*).

¹⁷ R.H. Thaler, *op. cit.*, p. 500.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 500-503.

¹⁹ *Ibidem*, p. 504.