



ROMÂNIA
Avocatul Poporului

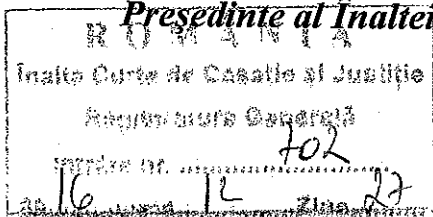
Ombudsman

Str. Eugeniu Carada, nr. 3, Sector 3, București



Telefon +40-21-312.71.01 Fax: +40-21-312.49.21 Internet: <http://www.avpoporului.ro> E-mail: avp@avp.ro

Doamnei Judecător Iulia - Cristina TARCEA
Președinte al Înaltei Curți de Casație și Justiție



AVOCATUL POPORULUI
REGISTRATURĂ GENERALĂ
IEȘIRE Nr. 22216 / 21. DEC. 2016

Stimată Doamnă Președinte,

În temeiul art. 471 din Codul de procedură penală, vă sesizăm cu următorul

RECURS ÎN INTERESUL LEGII

**privind problema de drept referitoare la interpretarea și aplicarea
dispozițiilor art. 147 din vechiul Cod penal, raportate la cele ale art. 145 din
vechiul Cod penal**

Examinarea jurisprudenței la nivel național a relevat faptul că instanțele de judecată nu au un punct de vedere unitar în ceea ce privește **interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 147, raportate la cele ale art. 145 din vechiul Cod penal, în sensul de a stabili dacă funcționarul bancar angajat într-o societate bancară pe acțiuni (CEC Bank S.A.), acțiunile aparținând în proporție de 100% Statului Român, se încadrează ori nu în categoria funcționarilor publici.**

Potrivit dispozițiilor art. 147 din vechiul Cod penal, raportate la cele ale art. 145 din vechiul Cod penal, prin "funcționar public" se înțelege orice persoană care exercită permanent sau temporar, cu orice titlu, indiferent cum a fost investită, o însărcinare de orice natură, retribuită sau nu, în serviciul unei unități dintre cele la care se referă art. 145 (prin termenul "public" se înțelege tot ce privește autoritățile

publice, instituțiile publice, instituțiile sau alte persoane juridice de interes public, administrarea, folosirea sau exploatarea bunurilor proprietate publică, serviciile de interes public, precum și bunurile de orice fel care, potrivit legii, sunt de interes public).

Astfel,

1. Potrivit unei orientări jurisprudențiale¹, majoritară, funcționarul bancar angajat într-o societate bancară pe acțiuni, acțiunile aparținând în proporție de 100% Statului Român, se încadrează în categoria funcționarilor publici, în sensul art. 147, raportat la art. 145 din vechiul Cod penal.

Această opinie se întemeiază pe următoarele considerente:

a) Societățile bancare pe acțiuni sunt persoane de interes public, indiferent de titularul acțiunilor.

Potrivit art. 108 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, modificată și completată, *fiecare dintre membrii consiliului de administrație și directorii sau, după caz, membrii consiliului de supraveghere și ai directoratului unei instituții de credit, precum și persoanele desemnate să asigure conducerea structurilor care privesc activitățile de administrare și control al riscurilor, audit intern, juridice, conformitate, trezorerie, creditare, precum și orice alte activități care pot expune instituția de credit unor riscuri semnificative trebuie să dispună în orice moment de*

¹ *Anexa nr. 1 – Decizia penală nr. 1083/R din 25 mai 2012, pronunțată de Curtea de Apel București – Secția a II-a penală, în Dosarul nr. 86/299/2003 (2367/2011); Decizia penală nr. 757/2015 din 21 mai 2015, pronunțată de Curtea de Apel București- Secția a II-a penală în Dosarul nr. 2505/98/2013 (942/2015); Decizia penală nr. 1077 din 14 mai 2013, pronunțată de Curtea de Apel Craiova – Secția penală și pentru cauze cu minori, în Dosarul 21948/215/2011; Sentința penală nr. 169/2016 din 27 septembrie 2016, pronunțată de Tribunalul Brașov în Dosarul nr. 1174/62/2015.*

o bună reputație, de cunoștințe, aptitudini și experiență adecvate naturii, extinderii și complexității activității instituției de credit și responsabilităților încredințate și trebuie să își desfășoare activitatea în conformitate cu regulile unei practici bancare prudente și sănătoase. Fiecare dintre aceste persoane trebuie să fie aprobată de Banca Națională a României înainte de începerea exercitării responsabilităților, potrivit reglementărilor emise în acest sens.

De asemenea, art. 164 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006, modificată și completată, prevede că **Banca Națională a României asigură supravegherea prudențială a instituțiilor de credit persoane juridice române, inclusiv a sucursalelor acestora înființate în alte state membre ori în state terțe.**

b) Societățile bancare pe acțiuni desfășoară un serviciu public, indiferent de titularul acțiunilor, intrând sub incidența art. 145 din vechiul Cod penal.

În accepțiunea art. 2 lit. m) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, *serviciul public este definit ca fiind activitatea organizată sau, după caz, autorizată de o autoritate publică, în scopul satisfacerii unui interes legitim public.* Or, având în vedere atribuția Băncii Naționale a României de a asigura supravegherea prudențială a instituțiilor de credit, atribuție stabilită de art. 164 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 *în interesul protejării intereselor deponenților și al asigurării stabilității și viabilității întregului sistem bancar*, se apreciază că societățile bancare pe acțiuni desfășoară un serviciu public, intrând sub incidența art. 145 din vechiul Cod penal.

c) Societățile bancare pe acțiuni administrează, folosesc și exploatează un bun proprietate publică, reprezentat de capitalul social pe care instituția îl administrează.

Astfel, constatăm că, prin **Deciziile penale nr. 1083/R din 25 mai 2012 și nr. 757 din 21 mai 2015**, Curtea de Apel București - Secția a II-a penală a reținut următoarele: pentru a stabili dacă banca este o persoană juridică de interes public,

esențială nu este stabilirea capitalului, public ori privat, ci **stabilirea specificului activității desfășurate și a măsurii în care această activitate poate fi asimilată unui serviciu public** (considerente reținute în pag. 59-60). Din această perspectivă, s-a arătat că băncile reprezintă instituții de credit, a căror funcționare este permisă doar în urma autorizării de către Banca Națională a României; în activitatea lor, se supun reglementărilor și ordinelor emise de Banca Națională a României; orice modificare în situația băncii este supusă aprobării Băncii Naționale a României; persoanele desemnate în calitate de conducători sunt supuși aprobării Băncii Naționale a României înainte de începerea exercitării funcției.

În esență, s-a reținut că, având în vedere condițiile restrictive privind înființarea și desfășurarea ulterioară a activității bancare, activitatea bancară este de interes public, iar instituțiile de credit sunt persoane juridice de interes public, în sensul art. 145 din vechiul Cod penal.

În plus, recunoașterea băncilor ca instituții de interes public a fost consacrată relativ recent prin **modificările aduse Legii nr. 82/1991 a contabilității, de prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 79/2014**, fiind astfel incluse în categoria persoanelor juridice de interes public și 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 emitere de monedă electronică și prestare de servicii de plată; societățile de asigurare, asigurare-reasigurare și de reasigurare; societățile/companiile naționale; societățile cu capital integral sau majoritar de stat; regiile autonome etc.

2. Într-o altă orientare de jurisprudență², instanțele de judecată au avut o abordare diferită, apreciind că funcționarul bancar angajat într-o societate bancară pe acțiuni, acțiunile aparținând în proporție de 100% Statului Român, nu se încadrează în categoria funcționarilor publici, în sensul art. 147, raportat la art. 145 din vechiul Cod penal.

Potrivit art. 1 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 42/2005 privind instituirea unor măsuri de reorganizare a Casei de Economii și Consemnațiuni C.E.C. - S.A. în vederea privatizării, *Casa de Economii și Consemnațiuni C.E.C. - S.A., denumită în continuare C.E.C. - S.A., persoană juridică română de drept privat, este organizată și funcționează ca bancă în conformitate cu prevederile Legii nr. 58/1998 privind activitatea bancară, republicată, fiindu-i aplicabilă legislația în domeniul bancar, cu excepțiile prevăzute de prezenta ordonanță de urgență.*

De asemenea, art. 2 din Statutul CEC BANK - S.A, aprobat prin Ordinul Ministrului Economiei și Finanțelor nr. 425/2008, prevede că „*CEC BANK - S.A. este persoană juridică română, organizată în forma juridică a unei societăți pe acțiuni, și își desfășoară activitatea ca bancă, în conformitate cu prevederile legislației aplicabile, ale prezentului statut, ale regulamentului propriu de organizare și funcționare adoptat de Bancă (Regulamentul de organizare și funcționare) și ale reglementărilor interne emise în condițiile legii (Reglementările interne)*”.

Față de aceste dispoziții legale, se apreciază că **băncile nu fac parte dintre unitățile la care se referă art. 145 din vechiul Cod penal, nefiind persoane juridice de interes public, iar situația nu poate diferi în cazul CEC BANK pentru simplul motiv că statul este acționar majoritar.**

² *Anexa nr. 2 – Decizia penală nr. 1382/A din 19 octombrie 2015, pronunțată de Curtea de Apel București – Secția a II-a penală, în Dosarul nr. 2900/116/2012; Decizia nr. 1071 din 29 decembrie 2015, pronunțată de Curtea de Apel Suceava- Secția penală și pentru cauze cu minori în Dosarul nr. 9895/193/2014.*

În considerarea rolului constituțional al Avocatului Poporului de apărător al drepturilor și libertăților persoanelor fizice, **apreciem că funcționarul bancar angajat într-o societate bancară pe acțiuni, acțiunile aparținând în proporție de 100% Statului Român, se încadrează în categoria funcționarilor publici, în sensul art. 147, raportat la art. 145 din vechiul Cod penal**, pentru următoarele motive:

Art. 145 din vechiul Cod penal prevede că *prin termenul "public" se înțelege tot ce privește autoritățile publice, instituțiile publice, instituțiile sau alte persoane juridice de interes public, administrarea, folosirea sau exploatarea bunurilor proprietate publică, serviciile de interes public, precum și bunurile de orice fel care, potrivit legii, sunt de interes public.*

Potrivit art. 147 din vechiul Cod penal, *prin "funcționar public" se înțelege orice persoană care exercită permanent sau temporar, cu orice titlu, indiferent cum a fost investită, o însărcinare de orice natură, retribuită sau nu, în serviciul unei unități dintre cele la care se referă art. 145; prin "funcționar" se înțelege persoana menționată în alin. 1, precum și orice salariat care exercită o însărcinare în serviciul unei alte persoane juridice decât cele prevăzute în acel alineat.*

Așa cum s-a menționat în mod constant și în literatura juridică, în înțelesul legii penale, noțiunile de "*funcționar public*" și de "*funcționar*" au o semnificație mai largă decât aceleași noțiuni din dreptul administrativ, datorită atât caracterului relațiilor sociale apărute prin incriminarea unor fapte socialmente periculoase, cât și faptului că exigențele de apărare a patrimoniului și de promovare a intereselor colectivității impun o mai bună ocrotire prin mijloacele dreptului penal.

În actuala reglementare, funcționarul public în înțelesul normei prevăzute de art. 175 alin. (1) lit. c) din Codul penal semnifică persoana care exercită în cadrul unei regii autonome, al altui operator economic ori al unei persoane juridice cu capital integral sau majoritar de stat atribuții legate de realizarea obiectului de activitate al

acesteia. Astfel, spre deosebire de Codul penal anterior, Codul penal în vigoare nu mai face deosebire între noțiunea de funcționar public și cea de funcționar, aceasta din urmă nemaifiind reglementată distinct.

Din analiza comparativă a dispozițiilor legale ce definesc termenii de "*funcționar public*" și "*public*" din actuala reglementare cu cele cuprinse în prevederile art. 145 și 147 din Codul penal anterior, rezultă că funcționar public este *acea persoană care exercită permanent sau temporar, cu orice titlu, indiferent cum a fost investită, o însărcinare de orice natură, retribuită sau nu, în serviciul unei autorități publice, instituții publice ori al unei instituții sau al altei persoane juridice de interes public.*

Față de aceste dispoziții legale, interpretate neunitar în practica instanțelor judecătorești, sub aspectul atribuirii ori nu a calității de funcționar public unei persoane care este angajată într-o societate bancară pe acțiuni, acțiunile aparținând în proporție de 100% Statului Român, apreciem că esențială pentru soluționarea acestor probleme de drept este stabilirea faptului **dacă CEC BANK - S.A. este persoană juridică de interes public ori dacă are în administrare, folosință sau exploatare bunuri proprietate publică, servicii de interes public ori bunuri de orice fel care, potrivit legii, sunt de interes public.**

Potrivit art. 2 din Statutul CEC BANK - S.A, aprobat prin Ordinul Ministrului Economiei și Finanțelor nr. 425/2008, *CEC BANK - S.A. este persoană juridică română, organizată în forma juridică a unei societăți pe acțiuni.* Chiar dacă își desfășoară activitatea ca bancă, subliniem că **acțiunile aparțin integral Statului Român.**

Analizând cadrul legislativ instituit în domeniul instituțiilor de credit, prin prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, modificată și completată, constatăm că *instituțiile de credit, persoane juridice române, se pot constitui și pot funcționa numai pe baza autorizației emise de Banca Națională a României; Banca Națională a României acordă autorizație unei instituții de credit, persoane juridice române, numai dacă*

*este încredințată că instituția de credit poate asigura desfășurarea unei activități în condiții de siguranță și de respectare a cerințelor unei administrări prudente și sănătoase, care să asigure **protejarea intereselor deponenților** și ale altor creditori și buna funcționare a sistemului bancar, sens în care trebuie să fie respectate dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență, ale Regulamentului (UE) nr. 575/2013 și ale reglementărilor emise în aplicarea acestora (art. 32).*

În considerarea **interesului public** care califică aceste persoane juridice, prevederile art. 108 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006, modificată și completată, stabilesc că membrii consiliului de administrație și directorii sau, după caz, membrii consiliului de supraveghere și ai directoratului unei instituții de credit, precum și persoanele desemnate să asigure conducerea structurilor care privesc activitățile de administrare și control al riscurilor, audit intern, juridice, conformitate, trezorerie, creditare, precum și orice alte activități care pot expune instituția de credit unor riscuri semnificative **trebuie să fie aprobați de Banca Națională a României** înainte de începerea exercitării responsabilităților.

Sub acest aspect, menționăm și dispozițiile art. 164 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006, modificată și completată, potrivit căreia Banca Națională a României asigură **supravegherea prudențială a instituțiilor de credit** persoane juridice române, inclusiv a sucursalelor acestora înființate în alte state membre ori în state terțe.

Prin **Decizia nr. 2/2014**, Curtea Constituțională a statuat că "*determinante pentru includerea sau excluderea persoanelor de la incidența normei penale sunt criteriile precum natura serviciului prestat, temeiul juridic în baza căruia se prestează respectiva activitate sau raportul juridic dintre persoana în cauză și autoritățile publice, instituțiile publice, instituțiile sau alte persoane juridice de interes public*".

Așa cum a reținut Înalta Curte de Casație și Justiție în considerentele **Deciziei nr. 26/2014** privind pronunțarea unei hotărâri prealabile în vederea rezolvării de principiu a modalității de interpretare a dispozițiilor art. 175 din Codul penal, respectiv dacă medicul chirurg angajat cu contract de muncă pe perioadă

nedeterminată într-o unitate spitalicească din sistemul public de sănătate, trimis în judecată sub acuzația săvârșirii infracțiunii de luare de mită prevăzute de dispozițiile art. 289 alin. (1) din Codul penal, se încadrează în categoria funcționarilor publici prevăzută la art. 175 alin. (1) lit. c) din Codul penal sau în categoria funcționarilor publici prevăzută la art. 175 alin. (2) din Codul penal, *funcționarul public, astfel cum este definit în cuprinsul art. 175 alin. (1) din Codul penal, poate exercita fie atribuții și responsabilități pentru exercitarea prerogativelor puterii legislative, executive sau judecătorești, fie atribuții cu privire la realizarea obiectului de activitate al regiilor autonome, al altui operator economic sau al unei persoane juridice cu capital integral ori majoritar de stat, fie poate exercita o funcție de demnitate publică sau o funcție publică de orice natură.*

Prin această decizie, Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut că medicul angajat cu contract de muncă într-o unitate spitalicească din sistemul public de sănătate are calitatea de funcționar public în accepțiunea dispozițiilor art. 175 alin. (1) lit. b) teza a II-a din Codul penal. Caracterul liberal al profesiei de medic nu poate justifica lipsa răspunderii penale pentru infracțiunea de luare de mită în cazurile în care acesta condiționează actul medical la care este obligat profesional, moral și legal, de banii sau foloasele care nu i se cuvin și pe care, direct sau indirect, le pretinde, primește ori le acceptă.

Astfel cum subliniază instanța supremă, conceptul de "*funcție publică*" se află în strânsă corelație cu noțiunea de "*interes public*", ambele urmărind satisfacerea trebuințelor de interes general, în baza prerogativelor constituționale care fac să prevaleze interesul public față de cel privat. Or, funcționarul public își desfășoară activitatea în scopul realizării interesului public și ca atare, în exercitarea funcției, are îndatorirea de a considera interesul public mai presus decât interesul personal.

Noțiunea de "*serviciu public*" desemnează fie o formă de activitate prestată în folosul interesului public, fie o subdiviziune a unei instituții din administrația internă împărțită pe secții, servicii etc. Din categoria serviciilor de interes public fac parte

acele entități care, prin activitatea pe care o desfășoară, sunt chemate să satisfacă anumite *interese generale ale membrilor societății*.

Având în vedere condițiile restrictive privind înființarea și organizarea activității bancare, natura serviciului prestat, precum și natura capitalului social, apreciem că CEC BANK - S.A. desfășoară o activitate de interes public, fiind **persoană juridică de interes public**, în sensul conferit de prevederile art. 145 din vechiul Cod penal. Mai mult, sintagma "*persoane juridice de interes public*" este definită prin dispozițiile art. 34 alin. (2) din Legea contabilității nr. 82/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare, ca **incluzând și instituțiile de credit**.

Luând în considerare aspectele expuse, vă adresăm rugăminta de a constata că problema de drept prezentată a primit o soluționare diferită din partea instanțelor judecătorești și, printr-o decizie obligatorie, să stabiliți modul unitar de interpretare și aplicare a dispozițiilor legale incidente.

Cu deosebit respect,

Avocatul Poporului,

