



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

ȘTIINȚE JURIDICE

TOM LXIV/II, 2018



Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

COLEGIUL REDACȚIONAL:

Prof.dr. **TUDOREL TOADER** (redactor-șef)

Prof.dr. **CARMEN TAMARA UNGUREANU** (director științific)

CONSILIUL EDITORIAL:

Conf.dr. **SEPTIMIU VASILE PANAINTE**

Conf.dr. **MARIUS NICOLAE BALAN**

Conf.dr. **IOANA MARIA COSTEA**

Dezvoltare pagină WEB: CIPRIAN ICHIM

TEHNOREDACTOR:

FLORENTINA CRUCERESCU

ISSN: 1221-8464

ISSN-L: 1221-8464

Adresa redacției:

Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

Facultatea de Drept

Bd. Carol I, nr. 11

Iași, România, 700506

Table of Contents

Highlighting Regulations on the Legal Circulation of Land and Buildings, Both Before and After the Entry into Force of the New Civil Code. Legislative Solutions for the Restitution of Property Codrin Macovei, Mirela Carmen Dobriță	7
Specific Requirements of Banking Contracts Concluded with Consumers Luiza-Cristina Gavrilescu	37
Europeanisation of Contract Law Violeta Melnic	59
Harmonization of National Legislation of Republic of Moldova to the Directive 2000/31/EC. Theoretical and Practical Aspects Iulian Muntean	77
VAT and Financial-Banking Operations Carmen Văscu	81
Three Controversal Problems Regarding the Registration of the Application for Enforcement Nicolae-Horia Țiț	127
The Legal Regime of Raising and Solving the Exception of Issue Preclusion in the Civil Process of the Republic of Moldova Dumitru Dumitrașcu	145
Correction of Convicts and its Basic Means in the Legislation of the Republic of Belarus Darya Ivinskaya	157
New Ways of Approaching Children’s Rights Study and Research Snejana Sulima	167
Considerations on Disciplinary Responsibility of Local Elected Representatives Claudiu George Pupăzan	185
Legal Configuration of Road Traffic Contraventions Detected through the “Unique Center of Traffic Monitoring and Coordination” in the Republic of Moldova (Case Study) Oleg Pantea	193

Cuprins

Evidențierea reglementărilor privind circulația juridică a terenurilor și construcțiilor anterior și după intrarea în vigoare a Noului Cod civil. Măsuri legislative de retrocedare a proprietăților Codrin Macovei, Mirela Carmen Dobrilă	7
Cerințe specifice contractelor bancare încheiate cu consumatorii Luiza-Cristina Gavrilescu	37
Europenizarea dreptului contractelor Violeta Melnic	59
Armonizarea legislației naționale din Republica Moldova la directiva 2000/31/CE. Aspecte teoretice și practice Iulian Muntean	77
T.V.A. și operațiunile financiar-bancare Carmen Văscu	81
Trei probleme controversate referitoare la înregistrarea cererii de executare silită Nicolae-Horia Țiț	127
Regimul juridic al invocării și soluționării excepției autorității de lucru judecat în procesul civil al Republicii Moldova Dumitru Dumitrașcu	145
Correction of Convicts and its Basic Means in the Legislation of the Republic of Belarus Darya Ivinskaya	157
Tendențe recente în studiul și cercetarea în domeniul drepturilor copilului Snejana Sulima	167
Considerații privind răspunderea disciplinară a aleșilor locali Claudiu George Pupăzan	185
Configurația juridică a contravențiilor rutiere constatate prin intermediul „Centrului Unic de Monitorizare și Coordonare a Traficului” în Republica Moldova (studiu de caz) Oleg Pantea	193

**Evidențierea reglementărilor privind circulația juridică
a terenurilor și construcțiilor anterior și după intrarea
în vigoare a Noului Cod civil.**

Măsuri legislative de retrocedare a proprietăților

**Highlighting Regulations on the Legal Circulation of Land and
Buildings, Both Before and After the Entry into Force of the New
Civil Code. Legislative Solutions for the Restitution of Property**

Codrin Macovei¹, Mirela Carmen Dobriță²

Rezumat: În acest articol se realizează un examen al reglementărilor privind circulația juridică a terenurilor și construcțiilor, atât anterior, cât și după intrarea în vigoare a Noului Cod civil, cu evidențierea evoluției reglementărilor și a modificărilor survenite. Sunt punctate principiile aplicabile circulației juridice a terenurilor și construcțiilor și evoluția modificărilor acestora. În articol se fac corelații privind măsurile legislative de retrocedare a proprietăților.

Cuvinte-cheie: circulație juridică, terenuri, construcții, publicitate imobiliară, formă autentică, valabilitate.

Abstract: This article analyzes the regulations concerning the legal movement of land and buildings, both before and after the entry into force of the New Civil Code, with the emphasis on evolution of regulations and on regulation changes. The principles applicable to the legal circulation of land and buildings and the evolution of their changes are highlighted. The article contains considerations between the legislative measures for the restitution of properties.

Keywords: legal circulation, land, construction, real estate evidence, authentic form, validity.

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

² Asist. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: mirela.dobrita@uaic.ro.

I. Circulația juridică a terenurilor

1. Un prim accent trebuie pus pe *principiul liberei circulații a terenurilor conform căruia terenurile proprietate privată sunt în circuitul civil general*, de la care există excepții și limitări. Terenurile se pot înstrăina și pot fi dobândite în mod liber prin modurile prevăzute de lege, adică prin contract, testament, succesiune, uzucapiune etc. Se poate înstrăina dreptul de proprietate și se pot constitui drepturi reale principale, dezmembrăminte ale proprietății.

2. Codul civil din 1864

Codul civil anterior nu conținea dispoziții speciale privind circulația juridică a terenurilor proprietate privată, fiind aplicabile dispozițiile generale³.

O astfel de dispoziție generală este cea din art. 475 în baza căruia oricine poate dispune liber de bunurile ce sunt ale lui, cu modificările stabilite prin lege.

O altă normă generală aplicabilă privește transmiterea drepturilor din momentul încheierii contractului prin efectul consimțământului părților; conform art. 971, în contractele ce au de obiect translația proprietății, sau unui alt drept real, proprietatea sau dreptul se transmite prin efectul consimțământului părților, și lucrul rămâne în rizico-pericolul dobânditorului, chiar când nu i s-a făcut tradițiunea lucrului.

Din aceste dispoziții rezultă că în baza Codului civil anterior din 1864 în cazul înstrăinărilor de terenuri se aplica principiul consensualismului: vânzarea se perfectează din momentul realizării acordului de voință al părților, fără a fi necesară o anumită formă prescrisă de lege. În acest sens, conform art. 1295 alin. (1) VCC, vinderea este perfectă între părți și proprietatea este de drept strămutată la cumpărător, în privința vânzătorului, îndată ce părțile s-au învoit asupra lucrului și asupra prețului, deși lucrul încă nu se va fi predat și prețul încă nu se

³ Pentru detalii, a se vedea C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturi reale principale în reglementarea Noului Cod civil*, Ediția a 3-a, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 117; I. Urs, P. E. Ispas, *Drept civil. Teoria drepturilor reale*, Ediția a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2015, pp. 92-93; Cu privire la analiza evoluției reglementărilor legale privind circulația juridică a terenurilor (Legea nr. 203/1947, Decretul nr. 151/1950 privind comasarea și circulația bunurilor agricole, abrogat și înlocuit prin Lege 59/1974, Decretul 221/1950, Decretul nr. 144/1958, Legea 19/1968 privind regimul juridic al terenurilor cu sau fără construcții de pe teritoriul orașelor și municipiilor, Legea 58 și 59/1974, Decretul 112/1984 de modificare a Legii nr. 59/1974, Decretul lege nr. 1/1989, Legea nr. 9/1990), a se vedea și C. Jora, I. Ciochină Barbu, Cristian Constantin Corbu, *Drept civil. Drepturi reale*, Ediția a 2-a revizuită, Editura Universul Juridic, București, 2015, pp. 137-141.

va fi numărat. Există excepții de la principiul consensualismului în cazul terenurilor de exemplu pentru înstrăinări prin donații, testament, ipotecă.

3. Perioada anterioară anului 1990

În perioada 1945 (instaurarea regimului totalitar) – 1990 terenurile proprietate privată sunt în circuitul civil general și pot fi înstrăinate și dobândite în modurile prevăzute de lege, însă pentru transmiterea dreptului de proprietate și constituirea de drepturi reale era necesară: 1) o autorizație administrativă prealabilă dată în baza unui control administrativ prealabil cerut în cazul înstrăinărilor de terenuri; 2) încheierea actului juridic în formă autentică, cerință introdusă ca o condiție de validitate⁴. Ambele condiții erau cerute sub sancțiunea nulității absolute a actului încheiat cu nerespectarea acestora.

În anul 1974 sunt adoptate anumite legi prin care se realizează scoaterea terenurilor din circuitul civil general⁵, iar singurul mod permis de lege prin care puteau fi dobândite terenurile era prin moștenire legală, fără a putea fi dobândite prin testament, prin uzucapiune etc. Conform art. 30 alin. 1 din Legea nr. 58/1974 privind sistematizarea teritoriului și a localităților urbane și rurale, dobândirea terenurilor cuprinse în perimetrul constructibil al localităților urbane și rurale se poate face numai prin moștenire legală, fiind interzisă înstrăinarea sau dobândirea prin acte juridice a acestor terenuri. În baza art. 44 din Legea nr. 59/1974 privind fondul funciar, dobândirea de terenuri agricole se poate face numai prin moștenire legală, fiind interzisă înstrăinarea sau dobândirea prin acte juridice a acestor terenuri.

Conform art. 30 alin. 2 din Legea nr. 58/1974, în caz de înstrăinare a construcțiilor, terenul aferent acestor construcții trecea în proprietatea statului cu plata unei despăgubiri, iar conform alin. 3 dobânditorul construcției primea din partea statului în folosință terenul necesar în limitele prevăzute de art. 8 și 17 din lege (suprafețele de teren necesare pentru construirea de locuințe și anexe gospodărești erau în suprafața de 200-250 mp).

4. Perioada de după decembrie 1989

După decembrie 1989, prin efectul abrogării Legii nr. 58/1974 privind sistematizarea teritoriului și a localităților urbane și rurale prin Decretul-lege nr.

⁴ Pentru dezvoltări a se vedea C. Bîrsan, *op. cit.*, pp. 117-118.

⁵ Pentru dezvoltări, a se vedea E. Chelaru, *Circulația juridică a terenurilor*, Editura All Beck, București, 1999, pp. 17-31, pp. 37-46.

1/1989 și al abrogării dispozițiilor care interziceau înstrăinarea sau dobândirea prin acte juridice a terenurilor din Legii nr. 59/1974 terenurile proprietate privată sunt introduse în circuitul civil general și pot fi înstrăinate.

Se prevede aplicarea principiului consensualismului în cazul înstrăinărilor de terenuri, fără a se impune respectarea formei autentice sau a altor autorizații administrative prealabile.

Deși există unele limite pentru circulația juridică a terenurilor din localitățile urbane, în sensul că Decretul nr. 144/1958 prevedea că este obligatorie obținerea autorizației prealabile pentru executarea unor lucrări, aceste dispoziții sunt abrogate în anul 1991.

În anul 1990 legiuitorul a interzis temporar înstrăinarea terenurilor prin acte juridice între vii, indiferent dacă sunt situate în localitate sau în afara localității. Conform art. 1 din Legea nr. 9 din 31 iulie 1990 privind interzicerea temporară a înstrăinării terenurilor prin acte între vii, până la adoptarea unei noi reglementări legale privind regimul fondului funciar se interzice înstrăinarea, prin acte între vii, a terenurilor de orice fel, situate înăuntrul sau în afară localităților. Se exceptează terenurile aferente construcțiilor care se înstrăinează, inclusiv curtea, în suprafața de cel mult 1.000 metri pătrați.

Conform art. 15 din Decretul-lege nr. 61/1990 se prevede că, în caz de înstrăinare a locuinței dobândite în condițiile instituite, se transmite asupra dobânditorului și dreptul de folosință asupra terenului, pe durata existenței construcției.

Ulterior, regimul juridic al circulației terenurilor a fost reglementat de Legea nr. 18/1991, Legea fondului funciar, de Legea nr. 54/1998 privind circulația juridică a terenurilor (care abrogă dispozițiile corespunzătoare din Legea nr. 18/1991), de Ordonanța de urgență nr. 226 din 24 noiembrie 2000 privind circulația juridică a terenurilor cu destinație forestieră, de Titlul X privind Circulația juridică a terenurilor din Legea nr. 247/2005 privind reforma în domeniile proprietății și justiției (care abrogă Legea 54 și OUG 226), abrogată la rândul ei de Legea nr. 71/2011, odată cu în vigoare a Noului Cod civil.

5. *Legea nr. 18/1991, Legea fondului funciar (Monitorul Oficial nr. 37 din 20 februarie 1991, republicată în anul 1998)*

Legea fondului funciar consacră principiul liberei circulații a terenurilor conform căruia terenurile proprietate privată sunt în circuitul civil general⁶. Conform art. 45 din lege (în forma inițială), terenurile proprietate privată, indiferent de titularul lor, sunt și rămân în circuitul civil. Ele pot fi dobândite și înstrăinate prin oricare din modurile stabilite de legislația civilă, cu respectarea dispozițiilor din lege. Astfel, terenurile sunt în circuitul civil și se liberalizează circulația juridică a acestora.

Legea prevede că actele de înstrăinare între vii a terenurilor situate în intravilan sau extravilan trebuie să respecte forma autentică (conform art. 46 alin. 1 din lege în forma inițială).

Este prevăzută în lege incapacitatea de a depăși prin acte de dobândire între vii limita de 100 ha teren agricol în echivalent arabil de familie, sub sancțiunea nulității absolute a actului, totale sau parțiale (conform art. 46 alin. 2 din lege în forma inițială).

Este prevăzută în lege incapacitatea persoanelor fizice care nu au cetățenia română și domiciliul în România, precum și a persoanelor juridice care nu au naționalitate română și sediul în România, de a dobândi în proprietate terenuri de orice fel prin acte între vii (art. 47 alin. 1 din lege în forma inițială). Dacă aceste persoane dobândeau în proprietate terenuri prin moștenire erau obligate să le înstrăineze în termen de 1 an de la data dobândirii, sub sancțiunea trecerii în mod gratuit a acestora în proprietatea statului (art. 47 alin. 2 din lege în forma inițială), această prevedere fiind declarată neconstituțională⁷.

Legea dispunea că înstrăinarea de terenuri agricole situate în extravilan, prin vânzare, se putea face cu exercitarea dreptului de preemțiune, în condițiile art. 48 din lege în forma inițială, cu scopul de a evita fărâmițarea excesivă a terenurilor și pentru a asigura o bună exploatare a terenurilor agricole.

Conform art. 51 din lege în forma inițială, schimbul de terenuri între persoane fizice se făcea prin acordul acestora, prin act autentic, cu respectarea

⁶ Pentru dezvoltări privind regimul juridic al circulației terenurilor instituit prin Legea nr. 18/1991, a se vedea C. Bîrsan, *op. cit.*, pp. 118-119; I. Urs, P. E. Ispas, *op. cit.*, pp. 94-95; C. Jora, I. Ciochină Barbu, C. Constantin Corbu, *op. cit.*, p. 139; E. Chelaru, *Circulația juridică a terenurilor*, *op. cit.*, pp. 48-141.

⁷ Decizia nr. 342/1997 a C.C.R., publicată în M.O. nr. 333 din 27.11.1997.

limitei de 100 ha teren agricol în echivalent arabil de familie, sub sancțiunea nulității absolute a actului. Prin schimburile efectuate, fiecare teren dobânda situația juridică a terenului pe care îl înlocuiește, cu respectarea drepturilor reale.

Trebuie avută în vedere și interzicerea înstrăinării terenurilor care au făcut obiectul constituirii dreptului de proprietate în condițiile Legii nr. 18 în forma republicată în Monitorul Oficial nr. 1 din 5 ianuarie 1998; conform art. 32 alin. 1, terenul atribuit conform art. 19 alin. (1), art. 21 și art. 43 nu poate fi înstrăinat prin acte între vii timp de 10 ani, socotiți de la începutul anului următor celui în care s-a făcut înscrierea proprietății, sub sancțiunea nulității absolute a actului de înstrăinare.

6. Legea nr. 54/1998 privind circulația juridică a terenurilor (Monitorul Oficial nr. 102 din 4 martie 1998)

Legea nr. 54/1998 privind circulația juridică a terenurilor⁸ abrogă dispozițiile privind circulația juridică a terenurilor din Legea nr. 18/1991. Prin Legea nr. 54/1998 (abrogată în prezent) se liberalizează circulația juridică a terenurilor proprietate privată, fiind reluate unele principii consacrate anterior.

Legea nr. 54/1998 prevede principiul liberei circulații, conform căruia terenurile proprietate privată, indiferent de titularul lor, sunt și rămân în circuitul civil (art. 1 din lege). Astfel, terenurile proprietate privată pot fi înstrăinate și dobândite în mod liber, prin modurile prevăzute de lege.

Terenurile situate în intravilan și extravilan pot fi înstrăinate și dobândite prin acte juridice între vii, încheiate în forma autentică, sub sancțiunea nulității absolute a actului (art. 2 alin. 1 și art. 14 din lege). Această regulă nu se aplică și pentru transmisiunile prin acte juridice *mortis causa* deoarece în cazul acestora se aplică regulile dreptului succesoral.

Este prevăzută incapacitatea de a depăși prin actul de dobândire limita de 200 ha teren agricol în echivalent arabil, de familie, sub sancțiunea nulității absolute a actului, totale sau parțiale (art. 2 alin. 2 din lege). Este definită noțiunea

⁸ Pentru dezvoltări privind principiile și regimul juridic al circulației terenurilor instituit prin Legea nr. 54/1998, a se vedea C. Bîrsan, *op. cit.*, pp. 119-122; Jora, I. Ciocină Barbu, C. Constantin Corbu, *op. cit.*, pp. 138-139; E. Chelaru, *Circulația juridică a terenurilor*, *op. cit.*, pp. 142-198; Eugen Chelaru, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*, Editura All Beck, București, 1999, pp. 97-107; Eugen Chelaru, *Despre circulația juridică a terenurilor*, *Revista de Științe Juridice*, nr.1/2006, pp. 10-11, [Online] la <http://drept.ucv.ro/R SJ/images/articole/2006/R SJ1/0102ChelaruEugen.pdf>.

de familie (art. 2 alin. 2 teza a doua din lege) ca fiind formată din soții și copiii necăsătoriți, dacă gospodăresc împreună cu părinții lor. Deși legea califică greșit sancțiunea aplicabilă în cazul depășirii acestei limite ca reducere (împrumutată din materia reducerii liberalităților excesive), în realitate este vorba de efectul urmărit, acela de a opera o reducere până la limita de 200 ha, ceea ce se realizează prin intermediul aplicării sancțiunii nulității absolute a actului, totale sau parțiale.

Conform art. 41 alin. (2) din Constituția României din 1991, proprietatea privată este ocrotită în mod egal de lege, indiferent de titular, iar cetățenii străini și apatrizii nu pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor.

Pe această direcție, Legea nr. 54/1998 prevede că cetățenii străini și apatrizii nu pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor în România, iar persoanele juridice străine nu pot dobândi terenuri în România prin acte juridice între vii sau pentru cauză de moarte (art. 3 alin. 1 și 3 din lege). Prin excepție, persoanele fizice care au cetățenie română și domiciliul în străinătate pot dobândi în România, prin acte juridice între vii și prin moștenire, terenuri de orice fel. Se observă cu privire la acest aspect o diferență față de dispozițiile din Legea nr. 18/1991 care impunea cerința cetățeniei române și a domiciliului în România.

Legea nr. 54/1998 dispune că înstrăinarea, prin vânzare, a terenurilor agricole situate în extravilan se face cu respectarea dreptului de preemțiune al coproprietarilor, al vecinilor ori al arendașilor (art. 5-11 din lege), cu scopul de a evita fărâmițarea excesivă a terenurilor și pentru a asigura o bună exploatare a terenurilor agricole. Trebuie subliniat faptul că această dispoziție este aplicabilă doar pentru terenurile aflate în extravilan.

Conform art. 12 din Legea nr. 54/1998, schimbul de terenuri între persoane fizice sau între persoane juridice private, ori între persoane fizice și persoane juridice private se face cu acordul părților contractante (sunt excluse terenurile agricole proprietate publică), iar actul de schimb se încheie în forma autentică, sub sancțiunea nulității absolute; prin schimburile efectuate, fiecare teren dobândește situația juridică a terenului înlocuit, cu respectarea drepturilor și a sarcinilor anterior și legal constituite;

Prin Legea nr. 54/1998 se interzic înstrăinările, sub orice formă, a terenurilor cu privire la titlul cărora exista litigii la instanțele judecătorești, pe tot timpul soluționării acestor litigii, sub sancțiunea nulității (art. 15 din lege), cu interpretarea că se referă la actele juridice între vii.

De la principiul liberei circulații a terenurilor Legea nr. 54/1998 prevede excepția privind interzicerea înstrăinării terenurilor care au făcut obiectul constituirii dreptului de proprietate în condițiile Legii nr. 18 în forma republicată în Monitorul Oficial nr. 1 din 5 ianuarie 1998; conform art. 32 alin. 1, terenul atribuit conform art. 19 alin. (1), art. 21 și art. 43 nu poate fi înstrăinat prin acte între vii timp de 10 ani, socotiți de la începutul anului următor celui în care s-a făcut înscrierea proprietății, sub sancțiunea nulității absolute a actului de înstrăinare.

7. Ordonanța de urgență nr. 226 din 24 noiembrie 2000 privind circulația juridică a terenurilor cu destinație forestieră (Monitorul Oficial nr. 606 din 25 noiembrie 2000)

Conform art. 17 din Legea nr. 54/1998, regimul circulației juridice a terenurilor cu destinație forestieră se stabilește prin lege specială, adică prin OUG 226/2000 privind circulația juridică a terenurilor cu destinație forestieră.

Ordonanța de urgență nr. 226/2000⁹ (abrogată în prezent) prevede aplicarea principiului liberei circulații, conform căruia terenurile din fondul forestier proprietate privată, indiferent de titularul lor, sunt și rămân în circuitul civil (art. 2 alin. 1 din ordonanță).

Ordonanța dispune că terenurile din fondul forestier proprietate privată pot fi înstrăinate și dobândite prin acte juridice între vii, încheiate în forma autentică, sub sancțiunea nulității absolute a actului (art. 2 alin. 2 și 8 din ordonanță).

Este prevăzută incapacitatea de a depăși prin actul de înstrăinare între vii limita de 100 ha teren de familie, sub sancțiunea nulității absolute a actului, totale sau parțiale (art. 2 alin. 3 din ordonanță). În ordonanță este definită noțiunea de familie, ca fiind formată din soții și copiii necăsătoriți, dacă gospodăresc împreună cu părinții lor.

Este prevăzută incapacitatea cetățenilor străini și apatrizilor de a dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor din fondul forestier; este prevăzută incapacitatea persoanelor juridice străine de a dobândi terenuri din fondul forestier în România, prin acte juridice între vii sau pentru cauză de moarte parțiale (art. 2¹ din ordonanță).

Vânzarea terenurilor din fondul forestier proprietate privată se face cu respectarea dreptului de preemțiune al coproprietarilor sau vecinilor; autoritatea

⁹ Pentru dezvoltări, a se vedea Eugen Chelaru, *Despre circulația juridică a terenurilor*, op. cit., pp. 10-11.

publică centrală care răspunde de silvicultură, prin Regia Națională a Pădurilor, are drept de preemțiune la vânzările terenurilor din fondul forestier proprietate privată, limitrofe fondului forestier proprietate publică a statului, precum și pentru enclavele din aceasta (art. 3-6 din ordonanță).

Se prevede că schimbul de terenuri din fondul forestier proprietate privată, în toate cazurile, se încheie în formă autentică, sub sancțiunea nulității absolute (art. 7 și 8 din ordonanță). Prin schimburile efectuate fiecare teren dobândește situația juridică a terenului pe care îl înlocuiește (art. 9 din ordonanță).

Sunt interzise înstrăinările, sub orice formă, ale terenurilor cu privire la care există litigii în instanțele judecătorești, pe tot timpul soluționării acestor litigii, sub sancțiunea nulității absolute (art. 9⁶ din ordonanță).

8. Titlul X privind Circulația juridică a terenurilor din Legea nr. 247/2005 privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente (Monitorul Oficial nr. 653 din 22 iulie 2005)

Legea nr. 54/1998 și Ordonanța de urgență nr. 226 din 24 noiembrie 2000 au fost abrogate de art. 8 din Legea nr. 247/2005 la data de 25 iulie 2005.

Legea nr. 247/2005¹⁰ prevede principiul liberei circulații, conform căruia terenurile proprietate privată, indiferent de destinația și titularul lor, sunt și rămân în circuitul civil, iar ele pot fi înstrăinate și dobândite liber prin oricare din modurile prevăzute de lege (art.1 din lege).

Este stabilit un regim unitar al circulației juridice a terenurilor: nu se mai face distincție după destinație sau locul situării, terenuri agricole, cu destinație forestieră, cu sau fără construcții, situate în intravilanul localității sau în extravilanul localității.

Se prevede în lege că terenurile cu sau fără construcții, situate în intravilan și extravilan, indiferent de destinația sau de întinderea lor, pot fi înstrăinate și dobândite prin acte juridice între vii, încheiate în forma autentică, sub sancțiunea nulității absolute (art. 2 din lege)

De observat că spre deosebire de reglementarea anterioară, dispozițiile privind respectarea formei autentice se aplică și actelor juridice între vii prin care se

¹⁰ Pentru dezvoltări privind regimul juridic al circulației terenurilor instituit prin Legea nr. 247/2005, a se vedea C. Bîrsan, *op. cit.*, pp. 122-125; I. Urs, P. E. Ispas, *op. cit.*, pp. 95-96; Jora, I. Ciochină Barbu, C. Constantin Corbu, *op. cit.*, pp. 140-141; Eugen Chelaru, *Despre circulația juridică a terenurilor, op. cit.*, pp. 11-14.

constituie un drept real asupra unui teren cu sau fără construcție, indiferent de destinația sau întinderea acestora(art. 2 alin. 2 din lege).

Spre deosebire de reglementarea anterioară din Legea nr. 54/1998, Legea nr. 247/2005 prevede în art. 3 că cetățenii străini și apatrizii precum și persoanele juridice străine pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor în România în condițiile prevăzute de legea specială.

A operat o schimbare de viziune în Constituția României cu privire la posibilitatea cetățenilor străini și apatrizilor de a dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor în România. Conform art. 41 alin. 2 din Constituția României din 1991, proprietatea privată este ocrotită în mod egal de lege, indiferent de titular, iar cetățenii străini și apatrizii nu pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor.

Conform art. 44 alin. 2 privind dreptul de proprietate privată din Constituția României revizuită în anul 2003, proprietatea privată este garantată și ocrotită în mod egal de lege, indiferent de titular. Cetățenii străini și apatrizii pot dobândi dreptul de proprietate privată asupra terenurilor numai în condițiile rezultate din aderarea României la Uniunea Europeană și din alte tratate internaționale la care România este parte, pe bază de reciprocitate, în condițiile prevăzute prin lege organică, precum și prin moștenire legală¹¹.

Legea specială la care se face trimitere este Legea nr. 312/2005 privind dobândirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor de către cetățenii străini și apatrizi, precum și de către persoanele juridice străine, publicată în Monitorul Oficial nr. 1.008 din 14 noiembrie 2005¹². Domeniul de aplicare a Legii nr. 312/2005 vizează actele juridice între vii și moștenirea testamentară (raportat la dispozițiile constituționale care prevăd posibilitatea de a dobândi terenurile prin moștenire legală în aceleași condiții ca cetățenii români).

¹¹ Pentru detalii privind art. 44 alin. (2) din Constituție și incapacitate specială de a dobândi terenuri proprietate privată (în sensul că formularea din Constituție este pozitivă, și nu negativă dar incapacitatea rezultă din interpretarea *per a contrario* a textului), a se vedea V. Stoica, *Drept civil. Drepturi reale principale*, Ediția a 3-a, Editura CH Beck, București, 2017, pp. 152-155; cu privire la dobândirea dreptului de proprietate asupra terenurilor din România de către străin, a se vedea și E. Chelaru, *Circulația juridică a terenurilor*, *op. cit.*, p. 154; E. Chelaru, *Despre circulația juridică a terenurilor*, *op. cit.*, p. 15.

¹² Pentru detalii, a se vedea C. Birsan, *op. cit.*, pp. 126-128; G. Boroi, C. A. Angheliescu, B. Nazat, *Curs de drept civil. Drepturi reale principale*, Ediția a 2-a, Editura Hamangiu, București, 2013, pp. 49-51; Jora, I. Ciochină Barbu, C. Constantin Corbu, *op. cit.*, pp. 144-145.

Cetățenii străini, apatrizii și persoanele juridice străine sunt asimilați cu cetățenii români și persoanele juridice române (art. 3 din Legea nr. 312/2005). Astfel, cetățeanul unui stat membru, apatridul cu domiciliul într-un stat membru sau în România, precum și persoana juridică constituită în conformitate cu legislația unui stat membru pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor în aceleași condiții cu cele prevăzute de lege pentru cetățenii români și pentru persoanele juridice române.

După modelul altor state, România stabilește prin Legea nr. 312/2005 unele termene de tranziție pentru dobândirea de către cetățenii străini și apatrizi a dreptului de proprietate privată asupra terenurilor.

Un prim termen indicat este cel de 5 ani de la data aderării (care se calculează de la 1 ianuarie 2007) prevăzut de art. 4 din Legea nr. 312/2005. Astfel, cetățeanul unui stat membru nerezident în România, apatridul nerezident în România cu domiciliul într-un stat membru, precum și persoana juridică nerezidentă, constituită în conformitate cu legislația unui stat membru, pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor pentru reședințe secundare, respectiv sedii secundare, la împlinirea unui termen de 5 ani de la data aderării României la Uniunea Europeană.

Este indicat și un termen de 7 ani de la data aderării (care se calculează de la 1 ianuarie 2007) prevăzut de art. 5 alin. 1 din Legea nr. 312/2005. În acest sens, cetățeanul unui stat membru, apatridul cu domiciliul într-un stat membru sau în România, precum și persoana juridică constituită în conformitate cu legislația unui stat membru pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor agricole, pădurilor și terenurilor forestiere la împlinirea unui termen de 7 ani de la data aderării României la Uniunea Europeană.

Există o situație distinctă, în sensul că nu se aplică termenul de 7 ani și vor putea dobândi dreptul de proprietate de la data aderării, la fel ca cetățenii români (fără a putea schimba destinația terenurilor), în cazul fermierilor care desfășoară activități independente și sunt, după caz: a) cetățeni ai statelor membre sau apatrizi cu domiciliul într-un stat membru, care își stabilesc reședința în România; b) apatrizi cu domiciliul în România (art. 5 alin. 2-5 din Legea nr. 312/2005).

Raportat la art. 6 din Legea nr. 312/2005, regula este că cetățeanul străin, apatridul și persoana juridică aparținând statelor terțe nu pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor din România. Excepția vizează situația în care cetățeanul străin, apatridul și persoana juridică aparținând statelor terțe pot dobândi

dreptul de proprietate asupra terenurilor, în condițiile reglementate prin tratate internaționale, pe bază de reciprocitate.

Referitor la condițiile în care operează excepția, cetățeanul străin, apatridul și persoana juridică aparținând statelor terțe nu pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor în condiții mai favorabile decât cele aplicabile cetățeanului unui stat membru și persoanei juridice constituite în conformitate cu legislația unui stat membru.

În baza Legii nr. 247/2005 cu excepția litigiilor privind reconstituirea dreptului de proprietate privată și legalitatea titlului de proprietate, conform legilor fondului funciar, existența unui litigiu privitor la un teren cu sau fără construcții nu împiedică înstrăinarea acestuia și nici constituirea altor drepturi reale sau de creanță, după caz (art. 4 din lege).

Spre deosebire de reglementarea anterioară din Legea nr. 54/1998 unde terenurile erau indisponibilizate temporar pe durata existenței unui litigiu (fără a se face vreo distincție cu privire la dreptul contestat în cadrul litigiului respectiv), în Legea nr. 247 existența unui litigiu privitor la un teren cu sau fără construcții nu împiedică înstrăinarea acestuia, deci regula este că terenurile pot fi înstrăinate în aceste situații.

Prin excepție, existența unui litigiu privind reconstituirea dreptului de proprietate privată și legalitatea titlului de proprietate, conform legilor fondului funciar, împiedică înstrăinarea terenului, în aceste cazuri operând o indisponibilizare temporară a terenurilor pe durata existenței procesului.

Există posibilitatea încheierii de antecontracte cu privire la înstrăinarea unui teren prin care părțile să fie obligate să încheie contractul prin care se înstrăinează terenul. În situația în care după încheierea unui antecontract cu privire la teren, cu sau fără construcții, una dintre părți refuză ulterior să încheie contractul, partea care și-a îndeplinit obligațiile poate sesiza instanța competentă care poate pronunța o hotărâre care să țină loc de contract, conform art. 5 alin. 2 din lege, text care va permite o interpretare extensivă în practică a posibilității instanței de a pronunța o hotărâre care să țină loc de contract, fără a se limita doar la ipoteza terenurilor, și care va reprezenta model pentru posibilitatea instanței de a pronunța o hotărâre care să țină loc de contract de vânzare recunoscută de Noul Cod civil.

Trebuie avută în vedere și interzicerea înstrăinării terenurilor care au făcut obiectul constituirii dreptului de proprietate în condițiile Legii nr. 18 în forma

republicată în Monitorul Oficial nr. 1 din 5 ianuarie 1998, în art. 32 alin. 1. Terenul atribuit conform art. 19 alin. (1), art. 21 și art. 43 nu poate fi înstrăinat prin acte între vii timp de 10 ani, socotiți de la începutul anului următor celui în care s-a făcut înscrierea proprietății, sub sancțiunea nulității absolute a actului de înstrăinare.

9. Noul Cod civil

Noul Cod civil reconfirmă, în mod firesc, aplicarea principiului liberei circulații a construcțiilor conform căruia terenurile proprietate privată sunt în circuitul civil general, principiu care este o exprimare a principiului libertății de voință¹³.

În acest sens, conform art. 12 NCC privind libertatea de a dispune, oricine poate dispune liber de bunurile sale, dacă legea nu prevede în mod expres altfel. Ca o excepție, nimeni nu poate dispune cu titlu gratuit, dacă este insolubil (având în vedere atât dispozițiile din Legea 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, cât și Legea nr. 151/2015 privind procedura insolvenței persoanelor fizice, cea din urmă în vigoare din 2018).

Conform principiului liberei circulații a bunurilor consacrat în art. 1657 NCC privind bunurile ce pot fi vândute, orice bun poate fi vândut în mod liber, dacă vânzarea nu este interzisă ori limitată prin lege sau prin convenție ori testament.

De subliniat faptul că Noul Cod civil instituie după mulți ani un regim juridic unitar al circulației imobilelor în dreptul nostru civil, fără distincții între terenuri și construcții, chiar dacă în cazul terenurilor există unele dispoziții speciale care țin de categoria acestora, fără derogare totuși de la principiile generale¹⁴.

La contractul de vânzare regula este că vânzarea are ca efect strămutarea de drept a dreptului subiectiv din patrimoniul vânzătorului în patrimoniul cumpărătorului. Conform art. 1674 privind transmiterea proprietății, cu excepția cazurilor prevăzute de lege ori dacă din voința părților nu rezultă contrariul, proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului, chiar dacă bunul nu a fost predat ori prețul nu a fost plătit încă.

Prin excepție, în cazul terenurilor trebuie avute în vedere dispozițiile art. 1676 privind strămutarea proprietății imobilelor, în sensul că în materie de

¹³ Pentru dezvoltări privind regimul juridic al circulației terenurilor instituit prin Noul Cod civil, a se vedea C. Bîrsan, *op. cit.*, pp. 125-128; G. Boroi, C. A. Angheliescu, B. Nazat, *op. cit.*, pp. 51-55; În același sens, a se vedea V. Stoica, *op. cit.*, p. 156; I. Urs, P. E. Ispas, *op. cit.*, pp. 96-97; Jora, I. Ciocină Barbu, C. Constantin Corbu, *op. cit.*, pp. 141-151.

¹⁴ A se vedea C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 125.

vânzare de imobile, strămutarea proprietății de la vânzător la cumpărător este supusă dispozițiilor de carte funciară.

La contractul de vânzare se aplică principiul consensualismului, adică regula este că vânzarea se perfectează din momentul în care s-a realizat acordul de voință al părților nefiind necesar ca manifestarea de voință să îmbrace o anumită formă prescrisă de lege pentru a produce efecte juridice (art. 1174, art. 1178).

Prin excepție de la regula caracterului consensual, în cazul terenurilor, convențiile prin care se strămută sau se constituie drepturi reale care urmează a fi înscrise în cartea funciară trebuie să fie încheiate prin înscris autentic, sub sancțiunea nulității absolute (art. 1244).

Se observă că principiul liberei circulații a terenurilor a cunoscut îngărdiri, fie prin faptul că legea a prevăzut cazuri de inalienabilitate temporară a terenurilor, fie pentru că a instituit cerințe speciale, adică forma autentică și înscrierea în cartea funciară cu privire la constituirea sau transmiterea drepturilor reale imobiliare¹⁵.

Cea mai drastică limitare a exercitării dreptului de proprietate este considerată inalienabilitatea și chiar dacă este prevăzută de lege, trebuie să aibă caracter temporar, relevantă fiind în prezent ipoteza specială din art. 826 Cod procedură civilă privind inopozabilitatea unor drepturi. Pornind de la faptul că în sfera noțiunii de imobile intră și terenurile, se arată că deși nu se prevede o interdicție de înstrăinare, ci numai inopozabilitatea actului de înstrăinare sau de constituire de drepturi reale, situațiile sunt privite ca fiind echivalente, sancțiunea nulității fiind înlocuită de sancțiunea inopozabilității actului de înstrăinare¹⁶. Conform art. 826 C. pr. civ. drepturile reale, precum și orice alte drepturi înscrise după notarea urmăririi imobilului în cartea funciară nu vor putea fi opuse creditorului urmăritor și adjudecatarului, în afară de cazurile expres prevăzute de lege ori de cazul în care creditorul sau adjudecatarul s-a declarat de acord cu acel drept ori debitorul sau terțul dobânditor a consemnat sumele necesare acoperirii creanțelor ce se urmăresc, inclusiv dobânzile și cheltuielile de executare.

Conform art. 876 alin. (3) NCC, prin imobil se înțelege una sau mai multe parcele de teren alăturate, indiferent de categoria de folosință, cu sau fără construcții, aparținând aceluiași proprietar, situate pe teritoriul unei unități administrativ-teritoriale și care sunt identificate printr-un număr cadastral unic.

¹⁵ În același sens, a se vedea V. Stoica, *op. cit.*, p. 157.

¹⁶ A se vedea V. Stoica, *op. cit.*, p. 157.

Conform art. 885 NCC privind dobândirea și stingerea drepturilor reale asupra imobilelor, sub rezerva unor dispoziții legale contrare, drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciară, pe baza actului sau faptului care a justificat înscrierea. Drepturile reale se vor pierde sau stinge numai prin radierea lor din cartea funciară, cu consimțământul titularului, dat prin înscris autentic notarial. Acest consimțământ nu este necesar dacă dreptul se stinge prin împlinirea termenului arătat în înscriere ori prin decesul sau, după caz, prin încetarea existenței juridice a titularului, dacă acesta era o persoană juridică. Dacă dreptul ce urmează să fie radiat este grevat în folosul unei terțe persoane, radierea se va face cu păstrarea dreptului acestei persoane, cu excepția cazurilor anume prevăzute de lege. Hotărârea judecătorească definitivă sau, în cazurile prevăzute de lege, actul autorității administrative va înlocui acordul de voință sau, după caz, consimțământul titularului.

Conform art. 886 privind dobândirea unor drepturi reale fără înscriere, drepturile reale se dobândesc fără înscriere în cartea funciară când provin din moștenire, accesiune naturală, vânzare silită, expropriere pentru cauză de utilitate publică, precum și în alte cazuri expres prevăzute de lege, iar titularul drepturilor astfel dobândite nu va putea însă dispune de ele prin cartea funciară decât după ce s-a făcut înscrierea. Cu toate acestea, în cazul vânzării silite, dacă urmărirea imobilului nu a fost în prealabil notată în cartea funciară, drepturile reale astfel dobândite nu vor putea fi opuse terților dobânditori de bună-credință.

În baza art. 888 privind condițiile de înscriere, înscrierea în cartea funciară se efectuează în baza înscrisului autentic notarial, a hotărârii judecătorești rămase definitivă, a certificatului de moștenitor sau în baza unui alt act emis de autoritățile administrative, în cazurile în care legea prevede aceasta.

Conform art. 56 din Legea nr. 71 din 3 iunie 2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (articol care a fost modificat de sub pct. 6 al pct. 22 al art. I din Legea nr. 60 din 10 aprilie 2012, publicată în Monitorul Oficial nr. 255 din 17 aprilie 2012), dispozițiile Codului civil privitoare la dobândirea drepturilor reale imobiliare prin efectul înscrierii acestora în cartea funciară se aplică numai după finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ-teritorială și deschiderea, la cerere sau din oficiu, a cărților funciare pentru imobilele respective, în conformitate cu dispozițiile Legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, republicată, cu modificările și

completările ulterioare. Până la data prevăzută mai sus, înscrierea în cartea funciară a dreptului de proprietate și a altor drepturi reale, pe baza actelor prin care s-au transmis, constituit ori modificat în mod valabil, se face numai în scop de opozabilitate față de terți.

Referitor la posibilitatea instanței de a pronunța o hotărâre care să țină loc de contract de vânzare, Noul Cod civil prevede în art. 1279 alin. (3) (privind promisiunea de a contracta) că dacă promitentul refuză să încheie contractul promis, instanța, la cererea părții care și-a îndeplinit propriile obligații, poate să pronunțe o hotărâre care să țină loc de contract, atunci când natura contractului o permite, iar cerințele legii pentru validitatea acestuia sunt îndeplinite, aceste dispoziții nefiind aplicabile în cazul promisiunii de a încheia un contract real, dacă prin lege nu se prevede altfel.

În baza art. 1669 NCC privind promisiunea de vânzare și promisiunea de cumpărare, se stabilește că atunci când una dintre părțile care au încheiat o promisiune bilaterală de vânzare refuză, nejustificat, să încheie contractul promis, cealaltă parte poate cere pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract, dacă toate celelalte condiții de validitate sunt îndeplinite; dreptul la acțiune se prescrie în termen de 6 luni de la data la care contractul trebuia încheiat.

Uneori, înstrăinarea prin vânzare a anumitor imobile cunoaște limitări datorită existenței unui drept de preempțiune, ca drept prioritar la cumpărare¹⁷.

Noul Cod civil reglementează dreptul de preempțiune în art. 1730-1740, ca procedură generală, spre deosebire de Legea nr. 247/2005 (care nu făcea mențiuni privind dreptul de preempțiune), dar după modelul reglementărilor anterioare Legii nr. 247/2005 (Legea nr. 54/1998 etc.). Se recunoaște un drept de preempțiune al arendașului conform art. 1849 NCC, în sensul că arendașul are drept de preempțiune cu privire la bunurile agricole arendate, care se exercită potrivit art. 1730-1739 din cod. Se recunoaște un drept de preempțiune la vânzarea terenurilor din fondul forestier conform art. 1746 NCC, în sensul că terenurile din fondul forestier aflate în proprietate privată se pot vinde cu respectarea, în ordine, a dreptului de preempțiune al coproprietarilor sau vecinilor.

Separat de aceste dispoziții, Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan are caracter special și reglementează un drept de preempțiune legal, cu o procedură

¹⁷ Pentru dezvoltări privind drepturile de preempțiune recunoscute, a se vedea G. Boroș, C. A. Angheliescu, B. Nazat, *op. cit.*, pp. 53-55.

specifică¹⁸. Conform art. 4 alin. (1) din Legea nr. 17/2014, înstrăinarea, prin vânzare, a terenurilor agricole situate în extravilan se face cu respectarea condițiilor de fond și de formă prevăzute de Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare, și a dreptului de preempțiune al coproprietarilor, arendașilor, proprietarilor vecini, precum și al statului român, prin Agenția Domeniilor Statului, în această ordine, la preț și în condiții egale.

Referitor la dispozițiile tranzitorii și de punere în aplicare a prevederilor Codului civil, conform art. 123 din Legea 71/2011 de punere în aplicare a Noului Cod civil, de la data intrării în vigoare a Codului civil, prevederile referitoare la dreptul de preempțiune cuprinse în legile speciale aflate în vigoare la această dată se completează cu dispozițiile art. 1.730-1.740 din Codul civil. Pentru dreptul de preempțiune creat prin convenție, dispozițiile art. 1.730-1.740 din Codul civil se aplică numai în situația în care convenția a fost încheiată după intrarea în vigoare a Codului civil. Dreptul de preempțiune menționat este supus dispozițiilor art. 1.730-1.740 din Codul civil numai cu privire la contractele de vânzare încheiate după intrarea în vigoare a Codului civil.

Conform art. 123¹ din Legea 71/2011, în vederea aplicării prevederilor art. 1.746 din Codul civil, numai vecinii care sunt proprietari de fond forestier beneficiază de dreptul de preempțiune¹⁹ (adică nu se aplică dispozițiile și pentru proprietarii vecini de terenuri agricole).

Se recunoaște un dreptul de preempțiune la cumpărarea terenurilor din fondul forestier proprietate privată conform art. 45 din noul Cod silvic al României Legea nr. 46/2008, republicat în Monitorul Oficial nr. 611 din 12 august 2015: coproprietarii și vecinii proprietari de fond forestier, persoane fizice sau juridice, de drept public sau privat, au un drept de preempțiune, în ordinea prevăzută la art. 1.746 din Codul civil și în condițiile prezentei legi, la cumpărarea de terenuri din fondul forestier aflate în proprietate privată, la preț și în condiții egale. În situația în care terenul ce urmează a fi vândut este limitrof cu fondul forestier proprietate publică a statului sau a unităților administrativ-teritoriale, exercitarea dreptului de preempțiune al statului ori al unităților administrativ-teritoriale prevalează în raport cu dreptul de preempțiune al vecinilor. Dacă

¹⁸ Pentru detalii a se vedea și Jora, I. Ciochină Barbu, C. Constantin Corbu, *op. cit.*, pp. 146-151.

¹⁹ Art. 123¹ a fost introdus de subpct. 18 al pct. 22 al art. I din Legea nr. 60 din 10 aprilie 2012 publicată în Monitorul Oficial nr. 255 din 17 aprilie 2012.

niciunul dintre preemptori nu își manifestă intenția de cumpărare, vânzarea terenului este liberă.

Conform art. 34 din noul Cod silvic republicat, terenurile forestiere proprietate publica a statului nu fac obiectul constituirii dreptului de proprietate sau al vreunui dezmembrământ al acestuia²⁰.

În plus, organizarea, sistematizarea și amenajarea teritoriului și necesitățile privind urbanismul impun anumite limite ale exercitării dreptului de proprietate privată asupra terenurilor²¹. În acest sens, Legea nr. 350/2001 privind amenajarea teritoriului și urbanismul²² cuprinde reguli care limitează exercitarea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor (care sunt temei și pentru limite ale exercitării dreptului de proprietate privată asupra construcțiilor), adică reguli privind certificatul de urbanism, dispoziții privind documentațiile de amenajare a teritoriului (plan de amenajare a teritoriului zonal, plan de amenajare a teritoriului județean, art. 40) și documentațiile de urbanism (plan urbanistic general, regulamentul local aferent, plan urbanistic zonal și regulamentul local aferent, planul urbanistic de detaliu, art. 45).

II. Circulația juridică a construcțiilor

1. *Referitor la circulația juridică a construcțiilor*²³ un prim accent trebuie pus (și aici la fel a la circulația juridică a terenurilor) pe *principiul liberei circulații a construcțiilor conform căruia construcțiile proprietate privată sunt în circuitul civil general*, de la care există excepții și limitări. Astfel, construcțiile se pot înstrăina/dobânda prin modurile prevăzute de lege, adică prin contract, testament,

²⁰ Pentru dezvoltări, a se vedea C. Jora, I. Ciochină Barbu, C. Constantin Corbu, *op. cit.*, pp. 152-154.

²¹ A se vedea V. Stoica, *op. cit.*, p. 156;.

²² Cu modificări aduse de OUG nr. 100/2016 privind modificarea și completarea Legii nr. 350/2001 și a Legii 50/1991.

²³ Pentru dezvoltări privind circulația juridică a construcțiilor, a se vedea C. Bîrsan, *op. cit.*, pp. 112-115; I. Urs, P. E. Ispas, *op. cit.*, pp. 97-101; Cu privire la analiza evoluției reglementărilor legale privind circulația juridică a construcțiilor (Decretul 221/1950, Decretul 144/1958, Decretul lege nr. 61/1990 privind vânzarea de locuințe și spații cu altă destinație construite din fondurile statului către populație, Legea nr. 82/1992 pentru vânzarea de locuințe și spații cu altă destinație, construite din fondurile statului și din fondurile unităților economice și bugetare de stat etc.), a se vedea C. Jora, I. Ciochină Barbu, C. Constantin Corbu, *op. cit.*, pp. 151-155.

succesiune, uzucapiune etc., se poate înstrăina dreptul de proprietate și se pot constitui drepturi reale principale, dezmembrăminte ale proprietății.

2. Perioada anterioară anului 1990

Analizând mai întâi perioada anterioară anului 1990, construcțiile proprietate privată sunt în circuitul civil general, însă pentru transmiterea dreptului de proprietate și constituirea de drepturi reale era necesară: 1) o autorizație administrativă prealabilă dată în baza unui control administrativ prealabil cerut în cazul înstrăinărilor de construcții; 2) încheierea actului juridic în formă autentică, ambele condiții fiind cerute sub sancțiunea nulității absolute a actului încheiat cu nerespectarea acestora.

3. Perioada de după anul 1990

După anul 1990, se observă aplicarea principiului liberei circulații a construcțiilor conform căruia construcțiile proprietate privată sunt în circuitul civil general;

Se aplică în materia înstrăinării construcțiilor principiul consensualismului, în sensul că vânzarea se perfectează și are loc înstrăinarea construcției din momentul realizării acordului de voință al părților, fără a fi necesară o anumită formă prescrisă de lege. Conform art. 1295 alin. (1) din Codul civil anterior, vinderea este perfectă între părți și proprietatea este de drept strămutată la cumpărător, în privința vânzătorului, îndată ce părțile s-au învoit asupra lucrului și asupra prețului, deși lucrul încă nu se va fi predat și prețul încă nu se va fi numărat. Există excepții de exemplu, cu privire la înstrăinarea construcției prin donație, caz în care se cere forma autentică.

Referitor la transmiterea drepturilor asupra construcției din momentul încheierii contractului, conform art. 971 din Codul civil anterior, în contractele ce au de obiect translația proprietății, sau unui alt drept real, proprietatea sau dreptul se transmite prin efectul consimțământului părților, și lucrul rămâne în rizico-pericolul dobânditorului, chiar când nu i s-a făcut tradițiunea lucrului.

Înscrierea în cartea funciară are efect de opozabilitate față de terți a actului de înstrăinare (art. 25 Legea nr. 7/1996, în prezent abrogat). Conform art. 15 din Decretul-lege nr. 61/1990 privind vânzarea de locuințe construite din fondurile statului către populație, în caz de înstrăinare a locuinței dobândite în condițiile acestui act normativ, se transmite dobânditorului și dreptul de folosință asupra terenului, pe durata existenței construcției.

Legea locuinței nr. 114/1996 a fost modificată în anul 2008 prin introducerea art. 10¹ (prin OUG nr. 210/2008, modificat prin alineatul din Legea nr. 170/2010 începând cu 24.07.2010), conform căruia locuințele și unitățile individuale pot fi înstrăinate și dobândite prin acte juridice între vii, încheiate în formă autentică notarială, sub sancțiunea nulității absolute. Dovada dreptului de proprietate și a celorlalte drepturi reale asupra unei unități de locuit se face numai pe baza actelor de proprietate și a extrasului de carte funciară pentru informare.

4. *Noul Cod civil*

Noul Cod civil prevede aplicarea principiului liberei circulații a construcțiilor conform căruia construcțiile proprietate privată sunt în circuitul civil general, având în vedere și art. 12 NCC privind libertatea de a dispune, oricine poate dispune liber de bunurile sale, dacă legea nu prevede în mod expres altfel.

Așa cum a fost subliniat mai sus, trebuie observat că Noul Cod civil instituie un regim juridic unitar al circulației imobilelor în dreptul nostru civil, fără distincții între terenuri și construcții, chiar dacă în cazul terenurilor există unele dispoziții speciale care țin de categoria acestora, fără derogare totuși de la principiile generale²⁴.

În conținutul juridic al dreptului de proprietate care are ca obiect un teren există în mod firesc posibilitatea titularului de a edifica orice construcție sau de a permite unei alte persoane acest lucru, cu respectarea dispozițiilor legale ce țin de amplasarea construcțiilor și calitatea în construcții²⁵. Conform art. 559 NCC, proprietarul poate face, deasupra și în subsolul terenului, toate construcțiile, plantațiile și lucrările pe care le găsește de cuviință, în afară de excepțiile stabilite de lege, și poate trage din ele toate foloasele pe care acestea le-ar produce. El este ținut să respecte, în condițiile și în limitele determinate de lege, drepturile terților asupra resurselor minerale ale subsolului, izvoarelor și apelor subterane, lucrărilor și instalațiilor subterane și altora asemenea.

Conform principiului liberei circulații a bunurilor prevăzut de art. 1657 privind bunurile ce pot fi vândute, orice bun poate fi vândut în mod liber, dacă vânzarea nu este interzisă ori limitată prin lege sau prin convenție ori testament.

²⁴ A se vedea C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 125.

²⁵ G. Boroi, C. A. Angheliescu, B. Nazat, *op. cit.*, p. 39.

La contractul de vânzare regula este că vânzarea are ca efect strămutarea de drept a dreptului subiectiv din patrimoniul vânzătorului în patrimoniul cumpărătorului. Conform art. 1674 privind transmiterea proprietății cu excepția cazurilor prevăzute de lege ori dacă din voința părților nu rezultă contrariul, proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului, chiar dacă bunul nu a fost predat ori prețul nu a fost plătit încă.

Prin excepție, în cazul construcțiilor trebuie avute în vedere dispozițiile art. 1676 privind strămutarea proprietății imobilelor, potrivit căruia în materie de vânzare de imobile, strămutarea proprietății de la vânzător la cumpărător este supusă dispozițiilor de carte funciară.

La contractul de vânzare regula este că vânzarea se perfectează din momentul în care s-a realizat acordul de voință al părților nefiind necesar ca manifestarea de voință să îmbrace o anumită formă prescrisă de lege pentru a produce efecte juridice (principiul consensualismului, conform art. 1174, art. 1178).

Prin excepție de la regula caracterului consensual, în cazul construcțiilor, convențiile prin care se strămută sau se constituie drepturi reale care urmează a fi înscrise în cartea funciară trebuie să fie încheiate prin înscris autentic, sub sancțiunea nulității absolute (art. 1244).

Este relevant art. 876 alin. (3) NCC, conform căruia prin imobil se înțelege una sau mai multe parcele de teren alăturate, indiferent de categoria de folosință, cu sau fără construcții, aparținând aceluiași proprietar, situate pe teritoriul unei unități administrativ-teritoriale și care sunt identificate printr-un număr cadastral unic.

Conform art. 877 NCC drepturile reale imobiliare înscrise în cartea funciară sunt drepturi tabulare. Ele se dobândesc, se modifică și se sting numai cu respectarea regulilor de carte funciară.

Și cu privire la circulația juridică a construcțiilor este relevant art. 885 privind dobândirea și stingerea drepturilor reale asupra imobilelor, conform căruia sub rezerva unor dispoziții legale contrare, drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciară, pe baza actului sau faptului care a justificat înscrierea. Drepturile reale se vor pierde sau stingea numai prin radierea lor din cartea funciară, cu consimțământul titularului, dat prin înscris autentic notarial. Acest consimțământ nu este necesar dacă dreptul se stingea prin

împlinirea termenului arătat în înscriere ori prin decesul sau, după caz, prin încetarea existenței juridice a titularului, dacă acesta era o persoană juridică. Dacă dreptul ce urmează să fie radiat este grevat în folosul unei terțe persoane, radierea se va face cu păstrarea dreptului acestei persoane, cu excepția cazurilor anume prevăzute de lege. Hotărârea judecătorească definitivă sau, în cazurile prevăzute de lege, actul autorității administrative va înlocui acordul de voință sau, după caz, consimțământul titularului.

Pentru circulația juridică a construcțiilor trebuie avut în vedere și art. 886 privind dobândirea unor drepturi reale fără înscriere, care prevede că drepturile reale se dobândesc fără înscriere în cartea funciară când provin din moștenire, accesiune naturală, vânzare silită, expropriere pentru cauză de utilitate publică, precum și în alte cazuri expres prevăzute de lege, iar titularul drepturilor astfel dobândite nu va putea însă dispune de ele prin cartea funciară decât după ce s-a făcut înscrierea. Cu toate acestea, în cazul vânzării silită, dacă urmărirea imobilului nu a fost în prealabil notată în cartea funciară, drepturile reale astfel dobândite nu vor putea fi opuse terților dobânditori de bună-credință.

În baza art. 888 privind condițiile de înscriere, înscrierea în cartea funciară se efectuează în baza înscrisului autentic notarial, a hotărârii judecătorești rămase definitivă, a certificatului de moștenitor sau în baza unui alt act emis de autoritățile administrative, în cazurile în care legea prevede aceasta.

Conform art. 35 din Legea nr. 7/1996 republicată, notarul public care a întocmit un act prin care se transmite, se modifică, se constituie sau se stinge un drept real imobiliar este obligat să ceară, din oficiu, înscrierea în cartea funciară. În acest scop, va trimite cererea de înscriere a actului respectiv, în ziua întocmirii lui sau cel mai târziu în următoarea zi lucrătoare, la biroul teritorial în a cărui rază de activitate se află imobilul. Despre exercitarea acestei obligații se va face mențiune expresă în cuprinsul actului sau, după caz, al certificatului de moștenitor.

Conform art. 56 din Legea nr. 71 din 3 iunie 2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (articol care a fost modificat de subpct. 6 al pct. 22 al art. I din Legea nr. 60 din 10 aprilie 2012, publicată în Monitorul Oficial nr. 255 din 17 aprilie 2012), dispozițiile Codului civil privitoare la dobândirea drepturilor reale imobiliare prin efectul înscrierii acestora în cartea funciară se aplică numai după finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ-teritorială și deschiderea, la cerere sau din oficiu, a cărților

funciare pentru imobilele respective, în conformitate cu dispozițiile Legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Până la data prevăzută mai sus, înscrierea în cartea funciară a dreptului de proprietate și a altor drepturi reale, pe baza actelor prin care s-au transmis, constituit ori modificat în mod valabil, se face numai în scop de opozabilitate față de terți.

Sub aspectul regimului juridic aplicabil construcțiilor, sunt reglementări relevante cele din Legea nr. 350/2001 privind amenajarea teritoriului și urbanismul și Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, republicată²⁶. Deși sunt și dispoziții necorelate între cele două reglementări, există reguli care limitează exercitarea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor și care sunt temei și pentru limite ale exercitării dreptului de proprietate privată asupra construcțiilor: certificatul de urbanism (ca act administrativ obligatoriu de informare²⁷) și autorizația pentru executarea lucrărilor de construire sau desființare a construcțiilor sunt acte administrative cuprinse în

²⁶ Ambele cu modificări aduse de OUG nr. 100/2016 privind modificarea și completarea Legii nr. 350/2001 și a Legii 50/1991.

²⁷ Conform art. 32 alin. (1) din Legea nr. 350/2001, în cazul în care prin cererea pentru emiterea certificatului de urbanism se solicită o modificare de la prevederile documentațiilor de urbanism aprobate pentru zona respectivă sau dacă condițiile specifice ale amplasamentului ori natura obiectivelor de investiții o impun, autoritatea publică locală are dreptul ca, după caz, prin certificatul de urbanism: a) să respingă în mod justificat cererea de modificare a prevederilor documentațiilor de urbanism aprobate; b) să condiționeze autorizarea investiției de elaborarea și aprobarea de către autoritatea publică locală competentă a unui plan urbanistic zonal; c) să condiționeze autorizarea investiției de aprobarea de către autoritatea publică competentă a unui plan urbanistic zonal, elaborat și finanțat prin grija persoanelor fizice și/sau juridice interesate, numai în baza unui aviz prealabil de oportunitate întocmit de structura specializată condusă de arhitectul-șef și aprobat, după caz, conform competenței: de primarul localității; de primarul general al municipiului București; de președintele consiliului județean, cu avizul prealabil al primarului localităților interesate, doar în cazul în care teritoriul reglementat implică cel puțin două unități administrativ-teritoriale; d) să solicite elaborarea unui plan urbanistic de detaliu; e) să permită întocmirea documentației tehnice pentru autorizația de construire, fără elaborarea unei documentații de urbanism, în situația construirii pe o parcelă în cadrul unui front preexistent, în care clădirile de pe parcelele adiacente au același regim de înălțime cu cel solicitat. Alin. (1) al art. 32 a revenit la forma anterioară modificării aduse prin OUG nr. 100 din 15 decembrie 2016, publicată în Monitorul Oficial nr. 1.052 din 27 decembrie 2016, ca urmare a respingerii acestui act normativ prin Legea nr. 86 din 28 aprilie 2017, publicată în Monitorul Oficial nr. 313 din 2 mai 2017.

normele juridice în legătură cu exercitarea dreptului de proprietate privată asupra construcțiilor²⁸.

Conform art. 37 alin. (1) și (2) din Legea nr. 7/1996 republicată, dreptul de proprietate asupra construcțiilor se înscrie în cartea funciară în baza unui certificat de atestare eliberat de autoritatea locală emitentă a autorizației de construire, care să confirme că edificarea construcțiilor s-a efectuat conform autorizației de construire și că există proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, precum și a celorlalte dispoziții legale în materie și a unei documentații cadastrale. Construcțiile realizate înainte de 1 august 2001, care este data intrării în vigoare a Legii nr. 453/2001 pentru modificarea și completarea Legii nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții și unele măsuri pentru realizarea locuințelor, se intabulează, în lipsa autorizației de construire, în baza certificatului de atestare fiscală prin care se atestă achitarea tuturor obligațiilor fiscale de plată datorate autorității administrației publice locale în a cărei rază se află situată construcția, precum și a documentației cadastrale.

Conform art. 37 alin. (5) din Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 933 din 13 octombrie 2004, cu modificările și completările ulterioare, cu modificările aduse prin Legea nr. 127/2013, construcțiile executate fără autorizație de construire sau cu nerespectarea prevederilor acesteia, precum și cele care nu au efectuat recepția la terminarea lucrărilor, potrivit legii, nu se consideră finalizate și nu pot fi intabulate în cartea funciară. În aceasta situație se aplică în continuare sancțiunile prevăzute de lege. Construcțiile realizate înainte de 1 august 2001, care este data intrării în vigoare a Legii nr. 453/2001 pentru modificarea și completarea Legii nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții și unele măsuri pentru realizarea locuințelor, se intabulează, în lipsa autorizației de construire, în baza certificatului de atestare fiscală prin care se atestă achitarea tuturor obligațiilor fiscale de plată datorate autorității administrației publice locale în a cărei rază se află situată construcția, precum și a documentației cadastrale. În cazul în care construcțiile nu sunt înregistrate la autoritatea administrației publice locale competente, acestea se înregistrează dacă

²⁸ Pentru dezvoltări, a se vedea G. Boroi, C. A. Angheliescu, B. Nazat, *op. cit.*, pp. 40-48; V. Stoica, *op. cit.*, pp. 158-163; I. Urs, P. E. Ispas, *op. cit.*, pp. 99-101.

se achită impozitul aferent pe ultimii 5 ani anteriori depunerii declarației fiscale, inclusiv pentru anul în curs²⁹.

Conform art. 159 din Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală (cu modificări din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 25/2018), pentru înstrăinarea dreptului de proprietate asupra clădirilor, terenurilor și a mijloacelor de transport, proprietarii bunurilor ce se înstrăinează trebuie să prezinte *certificate de atestare fiscală* prin care să se ateste achitarea tuturor obligațiilor de plată datorate bugetului local al unității administrativ-teritoriale în a cărei rază se află înregistrat fiscal bunul ce se înstrăinează. Pentru bunul ce se înstrăinează, proprietarul bunului trebuie să achite impozitul datorat pentru anul în care se înstrăinează bunul, cu excepția cazului în care pentru bunul ce se înstrăinează impozitul se datorează de altă persoană decât proprietarul. Actele prin care se înstrăinează clădiri, terenuri, respectiv mijloace de transport, cu încălcarea acestor prevederi sunt nule de drept. Nu sunt aplicabile aceste reguli în cazul procedurii de executare silită, procedurii insolvenței și procedurilor de lichidare.

Conform art. 20 din Legea nr. 230/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari, proprietarii care își înstrăinează apartamentele sau spațiile cu altă destinație decât aceea de locuință sunt obligați ca la întocmirea formelor de înstrăinare să facă *dovada achitării la zi a cotelor de contribuție la cheltuielile asociației de proprietari*³⁰. Notarii publici nu vor autentifica actele de înstrăinare fără o adeverință din partea asociației de proprietari, care să reprezinte dovada achitării la zi a cotelor de contribuție la cheltuielile asociației de proprietari, eliberată în original sub semnătura președintelui și a administratorului asociației de proprietari, cu precizarea numelui și prenumelui acestora, și cu ștampila asociației de proprietari. Actele de înstrăinare încheiate cu nerespectarea acestei obligații sunt nule de drept. În cazul existenței unor datorii către asociația de proprietari, înstrăinarea proprietății se poate face numai dacă se introduce în contract o clauză privitoare la preluarea datoriilor de către cumpărător.

²⁹ Pentru dezvoltări, a se vedea G. Boroș, C. A. Angheliescu, B. Nazat, *op. cit.*, pp. 47-48.

³⁰ Pentru dezvoltări, a se vedea G. Boroș, C. A. Angheliescu, B. Nazat, *op. cit.*, p. 52.

III. Considerații privind măsurile legislative de retrocedare a proprietăților

La 11 iunie 1948, 1.050 de întreprinderi industriale, bancare sau de asigurări treceau în mâinile statului, ca „bun de consum al poporului”, conform Legii 119/1948 a naționalizării. Prin lege, aceste bunuri private erau luate și puse în domeniul statului, iar acțiunea era prezentată ca fiind „pentru binele poporului și în numele lui”. Procesul început în 1948 a continuat și în domeniul agrar. La 2 martie 1949, prin Decretul 84/1949, colectivizarea a început violent cu exproprierea proprietăților mai mari de 50 ha. Până în 1962 au fost confiscate aproape toate proprietățile agricole private din țară și comasate în întreprinderi agricole administrate de stat. Au urmat imobilele și locuințele. În anul 1950, prin Decretul 92/1950, au fost trecute „în proprietatea statului ca bunuri ale întregului popor, fără nicio despăgubire și libere de orice sarcini sau drepturi reale de orice fel”: imobilele foștilor industriași, moșieri, bancheri și mari comercianți, hotelurile cu întreg inventarul lor, imobilele în construcție, avariate sau distruse.

După 1989, majoritatea fostelor țări comuniste au abordat problema restituirii proprietăților. Astfel, în Albania, Bulgaria, Ungaria, Republica Cehă și în fosta Germanie de Est, legile de restituire a imobilelor naționalizate au fost adoptate înainte de sfârșitul anului 1993, în Croația în 1996, iar în Macedonia în 1998.

În România, problema restituirii proprietăților preluate abuziv este încă departe de a fi rezolvată.

În privința fondului funciar, prin adoptarea Legii nr. 18/1991 a fost reconstituit dreptul de proprietate al țăranilor români asupra unei suprafețe limitate din pământurile lor, adică numai pentru 10 hectare pe amplasamente hotărâte de comisiile pentru aplicarea legii.

În 1997, Legea nr. 169 le-a permis proprietarilor să depună cereri de restituire pentru 50 de hectare de teren agricol de familie și 30 de hectare de pădure de familie, urmând ca retrocedarea efectivă să se realizeze printr-o altă lege de modificare a Legii fondului funciar. Trei ani mai târziu, se adoptă Legea nr. 1/2000 prin care suprafața de pământ retrocedată s-a extins la 50 de hectare, însă emiteria titlurilor de proprietate a fost un proces foarte greu.

După încă doi ani, Parlamentul votează o nouă reformă a Legii nr. 1/2000 și anume Legea nr. 400/2002 – privind reconstituirea dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole și a celor forestiere. Această lege și cea din 2000 au permis împrumărirea rapidă a mii de oameni doar pe baza unor liste din 1945,

în care erau trecuți cei care ar fi urmat să primească terenuri agricole în baza reformei agrare de după război.

A urmat, în 2005, Legea nr. 247 prin care se consacra regula restituirii pe fostele amplasamente. Pădurile se restituiau integral, se restituiau și construcțiile aferente terenurilor agricole și forestiere din extravilan. Proprietarii pe ale căror terenuri se află investiții erau despăgubiți. Foștii proprietari ar fi fost despăgubiți de Fondul Proprietatea prin acțiuni reprezentând valoarea actuală a imobilelor care nu se restituiau în natură.

Începând de la Legea 18 din 1991 până în prezent, au fost adoptate zeci de acte normative – legi și ordonanțe de urgență – pentru a reglementa proprietatea funciară.

În privința proprietăților imobiliare industriale, bancare, precum și a gospodăriilor țărănești situația este nerezolvată.

Prin Legea 15/1990 aceste proprietăți au fost preluate „din nou” de stat și date în proprietate instituțiilor care le ocupau, în fapt, la data emiterii actului normativ. Multe dintre aceste bunuri imobile au fost scoase la privatizare și vândute unor persoane fizice și juridice române sau străine.

Problema cea mai controversată rămâne cea a „caselor naționalizate”, adică a retrocedării locuințelor/imobilelor preluate abuziv în perioada comunistă, indiferent de actul normativ aplicat la momentul preluării.

După unele estimări, în ianuarie 1990, între două și trei milioane de persoane se aflau, în România, în postura de chiriași în imobilele naționalizate.

Foștii proprietari sau moștenitorii acestora – împreună cu o parte extrem de activă a societății civile, au încercat în mod constant să promoveze pe agenda legislativului adoptarea de politici de restituire *in integrum*. Cu toate acestea, majoritatea țărilor este europene au optat pentru acordarea de despăgubiri, eșalonate pe lungi perioade de timp. Mulți dintre foștii proprietari au apelat la justiție înaintând acțiuni pentru a-și revendica proprietățile.

Presiunile interne și internaționale au dus, în septembrie 1995, la votarea în Parlamentul României a primei legi privind restituirea imobilelor naționalizate.

Prima reglementare, Legea nr. 112/1995 a reprezentat un compromis. Se restituiau, în natură, acele clădiri naționalizate „cu titlu”, în cazul în care foștii proprietari locuiau în postura de chiriași ai statului, în respectivele clădiri. Chiriașilor care ocupau celelalte imobile naționalizate le-a fost permisă cumpărarea lor, la valoarea contabilă, ceea ce, în condițiile hiperinflației anilor 1990, nu

însemna prea mult. Se vindeau doar clădirile sau locuințele, nu și terenul aferent. Foștii proprietari urmau să primească despăgubiri din partea statului, în virtutea unei viitoare legi speciale care ar fi urmat să stabilească procedura, care însă nu a mai fost votată.

Legea a nemulțumit pe foștii proprietari. Au fost înstrăinate către chiriași peste 85% din totalul imobilelor preluate abuziv. Pentru foștii proprietari, soluția găsită a fost următoarea: despăgubirea în bani, dar numai în limita a 40% din valoarea locuinței și a terenurilor aferente. Apariția acestei legi a creat numeroase litigii între foștii proprietari și chiriașii deveniți proprietari.

A doua lege a retrocedării imobiliare, Legea nr. 10/2001 dorea să repare lentoarea din legislația anterioară, în condițiile în care deciziile pronunțate de CEDO obligau statul la despăgubiri costisitoare. S-a realizat o reglementare globală a situației, cu referire atât la imobilele preluate cu titlu, cât și la cele preluate fără titlu. Legea nr. 10/2001 dădea foștilor proprietari dreptul să primească în natură locuințele și terenurile în condițiile în care preluarea a fost abuzivă, sau numai a terenurilor respective, în cazul în care locuința nu mai putea fi restituită în natură.

Cea mai disputată excepție a legii a fost cea referitoare la chiriașii care au cumpărat imobilele în baza Legii nr. 112/1995. Aceștia păstrează statutul de proprietar dacă au cumpărat imobilul „cu bună credință”, formulare menită să asigure o doză de protecție a chiriașilor. Foștii proprietari care primiseră despăgubiri plafonate pe Legea nr. 112/1995 urmau să primească diferența până la valoarea integrală a locuințelor și a terenurilor care nu au fost restituite în natură. Legea a fost văzută ca o nouă speranță în îndreptarea greșelilor făcute prin actul normativ precedent, dar a dat naștere la speculații, nemulțumiri și un nou șir de procese.

În 2003, Guvernul modifică Legea nr. 10/2001. Prin normele metodologice date de HG nr. 498/2003 este consacrat principiul valabilității contractelor de vânzare-cumpărare întocmite de stat cu chiriașii din casele naționalizate numai pe principiul bunei credințe a cumpărătorului.

Legea nr. 1/2009 modifică Legea nr. 10 și interzice restituirea în natură către foștii proprietari a terenurilor aferente caselor cumpărate de foștii chiriași.

În aprilie 2005, a fost înființată, în subordinea primului-ministru, Autoritatea Națională pentru Restituirea Proprietăților, pentru finalizarea operațiunilor de retrocedare a imobilelor, terenurilor agricole și forestiere confiscate în timpul

regimului comunist sau de despăgubire a foștilor proprietari. În acel moment, autoritățile locale primiseră deja 210.000 notificări, dintre care 128.000 cereri pentru retrocedarea în natură a proprietăților, iar restul, la acordarea de despăgubiri în echivalent. Termenul-limită de depunere a cererilor de către populație a fost decembrie 2005.

Procesul nu este încheiat nici astăzi.

IV. Concluzii

Examinând transformările suferite de instituția circulației juridice a imobilelor în România ultimelor decenii, evoluția către o reglementare modernă, suplă, unificată este evidentă. Cu ezitări și reveniri, legislația consacră despărțirea de soluțiile constrângătoare ale limitărilor dreptului de proprietate și permite într-o manieră mai liberală exprimarea voinței individuale. Sigur, în acest domeniu, interesul legiuitorului rămâne acela de asigurare a securității drepturilor patrimoniale prin norme care să crească gradul de securitate dinamică ca expresie a ocrotirii modurilor prin care se dobândesc drepturile patrimoniale. Din această perspectivă, trecerea în viitor la efectul constitutiv al înscrierii cartea funciară poate permite renovarea totală a condițiilor circulației juridice a imobilelor. Atât timp cât nu doar opozabilitatea față de terți, ci și constituirea sau transmiterea drepturilor reale este condiționată de îndeplinirea formalităților specifice, funcția informativă este absorbită în funcția translativă sau constitutivă și, deci, se poate renunța în viitor la orice alte măsuri de control al circulației juridice a imobilelor.

**Cerințe specifice contractelor bancare
încheiate cu consumatorii**
**Specific Requirements of Banking Contracts
Concluded with Consumers**

Luiza-Cristina Gavrilescu¹

Rezumat: Datorită specificului operațiunilor care le formează obiectul, contractele bancare comportă unele condiții speciale de validitate, iar mecanismul lor de formare presupune îndeplinirea unor cerințe particulare. Fundamentul instituirii unor cerințe speciale de validitate îl constituie necesitatea protecției consumatorilor față de posibilele abuzuri la care ar putea fi supuși ca urmare a semnării unor contracte de adeziune cu banca. Condițiile speciale vizează asigurarea unui tratament juridic echitabil pentru părți, bazat pe o arhitectură echilibrată a contractului. În procesul de formare a contractului, un rol însemnat îl au îndeplinirea de către bancă a unor cerințe de informare și consiliere a clienților, pentru a le permite acestora să-și dea consimțământul în cunoștință de cauză. În acest scop se impune un anumit formalism informativ al contractului. Totodată, la încheierea contractului banca trebuie să acționeze cu prudență și diligență, asigurând păstrarea confidențialității cu privire la informațiile furnizate de către client.

Cuvinte-cheie: contracte bancare, consumatori, condiții speciale de validitate, informare și consiliere, prudență și diligență.

Abstract: Due to the specific nature of the transactions forming their object, banking contracts impose complying with certain special conditions of validity, and their forming mechanism implies fulfillment of certain particular requirements. The reason of establishing specific validity requirements is the need to protect consumers from any possible abuse they could face as a result of signing adherence contracts with the bank. The specific conditions aim at ensuring a fair legal treatment for the parties, based on a balanced architecture of the contract. In the process of forming the contract, the bank has a significant role to play in

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

informing and counseling customers, in order to enable them to give an informed consent. For this purpose, a certain informal formalism of the contract is required. At the same time, upon the conclusion of the contract, the bank must act with diligence and vigilance, ensuring the confidentiality of the information provided by the client.

Keywords: banking contracts, consumers, specific validity conditions, informing and counseling, prudence and vigilance.

1. Fundamentul instituirii unor cerințe specifice

Fiind reflectarea unor operațiuni complexe, formarea valabilă a contractelor bancare este supusă unor condiții mai riguroase față de cele impuse altor contracte din sfera dreptului privat. Întrucât contractul bancar are natura unui contract de adeziune, clauzele sale esențiale sunt impuse și redactate de către bancă, clientul neavând decât să le accepte ca atare. Având în vedere posibilitățile extrem de limitate de negociere a clauzelor contractului de către clientul consumator, există riscul creării unor dezechilibre în ceea ce privește drepturile și obligațiile părților, cu consecințe prejudiciabile pentru cocontractantul consumator.

Calitatea de consumator o are persoana fizică ce acționează într-un scop străin de activitatea sa profesională, adică pentru satisfacerea unor nevoi de consum, personale sau familiale.

Pentru a preîntâmpina inserarea de către stipulant a unor clauze abuzive, legea stabilește în contractele de adeziune o regulă de interpretare favorabilă aderentului, în sensul că stipulațiile înscrise se interpretează împotriva celui care le-a propus – art. 1.269 alin. (2) C. civ. Așa, de pildă, sunt dispozițiile art. 1.671 și art. 2.515 C. civ., citate și la contractul de adeziune, referitoare la interpretarea clauzelor îndoielnice (care se interpretează în favoarea consumatorului și împotriva vânzătorului) și la restricția expresă impusă părților contractante de a deroga de la regulile relative la prescripția extinctivă într-un contract încheiat cu consumatorii². Normele din materia protecției consumatorilor fac parte din categoria celor de ordine publică, ceea ce înseamnă că sunt imperative și deci nu pot fi modificate sau șterse prin clauze contractuale contrare.

² A se vedea G. Tița Nicolescu, *Contractul de adeziune și contractul încheiat cu consumatorii. Clauzele externe și clauzele neuzuale. Clauzele nescrise* în Revista Universul Juridic nr. 2/2018, pp. 23-32.

Arhitectura contractelor bancare are la bază elementele comune oricărui contract, reglementarea lor fiind dată de dreptul comun, însă se desăvârșește prin unele elemente particulare. Unele din aceste cerințe speciale sunt comune oricăror contracte încheiate cu consumatorii, fiind instituite de legislația de protecție a consumatorilor, altele sunt proprii contractelor bancare, stabilite prin reglementări ce vizează anumite categorii de contracte, în special cele de credit.

2. Cerințe speciale privind condițiile de validitate

Valabila încheiere a contractelor bancare este supusă condițiilor impuse de prevederile art. 1164-2499 C. civ. Acestor condiții aplicabile în virtutea dreptului comun li se adaugă condițiile generale de bancă, menite să guverneze ansamblul operațiunilor dintre bancă și client, de natură să influențeze cadrul contractual.

Ca în cazul oricăror contracte și în cazul contractelor bancare legea impune respectarea unor cerințe de fond privind capacitatea părților contractante, consimțământul acestora, obiectul și cauza operațiunii. Îndeplinirea acestor condiții este circumscrisă satisfacerii anumitor cerințe speciale, proprii raporturilor de drept bancar. Cât privește forma în care trebuie încheiate contractele bancare, aceasta este supusă unor exigențe sporite față de cele impuse de dreptul comun.

• Cerințe privind capacitatea

Capacitatea părților este analizată distinct, în raport cu categoria căreia îi aparține persoana care încheie contractul bancar. Subiectele raportului juridic de tip bancar sunt societatea bancară și clientul său, care poate fi o persoană fizică sau una juridică. Pentru a fi încadrată în categoria consumatorilor, persoana fizică trebuie să încheie contractul cu banca în afara scopurilor profesionale.

Pentru a putea contracta, persoana fizică trebuie să aibă capacitate deplină de exercițiu, dobândită odată cu vârsta majoratului. Interzisul judecătoresc și minorii sub 14 ani pot încheia contracte bancare prin reprezentanții lor legali. Minorii cu capacitate de exercițiu restrânsă pot încheia contracte bancare numai asistați de ocrotitori lor legali. Se admite însă încheierea unor contracte de depozit bancar special de către minorii cu vârsta între 14 și 18 ani personal și singur, fără vreo aprobare, încuviințare sau autorizare. Pentru prevenirea

situațiilor litigioase, banca este obligată să verifice capacitatea juridică a clientului și a puterii celui care îl reprezintă³.

În ceea ce privește instituția de credit, aceasta trebuie să îndeplinească condițiile prevăzute de legislația specială pentru a-și desfășura activitatea deci implicit a încheia contracte. În funcție de regimul juridic care le este aplicabil, în sistemul bancar din România există bănci supuse dreptului comun și bănci cu statut special. Principiul este că băncile sunt guvernate de Legea nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, care constituie reglementarea de drept comun în materie. Băncile îmbracă forma juridică a societăților pe acțiuni având ca obiect principal de activitate atragerea de fonduri și acordarea de credite, precum și efectuarea de servicii bancare.

- *Cerințe privind consimțământul*

Principiul consensualismului este aplicabil și în materia contractelor bancare, însă influențat de aspecte particulare.

Consimțământul băncii trebuie dat în formă scrisă, fiind particularizat în funcție de contractul încheiat, prin intermediul reprezentantului legal, desemnat de consiliul de administrație sau de funcționarul bancar desemnat pentru efectuarea acestei operațiuni. Existența consimțământului băncii nu poate fi dedusă din simpla ofertă adresată publicului, ca în cazul unei vânzării comerciale de bunuri mobile, sau ca în cazul prestării unor servicii publice⁴.

Consimțământul clientului, pentru a fi valabil, trebuie să provină de la o persoană cu discernământ, cu capacitate deplină de exercițiu, să fie serios, liber și neviciat, exprimat în cunoștință de cauză cu privire la conținutul și efectele contractului bancar. Această ultimă condiție este strâns legată de obligația de informare a băncii.

Consimțământul clientului se exteriorizează prin semnarea formularului redactat de bancă, clauzele contractului fiind deci prestabilite.

Formularul nu conține numai clauze esențiale, banca are obligația să informeze clientul asupra tuturor angajamentelor reciproce ale părților. Obligația de informare cuprinde aducerea la cunoștință a clientului a tuturor clauzelor contractului, trebuind să existe certitudinea că acestea au fost cunoscute și

³ A se vedea R. Postolache, *Drept bancar*, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 265.

⁴ A se vedea L. Săuleanu, L. Smarandache, A. Dodocioiu, *Drept Bancar*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 375.

acceptate de client în momentul semnării contractului. În acest scop, la cererea clientului, banca este obligată să îi pună la dispoziție atât condițiile cadru de contractare, cât și un draft de contract.

Toate clauzele contractului care îi conferă băncii drepturi specifice (cum ar fi dreptul de-a rezilia unilateral și intempestiv contractul încheiat sau de a majora dobânda pe parcursul executării contractului de credit) sunt opozabile clientului și produc efecte juridice numai dacă există certitudinea că aceste clauze au fost cunoscute și acceptate de client în momentul semnării contractului.

Distinct de aceste clauze, contractul se consideră completat de drept cu normele legale în vigoare și cu uzurile bancare⁵.

- *Cerințe privind obiectul*

Obiectul contractelor bancare este reprezentat de operațiunile prevăzute de art. 18 alin. (1) lit. a)-r) din O.U.G nr. 99/2006 (atragere de depozite și alte fonduri rambursabile, acordare de credite, leasing financiar, servicii de plată, emitere de garanții și asumare de angajamente, tranzacționare în cont propriu și/sau pe contul clienților, închiriere de casete de siguranță, ș.a.). Prețul serviciilor bancare datorat de client trebuie să fie precis determinat prin contract. Altfel, lipsa negocierii clauzelor referitoare, în principal, la dobândă sau la comisionul de risc impus de bancă a condus la soluția declarării lor prin lege drept abuzive.

- *Cerințe privind cauza*

Potrivit prevederilor art. 1236 alin. (1) C. civ., cauza trebuie să existe, să fie licită și morală. Sunt interzise clauzele bancare ilegale, cum ar fi clauzele privind „spălarea banilor”⁶.

- *Cerințe privind forma*

Cu toate că fac parte din categoria contractelor consensuale, contractele bancare trebuie încheiate în formă scrisă. În toate contractele bancare s-a statornicit această practică pentru a se putea dovedi existența contractului.

În cazul creditelor destinate consumatorilor se impune respectarea cu strictețe a cerințelor menite să asigure corecta lor informare. Cerințele legale în materie de formalism informativ cuprind obligația redactării în scris a contractelor,

⁵ A se vedea I. Turcu, *Operațiuni și contracte bancare. Tratat de drept bancar*, Editura Lumina Lex, București, 2004, p. 27-35.

⁶ A se vedea C.A. Gheorghe, *Drept Bancar*, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 201.

într-un format accesibil descris de lege, care implică includerea mențiunilor privind drepturile și îndatoririle părților. Un anumit formalism este impus și din motive de ordine publică, de exemplu, pentru relevarea fiscalității. Se cere ca redactarea contractului să se facă pe un suport durabil, cu respectarea regulii pluralității de exemplare.

3. Cerințe specifice privind mecanismul de formare

Încheierea contractelor bancare, ca de altfel a oricăror contracte de adeziune, presupune utilizarea anumitor tipare elaborate pe formatul condițiilor generale de contractare practicate de profesionistul bancar ofertant, ce vor fi redactate în conținutul contractelor individuale la care aderă clienții⁷.

Mecanismul încheierii contractelor bancare constă în acceptarea de către client, prin semnare, a acestor formulare tipizate redactate de bănci, în cuprinsul cărora se regăsesc și clauze negociabile. Negocierea se referă la implicarea directă a clientului în elaborarea clauzelor, iar dovada negocierii incumbă creditorului bancar. Semnarea contractului de către client nu constituie prin ea însăși o dovadă a negocierii și nu exclude dreptul clientului de a cere înlăturarea unei clauze pe motiv că este abuzivă. În absența producerii de către bancă a probei negocierii contractului și în măsura în care, contrar bunei credințe, clauzele contractului creează un dezechilibru semnificativ poziției contractuale a părților, clientul poate cere ca acestea să nu producă efecte împotriva sa.

Cerințele normative speciale impuse în materia contractelor bancare se justifică prin prisma necesității de a proteja clienții băncii față de riscul de a le fi alterată voința în condițiile în care aceștia nu au decât într-o mică măsură dreptul de a negocia clauzele preformulate ale contractelor bancare. Potrivit art. 117 din O.U.G. nr. 99/2006, instituțiile de credit pot derula tranzacții cu clienții doar pe baze contractuale, acționând într-o manieră prudentă și cu respectarea legislației specifice în domeniul protecției consumatorului. Documentele contractuale trebuie să fie redactate astfel încât să permită clienților înțelegerea tuturor termenilor și condițiilor contractului, în special, a prestațiilor la care aceștia se obligă. Instituțiile de credit nu pot pretinde clientului dobânzi, penalități,

⁷ A se vedea L. Bercea, *Configurarea contractelor standard. O aplicație la noile acțiuni în eliminarea clauzelor abuzive din contractele de consum*, în *Curierul Judiciar* nr. 6/2013, pp. 347-351.

comisioane, ori alte costuri și speze bancare, dacă plata acestora nu este stipulată în contract.

Rezultă așadar că pentru valabila formare a contractelor bancare se impune ca instituțiile de credit, în calitate de parte care prefigurează conținutul contractului, să își aducă la îndeplinire obligațiile legale menite să asigure protecția clientului cocontractant. Aceste obligații legale sunt în principal următoarele: obligația de informare și consiliere; obligația de prudență și vigilență; obligația de confidențialitate. Prin prevederile O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, respectiv prin cele ale O.U.G. nr. 52/2016 s-a perfecționat cadrul juridic aplicabil formării convențiilor de credit încheiate cu consumatorii.

Toate aceste obligații trebuie să fie aduse la îndeplinire cu bună credință de către profesionist, ceea ce presupune ca acesta să acționeze onest și să nu profite de poziția sa de superioritate în raport cu consumatorul⁸. Se poate aprecia că banca a acționat corect și echitabil față de consumator dacă se putea aștepta, în mod rezonabil, ca acesta să accepte clauzele contractuale în urma unei negocieri individuale. Evaluarea poziției profesionistului presupune luarea în considerare a mai multor elemente anterioare, concomitente și chiar ulterioare încheierii contractului.

• *Cerința informării și consilierii clientului*

Dat fiind caracterul complex al contractului bancar și tehnicitatea termenilor utilizați în cuprinsul său, se impune o prealabilă informare și consiliere a clientului, pentru ca acesta să poată compara mai multe oferte și să se angajeze conștient asupra celei mai potrivite intereselor și posibilităților sale.

Pentru a da clientului posibilitatea să adere în cunoștință de cauză la clauzele contractuale, se cere ca acestea să fie redactate într-un limbaj clar și inteligibil. Această cerință rezultă din cuprinsul art. 3 și 5 din Directiva 93/13, precum și din cuprinsul pct. 1 lit. j) și l) și din cuprinsul pct. 2 lit. b) din anexa la această directivă. În practică s-a interpretat că cerința clarității vizează în principal aspectul redacțional al clauzei, în timp ce inteligibilitatea vizează identificarea conținutului precis al termenilor folosiți. Prin aceasta se urmărește

⁸ A se vedea D. A. P. Florescu, A. Bordea, R. Popa, *Contractul de credit bancar*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 50.

îndeosebi ca clientul să aibă reprezentarea clară a rațiunilor și fundamentelor relative la conținutul clauzelor și la efectele acestora în ansamblu.

Întinderea obligației de informare include furnizarea de date și explicații cu privire la: condițiile în care este prestat serviciu de către bancă; dacă acesta este adecvat nevoilor clientului (de exemplu, dacă tipul de cont este compatibil cu operațiunile pe care își propune să le efectueze clientul; dacă genul de credit documentar propus de client este corespunzător operațiunii de import pe care a contractat-o cu partenerul extern; dacă documente pretinse sunt complete și adecvate în raport cu obiectul contractului etc.).

Informațiile relevante trebuie furnizate de către bancă cu minim 15 zile înainte ca un consumator să încheie un contract de credit sau să accepte o ofertă. Datele necesare formării convingerii clientului trebuie să se materializeze în scris, pe un suport durabil, prin intermediul formularului „Informații standard la nivel european privind creditul pentru consumatori” prevăzut în Anexa nr. 2 a O.U.G. nr. 50/2010. În cuprinsul art. 25 se regăsește o listă limitativă, imperativă, a informațiilor standard obligatorii care trebuie furnizate consumatorilor în faza precontractuală, între care: tipul de credit, identitatea și sediul creditorului; valoarea totală a creditului și condițiile de tragere; durata contractului; rata dobânzii aferente; formula de calcul a dobânzii; condițiile de încetare a contractului. Se recomandă totodată utilizarea unui exemplu de calcul reprezentativ.

Contractele de credit destinate consumatorilor trebuie să conțină informații complete, clare și ușor de înțeles, în limba română. Conform regulii transparenței, este interzisă orice practică bancară dolosivă prin care informațiile oferite consumatorului cu privire la contractul de credit sun neclare, excesiv de tehnice sau voit omisive.

Obligația de informare se menține și pe parcursul derulării contractului, în privința eventualelor modificări operate de către bancă cu privire la unele condiții ale contractului, în limitele permise de lege. Astfel, orice modificare a ratei dobânzii trebuie comunicată clientului pentru ca acesta să poată decide dacă o acceptă ca atare sau în condițiile unei eventuale reeșalonări sau refinanțări a creditului.

Îndatorirea băncii nu se rezumă la informare, ci presupune și consilierea clientului, fiind datoare să îi expună ansamblul efectelor juridice ale serviciului contractat și să-i ofere alternativele posibile pentru ca opțiunea acestuia să fie exprimată în deplină cunoștință de cauză. Astfel, dacă obligația de informare este

una generală, având ca obiect comunicarea de date obiective, obligația de consiliere constă în transmiterea, cu bună credință, a unor informații exacte, legate de o situație dată. În practică este dificil a disocia cele două obligații⁹.

Neexercitată sau exercitată necorespunzător, informarea se poate constitui într-un viciu de consimțământ – dolul.

Obligația de informare și de consiliere nu are însă menirea de a lărgi însuși obiectul serviciului. Bunăoară, cu ocazia deschiderii unui credit, banca nu este datoare să-l sfătuiască pe client asupra celei mai potrivite utilizări a fondurilor. În ipoteza depunerii în depozit a unor titluri (acțiuni) banca nu este ținută să-l informeze asupra factorilor care influențează cursul acestora, decât dacă acțiunile i-au fost încredințate pentru a fi gestionate, încât clientul să poată decide dacă le păstrează sau le vinde. În concluzie, obiectul obligației de informare și consiliere este circumscris mijloacelor strâns legate de serviciul prestat, fără să se extindă asupra gestiunii patrimoniului clientului, sau asupra rezultatelor acestei activități economice a acestuia¹⁰.

În cazul contractelor de credit încheiate cu consumatorii, banca este datoare să-i evidențieze clientului oportunitatea în plan tehnic și financiar a încheierii contractului, ceea ce implică și asigurarea faptului că acel credit corespunde trebuințelor concrete ale clientului. După cum rezultă din art. 18 alin. (1) din O.U.G. nr. 50/2010, creditorii au obligația de a conferi consumatorilor explicații menite să le permită să evalueze dacă acel contract propus este adaptat nevoilor și situației lor financiare.

Răspunderea băncii poate fi antrenată pentru prejudiciul suferit de client în situația în care pierderea ar fi fost evitabilă, dacă banca ar fi avut inițiativa de a-l informa și sfătui pe client, prin raportare la îndatorirea de prudență a băncii¹¹.

Într-o primă ipoteză, culpa băncii poate fi reținută numai dacă ea cunoaște atât ignoranța clientului cât și această ignoranță în operațiunea bancară, concretă care va fi efectuată¹². De exemplu, în situația remiterii unui cec pentru încasare,

⁹ A se vedea L. B. Săuleanu, *Obligația Băncilor de informare a consumatorilor în cazul creditelor acordate în franci elvețieni*, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 8/2015, p. 85-91.

¹⁰ A se vedea L. E. Smarandache, *Contextul apariției și aportul O.U.G. nr. 50/2010 în materia obligației profesionale de informare* în Revista Română de Dreptul Afacerilor nr. 3/2011.

¹¹ A se vedea A.-J. Goicovici, *Clauze abuzive versus clauze lezionare în contractele consumatorilor*, în Jurisprudentia nr. 4/2014, p. 83-99.

¹² [Online] la <https://www.juristnet.ro/documentatie/dreptul-afacerilor/incheierea-contractelor-bancare/>.

dacă banca nu-l informează pe client asupra absenței acoperirii în timp util, determinându-l astfel să piardă posibilitatea de a interveni contra emitentului sau dacă banca nu semnalizează imediat clientului că cecul remis spre încasare este falsificat.

Într-o altă ipoteză, stabilirea culpei băncii de a nu fi prezumat că clientul este ignorant a determinant jurisprudența să admită un echilibru just între preîntâmpinarea riscurilor acestei ignoranțe și evitarea îngreunării excesive a obligațiilor băncii. Uneori instanța a reținut că banca era datoare să-l informeze pe client asupra riscurilor speculațiilor bursiere, chiar dacă clientul se pricepea să efectueze asemenea operațiuni. Într-un alt caz, instanța a apreciat că banca este în culpă deoarece nu l-a informat pe clientul care i-a prezentat o cambie pentru scont că trasul este insolubil și în acest scop nu s-a informat ea însăși asupra solvabilității trasului, prezumând că clientul ignoră riscul insolvabilității.

Vinovăția băncii de a nu fi presupus ignoranța clientului poate fi reținută numai excepțional, fiind de datoria clientului să ceară informațiile de necesare efectuării respectivei operațiuni, eventual explicații suplimentare.

Fiind o obligație de rezultat, exercitarea necorespunzătoare a obligației de informare are consecințe asupra contractului încheiat sau asupra modificării acestuia, după caz. Această reglementare a urmărit evitarea asumării unor clauze în necunoștință de cauză¹³.

- *Vigilența și prudența în verificarea legalității operațiunilor*

Cu ocazia stabilirii raporturilor contractuale, banca trebuie să acționeze cu diligența unui bun profesionist. În cazul operațiunilor prezentând riscuri pentru părțile implicate (instituția de credit, client, terți) se cere ca banca să dea dovadă de maximă vigilență pentru evitarea acestora.

În calitate de prestatoare de servicii, banca este răspunzătoare dacă participă în mod deliberat sau din imprudență la fapta ilicită a clientului. În practica operațiunilor bancare s-au întâlnit situații în care executarea ordinelor clientului a condus banca la participarea, în cunoștință de cauză, la operațiuni ilicite cauzatoare de prejudicii terțelor persoane: fraude fiscale, depozite de titluri furate, scontarea unor titluri de credit fictive, încasarea unor cecuri furate etc. În virtutea obligației de prudență, banca trebuie să se informeze asupra regularității operațiunii solicitate. Pe acest temei s-a reținut răspunderea solidară a băncii cu

¹³ A se vedea R. Postolache, *op. cit.*, p. 271.

clientul nu numai pentru ceea ce știa ci și pentru ceea ce trebuia să știe că este ilicit și păgubitor pentru terțe persoane.

Pentru a-și acoperi riscul insolvabilității clientului debitor, în cazul contractelor de credit, banca reclamă și constituirea unei garanții adecvate. În consecință, contractele de acest tip se vor socoti încheiate sub condiția suspensivă sau rezolutorie a constituirii garanțiilor solicitate. Fiind accesorii contractului principal, garanțiile nu se pot încheia anterior, ci cel mult concomitent contractului de credit. Instituția de credit mai poate impune clientului acoperirea riscurilor legate de executarea contractului prin condiționarea acordării creditului de subscrierea unei asigurări.

Îndeplinirea cerinței diligenței presupune observarea de către bancă a anomaliilor pe care le prezintă operațiunea ce face obiectul contractului. Inacțiunea băncii în semnalarea acestor nereguli poate atrage răspunderea sa pentru prejudiciile cauzate. Se impune a se face diferența între anomaliile aparente și cele ascunse, responsabilitatea instituției de credit nefiind angajată în cazul celor din urmă.

Se consideră a fi aparentă anomalia care nu trebuie să scape unei vigilențe bancare normale (de exemplu, aparența falsificării unor titluri de valoare). Jurisprudența a identificat două categorii de anomalii aparente: materiale și intelectuale. În cadrul primei categorii sunt cuprinse girurile neregulate, coordonările și alte alterări sau suprapuneri de scriere. Cea de a doua categorie se referă la situația în care operațiunea ar putea fi suspectată de neregularitatea pe baza unor elemente obiective ce decurg din conținutul ei, cum sunt de exemplu: inexistența băncii desemnată ca tras într-un cec remis pentru încasare; repetarea sistematică a unor operațiuni care nasc bănuiala că titlurile de credit sunt de complezență (în sensul că au fost emise pentru realizarea unei escrocherii prin scont); mișcări de fonduri anormale lăsând să se bănuiască o deturnare de fonduri sociale de către un administrator; amploarea operațiunilor efectuate; numărul anormal de ridicat al titlurilor la purtător prezentate de o persoană despre care banca știa că se află în situație economică precară.

În practică, anomalia a fost apreciată distinct de la caz la caz, întrucât nu toate situațiile reclamă același grad de vigilență. Suspiciunea de fraudă depinde de natura operațiunii și de persoana care o efectuează. Astfel, prezentarea spre încasarea unui cec, reclamă o vigilență sporită dacă beneficiarul remitent este

pentru bancă un client nou. La fel, banca trebuie să fie mai vigilentă dacă în funcționarea aceluși cont au apărut anterior incidente.

Obligația de vigilență nu trebuie să conducă la imixtiunea instituției de credit în afacerile clientului. În fapt, granița dintre vigilență și neingerință este dificil de stabilit¹⁴.

Pentru a restrânge obligația băncii de a se informa asupra regularității operațiunii, în practică s-a invocat principiul potrivit căruia în lipsa unor semne evidente de fraudă, banca nu are datoria de a efectua vreo verificare în cauză, deoarece aceasta ar implica o ingerință în afacerile clientului.

Principiul potrivit căruia banca nu se amestecă în afacerile clienților săi este invocat în practică pentru a se înlătura răspunderea acesteia față de terțele persoane în ipoteza participării băncii la activitatea delictuală a clientului, precum și în ipoteza participării băncii la activitatea ilicită a unei terțe persoane care provoacă prejudicii clientului băncii.

Principiul neamestecului băncii a fost invocat și pentru a înlătura răspunderea băncii care a participat la un act ilicit al unei terțe persoane care a prejudiciat un client al băncii. Fundamentul juridic al principiului neamestecului îl oferă regulile răspunderii civile.

Răspunderea băncii s-ar putea reține nu numai dacă aceasta a participat deliberat, ci și dacă i se poate imputa lipsa de precauție. Întinderea acestei obligații de precauție este limitată de principiul neamestecului în afacerile altora. Banca va fi obligată să răspundă și să manifeste prudență numai dacă operațiunea efectuată manifestă vreo anomalie. Banca ar trebui așadar să verifice aparența de legalitate a operațiunilor. În practică această problemă s-a ridicat în situația debitării contului clientului ca urmare a plății unui cec fals ori falsificat prezentat de o terță persoană. Banca va fi răspunzătoare dacă i se poate reproșa o culpă proprie, nefiind ținută să răspundă pentru fapta altei persoane. Fapta proprie, ilicită și culpabilă a băncii reprezintă o încălcare a unei norme de conduită. Rolul principiului neamestecului este de a determina această normă, ținând seama de specificul activității bancare.

Domeniul de aplicare al principiului neamestecului îl constituie operațiunile de masă, standardizate și repetitive cum sunt depozitele, retragerile și plățile. Banca este scutită, conform acestui principiu, să cerceteze originea și destinația acestor fonduri, sub rezerva îndeplinirii obligației legale de vigilență

¹⁴ A se vedea R. Postolache, *op. cit.*, p. 98.

care decurge din participarea organismelor financiare la lupta împotriva criminalității economice și a spălării capitalurilor provenite din traficul de stupefiante. Cele mai frecvente în practică sunt cazurile privind plata cecurilor și executarea ordinelor de virament.

Nu intră însă sub incidența principiului neamestecului operațiunile individualizate. Astfel, în deschiderea de credit, banca este datoare să se informeze asupra situației economice a clientului în toate ipotezele, nu numai atunci când apar anomalii de natură a ridica suspiciuni.

Principiul neamestecului devine inoperant în situația în care banca cunoaște destinația precisă a unor fonduri și tocmai din acest motiv este datoare să vegheze la respectarea acestei destinații. Dacă fondurile au o destinație precisă, principiul neamestecului nu mai are aplicare tocmai pentru că destinația este cunoscută de bancă, fără a mai fi nevoie ca banca să efectueze cercetări pentru a o descoperi.

Principiul neamestecului nu poate fi invocat nici în situația existenței unor anomalii aparente. Întrucât de regulă operațiunile ilicite sunt camuflate, banca poate fi răspunzătoare numai dacă sunt identificabile anomalii aparente.

- *Cerința asigurării confidențialității*

Secretul profesional este reglementat de O.U.G. nr. 99/2006 în art. 111-121 și de Legea nr. 312/2004 privind statutul B.N.R.

Izvorul obligației de discreție a băncii îl constituie atât legea cât și contractul, însă numai în măsura în care clauzele acestuia extind sfera informațiilor divulgabile. Acesta este îndeosebi cazul executării de către bancă, la ordinul clientului, a unor operațiuni cu terțele persoane și mai ales cu alte bănci care au, la rândul lor, dreptul de a pretinde să fie informate asupra clientului.

În principiu, băncii îi revine îndatorirea de a păstra discreția asupra informațiilor pe care le deține cu privire la clientelă. În aprecierea sferei îndatoririlor ce revin băncii în vederea îndeplinirii obligației sale de discreție trebuie să se țină cont de dubla sa calitate pe care o are în raport cu clientul: calitatea de confident și calitatea de prestator de servicii. În calitatea de confident, banca este obligată să se abțină de la a divulga informațiile confidențiale despre client, pozitive au negative, indiferent dacă divulgarea acestora ar fi sau nu de natură a-l prejudicia pe client. În calitate de prestator de servicii, banca este obligată să se abțină de a divulga orice informație despre client, chiar și neconfidențială, dacă această informație ar putea fi dăunătoare intereselor clientului.

Rezultă că obligația de discreție a băncii are două componente: protecția secretului și protecția interesului clientului¹⁵.

Protecția secretului își delimitează domeniul de aplicare ca date exacte, cum ar fi cuantumul soldului unui cont. Nu sunt, așadar, confidențialitate, informațiile care prezintă un caracter de generalitate, (de exemplu cele pe care o bancă le comunică altora cu privire la „poliția generală” a unui client sau cele, de genul „nu sunt incidente de plată), dar nici informațiile precise care sunt deja cunoscute de un număr prea mare de persoane pentru a mai putea avea pretenția de a fi secrete (de exemplu cele referitoare la fapte care fac obiectul unor dezbateri judiciare)¹⁶.

Clientul poate să extindă prin voința sa aria informațiilor divulgabile (de exemplu când banca apelează la serviciile altei bănci pentru executarea ordinului dat de client, trebuie să transmită acesteia informațiile necesare efectuării operațiunii).

Obligația de discreție incumbă două aspecte: nedivulgarea informațiilor secrete, dar și obligația de a nu folosi nici pentru sine, nici pentru altul aceste informații.

Încheierea contractului de credit este condiționată de evaluarea solvabilității consumatorului de către bancă. În acest scop vor fi valorificate informațiile oferite de către solicitantul consumator cât și cele furnizate de birourile de credit.

Îndeplinirea acestei obligații presupune ca banca să asigure protecția datelor personale ale clientului pe care le prelucrează prin intermediul birourilor de credit. Cadrul legal în materie a fost perfecționat prin prevederile Regulamentului UE nr. 679 din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date cunoscut sub acronimul RGDP¹⁷, aplicabil din 25 mai 2018. Deși Regulamentul a abrogat Directiva 95/46/CE și pe cale de consecință și legislația internă reprezentată de Legea nr. 677/2001, majoritatea principiilor consacrate de acestea se mențin, scopul Regulamentului fiind de a adapta și actualiza aceste informații în acord cu evoluția tehnologiei.

¹⁵ A se vedea S. Șandru, *Protecția datelor personale și viața privată*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 250.

¹⁶ [Online] la <https://www.juristnet.ro/documentatie/dreptul-afacerilor/incheierea-contractelor-bancare/>

¹⁷ *Broșură: Regulament 2018*, [Online] la www.dataprotection.ro/?page=Materiale_informative&lang=ro

În principiu, orice prelucrare a datelor cu caracter personal trebuie să fie conformă cu principiile referitoare la calitatea datelor și să respecte unul dintre criteriile privind legitimitatea prelucrării datelor.

Cum instituțiile financiare și de credit au *interesul legitim* de a adopta politici și proceduri eficiente de cunoaștere a clientelei, datele cu caracter personal ale debitorilor persoane fizice (împrumutați, codebitori, giranți) pot fi prelucrate în cadrul sistemelor de evidență de tipul birourilor de credit în scopul evaluării solvabilității, al reducerii riscului de creditare și al determinării gradului de îndatorare al acestora¹⁸. Totuși, pentru a se evita producerea unor abuzuri în activitatea de înscriere a datelor personale în sistemele de evidență de tipul birourilor de credit, Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP) a emis o decizie în acest sens¹⁹.

Potrivit art. 2 lit. d) și art. 3 alin. (3) lit. b) din această decizie, datele negative reprezintă informațiile referitoare la întârzierile la plată a obligațiilor decurgând din relațiile de creditare a persoanelor fizice, datele cu caracter personal privind date negative ce pot fi prelucrate fiind: tipul de produs, termenul de acordare, data acordării, data scadenței, creditele acordate, sumele datorate, sumele restante, numărul de rate restante, data scadentă a restanței, numărul de zile de întârziere în rambursarea creditului, starea contului. Transmiterea datelor negative, inclusiv cele rezultate din aplicarea comisioanelor sau din majorări ale ratei dobânzilor, către sistemele de evidență de tipul birourilor de credit poate avea loc numai după înștiințarea prealabilă a persoanei vizate, de către instituția financiară sau de credit. Spre deosebire de datele pozitive, respectiv informațiile referitoare la creditele acordate debitorilor persoane fizice, de natură a contribui la evaluarea gradului de îndatorare și a bonității acestora, situație în care înștiințarea este realizată la data încheierii contractului și numai în scris, în cazul datelor negative, potrivit art. 8 alin. (2) din Decizia ANSPDCP nr. 105/2007, înștiințarea se poate realiza atât în scris, cât și telefonic, prin SMS sau e-mail și cu cel puțin 15 zile calendaristice înainte de data transmiterii.

La data înștiințării, instituțiile financiare și de credit trebuie să furnizeze persoanei vizate, în mod clar și exact, informațiile prevăzute de lege.

¹⁸ A se vedea S. D. Șchiopu, *Obligația de informare în cazul datelor negative transmise biroului de credit*, în Revista Universul Juridic, nr. 2/2018, pp.61-71.

¹⁹ Decizia nr. 105 din 15 decembrie 2007 cu privire la prelucrările de date cu caracter personal efectuate în sisteme de evidență de tipul birourilor de credit, publicată în M. Of. nr. 891 din data de 27 decembrie 2007.

Astfel, în cazul în care datele cu caracter personal sunt obținute direct de la persoana vizată, operatorul este obligat să furnizeze persoanei vizate cel puțin următoarele informații, cu excepția cazului în care această persoană posedă deja informațiile respective: *a)* identitatea operatorului și a reprezentantului acestuia, dacă este cazul; *b)* scopul în care se face prelucrarea datelor; *c)* informații suplimentare, precum: destinatarii sau categoriile de destinatari ai datelor; dacă furnizarea tuturor datelor cerute este obligatorie și consecințele refuzului de a le furniza; existența drepturilor prevăzute de prezenta lege pentru persoana vizată, în special a dreptului de acces, de intervenție asupra datelor și de opoziție, precum și condițiile în care pot fi exercitate; *d)* orice alte informații a căror furnizare este impusă prin dispoziție a autorității de supraveghere, ținând seama de specificul prelucrării.

De asemenea, potrivit art. 9 alin. (1) din Decizia ANSPDCP nr. 105/2007, persoana vizată va fi informată inclusiv cu privire la: *a)* datele cu caracter personal transmise; *b)* identitatea biroului sau birourilor de credit către care sunt transmise datele; *c)* categoriile de participanți la birourile de credit către care sunt transmise datele; *d)* perioada sau perioadele de stocare a datelor în cadrul sistemelor de evidență de tipul birourilor de credit; *e)* modalitățile concrete de exercitare a dreptului de acces, de intervenție și de opoziție, în relația cu participantul (instituția financiară sau de credit) și cu biroul/birourile de credit.

Informarea debitorilor persoane fizice este necesară atât sub aspectul informațiilor ce trebuie în mod obligatoriu furnizate acestora, cât mai ales pentru ca aceștia să-și poată exercita ulterior în mod efectiv celelalte drepturi: dreptul de acces la date, dreptul de intervenție asupra datelor, precum și dreptul de opoziție. În situația raportării unor date inexacte, persoana vizată are posibilitatea de a se adresa cu plângere autorității de supraveghere.

Prin prevederile RGPD dreptul la informare este extins, în sensul în care persoanele vizate pot obține de la operatorul de date, informații mai clare și cuprinzătoare cu privire la scopul și temeiul legal în care se prelucrează aceste date, perioada de stocare și drepturile de care beneficiază. Dreptul de „a fi uitat” cu aplicabilitate în mediul online este consacrat expres. Regulamentul mai prevede și un drept nou, cel al portabilității datelor, mai exact posibilitatea persoanelor vizate de a cere transferul datelor la un alt operator de date. Regulile stabilite de Regulament vor fi aplicabile tuturor operatorilor de date, indiferent de locul unde sunt stabiliți aceștia, în anumite condiții. În măsura în care bunurile

sau serviciile oferite de o companie aflată în afara UE, care presupun prelucrarea de date personale, sunt adresate în mod vădit și cetățenilor Uniunii, regulile stabilite de Regulament îi sunt aplicabile și acestei companii. Un alt element de noutate pe care acest act normativ european îl aduce în peisajul juridic românesc îl reprezintă instituirea obligativității desemnării la nivelul operatorului sau persoanei împuternicite de operator, în anumite cazuri, a unui responsabil cu protecția datelor.

RGPD a consolidat dreptul consumatorului de a obține despăgubiri efective pentru prejudiciul suferit ca urmare a nerespectării legislației de către cei care procesează datele personale.

- *Cerința acceptării exprese a ofertei de a contracta*

În mecanismul formării contractelor bancare rolul esențial îi revine profesionistului care configurează cuprinsul acestora și întocmește formularele tipizate. Clientul cărui i se adresează oferta de a contracta nu are posibilitatea de a negocia decât într-o mică măsură clauzele acestuia, opțiunea sa fiind cel mai adesea limitată la a accepta sau nu termenii prefigurați. După îndeplinirea formalităților de informare și consiliere, clientul poate să își manifeste voința în cunoștință de cauză. Încheierea contractului se realizează prin completarea și semnarea de către client a documentelor contractuale tipizate elaborate de bancă. O atenție deosebită trebuie acordată așa numitelor clauze neuzuale care sunt specifice contractelor bancare. Acestea reprezintă clauze standard (sau clauze externe) care produc *pe deplin* efectele juridice preconizate numai dacă au fost *acceptate expres, în scris*, de către cocontractant.

În cazul contractelor de credit destinate consumatorilor, respectarea regulilor formalismului informativ asigură contrabalansarea dezavantajului informațional în care se găsește clientul în raport cu profesionistul. La momentul semnării contractului, consumatorul este îndreptățit să primească un exemplar original al contractului, de la această regulă făcând excepție doar contractele încheiate la distanță – art. 34 din O.U.G. nr. 50/2010. Cerința formalismului informativ al contractului de credit presupune inserarea în textul contractului scris a mențiunilor obligatorii specificate de către legiuitor, în mod expres și fără a trimite la condițiile generale de afaceri ale creditorului²⁰.

²⁰ A se vedea L. Bercea, *Natura juridică a condițiilor generale de bancă*, în „Drept bancar. Studii”, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 135.

În practică s-a ridicat deseori problema determinării modului în care trebuie să se manifeste consimțământul clientului pentru a stabili dacă acesta și-a dat sau nu acceptul la efectuarea anumitor operațiuni de către bancă în baza contractului încheiat. Îndeosebi s-a pus în discuție dacă tăcerea poate fi calificată ca dovadă a consimțământului prealabil, sau ca o aprobare ulterioară a operațiunii efectuate de bancă²¹.

Decizia asupra faptului că tăcerea clientului reprezintă o ratificare a operațiunii efectuate de bancă se fundamentează pe uzurile bancare sau pe o clauză a contractului.

Condiția cerută pentru ca tăcerea clientului să fie acceptată ca dovadă a acordului său prealabil la efectuarea unei operațiuni bancare este ca instanța să aprecieze în mod suveran forța probantă a acestei dovezi. Spre exemplu, s-a apreciat că tăcerea clientului poate fi interpretată ca o manifestare de voință în sensul încheierii contului curent. Tot astfel s-a stabilit că dacă clientul a păstrat tăcerea după primirea extrasului de cont, nu poate contesta operațiunile bancare menționate în cuprinsul său.

În toate situațiile se recunoaște clientului dreptul de a administra dovada contrară, în sensul că tăcerea lui are o altă justificare decât consimțământul la operațiunea litigioasă. Instanța va aprecia probele care tind să demonstreze că clientul nu a înțeles să ratifice, extrasul de cont primit. În general, jurisprudența nu admite că tăcerea ca formă de exprimarea a aprobării clientului poate acoperi orice neregularitate a operațiunilor efectuate de bancă.

O atenție sporită reclamă clauzele prin care se instituie dreptul de modificare unilaterală a contractului. În cazul creditelor încheiate cu consumatorii, O.U.G. nr. 50/2010 reglementează pentru prima dată dreptul potestativ al consumatorului de retractare a consimțământului în termen de 14 zile de la data semnării contractului, fără a fi necesar să-și motiveze opțiunea, însă cu obligația notificării prealabile a băncii.

De asemenea, clientului consumator i se recunoaște și dreptul de rambursare anticipată a creditului, în tot sau în parte, ceea ce implică fie o modificare a contractului, mai precis o recalculare a costului creditului, în sensul reducerii dobânzii datorate pentru perioada aferentă, fie chiar încetarea contractului, prin denunțare unilaterală. Băncii i se permite în acest caz să perceapă o compensație

²¹ A se vedea E. Mihai, *Formarea contractelor de credit pentru consumatori* în Curentul Juridic, [Online] la www.revcurentjur.ro/old/arhiva/attachments_201101/recjurid111_10FR.pdf, 2015.

echitabilă, însă numai în cazul în care rata dobânzii aferente creditului este fixă – art. 67 și 68 O.U.G.

În cuprinsul contractelor bancare se includ și clauze prin care banca avertizează clientul asupra posibilității ce și-o rezervă de a modifica unilateral prevederile acestora.

Modificările unilaterale a contractului de către banca creditoare vizează îndeosebi:

a) majorarea dobânzii pentru creditul acordat, conform legii, menționând că sporirea se va comunica debitorului printr-o scrisoare recomandată;

b) denunțarea, retragerea sau limitarea creditului, în urma unui preaviz trimis debitorului.

Se admite posibilitatea stabilirii unei dobânzi variabile, a cărei valoare să fluctueze în funcție de anumiți indicatori obiectivi precis definiți în contract. Recalcularea procentului de dobândă se face în funcție de dobânda pieței și rata inflației. Orice modificare unilaterală a contractului trebuie adusă la cunoștința clientului, urmând ca aceste modificări să-i fie opozabile numai după un termen ce va începe să curgă din momentul informării clientului. Pentru ca aceste modificări să producă efecte asupra consumatorului se cere încheierea unui act adițional, semnat de către acesta.

- *Cerința eliminării clauzelor abuzive*

Contractele bancare fiind contracte de adeziune, reprezintă rodul voinței unilaterale a profesionistului care le-a redactat. Clientul are posibilitatea să decidă dacă încheie contractul în condițiile prefigurate de bancă. Pentru a evita pe cât posibil ca această poziționare diferită a părților să genereze un dezechilibru de drepturi în detrimentul clientului, legislația în domeniu a impus respectarea unor norme prohibitive care interzic includerea anumitor clauze în cuprinsul contractelor. Cadrul legal prin care se asigură această prevedere este Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, care se aplică și în cazul contractelor bancare.

Această protecție legală este asigurată clienților care fac parte din categoria consumatorilor, care sunt cei mai vulnerabili în raport cu băncile. Prin prevederile O.U.G. nr. 50/2010 se antamează instituirea unor clauze prin care ar putea fi prejudiciați consumatorii. În determinarea caracterului abuziv al unei clauze se au în vedere: lipsa negocierii directe între profesionist și consumator; încălcarea bunei credințe de către profesionist; existența unui dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților contractului.

S-au delimitat două categorii de astfel de clauze: clauze cu potențial abuziv, al căror caracter se va determina de către instanță prin analiza raportului dintre drepturile rezervate profesionistului și obligațiile impuse consumatorului și clauze invariabil abuzive, al căror conținut nu poate fi atenuat prin nici un fel de drepturi sau prerogative conferite consumatorilor. Clauzele din prima categorie au fost calificate drept clauze relative, fiind incluse într-o listă „gri”, pe când cele din a doua categorie au fost considerate drept nule absolut, fiind incluse într-o listă „neagră”²².

Legiuitorul nu face distincție între cele două categorii de clauze, instanța sesizată urmând să determine dacă acea clauză are caracter absolut abuziv sau este una potențial abuzivă, reprimarea sa depinzând de dovada dezechilibrului semnificativ concret instalat între părți. Dezechilibrul semnificativ cauzat printr-o clauză abuzivă se analizează la nivel juridic, concretizându-se în inegalitatea drepturilor și obligațiilor părților, fără să implice obligatoriu și un dezechilibru economic.

Lista „gri” a clauzelor abuzive este alcătuită în baza unei prezumții legale relative de iliciteitate, care poate fi răsturnată prin dovada bunei credințe a profesionistului, a negocierii directe a clauzei cu consumatorului și /sau a inexistenței unui dezechilibru semnificativ între prestații (prin acordarea unui drept similar consumatorului). Au fost calificate drept abuzive până la proba contrară clauzele care dau dreptul profesionistului: să modifice unilateral și nejustificat clauzele contractului; să supună consumatorul unor condiții despre care nu a avut posibilitatea să ia cunoștință la data semnării contractului; să prelungească automat un contract încheiat pe durată determinată; să anuleze sau să denunțe unilateral contractul.

Caracterul abuziv al unei clauze se determină în economia contractului, prin perspectiva tuturor drepturilor și obligațiilor stabilite, deoarece prin includerea unor drepturi în beneficiul consumatorului se poate compensa concesiunea făcută băncii prin acceptarea acelei clauze cu potențial prejudiciabil²³. De exemplu, recunoașterea dreptului consumatorului de denunțare unilaterală a contractului atenuază efectele exercitării de către profesionist a prerogativei modificării unilaterale a prețului serviciilor prestate – cum ar fi majorarea valorii

²² A se vedea C.D. Enache, *Clauzele abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori*, Editura Hamangiu, 2012, p. 105.

²³ A se vedea A. J. Goicovici, *Creditele pentru consum și de investiții imobiliare*, Editura C.H. Beck, București, 2014, p. 126-127.

dobânzii. Pentru a nu fi considerată drept abuzivă, clauza contractuală trebuie să întrunească următoarele criterii: al bunei credințe; al echilibrului și al transparenței.

Obligația de a acționa cu bună credință este instituită și prin reglementarea generală a contractelor, art. 14 C. Civ. stipulând că „*orice persoană fizică sau juridică trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile civile cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri*”, în timp ce art. 1170 C. Civ. prevede că „*părțile trebuie să acționeze cu bună-credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale.*”

Lista clauzelor abuzive înscrisă în Anexa Legii nr. 193/2000 a fost preluată din Anexa Directivei Consiliului 93/13/CEE și este orientativă și neexhaustivă, raportată la criteriile generale și la actele normative specifice. Astfel, clauzele ce pot fi identificate ca fiind abuzive nu se limitează doar la această Anexă, doctrina și jurisprudența urmând să califice ca având acest caracter și alte cauze, în măsura în care ele îndeplinesc condițiile dispuse de lege.

Lista „neagră” a clauzelor abuzive dispensează judecătorul de a analiza probe privind existența unui dezechilibru semnificativ, sancțiunea nulității parțiale operând deplin drept. În cuprinsul art. 35 alin. (1) și art. 40 alin. (4) din O.U.G. nr. 50/2010 se enumeră astfel de clauze prohibite în mod absolut: perceperea unui comision de depunere numerar pentru plata ratelor la credit; perceperea unui comision de retragere pentru sumele trase din credit; clauza de confidențialitate care restricționează dreptul consumatorului de petiționare; clauza compromisorie care înlătură accesul la instanțele de drept comun²⁴. Din categoria clauzelor abuzive ce fac parte din lista neagră mai menționăm: clauza de modificare unilaterală a contractului de credit fără încheierea unui act adițional; clauza privind denunțarea unilaterală a contractului; clauza de scadență anticipată, clauza de impunere a societății de asigurări²⁵.

Conform prevederilor Legii nr. 193/2000, clauzele nescrise nu vor produce efecte asupra consumatorului. Sancționarea clauzelor abuzive este așadar consi-

²⁴ [Online] la <https://www.profit.ro/stiri/protectia-consumatorilor-considera-ilegale-comisioanele-pentru-retragerile-de-numerar-de-pe-cardul-de-credit-a-amandat-cec-bank-17347216>.

²⁵ A se vedea L. Săuleanu, A. Dodocioiu, *Jurisprudență în materia clauzelor abuzive în contractele bancare*, în Revista Română de Jurisprudență, nr. 1/2011, [Online] la <http://www.sauleanusociatii.ro/wp-content/uploads/2014/04/Jurisprudenta-in-materia-clauzelor-abuzive-in-contractele-bancare.pdf>.

derarea lor ca nescrise, ceea ce echivalează cu o nulitate parțială a contractului, care va continua să își producă efectele în măsura în care acest lucru este posibil. În situația în care clauzele abuzive se referă la drepturi și obligații esențiale pentru părți, fără de care continuarea executării contractului nu este posibilă, sancțiunea va fi nulitatea totală.

Concluzii

Diversitatea operațiunilor care se realizează în domeniul bancar face dificilă reglementarea completă a contractelor prin intermediul cărora se derulează acestea, de aceea un rol important revine în continuare izvoarelor cutumiare. Se remarcă totuși o sistematizare a surselor legislative aplicabile, atât în ceea ce privește dreptul comun, cât și legislația specială. Prin prevederile actualului Cod civil s-a realizat un cadru adecvat de reglementare raportat la cerințele specifice încheierii contractelor bancare. În afară de aspectele reglementate de dreptul comun, contractele încheiate cu consumatorii sunt supuse legislației speciale de protecție a acestora.

Cu toate că asistăm la conturarea unui drept al serviciilor bancare, nu se poate însă susține o autonomie a contractelor bancare. Cu toate particularitățile pe care le prezintă, contractele bancare continuă să se raporteze la dreptul civil, ca la un drept comun al obligațiilor izvorâte din contract.

Europeanizarea dreptului contractelor Europeanisation of Contract Law

Violeta Melnic¹

Rezumat: Necesitatea dezvoltării Dreptului European al Contractului este determinată de obiectivele Pieței Interne, amplificarea relațiilor comerciale în cadrul Uniunii Europene (UE), reglementarea rezumativă și selectivă a contractelor în Tratatul Uniunii Europene, Regulamentele și Directivele UE, precum și divergențele de reglementare a contractelor în legislațiile statelor membre ale UE.

Cuvinte-cheie: dreptul european al contractelor, piața internă, legislațiile statelor membre ale UE, Directivele UE.

Abstract: The necessity to develop the European Law of Contracts is determined by the objectives of the Internal Market, by the amplification of the commercial relations inside the European Union (EU), by the abstract and selective regulation of the contracts in the Treaty on European Union, in the EU Regulations and Directives, as well as by the divergences of contracts in national legislations of EU Member States.

Keywords: European Contract Law, Internal Market, legislations of EU Member States, EU Directives.

1. Necesitatea dezvoltării Dreptului European al Contractelor

Obstacolele legislative la nivelul UE care decurg din drepturile contractelor naționale divergente sau din complexitatea juridică din care rezultă aceste divergențe sunt susceptibile de a interzice sau împiedica tranzacțiile transfrontaliere sau de a le face mai puțin avantajoase.

¹ Conferențiar universitar, dr., Facultatea de Drept, Institutul de Relații Internaționale din Moldova, email: violeta.melnic82@gmail.com.

O altă problemă este de a delimita problemele care decurg din reguli imperative și cele care rezultă din reguli neimperative și de a restrânge libertatea contractuală.

Problema principală este divergența normelor imperative naționale în domeniul contractelor, fapt care este sesizat în consultările pentru încheierea contractelor complexe. Astfel, consultațiile juridice în domeniu sunt avansate, fapt ce nu poate pune agenții economici străini în raport de egalitate cu agenții economici naționali. Spre exemplu, în anumite state membre, ca Germania sau statele nordice, instanțele controlează în manieră strictă loialitatea clauzelor contractuale. De altfel, în alte state membre se stabilește un control limitat privind interpretarea acestora sau nu se autorizează implicarea în contracte comerciale, decât clauze contractuale specifice. Așadar, rezultă o insecuritate juridică pentru întreprinderile care utilizează clauze contractuale standard. Aceasta împiedică utilizarea contractelor tip adaptate la anumite uzanțe în vederea facilitării contractelor transfrontaliere, fapt care împiedică statul membru de a utiliza același model de uzanțe comerciale pentru ansamblu Pieții Interne.

O altă problemă este transferul dreptului de proprietate; în anumite state este posibilă alegerea numai a regulilor contractuale, dar nu și acelor aplicabile drepturilor reale.

Toate aceste probleme au determinat Comisia Europeană (CE) să ia atitudine în materia armonizării dreptului contractual în Uniunea Europeană.

CE atrage atenția asupra costurilor de tranzacție și asupra incertitudinii juridice pe care o implică gestionarea dispozițiilor unui drept străin al contractelor care fac ca extinderea întreprinderilor mici și mijlocii pe Piața Internă să fie deosebit de dificilă.

Armonizarea juridică pe cale legislativă în cadrul Uniunii Europene este nesatisfăcătoare pentru anumite considerații, dar nici activitatea Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) nu ameliorează cu mult această situație. Este totuși adevărat faptul că anumite noțiuni, reguli și principii care sunt determinante pentru Dreptul european sunt rezultatul jurisprudenței acesteia. CJUE are o posibilitate restrânsă de a acționa în domeniul dreptului contractelor, dat fiind faptul că, potrivit Tratatului Uniunii Europene, aceasta nu este o curte supremă pentru litigiile de drept privat în cadrul Uniunii Europene. CJUE are această competență în materia litigiilor privind indemnizațiile pentru prejudiciile cauzate de către UE și în domeniul litigiilor privind răspunderea extracontractuală. În cazul litigiilor

de drept privat, CJUE poate pronunța decizii prejudiciale (*preliminare*) în scopul garantării unei interpretări uniforme a dreptului comunitar.

În Comunicarea din 2003, Comisia Europeană susține necesitatea de a standardiza clauzele contractuale în scopul ameliorării *acquis*-ului comunitar în dreptul contractelor, în contextul dificultăților ridicate la adoptarea unui instrument care să unifice normele materiale aplicabile contractelor, măsurilor de promovare a clauzelor contractuale tip sunt considerate o opțiune care merită a fi luată în considerare.

Această idee este reflectată și de art. 14 al Regulamentului Roma I privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale, conform căruia în cazul în care Comunitatea adaptă în cadru unui instrument juridic adecvat, norme de fond în materia contractelor, inclusiv clauze și condiții standard, respectivul instrument poate prevedea libertatea părților de a aplica normele respective.

În vederea soluționării problemei de reglementare diferită în materie contractuală Comisia Europeană a propus unele soluții alternative:

- De a lăsa piața să soluționeze toate problemele întâlnite;

- De a promova elaborarea principiilor comune în materie contractuală. Aceste principii trebuie să fie utile părților contractante la stadiul de elaborare a contractelor, instanțelor și arbitrilor naționali, care ar trebui să ia decizii, precum și legislatorilor naționali în timp ce aceasta se prevede în inițiative legislative.

- De a revedea și ameliora legislația Uniunii Europene existentă în materia dreptului contractelor pentru reglementarea situațiilor neacoperite.

- De a adopta un nou instrument la nivel comunitar, cuprinzând dispoziții privind principiile generale de dreptul contractelor, precum și chestiunile specifice.

În acest sens, urmează a se stabili ce act să fie adoptat, Regulament, Directivă sau Recomandare, raportul acesteia cu legislația națională, posibilitatea de a stabili o distincție între regulile obligatorii și neobligatorii, posibilitatea pentru părțile contractante de a alege aplicarea dispozițiilor comunitare sau aplicarea în manieră automatizată a anumitor reguli, unde părțile contractuale nu parvin la o soluție specifică.

Dar multitudinea de directive de armonizare în materia contractelor întâmpină dificultăți de aplicare, producând ca rezultat tragerea la răspundere a statelor membre de către CJUE pentru nerespectarea dreptului UE. Unificarea și

codificarea dreptului contractelor este o condiție necesară și cerută pentru funcționarea Pieței Interne.

Astăzi, contractul nu a devenit doar un regulator principal al relațiilor economice, dar și reprezintă un regulator universal.

Autorul rus G. F. Șerșeneveici spunea că odată cu dezvoltarea economică, relațiile contractuale se multiplică nu doar cantitativ, dar se și complică prin includerea diferitor clauze și condiții, astfel încât este necesară aprecierea unui jurist profesionist pentru determinarea naturii juridice de bază a contractului.

În spiritul dreptului european scopul principal este favorizarea schimburilor comerciale în diferite domenii specifice.

Tratatul UE a admis unele lacune în privința libertăților economice și, în special, cel al contractelor. Astfel, Comisia Europeană, în scopul asigurării bunei funcționări a Pieței Interne și pentru apropierea legislațiilor statelor membre ale UE, a emis directive de armonizare a diferitor tipuri de contracte. Aceste numeroase directive au avut o incidență asupra „contractului”, transpunerile în planul sistemelor juridice naționale, fiind uneori discutabile datorită perturbărilor induse în aceste sisteme.

Așadar, s-a recunoscut necesitatea ca în paralel cu acțiunea de armonizare să se recurgă la alte instrumente de largă amploare care să contribuie la elaborarea unui *Cod european al obligațiilor* și, implicit, al obligațiilor contractuale.

Schimburile de bunuri sau servicii care preced contractele de vânzare sau schimb sunt constatate printr-un contract „Probleme care țin de încheierea, interpretarea și executarea contractelor în schimburile transfrontaliere pot afecta piața internă”.

Dezavantajele absenței unei armonizări europene în materia dreptului contractelor decurg din următoarele motive:

- regimurile naționale în materie contractuală stabilesc drept principiu fundamental libertatea încheierii contractelor. În acest fel, părțile au libertatea stabilirii clauzelor contractuale. Totuși, se observă deosebiri între legislațiile naționale în domeniul contractului de închiriere și al protecției consumatorului. Părțile pot încheia contracte prin care să-și exprime în mod liber voința juridică, voință care nu poate fi afectată, în condițiile în care există o negociere și ambele părți sunt de acord cu clauzele stipulate în contract. Cu toate acestea, pot interveni probleme în situația în care statele în care își au sediul prevăd în

legislațiile lor reguli obligatorii pentru încheierea și validitatea contractelor, acestea „pot avea un impact negativ asupra tranzacțiilor transfrontaliere”.

- în anumite state pot exista anumite tradiții, cutume în privința anumitor contracte sau clauze contractuale, bazate pe jurisprudența din domeniu. Acestea pot avea justificări economice sau juridice de care părțile trebuie să țină seama la încheierea contractelor. Astfel, pentru o parte poate fi dificilă acceptarea condițiilor, de acest tip, care sunt obligatorii.

- cunoașterea regulilor naționale din toate statele Uniunii Europene este dificilă; aceasta are un impact asupra Pieței Interne, pe de o parte, prin reticența anumitor comercianți de a încheia anumite acte juridice transfrontaliere și, pe de altă parte, costuri mai mari în ceea ce privește informarea privind legislația în domeniu; aceste costuri mărite pot crea un dezavantaj concurențial, de exemplu, în situația în care un furnizor străin se află în țară față de un furnizor local.

De altfel, dezvoltarea relațiilor economice, care se bazează pe dreptul contractelor și dreptul răspunderilor, a impus cu necesitatea asigurării unor garanții de certitudine și securitate pe care nu le pot oferi decât o unificare a dreptului și codificarea sa.²

În 2004, Comisia a publicat o comunicare privind un Cod european al obligațiilor, care este împărțit în 3 capitole, ultimul conținând 9 secțiuni. În primul capitol sunt enumerate principiile (de exemplu, principiul libertății contractuale – excepție aplicarea dispozițiilor imperative, principiul forței obligatorii a contractului, principiul bunei credințe), iar în cel de-al doilea capitol diferite definiții (spre exemplu, contract, daune etc.). Capitolul al treilea, care dă și conținutul unui nou cod european, conține reguli tip.

Așadar, proiectul unui Cod european al obligațiilor constituia o reglementare punctuală, care armoniza unele instituții de drept, în special în materie contractuală, dar și a publicațiilor, în sensul larg al termenului. Deși contractul se referă la o reglementare civilă („cod civil”), totuși acesta presupune, în primul rând, raporturile dintre comercianți, și, respectiv, comercianți și consumatori. Totuși, atât Comisia Europeană, cât și Consiliul Uniunii Europene au apreciat ideea de a renunța la promovarea unui Cod european al obligațiilor, deoarece acesta nu ține de competența de reglementare a UE.

² D.-M. Șandru, *Evoluții recente în armonizarea dreptului european al contractelor*, în *Revista Română de Drept Comunitar*, nr. 3 mai-iunie, 2007, Editura Wolters Kluwer, România, pp. 63-64.

Actualmente, în calitate de *lex mercatoria*, în UE funcționează Principiile Europene ale contractelor care au contribuit în mod esențial la:

- armonizarea sistemelor juridice naționale prin unificarea normelor de drept și înlăturarea acelor prevederi care împiedică dezvoltarea economică;
- consolidarea și dezvoltarea Pieței Interne, înlăturând obstacolele existente în comerț, datorită unor reguli diferite de cele stabilite de sistemele juridice naționale ale statelor membre;
- crearea unei infrastructuri ale dreptului european al contractelor, deoarece în prezent nu există reglementări generale contractuale pentru statele membre, această materie fiind guvernată pe plan național;
- apropierea celor două sisteme de drept, continental și *common law*.

De asemenea, Principiile europene ale contractelor reprezintă o bază importantă pentru legislația Uniunii Europene. Concomitent, acestea sunt utile pentru statele care promovează dezvoltarea economică. Ele prevăd ca relațiile economice să se reglementeze prin norme neutre, unificate, ce nu sunt prevăzute în nicio legislație națională potrivit căreia s-ar propune soluții juridice mai oportune.

Acestea pot fi folosite de către părți prin inserarea unor prevederi în contracte, de către judecători și arbitri la examinarea cauzelor care nu sunt suficient reglementate de norme naționale sau de alte norme de drept, precum și la nivel legislativ prin stipularea prevederilor acestora în normele privind contractele atât la nivel european, cât și la nivel național. Totuși, aceste principii nu sunt obligatorii și pot servi doar ca *lex mercatoria* atât pentru statele membre ale UE, cât și celor din afara acesteia, iar scopul final al acestor principii este facilitarea armonizării dreptului general contractual la nivel UE.

Întrebările care se află în sfera de acțiuni a acestor Principii, dar direct nu se stabilesc de ele, trebuie să în măsura posibilităților să se reglementeze în conformitate cu ideile expuse în aceste prevederi.

În cazul în care regulile nu sunt prevăzute de aceste principii, se va aplica sistemul de drept ce va fi determinat potrivit regulilor de drept internațional privat.

Totodată, Principiile reprezintă primul pas privind armonizarea dreptului privat al statelor membre și, în special, cel al contractelor.

În vederea unificării dreptului european, Parlamentul European a adoptat Rezoluția din 26 mai 1989 nr. C205(519) prin care a propus unificarea în ramurile dreptului privat, care sunt importante pentru dezvoltarea Pieței Interne.

Ulterior, Parlamentul European a adoptat Rezoluția din 15 noiembrie 2001 nr. 2187 privind apropierea și armonizarea legislațiilor civile și comerciale statelor membre ale Uniunii Europene prin care a obligat Comisia Europeană să reprezinte planul de acțiuni până în 2010. Planul de acțiuni al Comisiei propune luarea unor măsuri prin care:

- să crească coerența *acquis*-ului comunitar în domeniul contractual;
- să promoveze elaborarea unor clauze contractuale standard având ca fundament dreptul comunitar;
- să examineze dacă problemele ridicate de dreptul contractelor pot avea soluții sectoriale.

Potrivit Rezoluției Parlamentului European din 8 iunie 2011 referitoare la opțiunile de politică în perspectivă unui drept contractual european pentru consumatori și întreprinderi, se recunoaște necesitatea unor progrese suplimentare în domeniul dreptului contractual prin elaborarea și adoptarea unui Regulament, ce ar putea fi completat printr-un set de instrumente, care ar trebui susținute printr-un acord interinstituțional, se solicită crearea unor modele de contracte europene standard, traduse în toate limbile UE, corelate într-un sistem activat on line, ceea ce ar prezenta avantajul de a constitui o soluție mai simplă și mai eficientă din punct de vedere economic, atât pentru părțile contractante, cât și pentru Comisie.

2. Regimul juridic al contractelor în Uniunea Europeană

Regimul juridic al contractelor în UE este determinat de Tratatul Uniunii Europene, Regulamentele, Directivele, Recomandările, Rezoluțiile, Comunicările Instituțiilor UE, hotărârile Curții de Justiție a Uniunii Europene privind interpretarea actelor UE, Principiile de Drept European Contractual (în calitate de *lex mercatoria*), legislațiile naționale ale statelor membre, precum și tratatele internaționale și uzanțele comerciale.

Actualmente, dezvoltarea relațiilor economice și comerciale la nivel comunitar a contribuit la apariția de noi contracte, care includ clauze mai complexe, fapt ce poate genera noi reglementări în domeniul contractual.

Contractul nu este obiectul principal de reglementare a actelor normative ale Uniunii Europene și nu are o definiție autonomă.

Contractul este un instrument juridic de circulare a mărfurilor, capitalurilor și nu este definit de actele normative ale UE.

Textele de drept al UE au ca obiect principal favorizarea schimburilor comerciale în diferite sectoare și mai puțin s-au concentrat pe definirea contractului.

O aproximare în materia contractelor fondată pe principiul reciprocității și interdependenței este caracteristică tuturor statelor UE. Redactarea textelor contractelor trebuie să corespundă imperativelor la care dreptul să instituie un cadru dacă nu unificat, cel puțin armonizat.³

Prevederile surselor originare ale dreptului UE nu acoperă în mod necesar și suficient domeniile destinate dezvoltării liberalizării economice. În acest context, a apărut necesitatea reglementării unor domenii specifice ale contractelor prin intermediul directivelor.

Legislatorul UE a urmat o apropiere selectivă în materia contractelor, adoptând directive privind anumite contracte sau tehnici de comercializare, dar necesitatea de armonizare este evidentă din realitatea practică.

Divergențele în materia contractuală în Uniunea Europeană suscită probleme de la caz la caz. Funcționarea Pieței Interne poate fi împiedicată de problemele legate de încheierea, interpretarea și aplicarea contractelor transfrontaliere, astfel încât este imperioasă dezvoltarea Dreptului european al contractelor.

Acesta se manifestă prin natura sa bidimensională în sensul în care se dovedește a fi o excelentă ilustrare a relațiilor complexe stabilite între ordinea juridică europeană și dreptul contractelor. Dreptul european al contractelor se vrea în același timp un drept al integrării prin directivele în materia protecției consumatorilor și un drept european al coordonării prin instrumentele UE de drept internațional privat.

Europenizarea materiei contractuale s-a manifestat pe teren consumetrist, ulterior s-a dezvoltat prin Regulamentele Roma I și Bruxelles au fost unificate regulile de drept internațional privat aplicabile contractelor transfrontaliere. Competența în temeiul căreia, urmare a intrării în vigoare a Tratatului de la Amsterdam au fost adoptate Regulamentul Bruxelles I și Regulamentul Roma I

³ *Terminologie contractuelle commune*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Ed. Paris, 2008, p. 532, pp. 26-27.

prin transformarea în instrumente ale UE a Convențiilor internaționale de la Bruxelles (1968), și respectiv, Roma (1980) este cea referitoare la adoptarea de măsuri în domeniul cooperării judiciare în materie comercială cu incidență trans-frontalieră.⁴

Regulamentul Roma I stabilește că contractul este supus legii alese de părți, iar alegerea de către părți a unei legi străine, poate fi combinată sau nu cu alegerea unei instanțe străine. Atunci când toate celelalte elemente ale situației sunt localizate, în momentul alegerii, în aceeași țară, nu poate să aducă atingere dispozițiilor imperative ale acelei țări. Principiul autonomiei de voință este admis de majoritatea legislațiilor statelor membre ale UE și convențiile internaționale la care acestea sunt parte⁵, acesta fiind o cristalizare a principiului autonomiei de voință. În cazul în care părțile nu au ales legea aplicabilă, contractul este supus legii statului cu care are legătura cea mai strânsă.

Deși alegerea unei legi naționale care să guverneze contractul părților nu este o opțiune valabilă, având în vedere costurile pe care le implică un astfel de contract, precum și faptul că negocierea nu poate să țină seama de aceste elemente (*una dintre părți poate în cadrul negocierilor să arate că nu poate să încheie contracte decât dacă respectă anumite condiții de ordine publică*).

În doctrină s-a subliniat importanța libertății de alegere a legii contractelor, consacrată prin jurisprudența CJUE. Nu s-a făcut aplicarea regulilor referitoare la libera circulație în situația în care partenerii comerciali pot evita dreptul unui stat membru care restrânge drepturile acestora.

În hotărârea Alsthom, CJUE a fost sesizată cu o trimitere preliminară pentru a se pronunța dacă regulile din dreptul francez cu privire la răspunderea vânzătorului pentru viciile unui produs echivalează cu o restricție a liberei circulații a mărfurilor prevăzute de articolele 28, 29 din Tratatul Uniunii Europene. CJUE a afirmat că părțile într-un contract de vânzare internațional sunt libere să determine dreptul aplicabil relațiilor lor contractuale și pot astfel să evite a se supune dreptului francez. Aceasta echivalează cu o recunoaștere explicită a libertății contractuale a părților.

Dacă o parte poate evita dreptul unui stat membru care restricționează libertatea contractuală cu privire la răspunderea pentru viciile lucrului, ca în

⁴ G. Orga-Dumitriu, *Dreptul european al contractelor*, Editura C.H. Beck, București, 2013, pp. 158-159.

⁵ C.T. Ungureanu, *Dreptul privat al afacerilor*, Editura Junimea, Iași, 2002, p. 156.

hotărârea Alsthom, dreptul UE nu este aplicabil. Aceasta implică faptul că nu este necesar ca la nivel UE să se adopte dispoziții referitoare la dreptul contractelor, deoarece aceasta rămâne la latitudinea părților.

Reieșind din faptul că contractul reprezintă acordul la care au ajuns părțile. Respectiv, părțile pot prevedea diverse clauze care să le guverneze relațiile, în virtutea principiului libertății contractuale, pe de altă parte contractul constituie atât acord consimțit de părți, cât și o afacere. Determinarea consensului a trezit divergențe de opinii, care rezultă din doctrina civilă germană voinței și expunerii voinței. Contradicția dintre acestea constă în aceea căreia dintre ele să i se acorde prioritate, actului interior sau actului exterior. În primul caz, acordul reprezintă voința la care au consimțit părțile, în al doilea caz, acțiunile consimțite de părți direcționate spre atingerea scopului juridic prin încheierea contractului.⁶

În acest sens, părțile sunt libere să consimtă, să stabilească conținutul contractelor (inclusiv să facă referință la aplicarea unor prevederi ale legilor naționale), dar enunțarea condițiilor contractului se va efectua în dependență de anumite reguli care va garanta libertatea de acțiune a părților, precum și interesul general și scopul liberalizării economice stabilit în Tratatul Uniunii Europene pentru funcționarea Pieței Interne.

Limitarea principiului autonomiei de voință funcționează în contractele cu consumatorii de furnizare de obiecte mobile corporale, contractele de furnizare de servicii, contractele de finanțare ale acestora. Unii autori consideră că în materia protecției consumatorilor tendința este de a suprima punctul de legătură al voinței în soluționarea conflictelor de legi și de a folosi un punct de legătură obiectiv, imperativ, reprezentat de reședința obișnuită a consumatorului. Principiul autonomiei continuă să joace un rol complementar, părțile putând să încorporeze în contractul lor dispozițiile mai favorabile. Potrivit opiniei altor autori, voința exercită funcția sa de punct de legătură, doar numai atunci când nu privează consumatorul de protecția pe care i-o asigură dispozițiile imperative ale legii obiectiv aplicabile, legea reședinței obișnuite a consumatorului îi oferă o protecție minimă, putând fi înlocuită cu altă lege care să îi asigure consumatorului o protecție mai bună.

⁶ Дмитрий Полдников, *Понятие гражданско-договора (современная доктрина и ее исторические истоки)*, Вестник Московского Университета, № 4, Изд. Московского Университета, Москва, 2006, p. 76

Potrivit Convenției de la Bruxelles din 1968 cu privire la competența judiciară și executarea deciziilor în materie civilă și comercială, *acțiunea intentată de consumator împotriva celeilalte părți poate fi introdusă fie în fața instanțelor statului contractant pe teritoriul căreia este domiciliată partea, fie pe teritoriul statului contractant căruia este domiciliat consumatorul.*

Acțiunea intentată împotriva consumatorului de cealaltă parte contractantă nu poate fi introdusă decât în fața instanțelor statului contractant pe teritoriul căruia este domiciliat consumatorul (art. 14).

Această regulă a fost reiterată și de art. 15 al Regulamentului CE nr. 44/2001 al Consiliului din 22 decembrie 2000 cu privire la competența judiciară, recunoașterea și executarea deciziilor în materie civilă și comercială, stabilește că în domeniul contractului încheiat de o persoană, consumatorul, pentru o folosință putând fi considerată ca străină activității sale profesionale când privește vânzarea în rate, un împrumut în rate sau altă operațiune de credit legată de finanțarea unei vânzări de asemenea obiecte, când contractul a fost încheiat cu o persoană care exercită activități comerciale sau profesionale pe teritoriu statului membru unde consumatorul își are domiciliu.

Jurisdicțiile statului de domiciliu al consumatorului sunt competente pentru a recunoaște examinarea unui litigiu prin aplicarea Regulamentului CE nr. 44/2001 al Consiliului din 22 decembrie 2000 cu privire la competența judiciară, recunoașterea și executarea deciziilor în materie civilă și comercială, chiar dacă altă parte la contract are domiciliul în alt stat contractant.

În cazul în care consumatorul nu are domiciliul pe teritoriul statului contractant, dar posedă o sucursală, agenție sau alt stabiliment constituie domeniul contractelor încheiate cu consumatorii, singura excepție este când pârâtul nu este domiciliat pe teritoriu unui stat contractant competența jurisdicțională este guvernat de legea statului contractant pe teritoriu căreia se află instanța sesizată.

Potrivit jurisprudenței CJUE, aceasta se referă numai la contractele încheiate în scopul de a își satisface propriile nevoi de consum privat al persoanei, oferind un regim protector consumatorului, care este partea economică slabă. De altfel, protecția particulară nu se justifică în cazul consumatorilor având ca scop activitate sau finalitate profesională pentru prezent sau viitor.

De asemenea, armonizarea sectorială în domeniul contractelor riscă să antreneze incoerențe la nivelul Uniunii Europene, precum și la nivel național în ce privește măsurile de transpunere.

Problemele semnalate la nivelul Uniunii Europene sunt generate de incoerența proprie a legislației Uniunii Europene în materia contractelor. Aceasta se explică prin faptul că situații identice fac obiectul unui tratament diferit, fără ca să fie justificat într-o manieră pertinentă.

Exigențe și consecințe divergente rezultă din directivele aplicabile la una și aceeași situație comercială, spre exemplu, utilizarea în timp parțial a bunurilor imobiliare, vânzările la distanță, vânzarea la distanță a serviciilor financiare, precum și exigențele de informare între directiva privind comerțul electronic și două directive privind vinderea la distanță sau exigențele de informare diferite în ce privește dreptul contractelor ce figurează în diferite directive privind protecția consumatorilor.

O altă situație critică este coexistența a două apropieri legislative diferite în aceeași directivă. Aceasta poate contribui la incoerența determinată de aceeași directivă, spre exemplu, diferențele în materia dreptului aplicabil marketingului și contractelor în directiva privind comerțul electronic. O altă incoerență constă în transpunerea directivelor în dreptul intern, spre exemplu, coexistența în directiva privind agenții comerciale a noțiunii de indemnitate și reparare, care are ca efect prin transpunerea de către statul membru a unuia din acești termeni, dar un stat nu a ales unul, ci i-a transpus pe ambii.

Totodată, o problemă este dacă interpretarea dată de CJUE în privința unui termen definit de o directivă este valabilă pentru același termen folosit de altă directivă. Astfel, CJUE s-a expus dacă interpretarea unui termen abstract în lumina directivei, constituie un principiu directoriu atunci interpretarea este susceptibilă de a contribui la fragmentarea legislației naționale. Astfel, că un stat pentru a aplica Directiva poate defini un termen abstract într-o manieră particulară.

Derivă din Directiva 93/13 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii că judecătorii naționali sunt ținuti de a evita aplicarea clauzelor abuzive în scopul ca acestea să nu producă efecte de constrângere în privința consumatorilor fără ca aceștia să fie abilitați să revizuiască conținutul acestora. De fapt, contractul trebuie să existe fără nicio modificare ca urmare a excluderii clauzelor abuzive, în măsura în care, conform regulilor dreptului intern, o astfel de persistență a contractului este posibilă din punct de vedere juridic.

În decizia din 14 iunie 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10) (cf. points 65, 73, disp. 2), CJUE a stabilit că *Directiva 93/13 trebuie să fie interpretată în sensul*

că îi revine statului membru să reglementeze posibilitatea judecătorului național de a completa contractul încheiat între un profesional și un consumator, revizuirea conținutului clauzei abuzive în privința intereselor moratorii, dacă se constată nulitatea acestei clauze.

Potrivit Directivei 97/7 este obligația vânzătorului de a furniza consumatorului informații pertinente în scris sau pe un alt suport durabil. Art. 5 paragraful 1 al Directivei privind protecția consumatorilor în materia contractelor la distanță trebuie să fie interpretată în sensul că o practică comercială care constă în a face accesibile informațiile prevăzute în această dispoziție nu satisface exigențele acesteia, în timp ce informațiile nu sunt furnizate de către această întreprindere și nici primite de consumator.

De fapt, consumatorul trebuie să primească aceste informații fără a i se cere un comportament activ din partea acestuia.

Potrivit Directivei 2008/48, statele membre pot conforma dreptul UE, aplicând dispozițiile acestei Directive domeniilor care nu țin de sfera ei de aplicare.

De altfel, art. 22 paragraful 1 al acestei Directive prevede că aceasta este opozabilă numai la ceea ce pentru contracte, statul membru impune obligații, chiar dacă nu sunt neprevăzute de aceasta.

Astfel, o asemenea regulă de protecție a consumatorilor într-un domeniu nearmonizat de Directiva 2008/48 este de natură de a afecta echilibrul pe care se fundamentează Directiva, în domeniul armonizat de directivă, între obiectivele de protecție a consumatorilor și cel ce vizează de a asigura funcționarea unei Piețe Interne performantă în domeniul creditelor consumatorului.

Legislația națională de transpunere ce include în câmpul de aplicare ale contractelor de credit garantat prin bun imobiliar exclude câmpul de aplicare a Directivei 2008/48.

Aceasta nu împiedică statul membru în cadrul unei marje de apreciere ce o lasă Directiva de a permite un acces mai larg consumatorilor la organele special instituite pentru apărarea intereselor lor, în funcție de riscul că consumatorii care se află într-o situație de inferioritate în raport cu ofertanții în ce privește puterea de negociere, nivelul de informare, fac ignorante drepturile lor în raport cu dificultățile pe care le exercită. De altfel, dispozițiile naționale nu pot avea ca efect pentru procedurile extrajudiciare a litigiilor în privința contractelor de credit la consumația inadecvată, ineficace și ne respectuoasă a efectului util al Directivei 2008/48.

Pct. 31, Anexa nr. I a Directivei 2005/29, privind practicile comerciale neloiale a întreprinderilor *vis-à-vis* de consumatori în Piața Internă *trebuie să fie interpretate în sensul că interzic practicile agresive pentru care consumatorii au câștigat deja prețul atunci când realizarea unei acțiuni în raport cu cererea prețului se are în vedere o cerere a acestui preț, o cerere de informare privind natura prețului și luarea acestuia în posesie este subordonată obligației de a achita banii sau de a suporta un cost oricare.*

Costul impus consumatorului, ca cel de cost al timbrului este neglijabil în raport cu valoarea prețului și el nu aduce nici un beneficiu din punct de vedere profesional.

Cererea prețului prin mai multe metode propuse consumatorului, una din ele fiind gratuite altele contra cost. Sarcina revine astfel jurisdicțiilor internaționale de a aprecia informațiile furnizate consumatorilor în lumina Directivei 2005/29 privind practicile comerciale neloiale, ținând cont de claritatea și comprehensivitatea acestor informații pentru publicul la care se referă.

Potrivit art. 6 al Directivei 93/13, privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, trebuie să fie interpretate în sensul că *judecătorul național care a constatat caracterul abuziv al clauzei nu este obligat de a demonstra consecințele acestei constatări, de a aștepta că consumatorul informat de drepturile sale să prezinte în declarație cerând ca clauza respectivă să fie anulată.* Totodată, principiul contradictorialității impune judecătorului care a constatat din oficiu caracterul abuziv să informeze părțile în litigiu pentru a o dezbate contradictoriu, conform regulilor naționale.

Această eficacitate stabilită de Directivă cere judecătorului național în virtutea art. 47 din Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene, *de a asigura o protecție jurisdicțională efectivă a drepturilor.*

De altfel, această posibilitate acordată consumatorului de a se exprima răspunde obligației care revine judecătorului național de a ține cont de voința exprimată de consumator, fiind conștient de caracterul neimpus al clauzei abuzive, și că el se opune ca aceasta să fie omisă, acordându-i astfel un consimțământ liber și clar acestei clauze.

În virtutea art. 3 al Directivei 93/13 privind clauzele abuzive încheiate cu consumatorii, *o clauză este considerată abuzivă în virtutea exigențelor bunei credințe ea creează în detrimentul consumatorilor un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile ce decurg din contract.* Potrivit art. 4 al Directivei

nominalizate *aprecierea trebuie făcută ținând cont de natura serviciilor care fac obiectul contractului referindu-se la toate circumstanțele care caracterizează încheierea sa, de alte clauze contractuale sau alt contract de care depinde.*

Așadar, judecătorul național, în scopul de a aduce o apreciere asupra caracterului eventual abuziv al clauzei contractuale care se află la baza cererii, trebuie să țină cont de toate celelalte clauze contractuale.

Art. 1 paragraful 2, al Directivei 93/13 stabilește că *clauzele contractuale care reflectă dispoziții legislative sau de reglementare imperative nu sunt supuse acestor dispoziții și trebuie interpretate în sensul că această Directivă se aplică clauzelor condițiilor generale integrate în contract, încheiate între un profesional și un consumator, care reiau o regulă de drept național aplicabilă unui tip de contract și care nu sunt supuse reglementării naționale respective.*

Posibilitatea de a exclude aplicarea dispozițiilor legislative naționale sau referințele la acestea se justifică prin regimul de protecție a consumatorilor instaurat prin Directiva 93/13.

De altfel, un profesionist poate scăpa ușor de controlul clauzelor abuzive care nu au făcut obiectul negocierilor individuale cu consumatorul, neasigurând astfel echilibrul între părțile contractante.

Art. 3 și 5 ale Directivei 93/13 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii în coroborare cu art. 3 paragraful 3, al Directivei 2003/55 privind regulile comune pe piața internă a gazului natural trebuie să fie interpretate în sensul că clauza prin care o întreprindere de aprovizionare își rezervă dreptul de a modifica cheltuielile de furnizare a gazului răspunde interesului legitim al întreprinderii de a putea modifica cheltuielile serviciului său.

O astfel de adaptare unilaterală trebuie să satisfacă exigențele bunei credințe și transparenței puse de aceste dispoziții. Pentru a aprecia această clauză, trebuie să răspundem la aceste exigențe:

- dacă contractul expune în manieră transparentă motivul și modalitatea de variație a acestor cheltuieli, în maniera în care consumatorul poate prevedea pe baza unor criterii clare și comprehensive eventualele modificări ale cheltuielilor. Absența informației la acest subiect înainte de încheierea contractului nu este compensată prin simplu fapt că consumatorul va fi informat în cursul executării contractului despre modificarea cheltuielilor cu un aviz prealabil și are dreptul de a rezilia contractul dacă nu acceptă modificările.

- dacă posibilitatea de a rezilia contractul consumatorului poate fi exercitată în condiții concrete de către consumator.

În Concluziile sale, Consiliul Uniunii Europene pentru competitivitate a subliniat necesitatea de a se concentra asupra aspectelor practice pentru a oferi beneficii reale consumatorilor și întreprinderilor, precum și necesitatea de a stabili o distincție clară între contractele încheiate între întreprinderi și consumatori și cele încheiate între întreprinderi.

Potrivit principiilor comune ale legislațiilor statelor membre ale UE, vânzarea obiectelor mobiliare corporale în rate se exprimă ca fiind o tranzacție al cărei preț se achită eșalonat sau care este legată de contractul de finanțare. O interpretare restrictivă a art. 14 al Convenției denotă că nu rezervă un privilegiu jurisdicțional stabilit de această dispoziție decât cumpărătorilor având nevoie de protecție, poziția lor economică fiind caracterizată prin slăbiciunea *vis-à-vis* de vânzători, de fapt, că ei sunt consumatorii finali cu caracter privat, ne angajați, prin cumpărarea unui produs achiziționat în rate, în activități comerciale sau profesionale.⁷

Contractul de vânzare în rate are un înțeles diferit de la un stat membru la altul în funcție de finalitățile urmărite de legislațiile respective, în sensul Convenției este necesar de a considera această națiune autonomă și de a-i acorda un conținut material uniform specific ordinii comunitare.

Concluzii

Multiplele probleme pe Piața Internă au motivat necesitatea unor norme minime privind regulilor contractuale, fapt care ar soluționa incertitudinile în această materie existente la moment, determinate de coexistența legislației Uniunii Europene cu Legislațiile naționale, regimuri juridice diferite aplicate pentru aceeași situație comercială de către directivele Uniunii Europene, regimuri diferite admise de către aceeași directivă, divergența normelor imperative privind încheierea contractelor admise de legislațiile statelor membre ale UE reguli diferite naționale referitoare la drepturile reale. Toate aceste probleme sunt în vizorul Comisiei Europene și necesită a fi soluționate la nivel de reglementare în vederea sporirea certitudinii încheierii contractelor transfrontaliere.

⁷ V. Melnic, *Perspectivile de dezvoltare a dreptului european al contractelor*, în Revista de Studii Europene, nr. 1/2013, Chișinău, 2013, pp. 17-36, [Online] la <http://studii.eu.org/files/publications/Binder1.pdf>, accesat 03.08.2018.

Distincția dintre dispoziții imperative și supletive poate fi clară în teorie, dar în practică este mai greu de realizat. Astfel, pot apărea dezavantaje în privința realizării unui compromis cu privire la clauzele contractuale. Este indicat să se realizeze o bază juridică, în ceea ce privește încheierea contractelor, validitatea, noțiunea și consecințele neexecutării sau ale executării parțiale a obligațiilor contractuale.

Europeanizarea dreptului contractelor se realizează la nivel teromnologic prin instituirea unor noțiuni specifice domeniului european al contractelor, de reglementare prin intermediul Regulamentelor și Directivelor UE, la nivel teoretic prin abordarea dreptului european al contractelor ca ramură distinctă de drept în cursuri universitare, la nivel jurisdicțional prin examinarea litigiilor contractuale de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, la nivel de uzanțe prin existența Principiilor Europene ale Contractelor.

**Armonizarea legislației naționale din Republica Moldova
la directiva 2000/31/CE. Aspecte teoretice și practice**
**Harmonization of National Legislation of Republic of Moldova to
the Directive 2000/31/EC. Theoretical and Practical Aspects**

Iulian Muntean¹

Rezumat: La începutul anilor '90, Guvernul Republicii Moldova a început procesul de armonizare a legislației naționale cu *acquis*-ul comunitar. În conformitate cu Directiva UE 2000/31/CE privind comerțul electronic, a fost elaborat cadrul legal național, adică Legea privind comerțul electronic nr. 284 din 22 iulie 2004. Autorul efectuează o cercetare privind reglementarea juridică a comerțului electronic, conformitatea acestuia cu cadrul UE, tendințele europene, aspectele practice și factorii care pot stimula comerțul electronic în Moldova. Scopul studiului este de a familiariza mediul academic, mediul de afaceri și părțile interesate cheie cu privire la oportunitățile de dezvoltare durabilă a comerțului electronic în Moldova. În concluzie, sa constatat că integrarea consumatorilor în procesul de luare a deciziilor este un factor-cheie pentru promovarea comerțului electronic.

Cuvinte cheie: Comerț electronic, cadru juridic, TIC, Moldova.

Abstract: In the early of 90's the Government of the Republic of Moldova has started the process of harmonization of its national legislation with *acquis* communautaire. In accordance with EU Directive 2000/31/CE on e-commerce it has been developed national legal framework, i.e., the Law on e-commerce nr. 284 dated 22 July 2004. The author perform a research on legal regulation of e-commerce, its compliance with EU framework, european trends, practical aspects, and factors that can boost e-commerce in Moldova. The aim of the study is to familiarize academia, business, and key stakeholders concerning opportunities for sustainable development of e-commerce in Moldova. In conclusion, it has been found that integrating consumers into decision making process is a key factor to foster e-commerce.

¹ Conf.univ.dr., Universitatea Agrară de Stat din Moldova, email: iulianase128@gmail.com

Keywords: e-commerce, legal framework, TIC, Republic of Moldova.

Rezultatele studiului

Autorul a efectuat un studiu de cercetare sistematică referitor la reglementarea legală, protagoniștii comerțului electronic, nivelul de armonizare a legislației Republicii Moldova la *acquis*-ul comunitar, tendințele globale și locale de dezvoltare a comerțului electronic, aspectele practice și factorii care pot influența dezvoltarea comerțului electronic în Republica Moldova. Scopul studiului este de a familiariza mediul de afaceri, mediul academic, și factorii de decizie vizavi de unele aspecte privind oportunitățile de dezvoltare a comerțului electronic în Republica Moldova, care la momentul actual se află în fază incipientă, dar cu un potențial semnificativ de dezvoltare.

La începutul anilor '90 în Republica Moldova au fost inițiate reforme în domeniul tehnologiei informației și comunicațiilor (TIC). Ca rezultat, puterea administrativă a fost de-centralizată prin separarea operatorului național de telecomunicații de ministerul de resort (anul 1993). Ulterior, în 2000 s-a creat regulatorul în comunicații electronice și tehnologia informației, iar în 2004 sectorul TIC a fost complet liberalizat. Se prevedea stimularea creșterii economice, sporirea investițiilor, dezvoltarea infrastructurii TIC, consolidarea competitivității întreprinderilor mici și mijlocii. Guvernul Republicii Moldova s-a lansat într-un proces de reevaluare și armonizare a cadrului legal național cu legislația și practicile Uniunii Europene. Prin urmare, la finele anului 2004 a fost adoptată legea privind comerțul electronic, în 2007 – legea comunicațiilor electronice, în 2011 – legea privind protecția datelor cu caracter personal, în 2014 – legea privind semnătura electronică și documentul electronic, etc.

Comerțul electronic reprezintă o afacere cu utilizarea rețelelor de calculatoare care presupune o activitate de cumpărare sau vânzare prin intermediul Internetului, în cadrul căreia, pot fi tranzacționate bunuri și servicii (inclusiv digitale) cu un potențial enorm și o schimbare cardinală a dinamicii comerțului nu numai la nivel național dar și cel internațional.

Republica Moldova și-a asumat angajamentul de armonizare a legislației naționale cu *acquis*-ul comunitar. Astfel, în baza Directivei 2000/31/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind comerțul electronic a fost elaborată legea nr. 284 din 22 iulie 2004 privind comerțul electronic a Republicii Moldova care are drept scop crearea cadrului juridic pentru efectuarea comerțului

electronic, stabilirea principiilor de reglementare, precum și stabilirea regimului juridic al contractelor și comunicărilor electronice privind vânzarea bunurilor, executarea lucrărilor, prestarea serviciilor. Legea stabilește principiile de reglementare a comerțului electronic, condițiile de furnizare a serviciilor societății informaționale, răspunderea furnizorilor de servicii, precum și aspecte ce țin de cooperarea internațională.

Totodată, Legea conține și prevederi ce reglementează protejarea datelor cu caracter personal. Specificăm faptul, că la prelucrarea datelor cu caracter personal, furnizorii de servicii sunt obligați să respecte regimul de confidențialitate a datelor, să întreprindă măsuri organizatorice și tehnice necesare pentru protecția datelor cu caracter personal, și să facă publice termenele și condițiile de prelucrare a datelor cu caracter personal.

Agenția pentru Protecția Consumatorilor din Republica Moldova este obligată de a supraveghea respectarea normelor privind protecția consumatorilor în procesele de comercializare a bunurilor și serviciilor. Cât privește controlul legalității prelucrării datelor cu caracter personal în domeniul comerțului electronic, acesta este exercitat de Centrul Național pentru Protecția Datelor cu Caracter Personal. Se poate concluziona, ca armonizarea cadrului legislativ al Republicii Moldova cu *acquis*-ului comunitar în domeniul comerțului electronic este asigurat la un nivel destul de înalt comparativ cu situația din alte domenii.

În Uniunea Europeană în contextul implementării Directivei 2000/31/CE privind comerțul electronic au fost efectuate câteva studii vizând impactul macroeconomic. ulterior, în anul 2013 a fost elaborat un raport al Comisiei Europene privind implementarea Planului de Acțiuni în comerțul electronic și au fost punctate câteva aspecte importante privind asigurarea protecției consumatorului, eficientizarea distribuirii coletelor poștale, popularizarea plăților electronice, sporirea măsurilor de securitate cibernetică, integrarea soluțiilor și aplicațiilor tehnologice inovatoare. Integrarea consumatorilor în procesul decizional și participarea lor activă în consultațiile publice poate asigura o dinamica pozitivă de dezvoltare a comerțului electronic pe termen lung.

De asemenea, una dintre cele 16 inițiative ale Strategiei privind piața unică digitală, adoptată la 6 mai 2015, urmărește să definească un cadru de comerț electronic adecvat și să împiedice discriminarea neloială a consumatorilor și a întreprinderilor pe criterii geografice atunci când aceștia încearcă să acceseze conținut sau să cumpere bunuri și servicii online în cadrul Uniunii Europene. În

mai 2016, Comisia Europeană a publicat orientări actualizate privind practicile comerciale neloiale pentru a răspunde, printre altele, provocărilor prezente în lumea digitală. Orientările revizuite au inclus două seturi de principii de auto-reglementare convenite între părțile interesate. Factorii de decizie din Republica Moldova urmează să analizeze aceste constatări, să asigure un cadru normativ adecvat pentru a răspunde acestor provocări și de a încuraja mediului de afaceri.

Concluzii

Cadrul legislativ național a fost armonizat continuu la rigorile Directivei 2000/31/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind comerțul electronic pe parcursul ultimilor 15 ani pentru a asigura o dezvoltare sustenabilă a comerțului electronic în țară.

Infrastructura de comunicații electronice asigura necesitățile mediului de afaceri pentru lansarea și dezvoltarea unei afaceri prospere în domeniul comerțului electronic.

Nivelul de popularizare a comerțului electronic este în creștere continua mai ales în rândurile persoanelor tinere (în Republica Moldova tinerii beneficiază de asistentă financiară (granturi) din partea Uniunii Europene pentru promovarea afacerilor).

Realitățile juridice sunt de așa natură că de fapt protagoniștii comerțului electronic se află într- o perioadă de tranziție de la contractul nemijlocit la cel bazat pe utilizarea mijloacelor de comunicare la distanță și astfel se impune adaptarea instrumentelor juridice tradiționale la noile realități și abordări juridice cu privire la comerțul electronic.

Pentru asigurarea creșterea încrederii în tranzacțiile online și protecția consumatorilor împotriva unor riscuri legate de vânzările la distanță este necesară o cooperarea exemplară a tuturor participanților în lanțul valoric al comerțului electronic, iar rolul Statului este de a facilita acest proces și de a petrece consultații publice periodice în vederea ajustării cadrului normativ rigorilor timpului.

Integrarea consumatorilor în procesul decizional va asigura o dezvoltare sustenabilă pe termen lung a comerțului electronic în Republica Moldova.

T.V.A. și operațiunile financiar-bancare VAT and Financial-Banking Operations

Carmen Văscu¹

Rezumat: Prezentul articol analizează dispozițiile normative și precizările jurisprudențiale privind ipotezele instituind scutiri de la regimul TVA pentru operațiunile financiar-bancare. Analiza relevă formule normative diferite, care fac referire fie la calități ale operatorilor, fie la elemente specifice ale operațiunilor scutite. Subliniem că, în lumina accentelor jurisprudențiale aduse de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, se decelează și criterii relativ universale și transversale, cum ar fi scopul urmărit prin respectiva operațiune.

Cuvinte cheie: TVA, operațiuni scutite, domeniul bancar.

Abstract: Our article analyzes the normative provisions and the jurisprudential specifications regarding the hypotheses establishing exemptions from the VAT regime for financial-banking services. The analysis reveals different normative formulas that refer either to the qualities of the operators or to the specific elements of the exempted operations. We emphasize that, in the light of the jurisprudential accents of the Court of Justice of the European Union, there are also relatively universal and transversal criteria, such as the aim pursued by the operation.

Keywords: VAT, exempted operations, financial-banking sistem.

1. Sediul materiei

În plan național, art. 292 din Codul fiscal² instituie o serie de scutiri de la regimul comun al T.V.A. pentru anumite activități de interes general și scutiri pentru alte activități. În această a doua categorie, se includ serviciile de natură financiar-bancară, astfel cum sunt detaliate la alin. (2), litera a):

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: carmen.c.vascu@gmail.com.

² Legea 227/2015, publicată în Monitorul Oficial nr. 688 din 10 septembrie 2015.

„1. acordarea și negocierea de credite, precum și administrarea creditelor de către persoana care le acordă;

2. negocierea garanțiilor de credit ori a altor garanții sau orice operațiuni cu astfel de garanții, precum și administrarea garanțiilor de credit de către persoana care acordă creditul;

3. tranzacții, inclusiv negocierea, privind conturile de depozit sau conturile curente, plăți, viramente, creanțe, cecuri și alte instrumente negociabile, exceptând recuperarea creanțelor;

4. tranzacții, inclusiv negocierea, privind valuta, bancnotele și monedele utilizate ca mijloc legal de plată, cu excepția obiectelor de colecție, și anume monede de aur, argint sau din alt metal ori bancnote care nu sunt utilizate în mod normal ca mijloc legal de plată sau monede de interes numismatic;

5. tranzacții, inclusiv negocierea, dar exceptând administrarea sau păstrarea în siguranță, cu acțiuni, părți sociale în societăți comerciale sau asociații, obligațiuni garantate și alte instrumente financiare, cu excepția documentelor care stabilesc drepturi asupra bunurilor;

6. administrarea de fonduri speciale de investiții”.

La nivel european, a fost adoptată Directiva 2006/112/CE din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată³ (denumită în continuare Directiva T.V.A.), care instituie, la art. 135 alin. (1) lit. b)-g), scutiri de TVA pentru următoarele operațiuni:

b) acordarea și negocierea de credite și gestionarea creditelor de către persoana care le acordă;

c) negocierea de garanții de credit sau de alte garanții sau orice tranzacții cu astfel de garanții, precum și gestionarea garanțiilor de credit de către persoana care acordă creditul;

d) operațiuni, inclusiv negocierea, privind conturile de depozit sau conturile curente, plăți, viramente, creanțe, cecuri și alte instrumente negociabile, exceptând recuperarea creanțelor;

e) operațiuni, inclusiv negocierea, privind monede, bancnote și monede utilizate ca mijloc legal de plată, cu excepția obiectelor de colecție, și anume monede de aur, argint sau din alt metal sau bancnote care nu sunt utilizate în mod normal ca mijloc legal de plată sau monede de interes numismatic;

³ Publicată în J.O. L 347 din 11.12.2006.

f) operațiuni, inclusiv negocierea, dar exceptând gestionarea sau păstrarea, cu acțiuni, titluri de participare, obligațiuni și alte valori mobiliare, dar exceptând documentele reprezentând titluri de proprietate asupra bunurilor și drepturile sau valorile mobiliare prevăzute la articolul 15 alineatul (2);

g) gestionarea de fonduri comune de plasament, așa cum sunt definite de statele membre.

Se observă, așadar, faptul că în plan național legiuitorul nu a introdus excluderi suplimentare din sfera de aplicare a scutirilor prevăzute de Directivă, deși actul normativ european prevede această posibilitate.

În interiorul categoriei-cadru și raportat la practica CJUE, distingem o serie de categorii distincte ale scutirii.

2. Operațiunile financiar-bancare scutite de T.V.A., conform art. 292 Cod fiscal

Conținutul **general** al acestei categorii de scutiri este detaliat prin norme metodologice, punctul 52 alin. (1), teza întâi, din H.G. nr. 1/2016⁴ privind Normele metodologice la Codul fiscal: *În sensul art. 292 alin. (2) lit. a) din Codul fiscal, pentru a se califica drept operațiuni scutite de taxă, serviciile externalizate trebuie să fie servicii distincte care să îndeplinească caracteristicile specifice și esențiale ale serviciului principal scutit de taxă.*

Condițiile de externalizare a activităților instituțiilor de credit din România sunt stabilite în Regulamentul Băncii Naționale a României nr. 5 din 20 decembrie 2013 privind cerințe prudențiale pentru instituțiile de credit⁵. Potrivit art. 3 alin. (1) pct. 26 din Regulament, prin *externalizare* se înțelege utilizarea de către o instituție de credit a unui furnizor extern, în vederea desfășurării de către acesta, pe bază contractuală și în mod continuu, a unor activități efectuate în mod obișnuit de către instituția de credit în cauză. Furnizorul extern este furnizorul de bunuri și servicii, inclusiv agentul bancar, care poate fi o entitate autorizată sau nu, în funcție de activitatea sau serviciile externalizate, respectiv o entitate afiliată în cadrul unui grup ori o entitate din afara grupului⁶. Sunt, de asemenea, detaliate și condițiile externalizării în lanț, care este definită ca fiind externalizarea în

⁴ Publicată în Monitorul Oficial nr. 22 din 13 ianuarie 2016.

⁵ Publicat în Monitorul Oficial nr. 841 din 30 decembrie 2013.

⁶ art. 3 alin. (1) pct. 26 din Regulament.

cadrul căreia furnizorul extern subcontractează cu alți furnizori externi elemente componente ale serviciilor prestate instituției de credit⁷.

Pot fi externalizate, printre altele, servicii sau operațiuni privind activitatea de atragere de depozite ori de acordare de credite, serviciile juridice, serviciile de IT, serviciile de curățenie și mentenanță. Funcțiile de control nu pot fi externalizate⁸; centralizarea funcțiilor de control la instituția de credit-mamă nu se consideră externalizare din perspectiva unei instituții de credit filială, persoană juridică română⁹. Externalizarea nu trebuie să determine nicio delegare a responsabilităților conducerii superioare a instituției de credit.

Externalizarea activităților unei instituții de credit nu trebuie să afecteze desfășurarea activității instituției de credit cu respectarea tuturor cerințelor legale și regulamentare aplicabile, exercitarea atribuțiilor organului de conducere al instituției de credit și nici supravegherea prudențială a instituției de credit de către Banca Națională a României. Externalizarea activităților semnificative ale unei instituții de credit este supusă notificării prealabile a Băncii Naționale a României – Direcția supraveghere.

O clarificare suplimentară este adusă de punctul 52 alin. (1), teza a doua, din H.G. nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal, care prevede că: *Scutirile se aplică numai în funcție de natura serviciilor și nu de statutul persoanei care le prestează sau căreia îi sunt prestate*. La momentul adoptării Normelor metodologice la Codul fiscal, legiuitorul român a avut în vedere hotărârile CJUE pronunțate în următoarele cauze:

○ **Cauza C-2/95 – Sparekassernes Datacenter and Skatteministeriet**¹⁰:
„Scutirea nu este condiționată de condiția ca operațiunile să fie efectuate de un anumit tip de instituție, de un anumit tip de persoană juridică sau integral sau parțial prin anumite mijloace electronice sau manual. Excepția nu este supusă condiției ca serviciul să fie furnizat de o instituție care are o relație juridică cu clientul final. Faptul că o operațiune acoperită de aceste dispoziții este efectuată de o terță parte, dar pe care clientul final o consideră a fi un serviciu furnizat de bancă

⁷ art. 3 alin. (1) pct. 29 din Regulament.

⁸ art. 36 alin. (1) din Regulament.

⁹ art. 36 alin. (2) din Regulament.

¹⁰ <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=100215&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11481241>, pagină accesată în data de 01.02.2019.

nu exclude scutirea pentru tranzacție. Serviciile care constau în punerea la dispoziția băncilor și a altor utilizatori a informațiilor financiare nu intră în sfera operațiunilor scutite. Simplul fapt că operațiunile privind gestionarea depozitelor, contractele de achiziție și împrumuturile sunt efectuate de un centru de prelucrare a datelor nu le împiedică să constituie serviciile reglementate de punctele 13 și 15 din anexa F la A șasea Directivă 77/388/CEE a Consiliului din 17 mai 1977 privind armonizarea legislațiilor statelor membre referitoare la impozitele pe cifra de afaceri – sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată: baza unitară de evaluare (n.n. denumită în continuare ‘A șasea Directivă’). Este de competența instanței de trimitere să stabilească dacă, înainte de 1 ianuarie 1991, aceste operațiuni aveau un caracter distinct, specific și esențial pentru aceste servicii. Simplul fapt că un serviciu este facturat de o terță parte nu împiedică operațiunea la care se referă să fie scutită în temeiul articolului 13⁹.

○ CJUE, **Cauza C-235/2000, CSC Financial Services Ltd**¹¹: „În ceea ce privește negocierea în legătură cu instrumentele financiare trebuie avute în vedere următoarele aspecte: scopul negocierii este de a face tot ceea ce este necesar pentru ca cele două părți implicate să încheie un contract, fără ca negociatorul să aibă un interes personal în termenii contractuali; simpla culegere, prelucrare a datelor și furnizare a rezultatului, nu reprezintă negociere”.

○ CJUE, **Cauza C-169/04 Abbey National plc, Inscap Investment Fund vs Commissioners of Customs & Excise**¹²: „Conceptul de ‘gestionare’ a fondurilor de investiții speciale prevăzut la articolul 13 secțiunea B litera (d) punctul 6 din A șasea Directivă (...) are un înțeles independent în dreptul comunitar, al cărui conținut nu poate fi modificat de statele membre. 2. Articolul 13 B litera (d) punctul 6 din A șasea Directivă 77/388 trebuie interpretat în sensul că noțiunea de ‘gestionare a fondurilor de investiții speciale’ menționată în această dispoziție se referă la serviciile prestate de un terț al gestiunii administrative a fondurilor, dacă, în general, acestea formează un întreg distinct și sunt specifice și esențiale pentru gestionarea acestor fonduri. Pe de altă parte, serviciile care corespund funcțiilor unui depozitar, precum cele prevăzute la articolul 7 alineatele (1) și (3) și la articolul 14 alineatele (1) și (3) din Directiva 85/611/CEE a Consiliului din 20 decembrie 1985 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind

¹¹ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46952&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11481321>, accesat 01.02.2019.

¹² [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56610&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11480537>, accesat 15.01.2019.

organismele de plasament colectiv în valori mobiliare (OPCVM), nu sunt incluse în acest concept”.

Conținutul acestei categorii de scutiri de la regimul comun al T.V.A. este delimitat și raportat la dispozițiile punctului 52 alin. (1) teza finală din H.G.nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal, **în sens negativ**, prin excluderea de la scutire a serviciilor externalizate aferente operațiunilor prevăzute la art. 292 alin. (2) lit. a) din Codul fiscal, precum serviciile de marketing, cercetare, serviciile juridice, serviciile de contabilitate și/sau de audit.

2.1. Prima categorie de operațiuni scutite de la regimul comun al T.V.A. este, potrivit art. 292 alin. (2) litera a, punctul 1, acordarea și negocierea de credite, precum și administrarea creditelor de către persoana care le acordă.

i). În cadrul acestei categorii de operațiuni scutite, un rol important revine activității de acordare de credite.

Sediul materiei pentru activitatea de creditare este reprezentat, printre altele, de O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului¹³ și de Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare¹⁴.

Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare, stabilește, la art. 2 alin. (1), faptul că **activitatea de creditare** se desfășoară cu titlu profesional prin următoarele tipuri de instituții: instituții de credit (bănci), instituții financiare, prestatori de servicii de plată care acordă credite legate de serviciile de plată, instituții financiare nebancare, în condițiile stabilite prin lege. La alin. (2) al aceluiași articol se precizează, în mod imperativ, faptul că este interzisă desfășurarea cu titlu profesional a activității de creditare de alte persoane decât cele stabilite mai sus (la alin. 1). Banca Națională a României este singura autoritate în măsură să decidă dacă activitatea desfășurată de o entitate este de natura activității de creditare cu titlu profesional și intră sub incidența Legii nr. 93/2009.

La încadrarea activităților de creditare în categoria celor desfășurate cu titlu profesional, Banca Națională a României va avea în vedere aspecte precum desfășurarea acestora ca activități economice de sine stătătoare, orientate spre obținerea de venituri cu caracter regulat, existența unor structuri interne specia-

¹³ Aprobata prin Legea 227/2007 și publicată în Monitorul Oficial nr. 1027 din 27.12.2006.

¹⁴ Publicată în Monitorul Oficial nr. 259 din 21.04.2009.

lizate în domeniul creditării care gestionează și analizează aceste activități în mod distinct, pe baza unor reguli prestabilite și cu luarea în considerare a activităților de creditare la proiectarea bugetului societății ori la efectuarea de previziuni referitoare la activitatea de ansamblu a societății.

Legea nr. 58 din 5 martie 1998 privind activitatea bancară¹⁵ definește **creditul** ca fiind *orice angajament de punere la dispoziție sau acordarea unei sume de bani ori prelungirea scadenței unei datorii, în schimbul obligației debitorului la rambursarea sumei respective, precum și la plata unei dobânzi sau a altor cheltuieli legate de această sumă sau orice angajament de achiziționare a unui titlu care încorporează o creanță ori a altui drept la încasarea unei sume de bani.*

Unele instituții de credit percep **comision de acordare**, care este, așadar, scutit de aplicarea T.V.A. Acest comision înglobează costurile activităților desfășurate pentru acordarea facilității: interogări de baze publice de date (precum Biroul de Credit, A.N.A.F. etc.), analiza dosarului de credit și, de ce nu, costurile interne cum ar fi costurile de funcționare, salariale, papetărie utilizate la momentul generării contractului de credit.

Referiri la contractul de împrumut găsim și în Codul civil¹⁶, care reglementează, cu impact asupra activității financiar-bancare, la art. 2144-2170, Contractul de împrumut, Contul bancar curent și alte contracte bancare. În această ultimă sintagmă, Codul civil include: depozitul bancar, facilitatea de credit și închirierea casetelor de valori.

Art. 2144 din Codul civil prevede că *Împrumutul este de două feluri: împrumutul de folosință, numit și comodat, și împrumutul de consumație*, iar art. 2158 stipulează, în alin. (1) că *Împrumutul de consumație este contractul prin care împrumutătorul remite împrumutatului o sumă de bani sau alte asemenea bunuri fungibile și consumptibile prin natura lor, iar împrumutatul se obligă să restituie, după o anumită perioadă de timp, aceeași sumă de bani sau cantitate de bunuri de aceeași natură și calitate*, iar la alin. (2) *Atunci când o persoană acordă un împrumut fără a o face cu titlu profesional, nu îi sunt aplicabile dispozițiile legale privind instituțiile de credit și instituțiile financiare nebankare.*

¹⁵ Republicată în Monitorul Oficial nr. 78 din 24 ianuarie 2005.

¹⁶ Legea nr. 287/2009 publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 511 din 24 iulie 2009, a fost modificată prin Legea nr. 71/2011 și rectificată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 427 din 17 iunie 2011 și în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 489 din 8 iulie 2011.

Clarificări suplimentare privind conținutul acestei subcategorii de scutiri de la regimul comun al T.V.A. au fost aduse prin norme metodologice, punctul 52 alin. (3) din H.G. nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal, care precizează că, *printre altele, se cuprind în sfera operațiunilor scutite și împrumuturile acordate de asociați sau acționari societăților în vederea asigurării resurselor financiare ale societății, împrumuturile garantate cu bunuri imobile, inclusiv împrumuturile ipotecare*¹⁷, *împrumuturile garantate cu bunuri mobile corporale, inclusiv împrumuturile acordate de casele de amanet.*

Oprindu-ne asupra activității caselor de amanet, menționăm că aceasta este reglementată de Legea nr. 93 din 8 aprilie 2009 privind instituțiile financiare nebancare, care precizează, la art. 37, că se desfășoară cu respectarea următoarelor condiții:

- a) *înscrierea în Registrul de evidență*¹⁸;
- b) *organizarea și funcționarea potrivit prevederilor Legii nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare;*
- c) *activitatea de creditare desfășurată se limitează la cea prevăzută la art. 14 alin. (1) lit. d).* – n.n.: acordare de credite cu primire de bunuri în gaj, respectiv amanetare.

Dobânzile sau comisioanele încasate de casele de amanet pentru acordarea de împrumuturi reprezintă venituri obținute din prestarea de servicii financiare care, potrivit prevederilor Codului fiscal, sunt operațiuni scutite de taxa pe valoarea adăugată. Aceste venituri sunt scutite de taxa pe valoarea adăugată indiferent dacă bunurile mobile depuse de către debitor drept gaj sunt sau nu sunt returnate.

Nu în ultimul rând, trebuie precizat că sintagma „**acordare de credite**” a făcut obiectul unor interpretări jurisprudențiale la nivelul CJUE, printre care menționăm:

○ **Cauza C-381/09, Gennaro Curia vs Ministero dell’Economia e delle Finanze și Agenzia delle Entrate**¹⁹: „*Împrumutul cu camătă, care constituie o*

¹⁷ Creditul ipotecar este reglementat prin Legea nr. 190/1999 privind Creditul ipotecar pentru investiții imobiliare, publicată în Monitorul Oficial nr. nr. 611 din 14/12/1999.

¹⁸ Potrivit art. 5 litera g din Legea nr. 93 din 8 aprilie 2009 privind instituțiile financiare nebancare, acest Registru este deschis și ținut de Banca Națională a României.

*infrațiune potrivit dreptului penal național, intră, în pofida caracterului său ilicit, în domeniul de aplicare al celei de A șasea directive 77/388/CEE a Consiliului din 17 mai 1977 privind armonizarea legislațiilor statelor membre referitoare la impozitele pe cifra de afaceri – Sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată (n.n. – denumită în continuare ‘A șasea Directivă’): baza unitară de evaluare. Articolul 13 secțiunea B litera (d) punctul 1 din această directivă (n.n. – ‘acordarea și negocierea creditelor și administrarea creditelor de către persoana care le acordă’) trebuie să fie interpretat în sensul că **un stat membru nu poate să supună această activitate taxei pe valoarea adăugată în cazul în care activitatea corespondentă de acordare de credite în bani cu dobândă care nu este fixată la un nivel excesiv beneficiază de scutirea de la plata acestei taxe**”.*

○ CJUE, Cauza C-281/91 – Muys' en De Winter's Bouw – en Aannemingsbedrijf BV²⁰: „Articolul 13 B din Directiva 77/388 / CEE a Consiliului din 17 mai 1977 (...) trebuie interpretat în sensul că un furnizor de bunuri sau de servicii care autorizează clientul să amâne plata prețului, în schimbul plății dobânzii, face în principiu o acordare de credit scutită în sensul acestei dispoziții. Cu toate acestea, în cazul în care un furnizor de bunuri sau servicii acordă clientului amânarea plății prețului, în schimbul plății dobânzii, numai până la livrare, această dobândă nu constituie o contraprestație pentru acordarea creditului, ci o parte a onorariului obținut pentru furnizare de produse sau de servicii, în sensul articolului 11 secțiunea A punctul 1 litera (a) din A șasea Directivă TVA”. **Această interpretare a CJUE a fost consacrată normativ în dreptul intern**, prin includerea sa la punctul 52 din H.G. nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal, care precizează la alin. (4): „Componentele de finanțare din cadrul operațiunilor de leasing nu se cuprind în sfera operațiunilor scutite conform art. 292 alin. (2) lit. a) pct. 1 din Codul fiscal, aceste componente reprezentând o parte a remunerației pentru respectivele bunuri sau servicii. În înțelesul art. 292 alin. (2) lit. a) pct. 1 din Codul fiscal, un furnizor de bunuri sau servicii care își autorizează clientul să amâne plata prețului după data livrării sau prestării, în schimbul plății unei dobânzi, efectuează o acordare de credit scutită. Dacă un furnizor de bunuri sau servicii acordă clientului său o amânare a plății prețului, în schimbul plății

¹⁹ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83729&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11481528>, accesat 15.01.2019.

²⁰ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98203&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9877626>, accesat 15.01.2019.

unei dobânzi, doar până la momentul livrării sau prestării, acea dobândă nu reprezintă plată pentru acordarea creditului, ci este o parte din contrapartida obținută pentru furnizarea bunurilor sau serviciilor în înțelesul art. 286 alin. (1) lit. a) din Codul fiscal”.

ii). Cea de-a doua subcategorie prevăzută de art. 292 alin. (2) litera a, punctul 1 din Codul fiscal are în vedere **negocierea de credite**.

Conținutul aceste subcategorii de scutiri este detaliat prin norme metodologice, punctul 52 alin. (2) din H.G. nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal care stipulează că *este considerată negociere în operațiuni financiar-bancare asigurarea tuturor demersurilor necesare pentru ca cele două părți direct implicate, respectiv clientul și prestatorul de servicii financiar-bancare, să intre în relație contractuală. Simpla culegere, prelucrare a datelor și furnizare a rezultatelor nu reprezintă negociere în operațiuni financiar-bancare.*

La nivel de practică judiciară națională, precizăm că Înalta Curte de Casație și Justiție a hotărât, prin Decizia nr. 992 din 13 martie 2014, pronunțată în recurs de Secția a II – a civilă, asupra unei cauze având ca obiect constatare clauze abuzive²¹, că nu poate fi apreciat caracterul negociat al unui contract de credit doar prin simpla semnare a contractului, deoarece „alin. (3) al art. 4 din Legea nr. 193/2000 (n.n. – Legea nr. 193 din 6 noiembrie 2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori²²) instituie o prezumție relativă a caracterului abuziv al clauzelor în cazul contractelor prestabilite ce conțin clauze standard, preformulate, prezumție ce poate fi înlăturată doar prin dovada scrisă, făcută de profesionist, a caracterului negociat al contractului ori a unor clauze ale acestuia”. Părțile nu se află pe poziții de egalitate, nici în ceea ce privește cunoștințele de specialitate, nici în ceea ce privește puterea de negociere, banca fiind un profesionist care se ocupă cu acordarea de credite, care a prezentat un „contract de credit preformat, standardizat, în care consumatorul nu are posibilitatea să intervină, putând doar să adere sau nu la el, consumatorul fiind privat de o informare corectă și completă asupra tuturor condițiilor de creditare”.

²¹ [Online] la <http://www.scj.ro/1093/Detaliijurisprudenta?customQuery%5b0%5d.Key=id&customQuery%5b0%5d.Value=108435>, accesat 13.12.2018.

²² Republicată în Monitorul Oficial nr. 543 din 3 august 2012.

Clarificări cu privire la conceptul de „negociere de credite” au fost aduse și de CJUE, în **Cauza C-453/05, Volker Ludwig împotriva Finanzamt Luckenwalde**²³: „Împrejurarea că o persoană impozabilă analizează situația patrimonială a clienților prospectați prin demersurile sale în vederea procurării de credite acestora nu se opune recunoașterii unei prestări de **negociere de credite** scutite în sensul articolului 13 secțiunea B litera (d) punctul 1 din A șasea Directivă (...) dacă, în lumina elementelor de interpretare de mai sus, prestarea de negociere de credite oferită de persoana impozabilă respectivă trebuie considerată ca fiind prestarea principală față de care prestarea de consultanță patrimonială este accesorie, astfel încât aceasta din urmă beneficiază de același tratament fiscal ca și prima. Este de competența instanței de trimitere să stabilească dacă aceasta este situația în litigiul aflat pe rolul său. Împrejurarea că o persoană impozabilă nu are o relație contractuală cu niciuna dintre părțile la un contract de credit la încheierea căruia a contribuit și nu intră direct în contact cu una dintre aceste părți nu se opune faptului ca persoana impozabilă respectivă să furnizeze o prestare de negociere de credite scutită în sensul articolului 13 secțiunea B litera (d) punctul 1 din A șasea Directivă 77/388”.

În această subcategorie de scutire (a negocierii de credite), printre altele, se înscrie și activitatea de **intermediere de credite**²⁴, activitate reglementată de O.U.G. nr. 52 din 14 septembrie 2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile, precum și pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori²⁵.

Actul normativ citat definește, la art. 3 punctul 5, intermediarul de credite²⁶ ca fiind: *persoana fizică autorizată sau persoana juridică ce nu acționează în calitate de creditor, care, în cursul exercitării activității sale comerciale, a afacerii sau a profesiei sale, în schimbul unui onorariu, realizează legătura, fie în mod direct,*

²³ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=66200&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11481638>, accesat 15.11.2018.

²⁴ În literatura de specialitate, activitatea de intermediere de credite a fost definită ca fiind punerea în contact a unor persoane care doresc să obțină servicii financiare cu persoane care oferă asemenea servicii; a se vedea în acest sens, Mark CHESHAM, *VAT and Financial Services*, Spiramus Press Ltd, London, 2017, third edition, p. 39.

²⁵ Publicată în Monitorul Oficial nr. 727 din 20 septembrie 2016.

²⁶ În limbajul comun, denumit adeseori ”broker de credite”.

fie indirect, unui consumator cu un creditor sau cu un alt intermediar de credite și care desfășoară cel puțin una dintre următoarele activități:

a) prezintă consumatorilor contracte de credit;

b) oferă asistență consumatorilor prin organizarea de activități pregătitoare sau alte activități administrative precontractuale privind contractele de credit, altele decât cele prevăzute la lit. a);

c) încheie contracte de credit cu consumatorii în numele creditorului.

Pentru a desfășura integral sau parțial activitățile de intermediere a creditelor prevăzute la art. 3 pct. 5 sau pentru a presta servicii de consiliere, intermediarii de credite sunt înregistrați de Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor în registrul intermediarilor de credite²⁷. Serviciile intermediarilor de credite sunt din ce în ce mai căutate, întrucât clienții înțeleg că aceste persoane pot ușura procesul de creditare. Astfel, clientul nu trebuie să se deplaseze personal la sediul mai multor instituții de servicii financiar – bancare pentru a afla ofertele acestora, deoarece la sediul intermediarului poate afla oferta curentă a tuturor partenerilor brokerului. Acesta oferă clientului toate informațiile necesare – costuri (dobânzi, comisioane), garanții, îi pune la dispoziție draft-uri ale contractelor de credit și îi explică toate neclaritățile (terminologia utilizată); intermediarul de credite întocmește documentația necesară și stabilește contactul cu notari, evaluatori, după caz.

În stabilirea conținutului concret al acestei subcategorii de scutiri, trebuie avută în vedere jurisprudența CJUE, **respectiv Cauza C-235/2000, CSC Financial Services Ltd**²⁸: „În ceea ce privește negocierea în legătură cu instrumentele financiare trebuie avute în vedere următoarele aspecte: scopul negocierii este de a face tot ceea ce este necesar pentru ca cele două părți implicate să încheie un contract, **fără ca negociatorul să aibă un interes personal în termenii contractuali**; simpla culegere, prelucrare a datelor și furnizare a rezultatului, nu reprezintă negociere”.

Pornind de la această soluție de spetă, s-a opinat că în vederea aplicabilității scutirii de TVA pentru operațiunile de negociere în acordarea de credite, este necesară o analiză de la caz la caz, astfel: „în cazul în care potrivit prevederilor

²⁷ La adresa <http://www.anpc.gov.ro/articol/861/registru-1> pot fi consultate Registrele intermediarilor de credite ținute de Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor, pagină consultată în data de 25.01.2019.

²⁸ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46952&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11481321>, accesat 01.02.2019.

contractuale societatea prestatoare este remunerată numai dacă rezultatul activității se concretizează prin aprobarea unui dosar de credit, serviciile prestate reprezintă negociere de credite și prin urmare, le sunt aplicabile prevederile referitoare la scutirea de taxa pe valoarea adăugată fără drept de deducere. În situația în care potrivit prevederilor contractuale societatea prestatoare este remunerată indiferent de rezultatul activității, respectiv dacă urmare serviciilor prestate se aprobă sau nu dosarul de credit, serviciile realizate nu reprezintă servicii de negociere de credite scutite de taxă, fiind taxabile din punct de vedere al taxei pe valoarea adăugată²⁹.

Pentru serviciile îndeplinite, intermediarul de credite percepe, de regulă lunar, un comision³⁰, care este scutit de T.V.A. Important de reținut este și faptul că acest comision nu este perceput de la beneficiarul creditului, ci de la instituția care pune la dispoziție facilitatea de împrumut.

iii). Nu în ultimul rând, în cadrul primei categorii de scutiri analizate întră „**activitatea de administrare a creditelor, de către persoana care le acordă**”. Activitatea de administrare a creditelor include urmărirea și controlul creditelor. Scopul și modul de funcționare a unor astfel de sisteme intrabancare diferă de la o bancă la alta. Creditele necesită o formă cât mai eficientă de supraveghere din interior a activității. Monitorizarea (care implică urmărirea comportamentului și a performanțelor clienților, precum și a desfășurării întregii lor activități) constituie o etapă deosebit de importantă și absolut necesară în derularea unui credit. Scopul acestei activități este, în general, acela al depistării, cât mai timpurii, a unor indici asupra oricăror probleme care pot să apară în derularea împrumutului, astfel încât să se poată lua, din timp, măsuri de remediere în vederea preîntâmpinării deteriorării serviciului datoriei împrumutului.

De regulă, aceste servicii se taxează sub forma comisionului de administrare, la care nu se adaugă T.V.A.

²⁹ [Online] la http://discutii.mfinante.ro/static/10/Mfp/infotva/scutireTVAoperatiunile_negociere_acordarea_credite.pdf, accesat 10.11.2018.

³⁰ „Onorariu”, potrivit art. 3 punctul 5 din O.U.G. nr. 52 din 14 septembrie 2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile, precum și pentru modificarea și completarea O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori.

2.2. Cea de-a doua categorie de operațiuni scutite de la regimul comun al T.V.A. este, potrivit art. 292 alin. (2) litera a, punctul 2, ***negocierea garanțiilor de credit ori a altor garanții sau orice operațiuni cu astfel de garanții, precum și administrarea garanțiilor de credit de către persoana care acordă creditul.***

Pentru a minimaliza pierderile în caz de insolvabilitate a debitorilor, instituțiile care oferă credite își securizează tranzacțiile prin constituirea de garanții asupra patrimoniului debitorilor sau, după caz, al unor terți garanți. Structura de garanții poate diferi de la un tip de client la altul, funcție de politica de creditare a fiecărei bănci. Mai mult, diferențe există în cadrul aceleiași categorii de clienți, tipurile de garanții propuse de solicitanții facilităților și în final acceptate de către creditorii nefiind identice. Astfel, clienții fideli (care revin mereu la același creditor pentru accesarea de credite) sau cei care prezintă bonitate pot oferi garanții care să acopere sumele împrumutate în quantum inferior celui solicitat unui client care, spre exemplu, înregistrează restanțe.

Pachetul final de garanții care va însoți creditul este, așadar, rezultatul unei adevărate negocieri între client și creditor, operațiune scutită de TVA.

Principalele tipuri de garanții sunt: garanțiile reale (care sunt în legătură cu un drept real – spre exemplu, ipoteca asupra unui imobil), personale (fidejusiunea) și alte garanții. În această ultimă categorie, se includ depozitele (“*cash collateral*”) constituie în scopul de a garanta facilitatea de credit oferită, dar și drepturile de încasat din despăgubirile acordate de firma care a asigurat, pe perioada creditării, bunul asupra căruia a fost constituită ipoteca (mobiliară sau imobiliară).

O determinare în sens negativ a scutirii a fost efectuată de CJUE și prin hotărârea pronunțată în **Cauza C-540/09 – Skandinaviska Enskilda Banken AB Momsgrupp vs Skatteverket**³¹: „*Serviciile de garanție de subscriere în prezenta cauză nu se încadrează în articolul 13 secțiunea B litera (d) punctul 2 din A șasea Directivă TVA și nu pot beneficia de scutire în temeiul acestuia. În speță, anumite societăți pe acțiuni au încercat să obțină servicii de garanție de subscriere în acest scop. Subscriptorul [Skandinaviska Enskilda Banken ('SEB')] s-a angajat, în schimbul unui comision, să achiziționeze acțiunile care nu erau subscribe la expirarea perioadei de subscriere. Serviciile de garanție de subscriere de acțiuni se*

³¹ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80422&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11480451>, accesat 15.12.2018.

referă în general la situația în care un subscriptor se angajează, în schimbul unei sume de bani, să achiziționeze sau să subscrie (în cazul unei noi emisiuni de acțiuni) acele acțiuni care nu pot fi vândute sau subscrise pe piață. Scopul unor asemenea servicii este, așadar, acela de a garanta că emisiunea de acțiuni este integral subscrisă sau că toate acțiunile emise sunt vândute și că emitentul primește o anumită parte a capitalului”.

2.3. Cea de-a treia categorie de operațiuni scutite de la regimul comun al T.V.A. este, potrivit art. 292 alin. (2) litera a, punctul 3, **tranzacții, inclusiv negocierea, privind conturile de depozit sau conturile curente, plăți, viramente, creanțe, cecuri și alte instrumente negociabile, exceptând recuperarea creanțelor.**

Referiri la contul bancar curent³², depozitul bancar³³, facilitatea de credit³⁴ și închirierea casetelor de valori³⁵ găsim în Codul civil. Pentru serviciile oferite,

³² Contul bancar curent este reglementat de art. 2184-2190 Cod civil.

Art. 2184: Dreptul de a dispune de soldul creditor

În cazul în care depozitul bancar, creditul sau orice altă operațiune bancară se realizează prin contul curent, titularul contului poate să dispună în orice moment de soldul creditor al contului, cu respectarea termenului de preaviz, dacă acesta a fost convenit de părți.

Art. 2185: Compensarea reciprocă a soldurilor

În cazul în care între instituția de credit și client există mai multe raporturi juridice sau mai multe conturi, chiar și în monede diferite, soldurile active și pasive se compensează reciproc, afară de cazul în care părțile au convenit altfel.

Art. 2186: Cotitularii unui cont curent

În cazul în care un cont curent are mai mulți titulari și s-a convenit că fiecare dintre aceștia are dreptul să dispună singur efectuarea de operațiuni în cont, cotitularii sunt considerați creditori sau debitori în solidar pentru soldul contului.

Art. 2187: Contul curent indiviz

(1) În cazul în care titularul contului decedează, până la efectuarea partajului, moștenitorii sunt considerați titulari coindivizari ai contului, pentru efectuarea operațiunilor în cont fiind necesar consimțământul tuturor coindivizării.

(2) Creditorul personal al unuia dintre comoștenitori nu poate urmări silit prin poprire soldul creditor al contului indiviz. El poate doar să ceară partajul.

(3) Comoștenitorii sunt ținuti divizibil față de instituția de credit pentru soldul debitor al contului, dacă prin lege sau prin convenție nu se stabilește altfel.

(4) Dispozițiile prezentului articol sunt aplicabile în mod corespunzător și în alte cazuri de indiviziune între titularii contului curent, dacă prin lege nu se prevede altfel.

Art. 2188: Denunțarea unilaterală

În cazul în care contractul de cont bancar curent este încheiat pe durată nedeterminată, oricare dintre părți poate să denunțe contractul de cont curent, cu respectarea unui termen

de preaviz de 15 zile, dacă din contract sau din uzanțe nu rezultă un alt termen, sub sancțiunea de daune-interese.

Art. 2189: Executarea împrumuturilor primite

- (1) Instituția de credit este ținută, potrivit dispozițiilor prevăzute în materia contractului de mandat, pentru executarea împrumuturilor primite de la client.
- (2) Dacă împrumutarea primită trebuie executată pe o piață unde nu există sucursale ale instituției de credit, aceasta poate să împrumutnicească la rândul ei o filială a sa, o instituție de credit corespondentă sau o altă instituție de credit ori o altă entitate agreeată de titularul de cont și instituția de credit.

Art. 2190: Termenul de prescripție

- (1) Dreptul la acțiunea în restituirea soldului creditor rezultă la închiderea contului curent se prescrie în termen de 5 ani de la data închiderii contului curent.
- (2) În cazul în care contul curent a fost închis din inițiativa instituției de credit, termenul de prescripție se calculează de la data la care titularul sau, după caz, fiecare cotitular al contului a fost notificat în acest sens prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire la ultimul domiciliu sau sediu adus la cunoștința instituției de credit.

³³ Art. 2191: Depozitul de fonduri

- (1) Prin constituirea unui depozit de fonduri la o instituție de credit, aceasta dobândește proprietatea asupra sumelor de bani depuse și este obligată să restituie aceeași cantitate monetară, de aceeași specie, la termenul convenit sau, după caz, oricând, la cererea deponentului, cu respectarea termenului de preaviz stabilit de părți ori, în lipsă, de uzanțe.
- (2) În lipsă de stipulație contrară, depunerile și retragerile se efectuează la sediul unității operative a băncii unde a fost constituit depozitul.
- (3) Instituția de credit este obligată să asigure, în mod gratuit, informarea clientului cu privire la operațiunile efectuate în conturile sale. În cazul în care clientul nu solicită altfel, această informare se realizează lunar, în condițiile și în modalitățile convenite de părți. Dispozițiile art. 2180 sunt aplicabile în mod corespunzător.

Art. 2192: Depozitul de titluri

- (1) Prin constituirea unui depozit de titluri, instituția de credit este împrumutată cu administrarea acestora. În lipsă de dispoziții speciale, prevederile art. 792-857 sunt aplicabile în mod corespunzător.
- (2) Instituția de credit are dreptul la rambursarea cheltuielilor efectuate pentru operațiunile necesare, precum și la o remunerație, în măsura stabilită prin convenție sau prin uzanțe.
- (3) Este considerată nescrisă orice clauză prin care instituția de credit este exonerată de răspundere pentru neexecutarea obligațiilor care îi revin în administrarea titlurilor cu prudență și diligență.

³⁴ Art. 2193: Noțiune

Facilitatea de credit este contractul prin care o instituție de credit, o instituție financiară nebanară sau orice altă entitate autorizată prin lege specială, denumită finanțator, se obligă să țină la dispoziția clientului o sumă de bani pentru o perioadă de timp determinată sau nedeterminată.

Art. 2194: Utilizarea creditului

Dacă părțile nu au stipulat altfel, clientul poate să utilizeze creditul în mai multe tranșe, potrivit uzanțelor, și poate, prin rambursări succesive, să reinnoiască suma disponibilă.

Art. 2195: Denunțarea unilaterală

instituțiile financiar-bancare percep o serie de tarife și comisioane, particularizate, de regulă, pe tip de client³⁶.

Deși sfera operațiunilor care se circumscriu acestei categorii este extrem de vastă și predictibilă (raporat la terminologia utilizată), există o serie de clarificări, aduse atât de legiuitorul național, cât și de jurisprudența CJUE.

-
- (1) *În lipsa unei clauze contrare, finanțatorul nu poate să denunțe contractul înainte de împlinirea termenului decât pentru motive temeinice, dacă acestea privesc beneficiarul facilității de credit.*
 - (2) *Denunțarea unilaterală stinge de îndată dreptul clientului de a utiliza creditul, iar finanțatorul trebuie să acorde un termen de cel puțin 15 zile pentru restituirea sumelor utilizate și a accesoriilor acestora.*
 - (3) *Dacă facilitatea de credit s-a încheiat pe durată nedeterminată, fiecare dintre părți poate să denunțe contractul, cu respectarea unui termen de preaviz de 15 zile, dacă din contract sau din uzanțe nu rezultă altfel.*

³⁵ Art. 2196: *Obligația prestatorului*

În executarea contractului de închiriere a casetei de valori, instituția de credit sau o altă entitate care prestează în condițiile legii astfel de servicii, denumită prestator, răspunde față de client pentru asigurarea unei încăperi adecvate și sigure, precum și pentru integritatea casetei.

Art. 2197: *Deschiderea casetei de valori*

- (1) *În cazul în care caseta este închiriată mai multor persoane, oricare dintre acestea poate cere deschiderea casetei, dacă nu s-a stipulat altfel prin contract.*
- (2) *În caz de deces al clientului sau al unuia dintre clienții care foloseau aceeași casetă, prestatorul, odată ce a fost înștiințat, nu poate să consimtă la deschiderea casetei decât cu acordul tuturor celor îndreptățiți sau, în lipsă, în condițiile stabilite de instanța de judecată.*
- (3) *Dispozițiile alin. (2) se aplică în mod corespunzător și în cazul încetării sau reorganizării persoanei juridice. În acest caz poate solicita deschiderea casetei de valori administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar.*

Art. 2198: *Deschiderea forțată a casetei de valori*

- (1) *La împlinirea termenului prevăzut în contract, după expirarea unei perioade de 3 luni de la notificarea adresată clientului, prestatorul poate cere instanței de judecată, pe cale de ordonanță președințială, autorizarea de a deschide caseta de valori. Notificarea clientului se poate face prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire la ultimul domiciliu sau sediu adus la cunoștința instituției de credit.*
- (2) *Deschiderea casetei de valori se face în prezența unui notar public și, după caz, cu respectarea măsurilor de prudență stabilite de instanță.*
- (3) *Instanța de judecată poate, de asemenea, să dispună măsuri de conservare a obiectelor descoperite, precum și vânzarea acestora în măsura necesară acoperirii chiriei și cheltuielilor efectuate de prestator, precum și, dacă este cazul, a prejudiciului cauzat acestuia.*

³⁶ Pentru diferite tipuri de tarife și comisioane aplicabile persoanelor fizice, se poate consulta: <https://www.unicredit.ro/content/dam/cee2020-pws-ro/DocumentePDF/TarifeComisioanePI/Comisioane-si dobanzi-PI.pdf>, accesat 01.02.2019.

Astfel, punctul 52 alin. (5) din H.G. nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal menționează că „se cuprind în sfera operațiunilor scutite conform art. 292 alin. (2) lit. a) pct. 3 din Codul fiscal servicii precum depozitarea, transferul și retragerea banilor către sau din conturile bancare, inclusiv prin mijloace electronice”. În egală măsură, conținutul acestei categorii de scutiri este detaliat și prin punctul 52 alin. (6) din H.G. nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal, care include în sfera operațiunilor scutite conform art. 292 alin. (2) lit. a) pct. 3 din Codul fiscal „și servicii auxiliare, precum verificarea plăților, eliberarea extraselor de cont duplicat, punerea la dispoziția clienților băncii, la cererea acestora, a copiilor mesajelor SWIFT legate de plățile acestora”.

Cu incidență asupra acestei subcategorii de scutiri, înțelegem să menționăm, din jurisprudența CJUE, hotărârile pronunțate în următoarele cauze:

o **Cauza C-350/10 – Nordea Pankki Oyj**³⁷: „Articolul 13 secțiunea B litera (d) punctele 3 și 5 din A șasea Directivă (...) trebuie interpretat în sensul că scutirea de taxa pe valoarea adăugată prevăzută la această dispoziție nu include serviciile de transmitere de mesaje electronice pentru instituții financiare, precum cele în cauză în acțiunea principală” (**n.n.** – SWIFT³⁸).

³⁷ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=108324&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11479975>, accesat 23.11.2018.

³⁸ În considerentele deciziei sus-menționate, CJUE reține că: “Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication – SWIFT SC (denumită în continuare ‘SWIFT’) este o cooperativă deținută în comun de mai mult de două mii de instituții financiare răspândite în mai mult de 200 de țări. SWIFT administrează un serviciu mondial de transmitere de mesaje electronice pentru instituții financiare (denumit în continuare ‘serviciile swift’) care permit unui număr de peste nouă mii de bănci, instituții financiare și de administrare de valori mobiliare, precum și altor societăți cliente să schimbe între ele mesaje financiare standardizate cu ajutorul unui software dezvoltat chiar de întreprindere și al rețelei sale internaționale securizate de schimb de date. Grație acestei rețele de schimb de date pe care a constituit-o și pe care o întreține, SWIFT asigură în special procesarea mesajelor în vederea plăților interbancare și a operațiunilor cu valori mobiliare. Instituțiile financiare care sunt membre SWIFT sunt conectate la rețea prin propriile echipamente informatice, prin intermediul unei conexiuni speciale (‘gateway’). Pentru a accesa serviciile sale, această întreprindere impune clienților utilizarea unui hardware aprobat în prealabil de ea însăși. Plățile interbancare pot fi împărțite în plăți naționale și plăți internaționale. Serviciile swift sunt utilizate în principal pentru plățile internaționale, însă există tendința să fie utilizate din ce în ce mai des și pentru plățile naționale. Procedura de transmitere a mesajelor privind plățile interbancare prevede că, atunci când un mesaj este transmis în rețeaua SWIFT, banca emitentă primește o primă confirmare (‘acknowledgement’), potrivit căreia mesajul a fost

○ CJUE, Cauza C-264/14 – Skatteverket împotriva David Hedqvist³⁹:
„Articolul 135 alineatul (1) literele (d) și (f) din Directiva T.V.A. trebuie interpretat în sensul că prestări de servicii care constau în schimbul de monede tradiționale cu unități ale monedei virtuale ‘bitcoin’⁴⁰ și invers, efectuate contra plății unei sume care corespunde marjei constituite de diferența dintre, pe de o parte, prețul la care operatorul în cauză cumpără monedele și, pe de altă parte, prețul la care le vinde clienților săi nu intră în domeniul de aplicare al acestor dispoziții. În ceea ce privește, mai întâi, scutirile prevăzute la articolul 135 alineatul (1) litera (d) din directiva menționată, întrucât moneda virtuală ‘bitcoin’ este un mijloc de plată contractual, aceasta nu poate, pe de o parte, să fie considerată un cont curent și nici un cont de depozit, o plată sau un virament. Pe de altă parte, spre deosebire de creanțe, de cecuri sau de alte instrumente negociabile prevăzute la articolul 135 alineatul (1) litera (d) din Directiva 2006/112, ea constituie un mijloc de plată direct între operatorii care o acceptă. În ceea ce privește, în continuare, scutirile prevăzute la articolul 135 alineatul (1) litera (f) din Directiva 2006/112, moneda virtuală ‘bitcoin’ nu constituie nici un titlu care conferă un drept de proprietate asupra unor persoane juridice și nici un titlu cu o natură comparabilă”.

acceptat spre procesare de SWIFT. Această formalitate marchează și începutul angajării răspunderii financiare a SWIFT pentru transmiterea mesajului în cauză și pentru realizarea operațiunii în conformitate cu mesajul. Odată ce banca primește prima confirmare, operațiunea menționată în mesajul în cauză devine irevocabilă. De la momentul la care banca destinatară confirmă sistemului primirea mesajului, răspunderea SWIFT pentru efectuarea operațiunii încetează. În același timp, SWIFT trimite băncii care a emis ordinul o confirmare de primire a mesajului. În afară de aceste operațiuni de plată, serviciile swift sunt utilizate și la efectuarea operațiunilor transfrontaliere cu valori mobiliare. Numai odată cu înregistrarea acțiunilor în contul electronic de valori mobiliare al clientului realizată prin intermediul serviciilor swift este asigurată protecția împotriva ingerințelor terților, cu toate că dreptul de proprietate asupra valorilor mobiliare este transferat încă de la data efectuării operațiunii în bursă. Răspunderea SWIFT pentru mesajele aferente operațiunilor cu valori mobiliare corespunde celei care a fost prezentată cu privire la plățile interbancare. În scopul păstrării secretului bancar, SWIFT nu poate și nu trebuie să deschidă decât câmpurile de mesaje care sunt necesare pentru stabilirea conformității acestora cu normele de transmitere a mesajelor”.

³⁹ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170305&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11481940>, accesat 23.11.2018.

⁴⁰ Pentru mai multe informații despre bitcoin, a se vedea supra, pag. 16 ș.u.

○ CJUE, **Cauza C-464/12, ATP PensionService A/S împotriva Skatteministeriet**⁴¹: „Articolul 13 secțiunea B litera (d) punctul 3 din A șasea Directivă trebuie interpretat în sensul că scutirea de taxa pe valoarea adăugată prevăzută de această dispoziție referitoare la operațiunile privind plățile și viramentele se aplică unor prestări de servicii prin care un organism materializează drepturile persoanelor afiliate la fondurile de pensii prin deschiderea de conturi ale acestor persoane afiliate în sistemul regimurilor de pensie și prin înscrierea contribuțiilor persoanelor afiliate respective în contul lor, precum și operațiunilor care sunt accesorii serviciilor respective sau care formează împreună cu acestea o prestație economică unică”.

O atenție deosebită a fost acordată de legiuitor tranzacțiilor privind creanțele, cu privire la care, prin norme metodologice, punctul 52 alin. (7)-(16) din H.G. nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal, a precizat în concret categoriile de scutire.

Astfel, **în sens negativ, de excludere** de la scutirea de T.V.A., conținutul acestei categorii este detaliat prin norme metodologice, punctul 52 alin. (7)-(8) din H.G. nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal: „*Excepția prevăzută la art. 292 alin. (2) lit. a) pct. 3 din Codul fiscal referitoare la neaplicarea scutirii de TVA pentru recuperarea de creanțe se aplică în funcție de natura operațiunii, indiferent de terminologia utilizată, respectiv recuperare de creanțe sau factoring*”.

„În situația în care, conform contractului, scopul operațiunii la care se face referire la alin. (7) nu îl constituie recuperarea de creanțe, ci acordarea unui credit, societatea care preia creanțele aferente unui credit acordat asumându-și poziția creditorului, operațiunea este scutită de taxa pe valoarea adăugată, nefăcând obiectul excepției prevăzute la art. 292 alin. (2) lit. a) pct. 3 din Codul fiscal”.

Potrivit alin. (9) al punctului 52 alin. (7)-(16) din H.G. nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal, *operațiunile cu creanțe se clasifică, în funcție de contractul încheiat între părți, în:*

a) operațiuni prin care persoana care deține creanțele angajează o persoană în vederea recuperării acestora, care nu presupun cesiunea creanțelor; persoana care este angajată în scopul recuperării creanțelor în situația

⁴¹ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149126&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11482019>, accesat 23.11.2018.

prevăzută la alin. (9) lit. a) realizează o prestare de servicii de recuperare de creanțe în beneficiul persoanei care deține creanțele, taxabilă conform prevederilor art. 292 alin. (2) lit. a) pct. 3 din Codul fiscal; Baza de impozitare a taxei pe valoarea adăugată pentru serviciile constând în recuperarea acestor de creanțe este constituită din contravaloarea serviciului, reprezentând toate componentele comisionului perceput de cesionar, inclusiv componenta de finanțare.

b) operațiuni care presupun cesiunea creanțelor, când distingem operațiuni prin care:

- i) cesionarul cumpără creanțele, fără ca operațiunea să aibă drept scop recuperarea creanței, caz în care: a) dacă prețul de vânzare al creanței este mai mare decât valoarea nominală a creanței, cedentul realizează o operațiune scutită de TVA conform prevederilor art. 292 alin. (2) iit. a) pct. 3 din Codul fiscal, iar cesionarul nu realizează o operațiune în sfera de aplicare a TVA; b) dacă prețul de vânzare al creanței este mai mic sau egal cu valoarea nominală a creanței, nici cedentul, nici cesionarul nu realizează operațiuni în sfera de aplicare a TVA. Se consideră că cesionarul realizează o prestare de servicii de recuperare de creanțe în beneficiul cedentului, taxabilă conform prevederilor art. 292 alin. (2) lit. a) pct. 3 din Codul fiscal, întrucât percepe de la cedent un comision pentru această operațiune;
- ii) cesionarul cumpără creanțele, asumându-și sau nu riscul neîncasării acestora, percepând un comision de recuperare a creanțelor de la cedent; (în această situație, se consideră că cesiunea creanței de către cedent nu reprezintă o operațiune în sfera de aplicare a TVA);
- iii) cesionarul cumpără creanțele, asumându-și riscul neîncasării acestora, la un preț inferior valorii nominale a creanțelor, fără să perceapă un comision de recuperare a creanțelor de la cedent. În acest caz: a) se consideră că cesiunea creanței de către cedent reprezintă o operațiune scutită de TVA în sensul art. 292 alin. (2) lit. a) pct. 3 din Codul fiscal; b) cesionarul se consideră că nu efectuează o prestare de servicii de recuperare de creanțe în beneficiul cedentului, respectiv nu realizează o operațiune în sfera de aplicare a TVA, întrucât nu percepe un comision pentru această operațiune.

Baza de impozitare a taxei pe valoarea adăugată pentru serviciile constând în recuperarea acestor creanțe este constituită din contravaloarea serviciului,

reprezentând toate componentele comisionului perceput de cesionar, inclusiv componenta de finanțare.

Pentru clarificările ante-menționate referitoare la operațiunile privind creanțele, legiuitorul român a avut în vedere următoarele decizii ale Curții Europene de Justiție:

○ CJUE, Cauza C-305/01, **Finanzamt Gross-Gerau împotriva MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring GmbH**⁴²: „întreprinderea care achiziționează datorii, asumându-și riscul de neplată a debitorului și care, în schimb, își facturează clienții pentru comisioane, desfășoară o activitate economică în sensul articolelor 2 și 4 din directiva menționată (**n.n.** – A șasea Directivă (...)), astfel încât aceasta să aibă calitatea de persoană impozabilă și, astfel, se bucură de dreptul de deducere a impozitelor în temeiul articolului 17 din aceasta. O activitate economică prin care o întreprindere achiziționează datorii, asumându-și riscul de neplată a debitorului și, în schimb, facturează clienții săi în ceea ce privește comisionul, constituie ‘colectarea creanțelor și factoring’ în sensul clauzei finale de la articolul 13 B litera (d) punctul 3 din A șasea Directivă și, prin urmare, este exclusă de la scutirea prevăzută de această dispoziție”.

○ CJUE, Cauza C-93/10, **Finanzamt Essen-NordOst împotriva GFKL Financial Services AG**⁴³: „Articolul 2 punctul 1 și articolul 4 din A șasea Directivă (...) trebuie interpretate în sensul că un operator care cumpără, pe propriul risc, creanțe incerte la un preț inferior valorii nominale a acestora nu efectuează o prestare de servicii cu titlu oneros, în sensul articolului 2 punctul 1, și nu desfășoară o activitate economică care intră în domeniul de aplicare al acestei directive atunci când diferența dintre valoarea nominală a creanțelor menționate și prețul de cumpărare al acestora reflectă valoarea economică efectivă a creanțelor respective la momentul cesiunii lor”.

Tot în sensul de excludere de la scutirea de la regimul comun T.V.A. se înscriu și deciziile CJUE pronunțate în următoarele cauze:

⁴² [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48453&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11484018>, accesat 23.11.2018.

⁴³ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=111928&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11485901>, accesat 12.12.2018.

○ CJUE, Cauza C-175/09, **Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs împotriva AXA UK plc**⁴⁴: „Articolul 13 secțiunea B litera (d) punctul 3 din A șasea Directivă (...) trebuie interpretat în sensul că nu face obiectul scutirii de taxa pe valoarea adăugată prevăzute la această dispoziție o prestare de servicii care constă, în esență, în faptul de a solicita băncii unui terț transferul prin intermediul sistemului de ‘debit direct’ a unei sume datorate de această persoană clientului prestatorului de servicii pe seama acestuia din urmă, de a trimite clientului o situație a sumelor primite, de a lua legătura cu terțul de la care prestatorul de servicii nu a primit plata și, în cele din urmă, de a da ordin băncii prestatorului de servicii să transfere în contul bancar al clientului plățile primite, diminuate cu remunerația prestatorului. Astfel, un asemenea serviciu este cuprins în noțiunea ‘recuperare a creanțelor’, în sensul acestui articol 13 secțiunea B litera (d) punctul 3 și este, așadar, exclus din lista de scutiri, întrucât are drept scop să permită clienților prestatorului de servicii să beneficieze de plata sumelor de bani care le sunt datorate de acești terți și urmărește, în consecință, să permită obținerea plăților datoritorilor. Prin faptul că își asumă obligația de a recupera creanțele pe seama titularului acestora, prestatorul de servicii își scutește clienții de sarcini pe care, fără intervenția sa, aceștia din urmă ar trebui să le efectueze ei înșiși, în calitate de creditori, sarcini care constau în solicitarea transferului sumelor care le sunt datorate prin intermediul sistemului de ‘debit direct’.”

○ CJUE, Cauza C-607/14, **Bookit Ltd împotriva Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs**⁴⁵ și Cauza C-130/15, **Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs împotriva National Exhibition Centre Limited**⁴⁶: „Articolul 135 alineatul (1) litera (d) din Directiva TVA/Articolul 13 B litera (d) punctul 3 din A șasea Directivă trebuie interpretat în sensul că scutirea de taxa pe valoarea adăugată care este prevăzută în cuprinsul acestuia pentru operațiunile privind plățile și viramentele nu se aplică unui serviciu numit ‘de procesare a plății cu cardul de debit sau cu cardul de credit’, precum cel în discuție în litigiul principal, efectuat de o persoană impozabilă, prestator al acestui serviciu, atunci când o persoană cumpără prin intermediul acestui prestator un bilet

⁴⁴ [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62009CJ0175&from=FR>, accesat 23.11.2018.

⁴⁵ [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0607&from=FR>, accesat 23.11.2018.

⁴⁶ [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0130&from=FR>, accesat 23.11.2018.

de cinema pe care respectivul prestator îl vinde în numele și pe seama unei alte entități, indiferent dacă acea persoană plătește cu cardul de debit sau cu cardul de credit”.

○ CJUE, Cauza C-5/17, **Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs împotriva DPAS Limited**⁴⁷: „Articolul 135 alineatul (1) litera (d) din Directiva TVA (n.n.) trebuie interpretat în sensul că scutirea de taxa pe valoarea adăugată care este prevăzută pentru operațiunile privind plățile și viramentele nu se aplică unei prestări de servicii, precum cea în discuție în litigiul principal, care constă în solicitarea adresată de persoana impozabilă instituțiilor financiare interesate, pe de o parte, ca o sumă de bani să fie transferată din contul bancar al unui pacient în contul bancar al persoanei impozabile în temeiul unui mandat de debitare directă și, pe de altă parte, ca această sumă, după deducerea remunerației datorate persoanei impozabile respective, să fie transferată din contul bancar al acesteia din urmă către contul bancar al medicului stomatolog și, respectiv, al asigurătorului pacientului respectiv”.

2.4. Cea de-a patra categorie de operațiuni scutite de la regimul comun al T.V.A. este, potrivit art. 292 alin. (2) litera a, punctul 4, **„tranzacții, inclusiv negocierea, privind valuta, bancnotele și monedele utilizate ca mijloc legal de plată, cu excepția obiectelor de colecție, și anume monede de aur, argint sau din alt metal ori bancnote care nu sunt utilizate în mod normal ca mijloc legal de plată sau monede de interes numismatic”**.

Conținutul acestei categorii de scutiri este detaliat prin norme metodologice, punctul 52 alin. (17) din H.G. nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal: „Se cuprind în sfera operațiunilor scutite conform art. 292 alin. (2) lit. a) pct. 4 din Codul fiscal operațiuni precum schimbarea bancnotelor sau monedelor într-o altă valută sau în aceeași valută și distribuirea de numerar”.

Banca Națională a României este singura instituție autorizată să emită însemne monetare sub formă de bancnote și monede, ca mijloace legale de plată pe teritoriul României. Bancnotele și monedele sunt acceptate la valoarea nominală pentru plata tuturor obligațiilor publice și private. Moneda națională este leul, iar subdiviziunea acestuia este banul. Programul de emisiune a însemnelor monetare este elaborat de către Banca Națională a României astfel

⁴⁷ [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CJ0005&from=FR>, accesat 23.11.2018.

încât să asigure necesarul de numerar în strictă concordanță cu necesitățile reale ale circulației bănești. Valoarea nominală, dimensiunile, greutatea, desenul și alte caracteristici tehnice ale bancnotelor și monedelor pot fi stabilite numai de către banca centrală, iar grafica este protejată prin înregistrarea la Oficiul de Stat pentru Invenții și Mărci din România⁴⁸. Retragerea din circulație a bancnotelor și monedelor poate fi făcută numai de către Banca Națională a României, în scopul schimbării însemnelor monetare sau înlocuirii exemplarelor uzate ori necorespunzătoare⁴⁹.

Regulamentul Băncii Naționale a României nr. 4 din 1 aprilie 2005 privind regimul valutar⁵⁰ stabilește regimul efectuării operațiunilor valutare. Anexa nr. 1 („Nomenclatorul”) definește, la art. 4, pct. 4.15., piața valutară ca fiind *piața pe care se efectuează schimb valutar și care cuprinde următoarele segmente: a). piața valutară interbancară și b). piața valutară a entităților autorizate să efectueze activități de schimb valutar.*

Valuta, în accepțiunea art. 4, pct. 4.4. din Anexa la Regulament, este *moneda națională a altui stat, moneda unei uniuni monetare a unor state, precum și monedele compuse, cum ar fi drepturile speciale de tragere.*

În literatura de specialitate au fost numeroase discuții privind natura juridică a *bitcoin*⁵¹, respectiv dacă aceasta poate fi calificată ca fiind monedă (bani) sau dacă *bitcoin* este bun (altul decât monedă). S-a considerat⁵², pentru prima ipoteză, „că la dobândirea bitcoin prin achiziționarea acesteia contra unei monede fiduciare are loc de fapt un schimb valutar, iar cu ocazia folosirii pentru plata

⁴⁸ [Online] la <http://www.bnr.ro/Monedes-si-bancnote-408.aspx>, accesat 14.12.2018.

⁴⁹ Criteriile care stau la baza clasificării bancnotelor în uzate, deteriorate și fără putere circulatorie se regăsesc în Anexa 3 din Regulamentul BNR nr. 4/2013 privind verificarea calității bancnotelor românești în vederea recirculării.

⁵⁰ Publicat în Monitorul Oficial nr. 616 din 6 septembrie 2007.

⁵¹ Bitcoin (din limba engleză bit: unitate de informație binară și coin: monedă) este un sistem de plată electronică descentralizat și o monedă digitală (criptomonedă) opensource creată în 2009 de „Satoshi Nakamoto” (identitatea sa reală este necunoscută). Bitcoin (BTC) a fost creat pentru a asigura protecția investițiilor și finanțarea liberă a afacerilor, fără a face apel la instituții financiare și în afara oricărei constrângeri și reglementări. Numele Bitcoin se referă de asemenea și la programul opensource pentru folosirea acestor monede, cât și la rețeaua peer-to-peer (de la egal la egal) pe care acesta o formează, [Online] la <https://ro.wikipedia.org/wiki/Bitcoin>, accesat 14.12.2018.

⁵² A se vedea D.M. Ilucă, *Reglementarea bitcoin. Aspecte juridice privind utilizarea de bitcoin*, în *Analele Științifice ale Universității „Al. I. Cuza” Iași, Tomul LXIII, Științe Juridice*, nr. 2/2017, p. 312-325.

contravalorii unor bunuri sau servicii, actele juridice încheiate au valoarea unor contracte de vânzare-cumpărare”.

Clarificări importante cu privire la operațiunile care fac obiectul acestei subcategorii de scutiri, au fost aduse de CJUE, **Cauza C-264/14 – Skatteverket împotriva David Hedqvist**⁵³: „Articolul 135 alineatul (1) litera (e) din Directiva 2006/112 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată trebuie interpretat în sensul că prestări de servicii care constau în schimbul de monede tradiționale cu unități ale monedei virtuale ‘bitcoin’ și invers, efectuate contra plății unei sume care corespunde marjei constituite de diferența dintre, pe de o parte, prețul la care operatorul în cauză cumpără monedele și, pe de altă parte, prețul la care le vinde clienților săi constituie operațiuni scutite de taxa pe valoarea adăugată, în sensul acestei dispoziții.

Astfel, noțiunile utilizate la articolul 135 alineatul (1) litera (e) din Directiva 2006/112, care prevede că statele membre scutesc operațiunile care privesc printre altele monede, bancnote și monede utilizate ca mijloc legal de plată, trebuie interpretate și aplicate în mod uniform, în lumina versiunilor existente în toate limbile Uniunii. Scutirile prevăzute la această dispoziție urmăresc în special să reducă dificultățile legate de stabilirea bazei de impozitare, precum și a cuantumului taxei pe valoarea adăugată deductibile care apar în cadrul impozitării operațiunilor financiare. Or, operațiunile privind monede netradiționale, cu alte cuvinte, alte monede decât cele care sunt mijloace legale de plată într-unul sau mai multe state, în măsura în care aceste monede au fost acceptate de părțile la o tranzacție ca un mijloc de plată alternativ mijloacelor legale de plată și nu au o altă finalitate decât aceea de mijloc de plată, constituie operațiuni financiare.

În plus, în cazul particular al unor operațiuni precum operațiunile de schimb, dificultățile legate de stabilirea bazei de impozitare și a cuantumului taxei pe valoarea adăugată deductibile pot fi identice, fie că este vorba despre schimbul de monede tradiționale, în mod normal scutit în temeiul articolului 135 alineatul (1) litera (e) din Directiva 2006/112, fie că este vorba despre schimbul, pe de o parte, de astfel de monede cu, pe de altă parte, monede virtuale cu flux bidirecțional care, fără a fi mijloace legale de plată, constituie un mijloc de plată acceptat de părțile la o tranzacție și invers. În această privință, o interpretare a dispoziției menționate în

⁵³ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170305&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11480285>, accesat 15.12.2018.

sensul că vizează operațiunile privind numai monedele tradiționale ar însemna lipsirea acesteia de o parte a efectelor sale”.

Conținutul acestei categorii de scutiri de la regimul comun al T.V.A. este delimitat și raportat la dispozițiile punctului 52 alin. (18) din H.G. nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal, **în sens negativ**, prin excluderea de la scutire în sensul art. 292 alin. (2) lit. a) C. fisc. a următoarelor operațiuni: *„furnizarea de informații financiare cu caracter general, analize privind evoluția cursului valutar sau a ratei dobânzii, vânzarea ori închirierea dispozitivelor pentru numărarea sau sortarea banilor, serviciile externalizate privind transportul de numerar”.*

2.5. Cea de-a cincea categorie de operațiuni scutite de la regimul comun al T.V.A. este, potrivit art. 292 alin. (2) litera a, punctul 5, **„tranzacții, inclusiv negocierea, dar exceptând administrarea sau păstrarea în siguranță, cu acțiuni, părți sociale în societăți comerciale sau asociații, obligațiuni garantate și alte instrumente financiare, cu excepția documentelor care stabilesc drepturi asupra bunurilor”.**

Conținutul aceste categorii de scutiri este detaliat prin norme metodologice, punctul 52 alin. (19) din H.G. nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal, care include în sfera operațiunilor scutite conform art. 292 alin. (2) lit. a) pct. 5 din Codul fiscal *„printre altele, și transferul și/sau orice alte operațiuni cu părți sociale și acțiuni necotate la bursă”.*

În plan european, această scutire a fost supusă analizei CJUE în următoarele cauze:

○ **Cauza C-540/09 – Skandinaviska Enskilda Banken AB Momsgrupp vs Skatteverket**⁵⁴: *„Scutirea prevăzută la articolul 13 secțiunea B litera (d) punctul 5 din Directiva 77/388/CEE, A șasea Directivă (...) trebuie interpretată în sensul că include serviciile de garanție de subscriere care implică faptul că o instituție de credit acordă, cu titlu oneros, o garanție unei societăți care dorește să emită acțiuni, în temeiul garanției instituția de credit obligându-se să achiziționeze acțiunile care nu sunt subscrise în perioada de subscriere”.*

⁵⁴ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80422&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11480451>, accesat 15.12.2018.

○ CJUE, Cauza C-259/11, DTZ Zadelhoff vof împotriva Staatssecretaris van Financiën⁵⁵: „Articolul 13 secțiunea B litera (d) punctul 5 din A șasea Directivă (...) trebuie interpretat în sensul că intră sub incidența acestei scutiri de la taxa pe valoarea adăugată operațiuni, precum cele din acțiunea principală, care au drept obiectiv cedarea unor acțiuni ale societăților în cauză și au avut acest rezultat, însă care, în cele din urmă, privesc bunuri imobile deținute de aceste societăți și transferul lor (indirect). Exceptarea de la această scutire, care este prevăzută la același punct 5, la a doua liniuță, nu se aplică în cazul în care statul membru nu s-a prevalat de posibilitatea, prevăzută la articolul 5 alineatul (3) litera (c) din directiva menționată, de a considera ca bunuri corporale acțiunile sau interesele echivalente cu acțiunile care îi conferă deținătorului, de iure sau de facto, dreptul de proprietate sau de posesie asupra unui bun imobil”.

○ CJUE, Cauza C-615/16, Giovanna Judith Kerr Împotriva Fazenda Pública⁵⁶: „articolul 135 alineatul (1) litera (f) din Directiva 2006/112 / CE a Consiliului din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată este interpretat în sensul că noțiunea de ‘negociere’ se poate referi la o activitate precum cea dezvoltată de reclamantul din acțiunea principală, cu condiția ca activitatea să fie cea a unui intermediar remunerat pentru a furniza un serviciu către una dintre părțile la un contract privind tranzacțiile financiare legate de valori mobiliare, acest serviciu constând în aranjarea vânzătorului și a cumpărătorului pentru semnarea acestui contract, fără ca intermediarul să semneze contractul contractului și, în orice caz, fără a avea un interes în conținutul aceluiași contract. Este de competența instanței de trimitere să verifice dacă aceste condiții sunt îndeplinite în litigiul în care este sesizată”.

În sensul excluderii din sfera operațiunilor scutite conform art. 292 alin. (2) lit. a) pct. 5 din Codul fiscal sunt dispozițiile punctului 52 alin. (19) din H.G. nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal, care prevăd că „nu se cuprind operațiuni precum: depozitarea activelor fondurilor speciale de investiții, așa cum rezultă și din Decizia Curții Europene de Justiție nr. C-169/04 Abbey National, administrarea și depozitarea titlurilor de valoare”⁵⁷.

⁵⁵ [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62011CJ0259&from=FR>, accesat 02.02.2019.

⁵⁶ [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CO0615&from=FR>, accesat 02.20.2019.

⁵⁷ Pentru detalii, a se vedea infra, pagina 3, ultimul alineat.

Tot o determinare în sens negativ a scutirii a fost efectuată de CJUE și prin hotărârea pronunțată în **Cauza C-461/12, Granton Advertising BV împotriva Inspecteur van de Belastingdienst Haaglanden/kantoor Den Haag**⁵⁸: „Articolul 13 secțiunea B litera (d) din A șasea Directivă (...) trebuie interpretat în sensul că vânzarea unui card de reduceri precum cel în discuție în litigiul principal nu constituie o operațiune cu ‘alte titluri’ sau privind ‘alte valori mobiliare’, în sensul punctelor 5 și, respectiv, 3 ale acestei dispoziții, care se referă la anumite operațiuni pe care statele membre trebuie să le scutească de taxa pe valoarea adăugată”.

2.6. Cea de-a șasea categorie de operațiuni scutite de la regimul comun al T.V.A. este, potrivit art. 292 alin. (2) litera a, punctul 6, „**administrarea de fonduri speciale de investiții**”.

Conținutul acestei categorii de scutiri este detaliat prin norme metodologice, punctul 52 alin. (21) din H.G. nr. 1/2016 privind Normele metodologice la Codul fiscal: „În sensul art. 292 alin. (2) lit. a) pct. 6 din Codul fiscal, fondurile speciale de investiții sunt următoarele:

- a) organismele de plasament colectiv definite conform legislației în vigoare care reglementează aceste organisme;
- b) fondurile de pensii administrate privat și fondurile de pensii facultative;
- c) fondurile comune de garantare a creanțelor”.

i). Activitatea organismelor ce alcătuiesc prima subcategorie delimitată prin normele metodologice este guvernată de Legea 297/2004 privind piața de capital⁵⁹, respectiv de O.U.G. nr. 32 din 27 iunie 2012 privind organismele de plasament colectiv în valori mobiliare și societățile de administrare a investițiilor, precum și pentru modificarea și completarea Legii nr. 297/2004 privind piața de capital⁶⁰.

Legea 297/2004 privind piața de capital⁶¹ reglementează înființarea și funcționarea Fondului de compensare a investitorilor și a organismelor de plasament colectiv, altele decât organismele de plasament colectiv în valori

⁵⁸ [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0461&from=FR>, accesat 02.02.2019.

⁵⁹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 571 din 29 iunie 2004.

⁶⁰ Publicată în Monitorul Oficial nr. 435 din 30 iunie 2012.

⁶¹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 571 din 29 iunie 2004.

mobiliare. Potrivit art. 2 alin. (1) pct. 20 din legea 297/2004 privind piața de capital, organismele de plasament colectiv sunt acele *entități organizate, cu sau fără personalitate juridică, denumite în continuare O.P.C, care atrag în mod public sau privat resurse financiare ale persoanelor fizice și/sau juridice, în scopul investirii acestora, în conformitate cu dispozițiile prezentei legi și reglementările C.N.V.M.*

O.U.G. nr. 32 din 27 iunie 2012 privind organismele de plasament colectiv în valori mobiliare și societățile de administrare a investițiilor, precum și pentru modificarea și completarea Legii nr. 297/2004 privind piața de capital⁶² reglementează înființarea și funcționarea organismelor de plasament colectiv în valori mobiliare și a societăților de administrare a investițiilor⁶³.

Potrivit art. 2 din O.U.G. nr. 32/2012:

„(1) *Organismele de plasament colectiv în valori mobiliare, denumite în continuare O.P.C.V.M., sunt fondurile deschise de investiții și societățile de investiții, care îndeplinesc cumulativ următoarele condiții:*

a) au ca unic scop efectuarea de investiții colective, plasând resursele bănești în instrumente financiare lichide la care se face referire în art. 82 și operând pe principiul diversificării riscului și administrării prudențiale;

b) titlurile de participare sunt, la cererea deținătorilor, răscumpărabile continuu, direct sau indirect, din activele respectivelor organisme. Activitatea O.P.C.V.M. de a se asigura că valoarea titlurilor sale de participare pe o piață nu variază semnificativ în raport cu valoarea activului net unitar poate fi considerată echivalentă a operațiunii de răscumpărare.

(2) O.P.C.V.M. pot fi constituite din mai multe compartimente de investiții.

(3) O.P.C.V.M. sunt înființate fie sub formă de fonduri deschise de investiții, pe bază de contract civil, fie sub formă de societăți de investiții, prin act constitutiv.

(4) Titlurile de participare ale O.P.C.V.M. sunt unități de fond⁶⁴ sau acțiuni⁶⁵ emise de O.P.C.V.M., în funcție de modul de constituire al acestora.

⁶² Publicată în Monitorul Oficial nr. 435 din 30 iunie 2012.

⁶³ Autoritatea de Supraveghere Financiară (A.S.F.) este autoritatea competentă care aplică prevederile acestei ordonanțe de urgență, prin exercitarea competențelor și prerogativelor stabilite prin O.U.G. nr. 93/2012 privind înființarea, organizarea și funcționarea Autorității de Supraveghere Financiară, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 113/2013, cu modificările și completările ulterioare

⁶⁴ Unitățile de fond sunt titluri de participare care evidențiază o deținere de capital în activele unui fond deschis de investiții.

⁶⁵ Acțiunile sunt titluri de participare care evidențiază o deținere în capitalul social al unei societăți de investiții.

(5) *Societățile de investiții care își plasează activele, prin intermediul filialelor, cu preponderență altfel decât în valori mobiliare, nu sunt reglementate de prezenta ordonanță de urgență.*

(6) *O.P.C.V.M. nu se pot transforma în alte tipuri de organisme de plasament colectiv.*

(7) *Orice organism de plasament colectiv se poate transforma într-un O.P.C.V.M., cu respectarea prevederilor prezentei ordonanțe de urgență și ale reglementărilor emise de C.N.V.M.⁶⁶.*

Conținutul acestei subcategorii face în sine obiectul unor interpretări jurisprudențiale la nivelul CJUE:

○ **Cauza C-169/04 Abbey National plc, Inscap Investment Fund vs Commissioners of Customs & Excise**⁶⁶: „1. Conceptul de ‘gestionare’ a fondurilor de investiții speciale prevăzut la articolul 13 secțiunea B litera (d) punctul 6 din A șasea Directivă (...) are un înțeles independent în dreptul comunitar a cărui conținut nu poate fi modificat de statele membre. 2. Articolul 13 B litera (d) punctul 6 din A șasea Directivă 77/388 trebuie interpretat în sensul că noțiunea de ‘gestionare a fondurilor de investiții speciale’ menționată în această dispoziție se referă la serviciile prestate de un terț a gestiunii administrative a fondurilor, dacă, în general, acestea formează un întreg distinct și sunt specifice și esențiale pentru gestionarea acestor fonduri. Pe de altă parte, serviciile care corespund funcțiilor unui depozitar, precum cele prevăzute la articolul 7 alineatele (1) și (3) și la articolul 14 alineatele (1) și (3) din Directiva 85/611 / CEE a Consiliului din 20 decembrie 1985 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind organismele de plasament colectiv în valori mobiliare (OPCVM), nu sunt incluse în acest concept”.

○ **CJUE, Cauza C-464/12, ATP PensionService A/S împotriva Skatteministeriet**⁶⁷: „1. Articolul 13 secțiunea B litera (d) punctul 6 din A șasea Directivă (...) trebuie interpretat în sensul că pot intra în domeniul de aplicare al acestei dispoziții fondurile de pensii precum cele în discuție în litigiul principal atunci când acestea sunt finanțate de persoanele cărora trebuie să li se plătească

⁶⁶ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56610&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11480537>, accesat 15.01.2019.

⁶⁷ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149126&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11482019>, accesat 23.11.2018.

prestațiile de pensie, economiile sunt investite potrivit principiului repartizării riscurilor, iar persoanele afiliate sunt cele care suportă riscul investițiilor. Este lipsit de importanță în această privință că contribuțiile sunt plătite de angajator, că cuantumul lor rezultă din contractele colective încheiate între organizațiile patronale și sindicale, că modalitățile financiare de restituire a economiilor sunt diversificate, că contribuțiile sunt deductibile în temeiul normelor aplicabile impozitului pe venit sau că acestora li se poate adăuga un element accesoriu de asigurare. 2) Articolul 13 secțiunea B litera (d) punctul 6 din A șasea Directivă 77/388 trebuie interpretat în sensul că noțiunea ‘gestionare de fonduri comune de plasament’ în sensul acestei dispoziții include prestările de servicii prin care un organism materializează drepturile persoanelor afiliate la fondurile de pensii prin deschiderea de conturi și prin înscrierea contribuțiilor plătite în contul lor în sistemul regimurilor de pensie. Această noțiune include și serviciile de contabilitate și de informare referitoare la conturi, care sunt prevăzute în anexa II la Directiva 85/611/CEE a Consiliului din 20 decembrie 1985 de coordonare a actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind anumite organisme de plasament colectiv în valori mobiliare (OPCVM), astfel cum a fost modificată prin Directivele 2001/107/CE și 2001/108/CE ale Parlamentului European și Consiliului din 21 ianuarie 2002”.

○ CJUE, **Cauza C-595/13, Staatssecretaris van Financiën împotriva Fiscale Eenheid X NV** ⁶⁸: „1) Articolul 13 secțiunea B litera (d) punctul 6 din A șasea Directivă (...) trebuie interpretat în sensul că societățile de plasament precum societățile în discuție în litigiul principal, în care capitalul este reunit de mai mulți investitori care suportă riscul aferent gestionării activelor reunite în acestea în vederea achiziționării, a posesiei, a gestionării și a vânzării de bunuri imobile în scopul obținerii unui profit, care va fi distribuit tuturor deținătorilor de părți sub formă de dividende, aceștia din urmă obținând și un avantaj ca urmare a creșterii valorii participației lor, pot fi considerate ‘fonduri comune de plasament’ în sensul acestei dispoziții, cu condiția ca statul membru în cauză să fi supus aceste societăți unei supravegheri specifice din partea sa. 2) Articolul 13 secțiunea B litera (d) punctul 6 din A șasea Directivă 77/388 trebuie interpretat în sensul că noțiunea ‘gestionare’ care figurează în această dispoziție nu vizează exploatarea efectivă a bunurilor imobile ale unui fond comun de plasament”.

⁶⁸ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=172827&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11480610>, accesat 15.01.2019.

○ CJUE, Cauza C-363/05, **JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust plc și The Association of Investment Trust Companies împotriva The Commissioners of HM Revenue and Customs**⁶⁹: „1) Articolul 13(B) litera (d) punctul 6 din A șasea Directivă (...) trebuie interpretat în sensul că noțiunea ‘fonduri comune de plasament’ cuprinsă în această dispoziție este de natură să includă fondurile comune de plasament cu capital fix, precum societățile fiduciare de investiții (Investment Trust Companies). 2) Articolul 13(B) litera (d) punctul 6 din A șasea Directivă 77/388 trebuie interpretat în sensul că acordă statelor membre puterea de apreciere pentru a defini fondurile de pe teritoriul lor care intră în sfera noțiunii ‘fonduri comune de plasament’ în scopul scutirii prevăzute prin această dispoziție. Cu toate acestea, în exercitarea acestei prerogative, statele membre trebuie să respecte obiectivul urmărit prin această dispoziție, care constă în a facilita investitorilor, prin intermediul organismelor de plasament, investiția în titluri cu garantarea principiului neutralității fiscale din punctul de vedere al colectării taxei pe valoarea adăugată referitoare la administrarea de fonduri comune de plasament care se află într-un raport de concurență cu alte fonduri comune de plasament, precum fondurile care aparțin domeniului de aplicare al Directivei 85/611/CEE a Consiliului din 20 decembrie 1985 de coordonare a actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind anumite organisme de plasament colectiv în valori mobiliare (OPCVM), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2005/1/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 9 martie 2005. 3) Articolul 13(B) litera (d) punctul 6 din A șasea Directivă 77/388 are efect direct în sensul că poate fi invocat de o persoană impozabilă în fața unei instanțe naționale pentru a se opune aplicării unei reglementări naționale care ar fi incompatibilă cu această dispoziție”.

○ CJUE, Cauza C-44/11, **Finanzamt Frankfurt am Main V-Höchst Împotriva Deutsche Bank AG**⁷⁰: „1) O prestație de gestionare a activelor prin intermediul valorilor mobiliare, precum cea în cauză în litigiul principal, activitate desfășurată cu titlu oneros în cadrul căreia o persoană impozabilă decide în mod discreționar în privința cumpărării și a vânzării valorilor mobiliare și execută această decizie prin cumpărarea și vânzarea valorilor mobiliare, este compusă din

⁶⁹ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=61690&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11480711>, accesat 15.01.2019.

⁷⁰ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=125212&pageIndex=0&doclang=ro&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11480784>, accesat 15.01.2019.

două elemente care sunt atât de strâns legate între ele încât formează, în mod obiectiv, o singură prestație economică. 2) Articolul 135 alineatul (1) litera (f) sau (g) din Directiva TVA trebuie interpretat în sensul că gestionarea activelor prin intermediul valorilor mobiliare, precum cea în cauză în litigiul principal, nu este scutită de taxa pe valoarea adăugată în conformitate cu această dispoziție”.

○ CJUE, **Cauza C-275/11, GfBk Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH împotriva Finanzamt Bayreuth**⁷¹: „baza unitară de evaluare trebuie interpretată în sensul că serviciile de consiliere privind plasamentul în valori mobiliare prestate de un terț unei societăți de investiții care gestionează un fond comun de plasament intră în sfera noțiunii ‘gestionare de fonduri comune de plasament’ în vederea aplicării scutirii prevăzute de dispoziția respectivă, chiar și în cazul în care terțul nu acționează în executarea unui mandat în sensul articolului 5g din Directiva 85/611/CEE a Consiliului din 20 decembrie 1985 de coordonare a actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind anumite organisme de plasament colectiv în valori mobiliare (OPCVM), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2001/107/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 ianuarie 2002”.

ii). În ceea ce privește fondurile de pensii administrate privat și fondurile de pensii facultative, precizăm că activitatea acestora este guvernată de Legea nr. 411 din 18 octombrie 2004 privind fondurile de pensii administrate privat⁷², respectiv de Legea nr. 204 din 22 mai 2006 privind pensiile facultative⁷³.

Legea nr. 411/2004 privind fondurile de pensii administrate privat, potrivit art. 1 alin (1), reglementează:

a) *înființarea, organizarea și funcționarea sistemului fondurilor de pensii administrate privat;*

b) *organizarea și funcționarea administratorilor fondurilor de pensii administrate privat, precum și coordonarea activității altor entități implicate în acest domeniu.*

⁷¹ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=129482&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11480901>, accesat 15.01.2019.

⁷² Republicată în temeiul art. III din Legea nr. 23/2007 pentru modificarea și completarea Legii nr. 411/2004 privind fondurile de pensii administrate privat, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 61 din 25 ianuarie 2007, dându-se textelor o nouă numerotare.

⁷³ Publicată în Monitorul Oficial nr. 470 din 31 mai 2006.

Scopul sistemului fondurilor de pensii administrate privat este asigurarea unei pensii private, distinctă și care suplimentează pensia acordată de sistemul public, pe baza colectării și investirii, în interesul participanților, a unei părți din contribuția individuală de asigurări sociale⁷⁴.

Activitatea de administrare a unui fond de pensii este reglementată de art. 57 din Legea nr. 411/2004, care, la alin. (1), stipulează că această activitate cuprinde următoarele:

- a) *administrarea și investirea activelor fondului de pensii;*
- b) *convertirea contribuțiilor în unități de fond;*
- c) *plata drepturilor cuvenite participanților și beneficiarilor, conform legii;*
- d) *calculul zilnic al activului net al fondului de pensii și al unității de fond;*
- e) *evidența conturilor individuale și actualizarea acestora, precum și furnizarea documentelor privind participarea, notificarea, informarea periodică sau transferul;*
- f) *gestionarea operațiunilor zilnice ale fondului de pensii;*
- g) *dispunerea efectuării plăților datorate entităților implicate și Comisiei;*
- h) *mandatarea și monitorizarea agenților de marketing ai fondului de pensii;*
- i) *gestionarea relațiilor cu instituțiile implicate;*
- j) *elaborarea, prezentarea, depunerea, publicarea și distribuirea către Comisie și participanți a situațiilor financiare și a rapoartelor prevăzute de prezenta lege;*
- k) *gestionarea, păstrarea și arhivarea documentelor privind fondul de pensii, participanții și beneficiarii săi;*
- l) *alte activități prevăzute în normele Comisiei.*

Pentru activitatea depusă, administratorul este îndreptățit a primi⁷⁵:

- a) *comision de administrare*⁷⁶;

⁷⁴ art. 1 alin (2) din Legea nr. 411 din 18 octombrie 2004 privind fondurile de pensii administrate privat.

⁷⁵ Art. 85 din Legea nr. 411 din 18 octombrie 2004 privind fondurile de pensii administrate privat.

⁷⁶ Potrivit art. 86 alin. (1) din Legea nr. 411 din 18 octombrie 2004 privind fondurile de pensii administrate privat, „comisionul de administrare se constituie prin:

- a) *deducerea unui quantum din contribuțiile plătite, dar nu mai mult de 1%, cu condiția ca această deducere să fie făcută înainte de convertirea contribuțiilor în unități de fond, din care 0,5 puncte procentuale din suma totală ce face obiectul operațiunii financiare efectuată pentru fiecare fond de pensii administrat privat să fie virată la Casa Națională de Pensii Publice;*
- b) *deducerea unui procent din activul net total al fondului de pensii administrat privat, dar nu mai mult de 0,07% pe lună, astfel: 0,02% pe lună dacă rata de rentabilitate a fondului*

- b) penalități de transfer⁷⁷;
- c) tarife pentru servicii la cerere⁷⁸.

Potrivit legii, se exceptează de la plata comisionului anterior menționat, următoarele:

- a) transferul de disponibilități în cazul aderării participantului la un alt fond de pensii;
- b) drepturile convenite beneficiarilor care au calitatea de participant;
- c) accesoriile aferente contribuțiilor.

De asemenea, este reglementată posibilitatea de reducere a comisionului de administrare stabilit în contractul de administrare prin decizie a administratorului⁷⁹.

La rândul său, Legea nr. 204/2006 privind pensiile facultative stabilește, potrivit art. 1:

- a) *principiile elaborării și autorizării prospectului schemei de pensii facultative și ale fondului de pensii facultative;*
- b) *principiile organizării și funcționării administratorilor fondurilor de pensii facultative, precum și coordonarea activității altor entități implicate în acest domeniu;*
- c) *reglementarea și supravegherea prudențială a administrării fondurilor de pensii facultative.*

Pot administra fonduri de pensii facultative societățile de pensii, societățile de administrare a investițiilor și societățile de asigurare, autorizate de Comisie în

este sub nivelul ratei inflației; 0,03% pe lună dacă rata de rentabilitate a fondului este cu până la un punct procentual peste rata inflației; 0,04% pe lună dacă rata de rentabilitate a fondului este cu până la 2 puncte procentuale peste rata inflației; 0,05% pe lună dacă rata de rentabilitate a fondului este cu până la 3 puncte procentuale peste rata inflației, 0,06% pe lună dacă rata de rentabilitate a fondului este cu până la 4 puncte procentuale peste rata inflației; 0,07% pe lună dacă rata de rentabilitate a fondului este peste 4 puncte procentuale peste rata inflației.”

⁷⁷ Potrivit art. 86 alin. (2) din Legea nr. 411 din 18 octombrie 2004 privind fondurile de pensii administrate privat, „penalitatea de transfer reprezintă suma suportată de participant în cazul în care transferul la alt administrator se realizează mai devreme de 2 ani de la aderarea la fondul de pensii precedent, limita maximă a acesteia fiind stabilită prin normele Comisiei”.

⁷⁸ Art. 87 din Legea nr. 411 din 18 octombrie 2004 privind fondurile de pensii administrate privat, „Cuantumul tarifului pentru serviciu la cerere nu poate depăși costul efectiv al punerii la dispoziție a informațiilor”.

⁷⁹ Art. 85 din Legea nr. 411 din 18 octombrie 2004 privind fondurile de pensii administrate privat.

acest scop. Societățile de administrare a investițiilor și societățile de asigurare anterior menționate sunt înființate și autorizate potrivit legislației ce reglementează domeniul lor de activitate.⁸⁰

Activitatea unui administrator de fonduri de pensii facultative cuprinde, în principal, următoarele:

a) *colectarea contribuțiilor participanților, transformarea lor în unități de fond și actualizarea informațiilor privind conturile acestora;*

b) *transferul de lichidități bănești și decontarea cheltuielilor privind operațiunile fondului de pensii facultative;*

c) *evidența, administrarea și investirea activelor fondului de pensii facultative;*

d) *calculul sumei din contul fiecărui participant la sfârșitul perioadei de acumulare, conform legii;*

e) *calculul valorii nete a activelor fondului de pensii facultative și al unității de fond, în fiecare zi lucrătoare;*

f) *convertirea contribuțiilor și a transferurilor de lichidități bănești în unități de fond;*

g) *evidența conturilor individuale, precum și furnizarea documentelor privind participarea, notificarea, informarea periodică sau transferul participanților;*

h) *gestionarea operațiunilor zilnice ale fondului de pensii facultative;*

i) *efectuarea plăților datorate entităților implicate;*

j) *gestionarea relațiilor cu entitățile implicate;*

k) *elaborarea, prezentarea, depunerea, publicarea și distribuirea rapoartelor, potrivit legii;*

l) *gestionarea, păstrarea și arhivarea documentelor privind fondul de pensii facultative, activitatea proprie, participanții și beneficiarii săi;*

m) *alte activități prevăzute în normele adoptate de Comisie.*⁸¹

⁸⁰ Art. 3 din Legea nr. 204 din 22 mai 2006 privind pensiile facultative.

⁸¹ Potrivit art. 15 alin. (2) – (8) din Legea nr. 204 din 22 mai 2006 privind pensiile facultative, „(2)Activele și pasivele fiecărui fond de pensii facultative sunt organizate, evidențiate și administrate distinct, separat de celelalte activități și de contabilitatea proprie ale administratorului, fără posibilitatea transferului între fonduri sau între fonduri și administrator.

(3) Toate activele și pasivele corespunzătoare activității de administrare a fondurilor de pensii facultative sunt restricționate, gestionate și organizate separat de alte activități ale societăților de asigurare, respectiv ale societăților de administrare a investițiilor, fără posibilitatea de transfer.

(4) Activele și pasivele restricționate, gestionate și organizate separat, prevăzute la alin. (3), sunt limitate la operațiunile legate de fondurile de pensii facultative și activități conexe.

Pentru administrarea unui fond de pensii facultative, administratorul percepe participanților și beneficiarilor un comision de administrare. Cuantumul maxim al comisioanelor se stabilește prin prospectul schemei de pensii facultative și este același pentru toți participanții și beneficiarii la schema respectivă. Modificarea comisioanelor se comunică participanților cu cel puțin 6 luni înainte de aplicarea lor, cu avizul Comisiei⁸².

Art. 47 din Lege prevede că Fondul de pensii facultative primește contribuții numai după autorizarea sa de către Comisie⁸³.

Resursele financiare ale fondului de pensii facultative sunt:

- a) contribuțiile nete convertite în unități de fond;
- b) drepturile cuvenite în calitate de beneficiar și nerevendicate în termenul general de prescripție;
- c) dobânzile și penalitățile de întârziere aferente contribuțiilor nevirate în termen;
- d) sumele provenite din investirea veniturilor prevăzute la lit. a)-c).

Cheltuielile legate de administrare suportate de fondul de pensii facultative sunt următoarele:

- a) comisionul de administrare;

(5) Contabilitatea operațiunilor ce decurg din aplicarea prevederilor prezentei legi se efectuează în conformitate cu reglementările contabile aplicabile.

(6) Comisia elaborează și emite norme și reglementări în domeniul contabilității și în domeniul arhivării, pentru domeniul supravegheat de aceasta, cu avizul Ministerului Finanțelor Publice.

(7) Situațiile financiare și cele privind operațiunile oricărei entități supuse autorizării, supravegherii și controlului Comisiei, conform prevederilor prezentei legi, vor fi elaborate în conformitate cu cerințele specifice stabilite de Ministerul Finanțelor Publice și cu reglementările Comisiei și vor fi auditate de persoane fizice sau juridice, persoane active, membre ale Camerei Auditorilor Financiarți din România.

(8) Modul de aplicare a prevederilor referitoare la auditul financiar al entităților implicate în administrarea fondurilor de pensii facultative se va stabili pe baza unui protocol încheiat între Comisie și Camera Auditorilor Financiarți din România”.

⁸² Art. 26 din Legea nr. 204 din 22 mai 2006 privind pensiile facultative.

⁸³ Art. 42 din Legea nr. 204 din 22 mai 2006 privind pensiile facultative prevede că „fondul de pensii facultative trebuie autorizat de Comisie după autorizarea administratorilor și a prospectului schemei de pensii facultative”, iar conform art. 30: „(1) Prospectul schemei de pensii facultative este elaborat și propus de către administrator. (2) Fiecare prospect al schemei de pensii facultative propus de administrator trebuie să obțină autorizarea Comisiei.” De asemenea, administratorul procedează la publicitatea prospectului schemei de pensii facultative numai după autorizarea acestuia, sub sancțiunea retragerii autorizației de administrare.

- b) comisionul de depozitare;
- c) comisioanele de tranzacționare;
- d) comisioanele bancare;
- e) taxe de auditare a fondului de pensii facultative.

Art. 92 alin. (1) din Legea nr. 204 din 22 mai 2006 privind pensiile facultative prevede că veniturile administratorului rezultate din administrarea fondurilor de pensii facultative se constituie din:

- a) comision de administrare⁸⁴;
- b) penalități de transfer⁸⁵;
- c) tarife pentru servicii de informare suplimentare, la cerere, furnizate potrivit prevederilor prezentei legi.

Administratorul utilizează aceeași metodă de calcul și de percepere a comisioanelor de administrare pentru toți participanții la același fond de pensii facultative.

Această subcategorie de scutire de la plata T.V.A. a fost supusă analizei CJUE:

○ **Cauza C-424/11, Wheels Common Investment Fund Trustees Ltd, National Association of Pension Funds Ltd, Ford Pension Fund Trustees Ltd, Ford Salaried Pension Fund Trustees Ltd, Ford Pension Scheme for Senior Staff Trustee Ltd împotriva Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs**⁸⁶: „Articolul 13 secțiunea B litera (d) punctul 6 din A șasea Directivă (...) și articolul 135 alineatul (1) litera (g) din Directiva (...) T.V.A. trebuie interpretate în sensul că un fond de investiții care grupează activele unui sistem de pensii pentru limită de vârstă nu se încadrează în noțiunea ‘fonduri comune de

⁸⁴ Comisionul de administrare, conform art. 92 alin. (2) din Legea nr. 204 din 22 mai 2006 privind pensiile facultative, se constituie prin:

- a) deducerea unui quantum din contribuțiile plătite, dar nu mai mult de 5%, cu condiția ca această deducere să fie făcută înainte de convertirea contribuțiilor în unități de fond;
- b) deducerea unui procent din activul net total al fondului de pensii facultative, dar nu mai mult de 0,2% pe lună, stabilit prin prospectul schemei de pensii facultative.

⁸⁵ Potrivit art. 92 alin. (2) din Legea nr. 204 din 22 mai 2006 privind pensiile facultative, penalitatea de transfer reprezintă suma suportată de participant în cazul în care transferul la alt administrator se realizează mai devreme de 2 ani de la aderarea la fondul de pensii facultative precedent, limita maximă a acesteia fiind stabilită prin normele adoptate de Comisie.

⁸⁶ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134607&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11480997>, accesat 01.02.2019.

plasament', în sensul acestor dispoziții, a căror administrare poate fi scutită de taxa pe valoarea adăugată în lumina obiectivului acestor directive și a principiului neutralității fiscale, întrucât persoanele afiliate nu suportă riscul administrării fondului respectiv, iar contribuțiile pe care le plătește angajatorul la sistemul de pensii pentru limită de vârstă constituie un mijloc de a-și îndeplini obligațiile legale față de angajații săi".

○ CJUE, Cauza C-26/12, **Fiscale eenheid PPG Holdings BV cs te Hoogezand împotriva Inspecteur van de Belastingdienst/Noord/kantoor Groningen**⁸⁷: „Articolul 17 din A șasea Directivă (...) trebuie interpretat în sensul că o persoană impozabilă care a înființat un fond de pensii sub forma unei entități distincte din punct de vedere juridic și fiscal, precum cea în discuție în litigiul principal, în vederea garantării drepturilor la pensie pentru limită de vârstă ale angajaților săi și ale foștilor săi angajați are dreptul să deducă taxa pe valoarea adăugată pe care a achitat-o pentru serviciile de gestionare și de funcționare a fondului respectiv, cu condiția ca existența unei legături directe și imediate să rezulte din ansamblul împrejurărilor operațiunilor în cauză”.

iii). În ultima subcategorie delimitată de normele metodologice, cea a fondurilor comune de garantare, cu impact asupra activității bancare se impun a fi menționate, printre altele: Fondul Național de Garantare a Creditelor Întreprinderilor Mici și Mijlocii (FNGCIMM.), Fondul de Garantare a Creditului Rural (FGCR), Fondul de Garantare a Depozitelor în Sistemul Bancar (FGDB).

Fondul Național de Garantare a Creditelor pentru Întreprinderile Mici și Mijlocii (FNGCIMM SA-IFN)⁸⁸ este o instituție financiară nebanară, cu capital de risc, înființată în scopul facilitării accesului IMM-urilor la finanțări, prin acordarea de garanții pentru instrumentele de finanțare contractate de la bănci

⁸⁷ [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139742&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11481100>, accesat 01.02.2019.

⁸⁸ „FNGCIMM SA – IFN asigură o acoperire teritorială națională, răspunzând solicitărilor întreprinzătorilor prin toate cele 3 sucursale, 4 reprezentanțe și 3 filiale. În baza apartenenței sale la AECM (Asociația Europeană a Instituțiilor de Garantare – asociație ce reunește 42 de fonduri de garantare mutuale, private și publice, bănci de dezvoltare și fonduri de contragarantare din 22 de state membre ale UE, precum și Turcia, Serbia, Bosnia și Herzegovina și Federația Rusă), FNGCIMM funcționează după reguli și principii europene” – [Online] la <https://www.fngcimm.ro/despre-noi/istoric-cifre-cheie>, accesat 25.01.2019.

comerciale sau din alte surse. FNGCIMM instrumentează programe guvernamentale destinate relansării economice, dezvoltării mediului de afaceri, precum și creării și susținerii de locuri de muncă, funcționând ca o societate comercială pe acțiuni, cu acționar unic Statul român, sub supravegherea prudențială a Băncii Naționale a României.

Garanția FNGCIMM SA – IFN este de maxim 80% din valoarea împrumutului, fără a depăși suma de 2,5 milioane euro/beneficiar și se emite la solicitarea instituțiilor finanțatoare partenere, pentru finanțări aprobate, pe baza analizei documentelor prezentate de către finanțator. Printre produsele oferite de FNGCIMM se numără și Programul „Prima Casă”⁸⁹. FNGCIMM SA – IFN colaborează cu cele mai importante instituții financiare în baza unor convenții de lucru. Comisioanelor percepute nu li se adaugă T.V.A.

Fondul de Garantare a Creditului Rural – IFN SA⁹⁰ are ca obiect de activitate asumarea de angajamente de garantare și emiterea de garanții, inclusiv pe seama fondurilor publice puse la dispoziție în principal de Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale, în scopul realizării producției agricole și piscicole de către fermieri și procesatorii de produse agricole, a investițiilor în

⁸⁹ Programul „Prima casă” este un program guvernamental care are ca obiectiv facilitarea accesului persoanelor fizice la achiziția sau construirea unei locuințe prin contractarea de credite garantate de stat. Garanțiile acordate în cadrul Programului sunt garanții în numele și în contul statului iar procentul de garantare se aplică în funcție de categoria de locuință: 40% pentru locuințe aflate în exploatare curentă pe perioade mai mari de 5 ani de la data efectuării recepției la terminarea lucrărilor de construcții noi sau de intervenție în vederea consolidării și/sau reducerii riscului seismic, după caz, destinate achiziționării, inclusiv cele construite prin programele derulate de ANL și 50% locuințe noi, destinate achiziționării, inclusiv cele construite prin programele derulate de Agenția Națională pentru Locuință (ANL), pentru care documentele de recepție la terminarea lucrărilor de construcții noi au data de emiterie/încheiere cu cel mult 5 ani înainte de data solicitării creditului garantat – [Online] la <https://www.fngcimm.ro/prima-casa>, accesat 25.01.2019;

⁹⁰ FGCR-IFN – S.A. este membru, din anul 2002, al Asociației Europene a instituțiilor de Garantare (AECM) ce reunește peste 42 de organizații membre care operează în peste 26 de țări ale UE, Bosnia și Hertegovina, Serbia, Rusia și Turcia. Membrii Asociației sunt fonduri mutuale, scheme de garantare a sectorului privat, precum și instituții publice sau private, care sunt fie fonduri de garantare, fie bănci de dezvoltare cu divizie de garantare. Toți au în comun misiunea de a sprijini IMM-urile, în vederea finanțării de către instituțiile financiare, prin garantarea creditelor acestora. Acționariatul FGCR-IFN – S.A. este majoritar privat, compus din participarea a trei bănci comerciale cu cote egale, respectiv B.R.D. Groupe Societe Generale S.A., B.C.R. S.A și Raiffeisen Bank S.A., precum și Statul Român prin Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale, [Online] la <http://fgcr.ro/> accesat 25.01.2019.

agricultură, acvacultură, precum și implementarea proiectelor co-finanțate din Programul Național de Dezvoltare Rurală și Programul Operațional pentru Pescuit și Afaceri Maritime.

În baza Legii nr. 329 din 5 noiembrie 2009 privind reorganizarea unor autorități și instituții publice, raționalizarea cheltuielilor publice, susținerea mediului de afaceri și respectarea acordurilor-cadru cu Comisia Europeană și Fondul Monetar internațional⁹¹ și a O.U.G nr. 43 din 15 mai 2013 privind unele măsuri pentru dezvoltarea și facilitarea accesului la finanțare al fermierilor, al beneficiarilor PNDR 2014-2020 și POPAM 2014-2020, precum și pentru dezvoltarea afacerilor în domeniul producției vegetale, zootehnice și acvaculturii⁹², Fondul de Garantare a Creditului Rural acordă garanții în favoarea băncilor și altor instituții finanțatoare, cu care are încheiate Convenții de lucru, pentru garantarea creditelor sau altor tipuri de finanțări pe care acestea le acordă pentru finanțarea activității curente sau a capitalului de lucru în agricultură⁹³.

Garanția FGCR poate acoperi până la 80 % din valoarea creditului, diferența de garanții până la valoarea creditului și a dobânzii aferente fiind asigurată de beneficiar / terți garanți.

Pentru garanțiile oferite, FGCR percepe un comision, scutit de T.V.A.⁹⁴

Fondul de Garantare a Depozitelor Bancare⁹⁵ (FGDB) garantează depozitele bancare în caz de insolvență a unei instituții de credit. În cazul în care banca la care sunt constituite depozitele nu mai poate restitui deponenților sumele depuse, FGDB asigură plata compensațiilor. Totodată, FGDB poate prelua funcția de administrator special, administrator temporar, lichidator unic sau acționar la o instituție punte sau la un vehicul de administrare a activelor potrivit legislației privind redresarea și rezoluția instituțiilor de credit.

Sursele de finanțare ale FGDB sunt:

- a) contribuții anuale și contribuții extraordinare ale băncilor participante;
- b) încasările din recuperarea creanțelor;

⁹¹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 761 din 9 noiembrie 2009.

⁹² Publicată în Monitorul Oficial nr. 364 din 19 iunie 2013.

⁹³ Pentru lista completă a produselor oferite, [Online] la <http://fgcr.ro/produse/> accesat 25.01.2019.

⁹⁴ Comisionul se aplica doar la valoarea garanției FGCR, nu la toată valoarea creditului, [Online] la <http://fgcr.ro/produse/garantii-acordate-pentru-creditele-dedicate-finantarii-capitalului-de-lucru/> accesat 25.02.2019.

⁹⁵ Înființat prin O.G. nr. 39/1996 privind înființarea și funcționarea Fondului de garantare a depozitelor în sistemul bancar.

- c) venituri din investirea resurselor financiare disponibile;
 - d) împrumuturi de la bănci, societăți financiare și alte instituții sau alte scheme de garantare;
 - e) angajamente de plată (orice angajamente de plată ale unei bănci față de o schemă de garantare a depozitelor care sunt garantate integral, sunt reprezentate de active cu grad scăzut de risc, nu sunt grevate de sarcini față de terți);
 - f) alte resurse.
- FGDB nu este finanțat de la bugetul de stat⁹⁶.

3. Elemente de drept comparat

La o analiză extrem de generală a dispozițiilor din alte sisteme normative, observăm că legiuitorul a introdus excluderi suplimentare din sfera de aplicare a scutirilor prevăzute de Directivă.

Astfel, în Franța⁹⁷ sunt scutirile sunt similare cu cele reglementate la nivel european, în plus fiind legiferată și scutirea de la regimul comun al TVA pentru

⁹⁶ [Online] la <http://www.fgdb.ro/pagini/despre-fgdb/resurse> accesat 25.01.2019.

⁹⁷ Art. 261 C din *Code general des impôts* (Franța): «Sont exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée:

1° *Les opérations bancaires et financières suivantes:*

- a. *L'octroi et la négociation de crédits, la gestion de crédits effectuée par celui qui les a octroyés, les prêts de titres effectués dans les conditions prévues aux articles L. 211-22 à L. 211-26 du code monétaire et financier et les pensions réalisées dans les conditions prévues par les articles L. 211-27 à L. 211-34 du même code;*
- b. *La négociation et la prise en charge d'engagements, de cautionnements et d'autres sûretés et garanties ainsi que la gestion de garanties de crédits effectuée par celui qui a octroyé les crédits;*
- c. *Les opérations, y compris la négociation, concernant les dépôts de fonds, comptes courants, paiements, virements, créances, chèques et autres effets de commerce, à l'exception du recouvrement de créances;*
- d. *Les opérations, y compris la négociation, portant sur les devises, les billets de banque et les monnaies qui sont des moyens de paiement légaux à l'exception des monnaies et billets de collection;*
- e. *Les opérations, autres que celles de garde et de gestion portant sur les actions, les parts de sociétés ou d'associations, les obligations et les autres titres, à l'exclusion des titres représentatifs de marchandises et des parts d'intérêt dont la possession assure en droit ou en fait l'attribution en propriété ou en jouissance d'un bien immeuble ou d'une fraction d'un bien immeuble;*
- f. *La gestion des organismes de placement collectif en valeurs mobilières et des placements collectifs relevant des paragraphes 1, 2 et 6 de la sous-section 2, du paragraphe 2 ou du sous-paragraphe 1 du paragraphe 1 de la sous-section 3, ou de la sous-section 4 de la*

tranzacțiile cu privire la aur, altele decât aurul utilizat în scopuri industriale, atunci când sunt efectuate de instituții de credit, furnizori de servicii de investiții, schimbători de bani, discounteri și remitenți sau de orice altă persoană care le face activitatea principală.

În alt exemplu, în Spania⁹⁸, observăm o reglementare mai detaliată și mai puțin tributară jurisprudenței Curții. Astfel, scutiile sunt clar delimitate,

section 2 du chapitre IV du titre Ier du livre II du code monétaire et financier et de fonds communs de créances;

g. Les opérations relatives à l'or, autre que l'or à usage industriel, lorsqu'elles sont réalisées par les établissements de crédit, prestataires de services d'investissement, changeurs, escompteurs et remisiers, ou par toute autre personne qui en fait son activité principale», [Online] la https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?sessionId=B26A8EA46133C6B904B53F295E0663A6.tplgfr25s_2?cidTexte=LEGITEXT000006069577&idArticle=LEGIARTI000027795512&dateTexte=20190203&categorieLien=id#LEGIARTI000027795512 accesat 10.01.2019.

⁹⁸ Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (Spania) Artículo 20. Exenciones en operaciones interiores. Uno. Estarán exentas de este impuesto las siguientes operaciones (...): 18.o *Las siguientes operaciones financieras:*

- a) Los depósitos en efectivo en sus diversas formas, incluidos los depósitos en cuenta corriente y cuentas de ahorro, y las demás operaciones relacionadas con los mismos, incluidos los servicios de cobro o pago prestados por el depositario en favor del depositante. La exención no se extiende a los servicios de gestión de cobro de créditos, letras de cambio, recibos y otros documentos. Tampoco se extiende la exención a los servicios prestados al cedente en el marco de los contratos de "factoring", con excepción de los de anticipo de fondos que, en su caso, se puedan prestar en estos contratos. No se considerarán de gestión de cobro las operaciones de abono en cuenta de cheques o talones.*
- b) La transmisión de depósitos en efectivo, incluso mediante certificados de depósito o títulos que cumplan análoga función.*
- c) La concesión de créditos y préstamos en dinero, cualquiera que sea la forma en que se instrumente, incluso mediante efectos financieros o títulos de otra naturaleza.*
- d) Las demás operaciones, incluida la gestión, relativas a préstamos o créditos efectuadas por quienes los concedieron en todo o en parte. La exención no alcanza a los servicios prestados a los demás prestamistas en los préstamos sindicados. En todo caso, estarán exentas las operaciones de permuta financiera.*
- e) La transmisión de préstamos o créditos.*
- f) La prestación de fianzas, avales, cauciones y demás garantías reales o personales, así como la emisión, aviso, confirmación y demás operaciones relativas a los créditos documentarios. La exención se extiende a la gestión de garantías de préstamos o créditos efectuadas por quienes concedieron los préstamos o créditos garantizados o las propias garantías, pero no a la realizada por terceros.*
- g) La transmisión de garantías.*
- h) Las operaciones relativas a transferencias, giros, cheques, libranzas, pagarés, letras de cambio, tarjetas de pago o de crédito y otras órdenes de pago. La exención se extiende a las operaciones siguientes: a') La compensación interbancaria de cheques y talones. b') La*

operațiunile putând fi încadrate în categoriile de scutire mult mai ușor, nefiind

-
- aceptación y la gestión de la aceptación. c') El protesto o declaración sustitutiva y la gestión del protesto. No se incluye en la exención el servicio de cobro de letras de cambio o demás documentos que se hayan recibido en gestión de cobro. Tampoco se incluyen en la exención los servicios prestados al cedente en el marco de los contratos de "factoring", con excepción de los de anticipo de fondos que, en su caso, se puedan prestar en estos contratos.*
- i) La transmisión de los efectos y órdenes de pago a que se refiere la letra anterior, incluso la transmisión de efectos descontados. No se incluye en la exención la cesión de efectos en comisión de cobranza. Tampoco se incluyen en la exención los servicios prestados al cedente en el marco de los contratos de "factoring", con excepción de los de anticipo de fondos que, en su caso, se puedan prestar en estos contratos.*
- j) Las operaciones de compra, venta o cambio y servicios análogos que tengan por objeto divisas, billetes de banco y monedas que sean medios legales de pago, a excepción de las monedas y billetes de colección y de las piezas de oro, plata y platino. A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior se considerarán de colección las monedas y los billetes que no sean normalmente utilizados para su función de medio legal de pago o tengan un interés numismático, con excepción de las monedas de colección entregadas por su emisor por un importe no superior a su valor facial que estarán exentas del impuesto. No se aplicará esta exención a las monedas de oro que tengan la consideración de oro de inversión de acuerdo con lo establecido en el número 2.o del artículo 140 de esta Ley.*
- k) Los servicios y operaciones, exceptuados el depósito y la gestión, relativos a acciones, participaciones en sociedades, obligaciones y demás valores no mencionados en las letras anteriores de este número, con excepción de los siguientes: a') Los representativos de mercaderías. b') Aquellos cuya posesión asegure de hecho o de derecho la propiedad, el uso o el disfrute exclusivo de la totalidad o parte de un bien inmueble, que no tengan la naturaleza de acciones o participaciones en sociedades. c') Aquellos valores no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, realizadas en el mercado secundario, mediante cuya transmisión se hubiera pretendido eludir el pago del impuesto correspondiente a la transmisión de los inmuebles propiedad de las entidades a las que representen dichos valores, en los términos a que se refiere el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.*
- l) La transmisión de los valores a que se refiere la letra anterior y los servicios relacionados con ella, incluso por causa de su emisión o amortización, con las mismas excepciones.*
- m) La mediación en las operaciones exentas descritas en las letras anteriores de este número y en las operaciones de igual naturaleza no realizadas en el ejercicio de actividades empresariales o profesionales. La exención se extiende a los servicios de mediación en la transmisión o en la colocación en el mercado, de depósitos, de préstamos en efectivo o de valores, realizados por cuenta de sus entidades emisoras, de los titulares de los mismos o de otros intermediarios, incluidos los casos en que medie el aseguramiento de dichas operaciones. n) La gestión y depósito de las Instituciones de Inversión Colectiva, de las Entidades de Capital-Riesgo gestionadas por sociedades gestoras autorizadas y registradas en los Registros especiales administrativos, de los Fondos de Pensiones, de Regulación del Mercado Hipotecario, de Titulización de Activos y Colectivos de Jubilación, constituidos de acuerdo con su legislación específica", [Online] la <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-28740&tn=1&p=20181229&acc=Elegir>, accesat 10.01.2019.*

necesară intervenția instanțelor de judecată naționale sau europene pentru clarificarea noțiunii. Cu titlu de exemplu, menționam activitatea de intermediere (art. 20 alin. (18) litera m) din act) – „*intermedierea în operațiunile scutite descrise în literele precedente ale acestui alineat și în operațiunile de aceeași natură care nu au fost efectuate în cadrul activităților profesionale sau profesionale. Scutirea se extinde la serviciile de mediere în transmiterea sau plasarea pe piață a depozitelor, a împrumuturilor în numerar sau a valorilor mobiliare, efectuate în numele entităților sale emitente, al deținătorilor acestora sau al altor intermediari, inclusiv cazurile în care se intermediază asigurarea acestor operațiuni*”. – **trad. n.**

În concluzie, sau în loc de concluzie, trebuie subliniat caracterul extrem de dinamic al domeniului analizat și dificultatea nu numai terminologică, dar și instituțională, fapt pentru care reperatele de jurisprudență prezintă importanță majoră.

**Trei probleme controversate referitoare
la înregistrarea cererii de executare silită**
**Three Controversal Problems Regarding
the Registration of the Application for Enforcement**

Nicolae-Horia Țiț¹

Rezumat: Articolul analizează o serie de probleme care au creat controverse în doctrină și în practică, în legătură cu înregistrarea cererii de executare silită: momentul înregistrării acesteia în registrul general al executorului judecătoresc; motivele pentru care executorul poate refuza deschiderea procedurii execuționale; natura juridică a plângerii reglementată de art. 665 alin. (2) C. pr. civ. În final, în loc de concluzii, sunt formulate o serie de propuneri *de lege ferenda*.

Cuvinte-cheie: cerere de executare, înregistrare, executor judecătoresc, refuz motivat, plângere.

Abstract: The article examines a number of issues that have created controversy in doctrine and practice in connection with the registration of the application for enforcement: the moment of its registration in the general record of the bailiff; the reasons why the bailiff may refuse to open the enforcement procedure; the legal nature of the complaint regulated by article 665 par. (2) of the Civil Procedure Code. Finally, instead of conclusions, a series of *de lege ferenda* proposals are formulated.

Keywords: application for enforcement, registration, bailiff, reasoned refusal, complaint.

1. Introducere. Enunțarea problemelor controversate referitoare la înregistrarea cererii de executare

Indiferent de natura jurisdicțională sau non-jurisdicțională a titlului executoriu, procedura execuțională este declanșată prin formularea cererii de exe-

¹ Lector universitar dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, horia.tit@gmail.com

cutare silită de către creditor și depunerea acesteia la organul execuțional competent [art. 622 alin. (2) C. pr. civ.]². În funcție de acest moment se determină legea aplicabilă executării silite (art. 24 C. pr. civ.), se stabilește competența teritorială a instanței de executare [art. 651 alin. (1) C. pr. civ.], precum și întinderea cheltuielilor de executare [art. 670 alin. (2) C. pr. civ.] și se produce efectul întreruptiv de prescripție al cererii de executare [art. 709 alin. (1) pct. 2 C. pr. civ.]³.

Înregistrarea cererii de executare este reglementată de art. 665 C. pr. civ. Alin. (1) al acestuia prevede că executorul judecătoresc dispune prin încheiere înregistrarea cererii și deschiderea dosarului execuțional ori, după caz, refuză motivat deschiderea procedurii de executare, iar alin. (2) reglementează o cale de atac specială împotriva încheierii de refuz, anume plângerea, ce poate fi exercitată de creditor în termen de 15 zile de la comunicarea încheierii și este de competența instanței de executare.

Formularea lapidară și ușor contradictorie a art. 665 C. pr. civ. a ridicat mai multe probleme, care au creat controverse în doctrina de specialitate și în practica execuțională și judiciară. În continuare vor fi analizate următoarele probleme: dacă înregistrarea cererii de executare în registrul general al executorului judecătoresc și constituirea dosarului de executare se face în toate situațiile sau numai în cazul în care executorul, prin încheiere, dispune deschiderea procedurii de executare; care este întinderea și natura verificărilor pe care executorul jude-

² Actuala reglementare nu mai prevede nicio situație în care executarea silită să fie declanșată din oficiu, în toate situațiile procedura de executare fiind inițiată numai prin formularea unei cereri de executare de către creditor, personal sau prin reprezentant legal ori convențional [art. 664 alin. (1) C. pr. civ.], ori, după caz, de alte persoane sau autorități în cazurile expres prevăzute de lege [spre exemplu, de procuror, în condițiile art. 92 alin. (5) C. pr. civ.]. A se vedea G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Ediția a 4-a revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 1099; M. Dinu, R. Stanciu, *Executarea silită în Codul de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Editura Hamangiu, București, 2017, pp. 135-136; V. Bozeșan, *Forme concrete ale disponibilității părților în faza executării silite*, în E. Oprina, V. Bozeșan, *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, Volumul 1, Editura Universul Juridic, București, p. 19; D. M. Gavriș, *Comentariu la art. 664 C. pr. civ.*, în G. Boroi (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, Vol. II. Art. 456-1134*, p. 421; N.-H. Țiț, *Executarea silită. Partea generală*, Editura Hamangiu, 2014, p. 178.

³ Cu privire la efectele pe care le produce sesizarea executorului judecătoresc cu cererea de executare silită, a se vedea M. Nicolae, *Comentariu la art. 622 C. pr. civ.*, în V. M. Ciobanu, M. Ciobanu, M. Nicolae (coordonatori), *Noul Cod de procedură civilă comentat și annotat, Vol. II – art. 527-1134*, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 306; N.-H. Țiț, *Executarea silită...*, pp. 191-195.

cătoresc le face în legătură cu cererea de executare și, pe cale de consecință, în ce constau motivele pentru care acesta poate refuza deschiderea procedurii de executare (în special dacă executorul judecătoresc poate analiza și aprecia asupra caracterului executoriu al titlului depus de creditor odată cu cererea de executare); care este natura juridică a plângerii reglementată de art. 665 alin. (2) C. pr. civ., respectiv plângerea creditorului împotriva încheierii prin care executorul judecătoresc refuză, în mod motivat, deschiderea procedurii de executare. În loc de concluzii, vom formula o serie de propuneri *de lege ferenda* referitoare la dispozițiile legale aplicabile.

2. Înregistrarea cererii de executare în registrul general al executorului judecătoresc și constituirea dosarului de executare

Dispozițiile art. 665 alin. (1) C. pr. civ. sunt echivoce în ceea ce privește succesiunea actelor pe care trebuie să le îndeplinească executorul în procedura de înregistrare a cererii: pe de o parte, textul de lege menționează că prin încheiere se dispune „înregistrarea acesteia și deschiderea dosarului de executare”, exprimare din care am trage concluzia că executorul sesizat cu cererea de executare silită va proceda mai întâi la analizarea condițiilor de formă ale cererii și doar în cazul în care acestea sunt îndeplinite, va proceda la înregistrarea acesteia în registrul general al biroului executorului judecătoresc⁴ și la deschiderea dosarului de executare; pe de altă parte, în cazul refuzului motivat al executorului, manifestat tot prin încheiere, se arată că acesta privește deschiderea „procedurii de executare”, nu a dosarului, de unde se poate trage concluzia că încheierea de refuz se pronunță după înregistrarea propriu zisă a cererii și constituirea dosarului de executare.

Contrar aparențelor, chestiunea prezintă o importanță practică deosebită deoarece are implicații cu privire la determinarea momentului sesizării organului de executare. Așa cum am arătat și mai sus, momentul sesizării organului de exe-

⁴ Potrivit art. 85 din Regulamentul de punere în aplicare a Legii nr. 188/200 privind executorii judecătorești (publicat în Monitorul Oficial nr. 64 din 6 februarie 2001), „În registrul general se vor înregistra toate lucrările executorului judecătoresc și acesta va cuprinde următoarele rubrici: numărul curent; data înregistrării; organul sau persoana care trimite titlul executoriu, numărul și data sesizării; numele sau denumirea creditorului cu domiciliul/sediul și numele sau denumirea debitorului cu domiciliul/sediul; cuantumul creanței debitorului; natura cauzei (confiscare, sechestrul asigurător, evacuare, pretenții etc.); modul de soluționare; observații”.

cutare este, potrivit art. 622 alin. (2) C. pr. civ., cel de la care procedura execuțională este declanșată⁵, cu următoarele consecințe practice: stabilirea legii aplicabile întregii proceduri execuționale (art. 24 C. pr. civ.); determinarea competența instanței de executare, conform criteriilor stabilite de art. 651 alin. (1) și (2) C. pr. civ.⁶; fixarea întinderii cheltuielilor de executare, inclusiv în situația în care debitorul își îndeplinește în mod voluntar obligația stabilită prin titlul executoriu⁷; întreruperea cursului prescripției dreptului de a obține executarea silită⁸.

Având în vedere aceste patru efecte ale determinării momentului sesizării executorului judecătoresc și înregistrării cererii de executare, avem de stabilit dacă, în ipoteza refuzului executorului judecătoresc, momentul sesizării este diferit de cel al înregistrării, ori, din contră, cele două momente se suprapun, în

⁵ Art. 622 alin. (2) C. pr. civ. prevede că „în cazul în care debitorul nu execută de bunăvoie obligația sa, aceasta se aduce la îndeplinire prin executare silită, care începe odată cu sesizarea organului de executare ...” (subl. ns). A se vedea M. Nicolae, *Comentariu la art. 622 C. pr. civ.*, loc. cit., p. 306.

⁶ Art. 651 alin. (1) teza I C. pr. civ. prevede, în acest sens că instanța de executare este, ca regulă generală, „judecătoria în a cărei circumscripție se află, la data sesizării organului de executare, domiciliul sau, după caz, sediul debitorului” (subl. ns.). De asemenea, pentru situațiile în care domiciliul sau sediul debitorului nu se află în țară, competența teritorială a instanței de executare se stabilește prin raportare la domiciliul sau sediul creditorului la data sesizării organului de executare [art. 651 alin. (1) teza a II-a C. pr. civ.], iar potrivit art. 651 alin. (2) C. pr. civ., o eventuală schimbare a domiciliului/sediului debitorului ori, după caz, creditorului, după începerea executării silită nu atrage schimbarea competenței instanței de executare. Pentru detalii, a se vedea D. M. Gavriș, *Comentariu la art. 651 C. pr. civ.*, în G. Boroi (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, Vol. II. Art. 456-1134*, pp. 394-395; N.-H. Țiț, *Executarea silită ...*, pp. 111-114.

⁷ Potrivit art. 670 alin. (2) teza a II-a C. pr. civ., „...debitorul va fi ținut să suporte cheltuielile de executare stabilite sau, după caz, efectuate după înregistrarea cererii de executare și până la data realizării obligației stabilite în titlul executoriu, chiar dacă el a făcut plata în mod voluntar” (subl. ns.). Pentru detalii, a se vedea E. Oprina, *Cheltuielile de executare – cele mai importante probleme practice*, în E. Oprina, V. Bozeșan, *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, Volumul 1, Editura Universul Juridic, București, pp. 228-229; D. M. Gavriș, *Comentariu la art. 651 C. pr. civ.*, în G. Boroi (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, Vol. II. Art. 456-1134*, pp. 436-437; N.-H. Țiț, *Executarea silită ...*, p. 216.

⁸ Conform art. 709 alin. (1) pct. 2 C. pr. civ., cursul prescripției se întrerupe „pe data depunerii cererii de executare, însoțită de titlul executoriu, chiar dacă a fost adresată unui organ de executare incompetent” (subl. ns.). Pentru detalii, a se vedea M. Nicolae, *Comentariu la art. 709 C. pr. civ.*, în V. M. Ciobanu, M. Nicolae (coordonatori), *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat, Vol. II – art. 527-1134*, Editura Universul Juridic, București, 2016, pp. 629-631.

toate cazurile. În concret, în ipoteza în care apreciem că înregistrarea cererii de executare în registrul general al executorului precedă pronunțarea încheierii prevăzute de art. 665 alin. (1) C. pr. civ., înseamnă că executorul se consideră sesizat de la momentul depunerii cererii de executare, chiar dacă acesta a refuzat motivat deschiderea procedurii de executare și instanța a infirmat, ulterior, această soluție, ca urmare a admiterii plângerii formulată de creditor în temeiul art. 665 alin. (2) C. pr. civ.; dacă opinăm că înregistrarea cererii se face prin încheiere și că nu este precedată de înscrierea în registrul general al executorului, înseamnă că momentul sesizării este cel la care executorul judecătoresc dă încheierea de deschidere a dosarului ori, după caz, rămâne definitivă încheierea de admitere a plângerii creditorului împotriva încheierii executorului de refuz al deschiderii procedurii. În special în această situație, distincția este importantă, intervalul de timp cuprins între depunerea cererii la executor și cel al soluționării definitive a plângerii formulată în temeiul art. 665 alin. (2) C. pr. civ. putând fi unul considerabil.

Într-o opinie, s-a apreciat că înregistrarea cererii de executare în registrul general al executorului judecătoresc este o operațiune ulterioară pronunțării încheierii de deschidere a procedurii execuționale, respectiv că înregistrarea cererii se dispune prin încheiere, având în vedere redactarea art. 665 alin. (1) C. pr. civ.⁹. Prin urmare, în ipoteza în care executorul refuză motivat deschiderea procedurii, momentul înregistrării cererii este cel al rămânerii definitive a soluției de admitere a plângerii creditorului, formulată în temeiul art. 665 alin. (2) C. pr. civ.¹⁰

Conform opiniei contrare, cererea de executare va fi înregistrată în registrul general al executorului judecătoresc imediat ce a fost depusă de către creditor, iar executorul va dispune prin încheiere deschiderea procedurii execuționale, ori, după caz, va refuza motivat acest lucru ulterior momentului înregistrării cererii¹¹. Achiesăm la această opinie, cu următoarele argumente.

Chiar dacă legiuitorul folosește termenul de „sesizarea organului de executare” [la art. 622 alin. (2), art. 651 alin. (1) C. pr. civ.], pe cel de „înregistrare”

⁹ E. Oprina, I. Gârbuleț, *Tratat teoretic și practic de executare silită, Volumul I. Teoria generală și procedurile execuționale*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 392. Autorii, având în vedere opinia pe care o exprimă, propun ca, *de lege ferenda*, să fie reglementat un registru distinct, în care să fie înregistrate cererile de executare silită depuse de creditor, operând distincția între momentul depunerii cererii de executare și cel al înregistrării ei.

¹⁰ *Ibidem*, p. 395.

¹¹ M. Dinu, R. Stanciu, *op. cit.*, p. 139.

a cererii de executare [la art. 665 alin. (1), respectiv art. 670 alin. (2) C. pr. civ.], respectiv pe cel de „depunere” a cererii de executare [art. 709 alin. (1) pct. 2 C. pr. civ.], apreciem că ele exprimă aceeași realitate juridică și faptică: cea a momentului la care cererea de executare silită este depusă, respectiv transmisă executorului judecătoresc de către creditor, indiferent dacă, ulterior, prin încheiere, acesta dispune sau nu declanșarea procedurii execuționale. Astfel, indiferent de rezultatul verificării pe care o va face cu privire la cererea de executare, executorul judecătoresc, la primirea cererii, are obligația legală de a dispune, prin rezoluție, înregistrarea acesteia în registrul general și constituirea unui dosar de executare, în care va fi dată încheierea prevăzută de art. 665 alin. (1) C. pr. civ.¹². Practic, în temeiul art. 665 alin. (1) C. pr. civ., executorul judecătoresc realizează două operațiuni cu o natură diferită: înregistrarea cererii de executare, prin rezoluție aplicată pe aceasta și prin înscrierea ei în registrul general al biroului, operațiune administrativă pe care executorul este obligat să o efectueze în toate cazurile și care presupune constituirea unui dosar de executare; pronunțarea încheierii de deschidere ori, după caz, de refuz al deschiderii procedurii de executare, în urma verificării condițiilor de formă ale cererii de executare, în dosarul de executare astfel constituit¹³.

Nu ar fi posibilă pronunțarea unei încheieri de refuz anterior constituirii unui dosar de executare, deoarece, potrivit art. 657 alin. (1) lit. b) teza a II-a C. pr. civ., încheierile executorului judecătoresc trebuie să cuprindă, *inter alia*, numărul dosarului de executare, această mențiune fiind prevăzută de lege sub sancțiunea nulității, potrivit alin. (2) al aceluiași articol¹⁴. Cu alte cuvinte, legea stabilește că executorul judecătoresc pronunță încheieri numai în cadrul unui dosar de executare constituit, ceea ce presupune, implicit, înregistrarea cererii de executare în registrul general anterior pronunțării încheierii. De altfel, art. 85 din Regulamentul de punere în aplicare a Legii nr. 188/2000 prevede că în registrul

¹² *Ibidem*. Autoarele rețin importanța rezoluției de primire a cererii și a datei certe aplicată, cu acest prilej, de executorul judecătoresc, sub aspectul efectelor pe care le produce formularea cererii de executare: „subliniem drept deosebit de importantă aplicarea pe cererea de executare a rezoluției de primire și aplicarea datei certe, mai ales în condițiile în care, în funcție de data depunerii cererii de executare, se stabilește forma legii de procedură aplicabilă executării în cauză”.

¹³ N.-H. Țiț, *Executarea silită ...*, p. 188.

¹⁴ Pentru opinia potrivit căreia încheierea prin care se refuză deschiderea procedurii execuționale nu trebuie să cuprindă numărul dosarului de executare, a se vedea E. Oprina, I. Gârbuleț, *op. cit.*, p. 393.

general se înregistrează toate lucrările executorului judecătoresc; or, în ipoteza în care am accepta că încheierea de refuz a deschiderii procedurii de executare se pronunță fără ca cererea să fie înregistrată în registru, ar însemna că aceasta ar fi o lucrare a executorului nesupusă înregistrării în registru, ceea ce ar contraveni art. 85 din Regulament¹⁵.

Acestei interpretări i se poate reproșa că se îndepărtează nepermis de mult de redactarea art. 665 alin. (1) C. pr. civ., care prevede, în mod expres, că înregistrarea cererii de executare și deschiderea dosarului se dispun prin încheiere; prin urmare, înregistrarea în registrul general și constituirea dosarului de executare ar fi, contrar celor susținute mai sus, rezultatul pronunțării de către executor a încheierii. Adepții acestei interpretări fac distincția, sub acest aspect, între momentul depunerii cererii de executare [la care se referă, cu privire la întreruperea cursului prescripției dreptului de a obține executarea silită, art. 709 alin. (1) pct. 2 C. pr. civ.], și cel al înregistrării cererii, care poate fi ulterior, în ipoteza în care executorul refuză motivat deschiderea procedurii, iar instanța admite contestația creditorului formulată în temeiul art. 665 alin. (2) C. pr. civ.¹⁶.

În ciuda redactării art. 665 alin. (1) C. pr. civ., apreciem că distincția între momentul înregistrării cererii și cel al depunerii cererii este una artificială. Prin cererea de executare silită, creditorul își manifestă voința de a sesiza organul de executare și de a declanșa, în acest fel procedura execuțională. Una dintre consecințele acestei manifestări de voință este și întreruperea cursului prescripției. A decala momentul înregistrării cererii ar însemna că aceasta, deși a fost depusă și a întrerupt prescripția, nu poate avea alte efecte, decât dacă acestea sunt „confirmate” de executorul judecătoresc prin înregistrarea ei. Or, executorul nu poate refuza primirea cererii, ci doar deschiderea procedurii execuționale, pentru motive pe care le vom analiza în secțiunea următoare a prezentului articol.

Făcând o paralelă cu sesizarea instanței prin cererea de chemare în judecată, potrivit art. 192 alin. (2) C. pr. civ., „procesul începe prin înregistrarea cererii la instanță, în condițiile legii”. Chiar dacă cererea de chemare în judecată este supusă, ca regulă generală, unui prim filtru formal, în cadrul procedurii de veri-

¹⁵ N.-H. Țiț, *Executarea silită ...*, pp. 188-189.

¹⁶ E. Oprina, I. Gârbuleț, *op. cit.*, p. 395. Autorii arată că, în cazul admiterii plângerii creditorului, cererea de executare se va considera înregistrată la momentul rămânerii definitive a soluției instanței de executare însă efectul de întrerupere a cursului prescripției se va produce de la momentul la care cererea de executare a fost depusă inițial la executor.

ficare și regularizare reglementată de art. 200 C. pr. civ., iar procedura devine contradictorie abia după depășirea acestuia, momentul sesizării instanței rămâne cel al depunerii și înregistrării cererii¹⁷. Mutatis mutandis, momentul sesizării organului de executare este cel al depunerii cererii de executare la executorului judecătoresc, acesta având obligația legală de a o primi, de a o înregistra în registrul general și de a constitui un dosar de executare în care, în mod motivat, să pronunțe încheierea de deschidere a procedurii sau de refuz, conform art. 665 alin. (1) C. pr. civ.

3. Poate reține executorul judecătoresc ca motiv de refuz al deschiderii procedurii de executare lipsa caracterului executoriu al titlului?

Art. 665 alin. (1) C. pr. civ. prevede că executorul judecătoresc poate refuza motivat deschiderea procedurii de executare, ceea ce ridică întrebarea motivelor pe care executorul le-ar putea reține în acest sens, în condițiile în care textul de lege nu face nicio distincție. Implicit, chestiunea pune în discuție condițiile care ar putea fi analizate de executorul judecătoresc în cadrul procedurii de înregistrarea a cererii, cu atât mai mult cu cât aceasta va fi urmată de procedura de încuviințare a executării, în cadrul căreia instanța de executare va analiza îndeplinirea cerințelor pentru declanșarea executării silite. Dat fiind echivocul formulării textului de lege, se pune problema dacă, în concret, executorul judecătoresc va analiza în cadrul procedurii de înregistrare a cererii exclusiv condiții intrinseci și extrinseci ale cererii de executare ori, pe lângă acestea, va analiza și caracterul executoriu al titlului¹⁸. Cu alte cuvinte, se ridică întrebarea dacă executorul poate refuza deschiderea procedurii de executare în cazul în care consideră că înscrisul depus de creditor odată cu cererea de executare nu constituie, potrivit legii, titlu executoriu.

Într-o primă opinie, executorul judecătoresc poate și chiar are obligația ca în cadrul procedurii reglementată de art. 665 C. pr. civ. să analizeze caracterul

¹⁷ Pentru detalii, a se vedea M. Tăbărcă, *Comentariu la art. 192 C. pr. civ.*, în V. M. Ciobanu, M. Nicolae (coordonatori), *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat, Vol. I – art. 1-526*, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 701.

¹⁸ V. Mitea, *Sesizarea executorului judecătoresc, încuviințarea executării silite și înștiințarea prealabilă a debitorului*, în I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *Tratat de procedură civilă, Volumul III*, Editura Universul Juridic, București, 2013, pp. 279-280.

executoriu al titlului¹⁹. O parte dintre susținătorii acestei opinii afirmă că motivele pentru care executorul judecătoresc poate refuza deschiderea procedurii de executare se pot suprapune cu cele prevăzute de art. 665 alin. (5) C. pr. civ., respectiv motivele pentru care instanța de executare poate respinge cererea de încuviințare a executării silite, această opinie fiind justificată de rolul activ pe care executorul judecătoresc trebuie să îl manifeste în procedura execuțională²⁰.

Conform opiniei contrare, executorul judecătoresc nu poate refuza deschiderea procedurii execuționale pentru motive care revin spre competență instanței de executare în procedura de încuviințare a executării, verificarea pe care executorul o face cu privire la cererea de executare limitându-se la eventuale impedimente evidente care ar împiedica sesizarea instanței de executare cu cererea de încuviințare²¹.

Deși inițial am achiesat la prima opinie, apreciind că motivele pentru care executorul poate refuza deschiderea procedurii execuționale vizează și executorialitatea titlului²², înțelegem să revenim asupra acestei opinii și să susținem că o astfel de verificare reprezintă apanajul instanței de executare, în cadrul procedurii de încuviințare a executării. Ceea ce ne determină să revenim asupra opiniei exprimată anterior este motivarea reținută de Înalta Curte de Casație și Justiție în considerentele Deciziei nr. 19/2018 dată de Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept²³. Reține instanța supremă, pornind de la argumentele avute în vedere de Curtea Constituțională prin Decizia nr. 895/2015²⁴, că „depunerea cererii de executare la executorul judecătoresc are loc în organizarea procedurii de executare, aceasta fiind făcută însă pentru instanța de executare, către care se și înaintează, singura abilitată legal să încuviințeze executarea și să declanșeze procedura de executare silită” (par. 52 din Decizia nr. 19/2018). Cu alte cuvinte,

¹⁹ E. Oprina, I. Gârbuleț, *op. cit.*, p. 393. Autorii rețin că executorul judecătoresc poate să refuze deschiderea procedurii de executare atunci când „titlul executoriu nu este valabil”. Așa cum am arătat și cu alt prilej (N.-H. Țiț, *Încuviințarea...*, p. 169, nota de subsol nr. 1), termenul nu trebuie înțeles în sensul analizării valabilității de fond a actului juridic (în sens de *negotium*) și strict în legătură cu calitatea înscrisului prezentat de creditor de a fi, potrivit legii, titlu executoriu. În acest sens, nu ar putea fi permis mai mult executorului judecătoresc în procedura de înregistrare a cererii de executare decât ar putea face instanța de executare în cadrul procedurii de încuviințare a executării silite.

²⁰ M. Dinu, R. Stanciu, *op. cit.*, p. 140.

²¹ G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, p. 1100-1101.

²² N.-H. Țiț, *Încuviințarea...*, pp. 168-169.

²³ Publicată în Monitorul Oficial nr. 510 din 21 iunie 2018.

²⁴ Publicată în Monitorul Oficial nr. 84 din 4 februarie 2016.

având în vedere statutul și competențele sale, executorul judecătoresc nu poate analiza niciunul dintre motivele pe care doar instanța de executare le poate evalua în procedura de încuviințare; motivele de respingere a cererii de încuviințare a executării, reglementate de art. 666 alin. (5) C. pr. civ., implicit cele care se referă la caracterul executoriu al titlului și la respectarea condițiilor prevăzute de lege în acest sens, pot fi analizate doar de judecător, nu de executorul judecătoresc care, în exprimarea Curții Constituționale, nu prezintă (ca statut și competențe) garanțiile de imparțialitate și independență specifice exercitării atribuțiilor jurisdicționale²⁵.

Practic, executorul judecătoresc nu va verifica decât dacă cererea de executare cuprinde mențiunile prevăzute de lege și are atașate înscrisurile pe baza cărora să poată fi formulată cererea de încuviințare a executării. Refuzul executorului va interveni numai atunci când, din cauza lipsurilor semnalate și neremediate de creditor, nu ar putea fi formulată cererea de încuviințare a executării. Prin urmare, verificarea pe care o face executorul în temeiul art. 665 C. pr. civ. poate viza exclusiv condițiile de formă intrinseci și extrinseci ale cererii de executare, așa cum sunt reglementate de art. 664 C. pr. civ. (cererea de executare să fie semnată, să fie achitată taxa judiciară de timbru, să fie depusă dovada calității de reprezentant a celui care a formulat cererea în numele creditorului, să fie depus titlul executoriu în original sau în copie legalizată etc.). Orice altă verificare ar încălca dreptul creditorului de a-i fi analizată de instanță cererea de executare, cerere pe care executorul are obligația să o „transmită” acesteia prin formularea cererii de încuviințare a executării.

Nu ar putea fi reținut, în acest sens, argumentul referitor la rolul activ pe care executorul trebuie să îl manifeste în procedura execuțională, deoarece acest rol activ poate fi exercitat numai dacă a fost încuviințată executarea silită. Potrivit art. 627 alin. (1) C. pr. civ., rolul activ presupune ca executorul să stăruie, prin toate mijloacele admise de lege, pentru realizarea integrală și cu celeritate a obligațiilor prevăzute de titlul executoriu, cu respectarea dispozițiilor legii, a drepturilor părților și altor persoane interesate²⁶. Prin urmare, rolul activ carac-

²⁵ Curtea Constituțională a reținut, în acest sens, că executorul judecătoresc „(...) nu dispune de *imperium* – atribut care caracterizează numai judecătorul – pentru a da o hotărâre în baza căreia se dispune declanșarea executării silite, respectiv încheierea de încuviințare a executării silite, și nu beneficiază de atributele de imparțialitate și de independență specifice numai instanțelor judecătorești” (par. 24 din Decizia nr. 895/2015).

²⁶ Pentru detalii, a se vedea E. Oprina, I. Gârbuleț, *op. cit.*, pp. 32-33

terizează activitatea executorului judecătoresc doar după ce acesta primește „undă verde” din partea instanței de executare, singura competentă să evalueze cerințele pentru declanșarea procedurii de executare, inclusiv în legătură cu verificarea caracterului executoriu al titlului.

În concret, având în vedere cerințele prevăzute de art. 664 alin. (4) C. pr. civ., executorul judecătoresc va putea refuza deschiderea procedurii de executare în cazul în care înscrisul prezentat de creditor drept titlu executoriu nu este depus în original sau în copie legalizată. Dacă însă înscrisul îndeplinește această condiție de formă, executorul este obligat să sesizeze instanța de executare cu cererea de încuviințare, urmând ca aceasta să stabilească dacă respectivul înscris constituie sau nu titlu executoriu.

4. Natura juridică a plângerii reglementată de art. 665 alin. (2)

C. pr. civ.

Art. 665 alin. (2) C. pr. civ. reglementează un vehicul procedural special pus la dispoziția creditorului pentru a ataca încheierea executorului judecătoresc prin care acesta refuză deschiderea procedurii execuționale, respectiv plângerea la instanța de executare, în termen de 15 zile de la data comunicării încheierii. În lipsa altor mențiuni cu privire la această cale de atac specială, se ridică problema distincției dintre acesta și plângerea prevăzută de art. 56 din Legea nr. 188/2000 privind executorii judecătorești²⁷, precum și de contestația la executare prevăzută de art. 712 alin. (1) teza finală C. pr. civ. (contestația împotriva refuzului executorului judecătoresc de a efectua o executare silită sau de a îndeplini un act de executare). De asemenea, în legătură cu plângerea prevăzută de art. 665 alin. (2) C. pr. civ., se ridică problema dacă aceasta este supusă procedurii contencioase sau necontencioase, respectiv dacă se soluționează în contradictoriu cu executorul judecătoresc sau nu și dacă acesta din urmă poate să formuleze apel împotriva încheierii de admitere a plângerii.

Cu privire la prima chestiune, într-o opinie s-a reținut că plângerii reglementată de art. 665 alin. (2) C. pr. civ. îi sunt aplicabile dispozițiile art. 56 alin. (3)-(6) din Legea nr. 188/2000 privind executorii judecătorești, care ar constitui dreptul comun în privința acestei căi de atac speciale împotriva

²⁷ Republicată în Monitorul Oficial nr. 783 din 20 octombrie 2011.

refuzului executorului judecătoresc²⁸. Cu alte cuvinte, dispozițiile art. 56 din Legea nr. 188/2000 trebuie reținute ca dispoziții generale aplicabile în cazurile în care legea prevede că refuzul executorului judecătoresc este supus controlului judecătoresc pe calea plângerii, cu consecința aplicabilității procedurii prevăzute de respectivul text de lege.

Așa cum am arătat și cu alt prilej²⁹, alături de alți autori³⁰, apreciem că plângerea prevăzută de art. 665 alin. (2) C. pr. civ. are o natură juridică diferită de cea reglementată de art. 56 din Legea nr. 188/2000³¹. Aceasta din urmă este aplicabilă, potrivit art. 56 alin. (1) din Legea nr. 188/2000, în cazul refuzului executorului judecătoresc „de a îndeplini atribuțiile prevăzute la art. 7 lit. b)-i)”. Or, acestea se referă la alte atribuții ale executorului, în afara celor care privesc „punerea în executare a dispozițiilor cu caracter civil din titlurile executorii” (art. 7 lit. a) din Legea nr. 188/2000). Cu privire la procedura execuțională, dreptul comun este reprezentat de Codul de procedură civilă; în aceste condiții, considerăm că o procedură specială, reglementată de o lege specială pentru alte categorii de situații, nu ar putea avea caracter de drept comun pentru o procedură reglementată de Cod în cadrul executării silite³².

În ceea ce privește distincția față de contestația la executarea reglementată de art. 712 alin. (1) teza finală C. pr. civ., aceasta trebuie făcută prin raportare la

²⁸ G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, pp. 1101-1102.

²⁹ N.-H. Țiț, *Executarea silită ...*, pp. 190-191; N.-H. Țiț, *Încuviințarea ...*, pp. 170-171, nota de subsol nr. 1.

³⁰ Șt. I. Lucaciuc, *Contestația la executare în reglementarea noului Cod de procedură civilă*, Editura Hamangiu, București, 2014, pp. 77-80.

³¹ Chiar dacă plângerea reglementată de art. 665 alin. (2) C. pr. civ. nu trebuie confundată cu cea prevăzută de art. 56 din Legea nr. 188/2000, în ceea ce privește taxa judiciară de timbru, în ambele cazuri sunt aplicabile dispozițiile art. 18 lit. b) din O.U.G. nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru (publicată în Monitorul Oficial nr. 392 din 29 iunie 2013), text de lege care se referă la „plângeri împotriva refuzului executorului judecătoresc de a-și îndeplini atribuțiile prevăzute de lege”. Textul de lege vizează, așadar, orice categorie de plângeri împotriva refuzului executorului judecătoresc, nu numai cele care ar intra sub incidența art. 56 din Legea nr. 188/2000. Pentru opinia potrivit căreia plângerea prevăzută de art. 665 alin. (2) C. pr. civ. se timbrează cu 100 lei, potrivit art. 10 alin. (2) teza finală C. pr. civ., a se vedea M. Dinu, R. Stanciu, *op. cit.*, pp. 140-141. Pentru opinia potrivit căreia taxa de timbru este de 20 de lei, însă în temeiul art. 27 din O.U.G. nr. 80/2013 și că dispozițiile art. 18 lit. b) din același act normativ ar putea fi aplicate numai dacă „se interpretează extensiv”, a se vedea D. M. Gavriș, *Comentariu la art. 665 C. pr. civ.*, loc. cit., pp. 422-423.

³² N.-H. Țiț, *Încuviințarea ...*, pp. 170-171, nota de subsol nr. 1; M. Dinu, R. Stanciu, *op. cit.*, p. 140.

natura și forma refuzului executorului³³. Distanța este importantă, deoarece, așa cum vom arăta în continuare, în lipsa unor dispoziții care să prevadă contrariul, plângerea se va soluționa în procedura necontencioasă, citarea creditorului și a executorului fiind facultativă, pe când contestația împotriva refuzului nejustificat al executorului de a primi ori de a înregistra cererea de executare se soluționează conform procedurii contencioase, cu citarea creditorului și a executorului judecătoresc. De asemenea, așa cum am arătat și mai sus, distincția prezintă relevanță și sub aspectul stabilirii taxei judiciare de timbru, în cazul plângerii aceasta fiind de 20 lei, potrivit art. 18 lit. b) din O.U.G. nr. 80/2013³⁴, pe când în cazul contestației împotriva refuzului executorului judecătoresc taxa de timbru are un quantum de 100 lei, conform art. 10 alin. (2) teza finală din O.U.G. nr. 80/2013.

Potrivit art. 665 alin. (2) C. pr. civ., creditorul poate formula plângere împotriva încheierii prin care executorul judecătoresc refuză motivat deschiderea procedurii execuționale prin încheiere. Așa cum am arătat și mai sus, încheierea de refuz va fi pronunțată de executor după înregistrarea cererii de executare și constituirea unui dosar. Cu alte cuvinte, în cazul în care executorul judecătoresc primește și înregistrează cererea de executare, însă, pe baza motivelor strict formale legate de condițiile intrinseci și extrinseci ale cererii de executare, refuză motivat deschiderea procedurii (adică refuză să sesizeze instanța de executare cu cererea de încuviințare), creditorul are deschisă calea plângerii³⁵. Pe de altă parte, contestația la executare reglementată de art. 712 alin. (1) teza finală C. pr. civ., vizează, prin raportare la soluția prevăzută de art. 720 alin. (7) C. pr. civ., „refuzul nejustificat al executorului judecătoresc de a primi ori de a înregistra cererea de executare silită” (subl. ns.). Situația este, așadar, diferită, deoarece, în acest caz, cererea de executare nu este înregistrată în registrul general al executorului judecătoresc.

Un alt element de distincție vizează aplicabilitatea dispozițiilor art. 720 alin. (7) teza finală C. pr. civ., potrivit cu care, în cazul admiterii contestației, „instanța de executare va putea obliga executorul la plata unei amenzi judiciare de la 1.000 lei la 7.000 lei, precum și, la cererea părții interesate, la plata de despăgubiri pentru paguba astfel cauzată”. Aceste dispoziții nu sunt aplicabile în cazul

³³ N.-H. Țiț, *Executarea silită ...*, p. 189.

³⁴ G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, p. 1102, nota de subsol nr. 2;

³⁵ E. Oprina, Comentariu la art. 665 C. pr. civ., în V. M. Ciobanu, M. Nicolae (coordonatori), *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat, Vol. II – art. 527-1134*, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 451.

plângerii reglementată de art. 665 alin. (2) C. pr. civ., deoarece aceasta este formulată împotriva unui refuz motivat al executorului, subsecvent primirii și înregistrării cererii de executare³⁶.

Un contra-argument la cele arătate mai sus ar putea fi bazat pe dispozițiile art. 720 alin. (8) C. pr. civ., potrivit cu care, în cazul admiterii contestației și aplicării amenzii, respectiv obligării executorului la plata de despăgubiri, potrivit alin. (7) al aceluiași articol, „instanța va solicita încheierea prevăzută de art. 665 alin. (1) sau, după caz, actul care constată refuzul executorului judecătoresc de a primi sau ori de a înregistra cererea de executare silită (...)”. Or, în condițiile în care, așa cum am arătat, plângerii reglementată de art. 665 alin. (2) C. pr. civ. nu i-ar fi aplicabile dispozițiile art. 720 alin. (7) C. pr. civ., ce rost ar avea trimiterea făcută de alin. (8) la încheierea prevăzută de art. 665 alin. (1) C. pr. civ.? Explicația nu poate fi decât una: dispozițiile art. 720 alin. (8) C. pr. civ. au în vedere tocmai distincția pe care am operat-o mai sus, respectiv cea dintre plângere și contestație; pentru a putea face această distincție și pentru a putea aplica sancțiunile prevăzute de art. 720 alin. (7) C. pr. civ., instanța de executare trebuie să analizeze dacă, *inter alia*, refuzul executorului s-a manifestat printr-o încheiere dată în condițiile art. 665 alin. (1) C. pr. civ. [caz în care, așa cum am arătat, dispozițiile art. 720 alin. (7) C. pr. civ. nu ar fi aplicabile], ori este vorba despre un refuz nejustificat de a primi sau de înregistra cererea de executare [caz în care art. 720 alin. (7) C. pr. civ. devine aplicabil]. Pentru a face această distincție, instanța trebuie să solicite actul prin care s-a manifestat acel refuz, deoarece pe baza acestuia, va califica cererea creditorului ca fiind plângere ori contestație și va stabili dacă dispozițiile art. 720 alin. (7) C. pr. civ. sunt sau nu aplicabile³⁷.

În concluzie cu privire la acest aspect, plângerea prevăzută de art. 665 alin. (2) C. pr. civ. poate fi formulată de creditor împotriva încheierii motivate a executorului judecătoresc care, după ce a înregistrat cererea de executare constată că aceasta nu îndeplinește condițiile de formă care fac imposibilă sesizarea instanței de executare cu cererea de încuviințare; contestația la executare întemeiată pe dispozițiile art. 712 alin. (1) teza finală C. pr. civ. și care

³⁶ I. Deleanu, *Contestația la executare*, în I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *op. cit.*, p. 385, nota de subsol nr. 3. În sens contrar, G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, p. 1102, nota de subsol nr. 1.

³⁷ Așa cum s-a remarcat în doctrină (Șt. I. Lucaciuc, *op. cit.*, p. 364), dispozițiile art. 720 alin. (8) C. pr. civ. își aveau, mai curând, locul în cuprinsul art. 717 C. pr. civ., referitor la procedura de judecată a contestației la executare, decât în art. 720 C. pr. civ., referitor la soluțiile pe care le poate pronunța instanța de executare.

poate atrage soluțiile prevăzute de art. 720 alin. (7) C. pr. civ. poate fi formulată în cazul refuzului nejustificat al executorului de a primi ori de a înregistra cererea de executare; plângerea reglementată de art. 56 din Legea nr. 188/2000 vizează refuzul executorului judecătoresc de a aduce la îndeplinire alte atribuții care îi revin, potrivit legii, în afara celor referitoare la executarea titlurilor executorii. Cu alte cuvinte, obiectul celor trei căi procesuale este diferit, iar orice suprapunere între proceduri este exclusă³⁸.

O a doua chestiune controversată referitoare la plângerea formulată de creditor în temeiul art. 665 alin. (2) C. pr. civ. vizează caracterul contencios sau necontencios al acesteia.

Într-o opinie, plângerea se va soluționa cu citarea creditorului și a executorului judecătoresc, argumentul principal folosit în sprijinul acesteia fiind cel referitor la aplicabilitatea în cazul plângerii a dispozițiilor art. 720 alin. (7) C. pr. civ., respectiv posibilitatea amendării executorului și obligării acestuia la plata de despăgubiri, la cererea creditorului³⁹. Așa cum am arătat și mai sus, considerăm că, din contră, dispozițiile art. 720 alin. (7) C. pr. civ. sunt aplicabile exclusiv în cazul contestației la executare, care are un obiect diferit de cel al plângerii.

Alături de alți autori⁴⁰, apreciem că procedura de soluționare a plângerii prevăzută de art. 665 alin. (2) C. pr. civ. este necontencioasă. Potrivit art. 527 C. pr. civ., procedura este necontencioasă ori de câte ori este necesară intervenția instanței, fără însă a se urmări stabilirea unui drept potrivit. Așa cum am arătat și mai sus, refuzul executorului de a deschide procedura de executare (practic de a sesiza instanța de executare cu cererea de încuviințare a executării) poate fi întemeiat numai pe neregularități formale ale cererii de executare. Executorul nu poate verifica condițiile executorialității titlului și nici alte condiții care revin competenței instanței de executare. În aceste condiții, înseamnă că verificarea și, implicit, refuzul sunt cantonate exclusiv în zona formalului, ceea ce exclude analizarea unui drept potrivit. Prin plângere, creditorul nu invocă un drept potrivit executorului judecătoresc, ci solicită instanței de executare să invalideze verificarea formală pe care acesta a făcut-o cu privire la cererea de executare.

În plus, în cazul admiterii plângerii, soluția instanței va conduce la sesizarea instanței de executare de către executorul judecătoresc cu cererea

³⁸ Șt. I. Lucaciuc, *op. cit.*, p. 80.

³⁹ G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, p. 1102, nota de subsol nr. 1.

⁴⁰ D. M. Gavriș, *Comentariu la art. 665 C. pr. civ.*, loc. cit., pp. 422-423; Șt. I. Lucaciuc, *op. cit.*, pp. 366-367.

încuviințare a executării silite⁴¹, procedură eminentamente necontencioasă. Or, ar fi greu de conceput ca o procedură care are drept finalitate simpla verificarea a cerințelor formale ale cererii de executare să fie una contencioasă, în timp ce procedura în cadrul căreia se analizează toate condițiile pentru a fi declanșată executarea să fie una necontencioasă. Simplul fapt că în cazul art. 665 alin. (2) C. pr. civ. instanța de executare este sesizată cu o plângere, deci se urmărește realizarea unui control judecătoresc asupra unei soluții dată de executorul judecătoresc nu înseamnă neapărat că suntem în fața unei proceduri contencioase, atât timp cât, așa cum am arătat, aceasta nu presupune stabilirea unui drept potrivit.

Calificarea procedurii plângerii prevăzută de art. 665 alin. (2) C. pr. civ. ca fiind o procedură necontencioasă are consecințe cu privire la determinarea regulilor de procedură aplicabile acesteia, atât în ceea ce privește judecata în prima instanță, cât și calea de atac. Astfel, procedura de judecată a plângerii va fi supusă dispozițiilor art. 532 alin. (1) C. pr. civ., citarea creditorului și a executorului judecătoresc fiind facultativă⁴². Instanța poate solicita, potrivit alin. (2) al aceluiași articol, orice lămuriri și poate dispune orice măsuri utile cauzei. Cu toate acestea, apreciem că procedura de soluționare a plângerii nu îl poate implica pe debitor, deoarece acesta va fi încunoștiințat despre declanșarea procedurii execuționale abia după încuviințarea executării⁴³. De altfel, având în vedere caracterul limitat al verificărilor făcute, care vizează, așa cum am arătat, doar condițiile de formă ale cererii de executare, debitorul nici nu ar putea oferi lămuriri utile cauzei.

⁴¹ În cazul în care instanța de executare admite plângerea creditorului, încheierea instanței nu va ține loc de încheiere de încuviințare a executării deoarece, așa cum am arătat, verificările făcute de executor în cadrul procedurii de înregistrare a cererii de executare sunt diferite de cele pe care doar instanța le poate face în cadrul procedurii de investire. Prin urmare, în cazul admiterii plângerii creditorului, executorul are obligația ca, în termen de 3 zile de la data rămânerii definitive a soluției instanței, să formuleze cererea de încuviințare a executării. A se vedea, în acest sens, M. Dinu, R. Stanciu, *op. cit.*, p. 143, N.-H. Țiț, *Încuviințarea ...*, p. 148. Pentru opinia potrivit căreia termenul de 3 zile curge de la data admiterii plângerii, deoarece încheierea primei instanțe este executorie, a se vedea D. M. Gavriș, *Comentariu la art. 666 C. pr. civ.*, loc. cit., p. 427.

⁴² Într-o lucrare anterioară (N.-H. Țiț, *Executarea silită...*, p. 191) am susținut că la soluționarea plângerii va fi citat, în mod obligatoriu, creditorul; înțelegem să revenim asupra acestei susțineri, care nu poate fi susținută cu nici un argument. Din contră, calificarea procedurii de soluționare a plângerii ca necontencioasă atrage consecința caracterului facultativ al citării petentului, în lipsa unor dispoziții legale contrare, potrivit art. 532 alin. (1) C. pr. civ.

⁴³ G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, p. 1102, nota de subsol nr. 3.

În cazul admiterii plângerii, apreciem că încheierea trebuie comunicată atât creditorului, cât și executorului judecătoresc, având în vedere că, raportat la această soluție, executorul are obligația de a sesiza instanța de executare cu cererea de încuviințare a executării. Considerăm că executorul judecătoresc poate formula apel împotriva încheierii prin care prima instanță a admis plângerea, deoarece 534 alin. (4) C. pr. civ. deschide calea de atac a apelului în materie necontencioasă oricărei persoane interesate. Plângerea fiind de competența instanței de executare, termenul de apel este de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 651 alin. (4) C. pr. civ.

5. În loc de concluzii, câteva propuneri *de lege ferenda*

Prevederile art. 665 C. pr. civ. au determinat, așa cum am arătat, interpretări diferite și, uneori, chiar diametral opuse în doctrină. Acestea ar trebui să fie un semnal de alarmă pentru legiuitor, care are datoria de a interveni ori de câte ori soluția legislativă este neclară și poate crea confuzii în aplicarea în concret a textului de lege. Considerăm că, față de reglementarea actuală, ar trebui corectate cel puțin două aspecte referitoare la procedura de înregistrare a cererii de executare.

Pe de o parte, textul de lege să precizeze că, indiferent de situație, executorul judecătoresc are obligația de a primi și de a înregistra cererea de executare, putând refuza sesizarea instanței de executare cu cererea de încuviințare a executării numai în cazul în care cererea creditorului nu îndeplinește condițiile de formă prevăzute de art. 664 C. pr. civ. În acest sens, apreciem că executorul ar trebui să pronunțe o încheiere numai în cazul în care refuză motivat să sesizeze instanța de executare cu cererea de încuviințare, deoarece în cazul în care cererea de executare îndeplinește condițiile de formă, pronunțarea unei încheieri care să ateste acest lucru ar constitui un formalism excesiv.

Pe de altă parte, că în cazul în care, prin încheiere executorul refuză să formuleze cererea de încuviințare, deoarece condițiile de formă ale cererii de executare nu sunt îndeplinite, sunt aplicabile, în mod corespunzător, dispozițiile art. 712 C. pr. civ. Consecința acestei trimiteri ar fi că atât refuzul executorului judecătoresc de a primi ori de a înregistra cererea de executare, cât și refuzul motivat de a sesiza instanța de executare cu cererea de încuviințare este supus controlului judecătoresc pe calea contestației la executare. S-ar evita, în acest fel,

paralelismul dintre plângere și contestație și confuziile pe care redactarea art. 720 alin. (8) C. pr. civ. le poate crea în prezent. Odată ce executarea a fost declanșată prin depunerea cererii de executare de către creditor la executorul judecătoresc, calea procedurală specifică prin care instanța de executare realizează controlul jurisdicțional al activității executorului este contestația la executare, nefiind necesar a se recurge la soluții legislative care pot crea confuzia cu alte instituții procedurale, cum este plângerea prevăzută de art. 56 din Lege nr. 188/2000.

În concluzie, propunem ca, *de lege ferenda*, art. 665 C. pr. civ. să aibă următoarea redactare: „(1) De îndată ce primește cererea de executare, executorul judecătoresc va dispune înregistrarea acesteia. Dacă cererea de executare nu îndeplinește condițiile de formă prevăzute de art. 664, executorul judecătoresc, prin încheiere motivată, va refuza formularea cererii de încuviințare a executării. (2) Încheierea prevăzută de alin. (1) se comunică de îndată creditorului. Dispozițiile art. 712 sunt aplicabile, în mod corespunzător.”

Regimul juridic al invocării și soluționării excepției autorității de lucru judecat în procesul civil al Republicii Moldova

The Legal Regime of Raising and Solving the Exception of Issue Preclusion in the Civil Process of the Republic of Moldova

Dumitru Dumitrașcu¹

Rezumat: Autoritatea de lucru judecat a hotărârii judecătorești are o importanță indiscutabilă pentru securitatea raporturilor juridice. Acest efect al hotărârii judecătorești presupune că una dintre părți nu poate porni din nou procesul pentru a obține o altă soluție asupra cauzei. În acest sens, legislația oferă anumite modalități persoanei interesate pentru a se apăra prin invocarea puterii de lucru judecat a unui act jurisdicțional.

Cuvinte-cheie: proces civil, mijloace de apărare, excepție procesuală, autoritatea de lucru judecat, principiul securității raporturilor juridice.

Abstract: The issue preclusion has an indisputable importance for the legal certainty. This effect of judgement implies that one party can't start again the process in order to obtain another solution of the case. In this order, law provides certain means of defence for the person to defend himself by rising the exception of issue preclusion of a judicial act.

Keywords: civil process, means of defence, processual exception, issue preclusion, principle of legal certainty.

Introducere

Hotărârea judecătorească reprezintă actul de dispoziție al instanței prin care aceasta soluționează fondul dreptului dedus judecății, acest act reprezintă finalitatea procesului de judecată. Prin hotărârea judecătorească instanța dezleagă cauza dedusă judecății, stabilește care din părți are dreptate în cauza respectivă,

¹ Asistent universitar, doctorand, Universitatea de Stat „Alec Russo” din Bălți, Universitatea de Stat din Moldova, email: dumitrascu.dum@gmail.com.

dispune admiterea ori respingerea pretențiilor reclamantului. Din punctul de vedere al mijloacelor de apărare ale pârâtului, hotărârea judecătorească stabilește eficiența și argumentarea apărărilor pârâtului, faptul ce se manifestă prin admiterea ori respingerea acțiunii reclamantului.

Așadar, hotărârea judecătorească reprezintă actul prin care se realizează justiția, iar calitatea acestui act de justiție depinde, în mare parte, de modalitatea de soluționare a cauzei. În acest sens, CtEDO, analizând preambulul Convenției Europene a Drepturilor Omului, a apreciat că principiul preeminenței dreptului presupune obligația statelor²:

1) de a respecta și aplica într-o manieră previzibilă și coerentă legile pe care le-a adoptat, iar dispozițiile legale trebuie să fie accesibile publicului destinat și redactate cu suficientă claritate;

2) de a respecta regula *res judicata*. Hotărârea judecătorească irevocabilă nu poate fi repusă în discuție ulterior, procesul soluționat irevocabil nu mai poate fi redeschis pentru a se proceda la o nouă examinare a cauzei. Această obligație presupune respectarea principiului securității raporturilor juridice. CtEDO soluționând cauza *Roșca c. Moldovei* din 2005³ a menționat că „*unul dintre aspectele fundamentale ale preeminenței dreptului este principiul securității raporturilor juridice, care cere, între altele, ca atunci când instanțele judecătorești dau o apreciere finală unei chestiuni, constatarea lor să nu mai poată fi pusă în discuție*” (§24). Iar Plenul Curții Supreme de Justiție al Republicii Moldova în pct. 16 din Hotărârea cu privire la aplicarea de către instanțele judecătorești a unor prevederi ale Convenției Europene pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale din 09.06.2014⁴ a reiterat faptul că „*securitatea raporturilor juridice presupune respectarea principiului caracterului irevocabil al hotărârilor judecătorești. Acest principiu cere ca nici o parte să nu aibă dreptul să solicite revizuirea unei hotărâri irevocabile și obligatorii doar cu scopul de a obține o reexaminare și o nouă determinare a cauzei*”;

² C. Danileț, *Studiu cu privire la unificarea practicii judiciare și asigurarea principiului securității raporturilor juridice în Republica Moldova: Evaluare și propuneri*, Chișinău: S.n. (Tipografia-Sirius), 2014, pp. 13-14.

³ Cauza *Roșca c. Moldovei*, 2005 (Cererea nr. 6267/02). [Online] la [http://justice.md/file/CEDO_judgments/Moldova/ROSCA%20\(ro\).pdf](http://justice.md/file/CEDO_judgments/Moldova/ROSCA%20(ro).pdf) accesat 10.10.2018.

⁴ Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție cu privire la aplicarea de către instanțele judecătorești a unor prevederi ale Convenției Europene pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale din 09.06.2014, [Online] la http://jurisprudenta.csj.md/search_hot_expl.php?id=181 accesat 26.08.2018.

3) de a oferi posibilități reale justițiabililor de a pune în executare hotărârile judecătorești irevocabile;

4) de a crea instrumente pentru unificarea practicii judiciare, în scopul evitării deciziilor contradictorii și asigurarea coerenței jurisprudenței.

Autoritatea de lucru judecat

În literatura de specialitate, autoritatea de lucru judecat este definită ca fiind „acel efect al hotărârii judecătorești și arbitrale în considerația căruia această hotărâre nesuscetibilă de o cale de atac de reformare la îndemână părții nemulțumite se consideră legală și temeinică pentru părțile litigante și autoritatea în fața căreia se invocă, făcând astfel inadmisibilă o nouă judecată pentru obținerea/pronunțarea unei hotărâri contrarii”⁵.

Autoritatea de lucru judecat a unei hotărâri semnifică faptul că aceasta devine obligatorie pentru părți, instanța de judecată, alte persoane și organe din cadrul statului. De asemenea, hotărârea ce a obținut autoritatea lucrului judecat nu mai poate fi contestată printr-o cale de atac de reformare. Însă, în cazurile expres stabilite de lege, hotărârea judecătorească irevocabilă poate fi contestată printr-o cale de atac de retractare, adică prin revizuire. Așadar, actul de justiție care a obținut puterea lucrului judecat produce toate efectele hotărârii judecătorești, și anume⁶: obligativitatea, executorialitatea, exclusivitatea, prejudicialitatea, neanulabilitatea.

Autoritatea și puterea de lucru judecat presupun următoarele caractere juridice:

a) se bucură de puterea lucrului judecat numai hotărârile instanțelor judecătorești, actele emise de către organele cu activitate jurisdicțională nu obțin autoritatea de lucru judecat;

Însă într-o măsură, putem recunoaște puterea lucrului judecat hotărârii instanței de arbitraj, însă trebuie să facem aici anumite precizări. Potrivit art. 33 alin. (1) din Legea Republicii Moldova cu privire la arbitraj nr. 23 din 22.02.2008⁷, hotărârea arbitrală este obligatorie, urmând să fie executată benevol, deci hotărârea arbitrală întrunește caracterele unei hotărâri judecătorești, și anume

⁵ D. Matei, *Efectele hotărârii judecătorești civile și ale hotărârii arbitrale: privire comparativă între codurile în vigoare și noile coduri*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 207.

⁶ Pentru detalii, a se vedea E. Belei [et. al.], *Drept procesual civil. Partea specială*, Chișinău: S.n. (Tipografia „Lexon-Prim”), 2016, pp. 92-97.

⁷ În Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 88-89 din 20.05.2008.

obligativitatea și executorialitatea. În plus, art. 28 alin. (6) din Legea nr. 23/2008 prevede că hotărârea arbitrală remisă părților are efectele unei hotărâri judecătorești definitive, deci acest text de lege asimilează hotărârea arbitrală cu hotărârea judecătorească.

Totodată, trebuie să indicăm faptul că hotărârea arbitrală poate fi contestată în instanța judecătorească, conform regulilor stipulate în art. 477-481 din C.pr.civ. al Republicii Moldova. Din analiza temeiurilor pentru desființarea hotărârii arbitrale cuprinse în art. 480 din C.pr.civ. al Republicii Moldova, deducem că hotărârea arbitrală urmează a fi desființate numai în cazurile când au fost încălcate regulile privind procedura arbitrală, când convenția arbitrală este nulă sau nu putea fi încheiată și când hotărârea arbitrală prevede o soluție care încalcă ordinea publică sau bunele moravuri. Adică instanța de judecată va verifica numai legalitatea procedurii arbitrale, fără a examina fondul cauzei. Respectiv, instanța „nu va controla circumstanțele de fond ale cauzei și probele cercetate, nu va verifica corectitudinea aplicării normelor de drept material de către arbitraj, ci va verifica prezența temeiurilor de desființare a hotărârii arbitrale specificate în legislație”⁸. Din punctul nostru de vedere, procedura de contestare a hotărârilor arbitrale se aseamănă cu recursul împotriva deciziilor și hotărârilor judecătorești, deși doctrina clasică o atribuie procedurilor civile de control.

În plus, existența unei hotărâri arbitrale între părți va determina instanța judecătorească să refuze primirea cererii de chemare în judecată, dacă aceasta hotărâre soluționează aceeași cauză cu care reclamantul investește instanța, adică există tripla identitate de părți, obiect și temeiuri, conform art. 169 alin. (1) lit. d) din C.pr.civ. al Republicii Moldova. Dacă instanța primește cererea de chemare în judecată, or considerăm că în majoritatea cazurilor instanța nu are cum să cunoască despre existența hotărârii arbitrale între părți, partea interesată, care de regulă este pârâtul, se va putea apăra prin intermediul excepției procesuale prin care invocă puterea de lucru judecat a hotărârii arbitrale. Această excepție nu va putea fi invocată în situația în care instanța a refuzat eliberarea titlului executoriu în baza hotărârii arbitrale sau desființează hotărârea arbitrală. Având în vedere art. 265 lit. e) din C.pr.civ. al Republicii Moldova, care arată că instanța judecătorească va dispune încetarea procesului dacă într-un litigiu între aceleași părți, cu privire la același obiect și pe aceleași temeiuri s-a emis o hotărâre

⁸ E. Belei [et. al.], *op. cit.*, p. 402.

arbitrală care a devenit obligatorie pentru părți, cu excepția cazului în care instanța refuză eliberarea titlului executoriu sau desființează hotărârea arbitrală.

Autoritatea de lucru judecat se atribuie nu doar hotărârii judecătorești și hotărârii arbitrale, dar și tranzacției părților. C.civ. al Republicii Moldova definește tranzacția în art. 1331 alin. (1) ca fiind contractul prin care părțile previn un proces ce poate să înceapă, termină un proces început sau rezolvă dificultățile ce apar în procesul executării unei hotărâri judecătorești. În general, tranzacția este definită ca „un contract care, în știința dreptului procesual civil, este numit act de dispoziție bilaterală a părților prin care acestea, făcând concesii reciproce, aplanează litigiul și sting procesul civil”⁹. Într-o altă definiție se precizează că tranzacția reprezintă „un contract făcut sub auspiciile justiției prin care părțile, pe baza unor concesii reciproce, convin să pună capăt unui litigiu sau să preîntâmpine declanșarea unui proces civil”¹⁰.

Deci, prin tranzacție părțile pot să prevină un proces ce poate să înceapă, pot să termine un proces început sau pot să rezolve dificultățile ce apar în procesul executării unei hotărâri judecătorești. Din aceste trei scopuri ale tranzacției reiese faptul că tranzacția poate fi încheiată în afara unui proces civil (când părțile previn procesul ce poate să înceapă), în cadrul unui proces civil declanșat (când termină procesul început) sau în cadrul executării silite (când rezolvă anumite chestiuni privind executarea hotărârii judecătorești). Art. 1333 alin. (1) din C.civ. al Republicii Moldova arată că tranzacția are între părți autoritatea lucrului judecat. În ipoteza în care tranzacția a fost încheiată în cadrul unui proces civil declanșat, condițiile tranzacției se regăsesc în încheierea de încetare a procesului. După cum a fost menționat în doctrină, această încheiere „va consolida puterea lucrului judecat fie prin neatacare – după expirarea celor 15 zile oferite de lege pentru exercitarea recursului, fie după examinarea acestuia de către instanța ierarhic superioară și menținerea încheierii contestate”¹¹. Pe de altă parte, pentru ca tranzacția prin care părțile previn un proces să se bucure de autoritatea lucrului judecat trebuie să fie confirmată de instanța judecătorească. Procedura de confirmare a tranzacției încheiate în scopul prevenirii unui proces civil este reglementată de art. 487-490 din C.pr.civ. al Republicii Moldova.

b) autoritatea de lucru judecat se atribuie numai hotărârilor irevocabile;

⁹ Idem, p. 276.

¹⁰ I. Leș, *Tratat de drept procesual civil. Vol. I*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 873.

¹¹ E. Belei, *Puterea de lucru judecat a tranzacției*, în *Revista Institutului Național al Justiției*, nr. 3/2013, p. 18.

Legislația procesuală a Republicii Moldova distinge trei tipuri de hotărâri judecătorești: nedefinitive, definitive și irevocabile. Sunt nedefinitive hotărârile emise de prima instanță până la expirarea termenului de declarare a apelului sau, dacă au fost atacate cu apel, până la pronunțarea deciziei instanței de apel. Hotărârea judecătorească emisă în primă instanță devine definitivă după examinarea cauzei în apel, dacă a fost atacată cu apel, sau după expirarea termenului de declarare a apelului (art. 254 alin. (1) din C.pr.civ. al Republicii Moldova). Hotărârea judecătorească rămâne irevocabilă în cazul în care 1) este emisă în primă instanță, după expirarea termenului de apel, dacă participanții interesați nu au exercitat calea de atac corespunzătoare, 2) emisă în primă instanță, contestată cu apel, fără drept de recurs, 3) emisă de instanța de apel, după expirarea termenului de recurs, dacă participanții interesați nu au exercitat calea de atac corespunzătoare, 4) emisă de instanța de recurs, după examinarea recursului (art. 254 alin. (2) din C.pr.civ. al Republicii Moldova). Efectele hotărârii judecătorești irevocabile sunt¹²: exclusivitatea, prejudicialitatea și neanulabilitatea.

Hotărârea arbitrală se bucură de autoritatea lucrului judecat fie din momentul în care rămâne irevocabilă încheierea prin care instanța refuză să desființeze hotărârea arbitrală (atunci când hotărârea arbitrală a fost contestată), fie la expirarea termenului de 3 luni de zile din ziua primirii hotărârii arbitrale de către partea interesată, adică prin faptul necontestării hotărârii arbitrale.

Tranzacția părților dobândește autoritatea de lucru judecat din momentul confirmării acesteia de către instanța de judecată, indiferent dacă tranzacția a fost încheiată pentru a preveni un proces sau pentru a termina un proces început. În toate cazurile, instanța confirmă tranzacția părților prin intermediul unei încheieri judecătorești.

c) autoritatea de lucru judecat creează o prezumție legală absolută *erga omnes*.

Prin urmare, hotărârea judecătorească irevocabilă se consideră legală și temeinică, ea exprimă adevărul. În acest sens, doctrina¹³ a apreciat că autoritatea de lucru judecat are o dublă funcție în procesul civil. În primul rând, cererea examinată și soluționată printr-o hotărâre irevocabilă nu poate forma obiectul unei alte judecăți. Aceasta presupune tripla identitate: de părți, temeuri și obiect.

¹² E. Belei [*et. al.*], *op. cit.*, pp. 94-97.

¹³ I. Leș, *op. cit.*, p. 924; I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă. Vol. II*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 52.

Așadar, litigiul între aceleași părți, cu privire la același obiect și pe aceleași temeuri nu poate fi soluționat decât o singură dată, ceea ce presupune efectul negativ al autorității de lucru judecat. În al doilea rând, puterea lucrului judecat acordă părților posibilitatea „de a executa, prin mijloace legale hotărârea judecătorească”¹⁴ și de a opune puterea lucrului judecat într-un alt litigiu. Acesta reprezintă efectul pozitiv al autorității de lucru judecat.

Excepția autorității de lucru judecat

Excepția autorității de lucru judecat poate fi definită ca fiind modalitatea procesuală de apărare prin intermediul căreia partea interesată obține încetarea judecării, arătând că, cauza având aceleași părți, temeuri și același obiect a fost soluționată printr-o hotărâre irevocabilă. În doctrină s-a precizat că „*excepția se invocă în cadrul unui al doilea proces, de către partea care are interes de a bloca un nou demers judiciar al reclamantului*”¹⁵.

Dacă la primirea cererii de chemare în judecată instanța cunoaște cu certitudine că există o hotărâre judecătorească irevocabilă cu privire la un litigiu între aceleași părți, asupra aceluiași obiect și având aceleași temeuri, va emite încheierea de refuz în acceptarea cererii de chemare în judecată, potrivit art. 169 alin. (1) lit. b) din C.pr.civ. al Republicii Moldova. Însă considerăm că în majoritatea cazurilor instanța nu cunoaște despre faptul că există o hotărâre irevocabilă în privința aceeași cauze. De aceea, autoritatea de lucru judecat, de regulă, este invocată de către partea potrivnică prin intermediul excepției.

Reieșind din natura juridică și importanța autorității de lucru judecat pentru securitatea raporturilor juridice, excepția autorității de lucru judecat poate fi invocată pe tot parcursul judecării, precum și în apel sau recurs. În plus, excepția autorității de lucru judecat poate fi invocată în apel sau în recurs și în situația în care pârâtul nu a invocat-o în prima instanță. Dacă instanța de fond admite excepția autorității de lucru judecat, va dispune printr-o încheiere, care poate fi atacată cu recurs, încetarea procesului conform art. 265 lit. b) din C.pr.civ. al Republicii Moldova. În situația în care excepția autorității de lucru judecat este admisă de către instanța de apel, aceasta, prin decizie, va dispune casarea hotărârii primei instanțe și încetarea procesului. Decizia instanței de apel poate fi

¹⁴ E. Belei [et. al.], *op. cit.*, p. 96.

¹⁵ A. Suciș, *Excepțiile procesuale în noul Cod de procedură civilă*, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 326.

atacată cu recurs. Respectiv, admiterea excepției autorității de lucru judecat va determina pronunțarea deciziei prin care se casează decizia instanței de apel și hotărârea primei instanțe, dispunându-se încetarea procesului.

Totodată, dacă avem o hotărâre judecătorească definitivă, iar reclamantul se adresează cu o cerere de chemare în judecată pentru soluționarea litigiului între aceleași părți, asupra aceluiași obiect și având aceleași temeuri, în acest caz partea interesată nu va putea invoca excepția autorității de lucru judecat, întrucât de puterea lucrului judecat beneficiază numai hotărârile judecătorești irevocabile. În consecință, hotărârea judecătorească încă nu a devenit irevocabilă, deci excepția autorității de lucru judecat nu este aplicabilă. În acest caz, partea interesată nu va ridica excepția autorității de lucru judecat, ci excepția de litispendență. Adică, după cum prevede art. 170 lit. g) și art. 267 lit. d) din C.pr.civ. al Republicii Moldova, partea interesată va invoca faptul că *la aceeași instanță sau la o alta, se află în judecată un litigiu între aceleași părți, asupra aceluiași obiect și având aceleași temeuri*, iar instanța trebuie să scoată cererea de pe rol.

După cum am menționat, de autoritatea lucrului judecat se bucură numai actele de dispoziție ale instanțelor judecătorești, ale instanțelor de arbitraj și tranzacția părților. Așadar, apare o problemă în privința hotărârilor judecătorești străine, dacă aceeași cauză a fost examinată și soluționată de o instanță judecătorească străină printr-o hotărâre irevocabilă, dar, ulterior, reclamantul sesizează instanța de judecată din Republica Moldova pentru a examina și soluționa tot aceeași cauză. În acest caz, hotărârea judecătorească străină nu are putere de lucru judecat pe teritoriul Republicii Moldova, *„reieșind din principiul suveranității statelor, hotărârile judecătorești și arbitrale au putere juridică doar în limitele teritoriului statului unde ele au fost adoptate”*¹⁶.

Prin urmare, pentru ca o hotărâre judecătorească sau arbitrală străină să aibă puterea de lucru judecat pe teritoriul Republicii Moldova, aceasta trebuie să fie recunoscută. Însă, din punctul de vedere al invocării excepției autorității de lucru judecat, care, de regulă, este ridicată de către pârât în procesul civil, atestăm că legislația în vigoare a Republicii Moldova nu oferă pârâtului posibilitatea de a solicita recunoașterea hotărârii străine. C.pr.civ. al Republicii Moldova reglementează procedura recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești și arbitrale străine în cadrul Capitolului XLII, potrivit art. 467 alin. (2) din C.pr.civ. al Republicii Moldova, prin hotărâre judecătorească străină înțelegem o hotărâre

¹⁶ E. Belei [et. al.], *op. cit.*, p. 371.

pronunțată în cauză civilă de o judecată de drept comun sau de o judecată specializată pe teritoriul unui alt stat, iar o hotărâre arbitrală este considerată străină în situația în care este pronunțată pe teritoriul unui stat străin sau a fost emisă pe teritoriul Republicii Moldova, dar legea aplicată procedurii arbitrale a fost a unui stat străin (art. 475 alin. (1) din C.pr.civ. al Republicii Moldova).

Din punctul nostru de vedere, lacuna legislativă din cauza căreia pârâtul nu poate să invoce autoritatea de lucru judecat a hotărârii judecătorești sau arbitrale străine constă în aceea că scopul procedurii reglementate de legislația în vigoare constă în punerea în executare a hotărârii străine. Astfel, conform art. 468 din C.pr.civ. al Republicii Moldova, deși este intitulat marginal „Cererea de recunoaștere a hotărârii judecătorești străine”, stabilește că *hotărârea judecătorească străină care nu a fost executată benevol poate fi pusă în executare pe teritoriul Republicii Moldova, la cererea creditorului, în temeiul încuviințării date de instanța judecătorească.* În plus, în cererea de recunoaștere a hotărârii judecătorești străine trebuie să fie indicată solicitarea încuviințării executării silită a hotărârii și termenul de la care se cere executarea hotărârii (art. 469 alin. (1) lit. c) din C.pr.civ. al Republicii Moldova). Reglementările actuale permit recunoașterea hotărârilor nesuscetibile de executare, potrivit art. 472 alin. (1) din C.pr.civ. al Republicii Moldova, *hotărârea judecătorească străină care nu este susceptibilă de executare silită se recunoaște fără procedură ulterioară.* În general, nu sunt susceptibile de executare silită acțiunile în constatare, pentru că în cadrul acestora reclamantul solicită ca instanța să constate existența unui drept subiectiv față de pârât sau, după caz, inexistența unui drept subiectiv al pârâtului împotriva reclamantului, unele acțiuni în constituire, adică acele prin care reclamantul solicită modificarea sau desființarea raportului juridic existent cu pârât. Ca de exemplu, nu pot fi puse în executare hotărârile judecătorești date în cauzele privind desfacerea căsătoriei, decăderea din drepturile părintești, nulitatea căsătoriei etc.

Prin urmare, în ipoteza în care cauza civilă cu aceleași părți, temeieri și obiect a fost examinată și soluționată printr-o hotărâre judecătorească străină care este susceptibilă de executare, la sesizarea ulterioară a instanței din Republica Moldova, pârâtul nu dispune de posibilitatea de a solicita recunoașterea hotărârii străine și de a invoca excepția autorității de lucru judecat. Dimpotrivă, dacă hotărârea prin caracterul ei nu este susceptibilă de executare silită, atunci legea îi acordă pârâtului această posibilitate.

O situație distinctă avem în privința recunoașterii hotărârii arbitrale străine, din prevederile art. 475³ alin. (1) din C.pr.civ. al Republicii Moldova se deduce faptul că hotărârea arbitrală străină poate fi recunoscută fără posibilitatea executării ulterioare a acesteia. În plus art. 475 alin. (3) lit. b) din C.pr.civ. al Republicii Moldova arată că partea interesată poate solicita *doar recunoașterea hotărârii arbitrale străine pentru a invoca autoritatea de lucru judecat, fără a avea dreptul de executare ulterioară a hotărârii recunoscute*. Plenul Curții Supreme de Justiție al Republicii Moldova în pct. 22 din Hotărârea Privind practica aplicării de către instanțele judecătorești a legislației ce ține de recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și hotărârilor arbitrale străine nr. 9 din 09.12.2013¹⁷ a subliniat faptul că partea interesată poate sesiza instanța de judecată cu cerere referitor la recunoașterea și executarea silită a hotărârii arbitrale străine sau numai recunoașterea hotărârii arbitrale străine. Însă, în cazul hotărârii judecătorești străine partea interesată nu poate solicita numai recunoașterea acesteia, deoarece unul dintre cazuri de refuz în recunoaștere constă în aceea că hotărârea nu este executorie.

Iar pentru invocarea excepției autorității de lucru judecat, pe pârât nu îl interesează executorialitatea hotărârii, ci puterea acesteia de lucru judecat. Astfel, apare o dilemă, pe de o parte, hotărârile judecătorești străine pentru care nu se solicită executarea lor sau nu pot fi puse în executare în Republica Moldova nu pot fi recunoscute, iar, pe de altă parte, hotărârile arbitrale străine, indiferent dacă se solicită executarea lor, și hotărârile judecătorești care prin caracterul lor nu sunt susceptibile de executare silită pot fi recunoscute în Republica Moldova și vor avea autoritatea de lucru judecat. De aceea, propunem *de lege ferenda* ca partea interesată să aibă posibilitatea obținerii recunoașterii hotărârii judecătorești străine nu numai în scopul obținerii executării silite, ci și pentru a beneficia de autoritatea de lucru judecat.

Spre deosebire de legislația Republicii Moldova, C.pr.civ. al României¹⁸ nu condiționează recunoașterea hotărârii judecătorești străine de punerea acesteia în

¹⁷ Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție privind practica aplicării de către instanțele judecătorești a legislației ce ține de recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și hotărârilor arbitrale străine nr. 9 din 09.12.2013, [Online] la http://jurisprudenta.csj.md/search_hot_expl.php?id=282 accesat 28.08.2018.

¹⁸ Noul Cod de procedură civilă al României, republicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 247 din 10 aprilie 2015. [Online] la http://www.dreptonline.ro/legislatie/codul_de_procedura_civila_noul_cod_de_procedura_civila_legea_134_2010.php accesat 10.10.2018.

executare. Așadar, art. 1096 din C.pr.civ. al României dispune că hotărârile judecătorești *pot fi recunoscute în România, spre a beneficia de autoritatea lucrului judecat.*

Concluzii

Excepția autorității de lucru judecat este o excepție procesuală peremptorie, adică duce la încetarea procesului, și absolută, având în vedere faptul că autoritatea de lucru judecat contribuie la asigurarea principiului securității raporturilor juridice. Aceasta poate fi invocată oricând pe parcursul procesului, chiar și în cadrul căilor de atac de reformare. Dacă judecătorul admite excepția autorității de lucru judecat invocată, va dispune printr-o încheiere încetarea procesului. Partea care ridică această excepție, de regulă pârâtul, trebuie să probeze și puterea de lucru judecat a hotărârii. În acest caz, ca probă va servi copia hotărârii judecătorești rămase irevocabile, hotărârea arbitrală în original sau în copie legalizată, încheierea judecătorească privind recunoașterea hotărârii arbitrale străine, încheierea judecătorească privind confirmarea tranzacției.

În cadrul acestui studiu am stabilit că actualmente legislația Republicii Moldova nu permite în mod expres recunoașterea hotărârii judecătorești străine numai pentru a atribui acesteia autoritatea de lucru judecat. Recunoașterea hotărârii judecătorești străine este condiționată de solicitarea privind executarea acesteia în Republica Moldova. De aceea, considerăm necesar ca legiutorul se intervină pentru înlăturarea acestei lacune. *De lege ferenda*, propunem ca art. 469 alin. (1) lit. c) din C.pr.civ. al Republicii Moldova să aibă următorul conținut: *solicitarea încuviințării executării silite a hotărârii judecătorești străine, termenul de la care se cere executarea hotărârii; sau solicitarea recunoașterii hotărârii judecătorești străine pentru a invoca autoritatea de lucru judecat.*

Correction of Convicts and its Basic Means in the Legislation of the Republic of Belarus

Darya Ivinskaya¹

Abstract: Today, the issue of re-socialization of convicts in the framework of the implementation of criminal and criminal-executive policy is very relevant. A large number of persons, after serving the sentence, return to the criminal way of life, therefore there is a need for more effective use of the means of achieving the goals of criminal liability through applying the means of convicts correction. Only a comprehensive, interconnected and interdependent application of all means of correction of convicts, in relation to all types of convicts, can contribute to the achievement of the objectives. The analysis of the means of correction of convicts, its content that is reflected in the criminal-executive legislation, consideration of doctrinal approaches to improving their content and the content of whole system of the means of correction is aimed to identify new ways of developing legislation and its application.

Keywords: correction of convicts, means of correction of convicts, established procedure for the execution and serving of punishment and other measures of criminal liability, educational work, socially useful work, receiving education by convicts and social impact.

Introduction

The legislator at the present stage of development of criminal-executive rule-making establishes two objectives for the application of punishment and other measures of criminal liability: the correction of convicts and the prevention of the commission of crimes. That is why, in the context of the analysis of the norms of the criminal-executive legislation, the means of achieving the goals of criminal liability are identified with the means of correcting convicts.

The means of correction of convicts form a unified system of techniques and methods of influencing on convicts to achieve the goal of their correction,

¹ Senior lecturer, Law Faculty, Yanka Kupala State University of Grodno, Grodno, Republic of Belarus, e-mail: ivinskayadarya@gmail.com.

the goal which is understood as formation of convicts readiness to lead a law-abiding way of life. The content of methods of influence on convicts depends on the type of punishment or other measure of criminal liability that are imposed. The features of their use depend on the content of the repressive elements of a particular criminal-legal impact and the personal characteristics of the convicted person.

The correctional process involves a continuous impact on the personality of the convict, not only from outside, but also through the creation of internal incentives for correction. The use of means of correction involves an external impact on the convicted person from the subjects of correctional impact: employees of bodies and institutions executing measures of criminal-legal impact, representatives of state bodies, organizations regardless of ownership, mass media, public associations and religious organizations, representatives of science and culture and individual citizens.

Main part

Correctional impact with the use of means of correction provided by the Penal Code of the Republic of Belarus involves the use of methods of labor, educational, physical, intellectual impact on a convicted person, different in content and form, changing his/her personal characteristics in order to achieve a socially significant result – correction of the convicted.

The questions of the sufficiency of means applied to the convict, the expediency of including new measures in the system, their correlation, the possibility of achieving the goals of criminal liability through their application, as well as the subjects of the correctional process are important because only the effective use of written above means allows to solve the problem of crime prevention.

As it was noted earlier, the purpose of applying punishment and other measures of criminal liability is to correct convicts and prevent the commission of crimes, both by convicts and others people. This goal received its consolidation in article 7 of the Penal Code of the Republic of Belarus (next – Penal Code). This article also indicates the main means of achieving the goals of criminal liability in the process of its application. The main means of achieving the goals of criminal liability, serving as a means of correcting a convict, are the established procedure for the execution and serving of punishment and other measures of criminal

liability, educational work, socially useful work, receiving education by convicts and social impact. These means are listed in the legislation as basic, which indicates that the list of means of correction of convicts is in fact open. However, each of the means specified in the legislation has independent significance for achieving the goals of criminal liability, and only their complex application allows to take into account the individualization of the criminal legal impact and to achieve the correction of the convicted person.

The established procedure for the execution and serving of punishment and other measures of criminal liability in legislation and scientific literature is identified with the regime of serving the sentence. In the Soviet legal literature, the concept of “regime” was defined as a system of measures by which penitentiary institutions strive to achieve their goals. In the modern criminal-legal doctrine, the regime is referred to punishments related to the strict isolation of a convicted person from society², and to other types of punishments when the category “non-penitentiary regime” is used³. In accordance with article 73 PC, regime is defined as the procedure established by the legislation of the Republic of Belarus for the execution and serving of punishment, ensuring the protection and isolation of convicts, constant supervision of them, the performance of their duties, the exercise of their rights and legitimate interests, the safety of convicts and personnel, the separation of certain categories of convicts, different conditions of detention depending on the type of correctional institution appointed by the court, changing the conditions of serving the sentence depending on the behavior of convict.

Chapter 14 of the Penal Code is devoted to educational work with convicts. In accordance with part 1 of article 104 of the PC, educational work with persons sentenced to deprivation of liberty is a systematic activity of correctional officers, representatives of state and public organizations aimed at forming and

² A. Raskevich, Regime as a means of correction of convicts: penal problems / Bulletin of St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia – 2010 – №1 (45). – 87-93.

³ M. Manankova, Non-penitentiary regime in the light of international standards (historical aspect) / Problems of punishment and execution of the sentence in the criminal, criminal executive and criminal procedure legislation: Collection of materials of the scientific conference. – Kemerovo, 1992. – p. 65-66; M. Manankova, International legal standards for the application of criminal law measures not related to deprivation of liberty, and questions of their implementation: author. Ph.D. theses. – Tomsk, 1998. – p. 18-19; S. Barsuchenko, The mode of execution (serving) punishments and the problems of its legislative regulation / Law Enforcement Monitoring. – 2016. – №1 (18). – pp. 54-57.

strengthening convicted persons desire to be engaged in socially useful activities, conscientious attitude to work, compliance with the requirements of the legislation and the rules of conduct adopted in society, to increase their cultural level. Some types of punishment in themselves can be attributed to the varieties of the educational process. It is difficult to argue with the presence of an educational element in such types of sentences as corrective labor or community service. However, in the case of punishments not related to the strict isolation of the convict from society, the authorities or institutions that execute the punishment and other measures of criminal liability have the opportunity to have an educational impact on the convicted. For example, articles 23, 24, 31, 37 48¹, 51 of the Penal Code indicate that when convicts are serving sentences in the form of community service, deprivation of the right to hold certain positions or engage in certain activities, corrective labor, restriction of liberty, body or institution that executes punishment and other measures of criminal liability, conduct educational work with convicts and have the right to call the convict for interviews and attend educational activities.

In the execution of punishments related to the isolation of a convicted person from society, educational work is the systematic work of correctional officers, representatives of state and public organizations. Educational work is aimed to form and strength convicts' desire to engage in socially useful activities, conscientious attitude to work, compliance with the requirements of the legislation and the rules of behavior adopted in society, to increase their cultural level.

According to the PC, the subjects that have an educational impact on convicted persons include the guardianship board and social tutors (educators) of convicted to imprisonment. All educational work is carried out taking into account psychological and pedagogical recommendations and is closely connected with such mean as social impact. On a voluntary basis, psychological assistance can be provided to convicted persons serving a sentence in correctional institutions, with the aim of adapting to the conditions of detention, overcoming conflicts, normalizing the mental state and neutralizing negative personality attitudes.

Article 49 of the Constitution of the Republic of Belarus states that everyone has the right to education. This constitutional right can be implemented within the penitentiary institutions. Convicted persons may receive education

(general secondary, vocational education), as well as undergo vocational training in correctional institutions while serving their sentence. The attitude of convicts to education is taken into account when determining the degree of their correction.

The possibility of receiving education in a penitentiary institution is absent during serving sentences in the forms of life imprisonment and arrest. However, when serving a sentence of life imprisonment, the administration of the correctional institution for convicts creates conditions for self-education that do not contradict the order and conditions of serving the sentence. An arrest is a detention of a convicted person in strict isolation for a period from one to three months, therefore the possibility of organizing an educational process with this type of punishment is not advisable.

The right to education of convicted persons serving a sentence of restriction of liberty with a referral to an open type correctional facility and convicted persons serving a sentence in a correctional colony under the conditions of settlement is exercised by receiving a basic extramural education in the territory of the Republic of Belarus.

According to modern legislation, every person sentenced to deprivation of liberty is obliged to work in places and at work determined by the administration of correctional institutions. This measure is dictated by several reasons. Firstly, in this way in for some types of convicts, the loss of their social functions and skills is prevented, in relation to the others – the “habit of work” is instilled, which later must be realized by the person who was freed from places of deprivation (restriction) of freedom, what form social attitudes of personality. Secondly, those sentenced to deprivation of liberty have the right to wages in accordance with the legislation of the Republic of Belarus, therefore, the maintenance of convicts is partially paid at the expense of their salaries. Thirdly, for people who are in the places of deprivation (restriction) of freedom, there is an opportunity for self-realization, which has a positive effect on the development of positive qualities in a person. The conditions and remuneration of labor of convicts are established in accordance with the legislation of the Republic of Belarus. For each individual subject, its physical, medical and personal characteristics are taken into account when selecting the type of work. Convicted persons who have reached the established retirement age, juvenile convicted persons, as well as convicted persons who are invalids of the I and II group shall be involved in work according

to their wishes in accordance with the legislation of the Republic of Belarus on labor.

Of all the mentioned means of correction for convicted persons, social impact is less regulated by the norms of criminal-executive law. This also concerns the substantive definition of forms of realization of social impact as a means of correction for convicts, which are diverse and depend on the subjects of its implementation, and may also be due to the type of punishment and other means of correction imposed (to a greater extent by the regime of its execution and serving the sentence).

Social impact as a mean of correction of convicts in the legislation of the Republic of Belarus does not have its terminological consolidation. As a result, the legislator has not determined a clear list of persons who are the participants in this type of legal relationship arising in the process of exercising correctional impact on convicts. Articles 105 and 106 of the Penal Code enshrine such forms of public participation in the penitentiary process for persons who have reached the age of majority, such as the guardianship board and social tutors (educators). As we noted earlier, these subjects also have an educational effect on convicts.

According to the PC, guardianship board can be established to assist the correctional institution administration in organizing the correction process. Their activities may be aimed at providing on receiving general secondary, vocational education and vocational training by convicts, strengthening the material base of a correctional institution, social protection of convicted persons, labor and household equipment released from correctional institutions. The activities of the guardianship board can also be directed at solving the issues of social protection of correctional workers and improving their professional skills. Guardianship boards are established as public associations and are registered in the manner established by the legislation of the Republic of Belarus. Consequently, it can be concluded that the creation and activities of guardianship board are subject to the regulation of the Law of the Republic of Belarus of 04.10.1994 N 3254-XII (amended on 04.11.2013) "On public associations". However, it is worth noting that in the law itself it is no mention about the guardianship boards. The subject structure of the guardianship board can be representatives of state bodies, organizations regardless of their form of ownership, representatives of the media, public associations and religious organizations, scientists and cultural figures, and individual citizens. There are no additional regulatory legal acts regulating the

activities of guardianship board, and to date no board of trustees has yet been established.

The institute of social tutors (educators), in our opinion, is also underdeveloped. Social tutors participate in the correction of those sentenced to deprivation of liberty, assist in working and living arrangements released from correctional institutions. The activity on the household arrangement of the persons being released can hardly be considered the implementation of the correctional process within the penitentiary institution. A representative of state bodies, other organizations, public associations and religious organizations, as well as any other persons capable of exerting an educational effect on convicts can become a social tutor, which significantly complicates the definition of the circle of persons involved in the correction of convicts.

In our opinion, it is impossible to deprive of attention and such subjects of influence as psychologists. Article 107 of the Penal Code stipulates that convicts serving sentences in correctional institutions on a voluntary basis receive qualified psychological assistance in adapting to conditions of detention, overcoming conflicts, normalizing the mental state and neutralizing negative attitudes of the person.

Article 21 of the Penal Code defines two more subjects involved in the provision of social impact on convicts – these are public associations and supervising committee. The dual role of these actors is clearly enshrined in legislation. Public associations may exercise control over the activities of bodies and institutions that execute punishment and other criminal liability measures, and they also take part in the correction of convicts. Supervising committees have the same functions.

Supervising committees are composed of the chairman (deputy chairman of the executive committee (head of administration)), deputy chairman, secretary and 4-8 members of the commission from among the employees of local executive and administrative bodies, deputies of the respective Councils, representatives of trade unions and other organizations. The staff of internal affairs bodies, prosecutors, courts, as well as lawyers cannot be members of the supervising committees. The tasks of the supervising committees are to monitor the activities of the bodies executing punishment, medical and labor dispensaries, the procedure and conditions for serving convicted sentences, the application of preventive measures to them, the identification of violations and assistance in

eliminating them; rendering assistance to the bodies executing punishment in organizing the correctional process in relation to convicts and their rehabilitation, and to the local executive and administrative bodies in ensuring the re-socialization of persons released from places of detention or returned from medical-labor dispensaries. It must be noted that there is no mentioned their participation in the correction of convicts and the provision of corrective and educational impact on them among the tasks of the supervising committees. But in our opinion it seems that this function derives from the interpretation of legislation and their activities.

The question naturally arises: can public associations and supervising committees be called full-fledged subjects of public influence, or among their functions, control over the administration of the penitentiary institution prevails? In our opinion, we will attribute these subjects to the category of subjects that have an indirect social impact on convicts. This is due to the fact that these subjects can influence the improvement or worsening of the conditions of serving the sentence of convicts. For example, the transfer of convicts from the general to the strict regime, as well as from the strict to the general, is made in agreement with the supervising committees; by a reasoned decision of the head of the correctional colony, agreed with the supervising committees, convicted women who conscientiously related to work and who comply with the requirements of the regime may be allowed to live outside the correctional colony during the period of release from work for pregnancy and childbirth, as well as for the period until the child reaches three years of age; the transfer of life-sentenced prisoners from prison to a special-regime correctional colony for keeping in ordinary residential premises or from a special-regime correctional colony to a prison is carried out in coordination with the supervising committees.

Thus, we can single out a group of subjects of public control: public associations, including the guardianship board, supervising committees and commission on juvenile affairs (which deals with juvenile convicts). These subjects are subjects that have an indirect social impact on convicts, contributing to the achievement of the goals of criminal liability.

Summary

Summing up, I would like to note that the modern Belarusian legislation is extremely lacking of clear regulation of both the concept of social impact and the

definition of the range of subjects involved in these legal relationships. It is also worth improving the regulatory framework governing the activities of subjects of society that have a corrective effect on convicted persons.

In our opinion, the category of “social impact” requires separate consolidation in the criminal-executive legislation of the Republic of Belarus. This means of influence on convicts is no less important than the regime, educational work, socially useful work and the possibility of receiving education, although today the possibilities of social impact are not sufficiently used as a means of correcting the convict. The subsequent social adaptation of a person is directly related to social impact, since it is through social influence that the convict can maintain contact with society and reintegrate into the society. When a person is placed in a correctional institution, his/her social environment changes, the subject falls under the negative influence of other convicts. Therefore, one of the goals of the state criminal-executive policy should be to strengthen the existing and create new public associations, as well as to use other forms of public participation in the correction of convicts who are serving or served sentences that are associated with strict isolation from society, which will create the opportunity and conditions for ensuring communication of the convict with civil society.

**Tendențe recente în studiul și cercetarea
în domeniul drepturilor copilului**
**New Ways of Approaching Children’s
Rights Study and Research**

Snejana Sulima¹

Rezumat: Articolul aduce în discuție evoluțiile recente în domeniul studiului și cercetării asupra drepturilor copilului, evoluții care, prin valorificarea unor noi concepte, au drept scop dobândirea de competențe epistemologice, teoretice și metodologice necesare abordării interdisciplinare și reflecției critice în acest domeniu. În vederea valorificării principiului participării copiilor la luarea deciziilor care îi privesc, dar și la cele legate de societatea în care cresc și se dezvoltă putem observa un trend ascendent de includere a minorilor în cercetarea privind drepturile lor umane.

Cuvinte-cheie: Drepturile copilului, metodologie interdisciplinară, gândire critică, cercetare participativă, etica cercetării.

Abstract: The article discusses the recent evolutions in the realm of study and research on children’s rights, evolutions that, by emphasizing new concepts, aim to develop epistemological, theoretical, and methodological competences necessary for the interdisciplinary and critical approach in this field. In order to enhance the principle of children’s participation to decisions affecting them, but also those related to the society where they grow and develop, we can observe a rising trend to include youngsters in the research on their human rights.

Keywords: Children’s rights, interdisciplinary methodology, critical thinking, participation, research ethic.

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: snejanasulima@yahoo.com.

Introducere

Competențele cheie necesare cercetării în domeniul drepturilor copilului se referă mai întâi de toate la cunoașterea și înțelegerea acestor drepturi ca obiect de studiu complex. Definierea conceptelor de pluri-, inter- și transdisciplinaritate, cunoașterea mizelor epistemologice și metodologice proprii acestor concepte, precum și a mijloacelor lor de aplicare este esențială în vederea abordării holistice a drepturilor copilului. Această concepție este promovată inclusiv și de Convenția cu privire la Drepturile Copilului² (în continuare CDC). Dezvoltarea capacității de a aborda prin intermediul gândirii critice chestiunile privind drepturile copilului poate da relevanță cercetării prin suscitarea constantă a unor interogații și crearea unui spațiu fertil pentru schimbul de idei. Înțelegerea mizelor atașate participării copiilor în cercetare poate duce la mobilizarea unor mijloace de analiză complexă, interdisciplinară în practică. În același timp, preocuparea legată de cercetarea participativă va include întotdeauna luarea în considerare a unor principii etice bine stabilite de comunitatea științifică care să asigure respectarea demnității copiilor participanți cu drepturi depline precum și a celor care constituie subiect al cercetării științifice.

În cele ce urmează vom aduce în discuție reconceptualizarea recentă a metodelor de studiu și cercetare în domeniul drepturilor copilului prin încercarea de a explica conceptele amintite mai sus, aplicarea cărora revelează mai multă eficiență dintr-o perspectivă multiplă: de analiză științifică, de promovare, dar și de transpunere a acestor drepturi în practică în medii și regiuni diferite.

1. Cunoașterea și înțelegerea drepturilor copilului

În sensul CDC drepturile copilului sunt drepturi fundamentale inerente demnității umane a fiecărei persoane. Aceste drepturi sunt indivizibile și interdependente, fiind esențiale pentru dezvoltarea armonioasă a copilului. CDC, instrumentul cheie de protecție a drepturilor copilului, împreună cu protocoalele sale adiționale codifică drepturile umane ale minorilor într-un instrument

² Convenția cu privire la Drepturile Copilului a fost adoptată de către Adunarea Generală a Națiunilor Unite la data de 20 noiembrie 1989, în România republicată în Monitorul Oficial nr. 314 din 13 iunie 2001.

constrângător din punct de vedere juridic pentru toate statele semnatare³. Convenția oferă un catalog de standarde minime de drepturi pentru punerea în aplicare a cărora sunt ținute responsabile statele părți, fiind ghidate de patru principii generale: nediscriminarea (art. 2), interesul superior al copilului (art. 3), dreptul la viață, supraviețuire și dezvoltare (art. 6) și participarea copilului (art. 12). Prin urmare, CDC garantează protecția, asistarea și participarea copiilor la luarea deciziilor relative la viața lor precum și la cele privind comunitatea din care fac parte. Această Convenție reunește într-un singur catalog de drepturi umane drepturi civile, politice, economice, sociale și culturale. Abordarea „holistică” a CDC accentuează importanța acordată promovării unei perspective multidisciplinare și intersectoriale în definirea politicilor, dezvoltarea programelor și punerea în aplicare a acțiunilor în favoarea copiilor. Scopul promovat de acest instrument juridic este concentrarea totală asupra copilului și realizarea efectivă a drepturilor sale⁴.

Studiul realității drepturilor copilului implică observarea interacțiunilor unor sectoare complementare, fiecare cu instituțiile sale competente în domeniu, pentru a cunoaște îmbinarea într-o perspectivă de ansamblu a acestor drepturi indivizibile și interdependente. Din rațiuni pedagogice, mulți dintre autorii⁵ care tratează problematica drepturilor copilului garantate de CDC le încadrează în trei dimensiuni „P”: prestare, protecție și participare. Astfel, copiii au dreptul de a obține prestarea unor servicii și elemente precum dreptul la nume sau

³ În prezent CDC a fost ratificată de cvasitotalitatea statelor lumii cu excepția Statelor Unite ale Americii. România a semnat Convenția la data de 26 ianuarie 1990 și a ratificat-o la 28 septembrie 1990.

⁴ G. Meunier, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des États parties*, L'Harmattan, 2002, p. 40.

⁵ P. Alderson, *Young Children's Rights. Exploring Beliefs, Principles and Practice*. Second Edition, Jessica Kingsley Publishers, 2008; F. Ang, E. Berghmans, L. Catrijsse, I. Delens-Ravier, M. Delplace, V. Staelens, T. Vandewiele, C. Vandresse, M. Verheyde, *Participation Rights of Children*, Intersentia, Antwerpen/ Oxford, 2007; N. Cantwell, *Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant*, in Défense des Enfants International, *Normes internationales relatives aux droits de l'enfant*, t.I, 1995; M. Eriksson, L. Bruno, E. Näsman, *Children's Rights to Participation, Protection and Provision*. In: *Domestic Violence, Family Law and School*. Palgrave Macmillan, 2013; E. Verhellen, *The Convention on the Rights of the Child: Reflections from a historical, social policy and educational perspective*, in W. Vandenhole, E. Desmet, D. Reynaert, S. Lembrechts (ed.) *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, Routledge, 2015. N. Vučković Šahović, J. E. Doek, J. Zermatten, *The Rights of the Child in International Law. Rights of the Child in a Nutshell and in Context: all about Children's Rights*, Stämpfli Publishers, 2012.

naționalitate, la îngrijiri de sănătate sau la educație. Ei au dreptul de a fi protejați de acte precum tortura, tratamentele inumane sau degradante, de exploatare, de detenție arbitrară sau de retragerea nejustificată de sub tutela părinților. Totodată, copiii au dreptul de a participa la deciziile care privesc viața lor sau pe cea a comunității din care fac parte. Prin urmare, aderarea la CDC angajează statele la respectarea principiilor și dispozițiilor precum și punerea în aplicare acestora pentru toți copiii, fără discriminare. Ratificarea devine sursa a trei obligații principale: o obligație de rezultat, o obligație de conduită și o obligație de evaluare transparentă a progresului realizat cu privire la aceste drepturi, evaluare transmisă prin intermediul unor rapoarte periodice către Comitetul ONU pentru Drepturile Copilului⁶.

Pe lângă CDC, statele dispun și de alte instrumente internaționale, regionale sau naționale pentru a promova, proteja și a pune în aplicare în mod cât mai eficient aceste drepturi. Cadrul juridic european implică mai multe surse de drept primar (tratate, convenții, legislație derivată și jurisprudență) elaborate în cadrul Consiliului Europei sau al Uniunii Europene, precum și surse regionale care influențează evoluția acestor drepturi (documente strategice, linii directoare) sau alte instrumente non-constrângătoare din punct de vedere juridic (recomandări, avize etc.). Prin intermediul acestui ansamblu de acte copilul devine în același timp subiect al protecției și deținător de drepturi. Ele este beneficiarul tuturor drepturilor fundamentale, dar și subiect al unor reglementări speciale, ținând cont de caracteristicile sale specifice. Unul dintre cele mai eficiente mijloace de control al punerii în aplicare a acestor drepturi în statele europene, atunci când autoritățile naționale eșuează în acest sens, a devenit Curtea Europeană a Drepturilor Omului care dispune de o jurisprudență bogată în domeniu, fondată pe analiza faptelor prin prisma Convenției Europene a Drepturilor Omului.

După adoptarea CDC, mai ales în ultimele decenii, mulți dintre cercetătorii⁷ care studiază punerea în aplicare a drepturilor copilului au observat că realitatea

⁶ Comitetul ONU pentru Drepturile Copilului este un organ specializat care are competența de a analiza evoluția modului în care drepturile copilului și protecția copilului sunt respectate de către statele părți la CDC, la intervale de 5 ani, pe baza unui raport redactat de fiecare stat privind stadiul implementării Convenției.

⁷ A se vedea în acest sens K. Hanson, O. Nieuwenhuys (ed.), *Reconceptualizing Children's Rights in International Development: Living Rights, Social Justice, Translations*, Oxford University Press, 2013; V. Morrow, K. Pells, *Integrating children's human rights and child*

acestor drepturi este mult mai bogată decât ceea ce prevăd instrumentele juridice. Diferențele sociale și culturale coexistente la nivelul societăților pot induce interpretări diferite a însuși conceptului de „copil”. În „Nordul global”⁸, de exemplu, fazele diferite ale dezvoltării persoanei, legate de „perioade sensibile” din viața ei, stau la baza perspectivei dominante asupra „copilăriei”. În această perspectivă copiii sunt considerați „subiecți” care au nevoie de protecție, nevoie indusă de vulnerabilitatea acestora, „aduți în așteptare” care încă nu s-au dezvoltat complet⁹. În consecință, în ceea ce privește drepturile copilului, accentul este pus pe dreptul la protecție. O imagine diferită, larg răspândită în alte societăți ale lumii, preluată de curând în statele occidentale, este cea de „copii autonomi”¹⁰. În această perspectivă copii sunt considerați agenți activi, ființe umane autonome și independente. Cheia acestei paradigme este recunoașterea copiilor ca fiind persoane complete. Adepții acestei perspective caută punerea ideilor lor în practică prin promovarea participării copiilor. Pornind de la această abordare drepturile copilului sunt luate în considerare ca niște revendicări fundamentale pentru transpunerea în realitate a justiției sociale și a demnității copiilor¹¹. Totodată, ei promovează principiul integrării obligației pentru autorități de a ține cont de drepturile copilului în soluționarea problemelor, adoptarea strategiilor și dezvoltarea politicilor la nivelul societății.

poverty debates: examples from young living in Ethiopia and India, in *Sociology*, nr. 46(5)/2012, pp. 906-920; D. Reynaert, M. Bouverne-De Bie, S. Vandeveld, *A review of children's rights literature since the adoption of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, in *Childhood* nr. 16(4)/ 2009, pp. 518-534.

⁸ Diviziunea între „Nordul global” și „Sudul global” are la bază mai ales dezvoltarea economică a țărilor lumii dincolo de poziția geografică a acestora. Astfel, „Nordul global” reprezintă societățile dezvoltate economic din Europa, America de Nord, dar și Australia, Israel sau Africa de Sud. „Sudul global” este reprezentat de state mai puțin dezvoltate din Africa, India, Brazilia, Mexic printre altele. Pentru mai multe detalii a se vedea de exemplu J.-Ph. Therien, *Beyond the North-South divide: The two tales of world poverty*, in *Third World Quarterly* nr. 20 (4)/1999, pp. 723-742. doi:10.1080/01436599913523; N. Dados, R. Connell, *The Global South*, in *Contexts* nr. 11 (1)/2012, pp. 12-13. doi:10.1177/1536504212436479; R.X. Reuveny, W.R. Thompson, *The North-South Divide and International Studies: A Symposium*, in *International Studies Review* nr. 9 (4)/2007, pp. 556-564. doi:10.1111/j.1468-2486.2007.00722.x.

⁹ D. Reynaert, M. Bouverne-De Bie, S. Vandeveld, *op. cit.* pp. 518-534.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ D. Reynaert, E. Desmet, S. Lembrechts, W. Vandenhole, *A critical approach to children's rights*, in W. Vandenhole, E. Desmet, D. Reynaert, S. Lembrechts (ed.) *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, Routledge, 2015, p. 7.

2. Abordarea drepturilor copilului din perspectivă juridică

Studiile și cercetarea în domeniul drepturilor copilului au relevanță majoră pentru o gamă largă de discipline precum educația, protecția socială, dreptul internațional, psihologia și altele. Din perspectivă juridică, „drepturile copilului” reprezintă o categorie largă care cuprinde toate instrumentele juridice, internaționale și naționale, relative la copii și la reglementarea copilăriei. „Dreptul drepturilor copilului” este o categorie juridică mai restrânsă care se referă la drepturile fundamentale ale copiilor, recunoscute prin constituțiile naționale sau prin tratate internaționale. Acest domeniu se preocupă în principal de decalajul dintre aderarea la instrumente internaționale și punerea în aplicare a prevederilor acestora la nivel național. Juriștii au tendința de a analiza cu prioritate problemele legate de respectarea standardelor juridice internaționale în domeniu, promovate de instanțele și organismele internaționale specializate. Existența unor standarde clare pentru multe dintre chestiunile legate de drepturile copilului nu garantează însă întotdeauna o soluționare satisfăcătoare a problemelor în chestiune. Pentru jurisdicții este importantă analizarea punerii în aplicare a standardelor pe când pentru cercetare o relevanță majoră are definirea juridică precum și redefinirea sensului drepturilor copilului¹². Aceste preocupări au dat naștere recent unei școli emergente de cercetători care abordează subiectul drepturilor copilului de manieră interdisciplinară și critică.

Metodologia analizei juridice în domeniul drepturilor copilului înglobează câteva dimensiuni esențiale: analiza cadrului juridic relevant, obligațiile și principiile generale asumate de state prin semnarea și ratificarea instrumentelor internaționale, problemele persistente legate de punerea în aplicare a standardelor internaționale la nivel național, analiza jurisprudenței relevante în materie și impactul acesteia asupra reacției autorităților responsabile. Printre problemele persistente în domeniul drepturilor copilului se pot semnală chestiunile legate de justiția juvenilă, drepturile copiilor în cadrul relațiilor familiale, protecția juridică a unor categorii vulnerabile de minori (e. g. migranți, copii ai străzii, copii cu handicap) și altele.

În mod preponderent, procesul adopției normelor juridice și crearea standardelor legale aplicabile drepturilor copilului se înscriu într-o tendință de

¹² W. Vandenhole, *Children's rights from a legal perspective. Children's rights law*, in W. Vandenhole, E. Desmet, D. Reynaert, S. Lembrechts (ed.) *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, Routledge, 2015, pp. 27-28.

abordare descendentă, „de sus în jos”, concepută, controlată și condusă de adulți. Aceste tendințe cunosc o reconsiderare recentă care înregistrează căutarea unor influențe „de jos în sus”. Justificarea acestor tendințe noi se bazează pe interpretarea drepturilor copilului ca reprezentând practici sociale ce își au sursa în realitățile cotidiene, ceea ce, în consecință, atrage o necesitate de contextualizare și de localizare a sensului lor¹³ și a modalităților de înscriere a acestor realități în lege. Această abordare nouă are nevoie de o nouă metodologie și mai ales de o cooperare strânsă a juriștilor cu sociologi, antropologi, psihologi, specialiști în domeniul educației și alți profesioniști care se preocupă de problemele copiilor și a drepturilor acestora. O altă provocare pentru juriști este dezvoltarea unei înțelegeri aprofundate a rolului legii pornind de la impactul acesteia asupra transformărilor sociale¹⁴. Totodată, una dintre sarcinile cercetătorilor este de a înțelege efectele sociale ale implementării drepturilor copilului¹⁵.

3. Plasarea drepturilor copilului la intersecția dintre discipline

Relația dintre realitate și cercetarea academică este caracterizată adesea de ambivalență. Realitatea vieții oamenilor, inclusiv a copiilor, nu poate fi compartimentată pentru a corespunde disciplinelor academice și structurilor universitare¹⁶. Abordarea holistică a drepturilor copilului, promovată inclusiv de CDC, implică combinarea unor perspective disciplinare diferite pe lângă specializarea disciplinară aprofundată, care are scopul de a ameliora înțelegerea unor aspecte particulare legate de aceste drepturi. Această dualitate, pe de o parte, necesitatea de a combina discipline diferite pentru înțelegerea holistică și, pe de altă parte, cunoașterea specializată aprofundată, a deschis dezbateri în lumea academică cu privire la modalități posibile de asociere a disciplinelor în vederea unor schimburi eficiente între acestea. Aceste dezbateri aduc în atenție trei concepte care pot provoca astfel de schimburi: pluri-, inter- și transdis-

¹³ M. Liebel, K. Hanson, I. Saadi, W. Vandenhoe, *Children's Rights from Bellow: Cross-cultural Perspectives*, Palgrave Macmillan, 2012, p. 2.

¹⁴ W. Vandenhoe, *op. cit.*, p. 39.

¹⁵ K. Hanson, *Does practice also work in theory?* In A. Alen, H. Bosly, M. De Bie, J. Vandele Lanotte, F. Ang, I. Delens-Ravier, M. Delplace, C. Herman, D. Reynaert, V. Staelens, R. Steel, M. Verheyde (ed.), *The UN Children's Rights Convention: theory meets practice*, Intersentia, 2007, p. 642.

¹⁶ G. D. Brewer, *The challenges of interdisciplinarity*, in *Policy Sciences* nr. 32(4)/1999, p. 327.

ciplinaritatea. Interpretarea acestor concepte implică grade diferite de angajare între discipline pentru a consolida relevanța cercetării.

Pluridisciplinaritatea sau multidisciplinaritatea implică o juxtapunere a disciplinelor fără o interacțiune reală între acestea, de manieră aditivă¹⁷. Cercetarea interdisciplinară implică o combinație a cunoștințelor din mai multe discipline diferite cu scopul de a produce perspective noi pentru o problemă concretă¹⁸. Această abordare implică integrarea și organizarea unor forme tradiționale de cunoaștere, competențe și experiențe într-o manieră nouă și originală¹⁹ care implică o „interacțiune”²⁰.

Klein distinge patru tipuri fundamentale de interacțiune disciplinară: (1) împrumutul – atunci când instrumentele de analiză, metodele sau conceptele sunt utilizate de o altă disciplină; (2) interacțiunea între discipline cu scopul de a soluționa o problemă specifică, fără intenția de a atinge o unificare conceptuală a cunoștințelor; (3) armonizarea consolidată între obiectul cercetării și metode care duc la o zonă de suprapunere între două discipline; (4) dezvoltarea unei noi interdiscipline²¹.

Abordarea transdisciplinară merge dincolo de aceste limite, disciplinele implicate devenind mai puțin importante. Acestea sunt integrate dincolo de un punct de demarcare producând o abordare holistică²².

În ceea ce privește domeniul drepturilor copilului, interdisciplinaritatea se bazează pe mai multe discipline printre care știința juridică ocupă un loc central, susținută de psihologie și sociologie care ameliorează examinarea sensului

¹⁷ J. Thomson Klein, *Interdisciplinarity: History, Theory, and Practice*, Wayne State University Press, 1990; B.C. Choi, A.W. Pak, *Multidisciplinarity, interdisciplinarity and transdisciplinarity in health research, services, education and policy: 1. Definitions, objectives, and evidence of effectiveness*, in *Clin. Invest Med.* nr. 29(6)/2006, pp. 351-364; D.W. Vick, *Interdisciplinarity and the Discipline of Law*, in *Journal of Law and Society* nr. 31(2)/2004, <https://doi.org/10.1111/j.1467-6478.2004.00286.x>; P. Perrig-Chiello, F. Darbellay (ed.), *Qu'est-ce que l'interdisciplinarité? Les nouveaux défis de l'enseignement*, Editions Réalités sociales, 2002; Th. Paulsen, F. Darbellay, *Le défi de l'inter- et transdisciplinarité. Concepts, méthodes et pratiques innovantes dans l'enseignement et la recherche*, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2008.

¹⁸ G.D. Brewer, *The Challenges of Interdisciplinarity*, in *Policy Sciences*, nr. 32/1999, pp. 327-337. <http://dx.doi.org/10.1023/a:1004706019826>.

¹⁹ R. Banakar, M. Travers, *Law, Sociology and Method*, in R. Banakar, M. Travers (ed.), *Theory and Method in Socio-Legal Research*, Hart Publishing Ltd, 2005, pp. 1-26.

²⁰ D.W. Vick, *op. cit.*

²¹ J. Thomson Klein, *op. cit.*

²² D.W. Vick, *op. cit.*

drepturilor copilului la nivel individual și la nivel social. Pe lângă acestea, știința educației, istoria, antropologia, științele politice și biologia contribuie la lărgirea înțelegerii practicilor legate de drepturile copilului, conceptelor proprii drepturilor copilului precum și a copiilor titulari de drepturi umane²³.

În domeniul drepturilor copilului disciplinaritatea implică organizarea cunoștințelor în celule separate unde fiecare cercetător sau practician observă copilul prin prisma unei discipline singulare, copilul este perceput ca o ființă istorică, sociologică, biologică etc. Pluri-/ multidisciplinaritatea în acest domeniu ia în considerare o perspectivă plurală, prin juxtapunerea mai multor discipline, fiecare dintre ele reflectând o perspectivă științifică, cu valorile și calitățile sale. În acest caz fiecare disciplină are rolul de a contribui la avansarea cunoștințelor despre copil, totuși întregul rămâne separat în mai multe părți, fără a fi integrate într-o structură complexă²⁴.

Utilizând o metaforă culinară Moti Nissani²⁵ explică interacțiunile între discipline în diferite abordări metodologice pe baza gradului diferit de interacțiune între fructe pentru a obține eventuale arome noi. Astfel, procesul interdisciplinar constă în repartizarea „fructelor disciplinare” prin asamblarea acestora într-o salată de fructe. Prin reorganizarea fructelor acestea formează împreună o „salată” producând o „aromă” diferită de cea a fructelor luate individual. Drept urmare a interacțiunii se produce un dialog, o integrare, o sinteză între discipline pentru o înțelegere globală a drepturilor copilului. Amestecul poate varia în dependență de numărul disciplinelor și de distanța dintre acestea²⁶. Atunci când fructele disciplinare sunt transformate printr-un amestec transdisciplinar în care toate fructele interacționează unele cu altele într-un sistem global mai dinamic și interconectat ar putea să se producă un nou „gust” cu o „aromă” unică a unui *smoothie*, dincolo de aroma fiecărui fruct component. Chiar dacă putem încă distinge gustul fiecărui fruct, fiecare dintre acestea contribuie la producere unui

²³ Z. Moody, F. Darbellay, *Studying childhood, children, and their rights: The challenge of interdisciplinarity*, in *Childhood* 2018, ps://doi.org/10.1177/0907568218798016.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ M. Nissani, *Fruits, Salads, and Smoothies: A Working Definition of Interdisciplinarity*, in *Journal of Educational Thought* nr. 29/1995, pp. 119-126, [Online] la: https://www.jstor.org/stable/23767672?seq=1#page_scan_tab_contents, accesat 22.04.2019.

²⁶ F. Darbellay, *Fruits, salads, and smoothies: working together for understanding children's rights*, in *MOOC – Children's Human Rights – An Interdisciplinary Introduction*, University of Geneva, [Online] la: <https://www.unige.ch/cide/en/enseignement/mooc-interdisciplinary-introduction-childrens-human-rights/>, accesat 18.04.2019.

gust transversal mai mult sau mai puțin complex²⁷. Prin urmare, pornind de la această reprezentare, putem observa că, din punct de vedere conceptual, transdisciplinaritatea constituie un proces de reflecție care reconfigurează mai multe discipline într-o perspectivă globală integrată. Raportându-ne la drepturile copilului, din perspectiva metodologiei de cercetare, transdisciplinaritatea reunește o comunitate științifică specializată, dar și actori economici, sociali, politici, adulți și copii în căutarea unor soluții pertinente pentru problematica legată de valorificarea acestor drepturi.

4. Piste de reflecție recente în cercetarea privind drepturile copilului

Rolul cercetării este de a incita și de a stimula întrebări, discuții și dezbateri asupra chestiunilor preocupante. În timp ce din punct de vedere juridic consensul privind validitatea normelor internaționale relative la drepturile copilului în orice circumstanțe reprezintă un mijloc eficient de căutare a soluțiilor la încălcarea acestor drepturi, pentru avansarea cercetării în acest domeniu consensul general poate constitui o barieră. Pentru a îmbogăți perspectivele asupra acestor drepturi cercetătorii au la îndemână instrumente precum abordarea critică și/sau abordarea contextualizată. Importanța și valoarea juridică a CDC nu poate împiedica o perspectivă critică asupra acesteia. Fără îndoială, acest instrument este rezultatul unui consens între statele lumii care au participat la elaborarea textului ei, cu toate acestea, ea este produsul unui anumit context istoric internațional²⁸, iar principiul interpretării evolutive a normelor internaționale deschide calea cercetătorilor spre punerea în discuție a acestor norme și reinterpretarea lor. Astfel, contestarea validității universale a acestor drepturi, în toate circumstanțele, creează un spațiu fertil pentru noi dezbateri și discuții.

De cele mai multe ori CDC este utilizată ca definiție supremă în domeniul drepturilor copilului, adesea ea constituie singurul cadru de referință în cercetare inspirând chiar obiectul cercetării. Totodată, Convenția a devenit instrumentul de analiză și grilă de lectură a datelor acumulate. În consecință, CDC a ajuns aproape să înlocuiască teoria în cercetarea privind drepturile copilului. Interesul analitic este adesea împiedicat de această poziție hegemonică a Convenției, inducând un

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ În acest sens se vedea D. Johnson, *Cultural and Regional Pluralism in the Drafting of the UN Convention on the Rights of the Child*, in M. Freeman, Ph. Veerman (ed.), *The Ideologies of Children's Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992; E. Verhellen, *op. cit.* 2015;

nivel slab de teoretizare și o distincție deficitară între aspectele partizane de promovare a drepturilor copilului și spiritul analitic în cercetarea privind aceste drepturi²⁹.

Teoretizarea poate fi stimulată de abordarea drepturilor copilului prin prisma altor discipline pe lângă cea juridică, cum ar fi filosofia sau științele politice. Pentru înțelegerea complexității cu privire la implementarea și aplicarea drepturilor copilului în diferite societăți trebuie luate în considerare teoriile sociale dezvoltate în domeniul sociologiei, antropologiei, studiilor de gen etc. Spre exemplu pentru a analiza dreptul copiilor la educație teoretizarea în domeniul educației este esențială, iar atunci când analizăm drepturile în relație cu genul, teoriile din acest domeniu sunt necesare pentru a ameliora și a da mai multă relevanță abordării.

Reflecția critică³⁰ privind drepturile copilului are rolul de a transforma ipotezele implicite din practică în ipoteze explicite explicate teoretic. Prin utilizarea acestei metode ipotezele privind drepturile copilului nu sunt percepute ca niște „adevăruri” în sensul de cunoștințe obiective care trebuie înțelese univoc. Dimpotrivă, înțelegerea acestor drepturi devine un proces interactiv între toți actorii implicați (copii, părinți, adulți, societate civilă, stat etc.). Prin intermediul acestei operațiuni dialectice cercetătorul va încerca să înțeleagă și să interpreteze viziunile asupra copilăriei utilizând drepturile copilului ca o grilă de lectură, în calitate de „concept de sensibilizare”, de cadru de referință care apelează la principiul fundamental al protecției demnității umane³¹. Utilizarea gândirii critice în cercetarea privind drepturile umane ale copilului este justificată și de caracterul său transformativ, fiind cea care poate genera un spațiu important pentru idei alternative asupra acestor drepturi, înlăturând înțelegerea lor esențialistă, ca structuri determinate, neschimbabile și uniforme³².

O alt element adus în discuție tot mai des în ultimii ani se referă la contextualizarea abordării drepturilor copilului. Potrivit criticilor³³, discursul

²⁹ D. Reynaert et al., *op. cit.*, 2005 pp. 1-2.

³⁰ În acest text „reflecția critică” trebuie înțeleasă ca element esențial al abordării critice în cercetare, având un sens diferit de termenul de „critică” utilizat pentru a emite o judecată de valoare pozitivă sau negativă.

³¹ D. Reynaert et al., *op. cit.*, 2005 p. 7.

³² *Ibidem*, pp. 9-11.

³³ D. Reynaert et al. *op. cit.*, 2009; N. Thelander, *We are all the same, but...: Kenyan and Swedish school children's view on children's rights*, Doctoral thesis, Karlstad University, Faculty of Arts and Education, Department of Education, 2009.

academic în acest domeniu a devenit mult prea decontextualizat sub influența concepției universale asupra validității drepturilor și a preocupărilor aproape exclusive de a implementa aceste drepturi fără a pune în discuție validitatea lor în contexte specifice. Preponderența acestor preocupări a dus la ignorarea condițiilor și contextelor specifice. Consecința abordării drepturilor copilului prin prisma gândirii abstracte poate duce la neglijarea diversității care caracterizează copiii în calitate de deținători de drepturi. Unii autori³⁴ atrag atenția asupra necesității de a deturna atenția cercetătorilor de la arena globală (CDC și organisme preocupate de aplicarea acesteia) spre instituțiile și politicile locale aplicate copiilor, acolo unde gândirea abstractă cu privire la drepturile copilului întâlnește copiii cu realitățile și contextele lor specifice. Pe lângă aceasta, unii experți³⁵ atrag atenția asupra necesității de a aborda cercetarea în acest domeniu împreună cu copiii, prin implicarea acestora în investigarea chestiunilor legate de viața lor cotidiană, cu scopul de a vedea cum drepturile umane pot influența experiențele trăite de către copii³⁶.

Copiii nu constituie un grup omogen de persoane, ei sunt caracterizați de o diversitate multiplă pornind de la contextele sociale, economice, politice, geografice în care cresc și se formează³⁷, ceea ce ar trebui să inducă interpretarea drepturilor copilului în mod diferit, „localizat”³⁸. Contextualizarea are și rolul de a răspunde criticilor legate de formularea și implementarea prea occidentalizată și

³⁴ E. Desmet, S. Lembrechts, D. Reynaert, W. Vandenhole, *Towards a field of critical children's rights studies*, in W. Vandenhole, E. Desmet, D. Reynaert, S. Lembrechts (ed.) *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, Routledge, 2015, pp. 416-421.

³⁵ Reynolds, P., Nieuwenhuys, O. & Hanson, K. (2006) *Refractions of children's rights in development practice: a view from anthropology*, in *Childhood* nr. 13(3)/2006, pp. 291-303; D. Tarulli, H. Skott-Myhre, *The Immanent Rights of the Multitude: An Ontological Framework for Conceptualizing the Issue of Child and Youth Rights*, in *The International Journal of Children's Rights* nr. 14(2)/2006, pp. 187-201.

³⁶ A. Quennerstedt, *Children's Rights Research Moving into the Future – Challenges on the Way Forward*, in Michael Freeman (ed.) *The Future of Children's Rights*, Brill Nijhoff, 2014, pp. 106-120.

³⁷ P. Reynolds, O. Nieuwenhuys, K. Hanson, K. Hanson, *Refractions of children's rights in development practice: a view from anthropology*, in *Childhood* nr. 13(3)/2006, pp. 291-303.

³⁸ K. De Feyter, K., *Localising human rights*, in W. Benedek, K. De Feyter & F. Marella (ed.), *Economic Globalisation and Human Rights* (pp. 67-92). Cambridge: University Press, 2007; K. De Feyter, S. Parmentier, C. Timmerman, G. Ulrich (ed.), *The Local Relevance of Human Rights*, Cambridge University Press, 2011; W. Vandenhole, *Localising the human rights of children*, in M. Liebel (ed.), *Children's Rights from Below: Cross-cultural Perspectives*, Palgrave Macmillan, 2012, pp. 80-93.

eurocentrică a acestor drepturi³⁹. Totuși, contextualizarea nu trebuie interpretată în sensul în care preferințele individuale ar putea eclipsa normele sociale sau duce la interpretarea prea simplistă a acestor drepturi⁴⁰. Riscul unei contextualizări culturale a drepturilor copilului se referă la posibile tendințe de a legitima anumite practici contrare drepturilor copilului. Pentru a depăși aceste riscuri contextualizarea trebuie interpretată în sensul atenției acordate unor contexte particulare, cu scopul de mobilizare adaptată a acestor drepturi la mediile în chestiune și pornind de la nevoi deosebite, legate de viața reală a copiilor.

5. Participarea copiilor în cercetare. Importanță, mize, etică

Îndemnul cercetătorilor de a atrage mai multă atenție la politicile și instituțiile locale, acolo unde gândirea abstractă privind drepturile copilului întâlnește copilul real, în contextul său specific⁴¹ stimulează abordarea cercetării participative, care să implice luarea în considerare a opiniilor, părerilor și experiențelor exprimate de aceștia. Totodată, după ratificarea CDC de către majoritatea covârșitoare a statelor lumii se observă o tendință ascendentă în tot mai multe țări de a da posibilitate copiilor să se facă auziți cu privire la chestiunile care îi preocupă. Interpretarea art. 12 din Convenție revelează o serie de principii: copiii au dreptul de a fi consultați cu privire la chestiunile care îi privesc, opiniile exprimate de copii trebuie luate în considerare, ei au dreptul de acces la informare, copii au de asemenea dreptul de a contesta deciziile luate în numele lor de către alte persoane. Miza respectării acestor drepturi constituie recunoașterea rolului copiilor de actori sociali având calitate de subiecți deținători de drepturi depline, în spiritul promovat de CDC.

Demararea unor proiecte de cercetare care să includă participarea minorilor presupune luarea în considerare a unor aspectelor etice privind relațiile între adulți și copii. În cercetare, etica se referă la aplicarea unui sistem de principii morale pentru a preveni cauzarea unor posibile prejudicii participanților și având scopul de a promova binele, respectarea celorlalți, justiția și imparția-

³⁹ O. Nieuwenhuys, *Global Childhood and the Politics of Contempt*, in *Alternatives* nr. 23/1998, pp. 261-289. .

⁴⁰ D. Reynaert et al., *op. cit.*, 2015, p. 7; E. Desmet et al. *op. cit.*, pp. 416-421.

⁴¹ P. Veerman, H. Levine, *Implementing children's rights on a local level: Narrowing the gap between Geneva and grassroots*, in *The International Journal of Children's Rights* nr. 8/2000, pp. 373-384.

litatea⁴². Cu ajutorul unor standarde bine stabilite etica cercetării are menirea să asigure justețea în cercetare și să prevină cauzarea unor posibile prejudicii. Principiile etice de bază sunt universale chiar dacă punerea lor în aplicare poate varia de la o țară la alta⁴³. De fiecare dată se va căuta echilibrarea unor interese particulare ale societății/ comunității/ familiei cu cele ale cercetării. În acest sens cercetătorii vor căuta întotdeauna să obțină consimțământul informat și liber din partea celor implicați. Obținerea acestui consimțământ se va adapta contextului local ținând cont de particularitățile naționale din țara unde se va desfășura cercetarea. Informarea participanților va cuprinde și aspecte cu privire la metodele⁴⁴ pe care preconizează să le aplice cercetătorul.

Conform ghidului privind cercetarea etică cu implicarea minorilor⁴⁵ consimțământul informat va fi obținut înainte de conducerea cercetărilor în teren (interviuri, focus-grupuri etc.) din partea părinților/ tutorilor și a copiilor care au capacitatea de a consimți. Echipa de cercetare va căuta întotdeauna să urmeze obiectivele cercetării care în prealabil vor fi explicate clar copiilor și adulților. Cercetătorii se vor asigura că participanții au înțeles pentru ce își dau acordul și că așteptările lor privind implicarea lor în studiul respectiv nu sunt prea mari sau irealiste⁴⁶. Persoanelor contactate li se va acorda timpul necesar pentru a reflecta înainte de a-și exprima acordul. Totodată se va lua în considerare faptul că diferite culturi pot avea perspective și abordări diferite în ceea ce privește un consimțământ informat. Spre exemplu, ținând cont de particularitățile unor țări, echipa de cercetare va trebui să abordeze mai întâi liderii comunității, apoi părinții și copiii individual. În alte țări negocierile se vor duce întâi cu părinții/ tutorii legali înainte de a invita copiii să participe în cercetare⁴⁷. Consimțământul informat va fi cerut și înregistrat din partea participanților la începutul fiecărei

⁴² J. Sieber, *The ethics and politics of sensitive research*, in C. Renzetti, R.M. Lee (ed.) *Researching Sensitive Topics*, Sage, 1993, p. 14.

⁴³ G. Ulrich, *Charges and Counter-Charges of Ethical Imperialism. Towards a Situated Approach to Development Ethics*, in P. Quarles, V. Ufford, A.K. Giri (ed.), *A Moral Critiques of Development : In Search of Global Responsibilities*, Routledge, 2003, pp. 153-168.

⁴⁴ Pentru metodologia cercetării participative cu implicarea minorilor a se vedea, printre altele, J. Boyden, J. Ennew (ed.), *Children in Focus – a Manual for Participatory Research with Children*, Radda Barnen, 1997;

⁴⁵ A. Graham, M. Powell, N. Taylor, D. Anderson, R Fitzgerald, *Ethical Research Involving Children*, UNICEF Office of Research – Innocenti, Florence, 2013.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ P. Alderson, V. Morrow, *Ethics, Social Research and Consulting with Children and Young People*, Barkingside: Barnardo's, 2004.

sesiuni de activități și încă o dată la sfârșitul sesiunilor cu privire la utilizarea datelor culese și eventual viitoarele participări ale acelorași persoane adulți și copii în activități de cercetare viitoare. Participanții trebuie să știe în mod clar că ei pot întrerupe și refuza participarea lor în orice moment pe durata procesului de cercetare. Cercetătorul nu va putea desfășura activitatea preconizată dacă are doar acordul părintelui/ tutorelui, iar minorul nu dorește să-și dea consimțământul favorabil în acest sens.

Cât privește evitarea cauzării unor posibile prejudicii prin desfășurarea activităților de cercetare, în prealabil, cercetătorii au obligația de a anticipa orice impact negativ potențial asupra vieții copiilor⁴⁸, asupra sentimentelor lor de identitate și apartenență⁴⁹. Această responsabilitate privește de asemenea consecințele ulterioare ale cercetării, referitor la interpretarea și analiza datelor rezultate din activitatea de cercetarea participativă. Mai mult decât atât, principiul beneficiului cercetării implică acțiuni favorabile bunăstării copiilor. Termenul de bunăstare implică mai mult decât bunăstarea cercetătorului și acte de caritate din partea acestuia și cuprinde rezultatele cercetării prin care se vor căuta rezultate pozitive în termeni de avantaje pentru cei implicați.

Pe lângă consimțământului informat cercetătorii care caută să implice minori în cercetare își vor asuma garantarea anonimatului și a confidențialității acestora. Anonimatul se referă la protecția unor identități specifice ale persoanelor implicate în procesul de cercetare pe când confidențialitatea se referă la promisiunea de a nu divulga detalii specifice privind viața persoanelor participante⁵⁰.

Pornind de la gradul de implicare a copiilor în cercetare, experții propun mai multe forme de participare a acestora⁵¹. Astfel, valorificarea opiniei minorilor se poate face prin consultarea lor în cadrul unor studii, situație în care adulții

⁴⁸ V. Morrow, M. Richards, *The Ethics of Social Research with Children: An Overview*, in *Children & Society* nr. 10/1996, pp. 90-105.

⁴⁹ A. Graham, *et. al.*, *op. cit.*

⁵⁰ S. Heather, R. Brooks, E. Cleaver, E. Ireland, *Researching Young People's Lives*, SAGE, 2009, p. 34.

⁵¹ În acest sens a se vedea, printre altele, J. Boyden, J. Ennew (ed.), *Children in Focus – a Manual for Participatory Research with Children*, Radda Barnen, 1997; M. Freeman, S. Mathison, *Researching Children's Experiences*, The Guilford Press, 2009; S. Heath, R. Brooks, E. Cleaver, E. Ireland, *Researching Young People's Lives*, SAGE, 2009; V. Lewis, M. Kellett, Ch. Robinson, S. Fraser, Sh. Ding (ed.), *The Reality of Research with Children and Young People*, SAGE, 2004; E.K. M. Tisdall, J.M. Davis, M. Gallagher, *Researching with Children & Young People. Research Design, Methods and Analysis*, SAGE, 2009.

recunosc importanța părerilor emise de copii. Prin această implicare tinerilor li se dă ocazia de a informa cu privire la propriile experiențe trăite, iar rezultatele unor astfel de cercetări ar putea reprezenta fundament pentru politici și reglementări ulterioare mai bine adaptate pentru minori.

O altă formă de implicare a tinerilor, cu un grad de participare mai mare, ar fi colaborarea acestora cu adulții în parteneriate comune. Scopul acestor colaborări este schimbul constant de opinii, păreri și experiențe între colaboratorii adulți și cei minori. Această formă de colaborare ar putea include angajarea tinerilor în campanii de sensibilizare privind drepturile unor categorii speciale de copii (fete, migranți, copii cu handicap, romi etc.) cu scopul de a ameliora unele situații defavorabile în termenii drepturilor copilului pentru aceștia.

O formă și mai avansată de implicare ar fi stimularea unor cercetări conduse chiar de către minori și cu participarea acestora. În acest caz adulții trebuie să se preocupe de crearea spațiului necesar tinerilor pentru ca aceștia să poată identifica ei înșiși chestiunile pe care le consideră importante a fi supuse dezbaterilor și care sunt subiectele preocupării lor. Aceste probleme pot fi apoi dezbătute în cadrul unor forme de organizare ale căror membri vor fi chiar tinerii (asociații, uniuni, organizații etc.). În acest caz rolul adulților este unul de susținere și favorizare a procesului condus de tineri.

Concluzii

Cercetarea privind drepturile copilului, un domeniu în sine interdisciplinar, cunoaște în ultimele decenii, mai ales după adoptarea CDC, o ascensiune constantă. Această tendință se dezvoltă prin abordări conceptuale și metodologice noi, care au menirea să aducă mai multă relevanță cercetării în acest domeniu. Concentrarea holistică asupra copilului atrage necesitatea unor abordări interdisciplinare, mai întâi în cercetare și apoi, pe baza cercetării, în definirea politicilor și programelor generale de acțiune, pentru toți copiii, sau speciale, pentru anumite categorii ale acestora în funcție de caracteristicile particulare ale unora dintre ei. Implicarea minorilor căutând punerea în aplicare a unor mijloace eficiente de participare și de valorificare a opiniei exprimate de ei consolidează poziția copiilor de subiecți deținători deplin de drepturi. Majoritatea cercetătorilor iau drept grilă de referință drepturile recunoscute și protejate prin instrumente juridice internaționale, universal acceptate de comunitatea statelor lumii. Totuși, consensul juridic asupra validității normelor privind drepturile

copilului nu trebuie să împiedice avansarea cercetărilor științifice, prin incitarea constantă la interogări, stimulând astfel reconsiderarea și reconceptualizarea acestor drepturi, pornind de la situații și medii variabile în care cresc și se dezvoltă copiii în diferite regiuni ale lumii.

Activitatea de cercetare în domeniul drepturilor omului este caracterizată de o dualitate care are la bază, pe de o parte, *promovarea* drepturilor umane (în cazul nostru ale copiilor) și, pe de altă parte, *analiza* acestor drepturi prin mijloace teoretice interdisciplinare și intersectoriale. Pentru cercetătorii juriști această dualitate dă naștere unui dublu interes: unul *normativist*, de influențare a normei juridice în acest domeniu și celălalt *analitic*, care să contribuie, eventual, la reconceptualizarea drepturilor copilului pentru adaptarea eficientă a normelor juridice, prin contextualizarea fondată pe condiții și contexte specifice (istorice, sociale, economice, geografice, etc.) caracteristice mediilor în care se dezvoltă copiii, grup non-omogen de ființe umane. Totodată, perspectiva juridică asupra drepturilor va induce în mod constant înlăturarea unor preferințe individuale care ar putea eclipsa normele sociale printr-o abordare simplistă și chiar contrară sensului drepturilor copilului.

Considerații privind răspunderea disciplinară a aleșilor locali

Considerations on Disciplinary Responsibility of Local Elected Representatives

Claudiu George Pupăzan¹

Rezumat: Răspunderea juridică a aleșilor locali este o instituție importantă a dreptului administrativ român. Aceasta este reglementată în România prin dispozițiile Legii nr. 393 din 2004 privind Statutul aleșilor locali. Pot fi identificate o serie de probleme ce afectează reglementarea răspunderii disciplinare a aleșilor locali, aspecte care vizează abaterile disciplinare, procedura tragerii la răspundere și sancțiunile disciplinare. Drept urmare, este necesară o regândire a instituției răspunderii disciplinare pentru a o adapta specificului funcției de ales local.

Cuvinte cheie: aleși locali, primar, răspundere disciplinară.

Abstract: The legal responsibility of local elected representatives is an important institution of Romanian administrative law. This is regulated in Romania by the provisions of the Law no. 393 of 2004 on the Status of local elected representatives. However, a number of issues are identified that affect the regulation of the disciplinary responsibility of local elected representatives, issues that relate to disciplinary misconduct, the indictment procedure and disciplinary sanctions. As a result, it is necessary to rethink the institution of disciplinary responsibility in order to adapt it to the specific of the local elected office.

Keywords: local elected, mayor, disciplinary responsibility.

1. Instituția răspunderii aleșilor locali este reglementată în Capitolul VII, articolele 55-73, din Legea nr. 393/2004 privind Statutul aleșilor locali². În

¹ Asist. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: george.pupazan@uaic.ro

² Publicată în M. Of. nr. 912 din 7 octombrie 2004.

doctrină³, aceasta este analizată drept o instituție importantă, chiar fundamentală a dreptului administrativ, acest lucru datorându-se pe de o parte gradului înalt de legitimitate de care se bucură ocupantul unei asemenea demnități, iar pe de altă parte impactului major pe care instituția o are asupra mecanismului decizional de la nivelul conducerii unităților administrativ-teritoriale. Prin urmare, aleșii locali, indiferent de statutul lor: primari, viceprimari, președinți și vicepreședinți de consilii județene, consilieri locali și consilieri județeni, vor răspunde în nume propriu, pentru întreaga activitate desfășurată în exercitarea mandatului cu care au fost investiți, iar în cazul consilierilor locali și județeni, deoarece aceștia participă la luarea deciziilor numai în cadrul organelor colegiale de conducere din care fac parte, se va putea angaja și răspunderea solidară pentru activitatea consiliului și pentru hotărârile pe care le votează. Este și motivul pentru care se impune obligativitatea consemnării rezultatului votului în procesul-verbal al ședinței consiliului, iar, la cererea expresă a consilierului, se va menționa și votul acestuia⁴.

Legea nr. 393/2004 stabilește prin art. 55 că aleșii locali răspund, în condițiile legii, administrativ, civil sau penal, după caz, pentru faptele săvârșite în exercitarea atribuțiilor ce le revin, fără a se face însă distincția după statutul lor, și anume în ce fel se angajează răspunderea dacă aleșii sunt organe executive sau sunt consilieri ce compun organe deliberative. Totodată, se poate observa că în privința răspunderii civile și penale, Statutul aleșilor locali face doar trimitere la legea civilă, respectiv la cea penală, oprindu-se, pentru dezvoltări, numai asupra răspunderii administrative, mai exact a răspunderii administrativ-disciplinare, pe care o tratează pe larg în cuprinsul articolului 57 și în următoarele. Astfel, este tratată disciplina de ședință, o răspundere care se întâlnește și la aleșii naționali: senatori și deputați, care își desfășoară activitatea în cadrul ședințelor de plen sau de comisii de specialitate din Senat, respectiv din Camera Deputaților⁵, apoi se insistă pe răspunderea administrativ-disciplinară a viceprimarului, președintelui

³ Pentru o analiză detaliată a răspunderii aleșilor locali a se vedea: Antonie Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, Vol. II, Ed. All Beck, București, pp. 361-370, Dan Constantin Măță, *Drept administrativ*, Vol. I, Ediția a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 232, 249, 272, 285, și Claudiu George Pupăzan, *Răspunderea penală a aleșilor*, Ed. Hamangiu, București, 2016, pp. 32-34.

⁴ A se vedea art.56 din Legea nr. 393 din 2004.

⁵ A se vedea art. 51-54 din Legea nr. 96/2006 privind Statutul deputaților și al senatorilor, publicată în M. Of. nr. 380 din 3 mai 2006.

și vicepreședintelui de consiliu județean, lăsându-se la urmă instituția primarului, cu care se și încheie reglementarea răspunderii aleșilor locali.

2. Reglementarea instituției răspunderii disciplinare ridică însă o serie de probleme. În primul rând, faptele care constituie abateri disciplinare sunt reglementate într-o manieră mult prea generală, art. 57 alin. (1) din Legea nr. 393/2004 stipulând că: încălcarea de către consilieri a prevederilor Legii administrației publice locale cu modificările și completările ulterioare, a prevederilor Statutului aleșilor locali și ale regulamentului de organizare și funcționare a consiliului constituie abateri disciplinare și vor fi sancționate. O asemenea modalitate de a reglementa abateri, fără a se face trimiteri clare și precise la dispozițiile susceptibile de a fi încălcate din cuprinsul acestor acte normative enumerate, poate aduce atingere drepturilor și intereselor legitime ale consilierilor. Imprecizia legiuitorului nu numai că lasă loc de interpretare, ceea ce poate fi folosit în defavoarea alesului local, dar face să crească și riscul săvârșirii unor abateri disciplinare datorat necunoașterii textului sau înțelegerii lui deficitare. Ne putem doar imagina situația unui consilier care acționează cu bună credință în exercitarea mandatului, dar dintr-o simplă neglijență își depășește atribuțiile și astfel se angajează față de acesta răspunderea disciplinară. Prin urmare, considerăm că abaterile disciplinare ar trebui formulate clar în textul normativ și enumerate expres și limitativ. Pe de altă parte, nu vedem nici rațiunea pentru care aplicarea sancțiunilor disciplinare ar trebui să se facă gradual. Legea nr. 393/2004 enumeră, în art. 57 alin. (1) lit. a, b, c și d, în ordine crescătoare, după severitatea lor, sancțiunile disciplinare care pot fi aplicate consilierilor și anume: avertismentul, chemarea la ordine, retragerea cuvântului și eliminarea din sala de ședință, iar prin art. 58, art. 59 alin. (1) și art. 61, modalitatea de aplicare a acestora: „La prima abatere, președintele de ședință atrage atenția consilierului în culpă și îl invită să respecte regulamentul”. „Consilierii care nesocotesc avertismentul și invitația președintelui și continuă să se abată de la regulament...vor fi chemați la ordine”. „În cazul în care după chemarea la ordine un consilier continuă să se abată de la regulament, președintele îi va retrage cuvântul, iar dacă persistă, îl va elimina din sală”. Există însă riscul ca un consilier, în timpul ședinței, să săvârșească pentru prima dată o abatere disciplinară, dar aceasta să fie de o gravitate atât de ridicată încât s-ar impune mai degrabă eliminarea lui din sala de ședințe, decât simpla lui avertizare. Considerăm că cel care deține prerogativa disciplinară ar trebui să aibă dreptul de a aprecia în mod liber criteriile de individualizare a sancțiunii

disciplinare și de a aplica-o pe cea care corespunde cel mai bine gradului de vinovăție al consilierului. Ultimele două sancțiuni disciplinare prevăzute de art. 57 alin. (1) lit. e și f și anume: excluderea temporară de la lucrările consiliului și ale comisiei de specialitate, respectiv retragerea indemnizației de ședință, pentru 1-2 ședințe, sunt considerate ca fiind cele mai severe măsuri disciplinare ce pot fi aplicate consilierilor. Sancțiunea excluderii temporare a consilierului de la lucrările consiliului și ale comisiilor de specialitate se aplică în cazul unor abateri disciplinare grave, săvârșite în mod repetat, sau al unor abateri deosebit de grave, de către consiliul local sau județean, după caz, cu votul a cel puțin două treimi din numărul consilierilor în funcție⁶. Odată aplicată, această sancțiune nu poate depăși, ca durată, două ședințe consecutive și are drept efect scoaterea consilierului în cauză din cvorumul de lucru și neacordarea indemnizației de ședință pe perioada respectivă⁷. Tocmai acest ultim efect pune sub semnul întrebării rațiunea pentru care legiuitorul a reglementat distinct sancțiunea disciplinară a retragerii indemnizației de ședință pentru 1-2 ședințe, în condițiile în care nu a precizat nici modalitatea în care aceasta se aplică, și nici dacă reprezintă o consecință a aplicării sancțiunii excluderii temporare de la lucrările consiliului și ale comisiei de specialitate.

O altă problemă pe care o remarcăm vizează aspectele de ordin procedural. Articolul 57 alin. (2) și (3) prevede că: „Sancțiunile prevăzute la alin. (1) lit. a)-d) se aplică de către președintele de ședință, iar cele de la alin. (1) lit. e) și f) de către consiliu, prin hotărâre. Pentru aplicarea sancțiunilor prevăzute la alin. (1) lit. e), cazul se va transmite comisiei de specialitate care are în obiectul de activitate și aspectele juridice, aceasta prezentând un raport întocmit pe baza cercetărilor efectuate, inclusiv a explicațiilor furnizate de cel în cauză”. Textul nu face nicio referire la actul juridic prin care președintele de ședință aplică sancțiunile disciplinare și nici la posibilitatea consilierului vizat de sancțiune de a putea ataca la instanță măsura care i se aplică, nefiindu-i astfel asigurate garanțiile respectării dreptului la apărare. O problemă importantă apare în legătură cu aplicabilitatea art. 68 din Statutul aleșilor locali. Acesta stipulează că sancțiunile prevăzute la art. 57 alin. (1) din Statut, adică avertismentul, chemarea la ordine, retragerea cuvântului, eliminarea din sala de ședință, excluderea temporară de la lucrările consiliului și ale comisiei de specialitate și retragerea indemnizației de

⁶ A se vedea: art.62 alin.(1) și art.66 alin.(1) din Legea nr. 393/2004.

⁷ A se vedea: art.63, art.64 și art.66 alin.(2) din Legea nr. 393/2004.

ședință, pentru 1-2 ședințe, se pot aplica în mod corespunzător președinților și vicepreședinților consiliilor județene, pentru abaterile săvârșite în calitatea lor de consilier județean. Nu vedem cum ar putea fi aplicate avertismentul, chemarea la ordine, retragerea cuvântului și eliminarea din sala de ședință președinților și vicepreședinților consiliilor județene, în condițiile în care, potrivit art. 57 alin. (2) din Statut, aceste sancțiuni sunt dispuse de către președintele de ședință, nimeni altcineva decât președintele consiliului județean sau, în cazul delegării acestui atribut, de către vicepreședinții de consiliu județean⁸. S-ar ajunge la situația ridicolă de a se sancționa pe ei înșiși. Problematică este și aplicarea celorlalte două sancțiuni și anume: eliminarea din sala de ședință și excluderea temporară de la lucrările consiliului și ale comisiei de specialitate președinților și vicepreședinților consiliilor județene. Este adevărat că aceste două sancțiuni se aplică numai de către consiliu, prin hotărâre și numai după ce a fost efectuată o cercetare disciplinară de către comisia de specialitate care are în obiectul de activitate și aspectele juridice⁹, dar hotărârea de consiliu județean de sancționare trebuie să fie adoptată cu votul a cel puțin două treimi din numărul consilierilor județeni în funcție¹⁰, o majoritate calificată care este aproape imposibil de obținut ținând cont de culoarea politică a consiliului, de legitimitatea și încrederea de care se bucură președintele și vicepreședinții în cadrul acestuia¹¹. De altfel, majoritatea cerută de lege pentru sancționarea aleșilor locali cu rol executiv de la nivelul județelor, adică majoritatea calificată, este cerută și pentru eliberarea lor din funcție¹². Ar fi la fel de ușor să fie eliberați din funcție cum ar putea fi și sancționați. Pe de altă parte, se remarcă și lipsa cadrului legal care să dea posibilitatea alesului local să conteste hotărârea de consiliu prin care a fost sancționat.

În acest moment, statutul aleșilor locali reglementează în art. 57-68 un regim disciplinar de tip particular, cel al disciplinei de ședință, care nu poate fi extins în afara cadrului ce presupune exercitarea mandatului de consilier în ședințele de plen sau de comisii de specialitate. Ne putem doar întreba ce regim disciplinar i s-ar putea aplica unui consilier care, exercitându-și atribuțiile în afara ședințelor de consiliu, de exemplu cu ocazia audiențelor sau a reuniunilor publice

⁸ A se vedea: art. 96 din Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale.

⁹ Art. 57 alin. (3) din Legea nr. 393/2004.

¹⁰ Art. 66 alin. (1) din Legea nr. 393/2004.

¹¹ A se vedea: art. 101 alin.(2) din Legea nr. 215/2001.

¹² A se vedea: art. 101 alin.(3) din Legea nr. 215/2001 și art.69 alin.(3) din Legea nr. 393/2004.

la care participă, săvârșește fapte considerate abateri disciplinare? Legiuitorul nu face nicio precizare.

Potrivit art. 69 alin. (1) din Statutul aleșilor locali, pentru „abateri grave și repetate, săvârșite în exercitarea mandatului de viceprimar, de președinte sau de vicepreședinte al consiliului județean”, persoanelor în cauză li se pot aplica prin hotărâre de consiliu următoarele sancțiuni: mustrare, avertisment, diminuarea indemnizației cu 5-10% pe timp de 1-3 luni și cea mai severă: eliberarea din funcție. Aplicarea ultimelor două sancțiuni se face numai dacă „viceprimarul, președintele sau vicepreședintele consiliului județean a încălcat Constituția, celelalte legi ale țării sau a prejudiciat interesele țării, ale unității administrativ-teritoriale sau ale locuitorilor din unitatea administrativ-teritorială respectivă”¹³. O primă observație pe care o putem face se referă la faptele pe care Statutul le consideră abateri disciplinare. Acestea sunt formulate într-o manieră generală, au un conținut vag și interpretabil, inducând, în persoana alesului local, o stare de nesiguranță în privința modului în care trebuie să-și realizeze sarcinile de serviciu. Această situație vine în contradicție cu regula exercitării mandatului de drept public, care impune titularului acestuia să-și îndeplinească prerogativele conferite de lege în interesul colectivității locale, dar potrivit propriei sale conștiințe. Cu alte cuvinte, în atingerea obiectivului mandatului, adică a interesului public, alesul local are libertatea de a alege, potrivit propriilor aprecieri, mijloacele pe care le consideră necesare. O altă problemă se referă la sancțiunile stabilite de art. 69 alin. (1) la lit. a) și b) din Statut și anume mustrarea și avertismentul. Textul de lege nu face nicio distincție între cele două măsuri și nici nu ar putea să o facă deoarece acestea au același conținut. Ambele cuprind aceleași două elemente, unul de admonestare, în care se arată gravitatea faptei, pericolul ei social sau consecințele avute, și celălalt de atenționare, prin care celui vizat i se atrage atenția că dacă nu-și revizuieste comportamentul va fi sancționat mai sever. De aceea nu înțelegem care a fost rațiunea pentru care, identice fiind, legiuitorul le-a reglementat pe amândouă. Mai mult, considerăm că ar trebui să fie chiar abrogate, fiind mult mai potrivite disciplinei de ședință, decât pentru a sancționa activități desfășurate în realizarea mandatului care exced lucrului în ședințe. Nici aplicarea lor prin hotărâre de consiliu nu ni se pare eficientă. Scopul unei asemenea sancțiuni ar fi mai bine atins dacă aplicarea ei s-ar face verbal și nu prin comunicarea hotărârii cu mențiunea respectivă. Se mai poate observa că

¹³ Art. 69 alin. (4) din Legea nr. 393/2004.

art. 70 din Statut menționează că împotriva sancțiunilor prevăzute la art. 69 alin. (1) lit.c) și d), adică diminuarea indemnizației cu 5-10% pe timp de 1-3 luni și eliberarea din funcție, persoana în cauză se poate adresa instanței de contencios administrativ competente, nu și în cazul celorlalte sancțiuni de la lit.a) și b), muștrarea și avertismentul, ceea ce reprezintă o încălcare gravă a dreptului la apărare.

Cât privește răspunderea primarilor, art. 73 din Statut afirmă că aceștia „pot fi revocați din funcție în urma unui referendum, în condițiile și în cazurile stabilite prin Legea nr. 215/2001, cu modificările și completările ulterioare”, fără însă a se specifica dacă este vorba sau nu de o răspundere disciplinară. Dacă facem însă o interpretare sistematică și teleologică a Capitolului VII din Legea nr. 393/2004 credem că este vorba de o răspundere disciplinară a primarului.

3. Lăsând la o parte imperfecțiunile reglementării sesizate mai sus care, de altfel, ar putea fi îmbunătățite, o problemă ni se pare cu adevărat importantă, și anume cea care se referă la confuzia pe care legiuitorul o face atunci când consideră drept sancțiune disciplinară o trăsătură caracteristică a oricărui mandat de ales și anume: revocarea lui. Faptul că un primar poate fi revocat din funcție ca urmare a unui referendum local, sau că un viceprimar, președinte sau vicepreședinte de consiliu județean i se poate retrage mandatul de către consiliul din care face parte, nu trebuie să fie privite ca sancțiuni disciplinare aplicate pentru săvârșirea unor abateri disciplinare. Fiecare ales, odată ce primește mandatul, este liber să-l exercite, în limitele legii și cum consideră necesar, în beneficiul cetățenilor. Interese subiective, de cele mai multe ori politice sau o percepție negativă a cetățenilor asupra modului de exercitare a mandatului sunt în realitate motivele care stau la baza inițierii procedurilor de revocare, și nu săvârșirea unor fapte care, pentru a putea atrage o răspundere disciplinară, ar trebui reglementate, constatate obiectiv, cercetate și apoi sancționate. Pe de altă parte, răspunderea disciplinară, cu excepția celei care vizează disciplina de ședință aplicată consilierilor locali sau județeni, nu este caracteristică statutului de ales. Răspunderea disciplinară se întâlnește acolo unde avem o ierarhie, un raport de subordonare între cel care suportă sancțiunea și cel care deține prerogativa disciplinară. De aceea o regăsim în cazul salariaților sau al funcționarilor publici, care se găsesc într-un raport de muncă sau, după caz, de serviciu, caracterizat prin subordonare. Aleșii locali fiind autorități administrative autonome nu se subordonează niciunui organ, având dreptul de a soluționa și gestiona în acord cu

legea treburile publice în interesul colectivităților pe care le reprezintă, fără a exista pentru aceasta riscul angajării răspunderii disciplinare. Nu în ultimul rând, prerogativa unui consiliu local sau județean de a sancționa disciplinar viceprimari, respectiv președinți și vicepreședinți de consilii județene este una discutabilă. Organele deliberative și cele executive ale unei unități administrativ-disciplinare se găsesc pe o poziție de egalitate juridică, cooperând loial în atingerea obiectivului comun și anume satisfacerea interesului local, al cetățenilor. Acest echilibru bazat pe cooperare și bună-credință în îndeplinirea atribuțiilor poate fi ușor perturbat dacă uneia dintre cele două autorități i s-ar conferi o putere de a aprecia motive care să-i dea posibilitatea de a pune capăt mandatului celeilalte. De aceea ni se pare greu de acceptat ca un consiliu format pe criterii politice să aprecieze obiectiv dacă un viceprimar, președinte sau vicepreședinte de consiliu județean a săvârșit abateri grave sau „a încălcat Constituția, celelalte legi ale țării sau a prejudiciat interesele țării, ale unității administrativ-teritoriale sau ale locuitorilor din unitatea administrativ-teritorială respectivă”.

Acesta este și motivul pentru care considerăm că întreaga instituție a răspunderii disciplinare a aleșilor locali ar trebui regândită în sensul de a elimina așa zisa răspundere disciplinară a aleșilor cu rol executiv și a o înlocui cu alte măsuri menite să garanteze respectarea intereselor unității administrativ-teritoriale și ale cetățenilor săi.

Configurația juridică a contravențiilor rutiere constatate prin intermediul „Centrului Unic de Monitorizare și Coordonare a Traficului” în Republica Moldova (studiu de caz)

Legal Configuration of Road Traffic Contraventions Detected through the “Unique Center of Traffic Monitoring and Coordination” in the Republic of Moldova (Case Study)

Oleg Pantea¹

Rezumat: În această publicație s-a făcut referință la unele aspecte teoretico-practice privind constatarea contravențiilor de către Centrul Unic de Monitorizare și Coordonare a Traficului. A fost abordată în detaliu problematica lacunelor în actele normative ce reglementează activitatea Centrului, problemele identificate în legătură cu actualizarea și administrarea informațiilor stocate. Un indiciu separat l-am dedicat analizei juridice a contravențiilor în domeniul circulației rutiere constatate prin intermediul Centrului. Prin ordonarea logică a problemelor abordate am dorit ca această lucrare să fie utilă și cetățeanului (în special conducătorilor auto), problemele juridice fiind tratate obiectiv și nu doar din punctul de vedere al contravenientului ori al agentului constator.

Cuvinte cheie: contravenție, trafic rutier, sistem informațional, agent constator, date personale, monitorizare video, normă juridică, circulație rutieră, securitate/ordine publică.

Abstract: This publication refers to some theoretical and practical aspects regarding the detection of contraventions by the Unique Center of Traffic Monitoring and Coordination. There were discussed in details the issue of the gaps in the normative acts that regulates the activity of the Center, the identified problems concerning the updating and the management of the stored information. A separate clue was dedicated to the legal analysis of the contraventions in the domain of the road traffic detected through the Center. Through the logical ordering of the issues addressed, we wanted this work to be useful including to the

¹ Phd. Associate Prof. Moldova State University.

citizen (especially the drivers), the legal issues being treated objectively and not only from the point of view of the contravener or the investigating agent.

Keywords: contravention, road traffic, information system, investigating agent, personal data, video monitoring, legal norm, traffic, public/order security.

Road traffic contraventions represent in all states of the modern world much of the contravention committed on the territory of a state. Simultaneously with the unprecedented evolution of land transport over the last decades, there has also been a significant increase in road traffic contraventions. The same situation is established in the Republic of Moldova. Only in the last year in our country were found 243139 road traffic offenses, of which in 1401 the driver was intoxicated, 46332 for exceeding the speed limit, in 794 cases the drivers left the accident.² Even though the situation is much better than it was ten years ago, yet the figures presented must be thought by the state authorities to undertake all the necessary measures to improve the road situation. Today, many drivers do not signal when changing the direction of travel, do not wear a seat belt or switch to the red traffic lights. Apparently, these facts are not very critical, but they can entail very serious consequences, and in some cases even dangerous for the people's lives and health.

According to the analysis of the accident situation in the road traffic, during the period 01.01.2018 to 01.10.2018, there were 1888 accidents, in which 203 persons died and another 1274 suffered of various injuries.

Thus, most countries have stepped up their efforts to regulate this matter, which subsequently influenced the decisions of other states, as the old legislation was too complicated to enforce traffic law provisions for the multitude of existing deviations. It was opted for quick and easy procedures to find and apply the appropriate sanctions. In the states that currently maintain the criminal law contravention, as in the case of France, they have established a specific procedure for detecting and sanctioning road traffic offenses by establishing derogatory rules from common contravention law.

² Biroul Național de Statistică comunică datele privind contravențiile constatate, [Online] la www.statistica.md/ și <http://www.statistica.md/newsview.php?l=ro&id=5981&idc=168>, accesat 10.11.2018.

Results and discussions

In order to facilitate the process of detecting road traffic offenses committed by vehicle drivers, the accumulation of evidence to solve the case and the accountability of the guilty person, road traffic surveillance photo / video surveillance systems have been installed in developed countries. The purpose of technological innovations and legislative changes was to “prevent certain socially-dangerous facts that could affect public roads, driver safety, pedestrian safety, and other trafficked persons.”

In the Republic of Moldova was created the Unique Center of Traffic Monitoring and Coordination (UCTMC). This project arose five years ago when the first cameras were installed to monitor photo / video traffic. The project was further developed in other localities of the republic. Over a calendar year, the system has recorded over 15,000 road traffic offenses. Then on 17.11.2014 was set up the Automated Traffic Control System “Traffic Control”³, which establishes the procedures and the mechanism for recording and registration of the information accumulated in the automated supervision of the road traffic on the public roads with the special technical means of software and hardware of the Automated Road Traffic Surveillance System. Also, the system regulates the data protection requirements in the process of collecting, updating, storing, processing and exchanging authorized data with other information systems.

Like any new process, the Road Traffic Monitoring System has been created and developed with great technical and legal difficulties as well as system management issues. The worst thing that may have happened is that the legal provision was not applied exactly as provided in the normative act and the purpose pursued by that act, the rule did not apply in its spirit and letter.

In an Audit Report of the Court of Auditors on April 5, 2017, “Road Traffic Management Systems Management”⁴, it is stated: “... even though the implementation of Traffic Monitoring Video Systems has been aimed at increasing road traffic safety and diminishing morbidity and mortality caused by road accidents, in reality the proposed result has not been reached ...”.

³ Hotărârea Guvernului RM nr. 965 din 17.11.2014 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea și funcționarea Sistemului automatizat de supraveghere a circulației rutiere „Controlul traficului” și modificarea Concepției Sistemului automatizat de supraveghere a circulației rutiere „Controlul traficului”.

⁴ Raportul de audit al Curții de Conturi al RM,[Online] la <http://www.ccrm.md/3627-1-auditul-managementul-sistemelor-de-supraveghere-a-trafficului-rutier>, accesat 11.11.2018.

The list of legal omissions and practical application of the Traffic Surveillance System can be continued with others:

- Officials from the Information Technology Service of the INP not having the status of Investigating agents, documented and applied sanctions for road traffic offenses (January 2014 – November 2016);

- Drawing up the minutes after sanctioning or executing the sanction (after receipt of the summons from the UCTMC, the person was able to execute the contravention sanction, using the “bar code”). After on August 7, 2017, the barcode of the summons was excluded, and the counterparty had to appear at the UCTMC or the Territorial Police District Inspectorates in the district of residence to draw up the report on the offense, after which the contravener could execute judgment (for example, payment of the fine);

- The lack of a legal mechanism for monitoring the enforcement of pecuniary sanctions applied to offenders, in the context of art. 443¹ Contravention Code.

For the development of the Surveillance System, a Regulation on the functioning of the E-Data Module “The evidence of road traffic offenses, persons who committed them and penalty points” was approved on 25 May 2017.⁵ The module is designed to automate, update information in the process of documenting road traffic offenses, and to prepare summons. This module was developed by the Ministry of Information Technologies and taken over by the MAI.

Gaps established in the process of using information through the E-Data module:

- Lack of an internal procedure on the “creation, operation, access and management” of that information system, with the establishment of a rigorous external control.

- Establishment of discretionary powers for the patrol agents by departmental acts, contrary to the provisions of art. 443¹ Contravention Code. According to the provisions of the Code of Contravention, if the deed has been established by certified or approved technical means, the minutes are in the form

⁵ Ordinul MAI al RM nr.145 din 25.05.2017 pentru aprobarea Regulamentului privind funcționarea Modulului E-Data „Evidența contravențiilor din domeniul circulației rutiere, a persoanelor care le-au săvârșit și a punctelor de penalizare” al Sistemului informațional automatizat „Registrul informației criminalistice și criminologice”.

of an electronic document and may also be concluded in the absence of the perpetrator. Ori, INP Order no. 38/2016 and the Order of the INP Chief no. 226/2016 stipulates the right of the patrolling officer *“To dispose of either the compilation the report on the offense or the handing in of a summons (according to the provisions of Article 382 of the Code of Contravention) regarding the presentation of the driver at UCTMC headquarters. In the event of the driver's refusal to receive the summons, he or she will be given a report on the refusal to receive the summons or to sign the receipt of the summons”*. This internal regulation gives great discretion to the patrol agent, since a driver who has violated the traffic rules is liable to be sanctioned in contravention, and if he does not agree with the facts found, he can contest the act of the patrol agent.

- Establishment by INP Order no. 38/2016 of an additional document was made at the discretion of the patrol agent, in the absence of strict evidence. It is named "the report on the refusal to receive the summons or to sign the receipt of the summons" unexpected by the Contravention Code, but mentioned in art. 239 Criminal Procedure Code of the Republic of Moldova. Confusion arises from the very alternative that is given to the patrol agent through departmental acts, to decide either on the drawing up of the contraventional minutes or on the handing over of the summons to the UCTMC, where it will also be made up a contraventional report. However, the refusal to receive the summons by the perpetrator is in no way a guarantee of receiving or reception of the “verbal refusal to receive the summons”. As a result, we conclude that the preparation of such a document, not registered in any register, cannot ensure the purpose of developing and installing the E-Data application, to exclude the evasion of drivers from paying pecuniary sanctions. Or, the finding of previous, unfulfilled violations and the made up of a contraventional report, a strict record, with the possibility of challenging it under art. 443 par. (9) The Code of Conduct would provide an additional guarantee for the achievement of the proposed aim.

- Limited and discriminatory functional character of the information included in the E-Data system due to the lack of territorial coverage for the entire territory of the Republic of Moldova. The information in the system concerns only the violations admitted by the drivers in the area of Chisinau municipality, where the automated video system for road traffic monitoring works. Violations

committed by drivers outside the capital cannot be viewed and invoked by perpetrators.⁶

To eliminate these deficiencies, it is proposed to:

- Develop an internal procedure for “creating, operating, accessing and managing” the information system;
- Establishment of an external control by the General Police Inspectorate on how to access and use personal data by patrol agents by designating a responsible person within the hierarchically superior body with verification right;
- Revision of departmental acts and exclusion of conflicts of law and abusive provisions, adjusting them to the provisions of the Contravention Code (INP Order No. 38/2016 and additional internal acts).
- The traffic monitoring and management system must also have a more complex scope than it is now, in line with European standards: wider information communication, use of sensors for recognition / detection of registration numbers, control of high-risk areas of accidents and traffic (schools, public institutions), the active involvement of local public authorities.⁷

Analyzing carefully the current provisions of the Code of Contravention, art. 443¹ “The finding of contraventions by means of certified technical means or of technical means approved and metro logically verified and the conclusion of the minutes for these contraventions”, we find other rather serious loopholes, namely in paragraph 1 of the same Article “... *the investigating agent sends at the domicile (legal address) of the owner or the holder of the vehicle the application for the declaration of the identity of the driver, with the simultaneous publication of the respective request on the official website of the authority of which the investigating agent is a party.*” The application by UCTMC officials of this rule would seriously violate other provisions of the personal data regime set out in Articles 4 and 5 of the Personal Data Protection Act on 08.07.2011. The processing of personal data is

⁶ Raport CNAal RM privind rezultatele evaluării riscurilor de corupție desfășurat în cadrul Inspectoratului Național de Patrulare, subdiviziune specializată din subordinea Inspectoratului General de Poliție, [Online] la <https://www.cna.md/libview.php?l=ro&idc=5&id=1669&t=%2FMass-media%2FComunicate-de-presa%2FMultiple-riscuri-de-corupție-depistate-de-CNA-in-procesul-de-evaluare-a-INP&fbclid=IwAR2AIYLqwsqgsHassqs5DFxiYFE5lZSfQgibjtF1v8bzx6cJOj1o1kImXpU>, accesat 09.11.2018.

⁷ *Ibidem.*

carried out only in certain cases / conditions expressly provided by law, but the provisions of art. 443¹ CC is not included under these conditions.

Beyond the identified problems, surveillance devices are absolutely necessary to increase road traffic safety. They should, both in the process of detecting contraventions, in case research and decision-making (image augmentation, video capture, use of stored information).

Through UCTMC the following types of road traffic offenses are found:

- *Exceeding the traffic speed established on the respective road sector (Article 236 paragraphs (1), (2) and (3) of the Code of Contraventions);*

- *Failure to comply with road traffic signs and prioritization of other road traffic rules (Article 240 (1) and (2)) Contravention code (infringement of the longitudinal marking 1.1.1., 1.12, passage to red traffic light, non-observance of the STOP indicator).*

Previously, at the time of launching the project, the contraventions provided in art. 235 The Code of Conduct “Breach of the rules for the use of the seat belt”, but due to disputes in the courts, decided to no longer detect such deviations through UCTMC than in the physical presence of the road worker. When examining cases of non-fastening of the seat belt, the Center employee had to increase the captured image until he identified the face of the controversial, i.e. what is happening inside the vehicle is considered the private life of the person. In December 2014, the Central district court in Chisinau also adopted a controversial decision on a complaint filed by a public association, establishing that by using the information system for monitoring road traffic, the authorities violate the right to privacy of citizens. The court has forbidden to the Ministry of Internal Affairs to exploit road traffic cameras. Then, by decision of the Court of Appeal, the decision of the first instance was annulled, the cameras for video surveillance of the road traffic being considered absolutely legal.

In the same situation, we consider that UCTMC may find other violations of the Road Traffic Regulation, such as section 8, point 34, par. (1) “In order to alert other traffic participants and to signal in case of daytime driving, the travel light must be turned on from 1 November to 31 March”.⁸ However, the contraventional law does not regulate such contravention (perhaps in relation to art.240, par. (1)). Earlier was in force art. 240 par. 3 of the Contravention Code,

⁸ Hotărârea Guvernului RM nr. 357 din 13.05.2009 cu privire la aprobarea Regulamentului circulației rutiere.

intended for other road traffic offences, which was abrogated because too many rules of the Road Traffic Regulation were attributed to this article. Currently, for these violations, maximum that the investigating agent can apply as a preventive measure is a verbal pretext.

As a consequence of an analysis regarding the causes of road accidents, it has been found that most of the accidents occurring during the cold period of the year are due to a reduced visibility during the journey. Thus, it is necessary to introduce a norm in the Contravention Code, an additional paragraph to art. 240, "Violation regarding the equipment rules of vehicles and the use of lighting devices between 1 November and 31 March". At the same time, these deviations could also be detected through the devices of UCTMC.

Constitutive content of contraventions found by UCTMC.

The legal basis for defining the concrete antisocial deed and its classification under the terms of the specific article (part) of the Code of Contravention is the composition of the offense (object, objective side, subject, subjective side).

In the opinion of American sociologist Thorsten Sellin, "Knowledge and research of human behavior – is something indeterminable ...".

Starting in our analysis from general to particular, we mention that the generic legal object of contraventions provided in art. 236 and 240 the contraventional code, namely the social values protected by these norms, is road traffic safety. In fact, this is the generic subject of most traffic offenses in road traffic, with few exceptions to the rules, including pedestrian safety (Article 238 Code of Conduct).

The specific legal object of the contraventions is interdependent, directly or indirectly, with the generic object and results from it. The specific object is the concrete value protected by the legal norm and the social relations generated by it. In art. 236 CC, the specific object is – the social relations regarding the observance of the speed of traffic established on the respective road sector, and at art.240 CC – the social relations regarding the observance of the road signs and the granting of the crossing priority, other traffic rules road.

The objective side of contraventions, that is, the actual act, is manifest only by *action* – exceeding the established speed or non-observance of the road signs.

An important role in the investigation of road traffic offenses is the place *and time of the finding*. The summons sent to the holder or the owner of the

vehicle is indicated – the place and time of the offense committed. This condition, considered optional, plays an important role both for the legal qualification of the concrete contravention and for the finding of the causes and conditions of the offending offenses.

The offense, is considered to be an illicit activity, is attributable to a particular person who has breached the compliance obligation. Except for minors under the age of 16 and irresponsible individuals, all members of society are susceptible to commit contraventions, as potentially potential *offenders*. In the area of road traffic offenses, in addition to the general conditions listed above, the subject, the driver must also have a *special right* (driving license). Consequently, the subject of contravention in the case of committing contraventions may be only *the natural person*. As a general subject of contravention, the natural person appears at art. 232 al. (2) (Driving without permission) and Art. 245 CC (violation of rules by pedestrians). In the case of contraventions found by UCTMC we have only the special subject.

One of the important aspects of the contravention lies in the attitude of conscience towards the deed conceived and its consequences. *The subjective side* is part of the constitutive content of the contravention and has as its constituent elements: the subjective element (the guilt with its modalities), the reason and purpose. It consists of the psychic attitude of the person who committed the offense, an attitude consisting of intellectual, affective and volitional elements, on the basis of which the guilt is established. In the case of both articles, the subjective side is expressed *intentionally* – to overcome the speed limit or to obey the road signs and to prioritize the passing of other traffic rules.

With reference to art. 245 CC, we admit, however, that the actions of the perpetrator can also be done out of *recklessness*, when the perpetrator realized the prejudicial nature of his action, provided for its damaging consequences, but considered it to be easy to avoid. For example, moving the vehicle with non-compliance with the longitudinal marker continues the line to avoid a damaged part of the road (or a hole).

Conclusions

Increasing safety in road traffic, raising the level of accountability of vehicle drivers is a major public interest, a positive obligation of the state, but also of the community as a whole. The transport unit, as a road user, is a source

of increased danger, and the driver is required to comply with certain regulations imposed by the authorities in order to avoid the risks resulting from the use of motor vehicles. However, the use of modern automated road traffic surveillance systems is the most effective way to increase road safety on the systems' location, drivers' safety and social security. Throughout the world, the application of advanced road traffic surveillance technologies has responded to the proposed goal from the outset, increasing the level of discipline and guaranteeing the principle of "inevitability" of the contravention of the perpetrators by unconditionally registering of each case produced.

Bibliography:

Constituția Republicii Moldova din 29.07.1994.

Codul contravențional al Republicii Moldova din 24.10.2008.

Legea RM nr. 131 din 07.06.2007 privind siguranța traficului rutier.

Legea RM nr. 158-XVI din 04.07.2008 cu privire la funcția publică și statutul funcționarului public.

Legea RM nr. 320 din 27.12.2012 cu privire la activitatea poliției și statutul polițistului.

Legea RM nr. 288 din 16.12.2016 privind funcționarul public cu statut special din cadrul Ministerului Afacerilor Interne.

Hotărârea Guvernului RM nr. 357 din 13.05.2009 cu privire la aprobarea Regulamentului circulației rutiere.

Hotărârea Guvernului RM nr. 1123 din 14 decembrie 2010 privind aprobarea Cerințelor față de asigurarea securității datelor cu caracter personal la prelucrarea acestora în cadrul sistemelor informaționale de date cu caracter personal.

Hotărârea Guvernului RM nr. 283 din 24.04.2013 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea și funcționarea Inspectoratului General al Poliției al MAI.

Hotărârea Guvernului RM nr. 965 din 17.11.2014 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea și funcționarea Sistemului automatizat de supraveghere a circulației rutiere „Controlul traficului” și modificarea Concepției Sistemului automatizat de supraveghere a circulației rutiere „Controlul traficului”.

Hotărârea Guvernului RM nr.460 din 22.06.2017 pentru punerea în aplicare a prevederilor Legii nr. 288 din 16 decembrie 2016 privind funcționarul public cu statut special din cadrul Ministerului Afacerilor Interne.

Ordinul MAI al RM nr.145 din 25.05.2017 pentru aprobarea Regulamentului privind funcționarea Modulului E-Data „Evidența contravențiilor din domeniul circulației rutiere, a persoanelor care le-au săvârșit și a punctelor de penalizare” al Sistemului informațional automatizat „Registrul informației criminalistice și criminologice”.

Codul rutier al României și legislația conexă. Ghidul contravențiilor rutiere actualizat. București: Ed. Hamangiu, 2017.

Furdui Sergiu. Drept contravențional. Chișinău: Ed. Cartier juridic, 2005.

Guțuleac Victor, Comarnițcaia Elena. Conținutul constitutiv al contravenției. În: Revista SJU, nr. 1-2, 2011.

Guțuleac Victor. Tratat de Drept Contravențional. Chișinău: Tipografia Centrală, 2009.

Ursuța Mircea. Contravențiile rutiere. București: Ed. Universul Juridic, 3 ediții – 2012, 2011, 2010.

Pagini web consultate: www.mai.gov.md; www.politia.md; www.cna.md; www.ccrm.md.