



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

ȘTIINȚE JURIDICE
TOM LXVI / supliment, 2020



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

Redactor: dr. Marius Grigore

Tehnoredactare: Luminița Răducanu

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

Volumul are la bază lucrările Conferinței
Perspective juridice asupra Internetului. Ediția a IV-a,
Omniprezența dreptului în spațiul virtual
care s-a desfășurat în data de 31 octombrie 2020, online
la Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași,
în cadrul evenimentului „Dies Academici”.

Organizarea conferinței a fost coordonată de
profesor dr. Carmen Tamara Ungureanu,
conferențiar dr. Ioana Maria Costea și conferențiar dr. Vasile Septimiu Panainte.

Cuprins

The Ubiquity of Law in Cyberspace Introduction to the Topic of the 4th Edition of the International Conference <i>Legal Perspectives on the Internet</i> Carmen Tamara Ungureanu	5
Uber, un nou model de afacere și implicațiile sale asupra concurenței Lucia Irinescu	11
Digital contracts: Thinking in trends Oksana V. Kiriak	21
Internet Cookies – fișierele cu răvaș juridic Ștefan Răzvan Tataru	31
Evaluarea condițiilor exercitării controlului caracterului abuziv al comisioanelor de întocmire/analiză dosar și de gestionare/administrare a creditului de către instanțele naționale în sensul interpretării unitare a legii în lumina reperelor jurisprudențiale stabilite de C.J.U.E. Luiza Cristina Gavrilescu	59
The Traders' Liability for Lack of Conformity of the Digital Content and of the Digital Services, as Regulated by Directive (EU) 2019/770 Juanita Goicovici	79
Concurența neloyală în sfera rețelelor de socializare Aura-Elena Amironesei	99
Propuneri de <i>lege ferenda</i> privind optimizarea procesului de înființare a asociațiilor și fundațiilor prin utilizarea noilor tehnologii Loredana Costina	127
Factoring online și platforme de comercializare a facturilor. Redefinind viitorul tehnicilor de finanțare a comerțului Marius Brănci	137
Răspunderea contractuală a platformelor de intermediere Tudor-Matei Rusu	155
<i>Non-assertion pledges</i> sau despre figuri juridice proteice Ramona Daniela Stângaciu	175
Provocări ale dreptului de autor în contextul pieței unice digitale Alexandru Toma	189
Considerații cu privire la comunicarea prin e-mail a actelor de procedură în procesul civil Nicolae-Horia Țiț	197

Desfășurarea proceselor prin videoconferință – respectarea dreptului de acces la justiție sau periclitarea dreptului la un proces echitabil? Silvia Uscov, Mirela Niculina Morar	213
Dosarul electronic – un prim pas către digitalizarea justiției? Oana-Cristina Munteanu	231
Digital legacy Ticau Suditu Aniela Flavia	245
<i>Quo vadis</i> învățarea on-line în timpul pandemiei: implicații juridice. Educația digitală la nivel european Mirela Carmen Dobrilă	263
Aplicarea teoriei ubicuității în identificarea locului săvârșirii infracțiunii în cazul faptelor penale săvârșite în mediul online Mihai Dunea	283
Identificarea comportamentului simulat prin procesarea limbajului natural Ancuța Elena Franț	293
Regimul sancțiunilor cibernetice în Uniunea Europeană Adrian Corobană	303
Limits of International Law in a limitless Cyberspace. Challenges and uncertainties Carmen Moldovan	315
Reflecții juridice cu privire la activitățile de „urmărire” și „publicitate personalizată” pe rețelele sociale Lăcrămioara Popa, Lorena-Elena Stănescu	327

The Ubiquity of Law in Cyberspace Introduction to the Topic of the 4th Edition of the International Conference *Legal Perspectives on the Internet*

Carmen Tamara Ungureanu¹

Abstract: Desirable or not, rules of law are necessary. Despite the sustained efforts of self-regulation or of codes as law in cyberspace, these rules, whatever they are, are invariably breached and those whose rights have been disregarded or violated are seeking for solutions. In interpreting the existing ones and in the attempt of adapting and adjusting them to the new reality or in creating new provisions, legal experts need to enter into a collaborative and constructive alliance with IT professionals as to cope with the current challenges.

Keywords: cyberspace; law; code as law; *lex informatica*.

The Internet is changing everything: the way we live, think, learn, write, fight, do business, think of ourselves².

Four years ago, at the first edition of the conference, I had been talking about the omnipresence of the Internet in a vast array of legal domains, or generally speaking, in our legal lives. Now, I am turning to the opposite, the omnipresence of law in Cyberspace.

What do I mean by *Cyberspace* and what do I mean by *Law*?

Cyber comes from the Greek word κυβερνάω (kyvernáo), which means govern, rule and applies to leadership. The word *Cyberspace* was first used in 1982 in a short science fiction story written by William Gibson³. *Cyberspace* now refers to anything associated with the Internet⁴.

What do I mean by *Law*? I envisage the broad meaning of law, encompassing hard law⁵, soft law⁶ and *Lex Informatica* or the *Code as Law*. I

¹ Professor PhD, Faculty of Law, *Alexandru Ioan Cuza* University, Iași, e-mail: carmen.ungureanu@uaic.ro.

² J. Grimmelmann, *Internet Law: Cases & Problems*, Ninth Edition, Semaphore Press, 2019, p. 10.

³ W. Gibson, *Burning Chrome*, [Online] at https://en.wikipedia.org/wiki/Burning_Chrome, visited 28.09.2020

⁴ The Cambridge Dictionary define *Cyberspace* as “the internet considered as an imaginary area without limits where you can meet people and discover information about any subject”, [Online] at <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/cyberspace>, visited 20.09.2020.

⁵ Hard law refers to actual binding legal instruments at national, regional or international level.

stated in the title of this presentation that law is ubiquitous in Cyberspace. Is that true?

It may seem counter-intuitive, as Cyberspace is or at least pretended to be independent, and by saying that I am referring to the Declaration of Independence of Cyberspace dated back in 1996⁷. John Perry Barlow said in his famous message to the governments of the world: “*You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather. You have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear. Cyberspace does not lie within your borders.*”.

After this declaration of independence, which I admit, made me feel that I am a part of something big and important, a variety of theories on Internet regulation were formulated. The nineties were prolific years in terms of legal literature on Internet regulation. To name just a few:

- Starting, naturally, from John Perry Barlow’s theory, who predicted that the Internet cannot be regulated, that any attempt to regulate the Internet would fail, and that governments have no right to regulate the ‘new home of Mind’⁸;

- David Johnson and David Post in the same year (1996)⁹ argued for self-regulation which, they said, should have been left to work;

- I. Trotter Hardy¹⁰ pled for a decentralised approach of Internet regulation, considered to be the ‘proper regime’;

- Joel R. Reidenberg supported the idea of *lex informatica*¹¹; in 1998, he considered that technology provides effective tools for regulation and that governments should use its infrastructure to regulate. He pointed out that in the age of technology, users face instabilities and uncertainties caused by the multitude of potentially applicable national rules in the virtual space and that

⁶ For a comprehensive explanation of soft law, see, A. di Robilant, *Genealogies of Soft Law*, in *Scandinavian Studies In Law*, pp. 217-268, [Online] at <https://pdfs.semanticscholar.org/7474/7ec5a4397a9862247b8a63a0d562b2e87a9c.pdf> visited 25.09.2020.

⁷ J.P. Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, [Online] at <https://www.eff.org/cyberspace-independence>, reprinted in *Duke Law & Technology Review*, vol. 18, no.1/2019, pp.5-7, [Online] at <https://scholarship.law.duke.edu/dltr/vol18/iss1/2/>, visited 20.09.2020.

⁸ J.P. Barlow, *op. cit.*, p. 5.

⁹ D.R. Johnson, D.G. Post, *Law and Borders - the Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, vol. 48, no. 5/1996, pp. 1367-1402.

¹⁰ I. Trotter Hardy, *The Proper Legal Regime for „Cyberspace”*, in *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 55/1994, pp. 993-1055, [Online] at <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/656/>, visited 20.10.2020.

¹¹ J.R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, *Texas Law Review*, vol. 76, no.3/1998, pp. 553-593, [Online] at http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/42, visited 20.10.2020.

the information infrastructure contains essential rules for users, in the same way that *lex mercatoria* guided traders in the Middle Ages. The principles governing digital information must provide stability and predictability so that participants have sufficient confidence for their communities to thrive, just as *lex mercatoria* has given confidence and vitality to communities of traders.

– Lawrence Lessig coined the theory of “Code is Law”. He said in 2000¹² that the law of the Internet is the code, meaning the software and the hardware that make cyberspace work. This code, or as he called it, *architecture*, establishes the conditions of use for cyberspace: it determines the confidentiality or censorship, anonymity or possibility of identifying users, it determines whether anyone can access information or whether access is allowed depending on certain areas, who can use the cyberspace and who is monitored, if there is freedom of speech and so on. This code is written by people. Who are these people and according to what criteria do they write the code? Proclaiming the independence of cyberspace from states / governments does not mean that a vacuum remains in its place. It does not mean that those who write code have no interests or that when the interests of the state are no longer at stake, other interests do not take their place.

In my opinion, Lessig’s theory is more actual than ever.

State regulations are subject to control through a mechanism that has proved its functionality. Is the code written for cyberspace subject to any control? What kind of control would this be, if any?

According to what Montesquieu said in “De l’esprit des lois” (1748), “Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, *le pouvoir arrête le pouvoir*”¹³. So who could control the power of the code? It seems that only the state has the necessary leverage to do so.

More recently, along the same reasoning as Lessig’s, other authors¹⁴ have argued that cyberspace is governed by software and algorithms that regulate our online actions through rules embedded in code, developed by several private actors. Unlike traditional legal rules, which stipulate only what

¹² L. Lessig, *Code Is Law. On Liberty in Cyberspace*, 2000, [Online] at <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>, visited 20.10.2020.

¹³ Livre XI -*Des lois qui forment la liberté politique, dans son rapport avec la constitution*, Chapitre IV, [Online] at [http://fr.wikisource.org/wiki/De_l%27esprit_des_lois_\(%C3%A9d._Nourse\)/Livre_11#CHAPITRE_IV._Continuation_du_m.C3.AAme_sujet](http://fr.wikisource.org/wiki/De_l%27esprit_des_lois_(%C3%A9d._Nourse)/Livre_11#CHAPITRE_IV._Continuation_du_m.C3.AAme_sujet), visited 10.09.2020.

¹⁴ S. Hassan, P. De Filippi, *The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code*, Artificial Intelligence and Robotics in the City, Field Actions Science Reports [Online], Special Issue 17 /2017, p. 89, [Online] at <http://journals.openedition.org/factsreports/4518>, visited 11.09.2020; C.T. Marsden, *Transnational Internet Law*, Chapter in P. Zumbansen (ed.), *Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford University Press, 2020.

people *should or should not do*, the code *determines* what people *can or cannot do*. This means that if there is no possibility to act, the code cannot be violated. The advantage of this form of code regulation is that instead of relying on the enforcement of *ex-post* legal rules by third parties (e.g. by state courts or arbitral tribunals), the rules are implemented *ex-ante*, making it almost impossible to breach them.

Still, reality proves something else. People use the Internet, and the virtual world can be as harmful as the real world, can create conflicts and misunderstandings, which eventually have to be solved. Whether judges, lawyers, prosecutors know how to do this or not, it is for them to decide. Each judge or authority called upon to decide will apply norms/rules or, if there are not any, general principles. They cannot deny justice based on the lack of regulation.

What rules would they apply? First, maybe we should consider as a solution the assumption that the best way to learn the law applicable to specialized endeavours is to study general rules¹⁵. Therefore, already existing national and international regulations could be adapted and applied. Apart from these, in terms of hard law, currently, there is a joint effort at the state, regional and international level to regulate various issues / challenges that the Internet poses in the field of law. It is worth mentioning:

– The United Nations’ Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005)¹⁶, in force from 2013, which aims at facilitating the use of electronic communications in international trade by ensuring that contracts concluded and other communications exchanged electronically are as valid and enforceable as their traditional paper-based equivalents.

– The International Convention on Cybercrime (Budapest, 2001), in force from 2004, which deals with crimes committed via the Internet and other computer networks (infringements of copyright, computer-related fraud, child pornography and violations of network security)¹⁷.

– At the regional level, the European Union is a reliable source of regulation related to Internet issues, such as: Directive (EU) 2019/770 of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services¹⁸, Regulation (EU) 2019/1150 of 20 June 2019 on promoting

¹⁵ J. Grimmelmann, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶ In force in 14 states, [Online] at https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications/status, visited 10.10.2020.

¹⁷ Convention on Cybercrime, Council of Europe, Budapest, 2001, in force from 2004. with 65 member states at 30.09.2020, [Online] at https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures?p_auth=uUuzDFcX, visited 2.10.2020.

¹⁸ Official Journal of the European Union, L136, 22.5.2019.

fairness and transparency for business users of online intermediation services¹⁹ or the brand new Regulation (EU) 2020/1503 on European Crowdfunding Service Providers for Business²⁰, to name just a few.

– As for soft law rules, UNCITRAL model law on electronic commerce (1996)²¹, UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records (2017)²², UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001)²³.

We could mention, as well, the UNIDROIT project on Artificial Intelligence, Smart Contracts and DLT (Distributed Ledger Technology)²⁴ as work in progress.

The European Union's digital future has at its core artificial intelligence issues²⁵. The High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG), an independent expert group set up by the European Commission in June 2018, released *The Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence (AI)*²⁶.

What about *lex informatica* or code as law?

This special form of code regulation is used for a variety of online situations, which appears to be much more appropriate than traditional law enforcement mechanisms. The progressive implementation of blockchain²⁷

¹⁹ Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, Official Journal of the European Union, L 186/57, 11.7.2019.

²⁰ Regulation (EU) 2020/1503 of the European Parliament and of the Council of 7 October 2020 on European crowdfunding service providers for business, and amending Regulation (EU) 2017/1129 and Directive (EU) 2019/1937, Official Journal of the European Union, L 347, 20.10.2020.

²¹ Legislation based on or influenced by the Model Law has been adopted in 74 States and a total of 153 jurisdictions, [Online] at https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce

²² https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_transferable_records, visited 2.10.2020.

²³ Legislation based on or influenced by the Model Law has been adopted in 33 States, [Online] at https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_signatures, visited 2.10.2020.

²⁴ [Online] at <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2020session/cd-99-b/cd-99-b-04-rev-e.pdf>, visited 3.10.2020.

²⁵ [Online] at <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/artificial-intelligence>, visited 3.10.2020.

²⁶ The document was made public on 8 April 2019, [Online] at file:///C:/Users/User/Downloads/AIHLEG_EthicsGuidelinesforTrustworthyAI-ENpdf.pdf, visited 3.10.2020.

²⁷ Blockchain „is a form of record-keeping. It is a digital ledger distributed among nodes in a network, meaning that no one central authority controls the data.” (A.J. Sulkowski, *Blockchain, Business supply chains, Sustainability and Law: the future of Governance, legal framework and lawyers?*, Delaware Journal of Corporate Law, vol. 43/2019, p. 308, [Online] at <https://www.djcl.org/wp-content/uploads/2019/08/43.2.A3.pdf>, visited 2.10.2020.). Blockchain is like „a giant shared spreadsheet, in that

technology can lead to the evolution of *Lex Informatica* into *Lex Cryptographia*²⁸, the latter being characterized by a set of rules implemented through smart contracts²⁹.

Its advocates³⁰ consider that the main consequence of *Lex Cryptographia* would be the rapid expansion to what Lawrence Lessig called “architecture,” that is, to the use of code as law in a vast array of legal issues. Even the enforcement of traditional legislation, they argue, could migrate towards blockchain. Smart contracts could include human intervention to some extent, for instance, to determine whether certain contractual conditions were fulfilled or not. Those contractual conditions could be made dependent on the judgement of third parties, called “oracles”. These third parties could be the national courts or a group of independent arbitrators.

To sum up, in a perfect world, where everybody complies with the rules, no matter the category these rules belong to (national rules, international rules, self-regulation, *lex informatica* or *lex cryptographia*), there would be no need to even discuss them. However, despite the sustained efforts of self-regulation or of codes as law in cyberspace, these rules, whatever they are, are invariably breached and those whose rights have been disregarded or violated are seeking for solutions. Desirable or not, rules of law are necessary. In interpreting the existing ones and in the attempt of adapting and adjusting them to the new reality (sometimes, in the likes of a Procrustean bed) or in creating new provisions, legal experts cannot cope by themselves. An alliance between legal experts and IT professionals is mandatory when faced with current challenges.

As Robert F. Kennedy said back in 1964, “Great change PREDOMINATES the world, and unless we move with change, we will become its victims.”³¹.

several people all see it, any of them could change it, and everyone can see both the past and current changes to it.” (M. Swan, *Blockchain: Blueprint for a new Economy*, 2015, apud. Adam J. Sulkowski, *op. cit.*, p. 308).

²⁸ A. Wright, P. De Filippi, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia* (March 10, 2015). [Online] at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2580664> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580664>, pp. 48-50.

²⁹ „A smart contract is a sort of computer code which is operated by a computer and is self-executing and self-enforcing” (M. Durovic, A. Janssen, *The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law*, in *European Review of Private Law* 6/2019, p. 756.

³⁰ A. Wright, P. De Filippi, *op. cit.*, p. 50; see also, J. Bacon, J.D. Michels, C. Millard, J. Singh, , *Blockchain Demystified*, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 268/2017, [Online] at <https://ssrn.com/abstract=3091218> , visited 3.10.2020.

³¹ R.F. Kennedy. As quoted by the New York Times, July 2, 1964 (The Quotable Lawyer §18.19, at 38 (1986).

Uber, un nou model de afacere și implicațiile sale asupra concurenței

Uber, a new business model and its implications for competition

Lucia Irinescu¹

Rezumat: Noua economie colaborativă, urmată de dezvoltarea platformelor digitale, au condus la apariția unor noi modele de afaceri. Intrarea pe piață a unor noi concurenți inovativi este salutară din perspectiva consumatorilor finali, deoarece accesarea acestui tip de servicii e mult mai facilă, prețurile, de regulă, sunt mai atractive; toate acestea implică un set de provocări pentru aplicarea politicii de concurență. Studiul de față își propune să analizeze principalele avantaje și riscuri pentru mediul concurențial și consumatori ale economiei colaborative, Uber fiind cel mai emblematic exemplu al acestui fenomen.

Cuvinte-cheie: economie colaborativă; concurență; consumatori; Uber; servicii de taxi.

Abstract: The new collaborative economy, followed by the development of digital platforms, have led to the emergence of new business models. The entry of new innovative competitors is welcome from the perspective of final consumers, because accessing this type of service is much easier, the prices, as a rule, are more attractive; all of which involve a set of challenges in enforcing competition policy. This study aims to analyze the main advantages and risks for the competitive and consumer environment of the collaborative economy, Uber being the most emblematic example of this phenomenon.

Keywords: sharing economy; competition; consumers; Uber; taxi services.

1. Precizări introductive

Din perspectiva politicii de concurență, ritmul accelerat în care se dezvoltă economia colaborativă la nivel local și global, impactul platformelor colaborative asupra consumatorilor, intrarea pe piață a unor noi concurenți inovativi poate genera prețuri mai reduse și servicii mai bune. Cu toate acestea, noile modele de afaceri ridică o serie de provocări pentru aplicarea politicii de concurență, din mai multe considerente.

¹ Conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, e-mail: lucia.irinescu@uaic.ro.

Economia colaborativă aduce în prim plan noi modele de afaceri, în special în anumite sectoare ale economiei, precum turism, transport, servicii, etc. Autoritățile de concurență și-au îndreptat atenția înspre aceste modele de business, analizând, în principal, posibile situații de abuz de poziție dominantă, care se pot concretiza în obligații de natură contractuală sau restricții aplicabile terților. Totodată, controlul concentrărilor economice precum și utilizarea sistemelor de Big Data poate constitui o altă provocare pentru menținerea unei concurențe nedistorsionate pe diferite piețe.

Prin urmare, noile produse digitale și modele de afaceri, precum și caracteristicile speciale ale piețelor digitale, forțază autoritățile să găsească noi căi de aplicare a politicii de concurență. Identificarea principalelor piețe susceptibile de a adopta noile modele de afaceri, definiția pieței, a cotei de piață ale platformelor de tranzacționare online trebuie să constituie principalele preocupări ale autorităților de concurență.

2. Uber și economia colaborativă

Economia colaborativă mai este numită în literatura de specialitate și *sharing economy* (economia partajată) sau *peer-to-peer* (P2P sau economia de la individ la individ) sau *gig economy*.

Definiția economiei colaborative se bazează pe *Comunicarea Comisiei Uniunii Europene din iunie 2016*², în care a fost subliniat faptul că economia colaborativă este un fenomen care se dezvoltă rapid, și, pe cale de consecință, definiția ei poate evolua. Cu toate acestea, la acel moment, Comisia Europeană a arătat că termenul de *economie colaborativă* se referă la "modele de afaceri în care activitățile sunt facilitate de platforme colaborative care creează o piață deschisă pentru utilizarea temporară a bunurilor sau a serviciilor prestate adesea de persoane fizice".

Economia colaborativă implică trei categorii de actori: *prestatorii de servicii*, care pot fi persoane fizice sau profesioniști, care partajează, în mod ocazional, activele, resursele, timpul și/sau competențele lor; *utilizatorii acestora și intermediarii*, care pun în legătură, prin intermediul unei platforme online, prestatorii cu utilizatorii și care facilitează tranzacțiile dintre cele două părți („platforme colaborative”)³.

Platforma colaborativă a fost definită în urma unei consultări publice lansată de Comisia Europeană în 2015-2016 ca fiind o întreprindere care

² European Commission, A European agenda for the collaborative economy, Brussels, 2.6.2016 COM(2016) 356 final, disponibil [Online] <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881/attachments/2/translations>, accesat 20.11.2011.

³ *Idem*.

operează pe o piață two-sided⁴ sau multi-sided („dublu-fațetate” sau „multi-fațetate”) care utilizează Internetul pentru a permite interacțiuni între două sau mai multe grupuri de utilizatori distincte, dar interdependente, astfel încât să genereze valoare pentru cel puțin unul dintre grupuri.⁵

Așadar, platforma colaborativă online este un profesionist (o întreprindere) care pune în legătură furnizorii de bunuri sau servicii cu utilizatorii. Platformele online pot fi clasificate după criteriul resurselor la care garantează accesul în: platforme care oferă acces la informație sau la conținut digital (Google, TripAdvisor); platforme care oferă acces la date personale sau la alt conținut digital privat, cum sunt rețelele de socializare (Facebook, LinkedIn); platforme care oferă acces la bunuri și servicii, cum sunt acelea din comerțul electronic „tradițional” (eBay, Amazon, Alibaba); platforme care oferă acces la forța de muncă sau la anumite cunoștințe/abilități ale persoanelor fizice (Upwork); platforme care oferă acces la capital, cum sunt platformele de crowdfunding (Kickstarter) sau sistemele de plată (PayPal, Bitcoin).⁶

În Studiul realizat în anul 2018 de Comisia Europeană, în vederea monitorizării dezvoltării economice a economiei colaborative la nivel de sector, în cele 28 de state membre⁷, a fost luată în considerare următoarea definiție pentru economia colaborativă: „O economie bazată pe colaborare se bazează pe modele de afaceri, în care indivizii (furnizorii de servicii) oferă bunuri, servicii sau resurse nefolosite, cu sau fără compensare, altor persoane particulare sau întreprinderi (clienți) printr-o platformă online colaborativă care facilitează contactele și tranzacțiile lor.” Studiul Comisiei a exclus o serie de platforme și anume: platformele unde produsele și serviciile tradiționale sunt oferite spre vânzare (Ebay, Amazon, OLX); platformele unde companii precum cele care întreprind servicii profesionale de închiriere de mașini vând aceste bunuri și servicii ca activitate principală și/sau desfășoară servicii sub licență

⁴ Piețele *two-sided* (dublu-fațetate) includ acele piețe în care platforma permite interacțiuni între două grupuri distincte de utilizatorii ce-și oferă reciproc beneficii de rețea și încearcă să atragă utilizatorii finali prin taxarea corespunzătoare a acestora.

⁵ European Commission, Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy (September 2015), [Online] la <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>, accesat 20.11.2020.

⁶ Pentru dezvoltări, a se vedea C.T. Ungureanu, *Platformele colaborative online - provocări juridice europene*, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași, Științe Juridice*, Tomul LXIV, 2018, Supliment, pp. 196-209.

⁷ *Study to Monitor the Economic Development of the Collaborative Economy at sector level in the 28 EU Member States*, 2018, p. 143, [Online] la <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0cc9aab6-7501-11e8-9483-01aa75ed71a1/language-en>, accesat 20.11.2020.

profesională; platforme mixte care oferă doar o mică parte din activitățile lor în cadrul unui model de economie colaborativă (Booking.com)⁸.

Modelul Uber⁹ aparține așa-numitelor forme de economie colaborativă. Legislația UE nu stabilește în mod expres în ce moment un individ devine un prestator de servicii profesionale în economia colaborativă¹⁰. Serviciile de transport sunt excluse din sfera de aplicare a Directivei serviciilor [art. 2 alin. (2) lit. (d)]. CJUE a hotărât în cauza Uber Spain (C-434/15) pe 20 decembrie 2017 că Uber este un serviciu de transport, care trebuie să se supună regulilor din acest sector al economiei¹¹. Deși Uber s-a definit ca fiind o companie care furnizează o serie de „servicii digitale, menite să faciliteze interacțiunea dintre oameni”, sub termenul de ride-sharing, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, a declarat că „platforma electronică Uber furnizează, prin intermediul unei aplicații pentru telefoane inteligente, un serviciu remunerat de punere în legătură a unor conducători auto neprofesioniști care utilizează propriul autovehicul cu persoane care doresc să efectueze deplasări urbane”¹², calificându-l, în conformitate cu dreptul Uniunii Europene, drept un serviciu în domeniul transporturilor, revenind statelor membre sarcina de a reglementa condițiile prestării unor asemenea servicii, cu respectarea normelor generale ale Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene.

⁸ Pe baza definiției Comisiei Europene, au fost identificate 651 de platforme colaborative active în cele 28 de state membre.

⁹ Conform www.wikipedia.org, Uber este o companie multinațională americană, cu sediul în San Francisco, înființată în anul 2009 și care operează în peste 785 de zone metropolitane din întreaga lume.

¹⁰ În materia serviciilor este aplicabilă Directiva europeană a serviciilor- Directiva nr. 2006/123/CE privind serviciile în cadrul pieței interne, publicată în JO L 376, 27.12.2006, transpusă în legislația națională prin O.U.G. nr. 49/2009.

¹¹ „Un serviciu de intermediere precum cel în discuție în litigiul principal, care are ca obiect, prin intermediul unei aplicații pentru telefoane inteligente, să pună în legătură, în scopul obținerii unei remunerații, conducători auto neprofesioniști care utilizează propriul autovehicul cu persoane care doresc să efectueze o deplasare urbană, trebuie considerat ca fiind indisociabil legat de un serviciu de transport și ca intrând sub incidența calificării drept „serviciu în domeniul transporturilor, în sensul articolului 58 alineatul (1) TFUE. Un astfel de serviciu trebuie exclus, prin urmare, din domeniul de aplicare al articolului 56 TFUE, al Directivei 2006/123 și al Directivei 2000/31.”

¹² Hotărârea în cauza C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL, disponibilă [Online] la https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2018.072.01.0002.01.ENG, accesat la 20.11.2020. În cauză, o asociație profesională a șoferilor de taxi din orașul Barcelona (Spania) a formulat o acțiune la Tribunalul Comercial din Barcelona prin care se urmărea constatarea faptului că activitățile Uber Systems Spania constituie practici înșelătoare și acte de concurență neloială.

În Italia, mai multe asociații și sindicatele de taxiuri din Milano, Genova și Torino au solicitat instanțelor un ordin de încetare a activității companiei Uber, arătând că, prin intermediul aplicației mobile UberPop, compania concura pe nedrept pe piața serviciilor de taxi, permițând șoferilor să vândă servicii de transport public la prețuri mai mici, fără a respecta cerințele obligatorii de licențiere impuse șoferilor profesioniști. Uber s-a apărat invocând faptul că este doar o platformă web și nu oferă servicii de taxi sau transport. S-a afirmat că aplicația mobilă UberPop creează doar o comunitate web între potențialii șoferi și potențialii pasageri și că nu participă și nu intervine în aceste relații; prin urmare, limitarea accesului Uber la toate piețele ar însemna o violare a principiilor competitivității. Instanțele italiene au considerat că este incontestabil faptul că piața acoperită de Uber este exact aceeași cu cea acoperită de taxiuri¹³. În consecință, instanțele italiene au interzis suspendarea activităților companiei Uber.

De asemenea, instanțele germane din Hamburg¹⁴ și Berlin¹⁵ au decis că UberPop nu respectă cerințele de licențiere pentru serviciile de taxi și au dispus suspendarea și interzicerea activităților Uber.

În Bulgaria, Comisia pentru Protecția Concurenței, în iunie 2015, a stabilit că Uber B.V. și Rasier Operations B.V. au încălcat legislația prin practici comerciale neloiale în furnizarea serviciilor de taxi. Prin lipsa unei cerințe explicite pentru șoferi de a se conforma normelor stabilite în mod legal, Uber și Rasier au creat condiții utilizatorilor-șoferi pentru eludarea legii prin eliminarea costurilor legate de eliberarea licențelor necesare pentru efectuarea transportului cu taxi.

3. Uber și implicațiile asupra mediului concurențial

Din perspectivă concurențială, platformele collaborative și noile modele de afaceri prezintă o serie de avantaje, dar implică, în același timp, și o vigilență a autorităților de concurență. Modelele de afaceri de tip colaborativ exercită o presiune concurențială semnificativă pe modelele de afaceri tradiționale, având un caracter „disruptiv”, oferind adesea un nivel mai scăzut al prețurilor, ca urmare a utilizării unor algoritmi complecși pentru

¹³ Pentru mai multe detalii, a se vedea A. di Amanto, *Uber and the sharing economy*, în the Italian Law Journal nr. 1/2016, pp. 177-190, disponibilă [Online] la <https://www.theitalianlawjournal.it>, accesat 20.11.2020.

¹⁴ Verwaltungsgericht Hamburg 27 August 2014, Case 5 E 3534/14, BeckRS, 55424 (2014) *apud* A. di Amanto, *op. cit.*, p. 180.

¹⁵ Verwaltungsgericht Berlin 26 September 2014, Case 11 L 353.14, *apud* A. di Amanto, *op. cit.*, p. 180. Reclamantul, Taxi Deutschland s-a plâns că Uber a încălcat regulile Germaniei cu privire la transportul de pasageri, mai precis dispoziția potrivit căreia șoferii închiriați privați trebuie să se întoarcă la baza companiei lor după finalizarea unei călătorii, dacă nu au o altă comandă.

determinarea unui nivel dinamic al prețului. Principalele îngrijorări ale autorităților de concurență se referă în special la cazurile de abuz de poziție dominantă al noilor companii, ce ar putea include obligații de natură contractuală sau restricții aplicabile terților.

Consiliul Concurenței din România a realizat un studiu privind efectele noilor modele de afaceri asupra concurenței și a economiei în general¹⁶ în care a identificat principale riscuri ale economiei colaborative și ale platformelor digitale. Acumularea unui număr mare de participanți din piață în cadrul unei singure platforme poate face ca respectiva platformă să dețină o poziție dominantă. Integrarea pe verticală a platformelor, prin trecerea de la calitatea de marketplace la statutul de angajator față de entitatea care oferă servicii tranzacționat prin platformă reprezintă un risc în relația cu celelalte platforme concurente, prin blocarea pieței. O altă îngrijorare privește modul de stabilire a prețului la nivelul piețelor de tip two-sided, care face mult mai grea analiza unor comportamente cum ar fi practicarea unor prețuri de sacrificiu¹⁷.

În plus, analiza antitrust sugerează că platformele Uber sunt un sistem de software interoperabil combinat într-o arhitectură complexă, care este totuși suficient de flexibilă pentru a cuprinde noi componente. Aceasta înseamnă că Uber își poate diversifica cu ușurință afacerea, prin asocierea altor produse și servicii cu platforma, așa cum a făcut de fapt cu produsele alimentare Uber. Din punct de vedere antitrust, acest fapt înseamnă că concurența pe piețele digitale este extrem de dinamică, doar pentru că platformele pot intra cu ușurință pe noi piețe oferind funcționalități noi și inovatoare.

În ceea ce privește sistemul de stabilire al prețurilor practicat de Uber, cunoscut sub denumirea de „sistem de prețuri dinamic”, acesta nu contravine regulilor de concurență. Spre deosebire de prețurile personalizate, prețul dinamic Uber se ajustează aproape instantaneu în conformitate cu cererea și oferta, după un algoritm care ia în calcul diferiți factori, cum ar fi: prețurile concurenților (atunci când compania își schimbă prețurile pentru a ține pasul cu concurenții); potrivirea în timp real a cererii și ofertei; distanța dintre șoferii Uber și pasageri; capacitatea transportului public; și orice alte elemente externe (cum ar fi condițiile meteorologice, sărbătorile legale, congestionarea traficului). Ca rezultat al relației trilaterale descrise, șoferul Uber și utilizatorul

¹⁶ *Implicațiile dezvoltării economiei colaborative asupra mediului concurențial și a politicii de concurență*, disponibil [Online] la http://www.consiliulconcurentei.ro/wp-content/uploads/2020/05/dimplicatiile_dezvoltarii_economiei_colaborative.pdf, accesat 20.11.2020.

¹⁷ Unele practici pot fi considerate de către Comisia Europeană ca reprezentând un *sacrificiu* dacă, prin practicarea unui preț inferior pentru toată sau pentru o parte din producția sa în decursul perioadei de timp relevante sau prin extinderea producției sale în decursul perioadei de timp relevante, întreprinderea dominantă a suferit sau suferă pierderi care ar fi putut fi evitate.

aplicației nu sunt capabili să negocieze direct termenii contractului de transport, cum ar fi prețul, deoarece toate aspectele relevante ale negocierii contractului sunt redată prin intermediul platformei digitale. Utilizarea algoritmilor de stabilire a prețurilor, chiar dacă o astfel de utilizare ar conduce la creșterea prețurilor pentru consumatori nu intră întotdeauna în sfera de incidență a legislației în domeniul concurenței din multe țări. După decizia Comisiei Europene de impunere a unei amenzi record companiei Alphabet, societatea-mamă a Google pentru abuz de poziția dominantă deținută pe piață de motorul său de căutare, oferind un avantaj ilegal unui alt produs Google, a devenit clar faptul că în spatele unui algoritm de căutare se poate ascunde o acțiune ilegală¹⁸.

Recent, vicepreședintele executiv, Margrethe Vestager, responsabil cu politica în domeniul concurenței, a declarat într-o conferință de presă referitoare la deschiderea unei anchete antitrust cu privire la posibilul tratament preferențial al ofertelor Amazon cu amănuntul și ale vânzătorilor de pe piață care utilizează serviciile de logistică și livrare ale Amazon: „Amazon este bazat pe date. Este o companie extrem de automatizată, unde deciziile de afaceri se bazează pe instrumente algoritmice. Investigația noastră arată că datele de afaceri foarte granulare, în timp real, referitoare la listele și tranzacțiile vânzătorilor terți de pe platforma Amazon alimentează sistematic algoritmul afacerii cu amănuntul a Amazon. Pe baza acestor algoritmi, Amazon decide ce produse noi să lanseze, prețul fiecărei oferte individuale, gestionarea stocurilor și alegerea celui mai bun furnizor pentru un produs.”¹⁹

Cu toate acestea, cercetătorii de la Universitatea din Warwick au descoperit că șoferii Uber din Londra și New York acționează ca niște minicarteluri pentru a manipula algoritmi și pentru a genera un preț crescut în sistem. Șoferii se deloghează de la aplicația Uber în același timp, iar prețurile în aplicație vor crește, ca urmare a scăderii numărului de șoferi disponibili. Uber mărește prețurile atunci când există o cerere mare de mașini și o ofertă mică, acest lucru întâmplându-se, de obicei, la orele de vârf ale zilei. Creșterea poate face ca o cursă să coste chiar și mai bine de 5 ori decât în mod normal.

¹⁸ Decizia Comisiei din 27 iunie 2017 în cazul AT. 39740- Google Search (Shopping), disponibilă [Online] la [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1516198535804&uri=CELEX:52018XC0112\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1516198535804&uri=CELEX:52018XC0112(01)), accesat 20.11.2020. În acest scop, Comisia Europeană i-a desemnat pe profesorii universitari Heike Schweitzer și Jacques Crémer și pe asistentul universitar Yves-Alexandre de Montjoye drept consilieri speciali pe probleme legate de viitoarele provocări ale digitalizării pentru politica în domeniul concurenței.

¹⁸ Raportul consilierilor speciali, intitulat „Politica în domeniul concurenței pentru era digitală”, a fost publicat la 4 aprilie 2019. A se vedea <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

¹⁹ Disponibilă [Online] la https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ro/IP_20_2077.

Într-un alt caz relevant din India, Comisia de Concurență a fost sesizată cu o cerere în care se susținea că Uber se angajează în stabilirea unor prețuri sub costuri pentru serviciile sale, practicând tarife reduse pentru clienți și stimulente ridicate nerezonabile pentru șoferi pentru a-i menține în rețeaua sa, cu scopul de a elimina concurența. Comisia a delimitat piața relevantă ca fiind cea a serviciilor de radio – taxi din Delhi. Comisia a observat că cotele de piață fluctuante ale diferiților concurenți au arătat că piața serviciilor de radio-taxi din Delhi avea un caracter competitiv și că Uber nu deținea o poziție dominantă pe piața relevantă; prin urmare, a închis cazul în baza Legii concurenței din 2002. Ulterior, Curtea Supremă a Indiei a observat că Uber pierde o sumă de bani pe fiecare călătorie efectuată de șoferii Uber, fără a exista vreo explicație economică, ceea ce denotă intenția companiei de a elimina concurența pe piață. Curtea a menționat că o astfel de strategie poate decurge din deținerea unei poziții dominante pe o piață relevantă.

Prin urmare, poziția dominantă poate fi evaluată pe baza capacității întreprinderii de a oferi reduceri, independent de structura pieței sau de alți factori relevanți. Decizia Curții Supreme din India este criticabilă, în principal prin prisma faptului că prețurile pe piața platformelor digitale ar trebui tratate diferit de cele de pe piețele tradiționale²⁰. Cu toate acestea, și în ceea ce privește platformele online, precum Uber, se poate argumenta că o formă de abuz ar putea fi exploatarea puterii de piață și mai precis exploatarea împotriva opțiunilor consumatorilor. Platformele digitale mențin „avantajul”, prin colectarea de date, prin monitorizarea activităților clienților și posibilitatea de a reacționa la schimbările pieței în timp real. Această ajustare nu este neapărat legată întotdeauna de o „decizie de preț”. Forma acestei exploatare depinde de natura serviciilor furnizate de platforma online. Așadar, principala întrebare juridică care rămâne este următoarea: dat fiind faptul că algoritmii computerați se pot adapta cu ușurință la condițiile pieței sau pot crește prețurile pentru a reflecta cererea și condițiile de aprovizionare ale pieței relevante la o anumită perioadă, o astfel de „ajustare” ar putea fi calificată drept abuz de poziție dominantă? Această creștere a prețului ar trebui justificată de faptul că este rezultatul unei ajustări algoritmice și nu rezultatul unei decizii (umane) strategice a întreprinderii? Apărarea Uber este că utilizarea algoritmului este doar pentru a determina care este prețul dictat de piață. În orice caz, în opinia noastră, ar trebui să existe o limită superioară, un punct de „filtrare” pentru creșterea prețului, chiar dacă se acceptă că algoritmul funcționează doar pentru a reflecta prețul de piață (real).

²⁰ B. Chandola, *Supreme Court of India upholds investigation against Uber, în Jindal Initiative on Research in IP and Competition*, disponibil [Online] la www.jgu.edu.in, accesat la 20.11.2020. Decizia este disponibilă [Online] la <https://nclat.nic.in/Useradmin/upload/9123996565ed0ea3eec766.pdf>

Poziția dominantă a fost definită ca fiind "o poziție de putere economică de care beneficiază o întreprindere și care îi permite să împiedice menținerea unei concurențe efective pe o piață dată, acordându-i posibilitatea de a se comporta, în mare măsură, în mod independent față de concurenți, de clienții săi și în ultimă instanță față de consumatori."²¹ Aceasta înseamnă că deciziile întreprinderii sunt în mare măsură insensibile la acțiunile și reacțiile concurenților, ale clienților și în ultimă instanță, ale consumatorilor. Evaluarea unei poziții dominante va ține seama de structura concurențială a pieței și în special de următorii factori: poziția pe piață a întreprinderii dominante și a concurenților acesteia; expansiunea sau intrarea pe piață; puterea compensatorie a cumpărătorilor. În ceea ce privește înțelesul sintagmei „preț excesiv”, Curtea a arătat în jurisprudența *United Brands* că un preț este excesiv atunci când „*nu există o legătură rezonabilă cu valoarea economică a produsului avut în vedere.*”

Concluzionând, din perspectiva legislației din domeniul concurenței, evaluarea unei poziții dominante a unei platforme digitale, precum Uber, nu ridică, în mod special, probleme de originalitate (definirea pieței relevante, nivelul cotelor de piață, analiza politicii de preț etc). Cu toate acestea, în ceea ce privește probarea existenței unor practici anticoncurențiale precum: practici agresive, înțelegeri secrete cu privire la prețuri, în timpul utilizării algoritmilor în baza cărora funcționează aceste platforme, poate ridica mai multe probleme juridice.

4. Concluzii

Din perspectivă concurențială, noile modele de afaceri de tip colaborativ pun o presiune semnificativă pe modelele de afaceri tradiționale, oferind adesea un nivel mai scăzut al prețurilor, aducând în economie importante resurse neutilizate către consumatori tot mai exigenți și utilizând algoritmi complecși pentru determinarea unui nivel dinamic al prețului, cu luarea în considerare a unor factori de piață.

Astfel, simpla existență a Uber și activitatea sa economică nu este anticoncurențială în sensul legislației din materia concurenței, deoarece nu dăunează bunăstării consumatorilor. În plus, Uber oferă o opțiune de transport fiabilă și accesibilă, deservind zonele neglijate de operatorii tradiționali. Pe de o parte, furnizorii de servicii tradiționale ar trebui încurajați să exploateze noile tehnologii. Atunci când consumatorii găsesc o ofertă legală care să satisfacă nevoile și cerințele lor contemporane, putem spera la existența unor piețe concurențiale.

²¹ A se vedea cauza 27/76 *United Brands Company și United Brands Continentaal/Comisia* [1978] Rec. 207, punctul 65, cauza 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co./Comisia* [1979] Rec. 461, punctul 38.

Digital contracts: Thinking in trends

Oksana V. Kiriak¹

Rezumat: În contextul globalizării și integrării practicilor de drept privat, problema executării corecte și a certificării valabilității contractelor digitale devine din ce în ce mai importantă. În acest articol, încercăm să facem o analiză aprofundată a principalelor factori determinanți ai tendințelor care determină dezvoltarea contractelor digitale, atât în viața de zi cu zi, cât și în situații de urgență cauzate de răspândirea bolilor respiratorii acute cauzate de virusul COVID-19. Articolul include concluziile la care am ajuns în urma studiului și ne permite să formulăm vectorii generali pentru ulterioara digitalizare a relațiilor juridice.

Cuvinte-cheie: contract; contracte digitale; digitalizare; acorduri digitale; contracte electronice.

Abstract. In the context of globalization and integration of private law practices, the issue of proper execution and valid certification of digital contracts is becoming increasingly important. In this article, we try to make a thorough analysis of the main trend determinants that determine the development of digital contracts, both in everyday life and in emergencies caused by the spread of acute respiratory disease caused by the virus COVID-19. This article demonstrates the conclusions we reached as a result of the study and allows us to formulate general vectors for the subsequent digitalization of legal relations.

Keywords: contract; digital contracts; digitalization; digital agreements; e-contracts.

The transformational changes that have occurred in the Ukrainian legal space after the transition to market mechanisms of economic activity have significantly transformed and continue to optimize the process of digitalization of relations between its subjects. The secondary role of the state in the normative regulation of the market, the development of contractual relations between territorially distant counterparties and the strengthening of legal responsibility for violations in the field of electronic contracts determined the priority of their status in the formation of a system of interactions in the field of transactions in a remote format. In this regard, the increase in the number of digital contracts between various subjects of civil relations is crucial for the

¹ PhD (in Law), associate professor of Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University (Department of Private Law), Ukraine, e-mail: o.kiriak@chnu.edu.ua.

optimal and effective functioning of participants in civil turnover and at the same time progressively increased the relevance of our research.

In order to bridge the gap between the old non-digital practice and current digital ecosystem Das et al. (2019) highlighted, programming digital contracts comes with unique challenges, which include expressing and enforcing protocols of interaction, controlling resource usage, and preventing the duplication or deletion of a contract's assets.² Their opinion had resulted the appearance of many followers (Mira Burri, Rodrigo Polanco and many other). Their findings (2020³) indicated that: the evolution of digital trade provisions in preferential trade agreements, highlighting also some emerging trends.

It would be reasonable to assume that the grave global crisis makes it vital to rethink the process of introducing digital contracts to build a more perfect model of legal transformation that meets the national interests of each state. This determines the important scientific and practical importance of a detailed study of the reform experience of other countries, where the use of electronic agreements is ubiquitous at different levels. Depending on the level of technical development Reshetnyak (2018), identifies three groups of countries: (1) countries in which the submission of documents to the court is mandatory in electronic form and is used in all civil cases (eg, Singapore), (2) countries where the electronic form of filing documents is used at all times, but on a voluntary basis (Israel, US federal courts, Australia), (3) countries where electronic filing is possible in some courts (England, Canada, Germany).⁴

At first glance we have to agree with Burri's statements (2016) that "cross-border data flows are essential to the contemporary digital economy, and while states are eager to seize the opportunity of digitization as the fourth industrial revolution, they also often impose borders in the digital space, so as to protect vital interests, such as national security or privacy".⁵ In this respect, the experience of Germany is very interesting here. According to Kalamayko (2013), one of the most important directions of reforms in the introduction of electronic technologies in civil law and proceedings is the interaction of all

² A. Das, S. Balzer, J. Hoffmann, F. Pfenning, *Resource-aware session types for digital contracts*, Cornell University, November 2019.

³ M. Burri, R. Polanco, *Digital Trade Provisions in Preferential Trade Agreements: Introducing a New Dataset*, *Journal of International Economic Law*, Volume 23, Issue 1, March 2020, p. 187.

⁴ V.I. Reshetnyak, *Electronic form of submission of documents to court (experience of foreign civil proceedings)* [Решетняк В. И. Электронная форма подачи документов в суд (опыт зарубежного гражданского судопроизводства)]. 2018 <http://w.pc-forums.ru/h207.html> [Online] accessed on 13/11/2020

⁵ M. Burri, *The regulation of data flows through trade agreements*, *Geo. J. Int'l L.*, 2016. p. 407.

stakeholders. The Law “On Legal Services”, contains a direct indication of the obligation of lawyers to use the information system of digital proceedings ProfiMahn, which allows the user to establish a two-way system of information exchange with the court and receive all necessary information, the process of its consideration, as well as access to judicial acts.⁶

But still, the global economy, according to Shamel (2016), is undergoing a digital shift that is changing key production and trade models. He presumed that this process is likely to expand in the coming decades with rapid growth in digital trade and also with growing digital-based restructuring of “traditional” manufacturing, agriculture, and services sectors. While trade in “traditional” goods and services is subject to clear and strongly enforceable rules through multilateral, regional, and bilateral agreements, some of the key areas relevant to the digital economy are still weakly regulated. This, over the last few years, has provided more “policy space” to late-coming economies to implement what this paper called digital industrial policy to achieve technological catching-up with the advanced economies. A large number of policy tools including data localization requirements, internet filtering, and technology transfer conditions have been used to promote national digital firms and to allow them to catch-up with the leading firms in the field. As Shamel (2016) continued, China, in particular, has provided a case of digital catching-up through the extensive use of digital industrial policy which enabled Chinese giant internet firms to dominate the domestic market and to use this market as a platform for global expansion and to challenges the position of leading American firms in the field. With the growing importance of digital catching-up economically, more countries, including many advanced economies, might follow suit by implementing digital industrial policy.⁷

More explicitly this aspect was investigated by Dekker et al. (2020) who came to result of conclusion that the broad scope of EU regulatory activism in the digital arena makes US engagement imperative, if for no other reason than to ensure that the interests of US companies are respected, especially regarding any requirements that may affect how they operate in the United States. Some may ask whether engaging with the EU on its active regulatory agenda is appropriate or useful for those seeking a more open, deregulated environment. The reality, however, is that regulation at the EU level often simplifies the hodgepodge of diverting regulations adopted by the twenty-eight member states, creating a relatively more open European market. Moreover, EU efforts to regulate the digital economy, as was described by the authors, are not going

⁶ A.Y. Kalamayko, *Electronic technologies in civil process: questioning* [Каламайко А. Ю. Електронні технології в цивільному процесі: постановка питання] Університетські наукові записки. № 1 (45). 2013. pp. 159-165.

⁷ S. Azmeah, C. Foster, *The TPP and the digital trade agenda: Digital industrial policy and Silicon Valley's influence on new trade agreements*, Working Paper Series, 2016. p. 30.

to disappear, no matter what the United States' reaction. Thus, it is important for the United States to engage early with the EU on these issues.⁸

One of the key factors of innovative development is the presence of a favorable environment and an innovative climate that stimulate the creation of innovations, ensuring the transformation of ideas and developments into market products, the introduction of these products into the most important sectors of the economy and the social sphere. The World Economic Forum estimates that digitalization holds enormous potential for business and society over the next decade and could generate more than \$ 30 trillion in additional. US dollars of income for the global economy until 2025. Currently, the digital economy is one of the most widely discussed aspects of the global socio-economic process, which has numerous, multifaceted and diverse manifestations. From the Burwell's (2018) point of view, three prominent elements need to be researched here: (1) e-commerce; (2) the platform economy; and (3) digital payments at the global perspective.⁹ We truly believe that digital economy is based on the deep penetration of digital technologies, that is, the use of hardware and software for collecting, processing and transmitting digital information, in all spheres of economic activity of social relations.

Assessments of the phenomenon of the digital economy are ambiguous, but researchers agree that its study is absolutely necessary, and only scientific understanding can make it possible to achieve a harmonious combination of technical and technological progress and socio-economic life. As it was proved in Vanden's research (2005), digital contracts (the basic building blocks for asset pricing) are extremely useful financial instruments.¹⁰ It is obvious, that the times when digital contracts will be widely used as "new normal" are rapidly approaching, and all processes of our life without exception are undergoing total automation. As Cardenas et al (2018) have noted, they expect to validate the idea of near-future scenarios where autonomous or semi-autonomous agents are endowed with, a type of, social autonomy and the ability to engage in financial transactions.¹¹ Kononets et al. (2020) shared the assumption that a lot of financial transactions as well as legal obligations are being already transferred in blockchain environment all over the world daily.

⁸ B. Dekker, M. Okano-Heijmans, *Europe's Digital Decade? Navigating the global battle for digital supremacy*, Clingendael Institute, October 1st, 2020, p. 13.

⁹ F.G. Burwell, *The next steps for US-EU digital cooperation. Making America First in the Digital Economy: The Case for Engaging Europe*, Atlantic Council, 1st of May., 2018, p. 15.

¹⁰ J.M. Vanden, *Digital Contracts and Price Manipulation*, The Journal of Business, Vol. 78, No. 5, September 2005, pp. 1910.

¹¹ I.S. Cardenas, J.K. Hoon, *Robot-Human Agreements and Financial Transactions Enabled by a Blockchain and Smart Contracts*, Companion of the 2018 ACM/IEEE International Conference on Human-Robot Interaction, March 2018 p. 337.

However, there are still indefinite perspectives such technology on commodity market applications what confirms a rare practical implementation of smart-contracts in real working projects on the market (for example, there is both lack of literature on using smart-contracts in the food supply chains and only a few even blockchain based projects working on agricultural market all over the world).¹²

The exacerbation of modern problems caused by the simultaneous impact of global crisis processes, imbalances between the sectors of the domestic economy and the upcoming digital transformation of most areas of activity, actualizes the search for effective solutions to modernize such a strategically important industry as the legal processing of transactions. The large-scale use of digital technologies has become a stable trend in the development of contract law around the world in recent years. At the same time, the elements of the modernization mechanism in the digital economy remain uncertain, its content is unidentified and contradictory, only a set of factors that determine the objective need for modernization remains constant – ensuring the country's legal security. Note, this means equipping stakeholders to reap the opportunities that digitalization offers for any economy, and to guide them through the emerging stand-off that arises because of countries' varying normative interpretations and practical applications of digital data.¹³

The wide distribution and variety of manifestations of electronic economic activity have led to the fact that the concept of “electronic commerce” receives a variety of explanations. The consequence of this was the lack of a clear and comprehensive legal regulation of this phenomenon. Serious efforts are being made both by individual states and at the international level to establish uniform regulation. However, the absence of coordination in the regulation of e-commerce leads to the fact that, despite the wide involvement of international intergovernmental and non-governmental organizations, states and individual specialists in this activity, significant results have not yet been achieved. Unfortunately, the Ukrainian legislator does not demonstrate consistency in the normative consolidation of the possibility and procedure for notarization of transactions made in electronic form. Evidence of this can be found at the Legislative Act of Ukraine «On Electronic Documents and Electronic Documents Circulation» (dated 22.05.2003) № 851-IV established that the notarization of the civil law agreement concluded by creation of the electronic document (electronic documents), is carried out in the order

¹² Y. Kononets, M. Rajčániová, *The algorithm of digital contract with features of a smart-contract on a commodity market*, Global and regional problems of informatization in society and nature using, 2020. Volume: 211. pp. 30-33.

¹³ M. Okano-Heijmans, *How to strengthen Europe's agenda on digital connectivity*, Clingendael Institute, 1st of July, 2019, p. 2.

established by the law (art. 8).¹⁴ Instead, the Legislative Act of Ukraine “On Electronic Commerce” № 675-VIII (dated 03.09.2015), adopted 12 years later, on the contrary, states that this normative legal act does not apply to transactions subject to notarization or state registration (p. 2 art. 1).¹⁵ Once again, there is also evidence of alternative source – the Legislative Act of Ukraine “On electronic trust services” (dated 05.10.2017) № 2155-VIII stated that the use of electronic trust services does not change the procedure for transactions established by law. In other words, transactions subject to notarization and / or state registration in cases established by law, are made in electronic form exclusively with the use of qualified electronic trust services and in the prescribed manner (p. 6 art. 17).¹⁶ At the same time, as noted in the Basic Principles of Information Society Development in Ukraine for 2007-2015, Ukraine has its own history of development of the basic principles of the information society: the activities of the world-famous school of cybernetics; formation in the early 90s of the last century of the concept and program of informatization; creation of various information and communication technologies and national information and analytical systems of different levels and purposes (paragraph 2, section 1).¹⁷ Although there have always been certain unclear areas, but recognizing the evolutionary nature of economic development and the inevitability of digitalization, it should be noted that currently, the legislator in my country, as it was shown above, unfortunately, lacks a comprehensive, holistic approach, the use of which would ensure the electronic transformation of the entire contractual ecosystem, as well as the regulatory regulation of this environment.

The next question that calls for the answer, is connected with the possibility of usage digital contracts in e-trials as a new sort of evidences. In modern conditions, the information resource has become one of the main factors influencing the functioning of most state, municipal, public structures and entities. It is assumed that informatization of all spheres of society's life will create an intellectual foundation for solving a wide range of global

¹⁴ On Electronic Documents and Electronic Documents Circulation: Legislative Act of Ukraine № 851-IV (dated 22.05.2003) <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text> [Online] accessed on 13.11.2020.

¹⁵ On Electronic Commerce: Legislative Act of Ukraine № 675-VIII (dated 03.09.2015) <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text> [Online] accessed on 13.11.2020.

¹⁶ On Electronic Documents and Electronic Documents Circulation: Legislative Act of Ukraine № 851-IV (dated 22.05.2003) <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text> [Online] accessed on 13.11.2020.

¹⁷ On the Basic Principles of Information Society Development in Ukraine for 2007-2015: Legislative Act of Ukraine № № 537-V (dated 09.01.2007) <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/537-16#Text> [Online] accessed on 13.11.2020.

problems. At the same time, the transition of information to the category of strategic resources of the state and society poses an acute problem of managing this resource. There is a steady trend towards an increase in the share of automated generation, processing, collection, storage, transmission, search, presentation and reproduction of information in the management processes of all levels of life both in the activities of an individual and society as a whole. Information systems and processes, communication technologies penetrate deeper and deeper into various spheres of state administration. The system of judicial proceedings did not stand aside either.

Initially, in such a system, in accordance with paragraph 1 of the Concept of the electronic court of Ukraine, any information can be entered and used at any workplace where the appropriate level of access is authorized.¹⁸ Moreover, Petrenko (2019) has expressed concern for the fact that electronic forms of legal relations have reached such a level in the flood of life, but the stench has become an important part of information, and that will require a specific regulatory regulation when victorious in the process of verifying civilly.¹⁹

Specifically, this change may begin in the form of the Khanyk-Pospolitak`s suggestions (2017) of highlighting the main trends of digital tools implementation in courts, such as: (1) saving money and time; (2) speeding up the terms of dispute resolution; (3) simplification of access of process participants to case materials; (4) simplification of the work of all subjects of civil proceedings.²⁰ The point is, however, that while the idea of extended use of digital contracts by courts (as the evidences) is at an early stage of its application, further implementation of tasks on the development and modernization of information technology is still needed, which will allow to reach a qualitatively higher level in the field of court informatization and the use of electronic systems. In addition, Pekarchuk and Pushenko (2017) emphasized that the use of modern technologies (including the digital contracts) dramatically simplifies the proceedings, saves time and money of citizens, provides transparency and accessibility; and for the judiciary it is the

¹⁸ Information Judicial Systems: the concept of the electronic court of Ukraine. 2012 http://www.kbs.org.ua/files/koncept_d.pdf [Online] accessed on 13.11.2020.

¹⁹ V.S. Petrenko, *Problems of legal regulation and use of electronic court* [Петренко В. С. Проблеми правового регулювання та використання електронного суду] <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/9503/Petrenko%2041-49.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Online] accessed on 13.11.2020.

²⁰ R. Khanyk-Pospolitak, *Introduction of electronic justice in civil proceedings of Ukraine* [Ханик-Посполітак Р. Запровадження електронного правосуддя у цивільному судочинстві України] *Право України*. 2017. № 8. pp. 122-129.

optimization and automation of the judiciary, the development of technology and budget savings.²¹

Note that in the context of digitalization of the legal sphere, one of the limiting factors for increasing the efficiency of electronic contracts related to the transfer of funds, the applied regulatory methods are aimed at solving individual local problems and do not help to eliminate the remaining problems: low quality of digital legislation, mistrust of state authorities on the part of subjects of civil legal relations, especially the national legal mentality, etc. In this regard, the process of improving the legal framework and accumulating resources for general digitalization should be complex, including the optimization of office procedures and the harmonization of civil relations. Thus, in 2000, Jonathan and colleagues applied the concept of number and variety of derivatives contracts available over the counter, on exchanges, and through private placements has grown substantially in the past decades. In fact, there is a small cottage industry devoted simply to the classification of contracts into hierarchies. Meanwhile, different academicians and practitioners are busily employed deriving formulas to value these increasingly complex contracts.²² In addition, Vaden (2005) have expressed the concern, the while digital contracts continue to proliferate across many financial markets, there are some markets in which digitals are traded, it is not immediately clear that corporate insiders are involved in these transactions.²³ Evidence of this can be found in the results of Fortenberry`s research (2019), where he claimed that the conclusion calls for a critical discussion of the principles of digital documentation in legal preservation. This discussion begins a dialogue about dynamic and flexible best practices in digital documentation deployment in research and legal practice, as these technologies become more accessible to academic programs and preservation practitioners in the years ahead.²⁴ Recently, the so-called smart contracts are becoming more widespread in applied sciences, which, in contrast to the software agreements, have much in common with the digital contracts we studied in this article.²⁵

²¹ V.M. Pekarchuk, N.V. Pushenko, *Introduction of electronic court - a significant step towards improving the efficiency of justice in Ukraine* [Пекарчук В. М., Пушенко Н. В. Запровадження електронного суду – помітний крок до підвищення ефективності судочинства в Україні] Вісник ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка. 2017. № 1 (77). pp. 81-88.

²² J.E. Ingersoll, *Digital Contracts: Simple Tools for Pricing Complex Derivatives*, The Journal of Business, Vol. 73, No. 1, January 2000, p. 67.

²³ J.M. Vaden, *Digital Contracts and Price Manipulation*, The Journal of Business. Vol. 78, No. 5, September 2005, pp. 1907.

²⁴ B. Fortenberry, *Digital Documentation in Historic Preservation Education and Research: Prospects and Perils*, Preservation Education & Research. Vol. 11/2019, pp. 81-116.

²⁵ M. Bartoletti, *Smart Contracts*, Frontier in Blockchain, Vol. 3. Art. 27. June, 2020. pp. 1-5.

The process of integration of communication and information technologies in society proceeds against the background of inequality in the level of knowledge, experience and tools of individuals, depending not only on the amount of income, but also on geographic factors, local living conditions, and, last but not least, on professional affiliation. In this regard, the regulation of public relations on the use of modern technologies, among which the most common are elements of electronic document management (in particular, electronic contracts) and analogs of a handwritten signature are becoming relevant in the formation of legal reality. Furthermore, in 2006 Kukharev commented that notarial dedication to the righteousness can be given to all demands, which should be put before the written right holders, with one exception – dedicated to a specially appointed person (notary, appointed persons, consuls), according to the law of Ukraine before the notary.²⁶ As Laborde continued in 2010, contracts relates to real estate (except lease contract), family and succession law, or requiring the involvement of courts or public authorities as well as suretyship or collateral contracts may still require a handwritten signature.²⁷ In case an EU member state decides to exclude the applicability of the Electronic Commerce Directive to other contracts. It has to submit a report to the European Commission every five years explaining the reasons for maintaining the exclusion (Art. 9.3). Williams A. et al. (2011) also paid attention to the fact that despite the existence of extensive legal frameworks anticipating their use, formal electronic signatures (i.e. using encryption technology to provide authentication) remain the exception even in business use.²⁸ Finally, as Shamel mused in 2016, there is no longer a privacy justification for data localization rules.²⁹ From what we can see, the rapid development of information technologies inevitably leads to the transformation of social, legal, socio-economic relations. Institutions of digital contract and electronic digital signature are tools for ensuring the dynamics of civil turnover and means of protecting the subjective rights and interests of e-commerce participants who conclude transactions in electronic form.

Changes in the principles of organizing the economic structure that have occurred in our country today have necessitated not only a radical revision of the means of legal regulation of new economic relations, but also a change in the general legal understanding of the relevant legal institutions and the economic relations regulated by them. In this context of total digitalization of

²⁶ G.P. Kukhareva, *Forms of the transaction* [Кухарева Г. П. Форми правочину] Вісник Харківського національного університету права. 2006, pp. 298-302.

²⁷ С.М. Laborde, *Electronic Signature in International Contracts*, Peter Lang, 2010, pp. 77-78.

²⁸ A. Williams, D. Calow, A. Lee, *Digital Media Contracts*, OUP Oxford, 2011, p. 339.

²⁹ S. Azmeh, C. Foster, *The TPP and the digital trade agenda: Digital industrial policy and Silicon Valley's influence on new trade agreements*, Working Paper Series, 2016, p. 28.

commercial circulation, starting from the stage of pre-contractual consultations, including the conclusion of digital contracts and their implementation, one of the restraining factors in the development of this area of economic relations (and a key trend) is imperfect legal regulation of some aspects of law enforcement. Therefore, the process of digitizing documents must be comprehensive, with the obligatory harmonization of business practices in order to tolerate international experience.

Internet Cookies – fișierele cu răvaș juridic Internet Cookie – the files with juridical “fortune”

Ștefan Răzvan Tataru¹

Rezumat: Intrarea în vigoare a Regulamentului general privind protecția datelor (Regulamentul UE 2016/679) a readus în discuție fișierele cookies și ingerința lor în viața privată a utilizatorilor Internet, o problemă veche, rămasă neclarificată și nereglementată de la apariția acestora, în anul 1994. Prezentul studiu urmărește analiza fișierelor de tip „cookies” și a implicațiilor juridice prin raportare la operațiunile de comerț internațional și reglementările din domeniul protecției datelor. Internet Cookies desemnează fișiere de mici dimensiuni care conțin informații privind utilizatorul, extrase din analiza activității online a acestuia. Fișierele cookies facilitează experiența digitală a utilizatorului, fiind responsabile de memorarea preferințelor, setărilor sau numelui de utilizator, dar și de afișarea campaniilor de publicitate personalizată sau creșterea prețului unui produs vizitat anterior. Monitorizarea comportamentului online a utilizatorilor poate determina avantaje economice pentru deținătorii de website-uri, însă ridică probleme complexe în ceea ce privește legalitatea prelucrărilor de date cu caracter personal și protecția acestora.

Cuvinte-cheie: cookies; protecția datelor; date cu caracter personal; Internet; RGPD.

Abstract: The entry into force of the General Data Protection Regulation (EU Regulation no. 2016/679) brought back into question cookies and their interference with the privacy of Internet users, an old problem, which has remained unclarified and unregulated since their development in 1994. This study aims to analyse cookies and their legal implications in relation to international trade operations and data protection regulations. Internet Cookies are small files that contain information about the user, extracted from the analysis of his online activity. Cookies facilitate the user's digital experience, being responsible for storing preferences, settings or username, but also for displaying personalized advertising campaigns or the price fluctuation of a previously visited product. Monitoring users' online behaviour can determine economic advantages for the website owners; however, it raises complex issues regarding the legality of the processing of personal data and the data protection means.

Keywords: cookies; data protection; personal data; Internet; GDPR.

¹ Doctor, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, razvantataru@gmail.com

I. Introducere

Prin intermediul a miliarde de biți de informații care călătoresc zilnic la nivel internațional, Internetul conectează peste 4 miliarde de oameni² la vaste resurse informatice, oferă acces la numeroase servicii și bunuri din întreaga lume. Succesul la nivel internațional nu ar fi fost posibil fără introducerea tehnologiei *World Wide Web (WWW)* ca instrument de organizare în mod uniform a unei varietăți de suporturi (text, grafică, imagini, sunet, video) disponibile pe Internet. Astfel, conținutul disponibil online devine accesibil inclusiv utilizatorilor neexperimentați prin intermediul browser-ului Web³ – o interfață simplă și ușor de utilizat⁴.

Accesibilitatea tehnologiei Internet pentru mai bine de jumătate din populația globului și diversitatea activităților care au devenit realizabile online determină prelucrări complexe de date cu caracter personal și totodată, vulnerabilități în ceea ce privește protecția acestora.

1. Internetul și comerțul internațional

Inițial, Internetul a fost dezvoltat și utilizat pentru transferul de date între calculatoare aflate într-o rețea extinsă, globală, de unde și denumirea de *world wide web*. Ulterior, acesta a devenit mediul propice pentru actele de comerț la nivel internațional, profesioniștii observând oportunitatea de a utiliza funcțiile rețelei pentru accesarea unei piețe internaționale. Internetul nu s-ar fi dezvoltat într-un ritm rapid și nu s-ar fi extins la nivel global dacă acest demers nu era motivat de un câștig financiar pentru părțile implicate, realizabil în primă etapă prin campaniile de promovare / marketing a unor societăți, produse, servicii sau persoane.

² [Online] <https://www.statista.com/topics/1145/internet-usage-worldwide/>, accesat 10.10.2020.

³ Un browser Web este o aplicație software care rulează pe computer sau pe un alt dispozitiv compatibil cu Internetul, prin care utilizatorii pot prelua, vizualiza și interacționa cu conținut multimedia bazat pe Web, cum ar fi pagini web, imagini sau videoclipuri. Printre cele mai cunoscute browsere web utilizate la nivel internațional amintim *Netscape Navigator*, *Microsoft Internet Explorer*, *Mozilla Firefox*, *Google Chrome*, *Apple Safari*, *Opera*. A se vedea Michael S. Daubs, *Web browsers* în D. Merskin (coord.), *The SAGE international encyclopedia of mass media and society*, volume 1, Thousand Oaks, CA: SAGE Publications, Inc., 2020, doi: 10.4135/9781483375519.n7312020, pp. 1891-1893; C.T. Ungureanu, *Implicațiile Internetului în viața juridică* în *Analele Științifice ale Universității „Al. I. Cuza” Iași*, Tomul LXIII, Științe Juridice, nr. 2/2017, pp. 1-2.

⁴ V. Mayer-Schonberger, *The Internet and Privacy Legislation: Cookies for a Treat?* în *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, volume 14, 1998, p. 166, [Online] [https://doi.org/10.1016/S0267-3649\(98\)80024-1](https://doi.org/10.1016/S0267-3649(98)80024-1), accesat 1.11.2020.

Tehnologizarea accelerată a determinat evoluții de amploare în modul în care societățile își desfășoară afacerile, majoritatea fiind nevoite să își dezvolte activitatea comercială și în mediul online⁵. În contextul determinat de pandemia cu virusul COVID-19, digitalizarea activităților comerciale și transferul acestora în mediul online a reprezentat un obiectiv important pentru afacerile de pe plan local care, în condiții obișnuite, nu ar fi necesitat o prezență pe Internet. Mutarea activităților comerciale în online vine cu avantaje precum accesul la o piață internațională, promovare rapidă și direcționată sau reducerea costurilor cu logistica spațiilor fizice dar, concomitent, prezintă și dezavantaje precum riscurile juridice considerabile determinate de prelucrările de date cu caracter personal și condițiile obligatorii impuse pentru comercializarea anumitor produse / servicii sau securitatea tranzacțiilor.

Prin intermediul Internetului, o persoană izolată din punct de vedere geografic poate realiza activități de comerț electronic la nivel transnațional⁶. Prin intermediul unui website de prezentare a produselor sau serviciilor ori printr-un magazin online, societățile pot fi prezente pe o piață internațională la costuri mult mai reduse decât cele necesare deschiderii și funcționării unei reprezentanțe sau cele generate de contractarea unui agent în străinătate. Direct proporțional cu beneficiile aduse de prezența comerciantului pe o piață digitală, nelimitată din punct de vedere teritorial sau al numărului de consumatori, activitatea online poate prezenta riscuri juridice considerabile determinate de vulnerabilitățile ce planează asupra securității informațiilor confidențiale și asupra protecției datelor cu caracter personal ale utilizatorilor website-ului.

Adițional activităților de export și înființarea de reprezentanțe, sucursale sau filiale în state străine, prezența online prin intermediul unui website sau magazin online poate reprezenta o modalitate de pătrundere pe piețe de desfacere străine.

2. Aspecte introductive privind website-urile

World Wide Web (abreviat *WWW*) este construit și funcționează la nivel internațional ca urmare a utilizării unor mecanisme standardizate. Astfel, tot conținutul disponibil pe Web este formatat într-un limbaj general, uniform, numit *HyperText Markup Language (HTML)* iar toate cererile de informații și răspunsurile sunt realizate și transmise în conformitate cu un protocol standard similar. Practic, în momentul în care utilizatorul accesează o adresă de pe *WWW*, de exemplu website-ul Facultății de Drept, browserul internet va trimite o cerere de informații către serverul web unde este găzduit domeniul

⁵ Ș.R. Tataru, *Provocări juridice ale comerțului cu medicamente în Analele Universității Alexandru Ioan Cuza din Iași – seria Științe Juridice*, nr. 2/2017, p. 275.

⁶ C.T. Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional*, Editura Hamangiu, București, 2018, p. 21.

accesat. Serverul web va răspunde la cerere prin transmiterea informațiilor dorite către computerul utilizatorului, afișând prin intermediul browserului informațiile solicitate – conținutul website-ului Facultății de Drept⁷.

Societățile din domeniul digital cu o prezență internațională, precum *Google Inc.*, *Facebook Inc.*, *Amazon*, folosesc un volum impresionant de date colectate direct de la propriii utilizatori, prin analiza și extragerea informațiilor din activitatea desfășurată de aceștia în mediul online⁸.

Datele privind consumatorii reprezintă o resursă importantă pentru orice societate întrucât prin analiza intereselor și preferințelor clienților își pot adapta portofoliul de produse și servicii, pot îmbunătăți anumite caracteristici pentru anumite produse și, totodată, pot genera comunicări de marketing personalizate. Pentru a colecta date, societățile utilizează fișierele cookies și informații extrase din istoricul de navigare sau din activitatea desfășurată pe rețelele de socializare⁹.

Unul dintre mecanismele care stă la baza industriei publicității digitale este personalizarea, sub formă de reclame direcționate, care sporesc probabilitatea transformării unui utilizator în potențial cumpărător. Întreaga procedură de personalizare, începând cu procesul prim de colectare a informațiilor privind utilizatorul prezintă riscuri importante asupra confidențialității datelor cu caracter personal implicate. Cu atât mai mult, urmărirea efectuată prin intermediul fișierelor cookies are ca rezultat faptul că agențiile de publicitate au acces la o mare parte din istoricul de navigare al utilizatorilor, date care ar putea dezvălui informații sensibile, precum informații privind starea de sănătate sau opiniile politice¹⁰.

⁷ Pentru similitudine a se vedea V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 166.

⁸ C. Pelau, M. Niculescu, M. Stanescu, *Consumer's perception on the advantages and disadvantages of cookies and browsing history* în Proceedings of the International Conference on Business Excellence, Sciendo, vol. 14(1), iulie 2020, DOI: 10.2478/picbe-2020-0079, p. 829.

⁹ C.T. Ungureanu, *Implicațiile Internetului...*, p. 5; A. Șerban, *Lex informatica și protecția datelor cu caracter personal* în Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași Tomul LXVI/I, Științe Juridice, 2020, p. 224; J. Goicovici, *Consimțământul consumatorului la prelucrarea datelor personale în contractele business to consumer – condiția consimțământului granular* în Analele Universității de Vest din Timișoara, Seria Drept, nr. 2/2019, p. 9; C. Pelau, M. Niculescu, M. Stanescu, *op. cit.*, p. 829.

¹⁰ I. Sanchez-Rola, M. Dell'Amico, P. Kotzias, D. Balzarotti, L. Bilge, P.-A. Vervier, I. Santos, *Can I Opt Out Yet? GDPR and the Global Illusion of Cookie Control* în Proceedings of the 2019 ACM Asia Conference on Computer and Communications Security (Asia CCS '19) Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, DOI:<https://doi.org/10.1145/3321705.3329806>, p. 340; H. Kwon, H. Nam, S. Lee, C. Hahn, J. Hur, *(In-)Security of Cookies in HTTPS: Cookie Theft by Removing Cookie Flags*, in IEEE Transactions on Information Forensics and Security, vol. 15, pp. 1204-1215, 2020, doi: 10.1109/TIFS.2019.2938416. A se vedea și website-ul Mozilla Developer, secțiunea *Using*

Studiile¹¹ privind impactul utilizării cookies asupra confidențialității datelor cu caracter personal relevă faptul că aceste fișiere pot colecta informații în scopul personalizării prețurilor pentru utilizatori specifici sau chiar pentru supravegherea populației de către serviciile de informații (prin intermediul *third-party cookies*)^{12, 13}. Practic, cookies colectează și prelucrează date privind interesele utilizatorului referitoare la achiziția unor bunuri și servicii, care prin prelucrare automatizată generează o creștere ipotetică a cererii în raport cu oferta. Aceste analize pot prezice prețul maximal la care cumpărătorul ar fi dispus să achiziționeze produsul sau pot determina o modificare a prețului în funcție de comportamentul online al utilizatorului¹⁴.

Modalitatea în care reglementările privind confidențialitatea datelor au impactat serviciile societății informaționale a determinat modificări în utilizarea, interacțiunea și proiectarea fișierelor cookies în ceea ce unii specialiști au denumit „economia informației personale” (*personal information economy*)¹⁵ sau „capitalism de supraveghere” (*surveillance capitalism*)¹⁶.

HTTP cookies, [Online] <https://developer.mozilla.org/en-US/docs/Web/HTTP/Cookies>, accesat 1.11.2020.

¹¹ A. Hannak, G. Soeller, D. Lazer, A. Mislove, C. Wilson, *Measuring price discrimination and steering on e-commerce web sites* în Proceedings of the 2014 Conference on Internet Measurement Conference, IMC 2014, <https://doi.org/10.1145/2663716.2663744>, pp. 305–318.

¹² S. Englehardt, D. Reisman, C. Eubank, P. Zimmerman, J. Mayer, A. Narayanan, E. W. Felten, *Cookies That Give You Away: The Surveillance Implications of Web Tracking* în Proceedings of the 24th International Conference on World Wide Web (WWW '15), 2015, DOI:<https://doi.org/10.1145/2736277.2741679>, pp. 289–299.

¹³ A. Dabrowski, G. Merzdovnik, J. Ullrich, G. Sendera, E. Weippl, *Measuring Cookies and Web Privacy in a Post-GDPR World* în D. Choffnes, M. Barcellos (coord.), *Passive and Active Measurement*, PAM 2019. Lecture Notes in Computer Science, vol 11419, Ed. Springer, 2019, https://doi.org/10.1007/978-3-030-15986-3_17, p. 4; R. Sava, *Dreptul omului în fața mașinii. Dans și echilibru într-un univers digital*, 6 octombrie 2020, [Online] https://www.juridice.ro/698715/dreptul-omului-in-fata-masinii.html#_ftn43, accesat 1.11.2020.

¹⁴ Pentru informații suplimentare privind modul în care fișierele cookies pot influența prețurile bunurilor și serviciilor disponibile online a se vedea: *Browser Cookies used for Dynamic Pricing*, 8 noiembrie 2016, material disponibil online la adresa: <https://cookiecontroller.com/dynamic-pricing-cookies/> și A. Aziz, R. Telang, *What Is a Digital Cookie Worth?*, 31 martie 2016, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2757325>, articol disponibil online la adresa: <https://ssrn.com/abstract=2757325>.

¹⁵ G. Elmer, *Profiling machines: Mapping the personal information economy*, MIT Press, Cambridge, 2003 *apud* M. L. Jones, *Cookies: a legacy of controversy* în Internet Histories Journal, volume 4, issue 1, 2020, doi: 10.1080/24701475.2020.1725852, p. 89.

¹⁶ S. Zuboff, *The age of surveillance capitalism: The fight for a human future at the new frontier of power*, Ed. PublicAffairs, New York, 2019 *apud* M. L. Jones, *op. cit.*, p. 89.

II. Prelucrări de date cu caracter personal prin intermediul cookies

Nivelul de tehnologie existent permite monitorizarea constantă și continuă a tuturor activităților din mediul fizic sau *offline* dar în special a celor din mediul online. Specialiștii¹⁷ din domeniul IT confirmă temerile utilizatorilor în ceea ce privește confidențialitatea activității desfășurate în mediul online, căutărilor pe motoarele de căutare Web, lista website-urilor vizitate sau a link-urilor care au prezentat interes. Cele trei surse de informații prezentate anterior au ca numitor comun, de cele mai multe ori, fie adresa de email, fie adresa IP a utilizatorului, acesta reprezentând punctul de plecare în generarea profilului comportamental al utilizatorului. Corelarea tuturor datelor și intereselor utilizatorului în cadrul unui profil de utilizator prezintă beneficii și riscuri cu privire la modul în care persoanele cu acces la datele cu caracter personal le pot prelucra. De exemplu, un utilizator care folosește motoarele de căutare pentru a obține informații privind arme, muniții și tipuri de explozibili, accesează website-uri de profil militar și ulterior achiziționează bilete de avion, ar putea fi supus unor anchete sau limitări la sosirea în aeroport, ca urmare a unor interpretări greșite a datelor din partea autorităților, care nu au avut acces la informația conform căreia persoana vizată realiza un studiu științific cu privire la modalitățile de comercializare a armamentului.

Comercializarea bunurilor și serviciilor, în special în mediul online, se realizează cu ajutorul campaniilor de promovare sau de marketing. În cadrul acestor activități, cele mai importante elemente sunt reprezentate de datele utilizatorilor sau consumatorilor. Prin analiza acestor informații personale, societățile pot genera profiluri¹⁸ de utilizator ce vor fi utilizate ulterior pentru

¹⁷ P.F. Anderson, *Internet Cookies. How Edible Are They?* în Health Care on the Internet Journal, volume 2, issue 1, 1998, The Haworth Press Inc., DOI: 10.1300/J138v02n01_10, p. 94.

¹⁸ Profilarea este definită conform art. 4 alin. (4) din RGPD drept „*orice formă de prelucrare automată a datelor cu caracter personal care constă în utilizarea datelor cu caracter personal pentru a evalua anumite aspecte personale referitoare la o persoană fizică, în special pentru a analiza sau prevedea aspecte privind performanța la locul de muncă, situația economică, sănătatea, preferințele personale, interesele, fiabilitatea, comportamentul, locul în care se află persoana fizică respectivă sau deplasările acesteia*”. Totodată, conform considerentului nr. 24 din RGPD, „monitorizare a comportamentului” poate fi considerată orice activitate de prelucrare prin care „*persoanele fizice sunt urmărite pe internet, inclusiv posibila utilizare ulterioară a unor tehnici de prelucrare a datelor cu caracter personal care constau în crearea unui profil al unei persoane fizice, în special în scopul de a lua decizii cu privire la aceasta sau de a analiza sau de a face previziuni referitoare la preferințele personale, comportamentele și atitudinile acesteia*”. A se vedea și Grupul de lucru „Articolul 29” pentru protecția datelor, *Orientări privind procesul decizional individual automatizat și crearea de profiluri în sensul Regulamentului (UE)*

elaborarea de mesaje publicitare personalizate și pentru îmbunătățirea interacțiunii utilizatorului cu marca comerciantului. Generarea de profiluri prezintă un risc major asupra dreptului la protecția datelor întrucât operatorul, prin acest mod automatizat de prelucrare a datelor cu caracter personal, poate influența comportamentul și deciziile utilizatorului, fără ca acesta din urmă să resimtă o intruziune în propriul sistem decizional¹⁹.

Regulamentul general privind protecția datelor cu caracter personal impune operatorilor deținători de website-uri să informeze și să solicite permisiunea utilizatorilor atunci când intenționează să instaleze anumite fișiere de tip cookies pe dispozitivele acestora pentru prima dată²⁰. Având în vedere condițiile impuse de RGPD pentru obținerea consimțământului, operatorii trebuie să aloce resurse suplimentare pentru a se asigura că utilizatorii înțeleg ce sunt fișierele cookies, cum funcționează acestea în raport cu dispozitivul și datele personale și, nu în ultimul rând scopul prelucrării datelor de către deținătorul website-ului.

Directiva asupra confidențialității și comunicațiilor electronice²¹ identifică în mod specific utilizarea setărilor unui browser ca mijloc de acordare a consimțământului. Cu toate acestea, considerăm că un nivel ridicat de protecție a confidențialității datelor poate fi atins prin corelarea setărilor personalizate ale browserului în ceea ce privește modul de utilizare a cookies cu modul de conformare a website-ului la prevederile RGPD în ceea ce privește informarea consumatorului și, după caz, obținerea consimțământului acestuia. Considerăm că, în prezent, nu putem vorbi de conformare deplină la cerințele RGPD bazată exclusiv pe capacitățile browserului, însă acest deziderat trebuie încurajat întrucât utilizatorul ar putea stabili un nivel optimizat asupra confidențialității datelor²².

2016/679, adoptate la 3 octombrie 2017, [Online]: <https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1602>, accesat 1.11.2020.

¹⁹ C. Pelau, M. Niculescu, M. Stanescu, *op. cit.*, pp. 829, 831.

²⁰ A se vedea Article 29 Data Protection Working Party, *Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies*, adopted on 2 October 2013, WP208, pp. 3-4, [Online]: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208_en.pdf, accesat 1.11.2020.

²¹ Directiva nr. 2002/58/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 iulie 2002 privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor publice, publicată în JO L 201, 31.07.2002.

²² International Chamber of Commerce United Kingdom, *ICC UK Cookie guide*, London, 2012, document disponibil online la adresa: https://www.accenture.com/_acnmedia/pdf-25/accenture-icc-uk-cookie-guide.pdf, p. 4; C. Pelau, M. Niculescu, M. Stanescu, *op. cit.*, p. 829.

1. Fișierele Cookies

Fișierele *Cookies HyperText Transfer Protocol (HTTP)* sau *Internet Cookies* sunt utilizate pe scară largă pentru a spori eficiența comunicării între dispozitivul utilizatorului (denumit client) și serverul web prin stocarea informațiilor de stare²³.

Cookies sunt informații generate de un server Web și stocate în computerul utilizatorului, pentru a fi accesate ulterior. Cookies sunt încorporate în fluxul bidirecțional de informații HTML dintre dispozitivul utilizatorului și serverele web. Fișierele cookie au fost dezvoltate și implementate pentru a permite personalizarea de către utilizator a informațiilor web. De exemplu, cookies sunt utilizate pentru a personaliza motoarele de căutare web, pentru a permite utilizatorilor o singură participare în cadrul concursurilor online sau pentru a memora produsele din lista de cumpărături pe care le-a selectat un utilizator în timp ce naviga prin conținutul unui magazin online²⁴.

Înainte de a analiza modul în care fișierele de tip cookies pot influența operațiunile de comerț internațional și pot determina prelucrări de date cu caracter personal, considerăm necesară definirea conceptului de fișiere cookies și modul în care acestea funcționează.

1.1. Clarificări asupra conceptului de cookies

Termenul „*cookies*” desemnează fișierele care conțin cantități mici de informații și care sunt descărcate pe dispozitivul utilizatorului în momentul în care acesta vizitează un website²⁵. Ulterior, fișierele cookies sunt trimise înapoi la website-ul de origine, la fiecare vizită ulterioară, sau la un alt website care recunoaște acel cookie. Utilitatea cookies rezidă în posibilitatea website-ului de a recunoaște dispozitivul unui utilizator anterior și de a personaliza experiența digitală a acestuia din urmă²⁶. Cookies pot îndeplini sarcini variate precum facilitarea navigării eficiente a utilizatorului între paginile website-ului, memorarea preferințelor și îmbunătățirea experienței online²⁷.

²³ H. Kwon, H. Nam, S. Lee, C. Hahn, J. Hur, *op. cit.*, pp. 1204-1215. A se vedea și website-ul Mozilla Developer, secțiunea *Using HTTP cookies*, [Online]: <https://developer.mozilla.org/en-US/docs/Web/HTTP/Cookies>, accesat 1.11.2020.

²⁴ V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 166. G. Fleishman, *Fresh From Your Browser's Oven* în *The New York Times*, 15 iulie 1999, [Online]: <https://www.nytimes.com/1999/07/15/technology/fresh-from-your-browser-s-oven.html>, accesat 1.11.2020.

²⁵ A se vedea M. Maxim, *Processing Personal Data by Cookies* în *Revista de Științe Politice, UCV*, nr. 49/2016, p. 67, [Online]: https://cis01.central.ucv.ro/revistadestiinte/politice/files/numarul49_2016/7.pdf, accesat 1.11.2020; H. Kwon, H. Nam, S. Lee, C. Hahn, J. Hur, *op. cit.*, p. 1204.

²⁶ M.L. Jones, *op. cit.*, pp. 87-88.

²⁷ International Chamber of Commerce United Kingdom, *ICC UK Cookie guide*, London, 2012, p. 7; A. Dabrowski, G. Merzdovnik, J. Ullrich, G. Sendera, E. Weippl, *op.*

Fiecare fișier cookie este caracterizat de un nume, o valoare, un domeniu web cu care este asociat și o dată de expirare²⁸. Ori de câte ori un browser emite o solicitare *HTTP(S)*, toate cookies asociate cu domeniul web țintă sunt trimise la serverul web, acesta identificând utilizatorul și preferințele acestuia setate la ultimele vizite²⁹.

În esență, fișierele cookies folosesc informații specifice utilizatorului, transmise de serverul Web pe computerul utilizatorului, astfel încât informațiile să poată fi disponibile pentru acces ulterior, pentru acesta sau pentru alte servere. În majoritatea cazurilor, nu numai că stocarea informațiilor personale într-un cookie trece neobservată, dar și accesul la acestea. Serverele web obțin automat acces la fișierele cookies relevante ori de câte ori utilizatorul stabilește o conexiune la acestea³⁰.

În lipsa utilizării fișierelor cookies, informațiile colectate de deținătorii website-urilor ar fi limitate la numărul de accesări ale paginilor și domeniile Internet din care acestea provin. Deși oferă funcționalități substanțial crescute utilizatorilor, permițând deținătorilor de website-uri să simplifice și să personalizeze secțiuni web pentru fiecare utilizator, acest lucru se realizează cu riscul de a compromite confidențialitatea datelor utilizatorilor³¹.

Fișierele cookies au fost inventate de către informaticianul Lou Montulli, absolvent al Universității din Kansas, pentru societatea *Netscape Communications Corporation* care încerca să transforme prezența digitală a societăților comerciale prin intermediul website-urilor de prezentare în activități economice desfășurate în mediul online³². Cookies au fost dezvoltate pentru a monitoriza dacă utilizatorii au vizitat website-ul de mai multe ori și pentru a oferi tehnologia necesară lansării magazinelor de comerț electronic³³. Întrucât nu există informații privind originea denumirii, presupunem că inventatorul a observat, în momentul dezvoltării coșului de cumpărături online (*electronic shopping cart*), similaritatea dintre fișierele cookies, care trec neobservate dar

cit., p.3; P.F. Anderson, *op. cit.*, p. 91; I. Sanchez-Rola, M. Dell'Amico, P. Kotzias, D. Balzarotti, L. Bilge, P.-A. Vervier, Igor Santos, *op. cit.*, p. 341; H. Kwon, H. Nam, S. Lee, C. Hahn, J. Hur, *op. cit.*, p. 1204. V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 166.

²⁸ G. Seuchter, S. Proßnegg, V. Beimrohr, D. Branley-Bell, *The Crux of Cookies Consent: A Legal and Technical Analysis of Shortcomings of Cookie Policies in the Age of the GDPR* în Jusletter IT, 28 februarie 2020, DOI: 10.38023/5f700184-d8ee-4bdb-b906-7cde70fbf0a2, p. 192.

²⁹ I. Sanchez-Rola, M. Dell'Amico, P. Kotzias, D. Balzarotti, L. Bilge, P.-A. Vervier, I. Santos, *op. cit.*, p. 341.

³⁰ V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 166.

³¹ P.F. Anderson, *op. cit.*, p. 91.

³² S. Singleton, *How Cookie-Gate Crumbles*, 11 iulie 2000, Cato Institute website, <https://www.cato.org/publications/commentary/how-cookiegate-crumbles>.

³³ M.L. Jones, *op. cit.*, p. 89; Jennifer L., *What Are Cookies?*, [Online]: <https://www.privacypolicies.com/blog/cookies/>, accesat 1.11.2020.

îmbunătățesc experiența utilizatorului, și impactul achiziției unor „biscuiți/prăjituri (în engleză, *cookies*)” de către cumpărător, adițional altor produse comandate.

Tim Berners-Lee, inventatorul *World-Wide-Web*, urmărind creșterea gradului de accesibilitate a conținutului disponibil pe Internet pentru utilizatori, a conceput protocolul *HTTP* pentru a prelua o informație/un răspuns de pe un server Web, moment urmat de deconectarea utilizatorului de la server, acesta fiind liber să răspundă solicitărilor altor utilizatori. Mecanismul de operare elaborat de Lou Montulli pentru fișierele *cookies* este următorul: atunci când un utilizator Internet solicită un obiect *HTTP* (de exemplu, conținutul unei pagini web), serverul Web poate trimite și o informație de stare împreună cu obiectul *HTTP* solicitat (de exemplu, un *cookie* asociat paginii web). Prin urmare, fișierul *cookie* este un șir de text care este plasat în memoria browserului stocat pe hard diskul unui utilizator și asociat cu o valoare disponibilă într-o bază de date disponibilă pentru serverul web. Browserul Web al utilizatorului primește fișierul *cookie* și îl stochează într-un fișier special numit *Cookie List*³⁴. Următoarele cereri *HTTP* transmise de utilizator către serverul Web vor include valoarea curentă a fișierului *cookie* extras din memoria browserului, care va fi transmis înapoi către server. În conceptul standard de *cookie*, Montulli a urmărit construcția unei memorii „opace”, care să asigure confidențialitatea datelor stocate în memoria browserului, informațiile nefiind accesibile altui utilizator sau server Web. „Opacitatea” conținutului este menită să asigure confidențialitatea datelor, acesta fiind de interes și relevanță numai pentru serverul de origine al fișierului *cookies*³⁵.

1.2. Clasificare

Conform specialiștilor³⁶ din domeniul IT, fișierele *cookies* pot fi clasificate în funcție de proprietarul acestora sau domeniul web care le plasează în *cookies* proprii (*First-party Cookies*) și *cookies* de la terță parte (*Third-party Cookies*).

First-party cookies sau fișierele *cookies* proprii sunt setate de website-ul vizitat de utilizator. Datele colectate prin intermediul fișierelor *cookies* proprii sunt utilizate în scopuri cum ar fi calcularea afișărilor de pagină, sesiuni și număr de utilizatori. În principal, deținătorii website-urilor au acces la datele colectate prin intermediul propriilor fișiere *cookies*, având posibilitatea ca ulterior să le transmită către agențiile de publicitate sau agențiile pentru

³⁴ V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 166.

³⁵ M.L. Jones, *op. cit.*, p. 89.

³⁶ G. Seuchter, S. Proßnegg, V. Beimrohr, D. Branley-Bell, *op. cit.*, p. 193; A se vedea [Online] <https://www.adpushup.com/blog/types-of-cookies/>, accesat 1.11.2020.

direcționarea anunțurilor. În afară de aceasta, instrumentele de analiză, precum Google Analytics, utilizează cookies proprii pentru a înțelege comportamentul utilizatorilor și pentru a oferi deținătorilor de website-uri rapoarte de analiză, ușor de interpretat, în formă tabelară sau grafică³⁷.

Fișierele cookies aparținând terțelor părți sau *Third-party cookies*, spre deosebire de cele proprii, sunt setate de un domeniu diferit de cel al website-ului vizitat de utilizator. Dacă un utilizator vizitează un website și o altă entitate stabilește un cookie prin intermediul aceluși site web, acesta ar fi un *third-party cookie*³⁸. Cookies terțe pot fi întâlnite ori de câte ori un website integrează elemente realizate de o terță parte, precum butoane către rețelele de socializare, posibilitatea de a comenta prin intermediul contului de *Facebook*, un clip video de pe *Youtube* sau bannere cu reclame. Odată instalate în dispozitivul utilizatorului, *third-party cookies* monitorizează activitatea online a acestuia și memorează informațiile relevante pentru direcționarea anunțurilor și pentru publicitatea comportamentală³⁹.

Apreciem că mecanismul de funcționare a fișierelor *third party cookies* relevă un contract de externalizare servicii încheiat între deținătorul website-ului și partea emitentă a fișierelor. Astfel, asistăm la o externalizare internațională a serviciilor digitale de monitorizare și analiză trafic web (număr vizitatori, locație vizitatori, dispozitive utilizate de utilizatori, durata sesiunii, paginile pe sesiune, rata de respingere a persoanelor care utilizează website-ul, informații despre sursa traficului⁴⁰) sau a serviciilor de publicitate personalizată. De exemplu, serviciile *Analytics* oferite de *Google Inc.* nu generează în mod obligatoriu un cost pentru deținătorii de website-uri, acestea fiind oferite și într-o variantă „gratuită”, în schimbul datelor cu caracter personal ale vizitatorilor domeniilor web în cauză. Ulterior, aceste date sunt colectate, analizate, prelucrate automat prin generarea de profiluri și valorificate prin intermediul campaniilor de publicitate personalizată⁴¹.

³⁷ A se vedea: <https://www.adpushup.com/blog/types-of-cookies/>;

³⁸ International Chamber of Commerce United Kingdom, *ICC UK Cookie guide*, London, 2012, p. 11; X. Hu, N. Sastry, *Characterising Third Party Cookie Usage in the EU after GDPR* în Proceedings of the 10th ACM Conference on Web Science (WebSci '19). Association for Computing Machinery, New York, USA, DOI:<https://doi.org/10.1145/3292522.3326039>, p. 137.

³⁹ A se vedea [Online] <https://www.adpushup.com/blog/types-of-cookies/>, accesat 1.11.2020; I. Sanchez-Rola, M. Dell'Amico, P. Kotzias, D. Balzarotti, L. Bilge, P.-A. Vervier, I. Santos, *op. cit.*, p. 341. P.F. Anderson, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁰ A se vedea și prezentarea serviciilor *Google Analytics*, [Online]: https://services.google.com/fh/files/misc/analytics_product_overview.pdf, accesat 1.11.2020.

⁴¹ Publicitatea comportamentală sau personalizată reprezintă acea formă de publicitate particularizată și adaptată în funcție de interesele și preferințele persoanei vizate. Furnizarea de publicitate personalizată implică colectarea și procesarea de date

Partea terță care instalează fișiere cookies prin intermediul mai multor website-uri va avea acces la o privire globală asupra activității, preferințelor și intereselor persoanei vizate și va putea crea un profil complex pe baza datelor colectate din surse multiple. Ulterior, datele corelate privind o anumită persoană vizată pot fi valorificate prin direcționarea de publicitate particularizată intereselor acesteia sau pot fi comercializate către agenții de publicitate. De exemplu, dacă un utilizator accesează mai multe website-uri care folosesc serviciul *Google Analytics*, un *third-party cookie* emis de acest serviciu va fi instalat în browser-ul utilizatorului și va colecta informații privind utilizatorul, centralizat pentru societatea Google și particularizat pentru deținătorii domeniilor web a căror website a fost vizitat de utilizator. Societățile care externalizează servicii de analiză web și implicit fișierele cookies necesare (care în utilizarea finală sunt percepute de utilizator drept *third-party cookies*) dețin o putere enormă, întrucât obțin o vedere panoramică a istoriei de navigare a unui utilizator pe diferite website-uri (deținute de titulari diferiți) și colectează pentru același profil de utilizator date cu caracter personal variate, din surse variate și în perioade de timp diferite⁴².

Având în vedere cele anterior prezentate, considerăm că utilizarea de cookies de la terțe părți prezintă cele mai multe riscuri la protecția datelor cu caracter personal ale utilizatorilor. În acest context, în situația nerespectării cerințelor impuse de reglementările din domeniul protecției datelor cu caracter personal, considerăm că proprietarul fișierelor *third-party cookies* ar trebui să răspundă în solidar cu operatorul-deținător al website-ului unde aceste cookies sunt utilizate. Dacă ne raportăm la beneficiul obținut, răspunderea ar trebui să fie mai mare pentru societatea emitentă de servicii realizate prin intermediul fișierelor de tip *third-party cookies*.

Din punct de vedere al funcțiilor pe care le prezintă, fișierele cookies se pot clasifica în cookies de sesiune (*Session Cookies*), cookies persistente (*Persistent Cookies*) și cookies securizate (*Secure Cookies*).

privind interesele și preferințele persoanei vizate rezultate din interpretarea activității online realizate de acesta din urmă (navigarea pe anumite website-uri, utilizarea anumitor platforme online, căutări în motoarele de căutare). Societățile care furnizează publicitate pot colecta datele necesare unor campanii de publicitate comportamentală prin intermediul fișierelor cookies. Prin utilizarea sistemelor de personalizare, campaniile de publicitate devin cât mai relevante și utile consumatorului. Publicitate direcționată (*Targeted advertising*) este publicitatea care vizează în mod specific un anumit segment de consumatori, diferențiați în funcție de anumite elemente caracteristice, precum factorii demografici sau interesele comune ale consumatorilor. Reclamele relevante pot fi prezentate și prin procesul de „redirecționare”, pe baza conținutului paginilor web sau a produselor/serviciilor recent vizitate de consumator. Pentru similitudine a se vedea: <https://www.youronlinechoices.com/ro/limbaj-specific-folosit>.

⁴² X. Hu, N. Sastry, *op. cit.*, p. 137.

Cookies de sesiune (*session cookies*) permit deținătorilor de website-uri să conexeze acțiunile unui utilizator în timpul unei sesiuni de browser. O sesiune începe în momentul în care utilizatorul deschide fereastra browser-ului și se termină la închiderea acesteia. Cookies de sesiune sunt create temporar, fiind automat șterse la închiderea browser-ului⁴³. *Session cookies* sunt ușor adaptabile și pot fi utilizate în multiple situații. De exemplu, acestea pot fi utilizate de website-urile de comerț electronic pentru a păstra produsul plasat în coșul de cumpărături de către utilizator, pentru a menține utilizatorii conectați sau pentru a extrage date privind fiecare sesiune a utilizatorului, în scopuri analitice.

Fișierele cookies persistente (*persistent cookies*) rămân pe dispozitivul unui utilizator pentru perioada de timp specificată în cookie și sunt folosite pentru a corela vizitele ulterioare ale aceluiași utilizator. Specific acestui tip de cookies este stabilirea unei date de expirare, care poate varia între o secundă și aproximativ 317 ani⁴⁴. *Persistent cookies* sunt activate de fiecare dată când utilizatorul vizitează website-ul care le-a generat⁴⁵. Conform specialiștilor⁴⁶, acest tip de cookies prezintă vulnerabilități în ceea ce privește confidențialitatea datelor întrucât pot dezvălui informații personale ale utilizatorilor Web, fără știința acestora, la o rată de neimaginat, încălcând normele legale concepute pentru a proteja datele cu caracter personal.

Secure cookies sau fișierele cookies securizate sunt cookies cu date criptate, setate de către website-urile *HTTPS (HyperText Transfer Protocol Secure)*⁴⁷. *Secure cookies* sunt utilizate cu preponderență de website-urile de

⁴³ P. Pinto, R. Lages, M. Au-Yong-Oliveira, *Web Cookies: Is There a Trade-off Between Website Efficiency and User Privacy?* în Á. Rocha, H. Adeli, L. P. Reis, S. Costanzo, I. Orovic, F. Moreira (coord.), *Trends and Innovations in Information Systems and Technologies*, volume 2, Ed. Springer, 2020, p. 714-715; International Chamber of Commerce United Kingdom, *ICC UK Cookie guide*, London, 2012, p. 11. A se vedea și Cisco Website, *What are cookies? What are the differences between them (session vs. persistent)?*, [Online] <https://www.cisco.com/c/en/us/support/docs/security/web-security-appliance/117925-technote-csc-00.html>, accesat 1.11.2020; V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 167. A. Dabrowski, G. Merzdovnik, J. Ullrich, G. Sendera, E. Weippl, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁴ Conform specialiștilor, limita de timp poate fi setată în secunde iar valoarea nu poate depăși 10 cifre. Astfel, valoarea maximă de 9.999.999.999 secunde însumează aproximativ 317 ani calendaristici. A se vedea [Online] <https://www.adpushup.com/blog/types-of-cookies/>, accesat 1.11.2020. Pentru similitudine a se vedea V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 167.

⁴⁵ P. Pinto, R. Lages, M. Au-Yong-Oliveira, *op. cit.*, pp. 714-715; International Chamber of Commerce United Kingdom, *ICC UK Cookie guide*, London, 2012, p. 11.

⁴⁶ V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 166.

⁴⁷ Hypertext Transfer Protocol Secure (https) este o combinație a Hypertext Transfer Protocol (HTTP) cu protocolul Secure Socket Layer (SSL) / Transport Layer Security (TLS). Pentru detalii privind protocolul SSL/TLS a se vedea [Online]:

comerț electronic cu funcție de plată online sau pe website-urile băncilor unde utilizatorii se conectează la propriul cont și pot realiza tranzacții⁴⁸. Având în vedere faptul că securizarea domeniului web prin instalarea unui certificat SSL (HTTP devenind în mod implicit HTTPS) reprezintă, în contextul aplicării RGPD, o minimă măsură de securizare a datelor cu caracter personal ale utilizatorilor, majoritatea website-urilor utilizează *secure cookies*.

Fișierele cookies prezintă riscuri asupra confidențialității datelor cu caracter personal colectate, însă acestea cresc exponențial în situația instalării de cookies malițioase pe dispozitivul utilizatorului. Specialiștii⁴⁹ din domeniul IT au demonstrat faptul că breșele de securitate pot fi generate de fișiere cookies corupte/putrede (*Rotten cookies*), dezvoltate și utilizate pentru furtul de date. Utilizarea unor fișiere de tip *rotten cookie* permite atacatorului să invalideze semnalizatoarele cookie (*cookie flags*)⁵⁰, chiar dacă acestea sunt criptate TLS⁵¹, prin exploatarea mecanismelor nesigure din HTTP.

Camera Internațională de Comerț din Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord (*International Chamber of Commerce UK*) analizează cookies dintr-o perspectivă diferită, a funcțiilor care influențează comerțul online, și le clasifică, pe baza scopurilor pentru care sunt utilizate, în patru categorii: cookies de strictă necesitate (*Strictly necessary cookies*), cookies operaționale (*Performance cookies*), cookies funcționale (*Functionality cookies*) și cookies pentru crearea de profiluri și pentru publicitate personalizată (*Targeting or advertising cookies*)⁵².

Cookies strict necesare (*Strictly necessary cookies*) sunt esențiale pentru a permite utilizatorului să navigheze pe paginile website-ului și să utilizeze caracteristicile acestuia, precum accesarea paginilor securizate sau funcționalitatea coșului de cumpărături de pe magazinele online.⁵³

<https://www.websecurity.digicert.com/security-topics/what-is-ssl-tls-https>, accesat 1.11.2020.

⁴⁸ A se vedea H. Kwon, H. Nam, S. Lee, C. Hahn, J. Hur, *op. cit.*, p. 1204; și [Online] <https://www.adpushup.com/blog/types-of-cookies/>, accesat 1.11.2020;

⁴⁹ H. Kwon, H. Nam, S. Lee, C. Hahn, J. Hur, *op. cit.*, p. 1205.

⁵⁰ O semnalizare cookie (*cookie flag*) este un mecanism de securitate care protejează datele dintr-un cookie. Un cookie cu semnalizare securizată poate fi transmis numai printr-o conexiune criptată, cum ar fi TLS, atunci când dispozitivul utilizatorului îl retrimite la server. *Cookie flags* protejează fișierele cookies împotriva furtului de date prin exploatarea vulnerabilităților HTTP. Pentru detalii a se vedea H. Kwon, H. Nam, S. Lee, C. Hahn, J. Hur, *op. cit.*, p. 1204.

⁵¹ *Transport Layer Security (TLS)* este cel mai utilizat protocol pentru securizarea canalelor de comunicare între server și client. TLS implică autentificarea reciprocă între client și server, garantând astfel confidențialitatea și integritatea mesajelor. A se vedea H. Kwon, H. Nam, S. Lee, C. Hahn, J. Hur, *op. cit.*, p. 1205.

⁵² International Chamber of Commerce United Kingdom, *op. cit.*, p. 7.

⁵³ International Chamber of Commerce United Kingdom, *op. cit.*, p. 7.

Fișierele cookies operaționale (*Performance cookies*) colectează informații despre modul în care utilizatorii folosesc un website, de exemplu date privind cele mai accesate pagini web sau informații privind nefuncționalitățile apărute pe anumite pagini. Acest tip de fișiere cookies sunt setate pentru a colecta date în vederea îmbunătățirii ulterioare a modului în care funcționează website-ul. Toate informațiile colectate prin intermediul acestor cookies sunt statistice și, prin urmare, anonime.⁵⁴

Cookies privind funcționalitatea permit website-ului să memoreze alegerile pe care le face utilizatorul, precum numele de utilizator, limba și regiunea de unde vă conectați la website, pentru a vă oferi caracteristici personalizate și îmbunătățite. De exemplu, un website de știri poate oferi automat informații privind starea vremii și prognoza meteo din localitatea în care se află utilizatorul, stocând într-un cookie informații privind locația geografică a acestuia. Cookies privind funcționalitatea pot fi utilizate și pentru a reține modul în care utilizatorul a personalizat o anumită pagină web, de exemplu modul în care este afișat meniul website-ului, modificarea dimensiunii textului sau tipul fontului. Informațiile colectate prin intermediul acestor cookies pot fi anonimizate și nu pot urmări activitatea de navigare a utilizatorului pe alte website-uri.⁵⁵

Cookies pentru direcționare sau cookies publicitare (*targeting or advertising cookie*) sunt utilizate pentru a furniza reclame relevante utilizatorului, în concordanță cu interesele și preferințele acestuia. Acestea sunt, de asemenea, utilizate pentru a limita numărul de afișări ale unei reclame pentru un utilizator determinat, precum și pentru a analiza eficacitatea campaniei publicitare. De obicei, acest tip de fișiere cookies sunt plasate de agențiile de publicitate, cu permisiunea operatorului care deține website-ul. Scopul urmărit de *targeting or advertising cookies* este de a colecta informații privind activitatea online și interesele utilizatorului pentru a putea ulterior oferi publicitate personalizată.⁵⁶

1.3. Raporturi juridice generate de cookies

Fișierele cookies sunt emise de către website și sunt stocate direct în memoria dispozitivului deținut de utilizator, beneficiarul real al acestei operațiuni fiind deținătorul website-ului întrucât utilizatorul are doar posibilitatea de a accesa conținutul și anumite funcții personalizabile ale website-ului. Având în vedere faptul că deținătorul website-ului beneficiază de pe urma utilizării cookies, inclusiv prin eficientizarea costurilor cu stocarea fișierelor care astfel sunt „depozitate”, cu titlu gratuit, pe suportul de memorie al utilizatorului, ar trebui încheiat un contract între cele două părți? Poate fi această operațiune

⁵⁴ *Idem*, p. 7.

⁵⁵ *Idem*, p. 8.

⁵⁶ *Idem*, p. 8; P.F. Anderson, *op. cit.*, p. 93.

încadrată din punct de vedere juridic într-un contract? În situația reglementării raporturilor juridice dintre persoana vizată – utilizatorul Web și operator – deținătorul domeniului Web ar trebui să existe un acord, în format electronic, în care să fie prevăzute expres atât prelucrările de date cu caracter personal și consimțământul utilizatorului, dar și utilizarea de către serverul Web a resurselor de memorie deținute de utilizator în vederea stocării de cookies. Subliniem faptul că deși stocarea datelor cu caracter personal este considerată prelucrare în temeiul art. 4 pct. 2 din RGPD, aceasta se realizează prin utilizarea resurselor utilizatorului, de cele mai multe ori fără obținerea consimțământului informat asupra acestui aspect, secundar prelucrării de date propriu zise.

III. Protecția datelor cu caracter personal și impactul RGPD asupra cookies

Conceptul de confidențialitate a datelor, în sens larg, înglobează atât respectarea vieții private dar și protecția datelor cu caracter personal. Confidențialitatea implică libertatea persoanei vizate în raport cu orice formă de supraveghere neautorizată și este reglementată inclusiv prin prevederile art. 6 și 7 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene. Confidențialitatea datelor cu caracter personal a fost și este erodată de procesul de digitalizare a tuturor aspectelor vieții. Acest proces este vizibil în cadrul economiei digitale, unde rețelele sociale, agențiile de publicitate online sau platformele de economie colaborativă prelucrează un volum impresionant de date cu caracter personal prin intermediul Internetului.

Reglementare

La nivelul Uniunii Europene legislația privind confidențialitatea datelor constă în mai multe documente care interacționează în moduri complexe între ele și cu normele prezente la nivel național. Prelucrările de date cu caracter personal la nivel transnațional prin intermediul Internetului ridică probleme în identificarea reglementărilor aplicabile protecției datelor, fapt ce va determina armonizarea acestora la nivel internațional.

La 25 mai 2018 a intrat în vigoare Regulamentul UE nr. 2016/679⁵⁷ (Regulamentul general privind protecția datelor – RGPD), fapt ce s-a manifestat imediat în spațiul Internet printr-un volum mare de notificări ale utilizatorilor cu privire la politicile de confidențialitate actualizate ale Operatorilor și prin solicitarea consimțământului persoanelor care accesează website-uri cu

⁵⁷ Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), publicat în JO L 119, 4.05.2016.

privire la prelucrarea datelor lor cu caracter personal prin intermediul cookies sau a altor tehnologii⁵⁸. Prevederile RGPD impun limitări stricte privind prelucrarea datelor cu caracter personal ale utilizatorilor, determinând modificări ale mijloacelor de urmărire a activităților desfășurate de aceștia în mediul online⁵⁹.

Înainte de această dată, fișierele cookies au fost reglementate prin Directiva 2002/58/CE⁶⁰ privind confidențialitatea și comunicațiile electronice, cunoscută și sub denumirea de *ePrivacy Directive*, și prin Directiva 2009/136/CE⁶¹ (sau Directiva privind fișierele cookies – *the EU Cookie Directive*) care o modifică și o actualizează, în parte, pe cea dintâi. În situația în care fișierele cookies acționează ca un mijloc de prelucrare a datelor cu caracter personal pentru analize comportamentale sau pentru a facilita urmărirea utilizatorilor, prevederile RGPD se aplică adițional celor din Directiva privind confidențialitatea și comunicațiile electronice⁶².

Consiliul European de la Lisabona din 2000 și-a stabilit drept obiectiv transformarea spațiului european în cea mai competitivă economie bazată pe cunoaștere din lume până în 2010, motiv pentru care nu a dorit limitarea accesului cetățenilor europeni la comerțul electronic. Astfel, forma finală a Directivei 2002/58/CE a impus operatorilor doar obligația de a notifica persoana vizată – utilizatorul website-ului, cu privire la scopul în care sunt prelucrate datele prin intermediul fișierelor de tip cookies⁶³.

⁵⁸ I. Sanchez-Rola, M. Dell'Amico, P. Kotzias, D. Balzarotti, L. Bilge, P.-A. Vervier, I. Santos, *op. cit.*, p. 340

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Directiva 2002/58/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 iulie 2002 privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor publice, publicată în JO L 201, 31.07.2002. Directiva se aplică „*prelucrării de date personale în sectorul comunicațiilor electronice și a liberei circulații a acestor date și a serviciilor și echipamentelor de comunicații electronice în interiorul Comunității*” și se completează, conform art. 1. alin. (2) cu reglementările europene privind protecția datelor cu caracter personal.

⁶¹ Directiva 2009/136/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2009 de modificare a Directivei 2002/22/CE privind serviciul universal și drepturile utilizatorilor cu privire la rețelele și serviciile de comunicații electronice, a Directivei 2002/58/CE privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în sectorul comunicațiilor publice și a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 privind cooperarea dintre autoritățile naționale însărcinate să asigure aplicarea legislației în materie de protecție a consumatorului, publicată în JO L 337, 18.12.2009.

⁶² G. Seuchter, S. Proßnegg, V. Beimrohr, D. Branley-Bell, *op. cit.*, pp. 194-195; A. Dabrowski, G. Merzdovnik, J. Ullrich, G. Sendera, E. Weippl, *op. cit.*, p. 3; C. Matte, N. Bielova, C. Santos, *Do Cookie Banners Respect my Choice? Measuring Legal Compliance of Banners from IAB Europe's Transparency and Consent Framework*, p. 1, articol disponibil online la adresa: <https://arxiv.org/abs/1911.09964>.

⁶³ M.L. Jones, *op. cit.*, p. 97.

Începând cu modificările introduse în anul 2009, Directiva europeană asupra confidențialității și comunicațiilor electronice impunea obținerea acordului utilizatorului, anterior prelucrărilor de date cu caracter personal prin intermediul fișierelor cookies, cu excepția cazului în care aceste fișiere erau strict necesare pentru realizarea serviciului solicitat de utilizator⁶⁴.

Spre deosebire de directivele privind confidențialitatea și comunicațiile electronice, impactul RGPD se poate observa la nivel internațional, întrucât acesta are un domeniu de aplicare extrateritorial, ceea ce înseamnă că se aplică inclusiv entităților din afara Uniunii Europene și operațiunilor de prelucrare care vizează furnizarea de bunuri sau servicii către persoanele fizice situate în UE sau monitorizarea comportamentului acestora „*indiferent dacă prelucrarea are loc sau nu pe teritoriul Uniunii*”⁶⁵. Noile reglementări europene din domeniul protecției datelor cu caracter personal au redus volumul de cookies utilizate pe Internet, inclusiv pentru utilizatorii din afara spațiului european. Conform unui studiu⁶⁶, comparativ cu datele din 2016, volumul global de fișiere cookies a scăzut cu până la 46,7% pentru utilizatorii din SUA.

Regulamentul general privind protecția datelor definește datele cu caracter personal în cadrul art. 4 pct. 1 drept „orice informații privind o persoană fizică identificată sau identificabilă”, inclusiv datele pseudonimizate „*care ar putea fi atribuite unei persoane fizice prin utilizarea de informații suplimentare*”⁶⁷. Prin urmare, prevederile RGPD se aplică atunci când identificarea este posibilă, nu numai atunci când este efectiv realizată, prin identificarea exactă a persoanei vizate. Cookies sunt menționate în mod expres în Regulamentul UE 2016/679, considerentul nr. 30 stipulând faptul că „*persoanele*

⁶⁴ A se vedea art. 5 alin. (3) din Directiva 2002/58/CE - „*Statele membre se asigură că stocarea de informații sau dobândirea accesului la informațiile deja stocate în echipamentul terminal al unui abonat sau utilizator este permisă doar cu condiția ca abonatul sau utilizatorul în cauză să își fi dat acordul, după ce a primit informații clare și complete, în conformitate cu Directiva 95/46/CE, inter alia, cu privire la scopurile prelucrării. Aceasta nu împiedică stocarea sau accesul tehnic cu unicul scop de a efectua transmisia comunicării printr-o rețea de comunicații electronice sau în cazul în care acest lucru este strict necesar în vederea furnizării de către furnizor a unui serviciu al societății informaționale cerut în mod expres de către abonat sau utilizator*”. A se vedea și L.E. Stănescu, R. Onufreiciuc, *Some Reflections on 'Datafication': Data Governance and Legal Challenges* în *European Journal of Law and Public Administration*, 2020, Volume 7, Issue 1, <https://doi.org/10.18662/eljpa/7.1/118>, p. 102; I. Sanchez-Rola, M. Dell'Amico, P. Kotzias, D. Balzarotti, L. Bilge, P.-A. Vervier, I. Santos, *op. cit.*, p. 340.

⁶⁵ A se vedea art. 3 alin. (1) din RGPD; A. Șerban, *Settling the Disputes Referring to Personal Data Protection* în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași Tomul LXIV, Științe Juridice*, 2018, Supliment, p. 165; I. Sanchez-Rola, M. Dell'Amico, P. Kotzias, D. Balzarotti, L. Bilge, P.-A. Vervier, I. Santos, *op. cit.*, p. 341.

⁶⁶ A. Dabrowski, G. Merzdovnik, J. Ullrich, G. Sendera, E. Weipl, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁷ Conform considerentului nr. 26 din RGPD.

fizice pot fi asociate cu identificatorii online furnizați de dispozitivele, aplicațiile, instrumentele și protocoalele lor, cum ar fi adresele IP, identificatorii cookie sau alți identificatori [...]. Aceștia pot lăsa urme care, în special atunci când sunt combinate cu identificatori unici și alte informații primite de servere, pot fi utilizate pentru crearea de profiluri ale persoanelor fizice și pentru identificarea lor.” Prin urmare, RGPD nu diferențiază între fișiere cookies proprii sau terțe iar modul în care identificatorii unici ai utilizatorilor stocați în fișierele cookies pot fi utilizați pentru a identifica persoanele vizate sunt lesne de observat. Conform art. 5 alin. (1) lit. e), datele cu caracter personal trebuie păstrate într-o formă care permite identificarea persoanelor vizate numai pentru perioada necesară îndeplinirii scopurilor în care sunt prelucrate datele. Astfel, operatorii au obligația de a se asigura că „perioada pentru care datele cu caracter personal sunt stocate este limitată strict la minimum”. Pentru realizarea acestei obligații, operatorii trebuie să stabilească termene pentru ștergerea sau revizuirea periodică a datelor⁶⁸.

Ne propunem să analizăm modul în care RGPD și legislația din domeniul protecției datelor cu caracter personal au afectat caracteristicile/funcțiile fișierelor cookies.

Date cu caracter personal prelucrate prin intermediul cookies. Scopul prelucrărilor

Prin intermediul fișierelor cookies pot fi prelucrate variate tipuri de date cu caracter personal ale utilizatorilor precum istoricul de navigare, date de identificare (nume, prenume, serie și număr buletin, cod numeric personal), date de contact (număr de telefon, adresă de email, adresă de domiciliu), adresă IP, date privind locația, date de autentificare (username și parolă acces), date bancare (datele cardurilor pe paginile de plată), informații privind interesele și preferințele utilizatorilor.

Adresele IP sunt considerate informații de identificare personală conform RGPD, fiind un identificator online al utilizatorului și care, prin corelație cu alte informații, pot conduce la identificarea persoanei vizate⁶⁹.

Un aspect relevant în analiza relației cookies-date cu caracter personal este reprezentat de posibilitatea identificării utilizatorului prin raportare exclusivă la informațiile conținute de fișierul cookie. Pentru a determina dacă cookies conțin suficiente informații pentru a identifica utilizatorii, doctrina a

⁶⁸ A se vedea considerentul nr. 39 din RGPD. I. Sanchez-Rola, M. Dell'Amico, P. Kotzias, D. Balzarotti, L. Bilge, P.-A. Vervier, I. Santos, *op. cit.*, pp. 341-342.

⁶⁹ A se vedea CJUE, cauza C-582/14, *Patrick Breyer v. Bundesrepublik Deutschland*, 19 octombrie 2016, ECLI:EU:C:2016:779, [Online]: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=178241&pageIndex=0&doclang=ro&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7355648>, accesat 1.11.2020.

propus măsurarea entropiei cookies, mai exact identificarea conținutului informațional al fișierelor cookies. Prin raportare la literatura de specialitate din domeniul securității IT, puterea unei parole este raportată la cantitatea de informații pe care o transportă și implicit numărul de încercări de care ar avea nevoie un atacator pentru a identifica parola⁷⁰. Astfel, concluzionăm că identificarea utilizatorului, a persoanei vizate, este cu atât mai facilă cu cât un fișier cookie stochează mai multe informații.

Datele cu caracter personal colectate prin intermediul cookies sunt prelucrate pentru scopurile stabilite de către Operator, acesta fiind deținătorul domeniului web. Conform art. 4 pct. 7 din RGPD, operatorul este „*persoana fizică sau juridică, autoritatea publică, agenția sau alt organism care, singur sau împreună cu altele, stabilește scopurile și mijloacele de prelucrare a datelor cu caracter personal*”. Pe Internet, „operatorul” este, în majoritatea cazurilor, titularul domeniului web sau furnizorul de conținut care utilizează serverul web pentru a emite fișierele cookies⁷¹.

Baza legală a prelucrării de date cu caracter personal

Prelucrarea datelor cu caracter personal este legală numai dacă se încadrează în cel puțin o situație dintre cele prevăzute de art. 6 din RGPD și anume⁷²:

1. „*persoana vizată și-a dat consimțământul pentru prelucrarea datelor sale cu caracter personal pentru unul sau mai multe scopuri specifice*”. De exemplu, consimțământul este necesar atunci când operatorul utilizează cookies (proprii sau terțe, precum serviciile *Google Analytics*) în vederea obținerii unor analize asupra comportamentului utilizatorilor.

2. „*prelucrarea este necesară pentru executarea unui contract la care persoana vizată este parte sau pentru a face demersuri la cererea persoanei vizate înainte de încheierea unui contract*”. Operatorul poate prelucra date cu caracter personal prin intermediul fișierelor cookies în baza art. 6 alin. (1) lit. (b) în situația în care, pentru încheierea unui contract de vânzare sau de prestări servicii, pagina web solicitată de utilizator necesită cookies pentru autentificarea utilizatorului sau pentru funcționalitatea coșului de cumpărături⁷³.

3. „*prelucrarea este necesară în scopul intereselor legitime urmărite de operator cu excepția cazului în care prevalează interesele sau drepturile și*

⁷⁰ I. Sanchez-Rola, M. Dell'Amico, P. Kotzias, D. Balzarotti, L. Bilge, P.-A. Vervier, I. Santos, *op. cit.*, pp. 343-344.

⁷¹ V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 169.

⁷² A se vedea și M.L. Jones, *op. cit.*, p. 97; V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 167. Ș.R. Tataru, I.T. Nica, *Privacy & Data Protection in Sport Industry* în *Sport and Society Interdisciplinary Journal of Physical Education and Sports*, Volume 20, nr. 1/2020, <https://doi.org/10.36836/2020/1/12>, p. 5.

⁷³ A. Dabrowski, G. Merzdovnik, J. Ullrich, G. Sendera, E. Weippl, *op. cit.*, p. 3. V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 168.

libertățile fundamentale ale persoanei vizate, care necesită protejarea datelor cu caracter personal”. Măsurile de securitate cibernetică⁷⁴, adică măsurile de protecție a datelor împotriva atacurilor sau a programelor *malware*, determină prelucrări de date cu caracter personal justificate din punct de vedere a legalității prin interesul legitim al operatorului⁷⁵.

Având în vedere mecanismul de funcționare și posibilele funcții îndeplinite de fișierele cookies, considerăm puțin probabilă prelucrarea de date cu caracter personal prin intermediul acestora în temeiul art. 6 alin. (1) lit. (c), (d) sau (e), și anume situațiile când „*prelucrarea este necesară în vederea îndeplinirii unei obligații legale care îi revine operatorului*”, „*prelucrarea este necesară pentru a proteja interesele vitale ale persoanei vizate sau ale altei persoane fizice*”, sau „*prelucrarea este necesară pentru îndeplinirea unei sarcini care servește unui interes public sau care rezultă din exercitarea autorității publice cu care este investit operatorul*”⁷⁶.

Consimțământul și informarea utilizatorului

În situația în care prelucrarea de date cu caracter personal prin intermediul cookies este realizată în temeiul art. 6 alin. (1) lit. a), operatorul „*trebuie să fie în măsură să demonstreze că persoana vizată și-a dat consimțământul pentru prelucrarea datelor sale cu caracter personal*” și să respecte condițiile impuse de RGPD pentru obținerea unui consimțământ valabil exprimat.

În conformitate cu prevederile art. 7 din RGPD, consimțământul trebuie să fie exprimat și necesită, în mod explicit, o opțiune din partea persoanei vizate. De asemenea, operatorul trebuie să informeze persoana vizată cu privire la faptul că aceasta își poate exercita oricând dreptul de a-și retrage consimțământul. Prin instituirea unor condiții stricte pentru obținerea consimțământului persoanei vizate, legiuitorul european a urmărit limitarea utilizării acestuia ca bază legală a prelucrării. Coroborând prevederile RGPD cu cele ale Directivei 2009/136/EC, fișierele cookies pot fi setate și ulterior recuperate de către serverul Web numai în baza consimțământului⁷⁷.

⁷⁴ Securitatea cibernetică poate fi definită drept totalitatea garanțiilor și măsurilor adoptate pentru a apăra sistemele informatice și pe utilizatorii lor împotriva accesului neautorizat, a atacurilor și a prejudiciilor, cu scopul de a asigura confidențialitatea, integritatea și disponibilitatea informațiilor, inclusiv a datelor cu caracter personal. Pentru mai multe detalii a se vedea: Curtea de Conturi Europeană, *Provocări pentru o politică efecace a UE în domeniul securității cibernetică. Document de informare. Martie 2019*, [Online]: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/BRP_CYBERSECURITY/BRP_CYBERSECURITY_RO.pdf, accesat 1.11.2020.

⁷⁵ A. Dabrowski, G. Merzdovnik, J. Ullrich, G. Sendera, E. Weippl, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁶ A se vedea și V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 168.

⁷⁷ M.L. Jones, *op. cit.*, pp. 99-100; G. Seuchter, S. Proßnegg, V. Beimrohr, D. Branley-Bell, *op. cit.*, pp. 195-196.

Unul dintre obiectivele RGPD este cel de a preveni profilarea, inclusiv prin intermediul fișierelor cookies, fără acordul expres și informat al persoanei vizate. Pentru a se conforma prevederilor RGPD, deținătorii de domenii Web au urmat trei posibile strategii și anume: i) au încetat să utilizeze fișiere cookies persistente; ii) au implementat mecanisme de obținere a consimțământului utilizatorilor, prealabil instalării de fișiere cookies, lăsând website-ul accesibil și fără obținerea consimțământului; sau iii) au interzis accesul utilizatorilor din UE pentru a evita incidența prevederilor RGPD⁷⁸.

În practică, majoritatea website-urilor informează utilizatorul cu privire la utilizarea de cookies prin intermediul unui banner care solicită, prin intermediul unui click „Acordul” utilizatorului pentru prelucrarea datelor sau confirmarea citirii informării și acceptul fișierelor cookies printr-un click pe butonul „Ok, accept cookies”. Aceste practici nu sunt conforme prevederilor RGPD care afirmă în mod clar faptul că consimțământul nu poate fi implicit, deoarece *„ar trebui acordat printr-o acțiune neechivocă care să constituie o manifestare liber exprimată, specifică, în cunoștință de cauză și clară a acordului persoanei vizate pentru prelucrarea datelor sale cu caracter personal [...] Prin urmare, absența unui răspuns, căsuțele bifate în prealabil sau absența unei acțiuni nu ar trebui să constituie un consimțământ”*.

Mai mult decât atât, RGPD prevede faptul că *„consimțământul nu ar trebui considerat ca fiind acordat în mod liber dacă persoana vizată nu dispune cu adevărat de libertatea de alegere sau nu este în măsură să refuze sau să își retragă consimțământul fără a fi prejudiciată”*⁷⁹.

În contextul obligației operatorului de a obține consimțământul utilizatorului, considerăm necesară realizarea unei delimitări clare între conceptul de cookies și cel de Spam. Dacă fișierele cookies sunt instalate la solicitarea realizată de utilizator către un server Web, cu sau fără informarea și/sau acordul acestuia asupra prelucrărilor de date cu caracter personal, mesajele spam sunt trimise în mod nesolicitat și nedorit de către utilizator, reliefând intenția malițioasă a expeditorului. Specialiștii⁸⁰ din domeniul IT au subliniat faptul că fișierele cookies se disting de Spam, primele reprezentând o *„comunicare dorită în spațiul public”*, în timp ce ultima reprezintă o *„comunicare ilegală în spațiu privat”*.

⁷⁸ A. Dabrowski, G. Merzdovnik, J. Ullrich, G. Sendera, E. Weippl, *op. cit.*, p. 2. X. Hu, N. Sastry, *op. cit.*, p. 137. I. Sanchez-Rola, M. Dell'Amico, P. Kotzias, D. Balzarotti, L. Bilge, P.-A. Vervier, I. Santos, *op. cit.*, p. 340.

⁷⁹ Conform considerentului 42 din RGPD, teza finală; I. Sanchez-Rola, M. Dell'Amico, P. Kotzias, D. Balzarotti, L. Bilge, P.-A. Vervier, I. Santos, *op. cit.*, p. 342.

⁸⁰ E. Carmi, *Regulating behaviours on the European Union Internet, the case of spam versus Cookies* în International Review of Law, Computers & Technology, 31(3), 2017, doi:10.1080/13600869.2017.1304616, p. 289; Pentru similitudine a se vedea M.L. Jones, *op. cit.*, p. 88.

Un element principal al RGPD este acela că, de fiecare dată când sunt colectate date cu caracter personal despre un utilizator, acestea trebuie făcute cu acordul utilizatorului⁸¹. Astfel, intervine obligația operatorului de a informa utilizatorul și / sau de a obține consimțământul acestuia, în funcție de tipul de cookies utilizat.

Obținerea consimțământului pentru prelucrarea datelor cu caracter personal prin intermediul fișierelor cookies

Utilizarea de cookies strict necesare, fiind prin natura lor esențiale și obligatorii pentru buna funcționare a website-ului, dar și datorită lipsei (teoretice) a unei prelucrări de date cu caracter personal, nu necesită obținerea consimțământului persoanei vizate. Cu toate acestea, operatorul este obligat, conform prevederilor RGPD, să informeze utilizatorii cu privire la utilizarea fișierelor cookies, prelucrările de date cu caracter personal prin intermediul acestora și scopul prelucrărilor⁸².

Fișierele cookies operaționale colectează doar informații privind utilizarea website-ului, în beneficiul operatorului, motiv pentru care acesta trebuie să obțină consimțământul utilizatorului⁸³.

Consimțământul trebuie obținut și în cazul utilizării de cookies de funcționalitate, acestea memorând opțiunile utilizatorilor privind utilizarea website-ului, fiind specifice domeniului web vizitat⁸⁴.

Fișierele cookies de direcționare sau publicitate colectează cele mai multe informații despre utilizatori, motiv pentru care, în situația în care deținătorul website-ului setează un astfel de cookie are obligația să informeze utilizatorul și să obțină consimțământul acestuia⁸⁵.

Având în vedere imposibilitatea gestionării fișierelor cookies direct din browser și viitorul incert al propunerii⁸⁶ de Regulamentul privind viața privată și comunicațiile electronice, utilizarea cookies va rămâne contestată de

⁸¹ X. Hu, N. Sastry, *op. cit.*, p. 137.

⁸² International Chamber of Commerce United Kingdom, *ICC UK Cookie guide*, London, 2012, p. 12; A. Dabrowski, G. Merzdovnik, J. Ullrich, G. Sendera, E. Weippl, *op. cit.*, p. 3.

⁸³ International Chamber of Commerce United Kingdom, *ICC UK Cookie guide*, London, 2012, p. 12.

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ *Ibidem.*

⁸⁶ A se vedea Propunerea de Regulament al parlamentului european și al consiliului privind respectarea vieții private și protecția datelor cu caracter personal în comunicațiile electronice și de abrogare a Directivei 2002/58/CE (Regulamentul privind viața privată și comunicațiile electronice), COM/2017/010 final - 2017/03 (COD), [Online]: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:52017PC0010>, accesat 1.11.2020.

specialiștii în protecția datelor, cel mai probabil, până la momentul căderii lor în desuetudine⁸⁷.

Obligații RGPD pentru deținătorii de website-uri / furnizorii de conținut digital

Nu sunt puține situațiile în care operatorii/deținătorii de website-uri realizează prelucrări de date cu caracter personal în momentul accesării website-ului de către vizitator și înainte de îndeplinirea obligației prealabile de informare cu privire la prelucrările de date a persoanei vizate, printr-o notificare sau printr-un mesaj de tip *pop-up*⁸⁸. De exemplu, în momentul în care vizitatorul accesează un website dedicat prezentării condițiilor meteorologice⁸⁹, website-ul realizează o redirectionare către pagina web dedicată condițiilor meteo din zona în care se afla utilizatorul, ca urmare a procesării automate a datelor cu caracter personal privind locația. Aceeași situație o întâlnim atunci când un utilizator Internet accesează website-ul global al unei societăți multinaționale și este redirectionat automat către website-ul sau pagina dedicată consumatorilor dintr-un anumit stat, oferind conținut în limba utilizată de aceștia⁹⁰.

Politicile de confidențialitate sau privind utilizarea cookies și notificările privind prelucrările de date cu caracter personal reprezintă modalitatea tipică de informare a utilizatorilor. Conform prevederilor RGPD, modul de informare a persoanelor fizice cu privire la prelucrările de date cu caracter personal prin intermediul cookies „*ar trebui să fie transparente*” și să prevadă faptul că datele „*sunt colectate, utilizate, consultate sau prelucrate în alt mod [...] și în ce măsură datele cu caracter personal sunt sau vor fi prelucrate. Principiul transparenței prevede că orice informații și comunicări referitoare la prelucrarea respectivelor date cu caracter personal sunt ușor accesibile și ușor de înțeles și că se utilizează*

⁸⁷ M.L. Jones, *op. cit.*, pp. 99-100.

⁸⁸ A. Dabrowski, G. Merzdovnik, J. Ullrich, G. Sendera, E. Weippl, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁹ În cadrul testului au fost incluse website-urile www.accuweather.com/, <https://www.timeanddate.com/> și <https://www.weather-forecast.com/>. Toate cele trei website-uri au prelucrat date cu caracter personal privind locația utilizatorului și au afișat pagina web care prezenta condițiile meteorologice din zona de unde se afla vizitatorul. Este de menționat faptul că primele două website-uri din experiment au afișat o notificare de tip *pop-up* prin care informau vizitatorul cu privire la prelucrările de date prin intermediul cookies în tip ce al treilea nu avea implementate mecanisme de informare.

⁹⁰ De exemplu, în momentul în care un utilizator din România accesează website-ul www.samsung.com acesta este redirectionat pe pagina www.samsung.com/ro dedicată consumatorilor români. Redirectionarea este realizată în baza prelucrării de date cu caracter personal privind locația.

*un limbaj simplu și clar*⁹¹. În plus, politicile de confidențialitate trebuie personalizate și adaptate la prelucrările specifice website-ului la care se aplică, întrucât datele sunt „colectate în scopuri determinate, explicite și legitime”⁹² și nu pot fi prelucrate ulterior într-un mod incompatibil cu scopul inițial⁹³.

Utilizatorul mediu care navighează pe Internet cu oricare dintre browserele web populare nu este conștient de depunerea și accesarea cookies, ceea ce contravine prevederilor art. 13-14 din RGPD privind obligația de informare și, în aceeași măsură, drepturilor de acces acordate utilizatorului, prevăzute în cadrul art. 15 din RGPD⁹⁴. Din momentul emiterii fișierelor cookies de către website, acestea sunt stocate în memoria dispozitivului utilizatorului și sunt folosite de către browserul Web. Chiar dacă utilizatorul și-a dat acordul cu privire la utilizarea de fișiere cookies, acesta beneficiază de dreptul de acces la informațiile personale stocate în cookies, drept garantat prin art. 15 din RGPD⁹⁵. Cu toate acestea, fișierele cookies nu pot fi accesate cu ușurință de către utilizatori întrucât trebuie să cunoască denumirea și locația exactă a fișierului cookie și trebuie să aibă competențe de a utiliza aplicații de tip editor pentru a le accesa și citi. Cu siguranță, o astfel de cunoaștere nu poate fi o condiție prealabilă acceptabilă pentru exercitarea de către utilizatori a drepturilor de acces garantate de RGPD. Chiar dacă un utilizator cu experiență ar putea să identifice și să acceseze fișierul cookie, informațiile conținute în acesta, spre exemplu „cZl51y832D4VW7f1Ywcs+5qu8vzqPwSCE1x3+6jXJTJPMpr3M44Pfwl7nZdmsLXj3KuRqApOf6huwEVmFqFXE2W6pN0uS2/gQK7tRppalmweiYPWSf2IGe846uSF”⁹⁶, cu siguranță nu vor îndeplini cerința strictă a RGPD privind accesul la datele procesate „într-o formă inteligibilă și ușor accesibilă”⁹⁷.

Impactul Regulamentului UE 2016/679 este perceptibil la nivel global, în ceea ce privește măsurile de asigurare a confidențialității și volumul de informații prezentate utilizatorilor⁹⁸. Studiile privind monitorizarea impactului RGPD asupra volumului de cookies utilizate au subliniat faptul că noua

⁹¹ A se vedea considerentul nr. 39 din RGPD.

⁹² Conform art. 5 alin. (1) lit. b) din RGPD.

⁹³ I. Sanchez-Rola, M. Dell'Amico, P. Kotzias, D. Balzarotti, L. Bilge, P.-A. Vervier, I. Santos, *op. cit.*, p. 342.

⁹⁴ Pentru similitudine a se vedea V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, pp. 167-168.

⁹⁵ A se vedea A. Iftimiei, *Protecția datelor cu caracter personal. Aspecte de drept european* în Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași Științe Juridice, Tomul LXIV, nr. 1/2018, p. 280.

⁹⁶ Fișierul cookie cu denumirea AWSALB, instalat de către website-ul eurlex.europa.eu pe dispozitivul utilizat de autor, la afișarea textului Regulamentului UE nr. 2016/679 în data de 10 octombrie 2020.

⁹⁷ A se vedea art. 12 din RGPD; V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 168.

⁹⁸ I. Sanchez-Rola, M. Dell'Amico, P. Kotzias, D. Balzarotti, L. Bilge, P.-A. Vervier, I. Santos, *op. cit.*, p. 341.

reglementare europeană privind protecția datelor cu caracter personal a avut un impact internațional considerabil asupra utilizării fișierelor cookies în ecosistemul web, în special în ceea ce privește numărul de cookies terțe⁹⁹.

Conform unui studiu asupra gradului de conformare a activităților de prelucrare a datelor cu caracter personal la prevederile RGPD, este notabil faptul că website-urile care par a fi transparente și oferă utilizatorilor posibilitatea de a alege, stochează mai multe fișiere cookies atunci când este acceptată opțiunea implicită, decât cele care nu oferă nicio alegere¹⁰⁰.

Răspunderea operatorului

Persoana care setează fișierul cookies este cea responsabilă de îndeplinirea cerințelor impuse de reglementările din domeniul protecției datelor. În funcție de tipul de fișiere cookies, proprii sau de la terță parte, persoana responsabilă este fie deținătorul website-ului, fie persoana terță care a dezvoltat fișierul cookie în cauză. În situația în care fișierele cookies de la partea terță sunt setate printr-un website, atât terțul, cât și deținătorul website-ului au obligația de a se asigura că utilizatorii sunt informați în mod clar despre utilizarea cookies și de a obține consimțământul acestora. În practică, informarea utilizatorilor cu privire la utilizarea de cookies și, după caz, obținerea consimțământului este facilă doar deținătorului website-ului¹⁰¹.

Conform prevederilor art. 32 alin. (1) lit. d) din RGPD, operatorul are obligația de a realiza periodic o verificare asupra prelucrărilor de date prin intermediul cookies și asupra eficacității măsurilor tehnice și organizatorice pentru a garanta confidențialitatea datelor prelucrate¹⁰².

Utilizatorii prejudiciați de încălcarea dreptului la protecția datelor cu caracter personal au, conform art. 77-82 din RGPD, posibilitatea de a iniția proceduri administrative și/sau proceduri judiciare în fața unei instanțe civile. Procedurile judiciare într-o instanță civilă pot fi desfășurate după sau în paralel cu și independent de procedurile administrative¹⁰³.

⁹⁹ A. Dabrowski, G. Merzdovnik, J. Ullrich, G. Sendera, E. Weippl, *op. cit.*, p. 11; X. Hu, N. Sastry, *op. cit.*, p. 138; I. Sanchez-Rola, M. Dell'Amico, P. Kotzias, D. Balzarotti, L. Bilge, P.-A. Vervier, I. Santos, *op. cit.*, p. 340.

¹⁰⁰ X. Hu, N. Sastry, *op. cit.*, p. 139.

¹⁰¹ International Chamber of Commerce United Kingdom, *ICC UK Cookie guide*, London, 2012, pp. 8-9.

¹⁰² Ș.R. Tataru, *Protecția informațiilor de afaceri: informații clasificate, confidențiale, date cu caracter personal* în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași* Tomul LXVI/I, Științe Juridice, 2020, p. 274.

¹⁰³ C.T. Ungureanu, *Legal Remedies for Personal Data Protection in European Union* în *Logos Universality Mentality Education Novelty: Law*, nr. 2/2018, <https://doi.org/10.18662/lumenlaw/10>, p. 32; Andreea Șerban, *op. cit.*, p. 166 și urm.; V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 169.

Independent de remediile prevăzute de RGPD, utilizatorii afectați de prelucrarea nedorită și ilegală a datelor personale prin intermediul cookies pot încerca să obțină o despăgubire direct de la dezvoltatorul browserului Web utilizat, mijloc prin care a avut loc prelucrarea. Întrucât prelucrarea ilicită a informațiilor personale prin intermediul fișierelor cookies depinde de infrastructura browserului Web, utilizatorii se pot îndrepta și împotriva producătorilor acestui software. Considerăm că răspunderea dezvoltatorilor de browsere Web poate fi atrasă atât în baza normelor privind protecția datelor cu caracter personal dar și în baza reglementărilor privind răspunderea pentru produse¹⁰⁴.

Concluzii

În mod cert fișierele cookies au fost create pentru funcționalitatea anumitor funcții ale website-urilor (de exemplu, coșul de cumpărături al unui magazin online) și, totodată, ca o modalitate de eficientizare a resurselor informatice ale operatorului, care prin intermediul cookies economisește propriile resurse de stocare a informațiilor, transferând această acțiune din sarcina sa în cea a utilizatorului.

Prelucrările avansate de date cu caracter personal prin intermediul cookies pot prezenta beneficii atât pentru operatorii ce activează în mediul digital dar și pentru utilizatori, dacă acestea sunt realizate cu informarea și consimțământul persoanelor vizate și în limitele impuse de RGPD. Principalele riscuri la confidențialitatea datelor rămân cele generate de preluarea conținutului fișierelor cookies de către persoane neautorizate, determinând astfel incidente de securitate la datele cu caracter personal.

Considerăm că deținătorii de website-uri își „serve” utilizatorii cu prăjiturile cu răvaș (*fortune cookies*), aceștia bucurându-se de o experiență online personalizată dar, în momentul citirii cu atenție a termenilor preponderent tehnici din politica de utilizare cookies, vor experimenta misterul și ambiguitatea răvașului. Constatăm că relația dintre operatorii de date cu caracter personal (deținătorii de domenii Web) și utilizatori rămâne dezechilibrată, primii având posibilitatea de a prelucra datele colectate prin intermediul cookies și în alte scopuri decât cele declarate, iar cei din urmă nu beneficiază de o informare corectă cu privire la prelucrările de date și nici nu dețin mecanis-

¹⁰⁴ Cu privire la răspunderea pentru produse defectuoase a dezvoltatorilor de software a se vedea: K Alheit, *The applicability of the EU Product Liability Directive to software* în *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 34, no. 2, iulie 2001, pp. 200-203; S. Mvula, *Liability of the manufacturer or software developer under the Product Liability Directive for defective software that cause a self-driving car to cause damage*, Tilburg Law School, ianuarie 2020, p. 20 și urm., [Online]: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=150333>, accesat 1.11.2020; V. Mayer-Schonberger, *op. cit.*, p. 169.

mele necesare pentru a verifica modul și scopul în care le sunt prelucrate informațiile personale.

Din punct de vedere al reglementărilor existente, fișierele cookies sunt o fantasmă juridică, fiind insuficient reglementate și rareori amintite în cadrul normelor juridice care reglementează protecția datelor, aspect confirmat de apariția singulară în considerentul 30 al Regulamentului UE 2016/679.

Va fi interesant de observat modul de adaptare a Internetului în momentul în care mai multe state vor impune reguli stricte privind utilizarea cookies, asemeni GDPR, Va mai fi Internetul internațional? Vom asista la o limitare a internaționalității Internetului sau va fi necesară armonizarea la nivel internațional a reglementărilor privind protecția datelor?

Evaluarea condițiilor exercitării controlului caracterului abuziv al comisioanelor de întocmire/analiză dosar și de gestionare/administrare a creditului de către instanțele naționale în sensul interpretării unitare a legii în lumina reperelor jurisprudențiale stabilite de C.J.U.E.

Assessment of the conditions for exercising control over the abusive nature of the commissions for drawing up / analyzing files and managing / administering credit by national courts in the sense of unitary interpretation of the law in the light of the jurisprudential landmarks established by the C.J.E.U.

Luiza Cristina Gavrilescu¹

Rezumat: Evaluarea judiciară a caracterului abuziv al unor clauze contractuale calificate de instanțele naționale ca accesorii, privitoare la comisioanele de întocmire/analiză dosar și de gestionare/administrare a creditului nu poate repune în discuție aprecierea de către consumator a adecvării prețului sau a remunerației la serviciile sau bunurile furnizate, precum și criteriile orientative pentru instanțele naționale pe care hotărârile CJUE le evocă, ci revine instanței de trimitere examinarea concretă a conținutului contractului, aprecierea probelor și a circumstanțelor proprii pricinii deduse judecății. Rolul C.J.U.E. este acela de a stabili un standard unitar de interpretare a prevederilor Directivei 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, aplicabil în toate statele membre, eliminându-se astfel, în fapt, marja de apreciere discreționară din partea judecătorului național și riscul de disparitate în aplicarea acestui mecanism, însă instanțelor naționale le revine rolul să verifice dacă o clauză provoacă, în contradicție cu cerința de bună-credință, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților ce decurg din acel contract, în detrimentul consumatorului.

Cuvinte-cheie: comision de analiza dosar ; comision de administrare a creditului ; limbaj clar si inteligibil ; buna credință; dezechilibru semnificativ.

Abstract: Judicial assessment of the abusive nature of contractual clauses qualified by national courts as ancillary, regarding the fees for drawing up /analysing files and managing /administering credit cannot call into question the consumer's assessment of the adequacy of the price or remuneration for services or goods provided, as well as

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

the indicative criteria for national courts that the judgments of the CJEU refer to, but it is up to the referring court to examine the content of the contract, to assess the evidence and the circumstances of the case before the court. The role of the C.J.E.U. is to establish a uniform standard for the interpretation of the provisions of Directive 93/13 / EEC on unfair terms in consumer contracts, applicable in all Member States, thus eliminating, in fact, the discretion of the national court and the risk of disparity in the application of this mechanism, but it is up to national courts to verify whether a clause causes, contrary to the requirement of good faith, a significant imbalance between the rights and obligations of the parties under that contract, to the detriment of the consumer.

Keywords: file analysis fee; credit management fee; clear and intelligible language; good faith; significant imbalance.

Precizări preliminare

Practica inserării în contractele de credit bancar încheiate cu consumatorii a unor comisioane de analiză dosar, respectiv de acordare a creditului, precum și a celor de administrare sau de gestionare a creditului este una controversată sub aspectul aprecierii caracterului abuziv. În condițiile în care soluțiile instanțelor sunt diferite sub mai mult aspecte, s-a pus problema oportunității pronunțării unei decizii obligatorii a Înaltei Curți de Casație și Justiție. În acest sens a fost formulat un recurs în interesul legii, cu solicitarea de a se clarifica de o manieră unitară.

Cercetarea acestor probleme ne-a fost prilejuită de faptul că la solicitarea I.C.C.J. am formulat și înaintat un punct de vedere din partea Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

Mai precis, problema de drept menționată a format obiectul dosarului nr. 69/1/2020 al I.C.C.J. – aflat pe rolul completului competent să soluționeze recursul în interesul legii, privind următoarea problemă de drept: „corecta aplicare și interpretare de către instanțele române a art. 4 alin. (1) și art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000 în litigiile în care se analizează caracterul abuziv al comisiunilor de întocmire/analiză dosar și de gestionare/administrare a creditului”.

Problema de drept a fost ridicată prin sesizarea formulată de Colegiul de Conducere al Curții de Apel Brașov referitor la cauza ce formează obiectul dosarului nr. 2128/33/09.01.2020, ca urmare a cererii formulate de petenta BRD Group SG S.A.

Prin Decizia nr. 10/2020² a ICCJ recursul în interesul legii a fost respins ca inadmisibil, cu principala motivare că determinarea încadrării acestor comisioane în economia contractului ține de particularitățile fiecărei spețe și nu reprezintă o problemă de interpretare a unei norme juridice, drept condiție de admisibilitate a unui recurs în interesul legii. Mai mult, s-a invocat și faptul

² Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 611 din 13 iulie 2020.

că prin deciziile pronunțate de CJUE s-a stabilit că problemele semnalate trebuie să fie suspuse unei analize particularizate a instanțelor naționale sesizate pe fond. Relevantă sub acest aspect este hotărârea C.J.U.E. pronunțată în Cauza C-621/17 Gyula Kiss³, care poate fi aplicată *mutatis mutandis* de instanțele naționale.

Totodată, dat fiind gradul ridicat de protecției pe care Directiva nr. 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive din contractele încheiate cu consumatorii urmărește să o asigure intereselor colectivității, chestiunea în cauză excede sfera intereselor individuale și se ridică la nivelul de interes public în ceea ce privește lipsirea de efecte a clauzelor prejudiciabile pentru consumator. Ținând cont de aceste considerente, CJUE extinde competența de apreciere a judecătorului național în evaluarea unor astfel de clauze și sancționarea practicii inserării lor în cuprinsul contractelor.

Legea nr. 193/2000 este un act normativ care transpune Directiva 93/13/CEE în îndeplinirea obligației de transpunere integrală a acquis-ului comunitar în legislația românească până la momentul aderării. Consecința acestui fapt este aceea că interpretarea acestei legi se impune a fi făcută prin filtrul Directivei 93/13/CEE și al jurisprudenței C.J.U.E. în materie.

Din această perspectivă, apreciem ca fiind utilă determinarea unor repere comune care să ghideze instanțele în realizarea acestei aprecieri efectuate în concret.

Vom analiza așadar problemele cu privire la care s-a identificat necesitatea unor clarificări, apreciind modul de soluționare al acestora.

a) Stabilirea ordinii etapelor analizei clauzelor din perspectiva art. 4 din Legea nr. 193/2000, anume dacă instanța națională este obligată să verifice mai întâi încadrarea clauzelor privind comisioanele în clauzele exceptate reglementate de art. 4 alin. 6 (care se referă la obiectul principal al contractului, la preț și sunt redactate într-un limbaj ușor inteligibil) și abia apoi, dacă rezultatul este negativ, să analizeze dacă sunt îndeplinite condițiile cumulative menționate la art. 4 alin. 1 (clauzele sunt ne-negociate, contrare bunei credințe și creează un dezechilibru semnificativ);

Apreciem că poziția adoptată de practica majoritară a instanțelor naționale este conformă cu prevederile legale incidente, în sensul că trebuie efectuată în prealabil verificarea privind încadrarea clauzelor relative la comisioanele în cauză în clauzele exceptate reglementate de art. 4 alin. (6) și numai în măsura în care se constată că acestea nu se încadrează în noțiunile de la obiectul principal al contractului sau la prețul acestuia, se va trece la analiza cerințelor care definesc caracterul abuziv al acelor clauze.

³ Cauza C-621/17 Gyula Kiss/CIB Bank Zrt, Emil Kiss, Gyulane Kiss, în octombrie 2019.

În acest sens s-a susținut și faptul că, prealabil analizării întrunirii în speță a condițiilor descrise, instanța trebuie să facă o cercetare preliminară a clauzelor supuse cercetării judecătorești și să decidă în ce măsură acestea se referă la obiectul principal al contractului sau dacă acestea privesc raportul preț/servicii și, respectiv, dacă acestea sunt exprimate într-un limbaj clar și inteligibil. În cazul în care răspunsul la această întrebare este afirmativ, acțiunea trebuie respinsă fără a se intra în altă analiză ulterioară.

b) Interpretarea sintagmei „prețul contractului” prevăzută la art. 4 alin.(6) Lege⁴ – dacă o clauză care reglementează valoarea unui comision de întocmire/ analiză dosar sau de gestionare / administrare a creditului este inclusă în noțiunea de preț al contractului, fiind exceptată de la controlul caracterului abuziv în măsura în care este exprimată într-un limbaj ușor inteligibil.

Neclaritățile în interpretarea sintagmei analizate au fost generate de traducerea neconformă în cuprinsul art. 4 din Legea română nr. 193/2000 a prevederilor corespunzătoare – art. 4 alin. (2) din Directiva 93/13/CEE. În forma sa inițială, Legea nr. 193/2000⁵ nu includea în textul art. 4 această cauză de excludere de la verificarea caracterului abuziv al acestui tip de clauze nenegociate din contractele încheiate de consumatori, alineatul (6) fiind introdus abia prin art. VI pct. 2 din Legea nr. 363/2007⁶.

Astfel, conform art. 4 alin. (2) din Directivă: „Aprecierea caracterului abuziv al clauzelor nu privește nici definirea obiectului contractului, nici caracterul adecvat al prețului sau remunerației, pe de o parte, față de serviciile sau de bunurile furnizate în schimbul acestora, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate în mod clar și inteligibil”. Pe de altă parte, conform art. 4 alin. (6) din Lege: „Evaluarea naturii abuzive a clauzelor nu se asociază nici cu definirea obiectului principal al contractului, nici cu calitatea de a satisface cerințele de preț și de plată, pe de o parte, nici cu produsele și serviciile oferite în schimb, pe de altă parte, în măsura în care aceste clauze sunt exprimate într-un limbaj ușor inteligibil”.

Se poate observa că prevederile Directivei indică fără echivoc că de la analiza caracterului abuziv se exclude: în primul rând clauzele ce definesc obiectul contractului, iar în al doilea rând clauzele referitoare la raportul preț/servicii sau bunuri furnizate. Între clauzele referitoare la obiectul principal al contractului se numără de exemplu cele referitoare la dobândă, comisioane pentru prestațiile de bază, iar în categoria clauzelor ce privesc raportul preț/servicii se încadrează spre exemplu cele referitoare la valoarea

⁴ Prin utilizarea termenului de Lege ne vom referi la prevederile Legii nr. 193/2000.

⁵ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 560 din 10.11.2000.

⁶ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 899 din 28 decembrie 2007.

comisioanelor percepute raportate la serviciile corelative prestate de bancă, cum sunt și cele de acordare / analiză dosar și administrare/gestionare credit.

Din prevederile legale sus-citate, reiese care sunt condițiile pentru constatarea caracterului abuziv și anume: clauza să nu fi fost negociată; prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi să se fi creat în detrimentul consumatorului un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților; banca a acționat contrar cerințelor buneii credințe.

Apreciem că aceste comisioane intră în prețul contractului, fiind o componentă a costului creditului, însă nu vor fi exceptate de la controlul caracterului abuziv în măsura în care nu sunt exprimate într-un limbaj ușor inteligibil. Cu toate acestea, instanțele au dreptul să examineze caracterul abuziv al clauzelor contractuale privind prețul, chiar dacă acestea sunt redactate în mod clar și inteligibil, în contextul general al protecției speciale pe care Directiva nr. 93/13/CEE tinde să o recunoască intereselor colectivității, care, făcând parte din ordinea publică economică, depășește interesele specifice ale unor părți. Dat fiind interesul public ca astfel de clauze prejudiciabile pentru consumator să nu-și producă efectele, CJUE a arătat că recunoaște judecătorului puterea de a declara din oficiu, ca nule, clauzele abuzive ale unui contract, această competență fiind instituită nu ca un drept ci chiar ca o îndatorire.

Potrivit unei jurisprudențe constante, interpretarea unei norme de drept a Uniunii Europene realizate de C.J.U.E. în exercitarea competenței pe care pe care i-o conferă articolul 267 din T.F.U.E., lămurește și precizează semnificația și domeniul de aplicare ale acestei norme, astfel cum trebuie sau ar fi trebuit să fie înțeleasă și aplicată de la intrarea sa în vigoare. Rezultă că norma astfel interpretată poate și trebuie să fie aplicată de către instanțele naționale raporturilor juridice născute și constituite înainte de pronunțarea hotărârii asupra cererii de interpretare.

CJUE⁷ a descris limitarea aprecierii unor astfel de clauze contractuale în legătură cu un contract de împrumut are un domeniu de aplicare restrâns, cu următoarea motivare:

„Clauzele referitoare la contraprestația datorată de consumator creditorului sau care au un efect asupra prețului efectiv ce trebuie plătit acestuia din urmă de către consumator nu intră, așadar, în principiu, în această a doua categorie de clauze, cu excepția chestiunii dacă valoarea contraprestației sau a prețului prevăzut în contract este adecvată față de serviciul furnizat în schimb de creditor”. Curtea a statuat că acestea sunt excluse de la aprecierea caracterului abuziv numai în limita și în măsura aprecierii caracterului adecvat al prețului față de serviciile sau de bunurile furnizate. Curtea a arătat⁸ că excluderea unui control al clauzelor în ceea ce privește raportul calitate/preț se

⁷ De exemplu, Hotărârea Curții în cauza C-143/13, *Bogdan Matei*, punctul 56.

⁸ în Cauza Kasler C-26/13 Arpad Kasler, Hajnalka Kaslerne Rabai împotriva OTP Jelzalogbank Zrt”.

explică prin faptul că nu există niciun barem sau criteriu juridic care să poată încadra sau ghida un asemenea control⁹. Cu toate acestea, reiese din dosarul de care dispune Curtea, aspect a cărui verificare revine totuși instanței de trimitere, că, în speță, caracterul pretins abuziv al clauzelor în discuție în litigiul principal nu privește raportul dintre cuantumul costurilor de administrare și al comisionului de acordare și serviciile furnizate în schimbul acestora."

c) Interpretarea sintagmei „obiect principal al contractului” – art. 4 alin. (6) din Lege, anume dacă acesta poate fi reprezentat de clauze prin care sunt reglementate comisioanele de întocmire/ analiză dosar sau de gestionare / administrare a creditului. Mai precis, dacă aceste comisioane constituie prestații esențiale ale contractului de credit, fiind asimilate „obiectului principal al contractului” și fiind exceptate de la controlul caracterului abuziv în măsura în care clauzele sunt exprimate într-un limbaj ușor inteligibil;

Definirea obiectului principal al contractului este o noțiune autonomă, care nu trebuie confundată cu definiția națională a obiectului contractului. În acest sens, C.J.U.E. a statuat că termenii care figurează la articolul 4 alineatul (2) din Directiva 93/13 trebuie, în mod normal, să primească în întreaga Uniune Europeană o interpretare autonomă și uniformă, care trebuie stabilită ținând seama de contextul prevederii și de obiectivul urmărit de reglementarea în cauză, întrucât această dispoziție nu cuprinde nicio trimitere expresă la dreptul statelor membre pentru stabilirea sensului și a domeniului de aplicare ale acesteia¹⁰.

Situația este aceeași în ceea ce privește termenii care figurează la articolul 4 alineatul (2) din Directiva 93/13, întrucât această dispoziție nu cuprinde nicio trimitere expresă la dreptul statelor membre pentru stabilirea sensului și a domeniului de aplicare ale acesteia¹¹.

C.J.U.E. a statuat că distincția între clauzele care descriu „obiectul principal al contractului” și cele care nu pot fi incluse în această categorie trebuie fundamentată pe caracterul esențial al prestațiilor care caracterizează contractul. Clauzele care nu definesc esența însăși a raportului contractual și care, în consecință, nu sunt caracteristice contractului respectiv, nu vor face parte din sfera de conținut a sintagmei „obiect principal al contractului”. Curtea a arătat că, ținând seama de caracterul derogatoriu al art. 4 alin. (2) din Directiva 93/13/CEE și de cerința unei interpretări stricte a dispoziției respective, clauzele contractuale care se circumscriu noțiunii „obiect principal al contractului” trebuie înțelese ca fiind cele care stabilesc prestațiile esențiale

⁹ A se vedea în acest sens Hotărârea Kasler și Kaslerne Rabai, EU:C:2014:282i, punctele 54 și 55.

¹⁰ A se vedea printre altele Hotărârea *Fish Legal și Shirley*, C-279/12, EU:C:2013:853, punctul 42.

¹¹ Cauza C-26/13 Arpad Kasler.

ale acestui contract și care, în consecință, îl caracterizează. Dimpotrivă, clauzele care au un caracter accesoriu în raport cu cele care definesc esența însăși a contractului nu pot fi circumscrise acestei noțiuni.

Curtea a avansat doar criteriile care trebuie să fie avute în vedere de instanța națională în această apreciere, după cum urmează: natura, economia generală și prevederile contractului de împrumut, precum și contextul său juridic și factual. Totodată, Curtea a reținut că revine instanței de trimitere sarcina de a aprecia dacă o clauză constituie un element esențial al prestației debitorului¹².

În hotărârile pronunțate ulterior de Curte, aceasta a făcut trimitere la modul cum a interpretat, autonom și uniform, această noțiune de „obiect principal al contractului”, precum și la criteriile pe care le-a formulat pentru interpretarea acestei noțiuni¹³.

Prin hotărârea recent pronunțată¹⁴ ce vizează chiar clauze de natura celor ce fac obiectul cauzei de față, ce stabilesc costuri de administrare și comisioane de acordare, Curtea a reamintit care este înțelesul pe care îl dă acestei noțiuni de drept unional, criteriile de apreciere, precum și rezerva de interpretare, în sensul că revine instanței de trimitere sarcina de a stabili dacă astfel de clauze constituie un element esențial al prestației debitorului, având în vedere ansamblul elementelor de fapt pertinente.

Apreciem că aceste comisioane nu constituie prestații esențiale ale contractului de credit și deci nu fac parte din obiectul principal al contractului, având caracterul de prestații accesorii acestuia. Comisioanele analizate nu fac parte din obiectul principal al contractului, nu reprezintă o prestație distinctă, ci pot fi cel mult considerate o componentă a costului total al creditului.

Întrucât aceste comisioane nu pot fi asimilate obiectului principal al contractului, nu intră sub incidența art. 4 alin.(6) teza I și art. 4 (2), astfel că nu sunt excluse „*ab initio*” de la analiza caracterului lor abuziv.

De altfel, în lumina deciziilor obligatorii ale CJUE, simpla încadrare a conținutului unei clauze în categoria celor referitoare la obiectul principal al contractului nu este de natură să o excludă automat de la verificarea caracterului său abuziv, chiar dacă sunt exprimate într-un limbaj clar și inteligibil. După cum s-a arătat în motivarea unei decizii¹⁵ a CJUE, „dispozițiile art. 4 alin.(2) și art. 8 din Directiva nr. 93/13/CEE trebuie interpretate în sensul că nu

¹² Cauza C-26/13 Kasler.

¹³ Cauza C-143/13 Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei împotriva S.C. Volksbank România - S.A., paragrafele 50, 51, 53, 54; Cauza C-96/14 Jean Claude Van Hove împotriva CNP Assurances - S.A., paragrafele 31, 33, 37, 38; C-186, Andriciuc și alții, paragrafele 35 și 36.

¹⁴ C-621/17, Gyula Kiss împotriva CIB Bank Zrt.

¹⁵ Considerentele de la pct. 44 al Hotărârii C.J.U.E.-C-nr. 484/08- *Coja de Ahorros Y Monte de Piedad de Machid Piedad*.

se opun unei reglementări care autorizează un control jurisdicțional al caracterului abuziv al clauzelor contractuale, privind definirea obiectului principal al contractului sau caracterul adecvat al prețului, sau remunerației, pe de altă parte, față de serviciile sau bunurile furnizate în schimbul acestora, iar pe de altă parte, chiar dacă aceste clauze sunt redactate în mod clar și inteligibil”.

Prin urmare, a stabili dacă o clauză nenegociată dintr-un contract încheiat cu un consumator face parte din obiectul principal al contractului și, în consecință, este exclusă de la mecanismul de control pe fond al clauzelor abuzive reprezintă o chestiune de fapt care trebuie stabilită în concret, de la caz la caz, pe baza evaluării directe de către instanțe, în raport cu particularitățile fiecărei spețe.

d) În aplicarea art. 4 alin.(6), raportat la noțiunea de clauze exprimate într-un limbaj ușor inteligibil, să se clarifice necesitatea menționării prestațiilor băncii ce urmează a fi efectuate în contrapartida comisioanelor, chiar și atunci când scopul perceperii acestora poate fi ușor dedus din denumirea acestora sau din dispozițiile legale sau contractuale incidente, pentru a se considera dacă acele clauze sunt redactate într-un limbaj ușor inteligibil;

Apreciem că, dată fiind formularea eliptică prin care sunt prevăzute în contractul de credit, clauzele ce stabilesc comisioanele de analiză și de administrare încalcă cerința transparenței, deoarece nu se poate considera că sunt exprimate într-un limbaj ușor inteligibil, cât timp nu prevăd nici măcar implicit care este prestația concertată pe care o efectuează banca exclusiv în beneficiul împrumutatului. Considerăm că interpretarea noțiunii de clauze exprimate prin limbaj ușor inteligibil este în sensul că este necesară menționarea prestațiilor băncii ce urmează a fi efectuate în schimbul achitării comisioanelor.

Faptul că în contractele de credit se menționează explicit valoarea comisioanelor, scadența obligației și justificarea generică a perceperii acestui comision (acoperirea cheltuielilor cu privire a acordarea creditului) nu este de natură să acopere neregularitatea ce rezultă din încălcarea cerințelor de transparență. Elementele menționate anterior nu fac altceva decât să precizeze condițiile în care trebuie adusă la îndeplinire obligația clientului, fără a clarifica în vreun fel care sunt serviciile prestate de bancă pentru care se datorează aceste comisioane. Caracterul sinalagmatic al contractului trebuie să se reflecte și prin simetria cu care să se descriu în contract drepturile și obligațiile părților. Nu poate fi primită susținerea că menționarea în contract a cuantumului comisioanelor și a modului de calcul al acestora îi poate conferi clientului reprezentarea contraprestațiilor efectuate de bancă. Simpla denumire a comisionului oricât ar fi de sugestivă nu este nici pe de parte edificatoare sub aspectul rațiunii perceperii sale, mai ales că activitatea de acordare a creditului nu reprezintă o prestație distinctă care să fie taxată autonom. Lipsa unei

definiții exprese a clauzei în discuție echivalează așadar cu lipsa de informare ori cu imposibilitatea consumatorului de a cunoaște scopul percepției respectivului comision. Limbajul clar și inteligibil presupune faptul ca în cuprinsul contractului să se prevadă destinația și justificarea percepției comisionului de acordare și contraprestația pe care profesionistul o realizează în schimbul percepției acestei sume.

Împrejurarea că denumirea acestui comision este menționată sub forma unei clauze incluse în contractul de credit nu este suficientă pentru satisfacerea cerinței informării consumatorului asupra cauzei acestei obligații, cu atât mai mult în condițiile în care clauza are un caracter nenegociat. Simpla semnare a contractului, prin includerea „la pachet” a acestei datorii lipsite de justă cauză nu echivalează cu o acceptare fără rezerve a acesteia. De altfel, pentru a stabili caracterul nedatorat al unei plăți nu se cere condiția erorii atunci când plata s-a făcut sub imperiul temerii debitorului că, în cazul unei eventuale împotriviri la plată, nu va putea beneficia de acordarea creditului.

Prin urmare, susținerea că în contract se menționează cuantumul comisionului respectiv și formula de calcul a acestuia, fiind expuse la vederea consumatorului, nu este de natură a echilibra în vreun fel dezavantajul creat în detrimentul clientului, în condițiile în care acesta este lipsit de putere de negociere. Mai mult, în contextul în care impunerea acestui comision reprezintă o practică uzitată de toate băncile, clientul consumator este lipsit de posibilitatea de negociere nu doar cu instituția de credit în cauză, ci și cu celelalte, toate funcționând în aceeași parametri.

Nici în privința clauzei ce cuprinde comisionul de administrare/gestionare nu este îndeplinită cerința de a fi redactată într-un limbaj inteligibil doar prin aceea că modul de calcul a fost arătat în cuprinsul contractului, mai ales în condițiile în care contractul este nenegociat.

Dat fiind faptul că aceste clauze nu au fost negociate direct cu consumatorul se impune ca, pe lângă exprimarea corectă din punct de vedere gramatical, conținutul acestora trebuie să fie accesibil unui consumator mediu informat¹⁶. Deducerea obligațiilor băncii din simpla denumire a comisionului nu este posibilă în lipsa cunoștințelor de specialitate, deoarece sensul noțiunii de „administrare a creditului” nu este cunoscut în mod facil și inerent de o persoană străină de activitatea desfășurată în domeniul bancar. Din acest motiv, clienții consumatori au dreptul să fie informați exact care sunt serviciile și activitățile pe care banca le prestează în schimbul plății acestor comisioane.

În condițiile în care în contract se indică doar denumirea comisionului dar nu se indică ce reprezintă, adică nu se arată ce serviciu al băncii acoperă perceperea sumei indicate în contract, atunci cerința ca limbajul să fie inteligibil nu este îndeplinită. Cât timp clauzele prin care se impun aceste comisioane

¹⁶ CJUE, hotărârea pronunțată în cauza C-26/13 *Kasler și Kasleme Rabai*, precum și hotărârea din 26.02.2015 pronunțată în cauza *Matei*.

nu sunt clare și precise se conferă doar băncii posibilitatea de a le interpreta în interes propriu, creând și din această perspectivă un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților. Sancțiunea aplicabilă pentru încălcarea obligației de transparență este nulitatea respectivei clauze.

Limbajul inteligibil mai semnifică și posibilitatea pentru consumatori să prevadă consecințele ce decurg din cuprinsul clauzelor contractului, mai ales sub aspectul consecințelor economice ce se produc asupra lor.

„În ceea ce privește cerința privind transparența clauzelor contractuale, astfel cum rezultă aceasta din articolul 4 alineatul (2) din Directiva 93/13, CJUE a subliniat că această condiție, amintită și în articolul 5 din Directivă, nu poate fi redusă numai la caracterul inteligibil al acestora pe plan formal și gramatical, ci că, dimpotrivă, întrucât sistemul de protecție pus în aplicare de directiva menționată se întemeiază pe ideea că, în ceea ce privește, printre altele, nivelul de informare, consumatorul se află într-o situație de inferioritate față de profesionist, această cerință privind redactarea clară și inteligibilă a clauzelor contractuale și, prin urmare, privind transparența, impusă de aceeași directivă, trebuie înțeleasă în mod extensiv [...]”¹⁷.

În clarificarea cerinței transparenței, C.J.U.E. arată întotdeauna, cu titlu de rezervă de interpretare, că revine instanței de trimitere sarcina de a stabili dacă consumatorul putea să evalueze consecințele economice ale unei anumite clauze asupra patrimoniului sau, limitându-se să arate elementele de care aceasta trebuie să țină seama, anume ansamblul elementelor de fapt pertinente, printre care se numără publicitatea și informațiile furnizate de împrumutător în cadrul negocierii unui contract de împrumut. Totodată, Curtea stabilește doar standardul în funcție de care trebuie să se aprecieze comportamentul consumatorului, anume cel al unui consumator mediu, normal informat și suficient de atent și avizat.

Curtea a detaliat ulterior cerințele, în special în ceea ce privește clauzele contractuale care sunt esențiale pentru întinderea obligațiilor pe care acceptă să și le asume consumatorii, de exemplu clauzele contractuale relevante pentru stabilirea plăților pe care trebuie să le efectueze consumatorii în temeiul unui contract de credit¹⁸.

Curtea a rezumat standardul care trebuie așteptat din partea vânzătorilor și furnizorilor după cum urmează¹⁹:

¹⁷ Hotărârea Curții în cauza C-348/14, *Bucura*, punctul 52.

¹⁸ Nicolae-Horia Țiț, *Considerații cu privire la caracterul cert al creanței*, în „Dreptul între modernizare și tradiție. Implicații asupra organizării juridice, politice, administrative și de ordine publică”, Conferință Internațională, București, 21-23 aprilie 2015.î

¹⁹ Hotărârea Curții în cauza C-186/16 *Andriciuc*, punctul 47. Se pot găsi aceleași afirmații în Hotărârea Curții în cauza C-143/13, *Matei și Matei*, punctul 74.

„[...] revine instanței naționale, atunci când ține seama de toate circumstanțele care însoțesc încheierea contractului, obligația să verifice că, în cauza respectivă, au fost comunicate consumatorului toate elementele care pot avea un efect asupra întinderii obligației sale și care îi permit acestuia să evalueze, printre altele, costul total al împrumutului său. Joacă un rol decisiv în această apreciere, pe de o parte, aspectul dacă clauzele sunt redactate în mod clar și inteligibil astfel încât să îi permită unui consumator mediu, și anume un consumator normal informat și suficient de atent și de avizat, să evalueze un astfel de cost și, pe de altă parte, împrejurarea legată de lipsa menționării în contractul de credit a informațiilor considerate, având în vedere natura bunurilor sau a serviciilor pentru care s-a încheiat contractul, drept esențiale [...]”²⁰.

Această abordare a examinării caracterului abuziv al unor clauze contractuale în concret este de altfel în consens cu jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene în materie, relevant fiind în acest sens considerentul nr. 44 al Hotărârii din 3 octombrie 2019 în Cauza C-621/17 – Gyula Kiss împotriva C.I.B. Bank Zrt, Emil Kiss și Gyulane Kiss²¹, în care s-au reținut următoarele:

„În cauza principală, instanța de trimitere trebuie să examineze dacă această situație se regăsește și în lumina tuturor elementelor de fapt pertinente, printre care figurează nu numai clauzele cuprinse în contractul în cauză, ci și publicitatea și informațiile furnizate de creditor în cadrul negocierii contractului”²².

Articolul 4 alineatul (2) și articolul 5 din Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii trebuie interpretate în sensul că cerința potrivit căreia o clauză contractuală trebuie exprimată în mod clar și inteligibil nu impune că acele clauze contractuale care nu au făcut obiectul unei negocieri individuale cuprinse într-un contract de împrumut încheiat cu consumatori, precum cele în discuție în litigiul principal, care stabilesc în mod precis cuantumul costurilor de administrare și al unui comision de acordare care urmează să fie suportate de consumator, metoda lor de calcul și data de exigibilitate a acestora, trebuie să detalieze de asemenea toate serviciile furnizate în schimbul sumelor în cauză.

În urma Hotărârii C.J.U.E. pronunțate în Cauza Gyula Kiss s-a hotărât schimbarea practicii unor instanțe naționale în sensul analizării noțiunii de clauze „exprimate într-un limbaj ușor inteligibil” din perspectiva considerentelor acestei hotărâri. Astfel, toate clauzele trebuie analizate prin prisma caracterului inteligibil, lipsa detalierii scopului percepției comisioanelor, respectiv lipsa indicării contraprestațiilor băncii nu creează automat un dezechilibru semnificativ în defavoarea consumatorului, iar cuantumul comisio-

²⁰ Trimiteri la Hotărârea Curții în cauza C-348/14, *Bucura*, paragrafele 49-61.

²¹ Cauza C-621/17 - *Gyula Kiss/CIB Bank* a C.J.U.E.

²² Hotărârea din 26 februarie 2015, *Matei*, C-143/13, EU:C:2015:127, punctul 75.

nului nu constituie un element în funcție de care se apreciază dezechilibrul semnificativ în defavoarea consumatorului, conform art. 4 alin. (6) din Legea nr. 193/2000. Lipsa din contractul de credit a oricărei prevederi privind contraprestațiile exacte ale băncii nu poate echivala *de plano* cu inexistența unor astfel de contraprestații, deoarece, conform motivării C.J.U.E., enumerarea serviciilor pe care banca le prestează în schimbul unor comisioane nu este obligatorie în orice condiții și lipsa acestei enumerări nu lovește de nulitate respectiva clauză cu privire la perceperea comisionului, însă, în mod evident, indiferent de menționarea lor expresă, toate comisioanele percepute de bancă trebuie să aibă corespondent în realitate.

Curtea invită așadar la o analiză exhaustivă a împrejurărilor proprii fiecărei spețe, cum ar fi posibilitatea ca natura serviciilor furnizate în mod efectiv să poată fi în mod rezonabil înțeleasă sau dedusă din contract, în ansamblul său, posibilitatea consumatorului de a verifica dacă nu există o suprapunere între diferitele costuri sau între serviciile pe care acestea le remunerează, publicitatea și informațiile furnizate de creditor în perioada precontractuală. Se arată că serviciile furnizate în contrapartida clauzelor referitoare la preț ar trebui să poată fi identificate, dar nu neapărat în virtutea cerinței de a fi exprimate în mod clar și inteligibil, ci, mai degrabă, în virtutea domeniului de aplicare al art. 4 alin. (2) din Directiva din 1993, pentru a face diferența dintre clauzele principale și cele accesorii, al căror mecanism de control este diferit. Astfel s-a decis că, „dacă sunt furnizate mai multe servicii, unele cu titlu principal, iar altele cu titlu accesoriu, judecătorul național va trebui să stabilească pentru fiecare clauză referitoare la preț serviciul pentru care reprezintă contrapartida pentru a determina dacă clauza respectivă face parte din obiectul principal al contractului. Profesionistul nu este obligat însă „să menționeze ce servicii sau bunuri sunt furnizate în contrapartida fiecărei clauze referitoare la preț”, ci, în ipoteza în care sunt furnizate mai multe servicii, „este suficient ca cel oferit în legătură cu clauza referitoare la preț să poată fi dedus în mod rezonabil din conținutul contractului”²³.

e) în aplicarea art. 4 alin. (1) din Lege să se stabilească în ce măsură lipsa detalierii scopului percepției comisioanelor, respectiv lipsa indicării prestațiilor /activităților efectuate de bancă în contrapartida comisioanelor percepute creează automat un dezechilibru semnificativ în defavoarea consumatorului;

Apreciem că în lipsa descrierii contraprestațiilor băncii pentru aceste comisioane în conținutul contractelor, sau în absența detalierii serviciilor prestate de bancă pentru aceste costuri, se creează un dezechilibru între drepturile și obligațiile părților în detrimentul clientului consumator.

Cât privește comisionul de acordare a creditului se impune mai întâi precizarea că acesta excede raportului contractual având ca obiect împrumutul

²³ A se vedea Cauza Matei.

unei sume de bani, deoarece faptul juridic căruia i se datorează nașterea acestui comision nu are legătură cu prestațiile caracteristice contractului de credit. Mai precis, dat fiind că activitățile prestate pentru acest comision se circumscriu etapei precedente derulării negocierilor asupra creditului și examinării documentației în vederea acordării creditului, rezultă că prețul comisionului de acordare se calculează pentru o altă activitate a băncii decât cea realizată în cadrul executării obligațiilor ce decurg din contractul de credit. Astfel, activitatea de verificare a cererii de creditare, de examinare a documentației depuse de solicitant și a bonității persoanei acestuia se desfășoară în afara cadrului contractual al contractului de credit care începe să își producă efectele de la o dată ulterioară, respectiv după semnarea de către păți.

Nu se poate primi opinia că perceperea unui comision suplimentar pentru acordarea creditului ar fi justificată pentru acoperirea cheltuielilor legate de efectuarea operațiunilor de creditare, deoarece aceste operațiuni se încadrează în mod firesc în prestația de acordare a creditului, clientul obținând un singur beneficiu: punerea la dispoziție a sumei de bani împrumutate. Practic în acest fel se încearcă defalcarea, în mod artificial, a etapelor componente, firești, ale unei singure prestații unice, pentru care nu se poate percepe decât o singură plată.

În consecință, introducerea în contractul de credit a unei clauze privind comisionul de acordare creează automat un dezechilibru în defavoarea consumatorului întrucât nu are legătură cu obiectul contractului de credit.

Comisionul de administrare este stabilit pentru o activitate de monitorizare exercitată de bancă, aspect care face parte din firescul activității bancare. Fiind datorat lunar, pentru o singură prestație a băncii (punerea la dispoziție a creditului) comisionul de administrare maschează o parte din dobândă, crescând suplimentar profitul băncii, deoarece este calculat la soldul creditului. Prin înscrierea denumirii comisionului neînsoțită de detalierea serviciilor prestate instituția de credit nu justifică în mod credibil încasarea comisionului de acordare și a celui de administrare.

Plata prețului serviciilor la care fac referire aceste comisioane este oricum acoperită de cuantumul dobânzii pe care clientul o achită lunar. Această dobândă are caracter remuneratoriu, reprezentând prețul pentru punerea la dispoziție a sumei împrumutate. În mod greșit unele instanțe au considerat această dobândă ar reprezenta doar echivalentul lipsei de folosință a sumei împrumutate de bancă. Această din urmă accepțiune se subsumează noțiunii de dobândă penalizatoare, or nu aceasta este natura dobânzii calculate și încasate de bancă. După cum s-a precizat, dobânda bancară este de tip remunerator, valoarea acesteia fiind considerabil mai mare decât aceea a unei dobânzi penalizatoare care acoperă lipsa de folosință și care se datorează de client în cazul întârzierii la plată a sumelor datorate cu titlu de rată, în raport cu data scadenței stabilite.

Plata unei sume adiționale de către client peste dobândă, care reprezintă prețul împrumutului acordat, ar fi justificată numai în măsura în care acestuia i s-ar asigura un beneficiu suplimentar, un alt serviciu, cum ar fi internet banking, diferite tipuri de carduri etc. și numai în măsura în care acesta acceptă în mod expres efectuarea unui astfel de serviciu suplimentar contra cost.

Caracterul prejudiciabil pentru consumator rezultă așadar din efectuarea unei duble plăți pentru același serviciu, ceea ce echivalează cu efectuarea unei plăți nedatorate.

Mai mult, dat fiind caracterul standardizat al contractelor de credit, clauzele sunt prestabilite de către bancă. În cazul în care banca nu răstoarnă prezumția lipsei de negociere a clauzelor ce cuprind comisioanele de acordare respectiv de administrare, reiese că acestea au fost impuse consumatorului, fără ca acesta să poată în vreun fel influența conținutul ei. În condițiile în care nu există premise care să îi permită băncii să considere că acele clauze ar fi fost acceptate de către consumator în urma unei negocieri efective, se creează un dezechilibru semnificativ în detrimentul consumatorului datorită faptului că banca a procedat abuziv la inserarea unui comision aferent unui serviciu nesolicitat și care în fapt se prestează în beneficiul propriu al băncii.

Lipsa indicațiilor referitoare la activitățile prestate de bancă în schimbul acestor comisioane creează și premisele unei neexecutări din partea acesteia a obligațiilor ce îi revin. Astfel, în absența menționării prestațiilor datorate, banca se găsește în situația de a nu desfășura nici un fel de prestație, de a încasa comisionul aferent, fără a fi expusă vreunui risc și fără a fi posibil controlul judiciar pentru verificarea îndeplinirii sau neîndeplinirii îndatoririlor sale, taxate cu acest comision.

Dezechilibrul cauzat consumatorilor rezultă așadar din faptul că, deși aceștia sunt obligați să efectueze plata unor comisioane, în lipsa prevederii în contract a contraprestațiilor băncii, aceasta este liberă să nu execute nici un serviciu sau activitate, fără ca o atare conduită să poată fi cenzurată sau sancționată de partea lezată sau pe cale judiciară²⁴.

Prin hotărârea pronunțată de C.J.U.E. în Cauza C-621/17 – Gyula Kiss/CIB Bank s-a stabilit că: „Articolul 3 alineatul (1) din Directiva 93/13 trebuie interpretat în sensul că o clauză contractuală precum cea în discuție în litigiul principal, referitoare la costuri de administrare a unui contract de împrumut, care nu permite identificarea fără ambiguitate a serviciilor concrete furnizate în schimbul acestora, nu creează, în principiu, un dezechilibru

²⁴ Nicolae-Horia Țiț, *Analiza condițiilor pe care trebuie să le îndeplinească o hotărâre judecătorească pronunțată de o instanță română pentru a fi certificată ca titlu executoriu european pentru creanțe necontestate*, în Uniformizarea dreptului, efecte juridice și implicații sociale, politice și administrative, Conferința Internațională, Iași, 23-25 octombrie 2014, Editura Hamangiu, 2014, pp. 367-376

semnificativ între drepturile și obligațiile părților care decurg din contract în detrimentul consumatorului, în contradicție cu cerința de bună credință."

Din economia considerentelor hotărârii C.J.U.E. în Cauza Gyula Kiss rezultă faptul că doar coroborând lipsa enumerării serviciilor prestate de bancă cu alte mijloace de probă se poate ajunge cu certitudine la concluzia caracterului abuziv al clauzelor referitoare la comisionul de analiză/întocmire dosar, respectiv comisionul de administrare/gestionare a creditului. Totodată, hotărârea nu exclude nici posibilitatea ca o clauză contractuală, deși ar cuprinde dispoziții cu privire la contraprestațiile exacte ale băncii, să întrunească toate elementele caracterului abuziv, aceste elemente urmând a fi analizate de la caz la caz.

Curtea, în legătură cu examinarea existenței unui eventual dezechilibru semnificativ, s-a arătat că „aceasta nu se poate limita la o apreciere economică de natură cantitativă, întemeiată pe o comparație între valoarea totală a operațiunii care a făcut obiectul contractului, pe de o parte, și costurile puse în sarcina consumatorului prin această clauză, pe de altă parte. Astfel, un dezechilibru semnificativ poate să rezulte din simplul fapt al unei atingeri suficient de grave aduse situației juridice în care este plasat consumatorul, în calitate de parte la contractul în cauză, în temeiul dispozițiilor naționale aplicabile, fie sub forma unei restrângeri a conținutului drepturilor de care, potrivit acestor dispoziții, consumatorul beneficiază în temeiul acestui contract, fie sub forma unei piedici în exercitarea acestora sau a punerii în sarcina sa a unei obligații suplimentare, neprevăzută de normele naționale.”²⁵

f) în aplicarea art. 4 alin. (1) din Lege să se clarifice în ce măsură valoarea (cuantumul comisioanelor) poate fi un element în funcție de care se apreciază dezechilibrul semnificativ în defavoarea consumatorului.

Apreciem că nivelul comisionului de întocmire/analiză respectiv administrare/gestionare a creditului poate fi un element în raport de care se apreciază dezechilibrul semnificativ în defavoarea consumatorului, mai ales în situația în care nu se acceptă ideea expusă la punctul anterior, anume că însăși impunerea unui astfel de comisioane este nejustificată și prejudiciabilă pentru consumator, deoarece nu i se acordă nici un beneficiu distinct în contrapartidă.

Analiza practică efectuată demonstrează că nivelul acestor comisioane este stabilit disproporționat în raport de valoarea împrumutului. În cazul în care este stabilit în procent fix la valoarea soldului, acest comision reprezintă o parte consistentă a costului contractului, care mărește artificial costul efectiv al creditului.

Din perspectiva evaluării caracterului justificat și legitim al comisionului de acordare a creditului se pornește de la premisa că acesta este aferent unui

²⁵ Hotărârea din 16 ianuarie 2014, Constructora Principado, C-226/12, EU:C:2014:10, punctele 22 și 23.

serviciu pe care banca îl efectuează din oficiu, în scopul verificării bonității clientului, deci în interes propriu. Prin urmare, stabilirea acestuia în sarcina consumatorului este justificată numai în măsura în care banca probează existența unui interes al clientului, ce rezultă din prestarea unor servicii distincte de cel al punerii la dispoziție a sumei împrumutate. Pentru aceasta se impune indicarea precisă a serviciilor oferite în contrapartida acestor comisioane, în caz contrar plata pretinsă consumatorului este contrară bunei credințe și de natură să creeze un dezechilibru semnificativ în detrimentul acestuia.

Nici faptul că plata comisionului de acordare s-a efectuat sub forma unei prestații unice, la data acordării creditului, nu este de natură să excludă caracterul împovăraător în detrimentul consumatorului al unei astfel de sarcini, suma astfel calculată fiind practic scăzută din valoarea creditului acordat. Cu alte cuvinte, la dispoziția clientului se va pune o sumă diminuată corespunzător cu prețul impus pentru acordarea creditului. Așa zisa obligație corelativă a băncii de a suporta costul viramentelor bancare, pentru a livra clientului lichiditățile solicitate nu este în fapt o îndatorire distinctă de aceea principală de a remite suma împrumutată, ci reprezintă, cum s-a mai menționat, doar o etapă preliminară, o componentă intrinsecă în operațiunea de creditare. Dacă s-ar accepta caracterul independent, autonom al unei asemenea obligații, ar trebui să se identifice dreptul corelativ care să asigure consumatorului un beneficiu suplimentar față de acela conferit de primirea sumei acordate cu titlu de împrumut. Urmând prin analogie un astfel de raționament în cazul contractului de prestări a oricărui alt serviciu, s-ar ajunge la situația absurdă în care beneficiarul acestuia ar trebui să suporte, pe lângă prețul convenit și costurile aducerii la îndeplinire a acestuia, ceea ce ar echivala cu o dublă taxare. Spre exemplu, ar fi ca și cum, pe lângă plata contravalorii unei curse cu taxiul, clientul ar trebui să achite și prețul combustibilului consumat pentru efectuare a acelei curse, parte din costul asigurării, etc.

Cuantumul ridicat al comisionului, prin raportare la dobânda lunară a creditului și la lipsa unei justificări obiective în acest sens constituie un element în funcție de care se apreciază dezechilibrul semnificativ în defavoarea consumatorului.

Primul act normativ care definește, în fondul legislativ național, scopul percepției comisionelor în discuție, metoda lor de calcul și serviciile furnizate de profesionist consumatorului în schimbul acestor costuri este Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, care în cuprinsul art. 36 arată :

„(1) Pentru creditul acordat, creditorul poate percepe numai: comision de analiză dosar, comision de administrare credit sau comision de administrare cont curent, compensație în cazul rambursării anticipate, costuri aferente asigurărilor și, după caz, dobânda penalizatoare, alte costuri percepute de terți, precum și un comision unic pentru servicii prestate la cererea consumatorilor.

(2) Comisionul de analiză dosar și cel unic vor fi stabilite în sumă fixă, aceeași sumă fiind percepută tuturor consumatorilor cu același tip de credit în cadrul aceleiași instituții de credit.

(3) Comisionul de administrare se percepe pentru monitorizarea/înregistrarea/efectuarea de operațiuni de către creditor în scopul utilizării/rambursării creditului acordat consumatorului. În cazul în care acest comision se calculează ca procent, acesta va fi aplicat la soldul curent al creditului.”

Comisionul de administrare trebuie așadar raportat la valoarea soldului, nu a creditului inițial, având în vedere dispozițiile art. 36 din OUG nr. 50/2010, respectiv art. 17 din OUG nr. 52/2016, putând face obiectul analizei caracterului abuziv sub aspectul cuantumului acestuia, raportat la condițiile respectării echilibrului între drepturile și obligațiile părților semnatare. Spre exemplu, este abuziv comisionul de administrare reprezentând un procent fix de 0,05% din valoarea creditului acordat, deoarece face ca acesta să formeze o parte consistentă a costului contractului, fiind nejustificat impus în sarcina clientului prin abuzul de poziție dominantă a băncii. Dezechilibrul semnificativ cauzat consumatorului reiese și din perceperea sa lunar, de-a lungul întregii perioade de creditare.

Pentru a nu fi considerat abuziv, comisionul de administrare trebuie calculat la soldul rămas și perceput numai în măsura în care banca creditoare justifică efectuarea unor cheltuieli suplimentare, distincte de cele aferente operațiunilor necesare aducerii la îndeplinire a obligației principale de procurare și remitere a sumei solicitate cu titlu de împrumut. Desigur, cheltuielile trebuie efectuate în beneficiul clientului și în condițiile agreeate expres de acesta.

Condiția relei credințe, care se verifică în cadrul cercetării caracterului abuziv al clauzei privind comisioanele analizate, rezultă din aceea că se impune clientului consumator plata acestor comisioane fără cauză juridică și într-un cuantum vădit disproportionat. Faptul că perceperea comisioanelor de administrare nu este interzisă de O.U.G. nr. 50/2010 nu poate duce la concluzia că acestea se includ automat în contractele de credit, ci sunt justificate numai în cadrul acelor care, în funcție de tipul creditului acordat, impun prestarea unui serviciu suplimentar de către creditorul bancar în beneficiul consumatorului, în vederea gestionării adecvate a creditului. Tocmai din acest motiv este necesar ca aceste prestații să fie expuse în mod explicit, pentru a se putea aprecia în concret caracterul justificat al acestora.

Orice practică ce nu respectă aceste exigențe va fi considerată abuzivă din partea băncii care a redactat contractul ce conține astfel de clauze preformulate și nenegociate²⁶. De altfel, cazuistica existentă în acest domeniu relevă faptul că nici sub aspectul negocierii comisioanelor examinate și nici a justificării întinderii acestora, băncile nu au fost în măsură să probeze efec-

²⁶ I.C.C.J. secția a II a civilă, decizia nr. 84 /26.01.2016, www.scj.ro.

tuarea unor demersuri informative în vederea stabilirii plafoanelor acestora, prin negociere cu persoana împrumutată. În fapt, aceste comisioane au fost stabilite în mod abstract și unilateral la un procent destul de ridicat – de exemplu, comisionul de administrare a fost stabilit la 2% din valoarea creditului.

În privința dezechilibrului creat în detrimentul consumatorului, acesta poate verificat și din perspectiva cuantumului disproporționat de mare al acestuia, însă cerința nu poate fi generalizată.

De altfel, de cele mai multe ori, clauzele abuzive prezintă acest caracter doar în economia contractului (din perspectiva tuturor prestațiilor la care părțile se îndatorează), una și aceeași clauză putându-se dovedi abuzivă într-un contract concret, pentru a nu fi astfel într-un alt contract prin care consumatorului i-au fost recunoscute, de pildă, drepturi care să compenseze concesiile contractuale făcute profesionistului.

În concluzie, apreciem că aceste clauzele referitoare la plata comisioanelor de analiză/ acordare a creditului, respectiv de administrare / gestiune a creditului pot fi supuse controlului caracterului abuziv de către instanțele naționale, chiar dacă acestea sunt redactate în mod clar și inteligibil, în considerarea interesului public ca aceste clauze prejudiciabile pentru consumator să nu-și producă efectele, după cum s-a subliniat prin deciziile CJUE și se dezvoltă în ghidul elaborat de către CE în vederea facilitării interpretării și aplicării unitare a acestora.

Cu atât mai mult, în ipoteza în care în contract nu se detaliază natura serviciilor prestate de bancă în schimbul plății acestora, întrucât în acest caz se încalcă cerința transparenței, nefiind exprimate într-un limbaj clar inteligibil, controlul caracterului abuziv se impune. Prin această omisiune se creează în detrimentul consumatorului un dezavantaj contractual, ținând cont și de faptul că nu i se procură nici un serviciu distinct de cel de punere la dispoziția sa a sumei împrumutate, acesta din urmă fiind deja remunerat prin plata dobânzii.

Așadar, întrucât scopul perceperii comisionului de administrare este neclar, iar caracterul echivoc al acestuia contravine dispozițiilor art. 1 din Legea nr. 193/2000 și art. 78 din Legea nr. 286/2004, rezultă că prin inserarea acestui comision, băncile urmăresc să obțină un avantaj disproporționat în detrimentul consumatorului, ceea ce determină ruperea echilibrului contractual, nefiind îndeplinită cerința bunei-credințe.

În jurisprudența sa, C.J.U.E. a arătat că revine instanței naționale sarcina de a analiza, de la caz la caz, dacă o clauză este sau nu clară și inteligibilă pentru consumator, oferindu-se criterii pe care instanțele naționale să le aibă în vedere, necesitatea sau lipsa necesității detalierii operațiunilor efectuate în contul comisionului reprezentând o chestiune analizată de către instanța națională în funcție de situația particulară a consumatorului și în funcție de modalitatea concretă de redactare a clauzei.

După pronunțarea Hotărârii C.J.U.E. în Cauza C-621/17 Gyula Kiss, analizarea de către instanțele naționale a cerințelor privind caracterul clar și inteligibil al clauzelor și cel al buneî- credințe se va realiza în lumina considerentelor acestei hotărâri.

Întrucât nu este admisibilă în cauză pronunțarea unei decizii unificatoare de către I.C.C.J., care să confere o evaluare de principiu a cerințelor de transparență a clauzelor din contractele încheiate cu consumatorii, care să rezolve întreaga problematică, rămâne ca această chestiune să fie analizată în concret de către instanțele naționale investite cu soluționarea unor astfel de cereri, fiind evident că evaluarea instanțelor are caracter cazual.

Nu sunt asigurate premisele recursului în interesul legii întrucât sesizarea vizează aplicarea unei dispoziții legale la elemente de fapt ale cauzei, respectiv modalitatea în care judecătorii extrag esența aplicării unei dispoziții cu caracter general și impersonal la diverse cazuri concrete²⁷.

Curtea a reluat argumentul de la punctul 43 din hotărâre, în sensul că nedetalierea serviciilor furnizate în schimbul costurilor de administrare și al comisionului de acordare „nu înseamnă că clauzele aferente acestora nu îndeplinesc cerința de transparență prevăzută la articolul 4 alineatul (2) și la articolul 5 din Directiva 93/13, cu condiția ca natura serviciilor furnizate efectiv să poată fi în mod rezonabil înțeleasă sau dedusă pornind de la contractul avut în vedere în ansamblul său”.

Prin urmare, instanțele sesizate de către consumatori cu cereri de constatare a caracterului abuziv al clauzelor privind aceste comisioane vor putea examina caracterul prejudiciabil pentru consumator raportat și la nivelul acestor comisioane, care este adeseori prestabilit într-un quantum disproporțio- nat de mare raportat la contraprestația băncii, care încalcă astfel cerința buneî- credințe, impunând consumatorului acceptarea acestor condiții dezavantajoase pentru el, în contextul în care aceste clauze nu sunt negociate în prealabil. De altfel, negocierea ar putea privi cel mult doar quantumul acestor comisioane, or, după cum s-a arătat, principala problemă ce atrage caracterul abuziv al acestor comisioane este însăși existența lor, perceperea plății lor nefiind justificată în absența unei contraprestații din partea băncii, distincte de aceea principală a punerii la dispoziția clientului a sumei de bani împrumutate.

În jurisprudența sa, C.J.U.E. a arătat că revine instanței naționale sarcina de a analiza, de la caz la caz, dacă o clauză este sau nu clară și inteligibilă pentru consumator, oferindu-se criterii pe care instanțele naționale să le aibă în vedere, necesitatea sau lipsa necesității detalierii operațiunilor efectuate în contul comisionului reprezentând o chestiune analizată de către instanța națională în funcție de situația particulară a consumatorului și în funcție de modalitatea concretă de redactare a clauzei.

²⁷ Deciziile nr. 11/2016, 23/2017 și 20/2018 pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru soluționarea recursului în interesul legii.

The Traders' Liability for Lack of Conformity of the Digital Content and of the Digital Services, as Regulated by Directive (EU) 2019/770

Juanita Goicovici¹

Abstract: Regulated within the notion of „conformity”, the legal requirements set by the recently adopted EU legislation on digital content and digital services supplied by a trader to a consumer continue to raise several interrogations, especially for practitioners. One of the most salient features, under the regulation materialised in Directive (EU) 2019/770 of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, is whether conformity should be evaluated according to certain subjective criteria, as laid down in the contractual terms, or according to specific objective criteria, pertaining to the general expectations consumers have with regard to a given type of digital content or service. The main purpose of our study is to underline the fundamentals of the traders' liability for the lack of conformity of the digital content, while identifying the pillars of the new regulation in terms of substantial criteria applicable to the contractual conformity.

Keywords: digital content; digital services; conformity; liability; consumers.

1. Introductory observations

The (relatively) recent adoption of the twin-directives on consumer rights², the Directive (EU) 2019/770 of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services³ and Directive (EU) 2019/771 of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive

¹ Lecturer PhD, Faculty of Law, Babeș-Bolyai University, Cluj Napoca, e-mail: juanita.goicovici@law.ubbcluj.ro.

² The following material synthesises the ideas presented by the author as speaker in the E-commerce Panel of the International Conference „Perspective juridice asupra Internetului. Omniprezența dreptului în spațiul virtual” (The Ubiquity of Law in Cyberspace)” – 4th edition, October 31, 2020, organised by the „Alexandru Ioan Cuza” University of Iași.

³ Published in OJ L 136, 22.5.2019, p. 1–27. Directive (EU) 2019/770 must be transposed into the national legal system by the Member States by July 1st, 2021 and will apply to the supply of digital content or digital services which occurs from 1 January 2022.

2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC⁴ marked the presence of the “wind of change” for the harmonised regulation of consumer rights⁵, raising

⁴ Published in OJ L 136, 22.5.2019, p. 28–50. Directive (EU) 2019/771 must be transposed into the national legal system by the Member States by July 1st, 2021 and will apply to B2C (*business to consumer*) contracts concluded from 1 January 2022.

⁵ See, for a general analysis and for specific features, S. Grundmann, Ph. Hacker, „Digital Technology as a Challenge to European Contract Law – From the Existing to the Future Architecture”, *European Review of Contract Law*, vol. 13, 2017, p. 255-293; J. Morais Carvalho, „Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771”, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3428550>, visited on 14 November, 2020; M. Loos, „European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content”, *Amsterdam Law School Research Paper No. 2016-27, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2016-08*, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2789398>, visited on 14 November, 2020; A. Savin, „Harmonising Private Law in Cyberspace: The New Directives in the Digital Single Market Context” (October 23, 2019), *Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper No. 19-35*, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3474289>, visited on 12 November, 2020; M. Narciso, „Consumer Expectations in Digital Content Contracts – An Empirical Study” *Tilburg Private Law Working Paper Series No. 01/2017*, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2954491>, visited on 12 November, 2020; C. Twigg-Flesner, „Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services” (January 20, 2020), in E. Arroyo Amayuelas & S. Cámara Lapuente (dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2020, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3526228>, visited on 12 November, 2020; D. Clifford, „Data Protection and Consumer Protection: The Empowerment of the Citizen Consumer” (May 27, 2020), in *Research Handbook on Privacy and Data Protection Law: Values, Norms and Global Politics*, G. González Fuster, R. van Brakel, P. De Hert (eds.), Edward Elgar Publishing, *ANU College of Law Research Paper No. 11/2020*, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3611436>, visited on 12 November, 2020; D. Leczykiewicz, „Judicial Development of EU Fundamental Rights Law in the Digital Era – A Fresh Look at the Concept of ‘General Principles’” (September 1, 2019), in *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*, edited by U. Bernitz, X. Groussot, J. Paju, S. de Vries (Kluwer Law International, 2020), *Oxford Legal Studies Research Paper No. 54/2019*, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3462506>, visited on 12 November, 2020; G. Spindler, „Contratos De Suministro De Contenidos Digitales: Ámbito De Aplicación Y Visión General De La Propuesta De Directiva De 9.12.2015” („Contracts for the Supply of Digital Content – Scope of Application and Basic Approach of Proposal of the Commission for a Directive on Contracts for the Supply of Digital Content”) (July 2016), *InDret*, Vol. 3/2016, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2832162>, visited on 14 November, 2020; S. Cámara Lapuente, „El Régimen De La Falta De Conformidad En El Contrato De Suministro De Contenidos Digitales Según La Propuesta De Directiva De 9.12.2015” („Remedies for Non-Conformity Under Contracts for the Supply of Digital Content in the Proposal for a Directive of 9.12.2015”), *InDret*, Vol. 3/2016, available at SSRN:

the level of confidence in their key contractual rights and setting the premises for an adequate contractual framework for digital content and digital services, while contouring more efficient remedies⁶ for consumers who suffer financial and non-financial detriment.

<https://ssrn.com/abstract=2832160>, visited on 12 November, 2020; C. Bedir, „Contract Law in the Age of Big Data”, *European Review of Contract Law*, vol. 16, no. 3/2020, *Tilburg Law School Research Paper*, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3631023>, visited on 12 November, 2020; A. Metzger, „A Market Model for Personal Data: State of Play Under the New Directive on Digital Content and Digital Services” (August 4, 2020), in S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer (eds.), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, 2020, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3666805>, visited on 12 November, 2020; C. Bedir, „Data as Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts and the GDPR Conflict” (August 10, 2018), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3648092>, visited on 12 November, 2020; M. Farinha, J. Morais Carvalho, „Goods with Digital Elements, Digital Content and Digital Services in Directives 2019/770 and 2019/771”, *Revista de Direito e Tecnologia*, Vol. 2 (2020), No. 2, p. 257-270, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3717078>, visited on 12 November, 2020.

⁶ See, for details on the precedent regulation, M. B.M. Loos, C. Mak, L. Guibault, N. Helberger, „Digital Content Contracts for Consumers”, *Journal of Consumer Policy*, 2013, vol. 36, p. 37-57; M. Loos, „The Regulation of Digital Content B2C Contracts in CESL”, *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2013-10*, *Amsterdam Law School Research Paper No. 2013-60*, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2343176>, visited on 14 November, 2020; T. Regner, „Efficient Contracts for Digital Content”, *Leverhulme CMPO Working Paper No. 04/108*, 2004, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=644823>, visited on 12 November, 2020; C. Mak, „Fundamental Rights and the European Regulation of Consumer Contracts”, *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/05*, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1219863>, visited on 12 November, 2020; C. Mak, M. Loos, „Remedies for Buyers in Case of Contracts for the Supply of Digital Content”, ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs, May 2012, PE 462.459, 25 p., *Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-71*, *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2012-08*, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2087626>, visited on 12 November, 2020; K. Havu, „Unfair Commercial Contracts and Online Content Distribution: Insights into Problems, Regulation and Potential of European Harmonization”, *Helsinki Legal Studies Research Paper No. 33*, 2014, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2524271>, visited on 14 November, 2020; N. S. Kim, „Expanding the Scope of the Principles of the Law of Software Contracts to Include Digital Content”, *Tulane Law Review*, Vol. 84, 2010, p. 1595, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1597366>, visited on 14 November, 2020; A. Reyna, „What Place for Consumer Protection in the Single Market for Digital Content? Reflections on the European Commission’s Optional Regulation Policy”, *European Journal of Consumer Law*, no. 2/2014, p. 333-361, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3056708>, visited on 14 November, 2020.

The recently harmonised rules on conformity seem to set a hierarchical system of evaluation, which gives priority to subjective criteria, while allowing the courts to resort to objective criteria of conformity, should the text of the contract (concluded by the professional trader and the consumer) be silent or unclear in that regard. Along with the references to the contractual enforcement of the traders' obligations arising from marketing declarations, one important aspect of the concept of conformity is the placing of the burden of proof on the trader's shoulders, the latter being the one called to offer sufficient evidence that the digital content⁷ or service does not lack conformity. Since the burden of proof rests in principle with the supplier, according to the new set of rules embodied in Directive (EU) 2019/770, in cases in which the consumer claims the content or service is faulty, it is the trader's mission to prove the contrary in a judicial court.

1.1. Contemplating subjective criteria of conformity – what kind of pre-eminence?

Challenging the supremacy of the objective criteria of conformity, the provisions of Directive (EU) 2019/770 explicitly stipulate that the digital content or service must be in conformity both with the subjective requirements for conformity (Article 7) and the objective ones (as described in Article 8). Comparatively, where objective criteria for conformity come into play only as subsidiary ones (to the extent that the contract for the supply of digital content does not stipulate the subjective requirements in a clear and comprehensive

⁷ The objective / material field of incidence for the Directive (EU) 2019/770 provisions encompasses the supply of digital content (i), as well as digital services provided for consumers (ii) and the sale of goods with digital elements (iii). In accordance with article 2 of the Directive (EU) 2019/770, „digital content” refers to „data which are produced and supplied in digital form”, while ‘digital service’ means either „a service that allows the consumer to create, process, store or access data in digital form” or „a service that allows the sharing of or any other interaction with data in digital form uploaded or created by the consumer or other users of that service”. The B2C contract concluded might also refer to the supply of ‘goods with digital elements’, which describe „any tangible movable items that incorporate, or are inter-connected with, digital content or a digital service in such a way that the absence of that digital content or digital service would prevent the goods from performing their functions”. Certain types of software supply are, however, excepted, in terms of article 3, par. (5), let. (f); contracts related to the supply of „software offered by the trader under a free and open-source licence, where the consumer does not pay a price and the personal data provided by the consumer are exclusively processed by the trader for the purpose of improving the security, compatibility or interoperability of that specific software” are excluded from the scope of the Directive (EU) 2019/770. See also J. Morais Carvalho, „Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771”, *cit. supra*, p. 2.

manner), the subjective requirements of conformity represent the major pillars of the new conceptual system. As it has been underlined, consumers will be able to opt out of objective requirements for conformity only if the deviation from the technical standards of conformity is made known to them explicitly beforehand, since on the professionals' shoulders is placed a autonomous duty of pre-contractual information, especially pertaining to the fact that a particular characteristic of the digital content or digital service was deviating from the objective requirements for conformity laid down in article 8 of the Directive (EU) 2019/770, as long as the consumer expressly and separately (through the means of an distinctive clause) accepted a specific deviation when pre-concluding the contract.

1.2. Mandatory rules avoiding the consumer's detriment in the field of digital services

Another peculiarity resides in the level of harmonisation attempted in the field of digital content e-commerce, since, according to article 4 of Directive (EU) 2019/770, the new body of rules aims at maximum harmonisation, thus implying that Member States would not be allowed to provide for more consumer-friendly rules in their national legal systems, in areas that fall within the directive's scope; as stated in article 4, „Member States shall not maintain or introduce, in their national law, provisions diverging from those laid down in this Directive, including more, or less, stringent provisions to ensure a different level of consumer protection, unless otherwise provided for in this Directive”. The maximum harmonisation level may be seen to be contrasting to minimum harmonisation usually characterising EU rules on consumer contractual protection, whereby Member States need to provide for a minimum standard as required by a specific directive, while remaining free to enact rules which are more favourable towards consumers.

The intrincating issue that needs to be addressed is whether, in the field of contracts relating to the supply of digital content and digital services, it is possible to refine the concept of 'mandatory rules of public policy', despite its appearance as a (partly) vague notion, giving it a precise and non-eclectic meaning. Since the interests at stake are general and reverberating on the development of genuine digital single market, the mandatory character of the rules pertaining to the consumer protection policy in the field of digital content e-commerce is absolutely decisive, as none of the protagonists (consumer or professional) is allowed to deviate from the rules involved. Thus, the infringement of a mandatory rule from this category protects the interests of the e-society as a whole, while the interests usually attached to the rules of public policy of protection are fundamentally individual, though common to large groups of consumers who may find themselves placed in a similar detrimental situation in terms of lack of conformity of the digital content.

2. New valences for a classical binomen: subjective versus objective requirements of conformity

2.1. Subjective standards of conformity of the digital content – can subjectivity be objectified?

The subjective requirements of conformity, as synthesised in article 7 of Directive (EU) 2019/770, are meant to become primarily applicable, their pre-eminence towards the objective criteria of conformity being justified upon the importance of specific contractual provisions between the professional trader and the consumer. According to the subjective criteria, in order to conform with the contractual provisions, the digital content or digital service must be identical to the description, quantity and quality, and possess „the functionality, compatibility, interoperability and other features”, as required by the contractual terms. Nonetheless, the digital content or digital service must also be fit for any particular purpose for which the consumer requires it and which the consumer made known to the trader at the latest at the time of the conclusion of the contract, and in respect of which the trader has given acceptance. Thus, one can conclude that only the bilaterally agreed atypical or particular purposes will be inflicted upon the seller, excluding the unilaterally intended purposes, envisaged by the consumer, yet not expressly accepted by the trader prior to the contract conclusion.

Congruently to the precedent observations, it is also necessary that the digital content was supplied with all accessories, instructions, including on installation, and customer assistance as required by the contractual term and, upon the case, be updated as stipulated by the contract (for instance, according to specific clauses referring to the updating of software).

2.2. Objective requirements of conformity of the digital content – are there any typical trends?

Additionally, along with the complying with any subjective requirement for conformity, the digital content or digital service must respect certain objective criteria of conformity, such as those described in article 8 of Directive (EU) 2019/770. While approaching the typical purpose or the typical use, the digital content must be „*fit for the purposes for which digital content or digital services of the same type would normally be used, taking into account, where applicable, any existing Union and national law, technical standards or, in the absence of such technical standards, applicable sector-specific industry codes of conduct*”. Nonetheless, the objective standards of conformity impose that the digital content delivered to the consumer be of the quantity and possess the qualities and performance features, „*including in relation to functionality, compatibility, accessibility, continuity and security, normal for digital content or digital services of the same type and which the consumer may reasonably expect*”.

Besides the reasonable expectations of the consumer, the final theses of article 8, par. (1), b) authorises the courts to take into account the marketing assertions or the advertising messages and „any public statement made by or on behalf of the trader, or other persons in previous links of the chain of transactions, particularly in advertising or on labelling”. Unless the trader shows that it was not, and could not reasonably have been, aware of the public statement in question and unless, by the time of conclusion of the contract, „the public statement had been corrected in the same way as, or in a way comparable to how, it had been made”, the trader will be held responsible for any lack of conformity resulting from a decalage between the previously made advertising assertions and the characteristics of the digital product delivered to the consumer. Subsequently, should the trader bring proof that the consumer’s decision to acquire the digital content or digital service could not have been influenced by the public statement (almost a *probatio diabolica* in certain cases, being exceptionally difficult to prove that the advertising campaign has not reached the particular consumer and thus has not influenced his/her decision to purchase the digital content), the trader will be exonerated for the consequences of the non-conformity.

Another objective criterion of conformity worth mentioning is the fact that the digital content is supplied along with any accessories and instructions which the consumer may reasonably expect to receive and „*comply with any trial version or preview of the digital content or digital service, made available by the trader before the conclusion of the contract*”.

Certain objective requirements are also set for contouring the object of the trader’s duty to adequately inform the consumer, ensuring that the latter is supplied with updates, including security updates, that are necessary to keep the digital content or digital service in conformity, for the period of time during which the digital content or digital service is to be supplied under the contract and that the consumer may reasonably expect, given the type and purpose of the digital content or digital service and taking into account the circumstances and nature of the contract, independently of the fact that the contract provides for a single act of supply (a) or a series of individual acts (b) of supply of the digital content.

Between the significant valences of the trader’s obligation to adequately inform the consumer, one can enumerate the situation in which the consumer fails to install the updates supplied by the trader; the trader will not be considered to be liable for any lack of conformity resulting solely from the lack of the relevant update, provided that the trader informed the consumer about the availability of the update and the consequences of the failure of the consumer to install it and the failure of the consumer to install or the incorrect installation by the consumer of the update was not due to shortcomings in the installation instructions provided by the trader; however, any syncope due to

the deficient information provided in the instructions represent *per se* a non-conformity case.

Additionally, at the time of the conclusion of the contract, the consumer must be specifically informed that a particular characteristic of the digital content or digital service was deviating from the objective requirements for conformity and the consumer expressly and separately accepted that deviation when concluding the contract; unless these requirements are met, the trader remains liable for the non-conformity resulting from an inadequate or incomplete level of information on the discrepancies existing between the standard technical characteristics of the digital product and the actual characteristics of the digital content delivered to the consumer. As it has already been mentioned, the contractual derogatory clauses, deviating from the typical objective characteristics must be bilaterally agreed upon by the parties.

Finally, as stated in article 8, par. (6), „*unless the parties have agreed otherwise, digital content or a digital service shall be supplied in the most recent version available at the time of the conclusion of the contract*”, implying that the courts will operate with the relative, non-peremptory presumption that the parties have agreed to deliver the most recent version of the digital content.

2.3. Non-conformity raising from incorrect integration of the digital content or digital service

In accordance with the provisions of article 9 of Directive (EU) 2019/770, in the hypotheses in which the lack of conformity is resulting from the incorrect integration of the digital content or digital service into the consumer's digital environment, the situation will be regarded as lack of conformity of the digital content or digital service in two types of contractual circumstances:

(a) “the digital content or digital service was integrated by the trader or under the trader's responsibility”; in these situations, the integration of the digital content is the object of an autonomous type of service performed by the professional and for the compliance of which the latter remains responsible;

(b) “the digital content or digital service was intended to be integrated by the consumer and the incorrect integration was due to shortcomings in the integration instructions provided by the trader”; the incomplete, insufficient or deficient information provided by the trader represents *per se* an autonomous type of deficiency; therefore, the consumer is entitled to a just compensation (or to any other specific legal remedy) in the context in which the lack of conformity is resulting from the incorrect integration of the digital content or digital service into the consumer's digital environment, but the latter is caused by a syncope in the manner in which the trader provided the inherent instructions in order for the consumer to proceed to an adequate integration of the digital content.

3. Pre-contractual duty of information in contracts for the supply of digital content: are the means meeting the objectives?

3.1. What compatibility risks should traders disclose to the consumers, in contracts for the supply of digital content?

The trader has the obligation to disclose to the consumer, prior to the contract conclusion, that there are certain technical requirements that the consumer's digital medium and devices must meet, in order for the digital content to be adequately installed. Should the trader demonstrate that the digital environment of the consumer is not compatible with the technical requirements of the digital content or digital service and where the trader informed the consumer of such requirements in a clear and comprehensible manner before the conclusion of the contract, the trader will be exonerated for the legal and economic reverberations arising from such an incompatibility between the digital environment of the consumer and the delivered digital content.

One of the salient features of the new legal regime of non-conformity of the digital content is the duty of contractual cooperation imposed not only to the trader, but also to the consumer, in B2C contracts for the supply of digital content. As stated in Article 12, par. (5) of Directive (EU) 2019/770, *„The consumer shall cooperate with the trader, to the extent reasonably possible and necessary, to ascertain whether the cause of the lack of conformity of the digital content or digital service at the time specified in Article 11(2) or (3), as applicable, lay in the consumer's digital environment. The obligation to cooperate shall be limited to the technically available means which are least intrusive for the consumer. Where the consumer fails to cooperate, and where the trader informed the consumer of such requirement in a clear and comprehensible manner before the conclusion of the contract, the burden of proof with regard to whether the lack of conformity existed at the time specified in Article 11(2) or (3), as applicable, shall be on the consumer.”*

3.2. Contractual content deducted from marketing allegations and the contractual enforcement of the trader's obligations arising from advertising messages

The reasonable expectations of the consumer are not the only subjective criterion taken into account when establishing the alleged non-conformity of the digital content. As it has been explained in the previous section, the final thesis of article 8, par. (1), b) authorises the courts to take into account the marketing assertions or the advertising messages and „any public statement made by or on behalf of the trader, or other persons in previous links of the chain of transactions, particularly in advertising or on labelling”. Several remarks can be drawn relating to the impact of the new regulation. Unless the

trader shows that it was not, and could not reasonably have been, aware of the public statement in question and unless, by the time of conclusion of the contract, „the public statement had been corrected in the same way as, or in a way comparable to how, it had been made”, the trader will be held responsible for any lack of conformity resulting from a decalage between the previously made advertising assertions and the characteristics of the digital product delivered to the consumer. Subsequently, should the trader bring evidence that the consumer’s decision to acquire the digital content or digital service could not have been influenced by the public statement and that the advertising campaign has not reached the particular consumer and thus has not influenced his/her decision to purchase the digital content, the trader will be exonerated for the consequences of the non-conformity.

3.3. Does unilateral modification of digital content or of digital service represent a valid option for the trader?

The problematic of the unilateral modification of the digital content is raised preponderantly in the cases in which the B2C contract provides that the digital content or digital service is to be supplied or made accessible to the consumer over a certain period of time, thus the supply being sequential. In these situations, the trader may manifest the interest to modify the digital content or digital service beyond what is necessary to maintain the digital content or digital service in conformity in accordance with Articles 7 and 8 of Directive (EU) 2019/770, thus raising the question of legitimacy and of validity of these unilateral interventions in the contractual structure. Unsurprisingly, the text of article 19 allows the trader to unilaterally modify the conditions for the supply of digital content, thus postulating the principle of permission for this type of interventions, even beyond what is necessary to maintain the digital service in conformity. However, the trader is given permission to operate such unilateral adjustments only in cases in which there is cumulative compliance with the following conditions (which must be are met simultaneously):

(a) “the contract allows, and provides a valid reason for, such a modification”; from the assertion of the first condition it can be observed that one fundamental premise for the unilateral alteration of the contractual terms by the trader, in contracts for the supply of digital content, is the existence of an explicit clause permitting the trader to adjust the terms under certain technical boundaries;

(b) “such a modification is made without additional cost to the consumer”; only non-onerous adjustments of the contractual terms are eligible, thus the unilateral migration towards upper costs is prohibited during the initial period;

(c) the legal efficiency of the unilateral modification of the contractual terms by the trader and even its opposability towards the consumer depends on the trader's compliance to the duty to inform the consumer, in a clear and comprehensible manner, of the modification; therefore, the consumer is entitled to be informed, in a reasonably adapted manner, in advance or prior of the entering into force of the modification. This informative note should be provided on a durable medium, expressly referring to and describing the features and time of the modification; the trader must also mention the consumer's right to terminate the contract or of the possibility to maintain the digital content or digital service without such a modification in accordance with the previously made agreements.

One of the inherent intricacies, in the case of the unilateral adjustment of the contract for the supply of the digital content by the trader, is the consumer's right to seek for the judicial termination of the modified contract; thus, in accordance with paragraph (2) of article 19 of Directive (EU) 2019/770, the option for a termination of the contract remains open to the consumer, who is basically entitled to terminate the contract, should the modification negatively impact the consumer's access to or use of the digital content or digital service, unless such negative impact is only minor; in the latter case, as well as in the case of minor lack of conformity, the consumer's request for the termination of contract is unacceptable. Nonetheless, should the impact of the unilateral modification be significant, the consumer is entitled to terminate the contract in a non-onerous manner, free of charge, within 30 days of the receipt of the information or of the time when the digital content or digital service has been modified by the trader, „whichever is later”, as resulting from paragraph (2) of article 19. Thus, it should be noted that the legal term for the unilateral termination of contract invoked by the consumer is usually of 30 days from the receipt of the informative note on the contractual adjustments proposed by the trader. In our opinion, the anticipatory renunciation of the consumer to the exercise of this right to termination of contract and, thus, any contractual clause imposing the consumer, relating to the supply of digital content, to unilaterally and anticipately renounce to his/her right to request the termination of contract would generate a significant imbalance between the procedural rights of the parties and thus may be considered unwritten by a court of law, as being identifiable to an unfair term. Addressing the imbalances in the rights and obligations of consumers and those of sellers when a B2C contract for the supply of digital content is concluded, it should be observed that the contractual terms that may be regarded as unfair and which are therefore not binding for consumers include the terms imposing to consumers to renounce to their right to seek for the termination of the contract in the case in which the seller unilaterally modifies the characteristics of the product or the terms of the digital service provided for consumers. Confronted with the

consumer's request for the termination of the contract, the trader would be able to preserve the contractual relationship if the trader has enabled the consumer to maintain (basically, with no additional costs implied) the digital content or digital service without the modification, and the digital content or digital service remains in conformity as stipulated in the original contractual terms, prior to any unilateral modification.

4. What kind of remedies can consumers rely on, in case of non-conformity of the digital content?

A truistical observation, regarding the remedies available in the cases in which the consumer is confronted with a lack of conformity of the digital content, is that the consumer is able to opt (while respecting the boundaries of reasonability) for one of the three possible remedies: (i) free service or a non-onerous replacement of the digital product; (ii) a re-estimation of the price and partial reimbursement; (iii) termination of contract and complete reimbursement. In accordance with article 14, par. (1) of the Directive (EU) 2019/770, „In the case of a lack of conformity, the consumer shall be entitled to have the digital content or digital service brought into conformity, to receive a proportionate reduction in the price, or to terminate the contract”.

Obviously, the primary remedy the consumer may pursue is represented by the non-onerous replacement or by the solicitation of the bringing of the digital content or digital service into conformity; nonetheless, this measure is not available in the hypotheses in which this type of measure would be impossible to apply (lack of stock, for example) or would impose costs on the trader that would be disproportionate. The “disproportionate” character of the mentioned measure remains to be established by the court, in litigious circumstances; however, par. (2) of article 14 mentions a set of circumstances of the case which may be taken into account, including: „(a) the value the digital content or digital service would have if there were no lack of conformity; and (b) the significance of the lack of conformity.”

The reasonable period of time involved in the cases in which the trader is asked to bring the digital content or digital service into conformity pursuant to paragraph 2 of article 14, as mentioned above, represents a decisive criterion in the selection of an adequate remedy. The replacement of the defective product, as well as the non-onerous service intervention must be conducted within a reasonable period of time from the moment the trader has been informed by the consumer about the lack of conformity. As it has been previously underlined, this primary set of measures are meant to be seen as non-onerous remedies from the consumers' point of view, and they will be offered free of charge and without any “significant inconvenience” to the consumer. In order to establish the significance of the inconvenience generated for the consumer, the courts may take account of (i) the nature of the digital

content or digital service and (ii) the purpose for which the consumer required the digital content or digital service.

Secondly, it must be underlined that, should the first two remedies be inaccessible or should these remedies (the replacement of the defective product, as well as the non-onerous service intervention) create a significant inconvenience for the consumer or should these measures imply an excessive, non-reasonable period of time, the consumer will be entitled to either a proportionate reduction of the price⁸ in accordance with paragraph 5 of article 14, in the cases in which the digital content or digital service is supplied in exchange for a payment of a price⁹. Nevertheless, the consumer may opt for the termination of the contract in accordance with paragraph 6 of article 14, instead of an estimative action, in any of the following cases:

⁸ It should be noted that there are time limits that are incident in these cases, as well as certain means of reimbursement by the trader, according to article 18 of Directive (EU) 2019/770, stipulating the incidence of a maximum period of 14 days of the date on which the trader is informed of the consumer's decision to invoke the consumer's right for a price reduction or to terminate the contract. Thus, any reimbursement that is owed to the consumer by the trader for lack of conformity of the digital content, pursuant to Article 14(4) and (5) or 16(1) of Directive (EU) 2019/770, due to a price reduction or termination of the contract, must be carried out „without undue delay” and, in any event, „within 14 days of the date on which the trader is informed of the consumer's decision to invoke the consumer's right for a price reduction or to terminate the contract.” In what the means of reimbursement are concerned, the trader can carry out the reimbursement using „the same means of payment as the consumer used to pay” for the digital content or digital service, „unless the consumer expressly agrees otherwise”, and provided that the consumer does not incur any fees as a result of such reimbursement; therefore, the parties are allowed to derogate from these suppletive rules concerning the means of reimbursement, between the boundaries set by the non-onerous nature of the reimbursement, which must be kept in all circumstances. Thus, no fee on the consumer in respect of the reimbursement may be imposed by the trader, should the latter comply with the requirements of article 18 of Directive (EU) 2019/770 on contracts for the supply of digital content and digital services. See also S. Grundmann, Ph. Hacker, „Digital Technology as a Challenge to European Contract Law – From the Existing to the Future Architecture”, *cit. supra*, p. 257; C. Bedir, „Contract Law in the Age of Big Data”, *cit. supra*, p. 12.

⁹ The main body of rules set by Directive (EU) 2019/770 is applicable to both categories of contractual supply of digital content to consumers (onerous and non-onerous); therefore, the consumer may benefit from the first two remedies (the replacement of the defective product, as well as the non-onerous service intervention) even in the case in which he/she contracted a free supply of the digital content; for obvious reasons, the consumer will not be able to request for a proportionate reduction of the price in accordance with paragraph 5 of article 14, since the contractual clauses did not stipulate the payment of a price.

(a) the hypotheses in which the remedy to bring the digital content or digital service into conformity is impossible for the trader or disproportionate in accordance with paragraph 2 of article 14 of Directive (EU) 2019/770;

(b) the explicit refuse of the trader to bring the digital content or digital service into conformity in accordance with paragraph 3 of article 14, or the cases in which the trader / its commercial partners failed to bring the digital content or digital service into conformity, though initially accepted this mission;

(c) the cases in which a lack of conformity appears or manifests itself despite the trader's attempt to bring the digital content or digital service into conformity; recurrent lack of conformity may justify the consumers' choice to seek for the judicial termination of the contract for the supply of digital content;

(d) the amplitude of the lack of conformity may represent an alternative criterion; thus, should the lack of conformity be of such a serious nature as to justify an immediate price reduction or termination of the contract, the consumer's request to terminate the contract has higher chances to be acceptable in a court of law;

(e) in the cases in which there is an explicit (unilateral) declaration of the trader stating that the replacement or the non-onerous service will be refused, the consumer may question in court the reasonability of this refuse, thus requesting the judicial termination of the contract in order for the paid price to be reimbursed; therefore, should the trader had declared, or should it be clear from the circumstances of the case, that the trader will not bring the digital content or digital service into conformity within a reasonable time, or without significant inconvenience for the consumer, the latter's request for the termination of the contract may be seen as justified by the court¹⁰.

There are several configurations for an adequate reduction of price, in the case of lack of conformity of the digital content; according to the standard set in art. 14, par. (5) of Directive (EU) 2019/770, "*the reduction in price shall be proportionate to the decrease in the value of the digital content or digital service which was supplied to the consumer compared to the value that the digital content or digital service would have if it were in conformity.*" In certain cases, the B2C contract contains an autonomous clause, stipulating that the digital content or digital service will be periodically supplied (the supply of the digital service will take place over a period of time) in exchange for the payment of a price; in these cases, the reduction in price requested by the consumer for the lack of

¹⁰ See, for details, M. Loos, „European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content”, Amsterdam Law School Research Paper No. 2016-27, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2016-08, *loc. cit. supra*; A. Savin, *op. cit.*, p. 12.

conformity would only apply to the period of time during which the digital content or digital service was not in conformity.

It is also worth reminding that, in the cases in which the digital content or digital service is supplied in exchange for the payment of a price (onerous character of the contract), the consumer is not considered to be entitled to terminating the contract¹¹, unless the lack of conformity is not minor; nevertheless, in the hypotheses in which the lack of conformity is not significant, the request for contract termination will be rejected (except for recurrent lack of conformity which might be considered a major breach of contractual duties, in a court of law), keeping in mind that the burden of proof with regard to whether the lack of conformity is minor is to be provided by the trader. Minor defects of the digital content are, thus, non-constitutive of pertinent reasons for a termination of the contract, nor are these eligible for justifying a partial price reimbursement, unless voluntarily agreed by the trader. One should keep in mind that the consumer's right to terminate the contract¹², despite the uncured non-conformity of the digital content, is (totally

¹¹ Should the trader be confronted with the termination of the contract upon the consumer's request, and should the reason for the lack of conformity be imputable to a third party, the trader would benefit from the exercise of a right of redress, as regulated by article 20 of Directive (EC) 2019/770, thus invoking the fact that there is at least a convergent culpable conduct of a third party, which makes the remedies incongruent with the trader's contribution to the detriment suffered by the consumer. Therefore, it must be underlined that, in the cases in which the trader is liable to the consumer due the failure to supply the digital content or digital service, or because of a lack of conformity resulting from an act or omission imputable to a third party or to one of its partners in previous links of the chain of transactions, the trader will be entitled to pursue remedies against the third party liable in the chain of sequential commercial transactions. Obviously, it resides under the competence of the national legislator to determine the fundamental aspects and the mechanism of this right of redress, establishing legal procedural means for the identification of the person against whom the trader may pursue remedies, and the relevant actions and conditions of exercise. See J. Morais Carvalho, „Goods with Digital Elements, Digital Content and Digital Services in Directives 2019/770 and 2019/771”, *loc. cit. supra*.

¹² There are certain specific obligations incumbent to the consumer in the event of termination of contract for the supply of digital content, in accordance with the duties enumerated in article 17 of Directive (EU) 2019/770. Thus, consequently to the termination of the contract, the consumer is asked to refrain from continuing to use the digital content or digital service and from making it available to third parties. Additionally, in cases in which the digital content was supplied by the professional trader on a tangible medium, the consumer has the duty, at the request and at the expense of the trader, to return the tangible medium to the trader „without undue delay” (in a reasonable period of time, no undue delays permitted). Should the trader decide to request the return of the tangible medium (this specific request represents an option for the trader), that request must be made (communicated to the consumer)

or partially) excluded in the cases in which the non-conformity does not impair the functionality, interoperability or other main performance features of the digital content¹³, at least not in terms of accessibility, continuity and security of the digital content, which may seem decisive for the consumer's choice to terminate the contract¹⁴.

5. Is there a consumer's right to retrieve the digital content created by the consumer, in the event of contract termination?

Article 16, par. (4) of Directive (Eu) 2019/770 seems to postulate a veritable duty of the trader to „*make available to the consumer any content other than personal data, which was provided or created by the consumer when using the digital content or digital service supplied by the trader*”, upon the consumer's request. This assertion of the trader's obligation would imply that the consumer is entitled to retrieve the digital content he/she generated by the use of the digital service provided by the trader (along with the right to access the personal data, applicable under Regulation (EU) 2016/679). The exportability of data in the event of contract termination may rise concerning interrogations, both in the case of digital services allowing the creation, processing or storage in digital form of data provided by the consumer (i) and of digital services allowing the sharing of data and interaction with data in digital form (ii), if those data are provided by other users of the service¹⁵.

within 14 days of the day on which the trader is informed of the consumer's decision to terminate the contract. One should also note, congruently to the precedent observation, that the consumer would not be liable to pay for any use made of the digital content or digital service in the period, prior to the termination of the contract, during which the digital content or the digital service was not in conformity or has not been brought to conformity by the trader.

¹³ See G. Spindler, „Contratos De Suministro De Contenidos Digitales: Ámbito De Aplicación Y Visión General De La Propuesta De Directiva De 9.12.2015”, *cit. supra*, p. 9.

¹⁴ It should be remarked that there are no formal requirement for the exercise of the right of termination by the consumer; a simple explicit statement would suffice, as resulting from the text of article 15 of Directive (EU) 2019/770, according to which „*The consumer shall exercise the right to terminate the contract by means of a statement to the trader expressing the decision to terminate the contract.*”

¹⁵ This segment envisages the digital services supplied against some form of onerous counter-performance by the consumer, either monetary (payment of a price) or in the form of data (e.g. the consumer's personal data), both raising the question of the consumer's right to retrieve the digital content he/she generated by the use of the digital service provided by the trader. See, for details, D. Clifford, „Data Protection and Consumer Protection: The Empowerment of the Citizen Consumer”, *loc. cit. supra*.

6. Incidence of special terms and time limits for the imperative warranty of conformity

6.1. Termination pro rata temporis and its reverberations on the diminution of the reimbursed value

In certain cases, the consumer subscribed to digital content for a certain period of time in exchange for a fee (implying periodically paid costs), and the digital content was defective for part of that time, although it was in conformity with the contract / with the consumer's legitimate expectations during the remaining part of the subscription period, the question raised is that of the determining of the reimbursement value to which the consumer is entitled. In this hypothesis, it must be underlined that the consumer may terminate the contract only with regard to the period of time when there was non-conformity, which means that, in this case, the refund due from the supplier will also be proportionate to the period of time during which the digital service was lacking conformity.

6.2. The 30 days term for invoking the termination of contract

When confronted with the trader's decision to unilaterally alternate the primary contractual terms (pertaining to the technical characteristics of the digital content or of the digital service, for example), the consumer will be entitled to terminate the contract if the modification negatively impacts the consumer's access to or use of the digital content or digital service, unless such negative impact is only minor. In that case, the consumer will be entitled to terminate the contract free of charge (no additional cost applicable) „*within 30 days of the receipt of the information or of the time when the digital content or digital service has been modified by the trader, whichever is later*”, as stated in article 19, par. (2) of Directive (EU) 2019/770.

7. Conclusive remarks

Significantly reformed, the hierarchical system of criteria proposed in the Directive (EU) 2019/770 of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services valorises the subjective perception of the lack of conformity, while insisting on the inherent correlation between the subjective standards of conformity and the objective standards, in the field of digital content e-commerce. Consequently, after the elapse of a reasonable period of time, it should be clear if the trader has or has not performed the contract for the supply of digital content. Should the latter case occur, the consumer may resort to one of two secondary remedies, opting either for the cancelling (termination) of the contract altogether, while demanding a complete refund of the price, or to keep the defective digital

content or service, while claiming a partial refund of the costs. As noted in the previous paragraphs, the consumer may also demand a partial or total refund, if removing the defects would be „impossible, disproportionate or unlawful”. Especially, in cases in which the attempt to remove the defects would cause “significant inconvenience” to the consumer, as well as in the cases in which it is clear from the circumstances that the trader will not remove the defects (implicit or explicit refuse or implicit impossibility to remove the defects), the consumers may opt for a partial or total refund, especially if they have informed of that impossibility or of the trader’s refuse to replace the digital content. The following conclusive remarks can be drawn from the previously made assertions:

(a) in the cases in which the consumer is confronted with a lack of conformity of the digital content, the consumer will be able to opt for one of the three possible remedies: (i) free service or a non-onerous replacement of the digital product (if it represents a reasonable and non-disproportionate measure); (ii) a re-estimation of the price and partial reimbursement, thus receiving a proportionate reduction in the price; (iii) termination of contract and complete reimbursement of the costs,

(b) the consumer is entitled to a just compensation, as well as to any other specific legal remedies, such as the unilateral termination of contract, in the cases in which the lack of conformity is resulting from the incorrect integration of the digital content or digital service into the consumer's digital environment, but the latter is caused by a syncope in the manner in which the trader provided the inherent instructions in order for the consumer to proceed to an adequate integration of the digital content into the consumer's digital environment; the same solutions are applicable in the cases in which the non-conformity is resulting from a deficient manner of integration, if the digital content or digital service was integrated by the trader or under the trader's responsibility;

(c) minor defects of the digital content are, thus, non-constitutive of pertinent reasons for a termination of the contract, nor are these eligible for justifying a partial price reimbursement, unless voluntarily agreed by the trader; in these cases, the consumer may request for the trader to bring the digital content or digital service into conformity within a reasonable time, provided that these remedies can be applied without significant inconvenience for the consumer;

(d) from the perspective of shared liability, in the cases in which the trader is liable to the consumer due to the failure to supply the digital content or digital service, or because of a lack of conformity resulting from an act or omission imputable to a third party or to one of its partners in previous links of the chain of transactions, the trader who has been held responsible against the consumer (including compensation for misrepresentation, defective

products or unsatisfactory digital services) will be entitled to pursue remedies against the third party liable in the chain of sequential commercial transactions;

(e) unilateral modification of the technical or juridical features for the digital service provided to the consumer is not prohibited; however, the trader is given permission to operate such unilateral adjustments only in cases in which there is cumulative compliance with the following conditions (which must be met simultaneously): the contract allows, and provides a valid reason for such a unilateral modification of the contractual terms; the modification proposed by the trader is made without any additional cost to the consumer; nonetheless, the consumer is informed in a clear and comprehensible manner of the modification implemented by the trader;

(f) the new set of rules also provides for specific time periods during which the reimbursement of the price is due to the consumer; thus, any reimbursement that is owed to the consumer by the trader for lack of conformity of the digital content, pursuant to Article 14(4) and (5) or 16(1) of Directive (EU) 2019/770, due to a price reduction or termination of the contract, must be carried out “without undue delay” and, in any event, “within 14 days of the date on which the trader is informed of the consumer's decision” to invoke the consumer's right for a price reduction or to terminate the contract;

(g) along with the right to have the non-conformity cured, the consumer has the right to opt for the remedy of immediate termination of contract, except in the case of minor lack of conformity; however, the hierarchical system of remedies imply that the consumer may not demand a total or partial refund upfront, but must wait for the supplier to cure the digital content “within a reasonable time”, as a prior remedy;

(h) confronted with the logic of hierarchal remedies, the consumer may opt for the termination of the contract or may claim a partial refund (reduction of price) only if cure of non-conformity is impossible, disproportionate or unlawful; the termination of contract remains a valid option also in cases in which the cure of non-conformity was not completed within a “reasonable time” and in cases in which the cure of non-conformity requested by the consumer would eventually be possible, yet it would cause “significant inconvenience” to the consumer; last, but not least, in hypotheses in which the suppliers have declared they will not cure the non-conformity, or it is clear from the circumstances that the supplier will not cure the non-conformity, the consumer may resort to seek (judicial) termination of contract;

(i) keeping in mind that the syntagms of “reasonable time” for curing the non-conformity, as well as the syntagm “significant inconvenience” are not expressly defined in Directive (EU) 2019/770, thus remaining an open-ending notion, future legal uncertainty is not totally excluded in this field, leaving the floor for the courts to establish the exact meaning of these notions in contracts for the supply of digital content and digital services.

Concurența neloyală în sfera rețelelor de socializare Unfair competition on social media

Aura-Elena Amironesei¹

Rezumat: În prezent, consumatorii au ajuns să petreacă perioade considerabile de timp pe rețelele de socializare, iar întreprinderile i-au urmat și au început să își consolideze prezența *online* pentru a fi mai vizibile pentru aceștia. Trecerea dinspre activitățile specifice și cele de *marketing* din mediul fizic înspre spațiul *online* a generat o serie de noi moduri de afaceri, strategii de marketing și idei pentru promovare. Astfel, întreprinderile au început să concureze și pe platformele de socializare și, odată cu prezența concurenței *online*, a apărut și concurența neloyală în același mediu. Articolul analizează modul concret în care practicile comerciale neloyale se manifestă pe rețelele de socializare și se axează pe principalele forme de concurență neloyală respectiv, practici comerciale agresive și practici comerciale înșelătoare. În plus, acesta tratează și acele practici comerciale neloyale ce au drept scop prejudicierea altor comercianți prezenți în mediul *online*. Analiza are în vedere în principal caracteristicile și activitățile ce sunt posibile pe platforma de socializare Facebook.

Cuvinte-cheie: practici comerciale neloyale; rețele de socializare; publicitate.

Abstract: Nowadays consumers spend a significant amount of time on social networks and enterprises have followed them and have built their presence online in order to make themselves more visible. The shift from real-world business and marketing to the online environment has led to a series of new ways of doing business, implementing marketing strategies and thinking advertising. As enterprises started competing on social media platforms, unfair competition slipped in. The article analyses the specific manner in which unfair commercial practices materialize themselves on social media platforms and it focuses on the main types of unfair competition namely aggressive commercial practices and misleading commercial practices. In addition, there will also be considered and discussed the unfair commercial practices that are intended to prejudice other traders. The analysis takes into consideration mainly the features and the activity that is possible on the social media platform Facebook as it is the largest at the moment and it raises stringent issues regarding the protection of consumers and even the protection of enterprises.

Keywords: unfair commercial practices; social media; advertising.

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: aura.amironesei@yahoo.com.

Introducere

Cadrul internațional al reglementării concurenței neloiale

Este admis cu titlu general că într-un mediu economic competitiv comportamentul comercianților prezintă un caracter individualist, fiecare urmărindu-și propriul interes. În acest cadru, scopul rivalității este de a maximiza profitul, ceea ce se înfăptuiește prin atragerea și menținerea consumatorilor². Printre instrumentele utilizate în sensul maximizării profitului se numără practicile comerciale loiale și neloiale.

Regula într-o economie competitivă este că orice act sau fapt din cursul unei activități economice care este contrar practicilor comerciale loiale (*honest/fair practices*) reprezintă concurență neloială³. Există o serie de discuții cu privire la înțelesul și interpretarea sintagmei „practici loiale”⁴: în legislația din Belgia și din Luxemburg se face referire la „practici comerciale loiale”, în România se utilizează și expresia „practici incorecte”, în Elveția și în Spania se utilizează drept etalon principiul bunei credințe, iar în Italia referința este reprezentată de „corectitudinea profesională”. Astfel, se observă că este dificil a se sintetiza o viziune unitară. Sistemul de referință și interpretarea diferă de la stat la stat din cauza incongruențelor economice, sociologice și legislative. Totuși, odată cu Directiva privind practicile comerciale neloiale⁵, un segment din înțelesul sintagmei de practici comerciale neloiale s-a uniformizat la nivelul statelor membre ale Uniunii Europene, iar un an mai târziu Directiva privind publicitatea înșelătoare și comparativă⁶ și-a adus la rândul său contribuția în sensul uniformizării unui alt segment din înțelesul sintagmei.

² O. – H. Maican, *Evolutions in the field of unfair competition*, în *Law Review*, vol. IV, issue 2, July-December 2014, [Online] la https://www.internationallawreview.eu/fisiere/pdf/2_3.pdf, accesat 2.10.2020, p. 25.

³The European Space Agency, *Protection agaisnt unfair competition*, [Online] la https://www.esa.int/About_Us/Law_at_ESA/Intellectual_Property_Rights/Protection_a_gainst_unfair_competition, accesat 02.10.2020.

⁴ J. Velentzas, G. Broni, E. Pitoska, *Unfair commercial practices on marketing - advertising and consumer protection in EU Member States*, în *Procedia Economics and Finance* no. 1 (2012), [Online] la <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2212567112000470>, accesat 02.10.2020, p. 415.

⁵ Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori, publicată în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* nr. L 149/22 din 11.6.2005, pp. 22 – 39.

⁶ Directiva 2006/114/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 decembrie 2006 privind publicitatea înșelătoare și comparativă, publicată în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* nr. L 376/21 din 27.12.2006, pp. 21-27.

În Convenția de la Paris pentru protecția proprietății industriale se face referire la practici comerciale cinstite, iar articolul 10 impune în sarcina statelor obligația de a lua măsuri pentru a asigura o protecție efectivă împotriva concurenței neloiale. Obligația este reiterată în articolul 2 din Acordul TRIPS⁷ (*The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) care impune membrilor Organizației Mondiale a Comerțului să respecte prevederile Convenției de la Paris. În Convenție, concurența neloială este înțeleasă drept acte de concurență contrare practicilor comerciale cinstite, aspect ce a fost preluat și în reglementarea europeană. De asemenea, aceasta condiționează faptele și actele de concurență neloială de exercitarea unei activități comerciale constând în vânzarea de bunuri și prestarea de servicii, ceea ce excede strict societățile, și include și profesioniști care au activități liberale. Convenția de la Paris prevede drept practici comerciale neloiale următoarele: acte care cauzează confuzie (între întreprinderi, activități, bunuri și servicii), fiind inclusă și probabilitatea de a cauza confuzie; fapte care induc în eroare și creează o falsă impresie cu privire la produsele sau serviciile unui competitor, astfel încât consumatorul este influențat în mod negativ; și fapte care afectează buna credință și reputația, precum discreditarea unei întreprinderi și a activităților sale, spionaj economic, încălcarea unui acord de confidențialitate sau a unui contract.

Organizația Mondială a Proprietății Intelectuale (OMPI) a inițiat demersuri pentru a reglementa și contura un cadru internațional al concurenței neloiale mai detaliat. În 1996 a publicat *Model Provisions on protection against unfair competition* în care a inclus drept practici comerciale neloiale nu numai acțiunile, ci și inacțiunile⁸. În plus, documentul prevede expres că reprezintă practici comerciale neloiale: inducerea în eroare a publicului, confuzia, lezarea reputației și aducerea unei atingeri bunei-credințe, precum și discreditarea altor comercianți sau dezvăluirea unor informații secrete în anumite condiții⁹.

După o lungă perioadă de timp de la primele reglementări în materie, protecția față de concurența neloială încă reprezintă un concept aflat în continuă evoluție, care trebuie să se adapteze la dezvoltarea și formele comerțului pe plan național și internațional și la coagularea unor noi principii

⁷ Acordul privind aspectele drepturilor de proprietate intelectuală legate de comerț din 1 ianuarie 1994, ratificat de statul român prin Legea nr. 133 din 22 decembrie 1994 pentru ratificarea Acordului de la Marrakech privind constituirea Organizației Mondiale de Comerț, a Acordului internațional privind carnea de bovină și a Acordului internațional privind produsele lactate, încheiate la Marrakech la 15 aprilie 1994. Acordul TRIPS poate fi regăsit [Online] la <http://dce.gov.ro/poli-com/omc/16.pdf>, accesat

⁸ World Intellectual Property Organization, *Model Provisions on Protection Against Unfair Competition*, 1996, [Online] la <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=3227&plang=EN>, accesat 03.10.2020.

⁹ *Ibidem*.

și obligații ce cad în sarcina participanților la piața economică (*business market*)¹⁰. Concurența neloială a evoluat treptat de la a asigura protecția profesioniștilor implicați, la protecția consumatorilor. În concret, în prezent prin aceasta se încearcă să se asigure o competiție loială pentru toate părțile implicate¹¹.

Cadrul european al reglementării concurenței neloiale

La nivel european, concurența neloială este reglementată de Directiva privind practicile comerciale neloiale (în continuare, DPCN), Directiva privind publicitatea înșelătoare și comparativă¹², Directiva privind practicile comerciale neloiale dintre întreprinderi în cadrul lanțului de aprovizionare agricol și alimentară și Directiva de modificare a Directivei 93/13/CEE a Consiliului și a Directivelor 98/6/CE, 2005/29/CE și 2011/83/UE¹³. De interes pentru prezentul articol este, în principal, DPCN, conținutul său fiind aplicabil la activitatea specifică comercială ce se desfășoară pe rețelele de socializare și care lezează predominant utilizatorii persoane fizice. DPCN protejează interesele consumatorilor vizând practicile neloiale ale comercianților față de aceștia și a fost transpusă în dreptul național prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte. În temeiul său, practicile comerciale neloiale sunt cele care contravin standardelor diligenței profesionale și cele care au aptitudinea de a denatura comportamentul economic al unui consumator mediu¹⁴. Măsurile care protejează în mod exclusiv interesul altor competitori nu intră în domeniul de aplicare a DPCN¹⁵. Aceasta distinge două categorii de practici comerciale neloiale, și anume practici comerciale înșelătoare și practici comerciale agresive. Un aspect important pentru prezenta lucrare este că din 2019 a fost introdusă în DPCN obligația pentru rețelele de socializare de a informa consumatorii cu privire la criteriile importante care determină ierarhia

¹⁰ The European Space Agency, *Protection against unfair competition...*

¹¹ *Ibidem*.

¹² Publicată în Monitorul Oficial nr. 899 din 28.12.2007.

¹³ Directiva nr. 2019/2161 din 27 noiembrie 2019 de modificare a Directivei 93/13/CEE a Consiliului și a Directivelor 98/6/CE, 2005/29/CE și 2011/83/UE ale Parlamentului European și ale Consiliului în ceea ce privește o mai bună asigurare a respectării normelor Uniunii în materie de protecție a consumatorilor și modernizarea acestor norme, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 328/7 din 18.12.2019.

¹⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=LEGISSUM:l32011>, accesat 01.10.2020.

¹⁵ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Cauza C-304/08, *Hotărârea Plus Warenhandels-gesellschaft* din 14 ianuarie 2010, paragraf 39, [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-304/08>, accesat 04.10.2020.

afișării produselor, precum și modalitățile de verificare a autenticității recenziilor consumatorilor¹⁶.

Cadrul național al reglementării concurenței neloiale

Concurența neloială este reglementată preponderent prin prevederile Legii nr. 11 din 1991 privind combaterea concurenței neloiale. Tot în sfera concurenței neloiale sunt și Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte și Legea nr. 158/2008 privind publicitatea înșelătoare și publicitatea comparativă. Ceea ce este de subliniat este că Legea nr. 11/1991, prin intermediul art. 2 alin. (2) lit. c) permite unui număr considerabil de practici comerciale să poată fi calificate drept practici comerciale neloiale atunci când acestea contravin uzanțelor cinstite și principiului general al bunei-credințe și, totodată, au un caracter prejudiciator pentru ceilalți competitori de pe piață. În temeiul acestui articol, există o libertate considerabilă în a califica drept neloiale o serie de practici existente pe rețelele de socializare.

1. De la „socializare” la „concurență” comercială. Comercianții și rețelele de socializare

Rețelele de socializare, prin natura lor, sunt destinate oferirii utilizatorilor lor mijloace diverse pentru interrelaționare cu alți utilizatori, pentru a crea și a menține relații sociale virtuale și fizice. Crearea chiar a platformei Facebook a avut drept fundament ideea de a institui un sistem pentru îmbunătățirea și diversificarea socializării *online* între studenți, primii utilizatori ai platformei. Totuși, în prezent, discutăm despre concurența neloială și prezența comercianților într-un spațiu destinat, teoretic, socializării între persoane fizice.

1.1. Rețelele de socializare și raportul lor cu comercianții

Utilizarea rețelelor de socializare este la apogeu în contemporanitate, acestea devenind parte din viața consumatorilor. Ele sunt, teoretic, definite drept rețele de prieteni pentru interacțiuni sociale și profesionale, fiind considerate drept un instrument care susține comerțul electronic și care oferă profesioniștilor, implicit societăților, posibilitatea de a disemina informații¹⁷,

¹⁶ Articolul 3 din Directiva de modificare a Directivei 93/13/CEE a Consiliului și a Directivelor 98/6/CE, 2005/29/CE și 2011/83/UE, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 328/7 din 18.12.2019.

¹⁷ C.-W. Ho, *Consumer behavior on Facebook: Does consumer participation bring positive consumer evaluation of the brand?*, în EuroMed Journal of Business no. 9 (3), DOI 10.1108/EMJB-12-2013-0057, 2014, [Online] la https://www.researchgate.net/publication/265732875_Consumer_behavior_on_Facebook_Does_consumer_participati_on_bring_positive_consumer_evaluation_of_the_brand, accesat 11.10.2020, p. 252.

inclusiv cele cu caracter publicitar. Elementele care sunt de esența platformelor de socializare sunt: conținutul generat de utilizatori care poate fi accesat de aceștia, publicat și distribuit între persoane, dimensiunea socială și conținutul comercial (fiind identificabilă mereu cel puțin o practică comercială existentă pe rețelele de socializare)¹⁸. În topul rețelelor de socializare la nivel internațional se află platforma Facebook, urmată de YouTube și, la câteva locuri distanță, de Instagram (care aparține tot Facebook)¹⁹. La nivel european, clasamentul este aproximativ același²⁰.

Se consideră că rețelele de socializare, prin expansiunea și caracteristica cronofagă, au modificat comportamentul consumatorilor de-a lungul timpului, peste o treime dintre consumatori fiind zilnic prezenți pe rețelele de socializare în medie două ore pe zi²¹. Platformele de socializare beneficiază de „efectul de rețea” care se traduce printr-o creștere a valorii serviciilor furnizate odată cu creșterea numărului de utilizatori ai platformei²² (potențiali consumatori pentru societăți), astfel că ele urmăresc atragerea consumatorilor. În acest context, societățile au decis să își materializeze prezența într-un spațiu unde se regăsesc și consumatorii lor, inițiind canale de comunicare și interacțiune cu aceștia, ceea ce a condus la o creștere fără precedent a utilizării rețelelor de socializare de către comercianți²³. În plus, consumatorii au și expectanța de a avea posibilitatea să ia legătura *online* cu comercianții²⁴.

Principalele scopuri pentru care comercianții utilizează aceste rețele sunt: crearea unui *brand* și promovarea²⁵. Astfel, se creează o „comunitate a

¹⁸ European Commission, *Behavioural study on advertising and marketing practices in online social media. Final Report*, June 2018, [Online] la https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/osm-final-report_en.pdf, accesat 20.10.2020, p. 11.

¹⁹ Ordinea diferă, nu am găsit un clasament sigur și general, clasamente pot fi regăsite la următoarele adrese web: <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>, <https://datareportal.com/social-media-users>.

²⁰ European Commission, *Behavioural study on advertising and marketing practices in online social media. Final Report*, p. 15.

²¹ *Idem*, p. 13.

²² Comisia Europeană, *Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor. Platforme online și piața unică digitală. Oportunități și provocări pentru Europa*, COM(2016) 288 final, Bruxelles, 25.05.2016, [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=EN>, accesat 05.10.2020, p. 3.

²³ European Commission, *Behavioural study on advertising and marketing practices in online social media. Final Report*, p. 13.

²⁴ Facebook for Business, *How Mobile-First Connections Drive Local Business*, 25.05.2018, [Online] la <https://www.facebook.com/business/news/insights/how-mobile-first-connections-drive-local-business#> accesat 05.10.2020.

²⁵ Eurostat, *What the internet is used for*, [Online] la <https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/ict/bloc-1b.html> accesat 06.10.2020.

brandului” care implică fie o atitudine activă din partea consumatorilor (cei care interacționează direct cu pagina și postările), fie una pasivă (consumatorii care doar urmăresc interacțiunile și activitatea paginii)²⁶. Cu cât este mai mare participarea consumatorilor în comunitatea *brandului*, cu atât crește mai mult încrederea în el²⁷ ceea ce avantajează comerciantul, iar comercianții concurează pentru timpul și implicarea consumatorilor în comunitatea brandului.

Rețelele de socializare oferă mediul populat de consumatori, fiind un instrument util pentru promovare și publicitate. În plus, ele au și rolul de a crea pentru consumatori o paletă mai largă de alegeri, ceea ce contribuie la creșterea competitivității între comercianți. Platformele de socializare au ajuns să joace un rol semnificativ și în viața societară, contribuind chiar la caracteristicile unui afaceri. Față de metodele tradiționale, comercianții pot ajunge mult mai ușor la grupul țintă printr-o simplă selecție a acestuia, pot să se promoveze chiar și fără investiții propriu-zise în *marketing* (prin *organic reach*²⁸ și *social engagement*²⁹) și pot menține constant canale de comunicare cu toți clienții și potențialii clienți. De asemenea, aceștia pot activa direct pe micro-piața³⁰ specifică produselor și serviciilor lor datorită instrumentelor de care dispun rețelele de socializare, în special datorită publicității orientate care aduce câștiguri substanțiale platformelor³¹. Pentru IMM³²-uri și microîntreprinderi³³, rețelele de socializare reprezintă uneori chiar cea mai importantă și singura cale de acces către o piață anume și date, iar platformele *online* au un interes major în a menține o relație durabilă și pozitivă cu utilizatorii

²⁶ C.-W. Ho, *op. cit.*, p. 254.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Pentru mai multe detalii despre *organic reach*, a se vedea, <https://www.hopperhq.com/social-media-marketing-glossary-2020/organic-reach/>.

²⁹ Pentru mai multe detalii despre *social engagement*, a se vedea, <https://www.clarabridge.com/customer-experience-dictionary/social-engagement/>.

³⁰ K. Varini, P. Sirsi, *Social Media and Revenue Management. Where Should the Two Meet?* în *Journal of Technology Management for Growing Economies*, Volume 3, 10.15415/jtmge.2012.31002, 2012, [Online] la https://www.researchgate.net/publication/264928889_Social_Media_and_Revenue_Management_Where_Should_the_Two_Meet accesat 04.10.2020, p. 2.

³¹ Comisia Europeană, *Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale, ...*, p. 124.

³² IMM-uri reprezintă întreprinderi mici și mijlocii. Pentru definiția acestora și mai multe detalii, a se vedea, Legea nr. 346/2004 publicată în Monitorul Oficial nr. 681 din 29 iulie 2004.

³³ Pentru definiția microîntreprinderii, a se vedea, art. 47 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal.

comercianți în vederea creării de valoare³⁴. Faptul că societățile au ajuns să activeze pe rețelele de socializare a generat o transpunere a concurenței în mediul *online* ceea ce a permis și conturarea unor practici comerciale neloiale nu numai față de consumatori, dar și între societăți.

În final, prezența și concurența societăților pe rețelele de socializare este menținută chiar de acestea prin prisma *design*-ului, configurărilor, scopului și instrumentelor care sunt puse la dispoziția comercianților. Platformele monetizează în primul rând atenția consumatorilor³⁵, cea care reprezintă elementul necesar în procesul de promovare a unui comerciant și un factor cheie în concurența dintre comercianți. Veniturile generate de platformele de socializare provin în principal din afișarea reclamelor³⁶, astfel că rețelele de socializare au drept interes principal încheierea unor contracte electronice de publicitate comercială cu societățile, simultan cu menținerea *online* a utilizatorilor pentru a fi ținta tuturor activităților de marketing.

1.2. Tipurile de comercianți cu prezență online și activitatea lor în mediul online

Analizând comercianții prezenți pe rețelele de socializare, se poate observa că există atât societăți multinaționale, cât și comercianți naționali sau chiar locali, prezența *online* fiind vitală pentru o afacere în societatea contemporană. Societăți multinaționale precum IKEA, Subway, Inditex, Mercedes-Benz, FedEx, Old Navy etc. sunt prezente *online*, alături de societăți naționale precum Airam Smarald S.R.L. (Sasimo), Spartan, Ravioli (RVL) etc. Modul în care aceștia și-au construit prezența *online* este prin intermediul creării unei Pagini de Facebook³⁷ sau a unui cont de afaceri pe Instagram³⁸.

Atât Facebook, cât și Instagram, au creat instrumente speciale pentru comercianți care ar trebui să răspundă nevoilor acestora și care le permit să

³⁴ Comisia Europeană, *Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor. Platforme online și piața unică digitală. Oportunități și provocări pentru Europa*, p. 13.

³⁵ Joint Research Group, *The Competitive Landscape of Online Platforms*, în JRC Digital Economy Working Paper 2017-04, Spain, 2017, [Online] la <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/jrc106299.pdf>, accesat 02.10.2020, p. 24.

³⁶ M. Falch, A. Henten, R. Tadayoni, I. Windekilde, *Business Models in Social Networking*, Draft paper presented at CMI International Conference Social Networking and Communities, 26-27 November 2009 Ballerup, Denmark, [Online] la https://www.researchgate.net/publication/242178725_Business_Models_in_Social_Networking, accesat 02.10.2020, pp. 3, 11.

³⁷ Facebook for Business, *Pagini Facebook*, <https://www.facebook.com/business/pages>, accesat 07.10.2020.

³⁸ Instagram Business, https://business.instagram.com/getting-started?locale=ro_RO accesat 07.10.2020.

întreprindă activități directe de marketing. Facebook promite pagină gratuită, posibilitatea de a crea o audiență activă și implicată, comunicarea cu proprii clienți și disponibilitatea de a participa la *Marketplace* pentru vânzarea produselor și serviciilor. De cealaltă parte, Instagram promite oferirea utilizatorilor mai multor informații despre produse, servicii sau afacere în sine, contul fiind tot gratuit. În plus, comercianții au acces la statistici în timp real cu privire la performanțele înregistrate prin conținutul distribuit (postări, *IG TV*s³⁹, povești sau postări promovate). În cazul ambelor platforme de socializare, publicitatea realizată prin algoritmul publicitar al platformelor este cu titlu oneros.

Societățile utilizează platformele de socializare în primul rând în scopuri de marketing, acesta fiind crucial pentru succesul unei afaceri⁴⁰. În România, societățile utilizează în proporție de 87% rețelele de socializare pentru *brand communication*⁴¹. Se consideră că prezența *online* pe rețelele de socializare crește valoarea societății în paralel cu cea a *brand*-ului construit⁴². Rețelele de socializare au devenit un canal important pentru comunicările de marketing care oferă avantajul de a fi bilateral⁴³. În prezent, chiar există strategii de marketing și specialiști exclusiv pentru rețelele de socializare, precum și persoane care se ocupă doar de legătura cu consumatorii. Prin urmare, s-au creat departamente interne în societăți, cu personal specializat în marketing. Tot în scopuri de marketing, unele societăți utilizează platformele de socializare pentru a crea evenimente pe rețelele de socializare, a face diverse studii și cercetări de piață sau chiar pentru a comercializa produsele sau serviciile. Totuși, societățile utilizează adesea rețelele de socializare pentru a se implica în mod direct în practici comerciale neloiale⁴⁴.

³⁹ IG TV reprezintă o caracteristică a aplicației Instagram și, totodată, o aplicație independentă, ce permite vizualizarea unor videoclipuri mai lungi în comparație cu fluxurile Instagram. Pentru mai multe detalii, a se vedea, <https://www.facebook.com/help/instagram/381435875695118>.

⁴⁰ V. Svatosova, *Social Media Such As the Phenomenon of Modern Business*, în *Journal of Marketing Development and Competitiveness*, Volume 6(4): Special Issue on International Marketing Topics, ISSN 2155-2843, [Online] la http://digitalcommons.www.na-businesspress.com/JMDC/SvatosovaV_Web6_4_.pdf accesat 3.10.2020, p. 63.

⁴¹ P. Ciprian, *The Growing Importance Of Social Media In Business Marketing* în *Quaestus Multidisciplinary Research Journal*, 2015, <https://www.quaestus.ro/en/wp-content/uploads/2012/02/pavel.ciprian.pdf>, accesat 4.10.2020, p. 94.

⁴² K. R. Karnegari, V. S. Karnam, G. Shaik, *An analysis of business through social media*, 2013, [Online] la <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1309214/FULLTEXT01.pdf>, accesat 3.10.2020, p. 41.

⁴³ V. Svatosova, *op. cit.*, pp. 25, 26.

⁴⁴ Comisia Europeană, *Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale*, p. 146.

2. Practici comerciale neloiale *business-to-consumer* pe rețelele de socializare

Practicile comerciale neloiale ce se conturează pe rețelele de socializare sunt atât *business-to-consumer*, cât și *business-to-business*. Deși se prefigurează a fi două categorii distincte, apreciem că practicile ce se regăsesc în cadrul lor au un caracter bivalent, având aptitudinea de a leza deopotrivă consumatorii și ceilalți comercianți, doar că în proporții diferite. În articolul prezent, ne-am propus să tratăm acele practici comerciale neloiale de pe rețelele de socializare care sunt îndreptate în principal împotriva consumatorilor-utilizatori, având un efect prejudiciator mai scăzut asupra celorlalți comercianți.

2.1. Facebook Ads – influență nejustificată și practică comercială agresivă?

Vom începe cu prevederile legale relevante care conturează cadrul juridic al întrebării. Articolul 5 din DPCN prevede cu titlu general că sunt interzise acele practici comerciale care sunt neloiale prin faptul că pot denatura semnificativ *comportamentul economic cu privire la un produs al consumatorului mediu la care ajunge sau căruia îi este adresat sau al membrului mediu al unui grup în cazul în care o practică comercială este orientată către un grup particular de consumatori*. Art. 8 din DPCN are un caracter mai special față de art. 5, acesta reglementând practicile comerciale agresive. În temeiul său, o practică comercială agresivă este o practică comercială care prin influență nejustificată modifică sau poate modifica conduita, respectiv libertatea de alegere a consumatorului mediu, și este susceptibilă de a-l determina să adopte o decizie comercială pe care, în alte circumstanțe, nu ar fi adoptat-o. Existența practicii comerciale agresive trebuie să fie analizată și în funcție de faptele, caracteristicile și circumstanțele acesteia. Rezultatul unei astfel de practici este reprezentat de o restrângere sau afectare reală sau potențială semnificativă a libertății de alegere a consumatorului, care să determine o probabilitate crescută de a lua o decizie comercială⁴⁵. Definiția influenței nejustificate, prin intermediul căreia se realizează practica comercială agresivă, este prevăzută în art. 2 din DPCN, aceasta reprezentând *exploatarea unei poziții de putere în raport cu consumatorul pentru a aplica o presiune asupra acestuia, chiar și fără a recurge la forța fizică sau a amenința cu aceasta, într-o manieră care reduce semnificativ abilitatea consumatorului de a lua o decizie în cunoștință de cauză*. Influența nejustificată nu presupune exclusiv o „influență nelegală”, ci presupune ca, în mod activ, prin exercitarea unei presiuni, să fie condiționată forțat

⁴⁵ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, *Cauza C-628/17*, Concluziile Avocatului General Manuel Campos Sánchez-Bordona prezentate la 30 ianuarie 2019, [Online] la <http://curia.europa.eu/>, accesat 06.10.2020, parag. 44.

voința consumatorului⁴⁶. Pentru determinarea utilizării influenței nejustificate în cadrul practicii comerciale în cauză, se utilizează criteriile precum locul, natura și persistența ei (art. 9 din DPCN).

În continuare, vom analiza dacă utilizarea serviciului Facebook Ads reprezintă, în baza cadrului juridic schițat, o practică comercială neloială agresivă prin influență nejustificată.

Facebook oferă instrumentele necesare comercianților pentru a face publicitate directă⁴⁷ contra-cost prin serviciul Facebook Ads. Facebook încheie în acest scop contracte de adeziune cu alți comercianți, contracte care cuprind o serie de clauze prestabilite dintre care comerciantul poate alege – *Self-Serve Ad Terms*⁴⁸. Motivul pentru care susținem caracterul adezionar este că alegerea clauzelor contractuale nu are la bază o negociere între părți, ci toate reprezintă clauze standard, cu un conținut ce nu poate fi modificat. Există totuși o parte care este lăsată la latitudinea comerciantului, dar are la bază tot o structură impusă de Facebook, și anume: alegerea audienței căreia îi este adresată reclama și suma de bani pe care este dispus să o plătească. Prin alegerea audienței, practic comerciantul particularizează grupul de consumatori căruia îi este destinată reclama, conturându-se astfel teza finală a art. 5 alin. (2) lit (b) din DPCN.

Pentru început, Facebook se află pe o poziție de putere prin raportare la consumator⁴⁹ (fapt care reiese chiar din natura contractului de adeziune impus utilizatorilor), poziție pe care o utilizează pentru a aplica o presiune prin toate instrumentele de marketing pe care le dezvoltă împreună cu experți (modurile prin care țin utilizatorii *online* cât mai mult cu scopul de a le monetiza prezența⁵⁰). Presiunea aceasta reduce semnificativ abilitatea consumatorului de a lua o decizie în cunoștință de cauză, mai ales atunci când este vorba despre reclame⁵¹ din cauza algoritmilor pe care publicitatea orientată îi are la bază.

⁴⁶ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, *Cauza C-628/17*, Concluziile Avocatului General Manuel Campos Sánchez-Bordona prezentate la 30 ianuarie 2019, [Online] la <http://curia.europa.eu/>, accesat 06.10.2020, paragraf. 45.

⁴⁷ J. Hardwick, *Mobile phones purchases and consumer decision making process: the role of Facebook online advertising*, Lincoln Business School, 2014, [Online] la <https://core.ac.uk/download/pdf/29175575.pdf>, accesat 4.10.2020, p. 9.

⁴⁸ Facebook, *Condițiile de utilizare a publicității auto-administrate*, 31 august 2020, [Online] la https://www.facebook.com/legal/self_service_ads_terms, accesat 6.10.2020.

⁴⁹ Supreme Court of Canada, *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, 1 S.C.R. 751, 2017, [Online] la <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/16700/index.do>, accesat 15.10.2020, paragraf. 54.

⁵⁰ Netflix, *The social Dilemma*, Documentar, în regia lui Jeff Orlowski, 2020.

⁵¹ D. Groothuis, T. Spil, R. Effing, *Facebook Marketing Intelligence*, în Proceedings of the 53rd Hawaii International Conference on System Sciences, 2020, [Online] la https://www.researchgate.net/publication/338747180_Facebook_Marketing_Intelligence, accesat 7.11.2020, pp. 2562, 2566.

Unul dintre cele mai cunoscute cazuri în care s-a recunoscut și dovedit forța de persuasiune și presiunea pe care o au Facebook Ads, aparatul de psihologi din spatele lor și prelucrarea datelor cu caracter personal în scopul manipulării procesului decizional al utilizatorilor Facebook a fost *Cambridge Analytica*⁵².

Din cauza termenilor și condițiilor de tip *take-it-or-leave-it* la care consimte, consumatorul nu poate alege dacă este supus sau nu vizionării reclamelor și dacă se pot utiliza asupra sa diverse tehnici de convingere în scopuri de marketing pe baza datelor sale personale și nu numai. Prin urmare, nu poate evita presiunea exercitată asupra sa prin Facebook Ads. În plus, această presiune este mascată și neobservată de către consumatori, ei fiind la propriu adesea în imposibilitate de a conștientiza influența psihologică ce se exercită asupra lor. Acestora le este oferit un fals simț al controlului pe Facebook prin faptul că pot face setări de confidențialitate (dar acestea sunt predominant raportate la alți utilizatori, nu la activitatea Facebook și a colaboratorilor săi⁵³), precum și prin limbajul utilizat (se subliniază în mod repetat că ei dețin controlul în cuprinsul Termenilor și condițiilor).

Facebook exercită presiune și prin influența pe care o are asupra utilizatorilor, mai ales prin instrumentele de marketing pe care le pune la dispoziție⁵⁴. Se afirmă că în prezent Facebook este cea mai influentă rețea de socializare⁵⁵, afirmație ce presupune existența unei influențe asupra utilizatorilor-consumatori. Dintre toate rețelele de socializare, consumatorii au cea mai mare încredere în Facebook ca platformă de socializare. Acest aspect, coroborat cu faptul că informațiile cuprinse în reclamele *online* afișate pe site-uri web de încredere influențează mult mai mult intenția comercială a consumatorilor⁵⁶, conturează rolul major pe care îl are Facebook în procesul decizional al utilizatorilor săi.

Un aspect esențial al Facebook Ads în considerarea influenței exercitate asupra consumatorilor și care reduce abilitatea consumatorilor de a lua o decizie în cunoștință de cauză este că fiecare reclamă afișată este însoțită de aprecierile celor mai apropiați sau de încredere utilizatori-prieteni ai consuma-

⁵² The Guardian, *Fresh Cambridge Analytica leak 'shows global manipulation is out of control'*, <https://www.theguardian.com/uk-news/2020/jan/04/cambridge-analytica-data-leak-global-election-manipulation>, accesat 15.10.2020.

⁵³ B. V. Alsenoy, V. Verdoodt, R. Heyman, J. Ausloos, E. Wauters, G. Acar, *From social media service to advertising network. A critical analysis of Facebook's Revised Policies and Terms*, v1.2, 31 March 2015, [Online] la <https://www.law.kuleuven.be/citip/en/news/facebook-1/facebooks-revised-policies-and-terms-v1-2.pdf> accesat 7.10.2020, p. 23.

⁵⁴ Pentru mai multe detalii, a se vedea, D. Groothuis, T. Spil, R. Effing, *op. cit.*

⁵⁵ J. Richard, S. Guppy, *Facebook: Investigating the influence on consumer purchase intention*, în *Asian Journal of Business Research*. 4. 1-15. 10.14707/ajbr.140006, 2014, [Online] la https://www.researchgate.net/publication/281212524_Facebook_Investigating_the_influence_on_consumer_purchase_intention, accesat 6.10.2020, p. 5.

⁵⁶ J. Hardwick, *op. cit.*, p. 9.

torului. S-a dovedit că utilizatorii au o mare încredere în aprecierile prietenilor lor și că probabilitatea de a achiziționa bunuri sau servicii „recomandate” de prietenii lor (adică cele care au aprecieri de la aceștia) este mult mai ridicată față de probabilitatea de a accesa o simplă reclamă ce nu este însoțită de recomandări sub formă de aprecieri din partea prietenilor⁵⁷. În plus, în partea sa inferioară, reclama arată și numărul său de aprecieri și eventuale comentarii. Chiar o parte dintre utilizatori au afirmat că vederea aprecierilor și, eventual, a distribuțiilor, contribuie la dorința de a achiziționa⁵⁸ respectivul produs sau serviciu. Ambele practici tind să potențeze efectul persuasiv exercitat asupra consumatorului fiindcă numărul de aprecieri influențează în mod pozitiv intenția comercială a consumatorilor⁵⁹, în sensul de a determina luarea unei decizii comerciale, iar comentariile au la rândul lor același efect⁶⁰.

Mai mult, a existat o practică a Facebook de a include la *Sponsored Stories*⁶¹ imaginea și numele prietenilor care apreciau un produs sau o pagină⁶², aspect consimțit prin bifarea Termenilor și condițiilor, ceea ce sporea gradul de încredere în reclamă și augmenta puterea de persuasiune asupra consumatorilor. Practica a încetat în urma proceselor începute de către utilizatori împotriva Facebook pentru utilizarea numelui și a fotografiilor lor de profil. Altă tehnică utilizată de Facebook pentru modificarea comportamentului consumatorilor în favoarea accesării reclamelor comercianților este reprezentată de plasarea reclamelor pe *News Feed*, în zona centrală, locul cel mai propice pentru captarea atenției și pentru determinarea utilizatorului să apese *click* pe reclamă⁶³.

Însumând cele expuse, reiese că Facebook exercită o influență nejustificată asupra consumatorilor în cazul reclamelor sponsorizate, astfel că, prin utilizarea serviciilor de publicitate puse la dispoziție cu titlu oneros de Facebook, comercianții se angajează în practici comerciale agresive. Consumatorilor le este în mod inconștient redusă libertatea de alegere (fiindcă vor prefera inevitabil comerciantul din reclama sponsorizată și apreciată de

⁵⁷ J. Richard, S. Guppy, *op. cit.*, pp. 6, 10.

⁵⁸ M. Dehghani, M. Tumer, A research on effectiveness of Facebook advertising on enhancing purchase intention of consumers, în *Computers in Human Behavior* no. 49, 2015, [Online] la https://www.academia.edu/14842708/A_research_on_effectiveness_of_Facebook_advertising_on_enhancing_purchase_intention_of_consumers, accesat 06.10.2020, p. 600.

⁵⁹ J. Richard, S. Guppy, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁰ *Idem*, p. 7

⁶¹ Pentru mai multe detalii despre *Sponsored Stories*, a se vedea, Laurie Segall, *Facebook's 'sponsored stories' turns your posts into ads*, 26.01.2011, [Online] la https://money.cnn.com/2011/01/26/technology/facebook_sponsored_stories/index.htm, accesat 12.11.2020.

⁶² Supreme Court of Canada, *Douez v. Facebook*,..., paragraf. 80, 81.

⁶³ M. Dehghani, M. Tumer, *op. cit.*, p. 6.

prieteniei săi), reclama îi este afișată uneori pe baza unui algoritm psihologic, tocmai pentru a-i slăbi libertatea de alegere, și îi este modificată conduita fiind determinat să acceseze acele reclame „recomandate” de persoane de încredere sau care îl sensibilizează, respectiv atrag, aspecte determinate pe baza prelucrării datelor sale cu caracter personal.

Conduita sau decizia comercială pe care practica comercială neloială agresivă este susceptibilă de a o determina, nu se referă strict la achiziția unui bun sau a unui serviciu. Prin urmare, pentru a fi calificată drept practică comercială neloială, nu trebuie să existe propriu-zis o achiziție în sens de decizie comercială. Noțiunea de decizie din cuprinsul definiției influenței nejustificate include și deciziile aflate în legătură cu cea de a achiziționa, precum decizia de a intra în magazin⁶⁴. *Mutatis mutandis*, apreciem că există o decizie comercială și în cazul accesării *link*-ului unui magazin *online* prin intermediul unui *click* pe *link*-ul afișat de rețelele de socializare în cadrul reclamei. În final, o practică comercială poate fi neloială și atunci când îl poate determina pe consumator să acceseze un magazin *online*, să petreacă mai mult timp pe internet sau să decidă să nu achiziționeze de la alt furnizor⁶⁵.

În ceea ce privește „circumstanțele”, „locul” și „persistența” acestor practici comerciale neloiale, acestea sunt particularizate prin prisma specificului și a modului de funcționare a rețelei de socializare. Circumstanțele sunt conturate de contractul de adeziune încheiat între consumator și Facebook. Inclusiv simpla Politică de confidențialitate și setările standard pe care le are Facebook sunt considerate a reprezenta o practică comercială neloială⁶⁶, agravate de dificultatea de a face setări în ceea ce privește afișarea reclamelor, solicitarea de a nu primi reclama, care sunt mai degrabă în sistem de tip *opt-out*, opțiunea de ascundere fiind strict față de promotorul care are reclama ascunsă. Atunci când sunt ascunse sau greu de configurat, opinia este că pot fi calificate drept practici comerciale „înșelătoare”⁶⁷. Prin urmare, un consumator le poate evita doar dacă nu utilizează Facebook. Cu privire la loc, am arătat deja că Facebook în sine este o platformă influentă, considerată de încredere, ceea ce contribuie la alterarea comportamentului consumatorilor în scopurile de marketing ale platformei. În final, persistența reclamelor, deci a practicii comerciale agresive, pe Facebook poate ajunge chiar la omniprezență pe parcursul unei sesiuni de activitate strict pe *News Feed*-ul de la Facebook în sensul că pe toată perioada de navigare pe *News Feed* se menține aceeași reclamă în partea dreaptă a paginii (cea destinată reclamelor).

⁶⁴ Curtea de Justiție a Uniunii Europene, *Cauza C-281/12*, Hotărârea din 19 decembrie 2013, [Online] la https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/ro/, par. 35, 36 și 38.

⁶⁵ Comisia Europeană, *Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale*, ..., p. 41.

⁶⁶ B. V. Alsenoy, V. Verdoodt, R. Heyman, J. Ausloos, E. Wauters, G. Acar, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁷ *Ibidem*.

În ciuda susținerilor Facebook cum că utilizarea datelor pentru publicitate orientată duce la afișarea unor reclame relevante pentru utilizatori⁶⁸, ceea ce ar reprezenta un beneficiu pentru ei, publicitatea orientată este valoroasă doar pentru comercianți, nu și pentru consumatori⁶⁹.

2.2. Publicitatea prin influenceri – practică comercială înșelătoare

Având în vedere că atât Facebook, cât și Instagram, și-au „dezvoltat” caracterul de socializare și au devenit platforme și pentru publicitate, plasare de produse și păreri ale consumatorilor, ele prezintă riscul ca o parte din conținutul comercial să reprezinte publicitate ascunsă înșelătoare⁷⁰, aceasta fiind o practică comercială înșelătoare interzisă în temeiul DPCN. Gradul de risc este determinat în principal de latura duală a acestor rețele – socializare și publicitate, care conduce la posibilitatea de confuzie sau inducere în eroare cu privire la ce constituie conținut social generat de utilizatori și ce constituie conținut comercial. În plus, consumatorii pot să nu conștientizeze că, de fapt, comercianții utilizează rețelele de socializare și inclusiv mijloacele de comunicare puse la dispoziție de acestea în scopuri comerciale⁷¹, pentru că, și în prezent, Facebook și Instagram rămân calificate și recunoscute de către consumatori drept platforme pentru socializare.

În ciuda faptului că art. 7 alin. (2) și pct. 22 din Anexa I la DPCN prevăd interdicții legate de ascunderea intenției comerciale, simpla navigare zilnică pe rețelele de socializare ilustrează că prevederea nu se respectă. Aceeași interdicție este cuprinsă și în art. 6 lit. a) din Directiva privind comerțul electronic⁷² și în art. 7 alin. (2) din Legea nr. 363/2007⁷³ care califică drept

⁶⁸ Afirmație făcută de Mark Zuckerberg în timpul audierilor din Congresul Statelor Unite ale Americii. Opinia poate fi audiată prin accesarea adresei web: <https://www.cnbc.com/2019/01/25/facebook-ceo-mark-zuckerberg-defends-use-of-personal-data-in-wsj-op-ep.html>.

⁶⁹ European Commission, J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, B-1049, ISBN 978-92-76-01946-6, Brussels, 2019, [Online] la <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, accesat 10.10.2020, p. 21.

⁷⁰ Comisia Europeană, *Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale, ...*, p. 145.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Directiva 2000/31/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 8 iunie 2000 privind anumite aspecte juridice ale serviciilor societății informaționale, în special ale comerțului electronic, pe piața internă (directiva privind comerțul electronic), publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 178/1 din 17.07.2000.

⁷³ Legea nr. 363 din 21 decembrie 2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor, publicată în Monitorul Oficial nr. 899 din 28 decembrie 2007.

omisiune înșelătoare lipsa indicării intenției comerciale a practicii în cazul în care aceasta nu rezultă deja din context, și când, în oricare dintre cazuri, consumatorul mediu este determinat sau este susceptibil a fi determinat să ia o decizie de tranzacționare pe care altfel nu ar fi luat-o. Problema majoră cu nerespectarea interdicției publicității ascunse este în cazul profesioniștilor denumiți *influenceri*.

Influencerii se prefigurează a fi profesioniști care au drept activitate principală publicitatea comercială. Definiția regăsită într-o hotărâre CJUE, preluată din doctrină de Curte, desemnează *influencer*-ul ca fiind „persoana care are o mare influență asupra persoanelor cu putere de decizie sau asupra opiniei”⁷⁴. În continuare, este dată o descriere detaliată a acestora: „un *influencer* este orice persoană activă pe rețelele sociale care, prin statutul său, prin poziția sa sau prin expunerea sa mediatică este capabilă să influențeze obiceiurile de consum. *Influencerii* sunt solicitați de mărci, întreprinderi pentru a îmbunătăți comunicarea lor, precum și în cadrul unor acțiuni publicitare. *Influencerii* lucrează în cea mai mare parte pe rețelele sociale influențând numeroși «*followeri*» prin intermediul contului lor Instagram sau al canalului lor YouTube. Ei au un rol de intermediar între întreprinderi și clienții lor potențiali”⁷⁵. *Influencerii* sunt utilizați de către comercianți și ca strategie *e-WOM*⁷⁶ de marketing⁷⁷. Aceștia sunt contractați în scop de promovare a brandului, a produselor și a serviciilor, fiind numiți și *e-opinion leaders*⁷⁸ (lideri de opinie în mediul *online*). Motivul pentru care aceștia sunt utilizați este eficiența promovării, rezultatele sale și costurile relativ reduse presupuse⁷⁹.

Totuși, ei nu sunt percepuți de către consumatori drept entități economice care desfășoară activități publicitare contra-cost, fiind plătiți de comercianți pentru a promova și prezenta într-o lumină favorabilă produsele și serviciile acestora, și chiar pentru a convinge propriii urmăritori (*followers*) să achiziționeze produsele sau serviciile promovate. *Influencerii* sunt utilizați tocmai fiindcă aceștia își construiesc o comunitate de consumatori (*followers*), mai mult sau mai puțin conștienți de rolul publicitar finanțat al *influencerilor*,

⁷⁴ Nota de subsol nr. 36 din Concluziile Avocatului General Maciej Szpunar prezentate la 31 mai 2018 în cauza CJUE C-105/17, [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=influencer&docid=202421&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9939109#ctx1>, accesat 16.10.2020.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Prin *e-WOM* se înțelege *Electronic Word of Mouth*. Pentru mai multe detalii, a se vedea, <https://www.efomi.com/glossary/ewom/>.

⁷⁷ V. Görgülü, *Investigating Consumer Trust In Instagram Influencers And Its Impact On Brand Related Characteristics And Purchase Intention*, în *International e-Journal of Public Relations and Advertising Studies*, vol 2(2) 2019, [Online] la <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/836100>, accesat 10.10.2020, p. 122.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

comunitate în cadrul căreia transmit informații cu caracter publicitar sub diverse forme (text, imagine, video), lăsând adesea impresia că informația respectivă este personală și rezultă din urma experienței sale autentice cu produsul sau serviciul pe care îl promovează. Modul de a-și desfășura activitatea acordă *influencerilor* o credibilitate mult mai mare față de alte mijloace tradiționale de publicitate și, în plus, s-a demonstrat că cea mai utilă metodă de promovare este prin intermediul recenziilor⁸⁰, iar *influencerii* în majoritatea activității lor comerciale oferă recenzii „personale” despre produsele și serviciile clienților lor. Un ultim motiv pentru utilizarea *influencerilor* este extras tocmai din denumirea ce le-a fost dată: puterea de a influența. *Influencerii* sunt văzuți adesea drept modele pe rețelele de socializare, iar consumatorii sunt mai vulnerabili la recomandările lor și mai predispuși să adopte orice comportament, părere sau idee sugerate de *influenceri*⁸¹.

Influencerii au capacitatea de a determina în primul rând intenția de a achiziționa ca parte incipientă a laturii cognitive a comportamentului unui consumator⁸². Intenția de a achiziționa este un factor principal în decizia propriu-zisă⁸³, fără aceasta nefiind posibilă o achiziție din partea consumatorului. Cu cât sunt generate mai multe intenții de a cumpăra, cu atât procentul de vânzări va fi mai mare⁸⁴, fiindcă mai multe intenții se vor finaliza cu achiziția.

Cel mai important factor în determinarea unui comportament constând în achiziția *online* îl reprezintă încrederea. *Influencerii* urmăresc să construiască relații specifice cu următorii lor, relații parasociale care oferă iluzia unei legături în realitate *face-to-face*⁸⁵. Aceștia creează un sentiment al intimității și al unei conexiuni reale⁸⁶, strânse, pe care au grijă să o mențină prin activitate zilnică. Mai mult, aceștia oferă senzația consumatorilor că sunt la rândul lor consumatori, contrar celebrităților care erau utilizate mai mult în trecut pentru publicitate⁸⁷. Din cauza aparenței de autenticitate⁸⁸ create, are loc de fapt o

⁸⁰ K. Varini, P. Sirsi, *op. cit.*, p. 2.

⁸¹ S. Žák, M. Hasprová, *The role of influencers in the consumer decision-making process*, în SHS Web of Conferences. 74 (3):03014, January 2020, [Online] la https://www.researchgate.net/publication/338513337_The_role_of_influencers_in_the_consumer_decision-making_process, accesat 20.10.2020, pp. 1, 2.

⁸² N. Lisichkova, Z. Othman, *The Impact of Influencers on Online Purchase Intent*, School of Business, Society & Engineering, 29.05.2017, [Online] la https://www.researchgate.net/publication/338107402_The_Impact_of_Influencers_on_Online_Purchase_Intent, accesat 16.10.2020, p. 10.

⁸³ *Idem*, p. 11.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Idem*, p. 8.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Idem*, p. 9.

⁸⁸ *Idem*, p. 15.

influență majoră asupra consumatorilor⁸⁹, autenticitatea răsfângându-se și asupra produselor promovate, ceea ce duce și la o creștere a credibilității⁹⁰ informației publicitare. Studiile au arătat că *influencerii*, atunci când promovează sau „sugerează” anumite produse și servicii, datorită încrederii pe care consumatorii o au în ei, au potențialul de a determina direct consumatorii să achiziționeze⁹¹. Efectul este și mai intens⁹² atunci când *influencerii* susțin că au competență în domeniul produsului sau serviciului respectiv⁹³.

Sesizând practica comercială înșelătoare a *influencerilor* și a comercianților care apelează la ei, Consiliul Român pentru Publicitate (RAC) a încercat o primă reglementare a activității *influencerilor* în Codul de practică în comunicarea comercială⁹⁴. Aceștia au avut în vedere în principal necesitatea de a informa consumatorii cu privire la rodul publicitar plătit pe care îl au influencerii. Art. 4 din Cod intitulat „Comunicarea comercială prin intermediul *influencerilor*” trasează liniile generale ale condițiilor ce trebuie îndeplinite de comunicările făcute de aceștia și atragerea răspunderii. Astfel, *influencerii* trebuie să divulge raportul contractual pe care îl au în cadrul fiecărui tip de conținut postat, în partea de început, trebuie să facă afirmații veridice, neînșelătoare și verificabile, iar atunci când susțin că ei înșiși au utilizat produsul, aceștia trebuie să prezinte părerea lor onestă și experiența personală, *autentică cu produsul, bazată pe dovezi pe care le dețin, oferind, dacă este cazul, mărturiile corespunzătoare*.

În ciuda acestei reglementări, a prevederilor de la nivel european și chiar și a celor naționale, se poate observa zilnic cum practicile comerciale neloiale sunt perpetuate. În continuare, *influencerii* nu dezvăluie relația contractuală ce are ca obiect promovarea unui brand, a unui produs sau a unui serviciu, iar

⁸⁹ *Idem*, p. 9.

⁹⁰ *Idem*, p. 15.

⁹¹ V. Görgülü, *op. cit.*, p. 121.

⁹² K. Forbes, Examining the Beauty Industry’s Use of Social Influencers, în *Elon Journal of Undergraduate Research in Communications*, Vol. 7, No. 2, 2016, [Online] la https://www.elon.edu/u/academics/communications/journal/wp-content/uploads/sites/153/2017/06/08_Kristen_Forbes.pdf, accesat 10.10.2020, pp. 82, 83.

⁹³ N. Lisichkova, Z. Othman, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁴ Conform preambulului său, Codul de practică în Comunicarea Comercială este elaborat de Consiliul Român pentru Publicitate și reprezintă un set de reguli etice ce trebuie respectate de toți cei implicați în domeniul publicității și în orice formă de comunicare comercială, pentru a asigura o comunicare corectă, cinstită și decentă în respectul legii și al principiilor de practică în publicitate și comunicare comercială formulate de Camera Internațională de Comert (“ICC”), recunoscute la nivel internațional atât în formă, cât și în conținut. Codul poate fi accesat [Online] la <https://www.rac.ro/ro/cod/codul-de-practica-in-comunicarea-comerciala>, accesat 10.10.2020.

efectul pe care îl au asupra consumatorilor crește gravitatea practicii comerciale neloiale înșelătoare.

În final, am dori să menționăm succint o altă practică interrelaționată cu cea a *influencerilor*, care are efecte asemănătoare. Astfel, o altă formă de publicitate ascunsă înșelătoare este *shilling*⁹⁵-ul care constă în crearea unor recenzii sau comentarii apreciative și false, de către o persoană care nu dezvăluie adevărata legătură dintre ea și comerciantul căruia îi profită recenziiile și comentariile. În fapt, în general, între persoana care face *shilling* și comerciantul promovat se află un raport contractual, chiar un contract individual de muncă atunci când angajatorul își pune propriul salariat să ofere recenzii pozitive. *Shilling*-ul poate apărea și în cazul celebrităților și poate lua diverse forme – chiar apariții cu anumite produse pentru a le promova⁹⁶. Persoana din spatele *shilling*-ului, denumită *shill*⁹⁷, vrea să creeze aparența că este independentă. *Shilling*-ul are un impact mai puternic atunci când persoana utilizată este o celebritate fie în viața reală, fie pe platforma de socializare pe care are loc activitatea. Utilizatorii *shill* au posibilitatea de a-și crea la rândul lor profiluri false și de a da aparența că poartă conversații sau că își răspund la propriile întrebări⁹⁸. Bineînțeles, în considerarea faptului că prin natura sa *shilling*-ul reprezintă promovare realizată fără a divulga scopul publicitar, acesta reprezintă o practică comercială înșelătoare.

2.3. Publicitatea tratamentelor „de îngrijire personală” drept practică comercială înșelătoare

Punctul 17 din Anexa I la DPCN califică drept practică comercială neloială afirmațiile neîntemeiate cum că un produs tratează boli, disfuncții sau malformații. În temeiul acestuia, consumatorii au dreptul să știe dacă efectele produselor au fost confirmate științific. Practica comercială neloială identificată este promovarea tratamentelor de „îngrijire” pe rețelele de socializare. Odată cu începutul pandemiei de Covid-19, a avut loc o explozie a promovării produselor

⁹⁵ J. Pamment, H. Nothhaft, H. Agardh-Twetman, A. Fjällhed, *Countering Information Influence Activities. The State of the Art*, Research report, Swedish Civil Contingencies Agency, July 2018, [Online] la <https://www.msb.se/RibData/Filer/pdf/28697.pdf>, accesat 9.10.2020, p. 55.

⁹⁶ E. Alvarez, *Why celebrities get away with stealth shilling on Instagram*, 2.06.2016, [Online] la https://www.engadget.com/2016-06-02-celebrities-paid-endorsements-social-media.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLnNvbS8&guc_e_referrer_sig=AQAAAA-4IAAK7bRPS6XjEfg5J4ky3x-MecBYhFOBqkskMsaWVQunOhZ5z-zrbt0JIoOTgy7nZOKZeAO7C3aKdm5vD0_E8jknVhNL-Q-GGvZ2d1D6RAkiF69ptqyd4O5MkJ9gaMh3DqjpOtZZspDgpKocwhmfC5HidkhlbZ83wWrBYATI, accesat 15.10.2020.

⁹⁷ Mai multe despre *shill*, <https://en.wikipedia.org/wiki/Shill>.

⁹⁸ J. Pamment, H. Nothhaft, H. Agardh-Twetman, A. Fjällhed, *op. cit.*, p. 55.

de îngrijire personală, precum și a tratamentelor din aceeași categorie, iar despre unele dintre produse și tratamente se pretinde și că ar trata o serie de boli. Această practică comercială neloială a fost frecventă în principal în rândul *influencerilor*⁹⁹, aceștia fiind aleși cu precădere pentru promovarea unor astfel de tratamente.

În primul rând, deși ceaiurile sau pastilele sunt prezentate drept „suplimente alimentare”, există și o parte dintre ele despre care se susține că ar vindeca boli. Există practica de a promova produse ce vindecă acneea (o boală¹⁰⁰), celulita (de asemenea, o boală¹⁰¹), căderea părului, Pete hiperpigmentare etc. Acestea sunt promovate prin afișarea, în scris, a unei afirmații sau prin comunicarea sa verbală, fără a se specifica și elemente științifice medicale. Ulterior, uneori comerciantul preia postările *influencerilor*, prin *repost*¹⁰², mărin, pe cale de consecință, numărul consumatorilor afectați.

O dispută de amploare și recentă a fost cea care l-a implicat pe comerciantul Teami care promova și vindea un ceai de detoxifiere în principal în Statele Unite ale Americii¹⁰³. Ceaiul era un produs pretins pentru slăbit ce a fost promovat intens pe rețelele de socializare, predominant prin intermediul *influencerilor*. Cele două probleme care s-au conturat drept practici comerciale înșelătoare au fost: lipsa divulgării raportului contractual comercial dintre *influencer* și Teami și faptul că informațiile promovate nu erau însoțite de studii de specialitate care să confirme efectele pretinse. Adiacent susținerilor cu privire la determinarea procesului de pierdere a greutateii, informațiile despre ceai ar mai fi inclus și rezultate precum reducerea colesterolului, imunizare, tratarea migrenelor, tratarea cancerului și accelerarea metabolismului¹⁰⁴. În urma litigiului, Teami a fost obligat să nu mai furnizeze, prin nicio persoană,

⁹⁹ K. Forbes, *op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁰ Y. Brazier, C. Cobb, *What you need to know about acne*, Medical News Today, 27.11.2017, [Online] la <https://www.medicalnewstoday.com/articles/107146>, accesat 20.10.2020.

¹⁰¹ Z. D. Draelos, *The disease of cellulite*, în *Journal of Cosmetic Dermatology* 4 (4):221-2, January 2016, [Online] la https://www.researchgate.net/publication/6630880_The_disease_of_cellulite, accesat 25.10.2020.

¹⁰² *Repost* reprezintă acțiunea de a prelua, pe propriul profil, conținutul creat și postat de un alt utilizator.

¹⁰³ Federal Trade Commission, *Tea Marketer Misled Consumers, Didn't Adequately Disclose Payments to Well-Known Influencers, FTC Alleges*, 6.03.2020, [Online] la <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/03/tea-marketer-misled-consumers-didnt-adequately-disclose-payments>, accesat 10.10.2020.

¹⁰⁴ United States District Court for the Middle District of Florida, *Federal Trade Commission v. TEAMI, LLC, a limited liability company, Adi Halevy, a/k/a Adi Arezzini and Yogev Malul*, Case 8:20-cv-00518, Stipulated Order For Permanent Injunction And Monetary Judgment, 3.05.2020, [Online] la https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/stipulated_order.pdf, accesat 10.10.2020.

inclusiv *influenceri*, informații cu privire la efectele ceaiului Teami decât dacă nu sunt înșelătoare informațiile și dacă sunt bazate pe dovezi științifice irefutabile din care rezultă că toate informațiile sunt adevărate. Mai mult, s-a stabilit că standardul informațional științific este atins doar dacă dovezile științifice sunt obținute în urma testărilor umane, testări care impun la rândul lor condiții calitative și cantitative¹⁰⁵.

Un alt caz legat de tratamente și promovarea lor pe rețelele de socializare este, în România, Plush Bio¹⁰⁶ care, în opinia noastră, întrunește la rândul său mai multe tipuri de practici comerciale neloiale. Comerciantul, prin intermediul *influencerilor*, afirma în legătură cu o gamă de produse contra acneei că ar avea efect curativ asupra acesteia, dar după o perioadă de timp s-a aflat că de fapt consumatorii ajungeau să dezvolte leziuni pe ten de la respectivele produse. Publicitatea era realizată și prin intermediul celebrităților internaționale, toate afirmând calitatea superioară și efectele foarte bune ale produselor, fără a oferi și confirmare științifică. În plus, se mai susțineau și o falsă calitate și competențe ale comerciantului, menționându-se mereu că ar fi doctor dermatolog. După declanșarea litigiului, s-a aflat și că pretinsa calitate de dermatolog era ficțiune, toate produsele fiind de fapt create fără cunoștințe de specialitate, fără a fi testate și fără rezultate prealabile dovedite științific.

O perspectivă interesantă asupra promovării unor false rezultate ale tratamentelor a fost avansată de autoritățile italiene. Astfel, autoritatea competentă din Italia a considerat înșelătoare publicitatea care a prezentat în mod fals produse capabile să remedieze boli grave. Argumentul a fost că „ar putea determina consumatorii vulnerabili, precum persoanele afectate de o boală gravă, să ia o decizie comercială pe care nu ar fi luat-o în altă situație”¹⁰⁷. În opinia noastră, același efect l-au avut și susținerile din cazul ceaiului Teami asupra persoanelor cu obezitate și susținerile din cazul PlushBio asupra persoanelor cu acnee vulgară. Susținerile false și efectele acestei practici comerciale neloiale au fost agravate de modalitatea de diseminare, care la rândul său era o practică comercială neloială (nici *influencerii* români nu au divulgat raportul contractual pe care îl aveau cu PlushBio).

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ A. Codruț, *Scandalul „dermatologul vedetelor” - Plush Bio: Zeci de fete desfigurate de creme făcute de o farmacistă care se dădea drept medic*, DC Medical, 27.05.2020, [Online] la https://www.dcmedical.ro/scandalul-dermatologul-vedetelor-plush-bio-zeci-de-fete-desfigurate-de-creme-facute-de-o-farmacista-care-se-dadea-drept-medic_617857.html, accesat 10.10.2020.

¹⁰⁷ Comisia Europeană, *Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale, ...*, p. 49.

2.4. Practici comerciale înșelătoare prin utilizarea recenziilor, comentariilor și aprecierilor („likes”) false

DPCN prevede în art. 6 interdicția expresă de a induce în eroare consumatorii inclusiv prin intermediul aprecierilor („likes”) ¹⁰⁸. Modul în care inducerea în eroare se realizează este prin obținerea sau crearea unor *like*-uri false fie pentru pagină în sine, fie pentru postări ale paginii și alte activități ale sale, ceea ce poate denatura percepția consumatorilor despre reputația sau produsele și serviciile comerciantului, determinându-l chiar să ia decizii comerciale pe care în lipsa *like*-urilor respective nu le-ar fi luat. Un alt sistem de inducere în eroare este prin intermediul comentariilor și recenziilor (recenziile fiind o acțiune distinctă posibilă doar față de o pagină).

Dacă un comerciant publică recenzii false și, în opinia noastră, și comentarii, acțiunile sale vor fi contrare pct. 22 din Anexa I a DPCN care interzice expres comerciantului să se prezinte ca și consumator ¹⁰⁹. Un exemplu practic este atunci când proprietarul unui hotel (reprezentantul societății sau doar asociat), publică comentarii pozitive fără a destăinui adevărata calitate ¹¹⁰.

Modificările din 2019 ale DPCN au venit ca urmare a sesizării acestor practici comerciale neloiiale și au inclus drept practică comercială neloială publicarea recenziilor și a recomandărilor false, personal sau prin mandatar persoană fizică sau juridică, precum și prezentarea înșelătoare a unor recenzii sau recomandări din partea consumatorilor, în scopul de a promova produse sau servicii. Considerăm că cea de-a doua situație cuprinsă la pct. 23 lit. c) din Anexa I la DPCN, și anume *prezentarea înșelătoare a recenziilor sau a recomandărilor*, se circumscrie și situației în care comerciantul șterge comentariile nefavorabile, dar reale, ale altor comercianți, ceea ce conduce la o prezentare înșelătoare generală asupra produselor sale și la o practică comercială neloială. Aceeași optică a adoptat-o și Comisia Europeană care susține că eliminarea recenziilor negative reale în scopul controlării reputației poate reprezenta o practică comercială neloială, acțiune înșelătoare sau omisiune înșelătoare ¹¹¹, fiindcă o astfel de inducere în eroare „ar putea fi susceptibilă să determine consumatorul mediu (care nu a intrat încă în contact cu acest comerciant) să îl aleagă în detrimentul unui competitor care nu s-a angajat în astfel de practici comerciale neloiiale” ¹¹². Caracterul neloiial ar putea fi înlăturat dacă s-ar înștiința consumatorii cu privire la practica de a suprima recenziile negative ale altor consumatori și că este prezentată doar o selecție de recenzii ¹¹³. În plus,

¹⁰⁸ *Idem*, p. 146.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Idem*, p. 36.

¹¹¹ *Idem*, p. 143.

¹¹² *Idem*, p. 144.

¹¹³ *Idem*, p. 143.

Comisia argumentează că o astfel de practică poate fi calificată drept contrară diligenței profesionale instituite de art. 5 alin. (2) din DPCN¹¹⁴.

O practică relativ recentă subsumată practicii comerciale neloiale în discuție este utilizarea *social media bots*¹¹⁵ (boți) pentru a crește artificial numărul de aprecieri și de *followers*. Comercianții îi utilizează în scopuri comerciale¹¹⁶, în special pentru a-și crește popularitatea, a crește credibilitatea în produse și achiziții, a obține medii mai mari ale recenziilor etc. Practicile expuse, mai ales cele care se materializează în falsificarea unor elemente ale paginii de afaceri sau ale contului (numărul de consumatori care apreciază pagina și notele obținute de pagină), pot conduce la alegeri mai puțin intenționate din partea consumatorilor¹¹⁷ (fiindcă o decizie comercială informată are la bază abilitatea de a distinge între activitatea umană și cea programată a *social media bots*¹¹⁸).

Odată cu avansarea instrumentelor dezvoltate de platformele de socializare, modificările DPCN din 2019 amintite capătă în opinia noastră noi dimensiuni. Printre cele mai noi elemente puse la dispoziție utilizatorilor se numără „Poveștile” (*Stories*) pe Facebook¹¹⁹ și pe Instagram¹²⁰ și *IG TV* pe Instagram doar pentru conturile de business¹²¹. Poveștile au devenit un mod de a publica recenzii cu privire la produse. *Influencerii* postează în poveste orice tip de conținut care prezintă o apreciere pozitivă-persuasivă despre produs. Acesta etichetează comerciantul, iar comerciantul preia pe propriile Povești de pe contul său de business Povestea consumatorului respectiv (prin *repost*). În

¹¹⁴ *Idem*, p. 144.

¹¹⁵ Un bot reprezintă o aplicație software programată să execute sarcini automate pe Internet. Un *Social Media Bot* este programat să execute sarcini automate specifice rețelelor de socializare, în cadrul acestora. Pentru mai multe detalii despre acești boți, a se vedea, Cloud Flare, *What is a Social Media Bot? | Social Media Bot Definition*, [Online] la <https://www.cloudflare.com/learning/bots/what-is-a-social-media-bot/> accesat 9.10.2020.

¹¹⁶ NATO StratCom COE, *Falling Behind: How Social Media Companies Are Failing to Combat Inauthentic Behaviour Online*, ISBN 978-9934-564-58-1, November 2019, [Online] la <https://www.stratcomcoe.org/how-social-media-companies-are-failing-combat-inauthentic-behaviour-online> accesat 9.10.2020, accesat 10.10.2020.

¹¹⁷ Federal Trade Commission, *Social Media Bots and Deceptive Advertising. Report to Congress*, 2020, [Online] la <https://www.ftc.gov/reports/social-media-bots-advertising-ftc-report-congress>, accesat 8.10.2020, p. 4.

¹¹⁸ Imperva Research Labs, *Bad Bot Report*, 2020, [Online] la https://www.imperva.com/resources/resource-library/reports/2020-bad-bot-report-report-ty?lang=EN&asset_id=3368, accesat 9.10.2020, p. 12.

¹¹⁹ Pentru mai multe detalii, a se vedea, <https://www.facebook.com/help/126560554619115>.

¹²⁰ Pentru mai multe detalii, a se vedea, <https://www.facebook.com/help/instagram/1660923094227526>.

¹²¹ Pentru mai multe detalii, a se vedea, https://business.instagram.com/a/igtv?locale=ro_RO.

aceiași mod, și consumatorii postează conținut cu produse și servicii, uneori chiar înainte de a le testa, imediat ce le-au primit, fiind cumpărate la „sugestia” unui *influencer*. Poveștile repostate pe conturile comercianților sunt publice și sunt văzute și de persoane care nu au calitatea de urmăritori (*followers*), având potențialul de a atrage prin conținutul lor alți urmăritori, potențiali clienți. În acest context, se pune întrebarea dacă este loială practica de a reposta doar recenzii pozitive venite de la consumatori sau dacă ar trebui repostate deopotrivă cele pozitive și negative? În plus, în considerarea faptului că în general consumatorii postează conținut cu produsele atunci când abia le-au cumpărat, decizia de achiziție fiind o urmare a unei practici comerciale neloiale, repostarea unor multiple astfel de povești care, prin numărul lor, dau impresia multor achiziții în cunoștință de cauză din partea consumatorilor, nu ar trebui să poată fi calificată la rândul său drept practică comercială neloială cu efect de domino?

2.5. Practicile comerciale neloiale pe rețelele de socializare în cazul consumatorilor minori. Publijocurile

Există studii conform cărora rețelele de socializare desfășoară activități de manipulare a persoanelor, sensibilizare emoțională și oferă reclame astfel încât să determine achiziționarea produselor și serviciilor pe care le promovează. Copiii fiind cel mai ușor de influențat, apreciem că în mod indirect are loc o astfel de influențare care ar trebui luată în considerare în evaluarea practicilor comerciale neloiale, deși ceea ce se interzice expres la nivel european este doar convingerea sau obligarea părinților¹²² să ia o decizie comercială¹²³, fără a se lua în considerare intenția de achiziție a minorului. Totuși, DPCN oferă un nivel mai ridicat de protecție copiilor, ei fiind considerați un grup vulnerabil în înțelesul art. 5 din DPCN, mai ales pe rețelele de socializare.

În cadrul rețelelor de socializare, având în vedere capacitatea redusă a minorilor de a discerne între conținutul generat de utilizatori și conținutul comercial, problema se conturează în jurul publicității integrate, mai ales cea integrată în jocurile disponibile pe platformele de socializare. S-a făcut un experiment de comportament pentru a investiga efectul publicității integrate în jocuri (numite publijocuri – *advergAMES*¹²⁴), iar rezultatul a fost că publijocul a indus copiilor decizia de a consuma produsele care erau promovate prin intermediul său (în cazul respectiv era vorba despre produse alimentare

¹²² Pentru mai multe detalii, a se vedea, https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/unfair-treatment/unfair-commercial-practices/index_en.htm.

¹²³ Pct. 28 din Anexa I la Directiva privind practicile comerciale neloiale.

¹²⁴ M. Dayal, *AdvergAMES: An Effective Marketing Tool In The Digital Era*, în *Chronicle of the Neville Wadia Institute of Management Studies & Research*, ISSN: 2230-9667, [Online] la <http://nevillewadia.com/wp-content/uploads/2019/01/ms4.pdf>, accesat 5.10.2020, pp. 20 – 21.

nesănătoase)¹²⁵. În cadrul unor activități de tip focus-grup, copiilor li s-a arătat un joc care conținea produse inscripționate cu Coca-Cola. O parte dintre ei au avut dificultăți în a recunoaște caracterul publicitar al jocului¹²⁶, astfel că minorii pot fi supuși efectelor de persuasiune exercitate de publicitate, fără a fi conștienți că asupra lor se exercită vreo formă de constrângere. S-a ajuns la concluzia că aceștia ar fi mai susceptibili să recunoască intenția comercială a unei reclame publicitare atunci când este afișată pe posturile de televiziune și au dificultăți atunci când sunt în jocurile *online*¹²⁷.

Manipularea pe care jocurile o exercită asupra minorilor a fost relevată și printr-un experiment de comportament care a cercetat efectul instigării la achiziții în cadrul jocului, iar rezultatul a fost că instigarea respectivă a influențat comportamentul minorilor care au ajuns să cumpere caracteristici din joc fără a fi pe deplin conștienți că acestea costă bani¹²⁸. Cu alte cuvinte, nu au conștientizat că fac o achiziție. În urma experimentelor, copiii au afirmat că ei consideră că „este dificil să iei o decizie atunci când ești determinat să faci achiziții integrate în aplicații”¹²⁹. Cu privire la achizițiile integrate, considerăm că se poate argumenta că unele jocuri reprezintă *per se* publijocuri fiindcă acestea își promovează propriile produse, și nu produse terțe, și determină copiii să facă achiziții. Un caz, care a fost și câștigat în instanță printr-o acțiune colectivă împotriva Facebook, a implicat jocul Farmville și Facebook Credits¹³⁰. Copiii achiziționau Facebook Credits, o monedă virtuală creată de Facebook, fără a fi cu adevărat conștienți de operațiunea de cumpărare, și le utilizau ulterior pentru achiziții integrate în jocurile disponibile *online* pe rețeaua de socializare (Facebook chiar impunea achiziționarea monedei virtuale proprii dacă se doreau astfel de achiziții în jocurile de pe platformă). Mai mulți minori au făcut astfel de achiziții, unul ajungând chiar la suma de 1.400 de dolari americani.

Se consideră că strategiile de *marketing* privind integrarea publicității în jocuri, inclusiv pe rețelele de socializare, pot reprezenta practici comerciale neloiale¹³¹. În plus, considerăm că inclusiv strategia de a crea și integra jocuri

¹²⁵ K. Varini, P. Sirsi, *op. cit.*, p.

¹²⁶ European Commission, *Study on the impact of marketing through social media, online games and mobile applications on children's behaviour. Final Report*, B-1049, Brussels, March 2016, [Online] la https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/online_marketing_children_final_report_en.pdf, accesat 5.10.2020, p. 80.

¹²⁷ Comisia Europeană, *Orientări privind implementarea/aplicarea Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale, ...*, p. 50.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Naked Security, *Facebook ordered to refund parents for accidental in-app purchases*, 1.08.2016, [Online] la <https://nakedsecurity.sophos.com/2016/08/01/facebook-ordered-to-refund-parents-for-accidental-in-app-purchases/> accesat 5.10.2020.

¹³¹ European Commission, *Study on the impact of marketing through social media, online games and mobile applications on children's behaviour. Final Report, ...*, p. 57.

pe o rețea de socializare, scopul fiind vădit de a menține cât mai mult utilizatorul activ și prezent pentru a consuma reclame, poate fi o practică comercială nelocală, atenția consumatorilor fiind produsul vândut clienților Facebook¹³².

Analizând noile instrumente puse la dispoziție de Instagram, putem observa că s-a ajuns la o variantă mai modernă a publijocurilor și anume, publijocuri integrate în povești pe Instagram. Cel mai bun exemplu în acest sens este campania Mirinda, care a avut loc în România în luna septembrie 2020. Mirinda a lansat atunci două sortimente noi de suc acidulat și a creat filtre pe Instagram, disponibile la Stories, care erau asemenea unui joc cu fructele din care erau cele două sucuri¹³³. Variantele erau fie de a „te scufunda” în acel suc, fie de a combina aromele sau de a încerca să înghiți cât mai multe fructe. Bineînțeles, trebuia ca utilizatorii să posteze la povestea lor toate poveștile create în timp ce se jucau încât să le vadă și alte persoane, care, în acest mod, puteau și să preia jocul pentru a se juca la rândul lor. Filtrul cu jocul a fost folosit mai ales de copii și tineri, în scop de divertisment, înregistrându-se în timp ce se jucau, fără a conștientiza că de fapt jocul reprezintă o formă de publicitate și că prin postarea videoclipurilor cu ei jucându-se, contribuiau la marketingul mai ales de tip *e-WOM* pentru Mirinda. Având în vedere studiile care au relevat că în urma unor jocuri, copiii au devenit consumatori ale produselor plasate în joc, ne întrebăm care au fost efectele jocului care era doar pe baza Mirinda și care presupunea să înghiți fructele din care erau noile sortimente sau să te scufunzi în suc? Oare au fost conștienți copiii de efectele pe care le va avea un simplu joc pe Poveștile Instagram?

Concluzii

Trecerea treptată de la rețelele de prieteni la rețele de consumatori pe platformele de socializare a generat o împânzire a acestora cu comercianți din toate domeniile de activitate. Prezența acestora a fost inevitabil însoțită și de o constantă a concurenței, și anume practicile comerciale nelocale. Pe rețelele de socializare, acestea au potențialul de a afecta atât consumatorii, cât și ceilalți competitori, majoritatea practicilor având dublu efect prejudiciator.

Rețelele de socializare, în scopul de a atrage cât mai mulți comercianți pentru a cuantifica numărul utilizatorilor pe care îi au, au dezvoltat numeroase instrumente pentru marketing, specifice paginilor de afaceri. Acestea, alături de instrumentele clasice pe care le pun la dispoziție rețelele de socializare

¹³² John Rector, *Facebook Sells Your Attention Not Your Data!*, [Online] la <https://johnrector.me/2020/01/03/facebook-sells-your-attention-not-your-data/>; <https://sullimarcapital.group/2018/11/22/facebook-the-ultimate-attention-merchant-pt-1/> accesat 3.10.2020.

¹³³ Pagina de Instagram și campania Mirinda România: <https://www.instagram.com/p/CD39YFOHsV/>.

pentru orice utilizator, au permis apariția unor noi practici comerciale neloiale bazate pe modul de funcționare a platformelor de socializare. Diversitatea practicilor este dată și de dezvoltarea continuă a facilităților și componentelor rețelelor de socializare, astfel că, odată cu lansarea unui nou instrument, există probabilitatea de a fi folosit pentru a fi transformat într-o practică comercială neloială. Amploarea acestora pe rețelele de socializare este gradual dezvăluită de cazurile cu impact major asupra consumatorilor care sunt anchetate și sancționate. Totuși, zi de zi, prin activitatea lor de pe rețelele de socializare, prin promovarea sponsorizată, prin recenzii și comentarii false și chiar prin achiziția unor aprecieri false, comercianții sunt susceptibili să comită nenumărate practici comerciale neloiale pentru a-și mări profiturile. Deși larg utilizată, publicitatea prin intermediul Facebook Ads se prefigurează drept o practică comercială neloială. Tot în cadrul Facebook și, mai nou, a Instagram, copiii au devenit un grup vulnerabil vizat de *publijocuri*, care la rândul lor schițează un profund caracter neloial. Alături de acestea, alte practici specifice precum promovarea prin intermediul *influencerilor*, se conturează a fi tot o practică comercială neloială. Analiza concurenței neloiale a dezvăluit chiar și geneza unei noi piețe pe care se tranzacționează recenzii, comentarii și aprecieri, utilizate pentru practici comerciale neloiale, ceea ce relevă și existența cererii semnificative din partea cumpărătorilor.

Prezentul articol urmărește să atragă atenția asupra posibilității existenței acestor practici comerciale neloiale și asupra probabilității de a fi dezvoltate unele noi odată cu îmbunătățirea și dezvoltarea platformelor. Din cauza caracterului social al platformelor, se tinde spre a se trece cu vederea practicile de natură comercială, ceea ce agravează efectul acestora asupra consumatorilor și chiar și asupra celorlalți comercianți cu o conduită loială. Apreciem că atât diversele organisme pentru protecția consumatorilor, cât și competitorii lezați, ar trebui să apeleze la mijloace legale pentru a combate concurența neloială pe rețelele de socializare, astfel încât să se determine cel puțin o încetinire a ritmului de utilizare a practicilor neloiale. În plus, considerăm că se impune o intervenție a legiuitorului atât european, cât și național, în sfera reglementării promovării prin *influencerii*, a interzicerii „comertului” cu comentarii, recenzii false și aprecieri, a stabilirii unor criterii pentru lansarea publijocurilor. În final, apreciem că se impune actualizarea Anexei I la DPCN, în acord cu dezvoltarea practicilor comerciale neloiale de pe rețelele de socializare, pentru a menține actualitatea și aplicabilitatea acesteia, alături de conferirea autorităților unor fundamente certe pentru determinarea și sancționarea conduitelor comerciale neloiale de pe rețelele de socializare.

Propuneri de *lege ferenda* privind optimizarea
procesului de înființare a asociațiilor și fundațiilor
prin utilizarea noilor tehnologii

Lex Ferenda proposals regarding the optimization
of the process of establishing associations and foundations
through the use of new technologies

Loredana Costina¹

Rezumat: Procesul înființării asociațiilor și fundațiilor este unul foarte dificil și adesea se realizează cu încălcarea dispozițiilor legii române care prevede că asociațiile și fundațiile se înființează în termen de 3 zile de la depunerea cererii de înființare. Articolul analizează această problemă și nevoia unui proces de înființare mai facil și propune stabilirea unui cadru legal similar înființării societăților, prin intermediul Registrului Comerțului, în sensul înființării unui Registru al Asociațiilor și Fundațiilor, cu scopul de a degreva instanțele de activitatea înființării asociațiilor și fundațiilor și de a grăbi procesul acordării personalității juridice asociațiilor și fundațiilor, utilizând o platformă electronică similară celei utilizate de Registrul Comerțului.

Cuvinte-cheie: asociații și fundații; O.G. nr. 26/2000; Registrul Comerțului; Registrul Asociațiilor și Fundațiilor.

Abstract: The process of establishing associations and foundations is a difficult one and is done in violation of the Romanian law which provides that associations and foundations shall be established within 3 days from the date of filing the application. This article analyses this problem and the need for a better establishment process and proposes the establishment of a legal regime similar to the Romanian Trade Register for the Register of Associations and Foundations, in order to relieve the courts of the activity of establishing associations and foundations and to increase the speed of the process of granting legal personality to associations and foundations, using an electronic platform similar to the Trade Register portal.

Keywords: Associations and Foundations; O.G. no. 26/2000; Trade Register; Register of Associations and Foundations.

¹ Avocat, Doctorand, Academia de Studii Economice din București, Școala doctorală de Drept, e-mail: loredana.costina@gmail.com.

1. Considerații introductive

Regimul juridic al asociațiilor și fundațiilor este reglementat la nivel național de dispozițiile OG nr. 26/2000 privind asociațiile și fundațiile², act normativ care a intrat în vigoare acum 20 de ani și care a suferit puține modificări de substanță de-a lungul acestor ani. De asemenea, dispozițiile OG nr. 26/2000 sunt preluate aproape în integralitate din dispozițiile legislației anterioare, Legea nr. 21/1924 pentru persoanele juridice (asociații și fundații)³.

Cadrul legal referitor la înființarea asociațiilor și fundațiilor și a modificării unor elemente esențiale în timpul existenței acestora, așa cum sunt, de exemplu, sediul, componența nominală a organelor de conducere ori patrimoniul, care adesea trebuie să fie realizate cu celeritate, sunt, în opinia noastră, învechite și pun numeroase probleme de aplicare neunitară a legii, care adesea îngreunează mult activitatea asociațiilor și fundațiilor.

În temeiul dispozițiilor exprese ale art. 8 alin. (2) din O.G. nr. 26/2000⁴, înscrierea asociațiilor și fundațiilor în Registrul asociațiilor și fundațiilor aflat la grefa judecătorească în a cărei circumscripție își are sediul se face în termen de 3 zile de la depunerea cererii de înscriere, în urma pronunțării unei soluții de către judecătorul desemnat de președintele instanței. Același termen este valabil pentru înregistrarea modificărilor actelor constitutive.

Cu toate acestea, termenul de 3 zile nu este respectat în practică, acest lucru având ca și cauze pe de o parte gradul mare de încărcare a instanțelor judecătorești, în a căror competență intră soluționarea acestor cereri, iar pe de altă parte existența unei jurisprudențe neunitare cu privire la interpretarea de către instanțe a dispozițiilor privind procedura de sesizare a petenților cu neregularitățile documentelor de înființare, care prelungește procesul de înființare și la 4-6 luni, ca urmare a admiterii cererilor de înființare doar în faza de judecată a apelului.

Limitele procedurii de înființare și modificare a actelor constitutive ale asociațiilor și fundațiilor și repercusiunile negative ale stabilirii acesteia în competența instanțelor judecătorești, într-o procedură similară oricăror altor procese civile, de natură contencioasă, au fost observate cel mai bine în perioada stării de urgență și a perioadei care a precedat acesteia, în timpul protestului magistraților din anul 2020. Ca urmare a acestor evenimente, asociațiile și fundațiile care au început procedura de înființare sau de modificare a actelor constitutive au așteptat un termen de până la 7 luni pentru soluționarea cererilor. Pentru asociațiile care au urmărit modificarea actelor

² Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 39 din 31 ianuarie 2000.

³ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 27 din 06 februarie 1924. În vigoare de la 06 februarie 1924 până la 29 aprilie 2000, fiind abrogată și înlocuită prin O.G. nr. 26/2000.

⁴ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 39 din 31 ianuarie 2000.

constitutive în această perioadă, ca urmare, de exemplu, a modificării componenței Consiliului director, acest lucru a echivalat cu o blocare completă a activității acestora.

Prin comparație, societățile nu au avut probleme similare în aceeași perioadă, ca urmare a unei legislații moderne, care a plasat procedura înființării și modificării actelor constitutive ale acestora în afara instanțelor judecătorești, existând de asemenea posibilitatea realizării tuturor acestor proceduri prin utilizarea mijloacelor moderne, la distanță, prin desfășurarea online a tuturor acestor operațiuni.

Chiar dacă cele două tipuri de entități juridice, asociațiile și fundațiile pe de o parte, și societățile pe de altă parte, nu au același scop, considerăm că procedurile de înființare ar trebui să fie la fel de facile, cele două tipuri de proceduri servind îndeplinirii unor funcții la fel de importante în societate: unele în vederea asigurării unui mediu economic sigur, rapid și previzibil, iar celelalte în vederea asigurării unei societăți civile funcționale.

De aceea, prezenta lucrare își propune să constituie o pledoarie în sensul necesității modernizării legislației în privința înființării și modificării actelor constitutive ale asociațiilor și fundațiilor, utilizând ca model procedura de înființare a societăților, utilizând de asemenea noile tehnologii, fiind posibilă înființarea asociațiilor și fundațiilor prin realizarea tuturor operațiunilor online.

2. Dispozițiile actuale cu privire la înființarea asociațiilor și fundațiilor și modificarea actelor constitutive

Procedura înființării asociațiilor și fundațiilor este stabilită în articolele 8 – 11 din O.G. nr. 26/2000⁵, potrivit cărora asociațiile și fundațiile dobândesc personalitate juridică din momentul înscrierii lor în Registrul asociațiilor și fundațiilor aflat la Grefa judecătoriei în circumscripția cărora este sediul asociației sau fundației.

Înscrierea ar trebui să se realizeze în termen de 3 zile de la depunerea cererii de înscriere și a documentelor de constituire, cererea fiind soluționată de un judecător desemnat de către președintele instanței.

În cadrul procedurii de verificare a legalității cererii de înscriere și a documentelor de constituire, judecătorul verifică respectarea dispozițiilor legii și fie dispune, prin încheiere motivată, înscrierea asociației sau fundației în Registrul asociațiilor și fundațiilor, fie, dacă apreciază că cerințele legale pentru constituirea asociației sau fundației nu sunt îndeplinite, judecătorul, la expirarea termenului de 3 zile, îl va cita pe reprezentantul asociației, punându-i în vedere, în scris, să remedieze neregularitățile constatate.

⁵ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 39 din 31 ianuarie 2000.

Dacă neregularitățile constatate privesc dispozițiile art. 40 alin. (2) din Constituția României⁶, pentru termenul fixat va fi citat și parchetul de pe lângă instanța sesizată, căruia i se vor comunica cererea de înscriere și actele constitutive, punerea concluziilor de către procuror fiind obligatorie în acest caz.

Cererea de înscriere se poate respinge dacă neregularitățile cu care a fost sesizată petenta nu au fost înlăturate sau, deși a fost legal citat, reprezentantul asociației sau fundației lipsește de la termenul fixat.

Încheierile de înființare, respectiv de respingere a înființării se pronunță în termen de cel mult 24 de ore de la închiderea dezbaterilor și se redactează în termen de cel mult 48 de ore de la pronunțare.

Încheierile sunt supuse numai apelului, care se poate formula în termen de 5 zile de la pronunțare, pentru cei care au fost prezenți, respectiv de la data comunicării încheierii pentru cei care au lipsit.

Procedura modificării actelor constitutive ale asociațiilor și fundațiilor este suspusă aceleiași proceduri.

Aceste prevederi sunt aproape identice cu cele ale dispozițiilor Legii nr. 21/1924⁷, care, în varianta lor de la nivelul anului 1924 stabileau faptul că asociațiile și așezămintele fără scop lucrativ sau patrimonial pot dobândi personalitatea juridică în temeiul unei decizii motivate a tribunalului civil în circumscripția căreia s-au constituit.

Această decizie se pronunța la cererea celor interesați după ce s-a cerut avizul ministerului în competența căruia cădea scopul asociației sau așezământului și după ce erau ascultate concluziile ministerului public și s-a constatat că actele de înființare sunt în conformitate cu dispozițiile legii.

Încheierile erau supuse apelului și recursului, având drept de apel părțile interesate, ministerul competent și reprezentantul ministerului public, în termen de 10 zile de la pronunțare⁸. Asupra apelului se pronunța Curtea de Apel, în termen de 15 zile de la declararea apelului, existând totodată dreptul la recurs, care se putea face în termen de 15 zile de la pronunțare.

Similar procedurii actuale, asociația sau fundația dobânda personalitate juridică de la data înscrierii deciziei rămasă definitivă în registrul special de la grefa tribunalului civil.

Prin urmare, putem observa că actuala reglementare cuprinde câteva diferențe importante față de procedura din vechea reglementare din 1924, legiuitorul renunțând la necesitatea de a obține avizul ministerului în

⁶ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 767 din 31 octombrie 2003.

⁷ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 27 din 06 februarie 1924. În vigoare de la 06 februarie 1924 până la 29 aprilie 2000, fiind abrogată și înlocuită prin O.G. nr. 26/2000.

⁸ Art. 90 din Legea nr. 21/1924. Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 27 din 06 februarie 1924. În vigoare de la 06 februarie 1924 până la 29 aprilie 2000, fiind abrogată și înlocuită prin O.G. nr. 26/2000.

competența căruia cade scopul asociației, iar concluziile procurorului nemaifiind necesare în prezent decât dacă neregularitățile constatate de către instanță privesc dispozițiile art. 40 alin. (2) din Constituția României⁹.

De asemenea, pentru a respecta principiul celerității judecării acestor cauze, actuala reglementare prevede obligația soluționării cererii de înființare sau de modificare a actelor constitutive în termen de 3 zile. Totodată, încheierea nu mai este supusă decât apelului, nu și recursului, în termen de 5 zile de la pronunțare pentru cei prezenți, respectiv de la comunicare pentru cei lipsă.

Cu toate acestea, procesul înființării asociațiilor și fundațiilor are o vechime de aproape 100 de ani, care nu mai corespunde actualelor realități economice și sociale, legiuitorul tratând în continuare înființarea acestor entități în moduri similare judecării cauzelor cu caracter contencios.

Plasarea înființării asociațiilor și fundațiilor în competența judecătorilor duce la întârzieri mari în procesul de înființare, experiența practică arătându-ne că termenul de 3 zile nu este niciodată respectat, practica celor mai multe instanțe fiind că termenele de judecată pentru soluționarea cererilor cu privire la asociații și fundații se stabilesc în cel mai bun caz la un interval de 2 săptămâni sau, în alte cazuri, la o lună, similar cu termenele din cadrul procedurii contencioase.

De asemenea, procedura comunicării neregulilor cu privire la documentația de înființare/modificare a actelor constitutive este una controversată în practică, o parte a instanțelor considerând că nu este necesar să fie parcursă atunci când actele de înființare conțin probleme în însăși substanța lor, așa cum este cazul unui scop care nu respectă dispozițiile legii sau, în practica unor instanțe, prevederea posibilității desfășurării de activități economice pentru obținerea de venituri.

În aceste cazuri, înființarea asociației sau a fundației se respinge la primul termen de judecată, fără citarea reprezentantului legal, neexistând posibilitatea remedierii neregularităților, iar asociația sau fundația trebuie să parcurgă procedura apelului, care adesea duce la întârzierea înființării cu aproximativ 4-6 luni ori, în situația respingerii apelului, la necesitatea de a relua întreaga procedură de înființare, care poate fi la rândul ei supusă aceluiași probleme.

Nu în ultimul rând, posibilitatea parchetului de a apela hotărârea prin care se admite cererea de înființare duce la posibilitatea respingerii cererii de înființare în faza apelului, fără nicio posibilitate de a remedia presupusele neregularități.

În ceea ce privește modul în care pot fi obținute informații privind sediul sau componența consiliului director din Registrul asociațiilor și fundațiilor, acesta este la fel de greu ca și procedura de înființare.

⁹ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 767 din 31 octombrie 2003.

Astfel, în situația în care extrasul din Registrul asociațiilor și fundațiilor este cerut de către o persoană împuternicită în mod direct de către asociație, el poate fi obținut de la grefa judecătorei în a cărei circumscripție a fost înființată asociația într-un termen de 1-2 săptămâni, aspect care poate afecta, de exemplu, procesul de acces la finanțări unde acest extras este solicitat, în situația în care termenul de depunere a cererilor este foarte strâns.

În situația în care extrasul din Registrul asociațiilor și fundațiilor este cerut de un terț, o persoană străină de asociație, acesta nu poate fi obținut decât de la Ministerul Justiției, în termen de 30 de zile de la depunerea cererii. Prin urmare, verificarea oficială a sediului sau a componenței consiliului director al asociațiilor și fundațiilor este imposibil să se realizeze cu celeritate, ceea ce poate afecta dezvoltarea relațiilor cu terții, în situația încheierii unui contract de sponsorizare sau a unui alt acord de parteneriat ori în situația în care un terț dorește chemarea în judecată a unei asociații sau fundații.

3. Scurtă comparație cu regimul înființării societăților

Procedura înființării asociațiilor și fundațiilor este deosebit de similară nu doar procedurii din Legea nr. 21/1924¹⁰, ci și dispozițiilor Legii nr. 31/1990 privind societățile în forma ei de la nivelul anului 1990¹¹.

Astfel, potrivit dispozițiilor art. 34 coroborat cu dispozițiile art. 22 și 23 din Legea nr. 31/1990 privind societățile, forma în vigoare la nivelul anului 1990¹², contractul de societate și statutul erau depuse la instanța în a cărei rază teritorială societatea și-a stabilit sediul, pentru a se obține autorizarea de funcționare. Președintele instanței, primind cererea de autorizare, fixa un termen de înfățișare și cerea avizul camerei de comerț și industrie a județului respectiv, în ceea ce privește utilitatea societății, mărimea capitalului față de scopul urmărit, onorabilitatea fondatorilor și, după caz, a asociațiilor. Acest aviz era consultativ.

În cazul în care instanța considera că prin contract sau statut se încălca o prevedere legală de la care părțile nu pot deroga, instanța autoriza funcționarea societății numai dacă se aduceau modificări clauzelor respective. Împotriva sentinței instanței se putea formula recurs în termen de 15 zile de la pronunțare.

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 27 din 06 februarie 1924. În vigoare de la 06 februarie 1924 până la 29 aprilie 2000, fiind abrogată și înlocuită prin O.G. nr. 26/2000.

¹¹ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 126 din 17 noiembrie 1990. Publicare aplicabilă de la 17 decembrie 1990 până la 28 ianuarie 1998, fiind înlocuită prin republicarea (r1) din Monitorul Oficial, Partea I nr. 33 din 29 ianuarie 1998.

¹² Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 126 din 17 noiembrie 1990.

Ca urmare a aderării României la Uniunea Europeană și a necesității de modernizare a procedurii înființării societăților și a modificărilor actelor acestora, actuala procedură este una mult mai ușoară.

În prezent, înregistrarea unei societăți, a unei persoane fizice autorizate sau întreprinderi individuale nu se mai realizează la instanță, ci direct la Registrul Comerțului.

Aceasta se poate realiza și online, prin intermediul portal.onrc.ro, fără a fi necesară prezența fizică ulterioară a petenților la Registrul Comerțului și fără a fi necesar să fie trimise ulterior prin poștă înscrisurile originale depuse prin intermediul platformei online.

Portalul poate fi accesat de oriunde din țară, pentru toate cele 42 de oficii teritoriale ale Registrului Comerțului și nu necesită decât crearea unui cont și deținerea unei semnături electronice valide, în conformitate cu Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică¹³.

Odată creat un cont, utilizatorul poate depune atât cereri privind înregistrarea și autorizarea în Registrul Comerțului a unei societăți, persoane fizice autorizate sau întreprinderi individuale, cât și modificarea actelor constitutive ale acestora sau alte operațiuni juridice necesare, permițând inclusiv atașarea înscrisurilor în format electronic, semnate cu semnătură electronică validă.

Trebuie menționat că toate înscrisurile doveditoare pot fi semnate olograf de asociatul unic sau de asociații unei societăți, urmând ca împuternicitul sau avocatul să fie cel care le semnează electronic, ca o certificare a existenței lor în format fizic. Așadar, dacă se apelează la un avocat, nu este necesar ca semnătura electronică să fie deținută de persoanele fizice sau juridice care sunt asociații unei societăți.

De asemenea, comunicarea actelor emise de Registrul Comerțului se poate realiza online, prin intermediul unei adrese de e-mail comunicată în cererea depusă online prin intermediul platformei portal.onrc.ro.

Termenul de soluționare a unei cereri depuse prin intermediul portal.onrc.ro este de 3 zile lucrătoare, acesta fiind respectat întotdeauna, comunicarea soluției de admitere/respingere/amânare și a neajunsurilor cererii (dacă acestea există) realizându-se tot prin intermediul platformei online.

4. O posibilă structură a unei legislații moderne în domeniul înființării asociațiilor și fundațiilor

Considerăm că actualul mod de înființare a societăților poate servi ca model pentru o legislație care să asigure o reală celeritate în materia înființării asociațiilor și fundațiilor și a modificării actelor constitutive ale acestora. În acest sens propunem următoarele modificări:

¹³ Republicată (r1) în Monitorul Oficial, Partea I nr. 316 din 30 aprilie 2014.

1. Înființarea unui Registru al Asociațiilor și Fundațiilor pe lângă fiecare Tribunal sau Judecătorie, după modelul Registrului Comerțului;

2. Desemnarea de funcționari investiți cu soluționarea cererilor sau, alternativ, ca o variantă de tranziție, desemnarea de judecători delegați, care să realizeze verificarea actelor și aprobarea cererii. Aceștia însă ar urma să fie delegați pentru soluționarea cererilor în afara ședințelor de judecată;

3. În scopul eficientizării procedurii de înființare, cât și în scopul degrevării activității Parchetului, renunțarea la prevederea potrivit căreia Parchetul poate formula apel;

4. Stabilirea unor prevederi clare, potrivit cărora indiferent de motivele de nelegalitate sesizate, acestea vor fi aduse la cunoștința reprezentantului legal al asociației și fundației pentru a realiza modificările necesare;

5. Asociațiile și fundațiile ar urma să fie înregistrate într-un registru online în formate moderne, renunțându-se la actuala înscriere într-un registru în format Excel; de asemenea, extrasul din Registrul Asociațiilor și Fundațiilor ar urma să poată fi obținut pe loc, în format electronic, de orice persoană interesată;

6. Înființarea asociațiilor și fundațiilor ar urma să facă în primul rând online, prin depunerea tuturor actelor cu semnătură electronică, fără a fi nevoie de nicio deplasare la Registrul Asociațiilor și Fundațiilor.

5. Probleme de implementare

Cu toate acestea, copierea modelului Registrului comerțului, deși poate constitui un exemplu de bune practici, nu poate rezolva toate problemele care țin de implementarea unui astfel de sistem.

Aceste probleme țin atât de investiția materială necesară, cât și de faptul că asociațiile și fundațiile sunt diferite ca structură de societăți, au rolul de a fi unii dintre reprezentanții importanți ai societății civile, iar accesul lor la finanțare de tipul sponsorizărilor face ca riscul înființării unor organizații al căror scop să nu respecte exigențele constituționale ale art. 40 alin. (2) din Constituția României¹⁴, potrivit cărora organizațiile care, prin scopurile ori prin activitatea lor, militează împotriva pluralismului politic, a principiilor statului de drept ori a suveranității, a integrității sau a independenței României sunt neconstituționale să fie unul care trebuie avut în vedere.

Prin urmare, este necesar ca documentele de înființare să fie supuse unei exigențe ridicate, care ar putea să nu fie asigurată decât de un judecător.

De asemenea, este discutabil în ce măsură dreptul Parchetului de a formula apel reprezintă o garanție împotriva unei erori judiciare ce poate avea ca și consecință înființarea unei asociații sau fundații cu încălcarea normelor constituționale și care ar fi consecințele eliminării acestui drept.

¹⁴ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 767 din 31 octombrie 2003.

6. Concluzii

Considerăm că actuala legislație în materia înființării asociațiilor și fundațiilor și a modificării actelor constitutive ale acestora nu mai reflectă necesitățile înființării acestora cu celeritate, iar situația pandemiei a arătat limitările acesteia.

Ca urmare, considerăm că este necesară modificarea acesteia, prin implementarea unui Registru al Asociațiilor și Fundațiilor, utilizând modelul Registrului Comerțului, pentru creșterea atât a rapidității procedurii, cât și a transparenței privind sediul și structura asociațiilor și fundațiilor din România, prin eliberarea rapidă a unui extras din Registrul Asociațiilor și Fundațiilor.

Cu toate acestea, propunerile în cauză pun probleme de implementare, de la costurile necesare unei astfel de operațiuni până la problema implicării judecătorilor și a procurorilor în procedura de înființare și necesitatea acestei contribuții.

Factoring online și platforme de comercializare a facturilor.
Redefinind viitorul tehnicilor de finanțare a comerțului
Online factoring and invoice trading platforms.
Redefining the future of commerce financing techniques

Marius Brănici¹

Rezumat: Factoringul s-a impus în prezent, atât intern cât și internațional, pe o piață concurențială ce s-a maturizat odată cu evoluția tehnologiei informației, dovedindu-se a fi un puternic și important instrument financiar, alături de tehnica de finanțare invoice discounting. Ultimii ani au fost martorii dezvoltării unor noi tipuri de finanțare a facturilor ca parte a unei piețe alternative de finanțare care implică vânzarea de creanțe specifice pe platforme de comerț pe rețeaua de internet. Acum, mai mult ca oricând, în furnizarea de lichidități atât de necesare companiilor în perioadele de întreruperi ale lanțului de aprovizionare global, cauzate de actuala pandemie Covid-19, factoringul online și comercializarea de facturi pe platforme online, oferă finanțarea de care au nevoie întreprinzătorii pentru fluxul continuu de monetar indispensabil activității lor comerciale.

Cuvinte-cheie: Factoring *online*; Platforme de comercializare a facturilor; Finanțare alternativă; Împrumuturi *peer to peer*.

Abstract: Factoring has now established itself, both domestically and internationally, on a competitive market that has matured with the evolution of information technology, proving to be a strong and important financial instrument, along with invoice discounting technique. Recent years have seen the development of new types of invoice finance as part of the alternative finance market involving the sale of specific debts upon web-based invoice trading platforms. Now, more than ever, in providing the much-needed liquidity to companies in times of global supply chain disruptions caused by the current Covid-19 pandemic, online factoring and invoice trading on online platforms provides the financing that entrepreneurs need for the continuous cash flow, indispensable to their business.

Keywords: Online factoring; Invoice trading platforms; Alternative finance; Peer to peer lending.

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: office@mariusbranici.ro.

Introducere

Amintind de perioada de la mijlocul anilor 1990, ne gândim la semnificația sa revoluționară pentru dezvoltarea economică mondială. Motivul: deschiderea internetului pentru uz public. Informația a putut fi, din acel moment, circulată în mod liber la nivel global prin intermediul rețelelor de calculatoare, condiția fiind aceea ca oamenii să aibă cunoștințele necesare și accesul la *hardware* și *software* de calculator pentru a accesa informațiile disponibile în aceste rețele. Internetul a oferit o platformă pregătită pentru a facilita dezvoltarea comerțului, pentru ca vânzătorii să își poată promova mărfurile și serviciile lor la nivel global, iar cumpărătorii, întreprinderile și consumatorii să aibă acces, online, la produse la prețuri competitive. Vânzătorii au putut din acel moment să furnizeze informații despre produse, prețuri și condiții de livrare, iar părțile interesate au fost în măsură să negocieze clauze și să încheie contracte pe cale electronică. Revoluția tehnologiei informației și a comunicațiilor a creat un nou mijloc de desfășurare a afacerilor – și anume desfășurarea comerțului electronic².

Fără îndoială, nu poate fi omisă provocarea pe care o reprezintă, pentru multe societăți, vânzarea, prin mijloace electronice sau nu, pe o piață internațională. Diferite sisteme valutare, legislație și limbi străine sunt încă bariere în calea comerțului internațional, chiar dacă astăzi putem plasa comenzi pe tot globul în câteva secunde.

În vânzările internaționale, din cauza perioadelor lungi în care marfa este în tranzit, iar locația vânzătorului și, respectiv, a cumpărătorului se află în țări diferite, apar probleme atunci când vine vorba de plată, deoarece un schimb simultan al bunurilor și respectiv, al prețului, nu este posibil. În mod ideal, exportatorul preferă să fie plătit pentru bunuri de îndată ce acestea sunt încărcate spre a fi livrate, sau cu cel mai apropiat prilej, astfel încât incertitudinea cu privire la realizarea plății la momentul ajungerii mărfii la destinație, să fie înlăturată. Una dintre cele mai frecvente probleme este insistența tot mai mare a importatorilor ca vânzările să se desfășoare în termeni care să reglementeze plata la multe săptămâni sau chiar luni după livrare³. Amânarea termenelor de plată, în beneficiul cumpărătorilor, poate provoca probleme de flux de numerar pentru exportatori. Situația se poate agrava dacă importatorii întârzie plățile și după scadență sau nu le efectuează deloc, din cauza propriilor probleme financiare.

Factoringul internațional oferă în prezent o soluție simplă la aceste probleme, indiferent dacă exportatorul este o societate mică sau o mare

² I.Carr, P.Stone, *International Trade Law*, Editura Routledge, UK, 2020, p.102.

³ *Idem*, p. 449.

corporație⁴. Rolul factorului⁵ (un profesionist⁶, instituție financiară) este acela de a prelua, prin cesiune, creanțele unui furnizor de mărfuri sau prestator de servicii, denumit aderent, ce are calitate de exportator, în schimbul finanțării acestuia, adică a plății anticipate către aderent a unui procent de până la 90% din valoarea creanțelor pe care acesta le deține împotriva propriilor săi debitori. În schimbul finanțării, factorul pretinde, de regulă, plata unui comision și, eventual, a unei dobânzi. Totodată, rolul factorului este și acela de a colecta de la debitorii aderentului (debitori cedați) creanțele convenite acestuia din urmă, prin gestionarea datoriilor debitorilor în propria țară a acestora din urmă, în propria lor limbă și în modalitățile practice în acea țară⁷. Așadar, în factoringul internațional, factorul gestionează creanțele comerciale ale clientului⁸ său în străinătate, client care este, de regulă, așa cum am afirmat deja, un exportator.⁹ Un factor poate oferi, de asemenea, aderentului, o protecție integrală în situația incapacității cumpărătorului de a plăti.

Ceea ce este unic în ce privește factoringul stă în aspectul că finanțarea oferită de factor este legată în mod explicit de valoarea creanțelor antreprenorului aderent și nu de bonitatea generală a acestuia¹⁰.

Pe de altă parte, pentru acei aderenți care au nevoie de finanțare, dar nu au nevoie de servicii de gestiune a creanțelor sau de garanție împotriva riscului de neplată, factorii furnizează un alt tip de serviciu: *invoice discounting*¹¹.

⁴ O corporație este o entitate juridică separată și distinctă de proprietarii săi. Corporațiile au personalitate juridică și dețin de majoritatea drepturilor și obligațiilor pe care le au persoanele fizice: pot încheia contracte, împrumuta bani, pot da în judecată și pot fi trimise în judecată, pot deține active și pot plăti impozite. A se vedea <https://corporatfinanceinstitute.com/resources/knowledge/finance/what-is-corporation-overview/>, accesat la data de 16.10.2020.

⁵ I.F. Popa, *Factoringul-un transplant juridic acceptat de dreptul comun?*, în Revista Română de drept privat, nr. 2/2017, Editura Universul Juridic, p. 290; B.Vartolomei, *Contractul de factoring*, Editura Lumina lex, București, 2006, p.30; O.Puie, *Dreptul comerțului internațional*, Universul Juridic, 2015, p.527; V.Nemeș, G.Fierbințeanu, *Dreptul contractelor civile și comerciale*, Editura Hamangiu, 2020, p.1064.

⁶ Conform art. 3 alin.2 din C.civ., *Sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere*, iar potrivit art. 3 alin.3 din C.civ., *Constituie exploatarea unei întreprinderi exercitarea sistematică, de către una ori mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea sau înstrăinarea de bunuri ori în prestarea de servicii, indiferent dacă are ori nu un scop lucrativ*.

⁷ A se vedea site-ul oficial privind Factoringul Internațional, https://fci.nl/en/international-factoring?language_content_entity=en, accesat la data de 16.10.2020.

⁸ Clientul factorului este aderentul.

⁹ C.T. Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional*, Editura Hamangiu, 2018, p. 290.

¹⁰ L. Klapper, *The Role Of Factoring For Financing Small And Medium Enterprises*, 2013, articol ce poate fi accesat pe <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/1813-9450-3593>, accesat la data de 16.10.2020.

Practic, în cadrul activității de finanțare ce are ca obiect facturi fiscale, ca documente justificative ale creanțelor născute din diverse operațiuni de comerț, *factoringul* și *invoice discounting*, reprezintă tehnici de finanțare alternativă¹² a activității comerciale a unei întreprinderi, prin obținerea de bani din vânzarea creanțelor sale, constatate în facturi.

Modernizarea tehnologică a dat naștere unor noi practici comerciale, iar aceste două forțe – tehnica digitală și comerțul -, își pun amprenta radical asupra industriei serviciilor financiare. Grație utilizării intensive a tehnologiilor de informații și comunicare, de codificare a cunoștințelor, utilizării de schimburi de informații și de noi moduri de organizare a muncii și a producției, tehnicile de finanțare a comerțului se găsesc într-un proces de transformare accelerată, dintr-o industrie bazată pe hârtii și controlată de băncile tradiționale, într-un peisaj digital în care tranzacțiile pot fi în mare parte efectuate și finanțate *online*.

Ne propunem prin acest studiu abordarea practicilor comerciale de finanțare alternativă derulate pe rețeaua internet, care fac parte din categoria *factoringului online* și care în contextul digitalizării serviciilor financiare, s-au dovedit a fi deosebit de utile întreprinderilor mici și mijlocii pentru obținerea fluxului continuu de monedar indispensabil activității lor comerciale, într-un timp mai scurt decât în *factoringul clasic-offline* și la costuri de tranzacționare mai reduse, fiind totodată de interes și pentru finanțatori, prin oferirea unor rate ridicate de rentabilitate a investițiilor.

Vom parcurge în cele ce urmează circuitul încheierii unui contract de *factoring online*, lucru care ne va facilita și o mai bună înțelegere a noțiunii în cauză.

1. Factoring *offline* versus factoring *online*

Factoringul este un contract prin care un furnizor de mărfuri sau prestator de servicii (aderent) cesionează unei instituții financiare (factor), creanțe deținute asupra propriilor clienți ai acestui furnizor (debitori cedați), rezultate din contracte de vânzare încheiate anterior de respectivul furnizor cu acei debitori. În schimb, factorul, pe de o parte, plătește anticipat către furnizorul aderent, un procent de până la 90% din valoarea creanțelor (prețul cesiunii), pe de altă parte, gestionează și încasează -în schimbul unui comision-

¹¹ D.T. Dziuba, *Crowdfunding Platforms in Invoice Trading as Alternative Financial Markets*, p.2, http://rocznikikae.sgh.waw.pl/p/roczniki_kae_z49_31.pdf, accesat la 12.10.2020.

¹² Conceptul de finanțare alternativă desemnează „canalele și instrumentele financiare care apar în afara sistemului financiar tradițional (cel reprezentat de bănci și piețe de capital)”, a se vedea Cambridge Judge Business School: Cambridge Centre for Alternative Finance”, <https://www.jbs.cam.ac.uk/faculty-research/centres/alternative-finance/>, accesat la 17.10.2020.

aceste creanțe deținute asupra debitorilor cedați, subrogându-se în drepturile aderentului, și totodată, garantează pe aderent împotriva riscului de neplată a debitorilor cedați¹³.

Utilizarea semnăturilor electronice este în prezent des întâlnită în contractele încheiate atât de persoane juridice, cât și de persoane fizice, iar operatorii de comerț recurg tot mai frecvent la încheierea contractelor de factoring prin intermediul mijloacelor electronice.

Evoluția industriei de factoring se reflectă și în aceea că în ultimii ani factorii își mută treptat activitatea comercială din mediul convențional bazat pe discuții față în față și documentație pe suport de hârtie (factoring clasic-*offline*), pe rețeaua internet (factoring *online*).

O societate poate face *online* cererea privind serviciile întreprinderii de factoring. Odată ce cererea este primită, aceasta va fi analizată imediat și societatea va fi contactată pentru o discuție despre nevoile și obiectivele sale financiare. În cazul în care cererea este aprobată, întreprinderea de factoring va transmite, de asemenea online, o propunere care să enunțe termenii înțelegerii contractuale și tarifele acestora și, ulterior acordului de voință, întregul proces va fi documentat din punct de vedere legal¹⁴.

Validitatea juridică a operațiilor de factoring efectuate prin intermediul mijloacelor electronice nu mai reprezintă o incertitudine, contractul de factoring urmând să producă efecte juridice atât timp cât părțile respectă la încheierea contractului cerințele cu privire la siguranța înscrisului electronic și a semnăturii electronice atașate acestuia.

În dreptul român, regimul juridic aplicabil înscrisului în formă electronică este reglementat de normele Legii nr. 455/2001 privind semnătura electronică, ce se completează cu dispozițiile de drept comun referitoare la încheierea, validitatea și efectele actelor juridice.

Astfel, înscrisul în formă electronică căruia i s-a încorporat, atașat sau i s-a asociat logic o semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, nesuspendat sau nerevocat la momentul respectiv și generată cu ajutorul unui dispozitiv securizat de creare a semnăturii electronice, este asimilat în ceea ce privește condițiile și efectele sale, cu înscrisul sub semnătură privată¹⁵, iar dacă un astfel de înscris este recunoscut de către cel căruia i se opune, atunci are același efect ca un act autentic între cei care l-au scris¹⁶.

Conceptul de „semnătură” a evoluat de-a lungul timpului odată cu tehnologia. Atât legile cât și practicienii care le aplică trebuie să fie la curent cu

¹³ I.F. Popa, *op. cit.*, p. 290; B.Vartolomei, *Contractul de factoring*, Editura Lumina lex, București, 2006, p.30; O.Puie, *op. cit.*, p.527; V.Nemeș, G.Fierbințeanu, *op. cit.*, p.1064.

¹⁴ A se vedea <https://medium.com/@TradeFinanceGlobal/how-do-online-factoring-companies-work-a12ba16f3fc7>, accesat la data de 16.10.2020. .

¹⁵ Art. 5 din Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică.

¹⁶ Art. 6 din Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică.

aceste schimbări și cu realitățile comerciale care stau la baza lor. Pe măsură ce practicile de afaceri s-au dezvoltat, instanțele au adoptat o abordare pragmatică și au acceptat o varietate largă de metode de a semna un act, inclusiv folosind o semnătură printată. Acum deținem tehnologia documentelor în format electronic, cum sunt emailurile și fișierele PDF, precum și programe de semnătură electronică, spre exemplu „Adobe Sign”, „DocuSign” și „Ghostwriter”, dar și o suită de metode de autentificare a semnăturilor electronice, o parte dintre ele nefiind încă luate în considerare de către instanțe. Totuși, judecătorii de drept comercial nu caută să anuleze așteptările legitime ale oamenilor de afaceri moderni doar pe baza unor simple elemente tehnice; mai degrabă, aceștia caută să facă eforturi pentru a se asigura că cerințele legale care apar adesea ca fiind depășite în raport de evoluția tehnologică, sunt aplicate pentru a corespunde noilor situații. Pentru că semnătura unui act include în mod expres lăsarea unui semn pe înscris, și având în vedere definirea semnăturii electronice oferită de diversele legislații naționale, acoperitoare pentru un cadru larg de situații, credem că, cel puțin în contextul unui înscris *online* redactat în mod adecvat pentru a putea fi considerat un act juridic, folosirea unei semnături electronice ar trebui să fie suficientă pentru ca înscrisul să producă efectele unui act juridic valid.¹⁷

De esența factoringului este transmiterea în proprietatea factorului a creanțelor aderentului asupra debitorilor cedați, materializate în facturi¹⁸. În practica internațională, legislațiile naționale impun ca transmiterea facturilor de la aderent la factor să se realizeze fie prin andosarea facturilor¹⁹, cum este cazul dreptului belgian unde se întâlnește practica girării facturilor, fie prin chitanță subrogatorie sau borderou, cum este cazul dreptului francez.²⁰ Și în dreptul anglo-saxon, transferul de proprietate a creanțelor este, de regulă, însoțit de predarea către factor a unor copii ale facturilor reprezentând creanțele vândute²¹.

Dar cerința respectării unei atare forme nu se opune comunicării facturii andosate sau a chitanței subrogatorii ori borderoului prin intermediul mijloacelor electronice, atât timp cât părțile agreează această modalitate prin contract.

De altfel, ca urmare a folosirii din ce în ce mai mult a tehnologiei informației prin care datele pot fi procesate electronic fără a mai fi nevoie de exemplare pe suport de hârtie, factorii sunt adesea confrunțați cu situații în

¹⁷ S. Mills, N. Ruddy, *Salinger on factoring*, Sixth Edition, Sweet&Maxwell, 2020, p. 25.

¹⁸ B. Vartolomei, *Contractul de factoring*, Editura Lumina lex, București, 2006, p.221.

¹⁹ Andosarea reprezintă depunerea de către purtătorul unui efect de comerț la ordinul său, a semnăturii sale pe verso-ul efectului, pentru a transmite unei terțe persoane creanța pe care o reprezintă.

²⁰ B. Vartolomei, *Contractul de factoring*, p. 221.

²¹ S. Mills, N.Ruddy, *op. cit.*, p. 16.

care clienții aderenti nu pot furniza copii fizice ale facturilor sau ale notelor de credit²², aderenti care doresc să evite obligația de a trimite notificări altfel decât prin mijloace electronice. Acest lucru nu mai ridică probleme tehnice pentru că există o gamă largă de sisteme de operare care permit factorilor să accepte datele transferate electronic, inclusiv notificări sau oferte de creanțe. Încheierea contractului de factoring pe cale electronică nu afectează cesiunea între aderent și factor, care are loc pe baza acordului lor de voință.

La momentul actual, cei mai mulți factori notifică în mod electronic debitorii privind transmiterea creanțelor, iar unii nici măcar nu solicită ca respectivele creanțe, transmise electronic de către aderent, să fie dublate de copii în fizic ale facturilor²³.

Cât despre asigurarea opozabilității față de debitorii cedați a transmițerii facturilor către factor, este de remarcat că anumite legislații prevăd că notificarea debitorului cedat în sensul că se poate libera valabil plățind în mâinile factorului, presupune în mod formal, fie o notificare prin executor judecătoresc, fie o scrisoare recomandată cu aviz de primire. Apreciem că și în cazul necesității îndeplinirii unei anumite forme pentru notificarea în cauză, tehnologia informațională actuală permite probarea ajungerii la debitorul cedat a mesajului electronic de atenționare asupra obligației acestuia de a plăti valabil factorului, atât timp cât factorul depune diligențe în acest scop.

Permițând aderentului să trimită facturi și notificări de cesiune în mod electronic, factorul trebuie să se asigure nu numai că se va transmite o notificare de cesiune către debitor, dar și că această notificare va fi confirmată de primire de către debitor, pentru a putea fi folosită ca dovadă în instanță; or, este puțin probabil ca sistemul informatic deținut de debitor să permită nu doar primirea, ci și confirmarea primirii notificării. De aceea unii factori obișnuiesc să trimită – încă din faza de declanșare a procesului de transmitere a universalității de creanțe către aderent – notificări electronice către debitorii cedați, anunțând declanșarea procedurii.²⁴ Astfel de notificări sunt valabile cu titlul de notificare oficială de cesiune doar dacă se referă la creanțe care există deja la data notificării respective. Ca atare, cel puțin în privința creanțelor viitoare, factorii trebuie să contacteze în mod fizic debitorii pentru a se asigura, pe de o parte, că nu există discrepanțe între creanțele menționate în registrul de achiziții al aderentului și informațiile care au fost furnizate factorului de către aderentul său cu privire la creanțe, iar, pe de altă parte, pentru a se asigura că plata se va face direct către factor și nu către aderent.

²² Notele de credit sunt chitanțe ce oferă unui debitor ce a returnat bunuri sau a făcut o plată nedatorată, drept de compensare cu achiziții viitoare de la același furnizor, <https://www.purchasecontrol.com/blog/credit-note/>, accesat la 17.10.2020.

²³ S. Mills, N. Ruddy, *Salinger on factoring*, Sixth Edition, Sweet&Maxwell, 2020, p. 16.

²⁴ *Idem*, p.90.

O tehnică aparte de *invoice discounting online*, este reprezentată de comercializarea facturilor pe platforme electronice. Urmărim să ilustrăm în cele ce urmează motivele pentru care această tehnică este considerată o evoluție a factoringului clasic (*offline*).

2. Platforme de comercializare a facturilor fiscale

Fără îndoială, factoringul tradițional s-a impus în prezent, atât intern cât și internațional, pe o piață concurențială ce s-a maturizat odată cu evoluția tehnologiei informației, dovedindu-se a fi un puternic și important instrument financiar, alături de tehnica de finanțare *invoice discounting*.

Ultimii ani au fost martorii dezvoltării unor noi tipuri de finanțare a facturilor ca parte a unei piețe alternative de finanțare care implică vânzarea de creanțe specifice pe platforme de comerț pe rețeaua de internet.

În timp ce societățile caută diferite surse și metode de finanțare a activităților lor comerciale, accesul la capital este deosebit de dificil în mediile de afaceri zbuclumate, în special pentru întreprinderile mai mici²⁵. Peste 40% din cererile de finanțare a comerțului de la întreprinderile mici și mijlocii (IMM-uri) sunt respinse de bănci. Impactul este cronic în toată lumea, și chiar acut în Asia, unde IMM-urile – care reprezintă mai mult de 95% din toate întreprinderile din regiune – au nevoie de mai multe opțiuni de finanțare pentru a satisface cererea lor de dezvoltare. Mai mult, ratele scăzute ale dobânzii în Asia – și ratele negative în Europa – determină mulți investitori globali să caute finanțare alternativă.²⁶

În căutarea acestor soluții alternative, platformele de comerț cu facturi pe internet sunt printre cele mai promițătoare metode de strângere de capital.

Platformele de comerț cu facturi sunt site-uri *web*, care acționează ca o legătură intermediară între finanțatori, care cumpără creanțele aferente facturilor neîncasate, și furnizori, care își vând respectivele creanțe cu scopul de a încasa numerar mai devreme decât cel scadent la data menționată în factură.

Astfel de platforme sunt clasificate drept aplicații particulare ale sistemelor de *crowdfunding*²⁷, ce presupun în esență, finanțarea unui proiect de către o mulțime de persoane și care sunt parte a industriei de investiții online²⁸.

²⁵ D.T. Dziuba, *Crowdfunding Platforms in Invoice Trading as Alternative Financial Markets*, http://rocznikikae.sgh.waw.pl/p/roczniki_kae_z49_31.pdf, accesat la data de 13.10.2020.

²⁶ Potrivit unui raport din 2019 al Asian Development Bank, <https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/603881/adb-financial-report-2019.pdf>, accesat la data de 15.10.2020.

²⁷ D.T. Dziuba, *The Economics of Crowdfunding. Current Research Trends*, Wydawnictwo Drugie, Warsaw 2016.

De regulă, noțiunea de *crowdfunding*-ul semnifică practica de a atrage fonduri pentru proiecte specifice de la grupuri de investitori pe rețeaua internet, lansând în prealabil pe internet idei de proiecte cu scopul de a primi sprijin financiar de la astfel de investitori, în schimbul unor beneficii și/sau unor drepturi de vot în cadrul proiectelor respective²⁹.

Platforme recunoscute deja la nivel global (e. g. Kickstarter, Indiegogo), dezvoltate în SUA, au sprijinit finanțarea unor afaceri de tip *start-up*³⁰ sau a altor demersuri incipiente, precum editarea de cărți sau organizarea de festivaluri.

Start up-ul Pebble nu a reușit să atragă investitori în 2012 pentru a investi într-un ceas inteligent care să poată fi conectat la telefoane iOS și Android. Inventatorul său a decis atunci să atragă publicul, organizând o strângere de fonduri online pe platforma Kickstarter. În 37 de zile, a strâns 10,2 milioane de dolari de la 68.929 de entuziaști³¹.

În ultimii ani, *crowdfunding* a strâns miliarde de dolari în întreaga lume prin intermediul unor platforme specializate care coordonează antreprenorii, pe de o parte și investitorii, pe de altă parte³².

Una din formele de manifestare ale *crowdfunding*-ului este cea a plăților în bani și care interesează în acest studiu. Această formă prezintă două modele: finanțarea participativă bazată pe acțiuni și finanțarea participativă bazată pe

²⁸ Industria globală a investițiilor *online* (parte a sectorului bancar *online* mai larg) prevede posibilitatea utilizatorilor de a se angaja în activități de investiții care să se autodirijeze, permițând comercianților și investitorilor să utilizeze serviciile online pentru a investi, a se vedea <https://www.reportlinker.com/ci02110/Online-Investing.html>, accesat la data de 19.10.2020.

²⁹ P. Belleflamme, T. Lambert, A. Schwienbacher, *Crowdfunding: tapping the right crowd*, Journal of Business Venturing, 29(5), 2014, pp.585–609.

³⁰ Termenul *start-up* se referă la o companie aflată în primele etape ale activității sale. Startup-urile sunt fondate de unul sau mai mulți antreprenori care doresc să dezvolte un produs sau un serviciu pentru care cred că există cerere. Aceste companii încep în general cu costuri ridicate și venituri limitate, motiv pentru care caută capital dintr-o varietate de surse, a se vedea <https://www.investopedia.com/terms/s/startup.asp>, accesat la 15.10.2020.

³¹ J. V. da Cruz, *The Economics of Crowdfunding : Entrepreneurs' and Platforms' Strategies*, Université Sorbonne Paris Cité, 2017, p.23, articol ce poate fi accesat pe site-ul <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01899518/document>, accesat la 15.10.2020.

³² A se vedea <https://www.reportlinker.com/p05968557/Crowdfunding-Market-Global-Industry-Trends-Share-Size-Growth-Opportunity-and-orecast.html>, accesat la data de 19.10.2020.

împrumuturi. În multe țări, ambele modele sunt supuse reglementărilor naționale din sistemul financiar³³.

În *crowdfunding*-ul bazat pe acțiuni, în schimbul finanțării, investitorii devin acționari ai *startup*-urilor³⁴.

Atenția noastră se concentrează în această lucrare asupra modelului de finanțare colectivă bazată pe împrumuturi (întâlnită și sub denumirea de împrumut *peer-to-peer* sau „împrumut de la om la om”), în cadrul căruia investitorii furnizează fonduri bănești persoanelor fizice, grupurilor sau companiilor mici, împrumuturile urmând să fie restituite după o anumită perioadă, în general cu dobândă. Modelul bazat pe împrumuturi *peer-to-peer* este modelul care se extinde cel mai mult la nivel mondial – jumătate din platforme funcționează sub acest model³⁵.

Astfel de forme de împrumut *peer-to-peer*, operabile pe platforme online, includ împrumuturile pentru studenți, împrumuturile comerciale și imobiliare, precum și împrumuturile garantate pentru afaceri, leasingul și factoringul³⁶.

Factoringul bazat pe platformele de tranzacționare a facturilor este un segment de piață financiară alternativă, susținut de o tehnică dezvoltată în ultimii ani, care – datorită faptului că facilitează satisfacerea cererii cât și a ofertei în mod direct între furnizorii de bunuri sau servicii și respectiv, finanțatori –, prezintă semne pozitive de răspuns din partea ambelor categorii.

Remarcarea pe piață a practicii de vânzare a facturilor pe platforme electronice de către un furnizor de bunuri sau servicii, cu rațiunea de a strânge capital mai devreme de data scadenței facturii, conduce la punctarea unei importante observații: conceptul de *crowdfunding* a evoluat și în direcția

³³ J. V. da Cruz, *The Economics of Crowdfunding: Entrepreneurs' and Platforms' Strategies*, Université Sorbonne Paris Cité, 2017, p.26, articol ce poate fi consultat pe site-ul <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01899518/document>, accesat la 15.10.2020.

³⁴ AngelList este unul dintre fondurile participative bazate pe acțiuni, care a atras 250 de milioane de dolari USD din 1.300 de investiții, de la investitori precum Reid Hoffmann (cofondator al LinkedIn) și Marissa Mayer (președinte și CEO Yahoo!), a se vedea S. Bernstein, A.G. Korteweg, K. Laws, *Attracting early stage investors: evidence from a randomized field experiment*, *Journal of Finance*, 72(2), 2017, pp. 509-538.

³⁵ R. Rau, *Law, trust, and the development of crowdfunding*, Working Paper, 2017, articol ce poate fi consultat pe http://www.fmaconferences.org/SanDiego/Papers/Rau_Law_Crowdfunding.pdf, accesat la data de 19.10.2020; G. Huang, *Selling-Mechanism Design for Peer-to-peer Lending Platforms: Multiunit Uniform-price Dynamic Auctions vs. Posted Price*, 2016, articol disponibil pe https://www.researchgate.net/publication/312888122_Selling-Mechanism_Design_for_Peer-to-Peer_Online_Lending_Platforms_Multiunit_Uniform-price_Dynamic_Auctions_vs_Posted_Price, accesat la data de 19.10.2020.

³⁶ S. Moenninghoff, A. Wieandt, *Future of Peer-to-Peer Finance*, *Zeitschrift für Betriebswirtschaftliche Forschung*, August-september 2013, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2439088, accesat la data de 16.10.2020.

factoringului – generic vorbind –, iar în mod specific, în direcția *invoice discounting*.

Așadar, cu privire la conceptul teoretic care stă la baza tranzacției, adică vânzarea creanțelor, comerțul cu facturi pe platforme online ar putea fi considerat ca o formă particulară de *invoice discounting* în modalitatea *online*, iar utilizarea canalelor electronice și existența unui cadru legal de susținere a platformelor sunt de natură a reduce costurile de comercializare a facturilor și de a oferi servicii mai mari pentru IMM-uri pe piețele emergente. În acest sens, tranzacționarea facturilor ar putea fi privită ca o evoluție a factoringului clasic (*offline*)³⁷.

Platformele de comerț cu facturi îndeplinesc o serie de servicii: verifică facturile comerciale, gestionează documentația încărcată de către antreprenori pe platformă, intermediază tranzacțiile online, monitorizează tranzacțiile, adună și uneori publică statistici, și în general, dezvoltă piața electronică drept mediu pentru factori și aderenți. În schimb, platformele percep taxe pentru serviciile lor, fie sub formă de procent din media valorii facturii și a prețului de achiziție a acesteia, sau de procent din valoarea facturii, cu stabilirea unei limite minime obligatorii al cuantumului comisionului, indiferent de valoarea facturii³⁸. Investitorii sunt de asemenea taxați cu un comision, procentual, în raport de profitul pe care îl obțin la cumpărarea facturii.³⁹

Mecanismul lor de funcționare de bază este similar în țările la care vom face referire în cele ce urmează⁴⁰ și se întemeiază pe un program *software* pentru computer care poate fi utilizat pentru a plasa comenzi pentru produse financiare pe o rețea, cu un intermediar financiar⁴¹.

Astfel, pentru a putea vinde creanțele constatate în facturile lor neîncasate, întreprinderile în căutare de fond de rulment, se înregistrează pe platforma electronică, trimit facturile prin e-mail către operatorul de platformă,

³⁷ L. Klapper, *The Role Of Factoring For Financing Small And Medium Enterprises*, 2005, Research Working Papers - The World Bank., articol ce poate fi consultat pe <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/1813-9450-3593>, accesat la data de 16.10.2020 .

³⁸ D.T. Dziuba, *Crowdfunding Platforms in Invoice Trading as Alternative Financial Markets*, http://rocznikikae.sgh.waw.pl/p/roczniki_kae_z49_31.pdf, accesat la data de 13.10.2020.

³⁹ Dacă o factură de 100.000 Eur a fost cumpărată cu o reducere de 98%, investitorul a câștigat Eur și comisionul platformei va fi egal cu un procent din acest profit.

⁴⁰ S.U.A., Regatul Unit al Marii Britanii, Franța, Germania, Elveția, Suedia, Italia, Benelux, România.

⁴¹ A se vedea descrierea noțiunii pe <https://www.lawinsider.com/dictionary/electronic-platform>, accesat la data de 16.10.2020.

fiecare dintre aceste documente fiind verificat de operator. Nu sunt necesare garanții personale⁴².

Înregistrându-se, la rândul lor, investitorii, care acționează practic în calitate de factori, pot cumpăra astfel de creanțe. Investitorii, care sunt de regulă, mai multe persoane private sau juridice, folosesc platforma pentru a răsfoi facturile ce sunt încărcate pe aceasta, primind informații relevante despre vânzător, detalii despre tranzacție și copii ale facturilor originale⁴³.

Vânzătorul este cel care stabilește prețul la care se vinde factura, adică procentul din valoarea facturii pe care furnizorul vânzător îl va primi de la investitor (de regulă, între 70% și 99% din quantumul facturii, în funcție de scadența acesteia).

Vânzătorul primește prețul stabilit al facturii de la investitorul câștigător și atunci când factura este plătită de către debitor, vânzătorul restituie către investitor suma pe care a primit-o de la acesta și, pe lângă aceasta, îi plătește dobânda convenită. Rata dobânzii pe care vânzătorul o plătește se situează, de regulă, între 0,8% și 1,5% pe lună din valoarea sumei avansate de către investitor⁴⁴.

Licitațiile durând aproximativ 24 de ore, furnizorul de bunuri sau servicii care a vândut factura primește plata prețului facturii anunțat pe platformă, într-un timp relativ scurt (imediat după închiderea licitației), aspect care reprezintă una din diferențele ce disting comerțul cu facturi pe platforme, de factoringul clasic, adică *offline*, și de *invoice discounting-ul offline*.⁴⁵

În final, cum funcționează practic comerțul cu facturi pe platforme electronice? Vom distinge trei modele de bază care s-au conturat în utilizarea mecanismului platformelor pe rețeaua de internet, fiecare permițând furnizorilor de bunuri sau servicii (care sunt de obicei societăți) să vândă creanțe specifice unor investitori instituționali de rang înalt, în conformitate cu termenii unor contracte-cadru. Mai mult, ca parte a unei tendințe de inovare în vederea eficientizării procesul de vânzare, o parte dintre platformele online au trecut aproape complet la documentația electronică în tranzacțiile de vânzare,

⁴² D.T. Dziuba, *Crowdfunding Platforms in Invoice Trading as Alternative Financial Markets*, http://rocznikikae.sgh.waw.pl/p/roczniki_kae_z49_31.pdf, accesat la data de 13.10.2020.

⁴³ A se vedea <https://www.businessexpert.co.uk/invoice-finance/what-is-invoice-trading/>, accesat la data de 16.10.2020.

⁴⁴ A se vedea <https://www.invoiceinterchange.com.au/what-is-invoice-trading/>, accesat la data de 16.10.2020.

⁴⁵ ACCA, Technical Factsheet 186 *Alternative forms of finance*, ACCA Global, 2016, p.6, www.accaglobal.com.

inclusiv redactarea procurilor folosind semnătura electronică. În continuare vom analiza fiecare dintre aceste modele⁴⁶.

2.1. Vânzarea către investitori prin licitație

Primul model implică cesiunea de către vânzător a unei creanțe prin licitație organizată pe o platformă online administrată de un operator de platforme online. Pe lângă faptul că permite investitorilor să cumpere facturi în mod individual, platforma dă dreptul unui grup de investitori să cumpere o creanță în comun. Licităția este condusă de către vânzător care mai întâi introduce pe platformă detaliile creanței împreună cu termenii comerciali ai vânzării (comisioane și valoarea sumei de plată anticipată, la parametri minimi și maximi). Odată ce licitația începe, investitorii licitează pentru a cumpăra creanța sau parte a acesteia, făcând oferte în acești parametri. La închiderea licitației, atunci când platforma atribuie creanța sau parte a acesteia către cea mai bună ofertă, se încheie un contract de vânzare a creanței, iar proprietatea asupra creanței trece la investitorul care a făcut oferta câștigătoare sau, dacă există mai mult de una, într-o proporție stipulată ca atare în respectivele oferte⁴⁷.

2.2. Vânzarea către investitori în termeni ficși

Acest model operează într-o manieră similară cu cea a licitației, aspectul care diferențiază cele două proceduri fiind faptul că platforma este cea care stipulează automat comisionul și suma de plată anticipată pentru fiecare creanță care este de vânzare. Investitorii fac mai apoi oferte pentru a cumpăra creanța sau parte a creanței la prețurile fixe stipulate pe platformă. Tehnica nu implică așadar, o licitație competițională, iar la finalul procesului de ofertare este atribuită creanța iar o parte proporțională din creanță este transferată în conformitate cu procentele agreeate către acei investitori comuni identificați de platformă⁴⁸.

⁴⁶ S.Mills, N. Ruddy, *Salinger on factoring*, Sixth Edition, Sweet&Maxwell, 2020, p.22-23; G.Dorfleitner, J. Rad, M. Weber, *Pricing in the online invoice trading market: First empirical evidence*, 2017, articol disponibil pe site-ul https://www.researchgate.net/publication/320030235_Pricing_in_the_online_invoice_trading_market_First_empirical_evidence, accesat la data de 16.10.2020.

⁴⁷ V. Vannoni, *Financing italian firms through invoice trading platforms*, International Journal of Economics and Finance, vol. 12, nr.3/2020; S. Mills, N. Ruddy, *Salinger on factoring*, Sixth Edition, Sweet&Maxwell, 2020, p.22; D.T. Dziuba, *Crowdfunding Platforms in Invoice Trading as Alternative Financial Markets*, http://rocznikikae.sgh.waw.pl/p/roczniki_kae_z49_31.pdf, accesat la data de 13.10.2020.

⁴⁸ S. Mills, N. Ruddy, *Salinger on factoring*, Sixth Edition, Sweet&Maxwell, 2020, p.23.

2.3. Vânzarea către operatorul de platformă online, ca mandat pentru investitor

Acest model a fost dezvoltat pentru a evita dificultățile care au apărut atunci când s-a dorit executarea silită a unei creanțe atribuită unor investitori comuni multipli, adică de către o pluralitate de investitori din societăți diferite. În această situație, creanța este cumpărată în numele și pentru acești investitori, de către operatorul de platformă, pentru ca acesta să deruleze toate operațiunile necesare în caz de executare silită, ce ar fi îngreunate altfel, din cauza numărului mare de deținători ai creanței.⁴⁹

La o privire retrospectivă asupra condițiilor necesare pentru ca un acord de voință în formă electronică să poată fi calificat drept un contract valabil⁵⁰, se pune și problema dacă o procură în vederea cumpărării de creanțe pe platforme online, poate fi în principiu validă ca și contract de mandat, dacă este redactată electronic. Acolo unde o imagine vizuală a unei împuterniciri semnate electronic de către emitent, este descărcată de pe o platformă online pe monitorul computerului destinatarului, cerința ca împuternicirea să îndeplinească condițiile pentru a fi considerată un mandat, în opinia noastră, este satisfăcută.

3. Reverse factoring

Nu putem face referire la conceptul de finanțare alternativă prin intermediul platformelor electronice fără a menționa tehnica *reverse factoring*, care este o formă de factoring *online*, ce se distinge de factoringul tradițional prin aceea că inițiatorul procesului este cumpărătorul, debitorul obligației de plată a contravalorii bunurilor sau serviciilor furnizate, și nu furnizorul acestora. Mecanismul de funcționare al acestui tip de factoring *online* se derulează după următoarele etape⁵¹: cumpărătorul încarcă facturile aprobate pe platforma electronică a finanțatorului; furnizorul solicită plata în avans a facturilor aprobate de către debitor și încărcate pe platformă; finanțatorul plătește valoarea aprobată a facturii, mai puțin comisioanele de factoring; cumpărătorul plătește la scadență, valoarea aprobată a facturilor. Printre avantajele specifice *reverse factoringului* se numără două: pe de o parte, fiind cumpărătorul cel care încarcă pe platformă doar facturi pe care le aprobă la plată, finanțatorul își diminuează astfel expunerea la riscurile operaționale generate în cadrul relației comerciale dintre furnizor și cumpărător (facturi refuzate la plată, falsificate, diminuate ca urmare a unor compensări); pe de altă parte, cumpărătorul are la dispoziție o soluție ideală de plată și de management al facturilor, centralizând toate facturile furnizorilor săi pe platforma

⁴⁹ Idem, p.23.

⁵⁰ Condiții despre care am făcut vorbire în secțiunea I.

⁵¹ I. Regenbogen, *Reverse factoring- funding the un-fundable?*, Revista Română de drept privat, Nr. 2/2017, Editura Universul Juridic, p. 117.

finanțatorului și mandatându-l pe acesta să facă plățile către toți furnizorii înrolați în acest program electronic.

4. Cum se reflectă în realitate segmentul de piață al comerțului cu facturi pe platforme?

O serie de rapoarte elaborate în ultimii ani au colectat date statistice care confirmă că rata de succes a finanțării prin intermediul platformelor de comercializare a facturilor, rămâne ridicată⁵².

Cota predominantă din valoarea mondială a comerțului online cu facturi este reprezentată de către platformele americane (peste 24 miliarde USD), care înseamnă mai mult de trei pătrimi din fluxul valorii mondiale⁵³. În continuare, platformele britanice, germane și australiene sunt reprezentate de cote de participare, dar mult mai mici.

În Europa, Regatul Unit al Marii Britanii rămâne cea mai mare piață individuală de comerț cu facturi. În sistemul de drept anglo-saxon, la licitație, majoritatea creanțelor sunt vândute în comun unor investitori care fac parte din aceeași societate, fiecare investitor având o cotă-parte din creanța respectivă. În practică se evită cumpărarea în comun a unei creanțe de către creditori multipli (investitori comuni din societăți diferite), întrucât o astfel de situație poate da naștere unor serioase probleme în momentul în care devine necesar să fie executată silit creanța. Executarea silită a creanței de către investitori multipli nu este lesne de realizat în practică întrucât implică proceduri legale în cadrul cărora fiecare dintre aceștia trebuie să se alătore cedentului și celorlalți cesionari, ca părți în proces. Mulți investitori nu doresc să se constituie părți în proceduri legale, de regulă pentru că preferă ca investițiile lor să rămână confidențiale.

În restul Europei, statisticile arată o creștere a valorii tranzacțiilor platformelor de tranzacționare a facturilor în perioada 2013-2018. În 2018, serviciile de tranzacționare a facturilor în Europa (excluzând Marea Britanie), au atins o valoare totală a tranzacțiilor de 803 milioane de dolari USD⁵⁴. În

⁵² T. Ziegler *et alii*, *Shifting paradigms. The 4th European Alternative Finance Benchmarking Report*, Cambridge Alternative Finance Database and Reports, 2018, p.39-40, raport ce poate fi consultat pe site-ul https://www.researchgate.net/publication/332418059_SHIFTING_PARADIGMS_THE_4_TH_EUROPEAN_ALTERNATIVE_FINANCE_BENCHMARKING_REPORT, accesat la data de 16.10.2020.

⁵³ D.T. Dziuba, *Crowdfunding Platforms in Invoice Trading as Alternative Financial Markets*, http://rocznikikae.sgh.waw.pl/p/roczniki_kae_z49_31.pdf, accesat la data de 13.10.2020.

⁵⁴ J. Cherowbrier, *Alternative finance: invoice trading transaction value in Europe (excluding the UK) from 2013 to 2018*, mai 2020, <https://www.statista.com/statistics/412476/europe-alternative-finance-transaction-value-invoice-trading/>, accesat la data de 16.10.2020.

urma liderului Marea Britanie, actorii care domină acest segment de piață sunt Franța, Elveția, Suedia, Germania, Italia⁵⁵ și Benelux.

În România, din anul 2018 funcționează Instant Factoring⁵⁶, prima platformă Fintech⁵⁷ de comerț cu facturi românească, care a dezvoltat cel mai simplu și mai rapid flux de finanțare a facturilor din România. Prin crearea unui cont pe platformă, proces ce durează trei minute, clientul își încarcă facturile (în format *.pdf* sau *.jpeg*) aflate în termenul de plată și în două ore primește răspunsul pozitiv sau negativ asupra finanțării. În caz pozitiv, banii sunt virăți în contul său în 24 de ore. Se finanțează cu preponderență facturi de până la 15.000 lei, contra unui comision mediu lunar de 3% din valoarea totală a facturii⁵⁸.

În fine, important de menționat este faptul că și internaționalizarea platformelor este în creștere. În 2017, 88% dintre platformele din lume au raportat intrări transfrontaliere de fonduri (o creștere de 11% față de anul anterior), în timp ce 61% au raportat ieșiri transfrontaliere de fonduri (o creștere de 17%)⁵⁹. Tehnica tranzacționării de facturi online are avantaje certe pentru companiile care fac comerț la nivel internațional, deoarece platformele de tranzacționare online sunt utilizate de investitori din întreaga lume, iar utilizarea cu pricepere a unei astfel de platforme poate finanța cu ușurință afacerea, datorită facturilor ce constată creanțe datorate de debitori străini.

Astfel cum afirmam în debutul acestui capitol, mecanismul de funcționare din punct de vedere al tehnicii de *soft-ware* și al regulilor de bază de utilizare a platformelor de comerț cu facturi, sunt similare în țările la care am făcut referire în cele ce preced. Dar lipsa reglementării unui cadru juridic coerent pentru comerțul online pe aceste platforme specifice, atât la nivel internațional cât și în contextele naționale individuale, rămâne un element semnificativ descurajant pentru comerțul internațional și pentru creșterea

⁵⁵ În Italia, platformele active de tranzacționare a facturilor în Italia erau la sfârșitul lunii iunie 2018 în număr de șase, a se vedea V. Vannoni, *Financing italian firms through invoice trading platforms*, International Journal of Economics and Finance, vol. 12, nr.3/2020.

⁵⁶ Instant Factoring este un start-up românesc, premiat la Central European Startup Awards 2018, drept cel mai bun startup de IT în domeniul financiar (Best Fintech Startup) din Europa Centrală și de Est, a se vedea <https://www.startupcafe.ro/idei-si-antreprenori/startup-romania-premii-cesa-2018-iliescu-factoring.htm>, accesat la data de 16.10.2020.

⁵⁷ Acronim pentru *Financial Technology*, desemnând programe de calculator și alte tehnologii utilizate pentru a sprijini sau a activa serviciile bancare și financiare.

⁵⁸ A se vedea <https://www.instantfactoring.com/>, accesat la data de 16.10.2020.

⁵⁹ T. Ziegler *et alii*, *Shifting paradigms. The 4th European Alternative Finance Benchmarking Report*, Cambridge Alternative Finance Database and Reports, 2018, p.39-40, raport ce poate fi consultat pe site-ul https://www.researchgate.net/publication/332418059_SHIFTING_PARADIGMS_THE_4_TH_EUROPEAN_ALTERNATIVE_FINANCE_BENCHMARKING_REPORT, accesat la data de 16.10.2020.

finanțării alternative în unele jurisdicții. Deși majoritatea statelor membre reglementează *crowd-funding* și activitățile de împrumut *peer-to-peer*, multe duc lipsă de legislație specifică sau suferă de reguli prea complexe, inadecvate desfășurării activității de finanțare alternativă, care presupune, prin definiție, flexibilitate. Reglementarea rămâne inexistentă în o parte din țări⁶⁰, împiedicând astfel și mai mult dezvoltarea peisajului financiar alternativ online în acele jurisdicții. Deoarece legislația variază considerabil de la jurisdicție la jurisdicție și lipsește cadrul juridic supranațional de coeziune, investițiile transfrontaliere sunt dezavantajate și, prin urmare într-un număr mai redus decât ar putea fi dacă ar exista cadrul de reglementare corespunzător⁶¹.

În acest context, era iminentă inițiativa Uniunii Europene privind piețele financiare, în cadrul căreia a fost adoptat Regulamentul (UE) 2020/1503 al Parlamentului European și al Consiliului din 7 octombrie 2020 privind furnizorii europeni de servicii de finanțare participativă pentru afaceri⁶², care a intrat în vigoare la 9 noiembrie 2020 și care tinde la armonizarea finanțării participative europene (*crowd-funding*) prin instituirea unor norme comune, regulamentul având aplicabilitate directă în toate statele membre.

Concluzii

Acum, mai mult ca oricând, în furnizarea de lichidități atât de necesare companiilor în perioadele de întreruperi ale lanțului de aprovizionare global, cauzate de actuala pandemie Covid-19, factoringul online și comercializarea de facturi pe platforme bazate pe rețeaua Internet, oferă finanțarea de care au nevoie întreprinzătorii pentru fluxul continuu de monetar indispensabil activității lor comerciale.

Practic, ideea de bază din spatele acestor mecanisme este aceea de a colecta numerar mai devreme decât cel scadent la data menționată în factură.

⁶⁰ În România, în 2015 a fost elaborat un proiect de lege care reglementează modalitatea de funcționare a platformelor online de finanțare participativă (*crowdfunding*) și în România. Conform proiectului de lege, platformele de crowdfunding ar urma să fie constituite ca societăți comerciale, având drept scop să pună în legătură investitorii cu dezvoltatorii de proiecte, prin intermediul site-urilor web; proiectul poate fi consultat [Online] la <https://www.ptir.ro/2015/05/lege-privind-dezvoltarea-finantarilor-participative-crowdfunding/>, accesat la data de 16.10.2020.

⁶¹ R. Wardrop (Ed.), *Sustaining Momentum. The 2nd European Alternative Finance Industry Report*, Cambridge Centre for Alternative Finance, Judge Business School University of Cambridge, Cambridge 2016(a). [Online] la <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2016-european-alternative-finance-report-sustaining-momentum.pdf>, accesat la data de 15.10.2020.

⁶² [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:32020R1503>, accesat la 12.11.2020.

Creșterea în ultimii ani a finanțării participative (*crowd-funding*) nu este întâmplătoare. În primul rând, un acces mai mare la Internet în bandă largă permite dezvoltarea unor modele de afaceri din ce în ce mai sofisticate bazate pe rețeaua internet. În al doilea rând stă argumentul îmbunătățirii serviciilor de plată pe internet. În al treilea rând, regăsim bariera istorică cu care se confruntă antreprenorii atunci când caută capital⁶³. Startup-urilor și întreprinderilor mici le lipsesc adesea garanțiile și informațiile despre potențialul afacerilor lor⁶⁴. În perioade de criză, când crește reticența băncilor vis-s vis de risc, antreprenorilor le este și mai dificil să obțină sprijin din surse tradiționale⁶⁵.

Ca metodă de gestionare a lichidității financiare a unei întreprinderi, platformele electronice de comercializare a facturilor, având la bază conceptul de *crowd-funding* ce a evoluat în această direcție, propun o alternativă chiar mai flexibilă decât serviciile de factoring *online*, angajat și executat deci în mod electronic, dar nu pe platforme dedicate. Astfel, avantajele oferite de comercializarea facturilor pe platforme constau în posibilitatea investitorilor de a obține rate de rentabilitate ridicate, iar pentru furnizorii vânzători, acces rapid la fond de rulment, la costuri de tranzacționare reduse.

Este cert că revoluția Internetului a făcut ca ideea folosirii tehnologiei computerului pentru desfășurarea comerțului să nu mai fie de domeniul științifico-fantasticului. Atât timp cât există acordul de voință al părților cu privire la utilizarea mijloacelor electronice, care respectă cadrul legal privind validitatea operațiunilor juridice, nimic nu se opune ca actul de cesiune a creanțelor să fie valabil.

În ce măsură contractul de factoring va putea fi nu doar încheiat, ci și executat în mod integral prin mijloace electronice, din orice colț al lumii, fără bariere ce țin de specificitatea diferitelor legislații naționale, face parte din provocările viitorului apropiat. Privim cu încredere către actorii implicați în actul de justiție atunci când concluzionăm că abordarea legală a unei situații juridice trebuie să fie supusă transformării odată cu evoluția tehnologică, fiind necesar să se adapteze acelor interpretări potrivit cărora înțelegerea părților să producă efecte.

⁶³ J. V. da Cruz, *The Economics of Crowdfunding : Entrepreneurs' and Platforms' Strategies*, Université Sorbonne Paris Cité, 2017, p.36, [Online] la <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01899518/document>, accesat la 15.10.2020.

⁶⁴ G. Cassar, *The financing of business start-ups*. *Journal of Business Venturing*, 19(2), 2004, pp. 261–283.

⁶⁵ J. Lerner, *Innovation, Entrepreneurship and Financial Market Cycles*. *STI Working Paper*, 3(Industry Issue), 2010, p. 57.

Răspunderea contractuală a platformelor de intermediere Contractual liability of the online platforms

Tudor-Matei Rusu¹

Rezumat: Ultima perioadă a fost marcată de o creștere substanțială a numărului de contracte încheiate la distanță prin intermediul mijloacelor electronice. Astfel, din cauza măsurilor impuse pentru combaterea răspândirii noului coronavirus la nivel global, mult mai multe persoane au apelat la comerțul electronic pentru a-și achiziționa anumite bunuri, ce ar fi putut fi achiziționate în mod fizic anterior. Această situație ne duce cu gândul la rolul și la răspunderea pe care o au platformele colaborative ce intermediază încheierea multora dintre aceste contracte. În prima parte a articolului, vom analiza modul în care funcționează platformele colaborative, mai exact modul în care cumpărătorii și vânzătorii intră în contact și încheie contracte prin intermediul platformelor. În cea de a doua parte, va fi tratată răspunderea pe care o au platformele pentru deficiențele pe care le pot avea produsele comercializate prin intermediul lor.

Cuvinte-cheie: economie colaborativă; comerț internațional; *Amazon*; platforme colaborative; răspundere.

Abstract: The last period of time was marked by a major increase of the number of contracts concluded through electronic means. Considering the measures imposed globally in order to prevent the spreading of the Covid-19 virus, more individuals adopted a new way of acquisition of goods. These new factual circumstances lead us to the analysis of different topics: the role and the liability of the online platforms, which usually intermediate the conclusion of the most part of this kind of contracts. The first part of my article will focus on the analysis of the functioning of these online platforms, while the second one will present the platforms' liability in case the goods that are sold through them do not meet the mandatory criteria.

Keywords: sharing economy; international trade; *Amazon*; collaborative platforms; liability.

Precizări introductive

Platformele colaborative online au rolul de a facilita încheierea contractelor comerciale, indiferent că este vorba despre cumpărarea unui bun, închirierea unei camere dintr-un apartament sau chiar asigurarea transportului până într-un anumit loc. Spre deosebire de întreprinderile obișnuite, ce desfășoară o

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

activitate economică într-un mediu fizic, platformele online nu produc bunurile care sunt vândute și nici nu prestează în mod direct serviciile intermediare. Ele au rolul de a crea un spațiu, în mediul online, în care vânzătorii și prestatorii de servicii își pot oferi mult mai ușor produsele sau serviciile către consumatori².

Platformele colaborative pot fi definite ca fiind acei intermediari care utilizează Internetul pentru a facilita întâlnirea dintre furnizorii de bunuri sau servicii și utilizatorii acestora³.

Din definiția dată platformelor colaborative online, se poate observa că în cadrul acestei categorii pot fi încadrate foarte multe dintre platformele pe care le utilizăm zilnic, dar, în cadrul prezentului articol, vom analiza doar răspunderea contractuală a platformelor ce oferă acces la bunuri, platforme precum *Amazon* sau *eBay*. Această categorie de platforme online intermediază încheierea de contracte de vânzare între persoane fizice (P2P – *peers to peers*), între un profesionist și o persoană fizică (B2P – *business to peers*) sau chiar și între doi profesioniști (B2B – *business to business*)⁴.

Pe lângă problemele juridice pe care platformele online le generează în mod obișnuit, o alta este determinată de modul în care ele funcționează. Astfel, multe dintre platformele ce oferă acces la bunuri nu doar intermediază încheierea de contracte de vânzare, ba chiar își comercializează propriile produse prin intermediul platformelor. În această situație ele nu mai sunt un simplu intermediar, ci au rolul de vânzător. Totodată, se creează o concurență între platformele online și unele persoane ce doresc să își vândă produsele prin intermediul lor. Având în vedere că acestea din urmă sunt dependente de platformele colaborative, pot apărea practici prin intermediul cărora platformele online să își creeze sau extindă monopolul cu privire la anumite categorii de produse⁵.

Această problemă a fost identificată inclusiv de legiuitorul european. În pct. 30 din preambulul Regulamentului (UE) 2019/1150 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 iunie 2019 privind promovarea echității și a transparenței pentru întreprinderile utilizatoare de servicii de intermediere online⁶, regulament ce se aplică inclusiv platformelor colaborative online, este prevăzut faptul că atunci când un furnizor de servicii de intermediere online oferă bunuri sau servicii consumatorilor prin propriile sale servicii de

² B. Edelman, A. Stemler, *From the digital to the physical: Federal limitations on regulating online marketplaces*, în *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 56, Nr. 1, 2018, p. 3.

³ C.T. Ungureanu, *Platformele colaborative online – provocări juridice europene*, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași, Științe Juridice*, Tomul LXIV, Supliment, 2018, p. 199.

⁴ *Idem*, p. 200.

⁵ L.M. Khan, *The separation of platforms and commerce*, în *Columbia Law Review*, Vol. 119:973, 2019, p. 976.

⁶ JO L 186, 11.7.2019, p. 57-79.

intermediere și există, astfel, posibilitatea ca acesta să intre într-o concurență directă cu întreprinderile ce utilizează serviciile sale, acesta trebuie să acționeze într-un mod transparent și să ofere o descriere detaliată atât a produselor sau serviciilor oferite, cât și a oricărui tratament diferențiat⁷, dacă este cazul.

În prezentul articol ne vom axa pe modelul întreprinderii *Amazon*. Am ales această platformă online din două considerente. În primul rând, platforma *Amazon* este reprezentativă deoarece, la nivel global, la finele anului 2019, un procent de aproximativ 14% din contractele de vânzare încheiate prin mijloace electronice a fost intermediat utilizându-se această platformă⁸. Totodată, în Statele Unite ale Americii, țară în care întreprinderea *Amazon* își are sediul, această platformă generează aproximativ jumătate dintre contractele de vânzare încheiate prin intermediul mijloacelor electronice⁹. În al doilea rând, societatea *Amazon* este relevantă deoarece unele instanțe i-au atribuit calitatea de vânzător inclusiv pentru bunurile a căror vânzare doar o intermediază și, astfel, platforma a fost ținută răspunzătoare pentru daunele cauzate de către produsele vândute prin intermediul ei de către terți.

1. Modul de funcționare al platformei *Amazon*

Datorită, în special, modelului dezvoltat de societatea *Amazon*, nu mai este necesar ca o persoană să își părăsească domiciliul pentru a achiziționa diverse bunuri. De la haine, produse cosmetice, mobilă și chiar alimente, toate lucrurile necesare traiului sunt la distanță de un click pe Internet. Inclusiv întreprinderile își pot achiziționa, prin intermediul Internetului, orice bunuri sau materii prime necesare desfășurării propriei activități economice. Dar, odată cu confortul generat de acest mod de a face cumpărături, au crescut și riscurile la care se expun cumpărătorii. Astfel, calitatea și siguranța produselor cumpărate pot avea de suferit, mai ales în cazul bunurilor achiziționate prin intermediul platformelor colaborative, în această situație cumpărătorul având,

⁷ Descrierea produselor sau serviciilor oferite trebuie făcută către consumatori, în timp ce descrierea oricărui tratament diferențiat trebuie făcută întreprinderilor ce își comercializează produsele sau serviciile prin intermediul platformei. Acestea din urmă trebuie să aibă posibilitatea concretă de a ști din momentul în care decid să apeleze la serviciile de intermediere oferite de platformă dacă intră într-o concurență directă cu aceasta și dacă lor li se va aplica un tratament diferențiat, bazat pe criteriile stabilite în mod unilateral de către platformă.

⁸ J. Clement, *Worldwide Amazon online retail sales market share 2016-2019*, [Online] la: <https://www.statista.com/statistics/955796/global-amazon-e-commerce-market-share/#statisticContainer>, accesat la 29.09.2020.

⁹ J. Anthony, *74 Amazon statistics you must know: 2020 market share analysis & data*, [Online] la: <https://financesonline.com/amazon-statistics/>, accesat la 29.09.2020.

de suficiente ori, chiar mai puține informații despre persoana vânzătorului decât în mod obișnuit¹⁰.

1.1. Scurt istoric

Lansat în anul 1995, site-ul *Amazon* era considerat inițial cea mai mare librărie online din lume, având un catalog de nu mai puțin de un milion de cărți, pe care, utilizatorii platformei le puteau sorta în funcție de diferite criterii de căutare. La început, societatea deținea un număr redus din totalul cărților vândute. Atunci când un utilizator comanda o carte, aceasta era cumpărată de către *Amazon* fie de la un distribuitor, fie de la editură și era livrată cumpărătorului. Dar, odată cu creșterea numărului utilizatorilor, platforma a trebuit să își modifice strategia. Astfel, *Amazon* a început să își creeze stocuri cu cele mai căutate cărți, pentru ca livrarea acestora să se facă mult mai rapid. Aceste stocuri au fost create doar pentru cele mai bine vândute zece cărți, dar, odată cu creșterea numărului de cărți vândute prin intermediul platformei, inventarele au ajuns să fie create pentru mii de produse¹¹.

Cea mai importantă schimbare a modului în care societatea *Amazon* își structura vânzările a intervenit în anul 2000. În acel moment, 97% din numărul total de vânzări era realizat direct de către întreprindere, dar, *Amazon* și-a regândit modul de funcționare și, din acel punct, a oferit spre vânzare nu doar produsele proprii, ci și produse deținute de către terți. De abia atunci, platforma *Amazon* a devenit un veritabil intermediar între vânzătorii de bunuri și cumpărătorii acestora¹².

Deși, inițial, această modificare a politicii de funcționare a platformei a adus pierderi societății¹³, ulterior, strategia s-a dovedit a fi un adevărat succes. În primul rând, traficul pe platformă a crescut, deoarece consumatorii aveau astfel acces la o gamă mult mai largă de produse, iar acest lucru s-a putut realiza fără ca întreprinderea *Amazon* să investească în noi produse. În al doilea rând, prin intermediul vânzărilor realizate de către terți prin intermediul platformei, *Amazon* a putut colecta mai multe date cu privire la anumite produse înainte de a investi direct în acestea. În al treilea rând, orice mici

¹⁰ A. Doyer, *Who sells? Testing Amazon.com for product defect liability in Pennsylvania and Beyond*, în *Journal of Law and Policy*, Vol. 28, Nr. 2, 2020, p. 719.

¹¹ S.M Bender, *Product liability's Amazon problem*, în *Journal of Law & Technology at Texas*, în curs de publicare, 2021, p. 16, [Online] la: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3628921, accesat la 3.10.2020.

¹² *Idem*, p. 17; R. Sprague, *It's a jungle out there: public policy considerations arising from a liability-free Amazon.com*, în *Santa Clara Law Review*, Vol. 60, p. 255.

¹³ Pierderile au fost cauzate de faptul că în catalogul de produse erau oferite spre vânzare atât bunuri proprii, cât și bunuri deținute de către terțe societăți. Astfel, s-a creat o concurență inclusiv în cadrul platformei, atât între *Amazon* și terți, cât și între terți.

pierderi apărute inițial au fost acoperite de-a lungul timpului prin intermediul comisioanelor pe care platforma le percepe pentru serviciile oferite terților ce doresc să își comercializeze bunurile prin intermediul său¹⁴. Modelul dezvoltat de către *Amazon* s-a dovedit a fi unul de succes, iar în anul 2018, aproximativ 60% din produsele comercializate prin intermediul platformei erau vândute de către terți¹⁵.

1.2. Clasificarea vânzărilor realizate prin intermediul platformei *Amazon*

În momentul de față, prin intermediul propriei platforme, *Amazon* își oferă spre vânzare bunurile, dar intermediază și încheierea contractelor de vânzare între utilizatorii platformei. Din acest punct de vedere, rolul întreprinderii variază în funcție de entitatea care vinde respectivele produse.

Putem identifica două situații distincte. În cadrul primei situații, *Amazon* își comercializează propriile produse; în acest caz este destul de clar că întreprinderea are rolul de vânzător. Problemele intervin în cadrul celei de a doua situații, în care *Amazon* intermediază încheierea contractelor între terți. În acest caz, platforma nu are rolul unui vânzător, ea este un intermediar între vânzători și cumpărători, ambii utilizând platforma pentru a încheia respectivele contracte. Din punctul nostru de vedere, în această situație platforma nu acționează doar ca un simplu intermediar și, în cele ce urmează, vom încerca să aducem câteva argumente pentru a ne susține opinia.

1.2.1. Implicarea directă în livrarea produselor vândute de către terți prin intermediul platformei

În situația în care *Amazon* nu își comercializează propriile produse prin intermediul platformei, rolul său este unul de prestator de servicii. La aceste servicii apelează întreprinderile ce doresc să își ofere spre vânzare, tipul serviciilor oferite poate să difere substanțial în funcție de comisioanele pe care platforma le încasează.

Cea mai importantă diferență intervine în ceea ce privește livrarea bunurilor către consumatori. Astfel, vânzătorii au de ales din două opțiuni: fie se ocupă ei de livrarea bunurilor, fie acest lucru este făcut de către platformă. În cadrul primei variante (cunoscută și sub denumirea de *Fulfillment by Merchant* – FBM), *Amazon* nu se implică direct în livrarea produselor, odată ce acestea sunt cumpărate de către utilizatori. Dacă vânzătorii optează pentru a doua variantă (*Fulfillment by Amazon* – FBA), livrarea bunurilor se face de către platformă, de regulă, în pachete cu însemnele *Amazon*. În acest caz,

¹⁴ S.M Bender, *op. cit.*, p. 17.

¹⁵ R. Sprague, *op. cit.*, p. 255.

platforma nu se ocupă doar de livrarea bunurilor, dar și de depozitarea acestora precum și de plângerile cumpărătorilor¹⁶.

Odată ce bunul ajunge într-unul din depozitele *Amazon*, vânzătorul nu mai are control asupra acestuia. Din acel moment, de toate detaliile ulterioarelor vânzări se va ocupa platforma, inclusiv de inventarierea bunurilor aflate în depozit și, dacă este cazul, de notificarea vânzătorului că numărul acestora este redus și stocul trebuie refăcut. În această situație, vânzătorul respectivului bun se aseamănă mai mult cu un producător dintr-un contract de distribuție. Desigur, platformei nu îi este transferat dreptul de proprietate asupra bunurilor ce se află în depozitele sale¹⁷.

Totodată, dacă *Amazon* se implică direct în livrarea bunurilor, acestea apar pe platformă cu indicativul *Amazon Prime*, utilizatorilor platformei fiindu-le oferite, încă de la început, garanții suplimentare cu privire la acele produse, astfel crescând șansele ca aceștia să le achiziționeze¹⁸.

Pe lângă aceste diferențe, între cele două variante există și multe asemănări. În primul rând, indiferent de entitatea care livrează bunurile, vânzătorii nu pot comunica cu utilizatorii platformei decât prin intermediul acesteia. În al doilea rând, *Amazon* preia comenzile și se ocupă de formalitățile privitoare la plată în ambele situații. În ultimul rând, indiferent de opțiunea aleasă de către vânzători, platforma percepe comisioane pentru serviciile prestate în ambele cazuri, doar că în cazul în care implicarea ei este mai mare, comisioanele cresc la rândul lor¹⁹.

Desigur, toată implicarea suplimentară a platformei este văzută ca un serviciu oferit întreprinderilor ce doresc acest lucru și plătesc pentru respectivul serviciu, dar, nu poate fi negat faptul că, în această situație, *Amazon* nu se mai comportă ca un simplu intermediar.

1.2.2. Stabilirea ordinii în care produsele apar în căutarea utilizatorilor

Într-un magazin obișnuit, modul în care produsele sunt afișate pe raft influențează care dintre acestea sunt văzute primele, la final sau nu sunt văzute deloc. Astfel, ordinea și modul în care produsele sunt expuse pe rafturi pot să ofere un avantaj anumitor producători. În mediul online, chiar dacă impactul fizic nu mai există, ordinea în care bunurile sunt afișate pe un site influențează la fel de mult, dacă nu chiar mai mult, numărul vânzărilor. Acest lucru se întâmplă cu atât mai mult în cadrul unei platforme colaborative, unde pot

¹⁶ A. Doyer, *op. cit.*, p. 728.

¹⁷ E.J. Janger, A.D. Twerski, *The heavy hand of Amazon: A seller not a neutral platform*, în *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Vol. 14, Nr. 2, 2020, p. 267.

¹⁸ *Idem*, p. 266.

¹⁹ A. Doyer, *op. cit.*, p. 729.

exista sute, dacă nu chiar mii de vânzători ai aceluiași produs, fiecare provenind din diferite colțuri ale lumii. Totodată, acest element de extraneitate nu trebuie neglijat, deoarece, de multe ori, cumpărătorii și vânzătorii provin din state diferite, acest lucru fiind specific economiei colaborative. În mod normal, întreprinderilor mici le-ar fi fost greu să pătrundă pe o piață externă, dar, prin intermediul platformelor colaborative online se înfrânge această barieră și întreprinderile mici pot să își comercializeze mult mai ușor bunurile către consumatori din alte state.

Revenind la platformele ce oferă acces la bunuri, în general, și la *Amazon*, în particular, atunci când un utilizator al platformei caută un produs, este generată o listă cu bunuri care se potrivesc căutării sale. Rezultatul căutării are rolul de a sorta produsele în funcție de criteriile de căutare pe care le-a introdus utilizatorul platformei, dar, atunci când mai multe produse se potrivesc căutării, prezintă importanță sporită ordinea în care acestea sunt afișate utilizatorului. *Amazon* aplică anumite tactici prin care poate influența ordinea produselor în listele de căutări ale utilizatorilor. Desigur, aceste tactici au rolul de a avantaja cumpărătorii și de a le da un spor de încredere cu privire la anumite produse și, totodată, unele pot fi catalogate ca fiind un serviciu prestat de către platformă vânzătorilor.

În primul rând, întreprinderile au posibilitatea de a plăti o sumă suplimentară către platformă pentru ca bunurile oferite să fie considerate produse sponsorizate și să apară mai sus în listele de căutare ale utilizatorilor platformei²⁰. Această opțiune nu este valabilă decât în 13 state²¹, în sensul în care doar utilizatorilor din acele state le poate fi modificată lista de căutări pe baza produselor sponsorizate, dar orice întreprindere poate apela la acest serviciu, indiferent de țara din care provine. Când vânzătorii decid să apeleze la acest serviciu al platformei, selectează bunurile pe care doresc să le vândă și cuvintele cheie prin intermediul cărora acele bunuri pot fi găsite. Odată făcut acest lucru, respectivelor întreprinderi li se creează un avantaj substanțial deoarece produsele lor vor fi afișate mereu în fața altora în lista de căutare a utilizatorilor, pe durata în care doresc acest serviciu.

În al doilea rând, unele produse pot apărea pe platformă cu indicativul *Amazon's Choice*. Această distincție este oferită produselor care se evidențiază prin: preț de vânzare redus (comparativ cu produse similare, care pot apărea în lista de căutare a utilizatorilor), evaluări pozitive din partea utilizatorilor sau numărul produselor vândute²². Diferențierea produselor este în ajutorul

²⁰ E.J. Janger, A.D. Twerski, *op. cit.*, p. 264.

²¹ Acestea sunt: Statele Unite ale Americii, Canada, Mexic, Germania, Franța, Marea Britanie, Spania, Italia, Arabia Saudită, Emiratele Arabe Unite, Australia, India și Japonia; a se vedea Sponsored Products, [Online] la: <https://advertising.amazon.com/solutions/products/sponsored-products>, accesat la 14.10.2020.

²² E.J. Janger, A.D. Twerski, *op. cit.*, p. 265.

utilizatorilor platformei, deoarece criteriile menționate anterior (în special evaluările pozitive date produselor) ajută cumpărătorii atunci când aceștia au de ales între două sau mai multe produse similare.

În ultimul rând, unele bunuri pot apărea în lista de căutare a utilizatorilor cu indicativul *Amazon Prime*. Există trei variante în care un produs apare sub denumirea de *Amazon Prime*. În principalele două situații, fie bunul este vândut direct de către platformă, fie bunul este vândut de un terț, dar livrat de către *Amazon*. Se poate observa că rolul indicativului ar fi de a evidenția bunurile de a căror livrare se ocupă direct platforma. Ar mai exista și o a treia variantă în care un produs apare în lista de căutare cu indicativul *Amazon Prime*. Aceasta ar fi singura posibilitate în care un produs vândut și livrat de un terț se poate identifica astfel în lista de căutare a utilizatorilor. Serviciul este numit *Seller Fulfilled Prime* – SFP. Pentru a se încadra în această categorie, întreprinderile trebuie să treacă printr-o perioadă de probă de o lună, la finele căreia, dacă în 90% din vânzări îndeplinesc standardele impuse de platformă, produsele lor primesc indicativul *Amazon Prime*, chiar dacă de livrare se ocupă tot acestea²³.

În cazul ultimelor două situații, deși indicativele din jurul unui produs au rolul de a ajuta utilizatorii platformei, nu poate fi negat faptul că un bun ce se bucură de acel indicativ va fi propulsat în lista de căutare a unui cumpărător, uneori chiar și fără ca acel produs să se suprapună căutării realizate de către utilizator. Astfel, *Amazon* se implică direct în încheierea contractelor, favorizând anumite produse și vânzători, ce-i drept, în baza unor criterii transparente pentru întreprinderi, chiar dacă este sau nu remunerată special pentru asta.

1.2.3. Stabilirea entității care vinde un produs

Pentru utilizatorii platformei, persoana care vinde un bun nu este cunoscută decât în ultimă instanță și chiar și atunci această informație nu este foarte evidentă. După ce alege un produs din lista de căutare, utilizatorul platformei primește detalii suplimentare cu privire la acesta, dar, chiar și în acel moment, numele vânzătorului nu prezintă o importanță așa mare pentru platformă. Comparativ cu alte informații despre produs, numele vânzătorului și al transportatorului apar într-un singur loc, putându-se crea confuzii. Când un bun este oferit spre vânzare de către o singură persoană (fie că este vorba de *Amazon* sau de un terț), identitatea acesteia nu ridică probleme. Dar, atunci când același produs este oferit spre vânzare de către două sau mai multe persoane, stabilirea întreprinderii care vinde un bun poate să creeze confuzii.

Locul în care este stipulat numele vânzătorului și al transportatorului este denumit, de către platformă, *Buy Box*²⁴. În situația în care două sau mai

²³ *Idem*, p. 267.

²⁴ E.J. Janger, A.D. Twerski, *op. cit.*, p. 268.

multe entități oferă spre vânzare un bun, rolul platformei este unul sporit, deoarece ea stabilește, în mod unilateral, ce întreprindere apare, inițial, în *Buy Box* ca vânzător al produsului. Cele mai importante criterii prin care se stabilește automat vânzătorul ce apare în *Buy Box* sunt: timpul în care este livrat, prețul cel mai scăzut și numărul total de produse aflate în stoc²⁵.

Totodată, locul întreprinderii ce sfârșește în *Buy Box* se stabilește prin folosirea unor algoritmi pentru fiecare produs în parte și pentru fiecare căutare separată. Astfel, dacă utilizatorul platformei caută un produs la două ore diferite ale zilei, există posibilitatea ca de fiecare dată altă întreprindere să apară în *Buy Box*²⁶.

1.2.4. Înlocuirea produselor

Amazon își rezervă dreptul, atunci când livrarea produselor se face de către platformă, să înlocuiască un produs comandat de la un vânzător cu un bun al altui vânzător²⁷. În cadrul propriilor depozite, *Amazon* ține o evidență în funcție de bunuri, nu în funcție de vânzători, astfel, toate aceleași produse sunt ținute la un loc, indiferent de întreprinderea ce le oferă spre vânzare. Se poate ajunge la situația în care produsul unui vânzător, din anumite cauze să nu mai poată fi vândut, atunci platforma, fără informarea în prealabil, nici a vânzătorului, nici a cumpărătorului, livrează un bun aparținând unei alte întreprinderi²⁸.

2. Poate răspunde *Amazon* pentru vânzările contractate prin intermediul platformei?

Nu trebuie să ne mire faptul că una dintre cele mai mari și mai cunoscute platforme colaborative este chemată în judecată de foarte multe ori. Conform unei statistici, numai în Statele Unite ale Americii, între anii 2015 și 2019, au fost formulate nu mai puțin de 1351 de cereri de chemare în judecată împotriva societății²⁹.

În situația în care un bun creează un prejudiciu cumpărătorului, din cauza defectelor sale, pot exista două cazuri, în funcție de entitatea care a vândut acel produs. În prima situație, când *Amazon* a vândut bunul, cumpărătorii pot chema în judecată vânzătorul, în speță platforma, în temeiul prevederilor contractuale. În al doilea caz, când platforma doar a intermediat contractul încheiat între vânzător și cumpărător, situația este mai complicată pentru

²⁵ *Idem*, p. 270.

²⁶ E.J. Janger, A.D. Twerski, *op. cit.*, p. 270.

²⁷ *Amazon Services Business Solutions Agreement, F5 – Fulfillment*, [Online] la: <https://sellercentral.amazon.com/gp/help/external/G1791>, accesat la 16.10.2020.

²⁸ E.J. Janger, A.D. Twerski, *op. cit.*, p. 269.

²⁹ S.M. Bender, *op. cit.*, p. 19.

cumpărător. Acesta ar putea să se îndrepte împotriva vânzătorului bunului, în temeiul prevederilor contractuale. Dar, de multe ori, aceste întreprinderi nu pot fi identificate³⁰ și chemarea lor în judecată se dovedește a fi imposibilă. Trebuie avut în vedere că, de multe ori, terții ce își comercializează produsele prin intermediul platformelor colaborative provin din alt stat comparativ cu utilizatorul platformei și acest element de extraneitate nu face decât să îngreuneze situația cumpărătorilor. Astfel, unii utilizatori s-au îndreptat împotriva platformei. Mult timp, nicio instanță nu a considerat că aceasta trebuie să răspundă pentru daunele cauzate de un bun vândut prin intermediul său de către un terț, dar această abordare a început să se schimbe odată cu o decizie dată de către o instanță federală din Statele Unite ale Americii³¹.

Se revine la principala problemă pe care o creează platformele colaborative online. Sunt acestea doar simpli intermediari, care nu fac decât să faciliteze întâlnirea dintre producătorii de bunuri/prestatorii de servicii și cumpărătorii/beneficiarii acelor servicii, sau rolul lor este unul mult mai important decât atât?

2.1. Argumente împotriva existenței unei răspunderi a platformelor de intermediere

În apărarea sa, *Amazon* a adus de-a lungul timpului două argumente principale: faptul că platforma nu dobândește dreptul de proprietate de la vânzatori și nici nu îl transferă mai departe către cumpărători și faptul că societatea nu poate exercita un control eficient asupra produselor vândute de către terți prin intermediul său³².

2.1.1. Lipsa transferului dreptului de proprietate

Amazon a folosit în favoarea sa faptul că o platformă de intermediere nu dobândește dreptul de proprietate asupra unui bun vândut de un terț și, în aceste condiții, nici nu transferă mai departe dreptul de proprietate către cumpărători.

Conform art. 1650 alin. (1) Cod Civil: „vânzarea este contractul prin care vânzătorul transmite sau, după caz, se obligă să transmită cumpărătorului proprietatea unui bun în schimbul unui preț pe care cumpărătorul se obligă să îl plătească.”.

³⁰ Ele pot fi identificate prin intermediul platformei, dar acest lucru nu garantează și faptul că mai pot fi găsite ulterior pentru a fi trase la răspundere pentru deficiențele produselor vândute.

³¹ A se vedea *Oberdorf v. Amazon.com, Inc.*, 930 F.3d 136, 153, 3d Cir, 2019.

³² A. Doyer, *op. cit.*, p. 725.

Într-o hotărâre pronunțată de o instanță federală din Maryland, Statele Unite ale Americii³³, s-a stabilit că platforma *Amazon* nu poate fi considerată vânzătorul unui produs din moment ce un terț a oferit bunul spre vânzare prin intermediul său. În acea speță, reclamantul a suferit vătămări din cauza unor baterii reîncărcabile cumpărate, prin intermediul platformei, de la un terț și livrate tot de aceasta. Instanța a concluzionat că rolul platformei, acela de a intermedia încheierea de contracte între vânzători și cumpărători, nu poate să fie asimilat rolului unui vânzător, inclusiv pentru motivul că transferul dreptului de proprietate se face direct de la vânzător către utilizatorul platformei, aceasta din urmă neintervenind decât pentru a intermedia interacțiunea dintre cele două părți ale contractului de vânzare³⁴.

Tot în Statele Unite ale Americii, de data aceasta o instanță federală din statul Tennessee s-a confruntat cu o cerere asemănătoare³⁵. În această speță reclamantul a cumpărat de pe platformă un scuter electric vândut de către o întreprindere ce își avea sediul în China. Din cauza unor probleme apărute la bateriile reîncărcabile ale scuterului, acesta a luat foc, afectând casa reclamantului, cauzându-i prejudicii materiale. Acesta a formulat o cerere de chemare în judecată atât împotriva societății care a vândut bunul, cât și împotriva platformei, susținând că bunul a fost introdus în circuitul civil de către ambele entități. *Amazon* s-a apărat susținând, printre altele, că nu a deținut dreptul de proprietate asupra produsului și, astfel, nici nu a avut cum să îl transmită mai departe, neputând să fie asimilat unui vânzător. Instanța a stabilit că acțiunile platformei erau specifice unui prestator de servicii din moment ce a intermediat vânzarea aceluși bun, și nu specifice unui vânzător³⁶.

2.1.2. Lipsa unui control efectiv asupra produselor

Un alt argument al societății *Amazon* este acela conform căruia ea nu poate exercita suficient control asupra produselor vândute de către terții vânzători prin intermediul propriei infrastructuri, nici în faza producției bunului și nici în faza comercializării acestuia³⁷.

Este cât se poate de clar că în faza de producție a unui bun, o platformă de intermediere nu are cum să intervină și nici să exercite un control direct asupra acestei etape. În schimb, în faza comercializării produselor, se pot aduce unele argumente conform cărora o platformă de intermediere exercită un control chiar și asupra bunurilor vândute de terți. Prin analize jurisprudențiale, instanțele au stabilit dacă o platformă online are un control direct asupra

³³ A se vedea *McDonald v. LG Electronics USA, Inc.*, 219 F. supp. 3d 533, D. Md., 2016.

³⁴ R. Sprague, *op. cit.*, p. 262.

³⁵ A se vedea *Fox v. Amazon.com, Inc.*, 930 F.3d 415, 421, 6th Cir, 2019.

³⁶ R. Sprague, *op. cit.*, p. 264-266.

³⁷ A. Doyer, *op. cit.*, p. 725.

vânzării unui produs având în vedere următorii factori: cine a publicat acel anunț de vânzare al produsului, dacă a fost făcută o descriere amănunțită a produsului și dacă da, cine a făcut această descriere³⁸.

În cadrul platformei *Amazon*, anunțul este publicat de către întreprinderile ce oferă spre vânzare produsele, platforma nu are cum să aibă această inițiativă și, în ceea ce privește descrierea unui bun, ea este făcută, de fiecare dată, de către vânzătorul acestuia, niciodată de către platforma de intermediere. Având în vedere aceste aspecte, nu se poate afirma faptul că *Amazon* exercită un control în ceea ce privește vânzarea unui bun de către un terț deoarece atât anunțul de vânzare, cât și descrierea produsului sunt făcute de către acesta din urmă, nu de către platformă.

Printr-o hotărâre pronunțată în anul 2019, o instanță federală din federală din Statele Unite³⁹ a stabilit că, indiferent dacă se implică direct în livrarea produsului, prin intermediul programului *Fulfillment by Amazon*, nu se poate susține că platforma exercită un control real asupra vânzării unui bun, deoarece ea nu se implică în producția acestuia și nici nu are inițiativa vânzării sale⁴⁰.

2.2. Argumente în favoarea existenței unei răspunderi a platformei de intermediere

Conform unui studiu publicat de *Wall Street Journal*, 4152 de produse aflate pe platforma *Amazon* sunt interzise pentru comercializare, sunt declarate nesigure sau prezintă o etichetă ce poate induce în eroare consumatorul⁴¹. Totodată, foarte mulți operatori economici proveniți din state precum China sau India își oferă spre vânzare produsele prin intermediul platformei. Practic, prin intermediul *Amazon*, multe întreprinderi ajung să comercializeze bunuri periculoase sau chiar interzise, platforma fie pierzând controlul asupra produselor oferite spre vânzare, fie refuzând să exercite un astfel de control⁴².

În situația în care un produs este vândut de un terț, platforma nu are calitatea de vânzător, dar, se pune problema dacă, datorită acțiunilor sale, aceasta poate fi asimilată unuia și să răspundă astfel pentru daunele cauzate de bunurile puse în vânzare prin intermediul său. Dacă s-ar admite această posibilitate, s-ar trece de la o definiție mai obișnuită, „tradițională” a noțiunii

³⁸ A. Doyer, *op. cit.*, p. 727.

³⁹ A se vedea *Erie Insurance Company v. Amazon.com, Inc.*, 925 F.3d 135, 4th Cir., 2019.

⁴⁰ R. Sprague, *op. cit.*, p. 263.

⁴¹ A. Berzon, S. Shifflett, J. Scheck, *Amazon Has Ceded Control of Its Site. The Result: Thousands of Banned, Unsafe or Mislabeled Products*, [Online] la: <https://www.wsj.com/articles/amazon-has-ceded-control-of-its-site-the-result-thousands-of-banned-unsafe-or-mislabeled-products-11566564990>, accesat 21.10.2020.

⁴² R. Sprague, *op. cit.*, p. 256.

de vânzător la una modernă, această nouă abordare fiind mai adaptată condițiilor sociale actuale⁴³.

Argumentele care susțin existența unei astfel de răspunderi a platformei de intermediere sunt și argumentele pe care cumpărătorii le-au adus de-a lungul timpului în favoarea lor.

2.2.1. Existența unui control efectiv asupra produselor vândute

Tocmai argumentul folosit de către platformă, poate fi, în anumite cazuri, folosit pentru a susține existența unei răspunderi a acesteia. *Amazon* poate influența direct ordinea în care produsele apar în lista de căutare a utilizatorilor platformei și întreprinderea ce este desemnată automat ca vânzător al unui produs. Totodată, platforma se poate implica direct și în livrarea bunurilor vândute de către terți prin intermediul său și își rezervă dreptul ca, în aceste situații, să înlocuiască un produs vândut de către un terț cu un bun aparținând altei întreprinderi⁴⁴.

În ceea ce privește criteriile menționate anterior, platforma se implică direct în actul de vânzare al unui bun de către un terț prin faptul că restricționează prețul pe care îl pot cere terții pentru acesta. *Amazon* nu stabilește direct prețul pe care îl pot cere terții, dar, în funcție de produsul oferit spre vânzare, sunt stabilite anumite limite între care terții trebuie să se încadreze. Totodată, platforma exercită un control direct asupra vânzărilor efectuate de terți prin faptul că aceștia și cumpărătorii nu pot comunica decât prin intermediul său⁴⁵.

Cu privire la controlul exercitat de către platformă, printr-o hotărâre pronunțată de către o instanță din Statele Unite, aceasta a remarcat că rolul *Amazon* nu era asemănător rolului pe care l-ar avea un simplu intermediar⁴⁶. Astfel, platforma, prin intermediul programului de livrare, intră în posesia bunului vândut de către un terț și îl livrează cumpărătorilor în propriile sale ambalaje. Totodată, singura modalitate în care utilizatorii platformei pot comunica este prin intermediul mijloacelor puse la dispoziție de către aceasta. În ceea ce privește procesul de vânzare al unui bun, controlul exercitat de către *Amazon* este unul și mai mare. Din acest punct de vedere, platforma gestionează toate metodele de plată, terții vânzători sunt obligați să ofere descrierile produselor într-o manieră cerută în mod expres de către platformă și aceasta își rezervă dreptul de a modifica, suspenda sau interzice vânzarea oricărui produs de către terți⁴⁷.

⁴³ A. Doyer, *op. cit.*, p. 724.

⁴⁴ A se vedea *supra*, p. 4-8.

⁴⁵ A. Doyer, *op. cit.*, p. 748.

⁴⁶ A se vedea *Papataros v. Amazon.com, Inc.*, 2019 WL 4011502, D.N.J., 2019.

⁴⁷ A. Doyer, *op. cit.*, p. 749.

2.2.2. Influența mărcii Amazon

Multe întreprinderi se folosesc de platformele colaborative precum *Amazon* pentru a pătrunde pe noi piețe. Avem în vedere aici situația în care multe societăți ce provin în special din China folosesc platformele colaborative pentru a-și vinde produsele către persoane fizice sau juridice din Statele Unite sau Uniunea Europeană.

Pe lângă situația în care unei întreprinderi i-ar fi fost mult mai dificil să pătrundă pe o piață străină din cauza barierelor juridice, trebuie avut în vedere și impactul asupra potențialilor cumpărători ai produselor sale. Prin simpla asociere cu numele *Amazon*, șansele de a vinde un bun cresc substanțial din două motive: numărul potențialilor cumpărători este unul mult mai mare datorită traficului generat de platformă și renumele mărcii *Amazon* poate influența cumpărătorii.

Inclusiv la nivel jurisprudencțial s-a stabilit că prin intermediul platformei *Amazon* sunt depășite barierele de ordin fizic și legislativ ce stau în calea întreprinderilor străine atunci când ele doresc să își comercializeze produsele în alte state. Dar aceste bariere fizice și juridice au rolul de a împiedica comercializarea bunurilor a căror calitate lasă de dorit⁴⁸.

Renumele mărcii poate influența și altfel cumpărătorii. Din cauza politici de funcționare a platformei, distincția dintre platforma de intermediere și vânzători este una destul de dificil de făcut pentru mulți dintre cumpărători. Adăugând aici și renumele *Amazon*, există posibilitatea ca utilizatorii să aibă cât mai puțină reticență cu privire la persoana vânzătorului, fie din cauză că nu realizează că acesta este un terț, fie din cauză că *Amazon* și-a asociat numele cu acesta. Inclusiv Avocatul General, în concluziile sale din cauza *Coty c. Amazon*⁴⁹, a afirmat că nu este întotdeauna ușor, nici pentru un internaut normal informat și suficient de atent, să determine dacă produsele afișate sunt vândute de *Amazon* sau de un terț prin intermediul acesteia.

2.2.3. Situația în care platforma este singurul participant la vânzarea produselor împotriva căruia se poate îndrepta un cumpărător

Utilizatorii platformei pot comunica între ei doar prin intermediul acesteia. Un cumpărător nesatisfăcut de produsul achiziționat nu are alte modalități de a comunica vânzătorului respectivele probleme. Desigur, utilizatorii au posibilitatea de a obține date cu privire la vânzătorul unui produs, dar ei nu au și garanția că acesta poate fi și tras la răspundere. Există numeroase

⁴⁸ A se vedea *Erie Insurance Company v. Amazon.com, Inc.*, op. cit..

⁴⁹ Concluziile Avocatului General din 28 noiembrie 2019, C-567/18, EU:C:2019:1031.

cazuri în care nici cumpărătorul, nici *Amazon* nu pot să identifice în mod real vânzătorul unui bun⁵⁰.

Inclusiv vicepreședintele Departamentului de Marketing *Amazon* a afirmat faptul că societatea nu cere nicio dovadă și nici nu verifică ulterior dacă terții desfășoară o activitate propriu-zisă și în mod legal, conform legislației statului în care au sediul social⁵¹.

Desigur, acest argument trebuie tratat de la caz la caz în funcție de particularitățile fiecărei situații. În majoritatea cazurilor, vânzătorii pot fi identificați și chemați în judecată de către cumpărătorii nemulțumiți de bunurile achiziționate, dar pot exista și situații în care acest lucru este imposibil.

2.2.4. Situația în care platforma este într-o poziție mult mai bună de a identifica anumite neregularități ale produsului

Se ridică problema dacă platforma, spre deosebire de cumpărătorul unui bun, este într-o mai bună poziție de a identifica dacă produsul prezintă sau nu anumite neregularități. Nu se poate cere unei platforme de intermediere, chiar și în situația în care ea se ocupă direct de livrarea unui bun, să cunoască orice defect al acestuia, mai ales având în vedere diversitatea produselor ce pot fi comercializate prin intermediul său.

Din acest punct de vedere, nu se poate cere platformei de intermediere să realizeze un control *ex ante* asupra condițiilor în care se află bunurile vândute, dar *Amazon* poate exercita un control mult mai mare asupra acestora prin intermediul recenziilor primite. Astfel, platforma primește toate recenziile oferite de către cumpărători și poate decide, în cazul în care un produs primește recenzii negative constant, să îl elimine din listele de căutare ale utilizatorilor⁵². În anumite cazuri, *Amazon* chiar a și apelat la această practică. Atunci când s-a confruntat cu mai multe cazuri în care bateriile din litiu din scuterele electrice au luat foc, *Amazon* a sistat comercializarea acestora⁵³.

La fel ca argumentul anterior și acesta trebuie analizat de la caz la caz în funcție de particularitățile fiecărei situații.

2.2.5. Existența unei răspunderi a platformei ar fi o garanție suplimentară referitoare la siguranța produsului

Amazon nu se implică direct în proiectarea sau producția bunurilor vândute de terți și nici nu are o relație contractuală cu cei ce se ocupă de aceste

⁵⁰ USA: *Amazon's Liability As "Seller" of Products Offered On Its Marketplace By Third Parties*, în *Computer Law Review International*, Vol. 20, Nr. 4, 2019, p. 121.

⁵¹ *Idem*, p. 122.

⁵² USA: *Amazon's Liability As "Seller" of Products Offered On Its Marketplace By Third Parties*, *op. cit.*, p. 122.

⁵³ R. Sprague, *op. cit.*, p. 265.

aspecte. Dar, asemenea argumentului anterior, întreprinderile ce doresc să își vândă produsele prin intermediul platformei de intermediere încheie contracte de adeziune cu aceasta, contracte prin intermediul cărora platforma își rezervă dreptul de a suspenda, interzice sau de a înceta vânzarea oricărui bun de către terți. Totodată, *Amazon* își rezervă dreptul de a impune anumite restricții cantitative asupra vânzătorilor, precum și dreptul de a înceta orice colaborare cu aceștia⁵⁴.

În aceste condiții, *Amazon* este în măsură să verifice dacă anumite produse prezintă riscuri prin intermediul plângerilor și recenziilor cumpărătorilor și existența unei astfel de răspunderi a platformei ar putea aduce o garanție suplimentară cumpărătorilor.

2.2.6. Existența unui profit al platformei

Acest argument își are mai mult originea în teoriile obiective ale răspunderii civile delictuale. În acest sens, orice entitate care profită de pe urma unei anumite activități trebuie să suporte, în schimb, riscul producerii unui prejudiciu⁵⁵.

În cazul de față, *Amazon* beneficiază de pe urma încheierii contractelor de vânzare prin intermediul său din moment ce terții vânzători sunt obligați să plătească un procent din prețul obținut din vânzare către platformă în schimbul serviciilor oferite. Profitul obținut de *Amazon* este redus profitului obținut de către vânzător, dar nu poate fi negat faptul că platforma obține un profit din fiecare vânzare efectuată de terți prin intermediul său.

Totodată, *Amazon* își rezervă dreptul de a modifica (în cazul de față nu putem să ne gândim decât la o majorare) comisioanele percepute de la terți în funcție de riscurile pe care aceștia le generează. În aceste condiții, platforma ar trebui să răspundă pentru bunurile puse în circulație de către terți⁵⁶.

2.3. Remedii posibile

Un cumpărător care achiziționează un bun de la un terț, prin intermediul platformei *Amazon*, și nu este mulțumit de calitatea acestuia nu are foarte multe posibilități. Acest lucru este cauzat de faptul că o platformă colaborativă acționează ca un intermediar. Inclusiv o platformă precum *Amazon* care are un rol activ în încheierea contractelor, de multe ori depășind rolul unui simplu intermediar, acționează tot în această calitate.

⁵⁴ USA: *Amazon's Liability As "Seller" of Products Offered On Its Marketplace By Third Parties*, op. cit., p. 122.

⁵⁵ L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Curs de drept civil: obligațiile*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 313.

⁵⁶ USA: *Amazon's Liability As "Seller" of Products Offered On Its Marketplace By Third Parties*, op. cit., p. 122.

Platformele colaborative online au adus o schimbare în structura obișnuită a unui contract, nemaexistând o relație bipartită, ci una tripartită. În cazul cumpărării unui bun, de cele mai multe ori era necesar un singur contract, cel de vânzare încheiat între vânzător și cumpărător. Dar, în cazul achiziționării unui produs prin intermediul unei platforme colaborative sunt necesare trei contracte: unul între vânzător și platformă, prin care sunt stabilite condițiile utilizării platformei de către vânzător, unul între cumpărător și platformă, prin intermediul căruia sunt stabilite condițiile în care cumpărătorul utilizează platforma și unul între vânzător și cumpărător⁵⁷.

Se poate observa că între cumpărător și platformă nu există decât un contract, prin intermediul acestuia fiind reglementate condițiile de utilizare ale platformei. Astfel, din moment ce platforma nu este parte în contractul de vânzare, cumpărătorul nu are deschisă nicio cale prin care să poată atrage răspunderea contractuală a acesteia în situația în care el este nemulțumit de calitatea unui bun cumpărat. Mai mult decât atât, în contractul prin care sunt reglementate condițiile de utilizare ale platformei de către cumpărător, este stipulat că *Amazon* nu răspunde pentru prejudiciile cauzate de utilizarea propriilor servicii, precum și pentru prejudiciile cauzate de produsele vândute prin intermediul său⁵⁸.

Se poate pune problema dacă relația juridică dintre *Amazon* și terții care își comercializează bunurile prin intermediul său poate fi asimilată unui raport contractual de distribuție. În acest sens, contractul de distribuție poate fi definit ca fiind acordul prin care o parte, denumită producător, se obligă să îi livreze celeilalte părți, denumită distribuitor, produsele sale, urmând ca acesta din urmă să le revândă propriilor clienți⁵⁹.

Trebuie făcută o distincție între cele două modalități de livrare ale produselor vândute de către terți. În situația în care de livrare se ocupă direct vânzătorul, raporturile contractuale dintre acesta și platformă nu se aseamănă raporturilor contractuale dintr-un contract de distribuție.

În situația în care *Amazon* se ocupă de livrarea produselor, rolurile părților se apropie mult mai mult de rolurile pe care îl au producătorul și distribuitorul într-un contract de distribuție. Astfel, vânzătorul livrează către depozitele *Amazon* bunurile pe care el dorește să le comercializeze prin intermediul platformei, iar, din acel moment, de toate formalitățile se ocupă aceasta,

⁵⁷ J.C. Carvalho, *Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe*, în Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 12, Nr. 1, Martie 2020, p. 866.

⁵⁸ *Amazon Conditions of Use*, varianta mai 2018, [Online] la: https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=508088&ref=footer_cou, accesat 10.11.2020.

⁵⁹ C.T. Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional*, Editura Hamangiu, București, 2018, p. 215.

inclusiv de inventarierea bunurilor și notificarea vânzătorului în cazul în care stocul se micșorează, acesta trebuind să îl refacă. În această situație, obligațiile vânzătorului se aseamănă mult mai mult cu obligațiile pe care le are un producător într-un contract de distribuție. Există totuși și diferențe. În primul rând, în cadrul contractului de distribuție, producătorul transferă dreptul de proprietate către distribuitor, în timp ce, în cadrul relației contractuale dintre *Amazon* și terții vânzători, acesta nu este transferat. În al doilea rând, *Amazon* este remunerat de către terț pentru serviciile prestate pentru acesta, în timp ce distribuitorul primește o remunerație rezultată din diferența dintre prețul de cumpărare și cel de revânzare⁶⁰. În al treilea rând, atât în cadrul distribuției, cât și în cadrul platformei colaborative, bunurile sunt vândute către terți, doar că, în cazul unui contract de distribuție, produsele sunt vândute de către distribuitor, în timp ce, în cazul relației contractuale dintre *Amazon* și utilizatorii platformei, produsele sunt vândute de către terții vânzători.

Dacă raporturile dintre *Amazon*, vânzători și cumpărători pot fi asimilate unor raporturi contractuale de distribuție, cumpărătorii pot să se îndrepte direct împotriva platformei în cazul în care bunurile vândute sunt defecte și creează prejudicii. Dar, suntem de părere că, deși există o asemănare în modul în care părțile acționează, acestea nu pot fi asimilate unui producător și distribuitor.

Ar mai putea fi analizată și protecția oferită de către legea nr. 240/2004 privind răspunderea producătorilor pentru pagubele generate de produsele cu defecte⁶¹ prin care a fost transpusă Directiva 85/374/CEE privind răspunderea producătorului⁶². Conform art. 2 alin. (1) lit. a) pct. 5 al prezentei legi, dacă producătorul unui bun nu poate fi identificat, fiecare furnizor al produsului respectiv este tratat drept producător, dacă el nu comunică consumatorului prejudiciat, într-un interval de timp rezonabil, datele de identificare ale producătorului sau ale persoanei care i-a furnizat produsul.

Se impun a fi făcute câteva precizări cu privire la această protecție. Ea este oferită doar consumatorilor. Astfel, conform art. 2 alin. (1) lit. c) pct. 2 și 3 al prezentei legi, pentru a putea beneficia de protecția oferită, bunul trebuie să fie destinat folosinței ori consumului privat și să fie folosit de către persoana prejudiciată pentru uz sau consum personal. În atare condiții, de respectivele prevederi nu se pot bucura decât consumatorii achiziționează un bun prin intermediul platformei *Amazon*, nu și profesioniștii.

Totodată, trebuie analizat dacă o platformă de intermediere poate să fie asimilată unui furnizor în sensul prezentei legi pentru a putea răspunde pentru pagubele generate de produsele cu defecte. În acest sens, trebuie făcută din nou

⁶⁰ *Idem*, p. 215.

⁶¹ Republicată în M. Of. nr. 313 din 22 aprilie 2008.

⁶² JO L 210, 7.8.1985, p. 29-33, modificată și completată prin Directiva nr. 1999/34/CE a Parlamentului European și a Consiliului, JO L 141, 4.6.1999, p. 20.

o diferențiere în funcție de entitatea care livrează bunurile. Dacă acest lucru este făcut de către vânzător, platforma nu poate fi asimilată unui furnizor, dar dacă ea livrează bunurile, considerăm că poate fi asimilată unui furnizor în sensul prezentei legi.

Pot exista situații plauzibile în care producătorul unui bun nu poate fi identificat. Astfel, au existat numeroase situații în care nici cumpărătorul și nici *Amazon* nu au reușit să identifice vânzătorul unui bun ulterior încheierii contractului și livrării produsului. În aceste condiții, platforma ar putea fi răspunzătoarea din moment ce nu reușește să comunice cumpărătorului datele de identificare ale respectivului vânzător.

Concluzionând, pentru ca *Amazon* să poate fi tras la răspundere în temeiul acestei legi, considerăm că trebuie îndeplinite următoarele condiții: bunul să fie achiziționat de către un consumator, nu de către un profesionist, produsul să fie livrat de către *Amazon* și vânzătorul respectivului bun să nu mai poată fi identificat.

Concluzii

Economia colaborativă a revoluționat modul în care profesioniștii și consumatorii își achiziționează bunurile necesare. Această modificare, posibilă odată cu expansiunea Internetului, a adus noi oportunități întreprinderilor ce doreau să își vândă bunurile prin intermediul mijloacelor online, dar, pe lângă aceste oportunități, au apărut și multe riscuri, în special în sarcina cumpărătorilor.

Teoretic, platformele colaborative acționează în calitate de prestator de servicii, intermediind încheierea contractelor de vânzare. Dar, în realitate, acestea exercită un control mult mai mare asupra întregii operațiuni, depășind de multe ori rolul unui simplu intermediar.

Odată cu creșterea numărului de produse vândute prin intermediul platformelor online, a crescut și posibilitatea ca acestea să prezinte anumite defecțiuni și să cauzeze prejudicii cumpărătorilor. Într-un raport contractual bipartit, situația este simplă, dar în cazul economiei colaborative, din cauza implicării platformelor, pot exista confuzii în ceea ce privește persoana vânzătorului.

Astfel, considerăm că ar trebui să existe o mai mare răspundere a platformelor colaborative, din moment ce acestea au de câștigat de pe urma intermediării contractelor de vânzare. Ele ar trebui să ofere mai multe garanții utilizatorilor, în special în ceea ce privește siguranța bunurilor pe care aceștia le vor cumpăra prin intermediul lor.

Non-assertion pledges sau despre figuri juridice proteice *Non-assertion pledges* or proteiform legal figures

Ramona Daniela Stângaciu¹

Rezumat: În prezent, sistemul de brevetare este unul complex, întrucât juriștii creează noi figuri juridice cu scopul de a soluționa problemele care decurg din exploatarea brevetelor. Unul dintre aceste instrumente este reprezentat de *patent pledge*. În cadrul articolului vom examina consecințele asumării unui astfel de angajament de către titularul de brevet. În analiză vom avea în vedere situația unui tip specific de *pledge*, respectiv *non-assertion pledge*, cu scopul de a determina dacă acesta leagă din punct de vedere juridic autorul său. Pentru a sublinia diferențele dintre sistemele de drept, în analiza *non-assertion pledge*, vom avea în vedere sistemul de drept din Statele Unite ale Americii. În final, vom oferi o perspectivă asupra modalității în care aceste instrumente juridice pot fi analizate prin prisma legislației din România.

Cuvinte-cheie: *pledge*; forța juridică; ofertă de a contracta; promisiunea unilaterală.

Abstract: Nowadays, the patent system landscape is a complex one, as jurists create new legal instruments in order to deal with the practical problems that arise out of the exploitation of patents. One of these legal instruments is the *patent pledge*. Throughout his article we will examine the legal implications of assuming a *patent pledge* by the patent owner. In our analysis we will focus on one specific type of pledge, the *non-assertion pledge* and we will try to discover if it is legally binding. In order to emphasize the differences between the legal systems, we will take into account the solutions elaborated by authors from the United States of America. Finally, we will offer an insight into how these legal instruments can be examined from the perspective of the Romanian legislation.

Keywords: *pledge*; legal effect; offer; unilateral promise.

Introducere

Brevetele de invenții – monopoluri acordate cu scop de încurajare a inovării – devin obiectul unor acte juridice care ridică din ce în ce mai multe întrebări privind natura și forța lor juridică. Cu excepția încheierii unor contracte de licență, nu ar putea fi imaginate alte figuri juridice care, indirect, să aibă un efect similar, dar care să presupună, simultan, mai puține obligații pentru titularul de brevet? Răspunsul pare să fie afirmativ, dacă avem în vedere

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, e-mail: ramona.stangaciu@uaic.ro.

patent pledges, asumate din ce în ce mai frecvent și în scopuri din ce în ce mai diferite de către titularii de brevete. Cel mai recent, ca urmare a acțiunilor Open COVID Coalition, s-au pus bazele unei platforme online – Open COVID Pledge – care furnizează celor interesați modele standard de angajamente unilaterale, fie cu privire la brevete, fie cu privire la drepturi de autor, sau chiar ambele. În acest sens, titularii de brevet se obligă să acorde o licență neexclusivă, totală și fără plată de redevențe privind brevetele lor, pe perioada pandemiei COVID-19, în scopuri limitate privind identificarea unor tratamente, metode de diagnostic, prevenire sau limitare a răspândirii bolii². Aceasta reprezintă doar una dintre formele sub care se pot înfățișa obligațiile celor care fac astfel de promisiuni (*patent pledges*). Elementul comun al acestora este dat de publicarea *pledge* pe paginile *web*, realizându-se o întrepătrundere între drept și Internet.

În continuare, vom examina *patent pledges* prin prisma definiției și a clasificării acestora (1), urmând să determinăm posibilele motivații ale operatorilor de comerț internațional privind asumarea acestora (2). Subsecvent, ilustrăm teoriile propuse pentru a justifica natura și forța lor juridică în sistemul de drept american și cel român (3). În final, vom sistematiza abordările identificate, subliniind principalele probleme.

1. Noțiunea de *patent pledge*

Noțiunea de *patent pledge* este întâlnită preponderent în sistemele de drept anglo-saxone, majoritatea acestor acte fiind adoptate de persoane juridice având naționalitate americană. În definirea acestora, pornim de la ce semnifică, din punct de vedere juridic, termenul *pledge*. Aceasta desemnează „*A formal promise or undertaking*”³. Translând aceste aspecte în materia brevetelor, într-o accepțiune largă, *patent pledges* sunt văzute ca instrumente juridice prin care titularii de brevet își asumă față de terți obligații privind invențiile brevetate cu, sau fără, stabilirea unei redevențe⁴. Cu toate acestea, definițiile pot fi nuanțate, în funcție de tipul de *patent pledge* pe care îl avem în vedere. În literatura de specialitate a fost propusă o taxonomie⁵ privind aceste acte

² Pentru modelele propuse, a se vedea, [Online] la <https://opencovidpledge.org/licenses/>, accesat la 24 august 2020, secțiunea OCL-Standard.

³ În acest sens, B.A. Garner (coord.), *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition, West Thomson Reuters, United States of America, 2009, p. 1272.

⁴ A se vedea, J.F. Ehrnsperger, F. Tietze, *Patent pledges, open IP, or patent pools? Developing taxonomies in the thicket of terminologies*, PLoS ONE 14(8):e0221411, p.3. [Online] la <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0221411>, accesat la 12 august 2020.

⁵ A se vedea, J.L. Contreras, *Patent Pledges*, Arizona State Law Journal 543, 47(3), 2015, University of Utah College of Law Research Paper No. 93, pp. 557-564. [Online] la https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2525947, accesat la 12 august 2020.

juridice, însă, pentru simplificarea înțelegerii, vom avea în vedere obiectul acestor angajamente. Din acest punct de vedere, putem identifica *patent pledges*⁶: (a) prin care titularul se obligă să nu acționeze contra terților care folosesc fără drept invenția brevetată (*non-assertion pledge*), (b) prin care titularul de brevet se obligă să acorde licențe privind brevetele sale standard esențiale⁷, (c) prin care titularul de brevet se obligă să nu transmită drepturile dobândite către entitățile care nu exploatează invențiile (*non-practicing entities*)⁸. Observăm că, în lumina definiției generale, „accesul” la invențiile brevetate poate fi asigurat într-o manieră pozitivă, e.g. cazul de la litera b), sau într-o manieră negativă, e.g. cazul de la litera a).

În continuarea cercetării, vom avea în vedere un tip specific, respectiv, *non-assertion pledge*. Acesta desemnează acel angajament public, pe care titularul de brevet și-l asumă față de terțe persoane, neidentificate, prin care primul se obligă să nu acționeze în justiție împotriva celor care ar folosi invențiile la care se face mențiune în cuprinsul actului⁹.

Angajamente de tipul *non-assertion pledge* au fost asumate e.g. de Google, prin *Open Patent Non-Assertion Pledge*¹⁰, de Daikin, prin *Daikin's Patent Pledge for HFC-32 Equipment*¹¹, de Fujitsu, prin *Fujitsu Open COVID Pledge of Non-Assertion*¹². Deși terminologia diferă, conținutul angajamentului în cazul exemplurilor indicate este același, „covenants not to assert”¹³, „pledges not to file a

⁶ Enumerarea nu are caracter exhaustiv. În continuarea studiului vom urmări, în principal, un anumit tip de *patent pledge*, cel menționat la litera a).

⁷ Caracterul esențial al brevetului face ca acesta să fie indispensabil obținerii unui produs care să se conformeze standardului. Pentru cel care dorește să obțină un anumit produs nu există altă cale decât aceea de a obține o licență pentru brevetul standard esențial. A se vedea, M. Lemley, T. Simcoe, *How Essential Are Standard-Essential Patents?*, Cornell Law Review, Vol. 3/2019, p. 609. [Online] la <https://law.stanford.edu/publications/how-essential-are-standard-essential-patents/>, accesat la 12 august 2020.

⁸ Acestea reprezintă entități care au ca strategie de afaceri achiziționarea de brevete (în principal, deși nu este exclus ca ele să investească în cercetare și dezvoltare cu acest scop), dar care nu le exploatează în sensul obținerii unor produse care să încorporeze invenția care a format obiectul brevetului. A se vedea, A. Haus, S. Juranek, *Non-practicing entities: Enforcement specialits?*, International Review of Law and Economics, Vol. 53, Martie 2018, p. 38.

⁹ A se vedea, *Idem*, p. 4; J.L. Contreras, *The Evolving Patent Pledge Landscape*, Centre for International Governance Innovation, CIGI Papers No. 166 – April 2018, p. 1. [Online] la https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.166%20Cover_0.pdf, accesat la 7 august 2020.

¹⁰ [Online] la <https://www.google.com/patents/opnpledge/pledge/>, accesat la 12 august 2020.

¹¹ [Online] la <https://www.daikin.com/patent/r32/pledge/>, accesat la 12 august 2020.

¹² [Online] la <https://pr.fujitsu.com/jp/news/2020/05/12b.pdf>, accesat la 12 august 2020.

¹³ Angajamentul asumat de compania Fujitsu, punctul 1 – *Grant and Scope*.

*lawsuit or other proceeding*¹⁴, „*will not bring lawsuit or other legal proceeding*”¹⁵. Observăm, din exemplele indicate, faptul că asumarea de *non-assertion pledges* nu este limitată la un anumit domeniu de activitate.

Raportat la ipotezele care pot fi identificate, considerăm că este posibil ca: (a) o terță persoană să exploateze deja invenția brevetată pentru care s-a asumat la un anumit moment un angajament (*non-assertion pledge*). Se impune să examinăm situația terțului *ante* și *post* publicare *pledge*. Astfel, pentru intervalul de timp dintre începerea exploatării invenției și publicarea *pledge*, nu credem că cel care exploata fără drept invenția poate fi exonerat de răspundere. Prin prisma situației ulterioare publicării, terțul care va continua să exploateze invenția brevetată ar avea o justificare pentru aceste acte, cât timp se situează în limitele trasate în *pledge*. Practic, acesta nu ar mai putea fi obligat *e.g.* la plata de despăgubiri pentru o atare utilizare a invenției brevetate de autorul *pledge*. Acest aspect este valabil deoarece, deși *non-assertion pledge* reprezintă un angajament de a nu acționa în instanță, actul are un efect mediat, indirect, în sensul de a permite folosirea respectivei invenții de către terți. Din acest motiv, conduita celui care exploatează invenția nu ar mai putea fi apreciată ca nelegală, în măsura în care se circumscrie condițiilor incluse în *pledge*, și (b) o terță persoană să înceapă să exploateze invenția abia după publicarea angajamentului. În acest caz este cert că efectul este similar cu cel indicat la lit. a) deoarece, indirect, se legitimează o conduită care, în absența angajamentului, ar fi nelegală și l-ar îndreptăți pe titularul de brevet la promovarea unei acțiuni în justiție.

Sușținerile anterioare trebuie privite în lumina modalității în care funcționează sistemul de brevetare. Brevetul produce efecte doar pe teritoriul statului unde a fost acordat. Consecința acestui aspect este că încălcarea drepturilor titularului brevet poate fi discutată doar în raport de teritoriul statului unde a fost recunoscută o atare protecție. Dacă un terț *e.g.* exploatează invenția pe teritoriul unui stat unde nu s-a obținut protecția prin brevet, nu s-ar putea argumenta că există o încălcare a drepturilor. Pentru înțelegere, recurgem la un caz eidetic, în care brevetul a fost obținut în România. În ipoteza în care un terț fabrică în România un produs încorporând aceeași invenție, fără consimțământul titularului, săvârșește un act de contrafacere. Totuși, dacă un terț fabrică același produs în Franța, unde nu s-a obținut protecția invenției din România prin brevet, actele terțului nu pot fi calificate drept contrafacere.

Revenind la problema *non-assertion pledge*, care, indirect, legitimează utilizarea invenției, s-ar putea ridica întrebarea de ce se asumă astfel de acte, fără impunerea de limite teritoriale, așadar, inclusiv pentru statele unde nu s-a obținut protecția invenției prin brevet și, aparent, nu s-ar putea invoca nici

¹⁴ Angajamentul asumat de Daikin, punctul 2 – *Pledge*.

¹⁵ Angajamentul asumat de Google, în secțiunea *Our Pledge*.

încălcarea drepturilor? Raportat la sfera actelor pe care legislațiile¹⁶ le califică drept acte de contrafacere, identificăm și importul produselor contrafăcute. Cazul anterior descris ar presupune ca importul produselor din Franța în România să fie calificat drept contrafacere în măsura îndeplinirii și a celorlalte condiții prevăzute de lege. Observăm că o parte dintre efectele *non-assertion pledge* se produc asupra raporturilor de comerț internațional întrucât s-ar putea conferi legitimitate inclusiv importului de produse care (în alte circumstanțe) ar fi calificat drept contrafacere. Importatorul și exportatorul, situați în state diferite și care încheie contracte de comerț internațional privind produsele respective nu ar mai putea fi acuzați de contrafacere¹⁷.

Nu în ultimul rând, trebuie să remarcăm o schimbare de perspectivă. Dacă firescul este folosirea unui brevet de invenție cu scop ofensiv, împotriva celor care exploatează fără drept invenția, *non-assertion pledges* schimbă acest raport. De această dată, brevetul nu mai are decât un rol defensiv¹⁸, dinamica fiind inversată și atipică față de scopul uzual pentru care este invocată existența unui brevet de invenție.

2. Scopul *pledges* privind brevetele

Există o nuanță comună sistemelor de brevetare, cea privind prerogativa titularului de brevet de a îi exclude pe terți de la a săvârși actele indicate expres și limitativ de lege. Această exclusivitate are consecințe și asupra deciziilor de natură economică. Tradițional, se consideră¹⁹ că titularii de brevet vor urmări să profite de prerogativele recunoscute lor, exploatând material invenția brevetată, urmărind încheierea de contracte prin intermediul cărora să obțină venituri sau, promovând acțiuni în instanță cu scopul de a opri actele săvârșite fără drept și de a obține despăgubiri. Din această perspectivă, ne întrebăm care ar fi rațiunile pentru care un titular de brevet ar fi dispus să renunțe la exclusivitate, implicit, și la beneficiile economice pe care le-ar putea obține, și să se oblige în temeiul unui *non-assertion pledge*?

¹⁶ În acest sens, a se vedea, 35 U.S.C. § 154, L613-3 din Codul de Proprietate Intelectuală francez, art. 56 coroborat cu art. 31 din Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție.

¹⁷ A.C. Ștenc, B. Ionescu, G. Gheorghiu, *op. cit.*, p 619.

¹⁸ În același sens, A. Brook, I. Walden, *Open Source and Patent Non-Assertion Pledges: A Comparative Analysis*, Report from: The Institute of Computer and Communication Law Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary University of London, Octombrie 2014, p. 31. [Online] la <http://www.pijip.org/wp-content/uploads/2015/03/Amanda-Brock-Ian-Walden-Open-Source-Patent-Non-Assertion-Pledges.pdf>, accesat la 12 august 2020.

¹⁹ În acest sens, Clark D. Asay, *The informational effects of patent pledges*, în J.L. Contreras, M. Jacob, *Patent Pledges. Global Perspectives on Patent Law's Private Ordering Frontier*, p. 227 și urm.

Prin prisma scopurilor pentru care se asumă obligații în temeiul *non-assertion pledges* se includ: (a) dorința de a stabili un standard pe piață care să aibă drept obiect respectiva invenție. Acordarea permisiunii terților de a o utiliza sporește șansele de acceptare a invenției ca standard²⁰, (b) dorința de a încuraja concurenții să exploreze o anumită direcție de cercetare și dezvoltare²¹, (c) intenția de a facilita negocierile care, astfel, devin mai puțin costisitoare, mai ales din punct de vedere economic²², (d) intenția de a își crea o imagine favorabilă pe piață²³.

13. Natura și forța juridică a *non-assertion pledges*

Determinarea naturii și a forței juridice a *non-assertion pledges* prezintă o importanță ridicată, mai ales în ipoteza în care titularul de brevet promovează acțiuni în justiție împotriva celor care exploatează invenția brevetată, deși a fost asumat un *pledge*. Cei implicați într-un astfel de diferend au interesul de a orienta interpretarea instanței în sensul atribuirii de forță juridică declarației făcute de titularul de brevet, efectul fiind acela al exonerării de răspundere pentru actele de exploatare a invenției brevetate, în limitele trasate de *pledge*.

Un plus de complexitate este adăugat de dimensiunea transnațională a raporturilor create. Deoarece *pledge* se publică pe paginile *web*, este posibil ca terțul care începe să exploateze invenția să fie situat într-un alt stat decât cel de origine al titularului de brevet. Stabilirea naturii juridice a actului și a obligațiilor la care dă naștere devine, astfel, un proces mai dificil, fiind necesară aplicarea normelor de drept internațional privat pentru determinarea soluțiilor corecte. De esența raporturilor create este caracterul internațional, facilitat de aducerea la cunoștința terților a conținutului actului prin publicarea sa pe paginile *web*. Observăm modalitatea în care confluența dintre drept și Internet contribuie la încurajarea raporturilor comerciale internaționale. În contextul *non-assertion pledge*, Internetul reprezintă mijlocul de diseminare a informației care asigură accesul unui număr cât mai ridicat de persoane, situate în state diferite.

²⁰ A se vedea, J.L. Contreras, *Patent Pledges*, pp. 574-578.

²¹ *Idem*, p. 573.

²² În acest sens, A. Kattiger, *The Use of Nonassertion Covenants: A Tool to Facilitate Humanitarian Licensing Manage Liability, and Foster Global Access*, în A. Kattiger, R.T. Mahoney, L. Nelsen, J.A. Thomson, A.B. Bennett, K. Satyanarayana, G.D. Graff, C. Fernandez, S.P. Kowalsky, *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation, a Handbook of Best Practices*, Vol. I, MIHR (Centre for the Management of Intellectual Property in Health Research and Development, Oxford, Marea Britanie) și PIPRA (Public International Intellectual Property Resource for Agriculture, Statele Unite ale Americii), 2007, p. 741. [Online] la <http://www.iphandbook.org/handbook/ch07/p06/>, accesat la 8 septembrie 2020.

²³ A se vedea, J.L. Contreras, *Patent Pledges*, pp. 590-592.

În continuare vom aborda problema calificării juridice a *non-assertion pledge* prin prisma: (3.1.) sistemului de drept american și (3.2.) sistemului de drept român.

3.1. Sistemul de drept american

Patent pledges sunt întâlnite și analizate în literatura de specialitate²⁴ mai ales prin prisma reglementărilor și a jurisprudenței din Statele Unite ale Americii. De altfel, aceste tipuri de angajamente sunt cel mai frecvent regăsite în sistemul de drept anglo-saxon.

S-a propus²⁵ o taxonomie a tipurilor de *pledge* în funcție de scopul pentru care au fost asumate, existând: (a) cele cu scop de inducere a unui comportament pe piață, (b) cele de asumare voluntară a unei restrângeri, privind exercitarea dreptului de a acționa în justiție împotriva celor care încalcă drepturile conferite de brevet, (c) cele cu scop caritabil, (d) cele care urmăresc atingerea unui scop colectiv. Privite prin prisma aceasta, *non-assertion pledges* s-ar încadra în categoria menționată la litera b). Ca o consecință, autorul taxonomiei leagă efectele juridice recunoscute acestor angajamente de scopul pentru care au fost încheiate, menționând că, în cazul de la litera b), acelor *pledges* li se recunoaște doar uneori forța juridică²⁶. Subliniem, totuși, faptul că aceste delimitări sunt flexibile, iar un *pledge* se poate încadra simultan în mai multe dintre categoriile indicate²⁷. Din acest motiv, considerăm că o astfel de analiză privind forța juridică a *pledges* nu poate avea decât o valoare orientativă.

În cadrul altor cercetări²⁸ au fost analizate șase temeuri în baza cărora instanțele ar putea să recunoască forță juridică pentru angajamentele asumate de titularii de brevet. Dintre acestea, ne vom îndrepta atenția asupra două ipoteze: (a) cea privind calificarea *pledge* drept contract, și (b) cea privind aplicarea *promisory estoppel* pentru a recunoaște forță juridică *pledge*.

(a) *Pledge*, calificat drept contract

Pentru calificarea *non-assertion pledge* drept contract trebuie întrunite condițiile impuse oricărui tip de contract, respectiv să existe capacitatea părților de a încheia actul juridic, să existe consimțământul reciproc al acestora, în baza ofertei și a acceptării, și să existe o prestație²⁹.

²⁴ În acest sens, J.L. Contreras, *Patent...*, pp. 592-594.

²⁵ *Idem*, pp. 573-592.

²⁶ *Idem*, p. 593.

²⁷ În acest sens, *Idem*, p. 592.

²⁸ A se vedea, J.L. Contreras, *Patent pledge enforcement theories*, în J.L. Contreras, M. Jacob, *Patent Pledges. Global Perspectives on Patent Law's Private Ordering Frontier*, Edward Elgar, Cheltenham, United Kingdom, 2017, , p. 101 și următoarele.

²⁹ În acest sens, B.Walson-Dunham, *Introduction to Law*, Fifth Edition, Delmar Cengage Learning, 2009, p. 417. [Online] la https://books.google.ro/books?id=mleVxfhOUHIC&hl=ro&source=gbs_navlinks_s, accesat la 7 septembrie 2020; Cornell Law

Ipo-teza avu-tă în ve-dere în li-ter-a-tu-ra de spe-cia-li-tate pri-vește co-nse-der-a-re-a *pledge* drept con-trac-t, în mă-su-ra în ca-re este a-su-mat de că-tre un ti-tu-lar de bre-vet, în con-textul de-ți-ne-rii ca-li-tă-ții de me-mbru într-o or-ga-ni-ză-ție ca-re sta-bi-lește stan-dar-de-le³⁰. Prac-tic, *pledge* ar fi con-trac-tul în-che-i-at în-tre ace-sta și or-ga-ni-ză-ție, iar ter-țul ca-re ar ur-ma să pro-fi-te de si-tua-ția ju-ri-dică cre-ată, ar fi co-nse-derat ter-ț be-ne-fi-ci-ar³¹. Dacă ap-li-căm fi-l-trul *non-assertion pledge*, ob-servăm, to-tu-și, că ex-em-ple-le iden-ti-fi-ca-te nu sunt în-che-i-a-te în con-textul par-ti-ci-pă-rii ti-tu-lar-u-lui de bre-vet la o or-ga-ni-ză-ție. Nu exi-stă un an-ga-jam-ent pe ca-re ace-sta să și-l a-su-me fa-ță de o or-ga-ni-ză-ție, cu sco-pul men-țio-nat sau nu, ca *pledge* să pro-du-că efec-te fa-ță de ter-ți.

Dacă av-em în ve-dere so-lu-ți-i-le pron-un-țate de in-stan-țe-le a-me-ri-ca-ne, co-nstatăm că con-trac-tul de non-opo-zi-ție este a-si-mi-lat, din pun-ct de ve-dere al efec-telor, cu con-trac-te-le de li-cen-ță ne-ex-cu-sivă. Prin in-ter-me-di-ul pri-mel-or, ti-tu-lar-ul de bre-vet își a-su-mă fa-ță de o per-soană de-ter-mi-na-tă ob-li-ga-ția de a nu ac-țio-na în ju-ști-ție pen-tu-fac-tul că cea din ur-mă ar în-tre-prin-de ac-te pri-vid in-ven-ția bre-vet-a-tă ca-re, al-tfel, ar fi co-nse-derate con-tra-fa-cere³². În in-ter-pre-ta-re-a in-stan-țel-or, „the covenant not to sue for patent infringement (...) is *equivalent to a freely transferable license to the patent* (s.n.– R.S.)³³, și „A license may amount to no more than a covenant by the patentee not to sue the licensee (...) (s.n. – R.S.)³⁴. To-tu-și, ipo-te-ze-le a-na-li-zate de in-stan-ță nu pri-vesc *pledges*, ci con-trac-te-le de non-opo-zi-ție. De-și ce-le dou-ă se a-se-a-mă-nă prin pri-sma ob-li-ga-ției pe ca-re și-o a-su-mă ti-tu-lar-ul de bre-vet, di-fe-ren-ța este da-tă, în-tre al-te-le, de fac-tul că *pledges* se a-dre-sează unei sfe-re ne-de-ter-mi-na-te de per-soa-ne. Si-tua-ția *non-assertion pledges* ca-li-fi-ca-te drept con-trac-te ră-mă-ne, a-șa-dar, in-cer-tă.

(b) *Pledge* prin pri-sma do-ctri-nei *promisory estoppel*

În-tâl-ni-tă în si-s-te-mul *common law*, ap-li-ca-re-a do-ctri-nei *promisory estoppel* are ca sco-p re-cu-no-a-ște-re-a de efec-te un-ui act ju-ri-dic ca-re nu în-de-pli-ne-ște con-di-ții-le pen-tu-a fi ca-li-fi-cat drept con-trac-t – în pri-n-ci-pal, con-di-ția pri-vid pre-s-ta-ția (*consideration*)³⁵.

School, Legal Information Institute, [Online] la <https://www.law.cornell.edu/wex/contract>, accesat la 4 septembrie 2020.

³⁰ *Idem*, pp. 101-102.

³¹ *Ibidem*.

³² În acest sens, B.A. Garner (coord.), *Black's Law...*, p. 419.

³³ Hotărârea pronunțată la 17 septembrie 2001 de United States Court of Appeals for the Federal Circuit în cauza *Hilgraeve Corporation c. Symantec Corporation*, 00-1373, 00-1374.

³⁴ Hotărârea pronunțată la 5 aprilie 1995 de United States Court of Appeals for the Federal Circuit în cauza *Ortho Pharmaceutical Corp. c. Genetics Institute, Inc.*, 52 F.3d 1026.

³⁵ A se vedea, B.A. Blum, *Contracts*, Seventh Edition, Wolters Kluwer, New York, 2017, p. 207; Se afirmă că „Existența *consideration* are în *common law* acest rol de departajare între promisiunile asumate în vederea promisiunii celeilalte părți, valabile

În temeiul *promisory estoppel*, cel care face o afirmație pe care o altă persoană se bazează atunci când acționează, nu mai poate, ulterior, să aibă o conduită contrară afirmației inițial făcute³⁶. În acest sens, trebuie să existe o promisiune pe care promitentul o face cu intenția ca destinatarul să acționeze în baza sa, iar recunoașterea de efecte promisiunii este necesară pentru a evita crearea unei situații injuste pentru destinatar³⁷.

Condițiile impuse pentru ca doctrina să fie aplicabilă în cazul *non-assertion pledges* sunt³⁸: (b.1.) să existe o promisiune făcută de titularul de brevet, cu intenția de a fi legat din punct de vedere juridic, (b.2.) terțul să se bazeze în mod justificat pe cele cuprinse în promisiune și să acționeze conform acesteia, (b.3) recunoașterea de efecte *non-assertion pledge* să fie necesară pentru a evita crearea unei situații injuste destinatarului actului. Verificarea realizată de instanțe cu privire la acest ultim criteriu ia în considerare prejudiciul pe care l-ar suferi destinatarul promisiunii³⁹. Prin prisma condițiilor anterior analizate, s-ar părea că ar fi mai facilă reținerea *promisory estoppel* în privința *non-assertion pledge*⁴⁰.

3.2. Sistemul de drept român

Ne îndreptăm atenția asupra sistemului de drept român cu scopul de a identifica posibile calificări juridice ale *non-assertion pledge*. În analiză ne vom limita la a surprinde posibilitatea calificării *non-assertion pledge* ca ofertă de a contracta sau ca promisiune unilaterală, fără ca acestea să fie unicele opțiuni pe care instanțele le-ar putea avea în vedere.

(a) Calificarea *non-assertion pledge* ca ofertă de a contracta

O primă ipoteză pe care o putem avea în vedere privește calificarea *non-assertion pledge* drept ofertă de a contracta. Totuși, această interpretare nu este ferită de critică.

Avem în vedere, în primul rând, dispozițiile art. 1189 C.civ., care stabilesc regula privind propunerea de a contracta adresată unor persoane nedeterminate. Se consideră că aceasta nu poate fi calificată drept ofertă, ca o

ca și contracte, și promisiunile de transfer care nu au niciun efect”. În acest sens, C.Codrea, *Donația în dreptul european. Aspecte de drept comparat*, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 239.

³⁶ A. Brook, I. Walden, *op. cit.*, p. 29.

³⁷ În acest sens, B.A. Blum, *op. cit.*, p. 212.

³⁸ J.L. Contreras, *Patent pledge enforcement...*, p. 105.

³⁹ B.A. Blum, *op. cit.*, p. 215.

⁴⁰ În sensul aplicării *promisory estoppel* pentru *patent pledges*, a se vedea, James M. Rice, *The Defensive Patent Playbook*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 30:385, Nr. 4/2015, p. 751. [Online] la <https://lawcat.berkeley.edu/record/1126861/files/fulltext.pdf>, accesat la 21 august 2020.

consecință a sferei nedeterminate de terți cărora li se adresează. Cu titlu de excepție, se permite calificarea propunerii ca ofertă, însă, doar în măsura în care este îndeplinită una dintre condiții, respectiv, fie să prevadă legea o astfel de valoare juridică a propunerii, fie să decurgă din uzanțe sau din împrejurări, însă fără echivoc. În aplicarea regulii stabilite în alin. (1) al art. 1189 C.civ., ca urmare a publicării *pledge* pe site-ul companiei, fără a individualiza sfera persoanelor cărora li se adresează, acesta nu ar putea fi considerat ofertă decât în măsura dovedirii incidenței unuia dintre cazurile de excepție, reglementat în alin. (2) al articolului. Prin prisma acestuia din urmă, observăm că nu putem recurge la lege pentru a justifica faptul că *pledge* este ofertă, întrucât nu există o dispoziție expresă care să permită o atare calificare. În continuare, avem în vedere uzanțele sau împrejurările neechivoce care să permită considerarea *pledge* drept ofertă. Apreciem că s-ar putea, eventual, reține incidența uneia dintre acestea, cu scopul de a considera *pledge* drept ofertă.

Cu toate acestea, trebuie îndeplinite condiții suplimentare pentru a considera că un act juridic reprezintă ofertă. În acest sens, prezintă relevanță dispozițiile art. 1188 C.civ. pentru ca o ofertă să fie valabilă, respectiv să fie validă, să fie completă și să fie fermă⁴¹. În ceea ce privește caracterul complet al ofertei, este necesar ca aceasta să cuprindă „suficiente elemente pentru formarea contractului”⁴². Apare o primă întrebare, privind cărui tip de contract îi dă naștere un *non-assertion pledge*. Nu considerăm că acel contract care s-ar forma este unul de licență⁴³. Argumentele principale în favoarea acestei soluții gravitează în sfera obligațiilor părților. În cazul unui contract de licență, există obligații pozitive în privința licențiatorului, de a asigura licențiatului transmiterea dreptului de a folosi invenția brevetată. Dacă licențiatorul este cel care transmite un drept pozitiv, titularul de brevet care face un *pledge* nu își asumă decât o obligație negativă, de a nu acționa contra terților care ar folosi invenția brevetată. Totodată, în temeiul contractului de licență, licențiatorul are obligații de garanție pentru evicțiune și pentru vicii, pe când, în cazul *pledge*, nu întâlnim astfel de obligații. Prin prisma acestor aspecte, considerăm că un *non-assertion pledge* ar putea, cel mult, să dea naștere unui contract de non-opoziție (*covenant not to sue*). De esența acestuia din urmă este asumarea de către una dintre părți, titularul de brevet, a obligației de a nu face, adică de a nu acționa în justiție împotriva cocontractantului său⁴⁴. Nu este imperativă existența unei contraprestații din partea cocontractantului. Revenind la problema

⁴¹ În acest sens, L. Pop, I-F. Popa, S.I. Vidu, *Curs de Drept Civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, București, 2015, pp. 51-53.

⁴² Art. 1188 alin. (1) C.civ.

⁴³ În același sens, cu privire la contractele de non-opoziție (*covenant not to sue*), a se vedea, A.C. Ștrenc, B. Ionescu, G. Gheorghiu, *Dreptul brevetului. Tratat*, Editura Universul Juridic, București, 2019, p. 672.

⁴⁴ *Ibidem*.

caracterului complet al contractului, observăm că, *pledge* ar putea conduce la formarea unui contract nenumit, unilateral, de non-opoziție. Instanța ar putea considera îndeplinită condiția includerii în ofertă a elementelor necesare și suficiente pentru formarea contractului, având în vedere specificul contractului de non-opoziție raportat la obligațiile titularului de brevet.

Nu în ultimul rând, avem în vedere și problema caracterului ferm al ofertei, întrucât din *pledge* ar trebui să rezulte intenția neechivocă a titularului de brevet de a se obliga. Aceasta ar fi inexistentă în măsura în care titularul de brevet ar formula rezerve⁴⁵ în cuprinsul *pledge*, e.g. menționând că ar fi necesară negocierea cu privire la prețul asumării obligației. Din analiza modelelor de *non-assertion pledge* constatăm că intenția fermă a titularului de brevet de a se obliga este, uneori, stipulată chiar în conținutul actului „*is legally binding*”⁴⁶. Cu toate acestea, îi va reveni instanței obligația de a determina dacă această condiție este îndeplinită.

Mai departe, dacă admitem că *pledge* este un act juridic unilateral, ofertă de a contracta, ne întrebăm care sunt consecințele în ceea ce privește acceptarea sa. Dintru început subliniem faptul că acceptarea îmbracă forma unor acte materiale cu această semnificație, reprezentate de exploatarea invenției brevetate. Astfel, terții, fie utilizau fără drept invenția brevetată la momentul publicării *pledge*, fie au început să utilizeze invenția brevetată subsecvent acestei publicări. Șansele ca acceptarea să fie făcută cu rezerve, caz în care aceasta ar fi contra-ofertă, sunt reduse. Practic, cei care abia atunci încep să utilizeze invenția brevetată acționează în considerarea manifestării de voință a titularului de brevet. Situația celorlalți, care deja exploatau invenția fără drept la momentul publicării *pledge* ar putea să fie mai delicată, deoarece există șanse mai ridicate ca aceștia să continue exploatarea în absența cunoașterii *pledge* sau chiar cu depășirea limitelor trasate în acest act. În lumina aspectelor tratate, privite prin prisma art. 1186 C.civ., teza I, „Orice act sau fapt al destinatarului constituie acceptare dacă indică în mod neîndoielnic acordul său cu privire la ofertă”, considerăm că ar fi întrunite condițiile prevăzute de lege pentru ca actele îndeplinite de terți – exploatarea invenției brevetate, în limitele trasate în *pledge* – să valoreze acceptare.

Cu toate acestea, din prevederile alin. (1) ale art. 1186 C.civ., coroborate cu cele ale art. 1186 C.civ. se conturează o condiție suplimentară, aceea ca acceptarea să fie comunicată ofertantului, pentru ca un contract să se considere încheiat. O astfel de condiție, privită prin prisma mecanismului în baza căruia funcționează *non-assertion pledges*, când terții nu comunică și, uneori li se

⁴⁵ A se vedea, P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ediția a 2-a revizuită, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 314.

⁴⁶ În acest sens este *Open Patent Non-Assertion Pledge* al Google, Daikin's Patent Pledge for HFC-32 Equipment.

precizează să nu comunice⁴⁷, acceptarea „ofertei”, nu ar fi îndeplinită. Ar putea fi incidente prevederile art. 1186 alin. (2) C.civ., care statuează „(...) contractul se consideră încheiat în momentul în care destinatarul ofertei săvârșește un act sau fapt concludent, fără a-l înștiința pe ofertant, dacă, în temeiul ofertei, al practicilor statornicite între părți, al uzanțelor sau potrivit naturii afacerii, acceptarea se poate face în acest mod”.

În temeiul aspectelor conturate, atragem atenția asupra faptului că *pledge* nu ar putea fi interpretat drept contract. Acesta ar putea să fie calificat drept ofertă de a contracta, dând naștere subsecvent unui contract. Deoarece *pledge* cuprinde manifestarea de voință a unei singure părți, a titularului de brevet, acesta nu poate fi privit decât ca act juridic unilateral⁴⁸.

(b) Calificarea *non-assertion pledge* ca promisiune unilaterală

În materie de acte juridice unilaterale, dispozițiile art. 1324 și următoarele C.civ. reglementează aspectele generale privitoare la acestea. Totodată, identificăm în cadrul aceluiași capitol dispoziții care reglementează tipuri particulare de acte juridice unilaterale, privind promisiunea publică de recompensă și promisiunea unilaterală.

Raportat la conținutul acesteia din urmă, art. 1327 alin. (1) C.civ. stabilește „Promisiunea unilaterală făcută cu intenția de a se obliga independent de acceptare îl leagă numai pe autor”. Dacă încercăm să aplicăm aceste prevederi în privința *pledge*, observăm că este necesar să se dovedească în fața instanței faptul că manifestarea de voință a titularului de brevet a fost făcută de acesta cu intenția de a se obliga. Condițiile impuse pentru calificarea unui act juridic ca promisiune unilaterală sunt mai puțin restrictive decât cele în materie de ofertă. În cazul primei, este suficientă dovedirea elementului intențional, actul de acceptare nefiind legat indisolubil de promisiune. Aceasta cu atât mai mult cu cât efectul său, de fapt, nu este, obligatoriu, acela de a da naștere unui contract⁴⁹. Scopul promisiunii privește asumarea unei obligații de către autorul actului. Din acest punct de vedere, încadrarea *pledge* în sfera promisiunii unilaterale pare mai facilă decât calificarea sa drept ofertă de a contracta.

În continuare alin. (2) al articolului indicat statuează „Destinatarul actului poate să refuze dreptul astfel născut”. Remarcăm faptul că, de această dată, legea nu mai realizează o distincție privind calificarea actului în funcție de sfera persoanelor cărora li se adresează – cum era cazul „ofertei” adresate unor persoane nedeterminate. Astfel, este posibil ca promisiunea unilaterală să se adreseze unei sfere nedeterminate de persoane, ceea ce nu este de natură să

⁴⁷ Pentru exemplul privind Microsoft, a se vedea, A. Brook, I. Walden, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁸ A se vedea, C.T. Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 115; G. Boroi, C.A. Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Ediția a 2-a revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 110.

⁴⁹ În acest sens, L. Pop, I-F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 270.

îi imprime o altă calificare juridică. Totodată, observăm că terții au posibilitatea de a decide dacă acceptă dreptul născut ca urmare a asumării promisiunii unilaterale. La acest punct identificăm principala problemă privind calificarea *pledge* ca promisiune unilaterală, întrucât forța juridică a acesteia este contestată în doctrină.

Se poate considera că titularul de brevet este ținut să respecte obligația asumată, aceea de a nu acționa în justiție împotriva terților care, în absența promisiunii, ar fi exploatat fără drept invenția? Pe de o parte, cu privire la această problemă, în literatura de specialitate s-a argumentat „Constatăm că o asemenea promisiune *nu este obligatorie* pentru destinatarul său, care (...) nu devine nici creditor, nici debitor”⁵⁰. În continuarea interpretării, s-a propus asimilarea promisiunii unilaterale cu „o ofertă a promitentului de a deveni debitor”⁵¹. Pe de altă parte, se consideră că promisiunii unilaterale ar trebui să i se recunoască efecte juridice⁵².

Dacă reluăm analiza art. 1327 C.civ., constatăm că se permite destinatarului promisiunii să refuze „dreptul *astfel născut* (s.n.-R.S.)”. Totuși, cum se naște dreptul său? Până la momentul refuzului, legea nu statuează că dreptul s-ar naște ca urmare a unei acceptări anterioare, ceea ce înseamnă că, din punct de vedere juridic, obligația și dreptul corelativ iau naștere ca efect direct al promisiunii unilaterale⁵³. O astfel de interpretare decurge din alin. (1) al art. 1327 C.civ., care stabilește că este indiferentă acceptarea pentru nașterea dreptului. Consecința este că există o obligație civilă latentă, și un drept cu privire la care admitem că există anterior acceptării, dar fără titular (sau prin considerarea fiecărei persoane drept titular până la momentul exprimării refuzului). O altă interpretare ar fi să considerăm că dreptul există doar odată cu actul de acceptare, ceea ce este în contradicție cu cele stabilite în alineatul supus analizei. În plus, nu considerăm că o persoană poate deveni creditor al unui raport juridic obligațional doar ca urmare a manifestării de voință a alteia, care își asumă rolul de debitor față de o sferă nedefinită de persoane⁵⁴.

⁵⁰ În acest sens, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 242.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² În acest sens, L. Pop, I-F. Popa, S.I. Vidu, *op. cit.*, p. 270.

⁵³ A se vedea, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 242, nota de subsol numărul 1.

⁵⁴ S-ar putea argumenta că, există similitudine între promisiunea unilaterală și stipulația pentru altul când, ca urmare a acordului dintre părți, ia naștere un drept subiectiv civil în patrimoniul unui terț, independent de acceptarea acestuia. Diferența esențială dintre situația stipulației pentru altul și situația promisiunii unilaterale care ar da naștere unor drepturi în favoarea unor terți ține, cel puțin, de modalitatea în care există raporturile juridice obligaționale. Drepturile patrimoniale de creanță sunt drepturi relative, ceea ce înseamnă că mereu subiectul activ și cel pasiv al raportului sunt persoane individualizate. Această ipoteză o întâlnim la stipulația pentru altul, dar nu și la promisiunea unilaterală.

În lumina argumentelor expuse, pare că forța juridică a promisiunii unilaterale nu este atât de facil de determinat, motiv pentru care considerăm că a califica juridic *non-assertion pledge* ca promisiune unilaterală poate să fie chiar mai problematic decât a considera acest act drept ofertă.

Concluzii

Non-assertion pledges devin instrumente juridice din ce în ce mai frecvent asumate de persoanele juridice care sunt titulare de brevete de invenție. Prin prisma aspectelor analizate, observăm că natura și forța juridică a acestora sunt neclare chiar și în sistemele de drept unde sunt întâlnite cel mai frecvent. Astfel, în Statele Unite ale Americii s-a propus asimilarea acestora cu un contract sau recunoașterea forței juridice prin aplicarea doctrinei *promissory estoppel*. Raportat la sistemul român de drept, apreciem că este mai facilă considerarea *pledge* drept ofertă de a contracta, decât considerarea sa ca promisiune unilaterală. Incertitudinea privind calificarea juridică își poate pune amprenta și asupra conduitei operatorilor de comerț internațional, eventual, chiar în sensul refuzului de a-și asuma obligații în temeiul unor acte a căror natură juridică este incertă.

În final, le revine instanțelor care soluționează litigiile privind natura și forța juridică a *pledge* să traseze linii îndrumătoare, de natură să ofere un plus de claritate privind soarta acestor acte juridice.

Provocări ale dreptului de autor în contextul pieței unice digitale Copyright Challenges in the context of the Digital Single Market

Alexandru Toma¹

Rezumat: Dreptul de autor se află în centrul dezbaterilor privind evoluția tot mai rapidă a noilor tehnologii informaționale, provocările economice, sociale și juridice fiind considerabile. Dezvoltarea Internetului generează o îngrijorare în rândul titularilor dreptului de autor cu privire la modul în care pot fi utilizate operele lor aduse la cunoștința publicului prin intermediul platformelor online. Particularitatea legislației actuale privind drepturile de autor este, pe de o parte, de a căuta un echilibru între protecția drepturilor pe care titularul le deține asupra operei sale și a integrității operei și, pe de altă parte, asigurarea distribuirii operei în cele mai bune condiții, garantând în același timp autenticitatea copiilor. În cuprinsul lucrării vom analiza modul în care acest echilibru este realizat și menținut în mediul virtual, urmând a identifica soluțiile de protecție a operelor pe Internet, în contextul noilor reglementări privind piața unică digitală.

Cuvinte-cheie: dreptul de autor; opere de artă; utilizatori; platforme online; extragerea textului și a datelor; furnizori de servicii de partajare a conținutului online.

Abstract: Copyright is in the middle of the debates regarding the increasing evolution of new information technologies, the economic, social and legal challenges being considerable. The development of the Internet raises concerns among copyright owners about how their public works can be used through online platforms. The peculiarity of current copyright legislation is focused, on one hand, on seeking a balance between the protection of the owner's rights over his work and the integrity of the work and, on the other hand, on ensuring the distribution of the work in the best conditions, while guaranteeing the authenticity of the copies. In the paper we will analyse how this balance is achieved and maintained in the virtual environment, and will identify the legal solutions for the protection of the work on the Internet, under the new rules on the Digital Single Market.

Keywords: copyright; art works; users; online platforms; text and data mining; online sharing content service providers.

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: alex_toma@ymail.com.

1. Introducere

În ultimii ani, Internetul a devenit o infrastructură fundamentală prin care se transmite informația. Internetul a făcut un pas mare, trecând de la un mijloc de comunicare între cercurile de cercetare în arena comercială. În acest moment suntem conștienți că Internetul reprezintă un canal prin care sunt transmise date la nivel mondial, fiind utilizat preponderent în comerț, pentru a vinde și livra conținut și informații creative. Pe măsură ce acest canal este utilizat din ce în ce mai mult în scopuri comerciale, aspectele juridice legate de protecția dreptului de autor necesită o atenție sporită. Putem afirma faptul că devine din ce în ce mai greu să petrecem o oră pe internet fără să ne „ciocnim” cu legea dreptului de autor.

Legea tradițională privind dreptul de autor a fost concepută inițial pentru a se ocupa de crearea, distribuția și comercializarea operelor protejate în copii tangibile.

În prezent, tehnologiile digitale, fără a ține cont de prevederile legale, au transformat modul în care conținutul creativ este produs, distribuit și accesat azi. Cu alte cuvinte, companiile digitale s-au strecurat între creatori și public. Această evoluție nu a fost anticipată, legiuitorul neluând în considerare această realitate. Ne confruntăm cu o problemă economică dar care are, de asemenea, o dimensiune juridică. Astfel, trebuie implementate tot timpul modalități de a concilia interesele autorilor cu interesele platformelor și a utilizatorilor de internet, care își afirmă dreptul la libertate.

Noul cadru legislativ la nivelul Uniunii Europene asigură respectarea drepturilor de autor în raport cu modul în care funcționează Internetul, abordând îndeosebi problemele legate de distribuția conținutului în mediul online și protecția drepturilor autorilor (creatorilor de conținut). Directiva UE 2019/790 privind dreptul de autor și drepturile conexe pe piața unică digitală este destinată să asigure o piață funcțională bună pentru dreptul de autor. Deși face referire la directivele² anterioare și modifică anumite dispoziții, această directivă prevede și reglementează anumite practici care nu au fost luate în considerare până la momentul propunerii, respectiv adoptării ei.

Ne îndreptăm atenția asupra câtorva obiective cheie ale directivei ce constau în protejarea publicațiilor de presă, reducerea neconcordanței valorice dintre profiturile realizate de platformele online și de creatorii de conținut, încurajarea colaborării celor două grupuri de interese și crearea de excepții

² Directiva 96/9/CE din 11 martie 1996 privind protecția juridică a bazelor de date și Directiva 2001/29/CE din 22 mai 2001 privind armonizarea anumitor aspecte ale dreptului de autor și drepturilor conexe în societatea informațională.

privind dreptul de autor pentru extragerea textului și a datelor³ (*text and data mining*).

2. Noile excepții obligatorii

Legislația Uniunii Europene oferă autorilor „dreptul exclusiv de a autoriza sau de a interzice reproducerea directă sau indirectă, temporară sau permanentă, prin orice mijloace sau în orice formă, în totalitate sau în parte”⁴, a operelor lor. Cu toate acestea, Directiva 2001/29/CE privind armonizarea anumitor aspecte ale dreptului de autor și drepturilor conexe în societatea informațională și Directiva 2006/115/CE privind dreptul de închiriere și de împrumut și anumite drepturi conexe dreptului de autor în domeniul proprietății intelectuale oferă posibilitatea unor excepții și limitări ale acestor drepturi în anumite condiții. Deși excepțiile privind dreptul de autor permit utilizarea operelor protejate fără autorizarea titularului drepturilor de autor în anumite scopuri și cu respectarea unor condiții, majoritatea excepțiilor prevăzute de legislația Uniunii Europene sunt opționale⁵, nu au un efect transfrontalier sau nu acoperă întotdeauna utilizările digitale. Acest lucru inhibă noile moduri de utilizare a materialelor digitale pentru educație, cercetare, conservarea patrimoniului cultural și accesul la cunoaștere.

Prin urmare, prima parte (art. 3 – 6) a Directivei UE 2019/790 prevede noi excepții obligatorii privind dreptul de autor și drepturile conexe. Acestea sunt legate de apariția tehnologiilor digitale în domenii precum cel al cercetării și inovării, al educației și al conservării patrimoniului cultural și permit noi tipuri de utilizări care anterior nu erau acoperite de o excepție.

Cu privire la „extragerea textului și a datelor”, excepția este rezervată sectorului științific și „organizațiilor de cercetare”. Prin urmare, permite cercetătorilor să efectueze extrageri de texte și date științifice la care au un acces legitim. Această excepție nu poate fi eliminată prin clauze contractuale contrare, care sunt considerate a fi fără efect. Această precizare este necesară având în vedere riscul ca astfel de clauze să fie generalizate. Cu toate acestea, se prevede că titularii au dreptul de a lua măsuri menite să asigure securitatea și integritatea rețelelor și a bazelor de date. Acest lucru le-ar permite să limiteze accesul la lucrări sau descărcarea lor, fără ca, totuși, aplicarea efectivă a excepției să fie compromisă.

³ Conform definiției oferite de Directivă, *extragerea textului și a datelor* înseamnă „orice tehnică analitică automatizată care vizează analizarea textului și a datelor în formă digitală pentru a genera informații precum modele, tendințe și corelații, fără însă a se limita la acestea”.

⁴ Articolul 2 din Directiva 2001/29/CE privind armonizarea anumitor aspecte ale dreptului de autor și drepturilor conexe în societatea informațională.

⁵ Singura excepție obligatorie pentru statele membre este cea a „copiei provizorii” prevăzută la articolul 5 din Directiva 2001/29/CE.

Următoarea excepție obligatorie este cea denumită în literatura juridică „excepția pedagogică”⁶. Această excepție permite utilizarea digitală a operelor și a altor obiecte protejate în activitățile didactice, cu respectarea anumitor condiții⁷. În acest sens, articolul 5 clarifică faptul că instituțiile de învățământ pot folosi doar în scop ilustrativ operele protejate prin dreptul de autor, „în măsura justificată de scopul necomercial urmărit”. Cu toate acestea, excepția nu se aplică dacă există pe piață licențe adecvate pentru diferite materiale, cum ar fi partiturile.

Nu în ultimul rând, conform articolului 6, legislațiile naționale trebuie să prevadă excepția care „permite instituțiilor de conservare a patrimoniului cultural să realizeze copii ale oricăror opere sau alte obiecte protejate din colecțiile lor permanente, în orice format sau pe orice suport, în scopuri de conservare a acestor opere sau altor obiecte protejate și în măsura în care este necesar pentru o astfel de conservare”.

3. Regimul operelor indisponibile și al operelor aflate în domeniul public

Legiuitorul european dispune, în a doua parte a directivei, o măsură cu privire la asigurarea unui acces mai larg la conținut. Astfel, articolul 8 prevede faptul că instituțiile de conservare a patrimoniului cultural, precum bibliotecile, arhivele sau muzeele, pot pune la dispoziția publicului opere sau alte obiecte protejate care nu se regăsesc în comerț, cu condiția ca astfel de opere să fie disponibile doar pe website-uri necomerciale (excepție numită „fall-back”). Totuși, beneficiarii acestor lucrări (autori, editori, muzicieni, actori, producători etc.) pot restrânge acest drept, astfel încât instituțiile în cauză să nu mai poată pune la dispoziția publicului întreaga operă, anumite opere sau anumite utilizări ale acestora.

Articolul 14 clarifică un principiu fundamental al legislației Uniunii Europene în materia dreptului de autor, arătând clar că „atunci când termenul de protecție a unei opere de artă vizuală a expirat, orice material rezultat dintr-un act de reproducere a operei respective nu face obiectul dreptului de autor sau al drepturilor conexe, cu excepția cazului în care materialul rezultat din actul de reproducere este original”. Cu alte cuvinte, norma europeană stabilește că muzeele și alte instituții de patrimoniu cultural nu mai pot pretinde

⁶ F. Gaullier, „Droit d’auteur et marché unique numérique. Impact sur les métiers de l’information et de la documentation”, în *Revue d’information, données et documents*, 2017/1 (Volume 54), p. 21.

⁷ Art. 5 (1) „(a) să aibă loc sub responsabilitatea unei instituții de învățământ, în clădirea acesteia sau în alt loc, sau într-un mediu electronic securizat la care au acces doar elevii sau studenții și cadrele didactice ale instituției de învățământ; și (b) să fie însoțită de indicarea sursei, inclusiv a numelui autorului, cu excepția cazurilor în care acest lucru se dovedește imposibil.”

drepturile de autor asupra reproducerilor digitale ale operelor care aparțin domeniului public din colecțiile lor. Practic, legislațiile naționale care prevăd că reproducerile lipsite de originalitate beneficiază de protecție prin intermediul drepturilor conexe vor trebui să-și modifice legislația în materia dreptului de autor astfel încât aceste drepturi să nu mai fie revendicate în cazul reproducerilor operelor de artă vizuală aflate în domeniul public. Este important de menționat că formularea articolului 14 nu acoperă dosar reproducerile fotografice ale operelor de artă bidimensionale, cum ar fi picturile, ci și reproducerile tridimensionale ale lucrărilor tridimensionale (cum ar fi scanările 3D ale lucrărilor sculpturale).

4. Dreptul conex al editorilor

A treia parte este concentrată asupra diferitelor măsuri menite să îmbunătățească poziția titularilor de drepturi în fața creșterii accelerate a utilizărilor digitale și transfrontaliere a conținutului protejat de dreptul de autor.

Printre aceste măsuri, identificăm un drept conex al editorilor de publicații de presă introdus de articolul 15. Înainte de adoptarea acestei directive, editorii de publicații de presă erau dezavantajați atunci când conținutul unei lucrări era preluat de site-uri web care compilează și distribuie articole/știri, cum ar fi Google News, entități denumite „agregatori de știri”. În fapt, sub rezerva cesionării drepturilor de autor ale jurnaliștilor asupra conținutului publicat, editorilor de presă le revenea sarcina de a demonstra pentru fiecare dintre publicațiile în cauză că platforma de agregare a știrilor a reproduș și publicat online, fără acceptul prealabil, o parte originală din lucrarea lor. Având în vedere faptul că o astfel de demonstrație nu este ușoară, mulți editori refuză să se opună difuzării online a publicațiilor lor de către agregatorii de știri. Articolul 15 din directivă are drept scop acordarea editorilor publicațiilor de presă dreptul exclusiv de a autoriza sau de a interzice difuzarea online a publicațiilor de presă către prestatorii de servicii ale societății informaționale.

Prin urmare, agregatorii de conținut vor trebui să încheie licențe cu editorii de presă pentru a putea publica total sau parțial articolele lor. Cu toate acestea, acest drept nu se aplică utilizării publicațiilor de presă în scop privat sau necomercial de către utilizatori individuali, utilizării unor cuvinte individuale sau a unor extrase foarte scurte dintr-o publicație de presă sau actelor de introducere de hyperlink-uri. Prin urmare, cu titlu de exemplu, va fi posibil ca un utilizator de internet să partajeze un articol de presă pe Facebook. Mai mult, apreciem că sintagma „extrase foarte scurte” este destul de vagă și poate genera multe dezbateri în instanță. În absența unor clarificări în legile naționale, putem deduce că platforma Google News rămâne neschimbată.

5. O responsabilitate mai mare pentru furnizorii de servicii de partajare a conținutului online

Directiva prevede noi reguli (art. 17) pentru furnizorii de servicii de partajare a conținutului online (*online sharing content service providers*) în vederea protejării conținutului încărcat de utilizatorii săi. Trebuie precizat faptul că aceste reguli nu se aplică serviciilor de stocare cloud (cum ar fi Google Drive sau iCloud), enciclopediilor non-profit (așa cum este cazul Wikipedia), platformelor software cu sursă deschisă (precum GitHub) și nici depozitelor educaționale sau științifice non-profit.

Până la adoptarea directivei, platformele de partajare a conținutului online, precum YouTube sau Dailymotion, beneficiau de un regim de răspundere redusă pentru conținutul postat de utilizatorii lor. Răspunderea platformelor poate fi pusă în aplicare numai dacă sunt avertizate cu privire la conținutul ilicit disponibil pe website-ul lor și nu suspendă prompt conținutul contestat.

Prin introducerea articolului 17.1, legiuitorul european dorește să extindă răspunderea acestor platforme, considerând că acestea desfășoară acte care intră sub incidența dreptului de autor⁸ (distribuirea online a operelor protejate), și, în aceeași măsură, să încurajeze acești furnizori să obțină o autorizație din partea titularilor de drepturi, de exemplu prin încheierea unui contract de licență.

Articolul 17.2 specifică în plus că, în cazul autorizării, aceasta acoperă și actele efectuate de utilizatorii platformei atunci când aceștia nu acționează în scopuri comerciale sau în absența unor venituri semnificative. Înțelegem că – în acest caz – aceștia din urmă pot fi beneficiarii unei „sub-licențe”.

În absența acordului titularului drepturilor, furnizorul de servicii va fi responsabil pentru actele de comunicare neautorizate către public, cu excepția cazului în care poate demonstra că a depus toate eforturile pentru a obține autorizația necesară⁹. În practică, în ceea ce privește obligația de a obține

⁸ Art. 17 (1) „Statele membre prevăd că prestatorul de servicii online de partajare de conținut realizează un act de comunicare publică sau un act de punere la dispoziția publicului în scopul prezentei directive atunci când acordă publicului acces la opere protejate prin drept de autor sau la alte obiecte protejate încărcate de către utilizatorii săi.” Această nouă definiție se delimitează de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene prin simplul fapt că nu ține seama de anumite aspecte, cum ar fi natura lucrativă a activității (CJUE, 8 septembrie 2016, GS Media, C-160/15) sau faptul că platforma listează și indexează lucrările (CJUE, 14 iunie 2017, Stichting Brein C-610/15).

⁹ Art. 17 (4) „Dacă nu este acordată nici o autorizație, prestatorii de servicii online de partajare de conținut răspund pentru actele neautorizate de comunicare publică, inclusiv pentru punerea la dispoziția publicului, a operelor protejate prin drept de autor sau a altor obiecte protejate, cu excepția cazului în care prestatorii de servicii demonstrează că: (a) au depus toate eforturile pentru a obține o autorizație; și (b) au

autorizația titularului drepturilor de autor, utilizarea expresiei „cele mai bune eforturi” indică a priori o obligație de mijloace și nu de rezultat. Acest aspect trebuie să consolideze practica stabilită de platforme, aceea de a stabili termeni și condiții care să fie acceptate la încărcarea conținutului, să prevadă acordarea unei licențe platformei și a unor garanții cu privire la deținerea drepturilor de autor. În ceea ce privește celelalte două condiții, deși filtrarea automată nu mai este prevăzută ca o obligație (directiva prevede, dimpotrivă, în articolul 17.8, că platforma nu este supusă unei obligații generale de monitorizare) și expresia „cele mai bune eforturi” indică la fel o obligație de mijloace, apreciem că formularea textului este ambivalentă și este posibil ca filtrarea automată¹⁰ – a priori sau a posteriori – să devină o regulă, cel puțin dacă platformele respectă principiul precauției prin aplicarea cât mai strictă a directivei. În realitate, pentru a garanta indisponibilitatea operelor și a altor obiecte protejate indicate în prealabil de titularii de drepturi, platformele constituie sistematic baze de date care cuprind cataloage furnizate de titularii drepturilor, înainte de orice exploatare, și filtrează automat tot conținutul înainte de publicare pentru a verifica dacă nu se află deja în baza de date. În acest sens, directiva prevede că o colaborare cu titularii de drepturi nu trebuie să împiedice punerea la dispoziție a operelor care nu încalcă drepturile de autor și drepturile conexe, în special în contextul exercitării unei excepții sau a unei limitări de la aceste drepturi¹¹.

depus, în conformitate cu cele mai ridicate standarde de diligență profesională din domeniu, toate eforturile pentru a asigura indisponibilitatea operelor și a altor obiecte protejate specifice în privința cărora titularii de drepturi au oferit prestatorilor de servicii informații relevante și necesare; și în orice circumstanță (c) au acționat cu promptitudine, la primirea unei notificări suficient de justificate din partea titularilor de drepturi, pentru a opri accesul la operele sau alte obiecte protejate notificate sau pentru a le elimina de pe site-urile lor, și au depus toate eforturile pentru a preveni viitoare încălcări a acestora în conformitate cu litera (b).”

¹⁰ Implementarea directivei implică necesitatea ca filtrele online să fie reprogramate pentru a decide dacă conținutul postat de un utilizator este protejat de un drept de autor aparținând unei terțe persoane, dacă utilizarea conținutului este permisă de autor sau dacă se încadrează în utilizările permise de legislația națională a statului unde conținutul este publicat. Pentru a evita acordarea de despăgubiri titularilor atunci când nu iau măsuri „rezonabile” pentru a împiedica încălcările drepturilor de autor, furnizorii de servicii de partajare a conținutului online pot alege să implementeze un sistem automat prin care resping încărcarea oricărui conținut, dacă există indicii minimale în sensul încălcării unui drept de autor (cum ar fi cazul clipurilor video unde o piesă cunoscută rulează pe fundal).

¹¹ Art. 17 (7) „Cooperarea dintre prestatorii de servicii online de conținut și titularii de drepturi nu trebuie să conducă la împiedicarea disponibilității operelor sau a altor obiecte protejate încărcate de utilizatori, care nu încalcă dreptul de autor și drepturile conexe, inclusiv în cazul în care astfel de opere sau alte obiecte protejate fac obiectul

În practică, ce va schimba acest articol, în afară de faptul că titularii de drepturi vor putea acorda licența furnizorilor de servicii de partajare a conținutului online. Este cunoscut faptul că marile companii prezente în mediul online, precum YouTube sau Facebook, au stabilit de mult timp proceduri de notificare a încălcării drepturilor de autor sau sisteme de filtrare a conținutului. Prin urmare, acești actori sunt deja pregătiți să răspundă pentru „noul” lor regim de responsabilitate. Oricum, această schimbare va duce la creșterea șanselor creatorilor de opere de a obține licențe și o remunerare corectă pentru folosirea producției lor în mediul online.

Concluzii

Având în vedere multitudinea de considerente și ambiguitatea cultivată de text, directiva încearcă mai întâi să concilieze diferite abordări politice și filosofice ale fiecărui stat membru. Legiuitorul european își propune să realizeze un echilibru și să ofere o protecție sporită titularilor de drepturi de autor într-un mediu virtual în continuă dezvoltare, având în același timp grijă să nu pună la îndoială principiul suveranității naționale. Astfel, directiva apelează, pe de o parte, la intervenția spiritului creator al judecătorului, și, pe de altă parte, la negocierile dintre titularii drepturilor de autor și platformele online, pentru a defini modalitățile practice de aplicare a regulilor conturate.

Încheind într-o notă optimistă, în ciuda reglementărilor care au stârnit multe dezbateri, aceste prevederi vin în sprijinul artiștilor, al jurnaliștilor și al site-urilor de știri, deoarece le protejează drepturile de autor, le crește șansele de a obține înțelegeri de licență și le oferă posibilitatea de a fi remunerați corespunzător pentru folosirea creațiilor lor în mediul online. Următorul pas va fi în special transpunerea lor în diferitele legislații naționale în scopul unei armonizări reale.

unei excepții sau limitări. Statele membre se asigură că utilizatorii din fiecare stat membru se pot baza pe oricare din următoarele excepții sau limitări existente atunci când încarcă și pun la dispoziție conținuturi generate de utilizatori în cadrul serviciilor online de partajare de conținut: (a) citate, critici, recenzii; (b) utilizarea în scopuri de caricatură, parodiere sau pastișe.”

Considerații cu privire la comunicarea prin e-mail a actelor de procedură în procesul civil

Considerations regarding the communication by e-mail of the procedural documents in the civil process

Nicolae-Horia Țiț¹

Rezumat: Articolul tratează câteva aspecte practice referitoare la modul în care se face comunicarea actelor de procedură prin e-mail, raportat la dispozițiile Codului de procedură civilă, în urma modificărilor intervenite prin Legea nr. 310/2018. Sunt analizate atât comunicarea actelor de procedură de instanța judecătorească, cât și de către părți, prin prisma jurisprudenței relevante, în special a celei cu caracter obligatoriu (decizii de dezlegare a chestiunilor de drept pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție). Mai exact, în ceea ce privește comunicarea actelor de procedură de către instanță părților, este analizată posibilitatea utilizării comunicării prin e-mail în funcție de manifestarea de voință a părții și modalitatea de exteriorizare a acesteia, respectiv sunt evidențiate rigorile formale pe care instanța trebuie să le aibă în vedere în legătură cu dovedirea comunicării făcute către părți și momentul realizării acesteia. În legătură cu realizarea comunicării actelor de procedură de părți către instanță este analizată, prin prisma jurisprudenței obligatorii a Curții Constituționale și Înaltei Curți de Casație și Justiție, problematica momentului la care actul de procedură este îndeplinit, în raport cu cerințele prevăzute de lege pentru a putea fi considerat efectuat în termen, în funcție de ora transmiterii acestuia, precum și aceea a dovedirii acestor elemente. În final, sunt formulate concluzii raportat la aplicabilitate practică a dispozițiilor legale în vigoare și făcute propuneri *de lege ferenda*.

Cuvinte-cheie: act de procedură; comunicare; proces civil.

Abstract: The article deals with some practical aspects regarding the way in which the procedural documents are communicated by e-mail, related to the provisions of the Code of Civil Procedure, following the amendments made by Law no. 310/2018. Both the communication of procedural documents by the court and by the parties are analysed, in the light of the relevant jurisprudence, especially the mandatory one (decisions to resolve legal issues pronounced by the High Court of Cassation and Justice). Specifically, regarding the communication of procedural documents by the court to the parties, the possibility of using e-mail communication is analysed depending on the manifestation of will of the party and the manner of its exteriorization, respectively the formal rigors that the court must take them into account in relation to

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: horia.tit@uaic.ro.

the proof of the communication made to the parties and the time of its realization. In connection with the communication of procedural documents by the parties to the court, the article analyses, in the light of the mandatory case law of the High Court of Cassation and Justice, the issue of when the procedural act is fulfilled, in relation to the requirements provided by law in order to be considered carried out in time, depending on the time of its transmission, as well as that of proving these elements. Finally, conclusions are drawn in relation to the practical applicability of the legal provisions in force and proposals *de lege ferenda* are made.

Keywords: procedural documents; communication; civil process.

I. Considerații introductive

Comunicarea citațiilor și a actelor de procedură constituie o garanție fundamentală a unui proces civil echitabil, intrând în conținutul principiului contradictorialității. Dispozițiile art. 14 C. pr. civ. plasează citarea și comunicarea actelor de procedură în categoria regulilor fundamentale ale procesului civil, reglementarea în detaliu a acestora regăsindu-se în Capitolul II al Titlului IV („Actele de procedură”) din Cartea I („Dispoziții generale”) a Codului de procedură civilă. Trebuie remarcat că dispozițiile art. 153 și urm. C. pr. civ. sunt aplicabile, în mod corespunzător, și comunicării actelor în etapa executării silite, potrivit art. 672 C. pr. civ. Nu poate exista, așadar, proces civil în absența comunicării citațiilor și actelor de procedură, respectarea regulilor care reglementează această materie fiind esențială pentru asigurarea contradictorialității, dreptului la apărare, dreptului la un proces echitabil și principiului legalității.

Sistemul actual de reglementare a comunicării citațiilor și altor acte de procedură scoate în evidență preocuparea legiuitorului român de a pune în echilibru interesul general al realizării justiției cu respectarea principiilor susmenționate și interesul particular al părților de a fi informate în mod eficient cu privire la elementele relevante privind judecata cauzelor în care sunt angrenate. De asemenea, se remarcă faptul că, ținând cont de caracterul preponderent privat al drepturilor și intereselor puse în discuție în cadrul unui proces civil, legiuitorul a avut intenția de a limita accesul la informațiile cuprinse în citații ori alte acte de procedură, acestea fiind destinate, în principal, părților. Nu în ultimul rând, sistemul actual de reglementare a comunicării citațiilor și actelor de procedură are în vedere necesitatea evitării eventualelor situații de abuz de drept sau de exercitare cu rea-credință a drepturilor procesuale, în situații precum acelea în care o parte ar dori, în mod intenționat, să determine un viciu de procedură, pentru a tergiversa judecata, ori ar încerca să deturneze procedura de comunicare, pentru ca actul de procedură să nu ajungă, în realitate, la partea căreia îi este destinat. Printre garanțiile principale ale respectării drepturilor procesuale ale părților cu privire la comunicarea actelor de procedură menționăm, în acest context, transmiterea citațiilor și actelor de procedură în plic închis [art. 154 alin. (2) C. pr. civ.],

dreptul de acces direct al instanțelor judecătorești la bazele de date electronice sau la alte sisteme de informare deținute de autorități și instituții publice în vederea obținerii datelor și informațiilor necesare realizării procedurii de comunicare a citațiilor și a altor acte de procedură, numirea unui curator special, în condițiile art. 58 C. pr. civ., în cazul în care se dispune citarea prin publicitate [art. 167 alin. (3) C. pr. civ.].

Raportat la rațiunile sus-menționate, reglementarea comunicării citațiilor și altor acte de procedură prin Codul de procedură civilă actual a avut în vedere și extinderea sferei mijloacelor de comunicare, incluzând, pe lângă comunicarea „clasică” prin intermediul agenților procedurali ai instanței sau prin serviciile poștale, mijloacele moderne de comunicare, respectiv poșta electronică, faxul ori alte mijloace ce asigură transmiterea textului actului și confirmarea primirii acestuia. Legiuitorul a fost preocupat să îmbine eficiența comunicării prin intermediul acestor mijloace, dată de rapiditate, costuri relativ reduse și accesibilitate, cu garanții procedurale care să permită judecătorului să verifice dacă actul de procedură a fost efectiv transmis părții, respectiv dacă a fost recepționat de aceasta. În acest context, au fost introduse în Codul de procedură civilă dispoziții care reglementează expres comunicarea actelor de procedură prin e-mail, fax ori prin alte mijloace de comunicare la distanță, practica adaptându-se, treptat la utilizarea acestor, în diverse forme și modalități. Dispozițiile legale se referă atât la posibilitatea transmiterii citațiilor și actelor de procedură de la instanță către părți, cât și la posibilitatea părților de a transmite actele de procedură către instanță prin intermediul mijloacelor moderne de comunicare la distanță, fiind instituite mai multe categorii de reguli de procedură care vizează forma actului de procedură (elementele intrinseci ale acestuia), în ipoteza în care transmiterea se realizează prin intermediul unui astfel de mijloc (semnătura electronică a instanței care înlocuiește semnătura grefierului și ștampila instanței, în ipoteza transmiterii prin e-mail a citației), momentul la care se consideră realizată comunicarea, dovezile care trebuie să se regăsească la dosarul cauzei pentru a se considera că procedura este legal îndeplinită, situațiile concrete în care se poate recurge la utilizarea acestor mijloace de comunicare și eventualele neregularități care ar putea apărea în legătură cu comunicările realizate în aceste modalități.

Legea nr. 310/2018² a adus importante modificări reglementărilor Codului de procedură civilă cu privire la comunicarea actelor de procedură prin astfel de mijloace, legiuitorul fiind preocupat de eficientizarea actului de justiție prin creșterea accesului instanțelor și părților la utilizarea unor astfel de

² Legea nr. 310/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea altor acte normative, publicată în Monitorul Oficial nr. 1074 din 18 decembrie 2018

mijloace³. Modificările vizează atât comunicarea actelor de procedură de către instanță părților, cât și transmiterea cererilor ori a altor acte de părți către instanță. Textele de lege modificate necesită o interpretare atentă și rațională, pentru ca aplicarea lor să servească scopului avut în vedere de legiuitor la momentul edictării și să contribuie la creșterea accesului la actul de justiție și îmbunătățirea realizării acestuia prin mijloace moderne.

Trebuie însă evidențiat faptul că, față de principiile de drept intertemporal edictate în cuprinsul art. 24-25 C. pr. civ. dispozițiile Codului de procedură civilă modificate prin Legea nr. 310/2018 sunt aplicabile numai în cauzele începute după data intrării în vigoare a acestuia (21 decembrie 2018); în procesele începute anterior acestei date, inclusiv în căile de atac sau în incidentele procedurale legate de acestea, sunt aplicabile, în continuare, reglementările prevăzute de redactarea anterioară a Codului, astfel încât trebuie respectate, așa cum vom arăta și mai jos, condițiile și termenele de îndeplinire a procedurilor de comunicare prevăzute de legea în vigoare la momentul introducerii cererii de chemare în judecată [art. 192 alin. (2) C. pr. civ.] ori, după caz, a depunerii cererii de executare silită [art. 622 alin. (2) C. pr. civ.].

Obiectul prezentul articol îl constituie reglementările referitoare la comunicarea prin e-mail a actelor de procedură. În cele ce urmează vom analiza, într-o primă secțiune, chestiunile referitoare la comunicarea citațiilor și a altor acte de procedură de către instanță părților, punând accent pe chestiunile referitoare la situațiile în care instanța poate recurge la aceste mijloace de comunicare, față de modul de manifestare a voinței părților în acest sens, la condițiile pe care trebuie să le îndeplinească citația transmisă în această modalitate, la cerințele impuse de lege cu privire la dovada realizării procedurii și la momentul la care trebuie să se considere că aceasta a fost realizată. În a doua secțiune a articolului vor fi analizate chestiunile privitoare la transmiterea cererilor ori a altor acte de procedură de către părți instanței, cu evidențierea practicii Curții Constituționale și interpretării obligatorii dată de Înalta Curte de Casație și Justiție dispozițiilor art. 182 și 183 C. pr. civ., înainte și după modificările intervenite prin Legea nr. 310/2018, cu privire la ora la care trebuie realizată transmiterea cererii, în cazul în care aceasta este realizată în ultima zi

³ Pentru analiza modificărilor intervenit prin Legea nr. 310/2018, a se vedea: T.-C. Briciu, M. Stancu, C. C. Dinu, Gh.-L. Zidaru, P. Pop, *Comentarii asupra modificării noului Cod de procedură civilă prin Legea nr. 310/2018. Între dorința de funcționalitate și tendința de restaurație*, disponibil la adresa <https://www.juridice.ro/essentials/2901/comentarii-asupra-modificarii-noului-cod-de-procedura-civila-prin-legea-nr-310-2018-intre-dorinta-de-funcionalitate-si-tendinta-de-restauratie>, accesată la data de 09.11.2020; N.-H. Țiț, R. Stanciu, *Legea nr. 310/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă*, Editura Hamangiu, București, 2019; B. Ionescu, *Legea nr. 310/2018. Panorama modificărilor și completărilor aduse Codului de procedură civilă. Comentariu practic pe articole*, Editura Universul Juridic, București, 2019.

a termenului, pentru ca actul de procedură să fie considerat a fi fost transmis în termen. În secțiunea dedicată concluziilor, vor fi sintetizate argumentele prezentate în secțiunile precedente și vor fi făcute propuneri *de lege ferenda* cu privire la textele de lege incidente.

II. Comunicarea citațiilor și actelor de procedură de către instanță părților

Legea de procedură impune instanței, ca o garanție a principiului contradictorialității, să verifice la fiecare termen de judecată dacă părțile sunt prezente, dacă au termen în cunoștință în condițiile art. 229 C. pr. civ., iar în cazul în care nu sunt nici prezente și nici nu au termen în cunoștință, dacă sunt legal citate. Obligația judecătorului de a verifica legala îndeplinire a procedurii de citare rezultă din dispozițiile art. 14 alin. (1), art. 153 alin. (2), art. 219 alin. (2) și art. 241 alin. (3) C. pr. civ., sancțiunea efectuării unor acte de procedură în condițiile în care una dintre părți nu era legal citată fiind aceea a nulității exprese. Nelegala citare a părții la termenul la care a avut loc judecata (termenul la care au avut loc dezbaterile asupra chestiunii care a condus la dezinvestirea instanței, fie că este vorba despre dezbateri asupra fondului cauzei sau asupra unei excepții procesuale dirimante sau declinatorii) va conduce, la cererea părții interesate, la desființarea hotărârii pronunțate prin intermediul căii de atac ce poate fi formulată împotriva acelei hotărâri (apel, recurs sau contestație în anulare, după caz), putând să determine, în condițiile prevăzute de lege, trimiterea cauzei spre rejudecare aceleiași instanțe sau unei instanțe de grad egal cu aceasta (în cazul apelului sau recursului) sau rejudecarea cauzei de către aceeași instanță (în cazul contestației în anulare).

Prin urmare, o eventuală neregularitate privind citarea părților, neobservată de judecător, poate avea consecințe negative asupra duratei de desfășurare a procesului, conducând la o prelungire a acestuia, necesară refacerii actelor de procedură. În ipoteza în care viciul de procedură atrage chiar nulitatea hotărârii judecătorești, desființarea acesteia prin intermediul unei căi de atac va putea pune probleme practice mai dificile, în special în cazul în care hotărârea era executorie și anularea ei atrage și desființarea actelor de executare efectuate în temeiul acesteia și necesitatea repunerii părților în situația anterioară. Aceste argumente evidențiază importanța practică deosebită a regulilor referitoare la modalitatea de realizarea a procedurii de citare și a dovezilor la care instanța ar trebui să se raporteze pentru a verifica dacă procedura de citare este legal îndeplinită. În egală măsură, în ipoteza transmiterii unor alte acte de procedură de către instanțe părților, observarea regulilor referitoare la momentul la care actul de procedură trebuie să fie considerat comunicat este deosebit de importantă, în special în cazurile în care comunicarea actului de procedură declanșează curgerea unui termen

procedural de decădere (spre exemplu, în cazul termenelor de formulare a căilor de atac care curg de la momentul comunicării hotărârii).

În acest context, se ridică întrebarea care sunt elementele concrete pe care judecătorul cauzei trebuie să le aibă în vedere pentru a aprecia asupra legalității procedurii îndeplinite prin e-mail, raportat la dispozițiile legale în vigoare? Pentru a răspunde acestei întrebări, vom analiza succint dispozițiile legale aplicabile, vom determina care sunt situațiile în care se poate recurge la comunicarea prin e-mail a citațiilor și a altor acte de procedură, precum și cerințele de formă ale actelor de procedură care trebuie să se regăsească la dosarul cauzei pentru a se considera că procedura este legal îndeplinită.

Modificările intervenite prin Legea nr. 310/2018 la cu privire la comunicarea citațiilor și a altor acte de procedură prin e-mail vizează în special condițiile pre care trebuie să le îndeplinească citația (mențiunea că, în cuprinsul citației transmisă prin e-mail, semnătura grefierului este înlocuită cu semnătura electronică extinsă a instanței), dovada îndeplinirii procedurii de citare prin e-mail și momentul la care se consideră procedura îndeplinită. Înainte de analizarea acestor chestiuni, ne vom referi la situațiile în care se poate recurge la comunicarea citațiilor și altor acte de procedură prin e-mail, în funcție de manifestarea de voință a părții în acest sens.

Cu privire la acest aspect, dispozițiile art. 154 alin. (6) C. pr. civ. prevăd că instanța poate recurge la comunicarea prin e-mail a citațiilor și a altor acte de procedură prin poștă electronică „dacă partea a indicat instanței datele corespunzătoare în acest scop”; dispoziții asemănătoare se regăsesc și la art. 241 alin. (3) C. pr. civ. Indicarea datelor corespunzătoare de către părți se face în condițiile art. 148 alin. (1) teza a II-a C. pr. civ., la care, de altfel se face trimitere la art. 194 lit. a), respectiv 205 alin. (2) lit. a) C. pr. civ. Ideea care se desprinde din toate aceste texte de lege este aceea că se poate recurge la comunicarea prin e-mail a actelor de procedură numai în condițiile în care partea a indicat în mod expres adresa de mail la care să îi fie transmise aceste acte. Cu alte cuvinte, nu se va putea efectua o comunicare prin acest mijloc dacă adresa de mail este indicată de partea adversă, și nici dacă este identificată de instanță printr-o altă modalitate.

În practică s-a ridicat problema dacă simpla menționare în cuprinsul cererii a unei adrese de e-mail a părții echivalează cu manifestarea de voință a părții în sensul ca actele de procedură să îi fie comunicate prin intermediul poștei electronice. Cu privire la acest aspect, trebuie reținut că această modalitate de comunicare a citațiilor și a altor acte de procedură este prevăzută de lege în mod subsidiar, ca alternativă la comunicarea prin intermediul agenților procedurali ai instanței, atât dispozițiile art. 154 alin. (6), cât și cele ale art. 241 alin. (3) C. pr. civ. fiind în acest sens; textele de lege menționează că se poate recurge la comunicarea citațiilor și a altor acte de procedură „(...) și prin (...) poștă electronică”, respectiv că „(...) instanța va putea dispune ca

încunoștințarea părților să se facă și (...) prin (...) poștă electronică”, însă numai în condițiile în care datele necesare în acest scop au fost indicate de parte. Cu alte cuvinte, situația trebuie interpretată ca fiind una specială, derogatorie de la regula generală și având o aplicare condiționată de această manifestare de voință a părții. Raportat la cele arătate, apreciem că nu se poate recurge la o comunicarea prin e-mail a actelor de procedură decât în cazul în care partea a solicitat în mod expres acest lucru, respectiv în cazurile în care partea și-a indicat adresa de e-mail cu intenția neechivocă de a-i fi comunicate actele de procedură prin intermediul acestui mijloc. Simpla menționare a unei adrese de e-mail în antetul cererii sau în subsolul acesteia (situație frecvent întâlnită în cazul cererilor formulate prin reprezentant convențional avocat) nu echivalează cu o astfel de manifestare neechivocă de voință⁴. Legiuitorul precizează că este necesar ca adresa de mail să fie indicată de parte „...în acest scop...”, adică în scopul realizării procedurii de comunicare prin e-mail, sintagmă care trebuie interpretată în sensul în care partea prefigurează finalitatea indicării respectivei adrese, nu doar acceptă că prin indicarea adresei de e-mail instanța ar putea să recurgă la această modalitate de comunicare a actelor de procedură. Pe de altă parte, apreciem că indicarea adresei de e-mail în chiar petitul cererii, în continuarea datelor de identificare ale părții sau reprezentantului acesteia, are semnificația unei manifestări de voință lipsită de echivoc în sensul comunicării prin e-mail a actelor de procedură⁵.

⁴ G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil, Ediția a 5-a, revizuită și adăugită*, Editura Hamangiu, București, 2020, p. 348, nota de subsol nr. 2. Pentru opinia conform căreia indicarea în antet a adresei de mail echivalează cu existența măcar a unei prezumții simple în sensul că partea și-a exprimat acordul pentru comunicarea procedurală în acest mod, a se vedea C. Drăgușin, C. Sterea-Grossu, *Citarea și comunicarea actelor de procedură prin e-mail în materie civilă*, disponibil la adresa <https://www.juridice.ro/704118/citarea-si-comunicarea-actelor-de-procedura-prin-email-in-materie-civila.html>, accesată la data de 30.11.2020.

⁵ În doctrină s-a reținut că menționarea datelor necesare în scopul comunicării actelor de procedură prin mijloace moderne de comunicare „lasă a se presupune voința părții de a-i fi comunicate actele de procedură în această modalitate” (S. I. Vidu, *Aspecte privind modalitățile și procedura de comunicare a actelor de procedură potrivit noului Cod de procedură civilă*, în *Studii și Cercetări Juridice*, nr. 4/2013, p. 451).

În practica Înaltei Curți de Casație și Justiție, s-a reținut că „Recurgerea la comunicarea actelor de procedură prin intermediul acestor mijloace moderne poate avea loc numai cu acordul părții, din moment ce partea trebuie să indice datele necesare în acest scop [art. 154 alin. (6) din Codul de procedură civilă]. Indicarea datelor unor asemenea mijloace nu este obligatorie, însă menționarea lor lasă a se presupune voința părții de a-i fi comunicate actele de procedură în această modalitate.” (par. 85 al Deciziei Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept nr. 34/2016, publicată în Monitorul Oficial nr. 18 din 09 ianuarie 2017).

În ceea ce privește conținutul citației comunicată prin e-mail, se remarcă faptul că modificarea intervenită prin Legea nr. 310/2018 rezolvă o problemă ce putea apărea în practică, raportat la dispozițiile art. 157 alin. (1) lit. k) C. pr. civ., anume aceea a condiției formale a semnării citației de către grefier și a aplicării ștampilei instanței, condiție prevăzută sub sancțiunea nulității de alin. (3) al aceluiași articol. Potrivit art. 154 alin. (6) C. pr. civ., aceste elemente intrinseci ale citației sunt înlocuite, în cazul transmiterii acesteia prin e-mail, cu semnătura electronică extinsă a instanței, fiecare instanță având o singură semnătură electronică extinsă pentru citații și acte de procedură⁶. În contextul modificărilor intervenite prin Legea nr. 310/2018, se poate ridica problema dacă, având în vedere că legiuitorul nu a intervenit și asupra art. 157 C. pr. civ., lipsa semnăturii electronice extinse a citației transmisă prin e-mail va atrage tot o nulitate expresă, așa cum este cea atrasă de lipsa ștampilei instanței ori cea a semnăturii grefierului, în raport de dispozițiile art. 157 alin. (3) C. pr. civ. Având în vedere că art. 154 alin. (6) C. pr. civ. prevede că semnătura electronică extinsă a instanței „(...) va înlocui ștampila instanței și semnătura grefierului de ședință din mențiunile obligatorii ale citației”, apreciem că sancțiunea nulității exprese a citației este aplicabilă în cazul în care lipsește semnătura electronică extinsă a instanței⁷; nulitatea va opera în condițiile art. 175 alin. (2) C. pr. civ., respectiv prezumția de vătămare este una relativă, putând fi însă înlăturată⁸.

Așa cum am arătat, apreciem că din indicarea datelor necesare comunicării trebuie să rezulte fără echivoc dorința părții de a-i fi comunicate actele de procedură în modalitatea respectivă. Pentru a se evita eventualele situații echivoce în care s-ar putea ridica problema valabilității procedurii de citare comunicată prin e-mail, în practica multor instanțe se recurge la completarea unor formulare tipizate, prin care se precizează în mod expres că se solicită comunicarea prin e-mail a actelor de procedură și se indică adresa de e-mail în acest scop.

⁶ Potrivit art. 4 pct. (4) din Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică (publicată în Monitorul Oficial nr. 316 din 30 aprilie 2014), „semnătură electronică extinsă reprezintă acea semnătură electronică care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: a) este legată în mod unic de semnatar; b) asigură identificarea semnatarului; c) este creată prin mijloace controlate exclusiv de semnatar; d) este legată de datele în formă electronică, la care se raportează în așa fel încât orice modificare ulterioară a acestora este identificabilă”.

⁷ N.-H. Țiț, R. Stanciu, *op. cit.*, p. 41.

⁸ Spre exemplu, în cazul în care partea citată prin e-mail se prezintă la termenul de judecată și solicită amânarea cauzei în condițiile art. 160 alin. (1) C. pr. civ., invocând nulitatea citației pe motiv că aceasta nu cuprinde semnătura electronică a instanței, se poate reține că, deși vătămarea produsă părții este prezumată de legiuitor, prezența acesteia în instanță dovedește că, în realitate, nu i s-a creat o astfel de vătămare și că, prin urmare, procedura de citare este legal îndeplinită. Este adevărat că dispozițiile art. 160 alin. (1) C. pr. civ. obligă instanța să dispună amânarea, chiar dacă partea este prezentă la termen, în cazul în care acesta solicită acordarea unui termen pe motiv că nu a fost legal citată, însă amânarea este condiționată de constatarea nulității citației;

Cea mai importantă modificare adusă de Legea nr. 310/2018 procedurii de comunicare prin e-mail a citațiilor și altor acte de procedură vizează dovada îndeplinirii procedurii și reglementarea exactă a momentului la care procedura se consideră realizată. Până la modificarea intervenită prin actul normativ sus-menționat, dispozițiile art. 154 alin. (6) C. pr. civ. prevedeau că, în vederea confirmării transmiterii actului de procedură, instanța comunica, odată cu acesta, (...) un formular care va conține: denumirea instanței, data comunicării, numele grefierului care asigură comunicarea și indicarea actelor comunicate; formularul va fi completat de către destinatar cu data primirii, numele în clar și semnătura persoanei însărcinate cu primirea corespondenței și va fi expediat instanței prin telefax, poștă electronică sau prin alte mijloace.” Această reglementare lăsa, practic, la latitudinea părții confirmarea comunicării actului de procedură, lipsind de eficiență în multe situații, folosirea e-mailului ca mijloc de comunicare deoarece, în lipsa completării formularului de confirmare de către parte, nu se putea reține că procedura este legal îndeplinită, chiar dacă, potrivit art. 165 pct. 3 C. pr. civ., procedura se socotea îndeplinită la data arătată pe copia imprimată a confirmării expedierii, certificată de grefierul care a făcut transmisiunea⁹.

Noua redactare a dispozițiilor procedurale care reglementează comunicarea citațiilor și a altor acte de procedură prin e-mail relevă preocuparea

or, în situația în care nulitatea citației este atrasă de nerespectarea unei cerințe de formă intrinseci, aceasta nu poate interveni în lipsa unei vătămări, chiar dacă aceasta ar fi prezumată de legiuitor; caracterul virtual sau expres la nulității nu face altceva decât să aloce sarcina probei privind vătămarea uneia sau alteia dintre părți, însă aceasta nu înseamnă că dacă nulitatea este expresă, instanța trebuie să o considere incidentă în toate cazurile. Din contră, în cazul în care cauza de nulitate este una extrinsecă (spre exemplu, nerespectarea termenului de comunicare a citației), nulitatea care intervine este una necondiționată de existența unei vătămări, raportat la dispozițiile art. 176 pct. 6 C. pr. civ., astfel încât dacă partea prezentă la termenul de judecată solicită amânarea pe acest motiv, instanța va fi obligată să o dispună, față de dispozițiile art. 160 alin. (1) C. pr. civ., neputând aprecia asupra existenței sau inexistenței vătămării.

⁹ S. I. Vidu, *op. cit.*, p. 452; D. N. Theohari, *Comentariu la art. 154 C. pr. civ.*, în G. Boroi (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, Vol. I. Art. 1-455*, Ediția a 2-a revizuită și adăugită, p. 438.

De asemenea, în jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție s-a reținut că „(...) rațiunea formularului fiind aceea de a confirma primirea actului comunicat, procedura de comunicare nu poate fi considerată îndeplinită în absența confirmării primirii de către destinatarul comunicării. Nici această formă de comunicare nu oferă garanții absolute, întrucât partea poate refuza sau neglija restituirea formularului, asumându-și angajarea răspunderii sale pentru neîndeplinirea cu bună-credință a obligațiilor procesuale [art. 12 alin. (3) din Codul de procedură civilă].” (par. 86-87 ale Deciziei Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept nr. 34/2016, publicată în Monitorul Oficial nr. 18 din 09 ianuarie 2017).

legiuitorului de a identifica o soluție legislativă care, odată aplicată în practică, să nu mai lase confirmarea comunicării actului de procedură la dispoziția părții; în acest sens, este eliminată formalitatea transmiterii de către parte a formularului de confirmare a primirii, iar dovada transmiterii se face cu un mesaj generat de sistem. În acest sens, au fost introduse la art. 154 dispozițiile alin. (6¹), cu următoarea redactare: „citațiile și celelalte acte de procedură menționate la alin. (6) se consideră comunicate la momentul la care au primit mesaj din partea sistemului folosit că au ajuns la destinatar potrivit datelor furnizate de acesta”. Cu privire la dovada realizării procedurii de comunicare, dispozițiile art. 163 alin. (11¹) C. pr. civ. prevăd că în ipoteza transmiterii citației sau a actului de procedură prin e-mail, „(...) mesajul de comunicare către destinatar primit de la sistem constituie dovada de comunicare”, acesta fiind listat de către greșier și atașat la dosarul cauzei pentru ca pe baza sa instanța să poată verifica îndeplinirea procedurii. În ceea ce privește data îndeplinirii procedurii, potrivit art. 165 pct. 3 C. pr. civ. „(...) procedura se socotește îndeplinită la data arătată pe copia imprimată a expedierii, certificată de greșierul care a făcut transmisiunea”.

Dispozițiile legale sus-citate pot, la o primă lectură, să ridice o dificultate de interpretare, putându-se considera că ele cuprind o contradicție deoarece, în timp ce art. 154 alin. (6¹) C. pr. civ. se referă la mesajul generat de sistem care atestă că citația sau actul de procedură a ajuns la destinatar, art. 163 alin. (11¹) C. pr. civ. se referă la mesajul de comunicare către destinatar iar art. 165 pct. 3 C. pr. civ. la copia imprimată a expedierii¹⁰. În realitate, textele trebuie interpretate în sensul în care dovada comunicării nu poate fi făcută doar cu listarea mesajului, respectiv a corpului e-mailului, ci este necesar ca pentru expedierea acestuia să fie folosit un sistem apt să genereze o confirmare a primirii e-mailului de către destinatar. Mesajul generat este rezultatul unei comunicări de tipul „machine-to-machine”, respectiv sistemul generează un mesaj automat care confirmă că e-mailul a ajuns pe serverul destinatarului, indiferent dacă a fost deschis sau nu de către acesta. Cu alte cuvinte, nu este necesară confirmarea citirii e-mailului de către destinatar, ci este suficientă generarea unui mesaj automat din care să rezulte că transmiterea e-mailului s-a realizat la adresa indicată în acest scop de parte. Acest mesaj constituie dovada comunicării actului de procedură, fiind echivalentul procesului verbal de comunicare îndeplinit de agentul procedural care atestă că citația sau actul de procedură a fost lăsată în cutia poștală a destinatarului¹¹.

¹⁰ A se vedea C. Drăgușin, C. Sterea-Grossu, *Citarea și comunicarea actelor de procedură prin e-mail în materie civilă*, loc. cit.

¹¹ Noua reglementare a fost criticată în doctrină, arătându-se că, având în vedere că „greșierul nu certifică ajungerea la destinatar, ci numai transmiterea și faptul că a imprimat dovada expedierii” (...) „deși noua reglementare a făcut mai funcțională procedura de comunicare, a creat condițiile unei contestabilități nespecifice și

În acest fel, așa cum am arătat și mai sus, se elimină posibilitatea ca partea să nu confirme primirea e-mailului, prin completarea și expedierea formularului, procedura fiind legal îndeplinită prin confirmarea automată, generată de sistemul folosit de expeditor, că e-mailul a ajuns pe serverul destinatarului. În mod corespunzător, aplicarea dispozițiilor legale introduse prin Legea nr. 310/2018 implică obligația părții care a furnizat instanței datele necesare în vederea comunicării prin e-mail a actelor de procedură să verifice toate secțiunile căsuței poștale, neputând invoca faptul că nu a identificat e-mailul transmis de instanță or că acesta a fost calificat de sistemul de poștă electronică pe care îl folosește ca „spam” sau „junk”. Trebuie însă reținut că textele de lege condiționează dovedirea îndeplinirii proceduri de existența la dosar a mesajului de confirmare generat de sistem că transmiterea e-mailului s-a realizat, nefiind suficientă simpla listare a e-mailului transmis de instanță. Important este de menționat și faptul că momentul comunicării trebuie să fie considerat nu acela al transmiterii e-mail-ului, ci acela al generării de către sistem a mesajului că transmiterea a fost realizată.

În finalul acestor considerații, reiterăm precizarea pe care am făcut-o și în secțiunea introductivă, anume aceea că dispozițiile Codului de procedură civilă modificate prin Legea nr. 310/2018 se aplică numai în procesele și executările silite începute după data intrării în vigoare a acestui act normativ. Prin urmare, în cazul comunicării citațiilor și altor acte de procedură, efectuate după data intrării în vigoare a acestei legi, însă în procese sau executări silite care se aflau pe rol la momentul respectiv, vor fi aplicabile, în continuare,

inoportune într-un domeniu în care domina stabilitatea (determinată de certitudinea confirmării prin semnătură a primirii)” (T.-C. Briciu, M. Stancu, C. C. Dinu, Gh.-L. Zidaru, P. Pop, *op. cit.*). Pornind de la această observație, autorii citați sugerează aplicarea prudentă în practică a dispozițiilor legale, în formula modificată prin Legea nr. 310/2018, considerând că, în ipoteza în care partea citată nu se prezintă la termen, cauza ar trebui amânată și procedura de citare repetată, iar în cazul comunicării hotărârilor nu ar trebui să se recurgă la această modalitate de comunicare, fiind invocate și garanțiile impuse de CEDO în jurisprudența referitoare la această componentă a dreptului la un proces echitabil. Fără a nega importanța aplicării unui standard ridicat în ceea ce privește garanțiile asociate principiului contradictorialității, considerăm că aplicarea textelor de lege în modalitatea arătată (nu este suficientă listarea și atașarea la dosar a corpului e-mailului, ci trebuie să existe un mesaj generat de sistem că transmisiunea s-a realizat) constituie o garanție suficient de puternică și că utilizarea corectă a setărilor sistemului de transmitere a e-mailului poate genera o dovadă a transmiterii cel puțin la fel de puternică precum procesul verbal întocmit de agentul procedural ori de factorul poștal.

Pentru o prezentare detaliată a sistemelor folosite la momentul de față de instanțe pentru comunicarea prin e-mail a citațiilor și a altor acte de procedură, a se vedea C. Drăgușin, C. Sterea-Grossu, *Citarea și comunicarea actelor de procedură prin e-mail în materie civilă*, loc. cit.

dispozițiile anterioare ale art. 154 alin. (6) C. pr. civ., adică dovada îndeplinirii procedurii nu se va putea face decât cu formularul de confirmare completat de parte și transmis către instanță.

III. Comunicarea cererilor și a altor acte de către părți

Posibilitatea părților de a comunica cererile sau alte acte de procedură către instanță prin e-mail este prevăzută în mod expres de mai multe dispoziții procedurale: art. 148 alin. (2), art. 149 alin. (4), art. 199 alin. (1) C. pr. civ. În practică, s-a ridicat problema modului de îndeplinire a procedurii și a respectării termenului prevăzut de lege pentru formularea unei cereri, în cazul în care aceasta a fost transmisă instanței prin e-mail în ultima zi a termenului.

În redactarea art. 183 C. pr. civ. anterioară modificărilor intervenite prin Legea nr. 310/2018, nu era prevăzută în mod expres ipoteza comunicării prin e-mail a actului de procedură, deși această modalitate de transmitere era menționată de art. 148 alin. (2), art. 149 alin. (4), art. 199 alin. (1) C. pr. civ., așa cum am arătat și mai sus. Cu alte cuvinte, legiuitorul, în redactarea inițială a Codului, deși a prevăzut că părțile au posibilitatea să transmită cereri sau alte acte de procedură instanței prin e-mail, nu a reglementat momentul la care actul de procedură se consideră a fi îndeplinit într-o astfel de situație, ceea ce a ridicat problema încadrării ei în dispozițiile art. 182 alin. (1) C. pr. civ., potrivit cu care termenul de procedură care se socotește pe zile, săptămâni, luni sau ani se împlinește la ora 24,00 a ultimei zile în care se poate îndeplini actul de procedură, respectiv în cele ale art. 182 alin. (2) C. pr. civ., potrivit cu care în ipoteza în care actul de procedură trebuie depus la instanță, termenul se consideră împlinit la ora la care activitatea încetează în acel loc în mod legal, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 183 C. pr. civ.

În aceste condiții, a fost sesizată Curtea Constituțională cu o excepție de neconstituționalitate privind dispozițiile art. 182 alin. (2) C. pr. civ., excepție respinsă prin Decizia nr. 605/2016¹². În motivarea acestei decizii s-a reținut, în esență că, în timp ce dispozițiile art. 183 C. pr. civ. reglementează expres transmiterea actului de procedură prin poștă sau serviciu de curierat, transmiterea făcută prin e-mail nu poate fi asimilată acestora, ci, din contră, depunerii actului direct la instanță, astfel încât, în cazul utilizării unui astfel de mijloc de comunicare, sunt aplicabile dispozițiile art. 182 alin. (2) C. pr. civ., care impus ca actul să fie depus până la închiderea programului la instanța respectivă.

Cu dezlegarea chestiunii de drept referitoare la ora până la care trebuie comunicat prin e-mail actul de procedură pentru ca acesta să fie considerat în termen a fost sesizată și Înalta Curte de Casație și Justiție. Instanța supremă s-a pronunțat asupra acestei chestiuni prin Decizia nr. 34/2017¹³, prin care s-a

¹² Publicată în Monitorul Oficial nr. 2 din 3 ianuarie 2017.

¹³ Publicată în Monitorul Oficial nr. 803 din 11 octombrie 2017.

stabilit că „în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 182 și art. 183 din Codul de procedură civilă, actul de procedură transmis prin fax sau poștă electronică, în ultima zi a termenului care se socotește pe zile, după ora la care activitatea încetează la instanță, nu este socotit a fi depus în termen”. În motivarea deciziei s-a reținut, în principal, că dispozițiile art. 182 alin. (2) C. pr. civ. instituie regula cu privire la momentul expirării termenului procedural în cazul în care actul de procedură trebuie depus la o instanță, iar situațiile în care, potrivit legii, momentul efectuării actului de procedură se raportează la o altă dată decât cea menționată în rezoluția de primire a cererii [data certă aplicată la momentul înregistrării acesteia, potrivit art. 199 alin. (1) C. pr. civ.] au caracter excepțional și, prin urmare, dispozițiile legale care le reglementează trebuie interpretate restrictiv. Or, în condițiile în care dispozițiile art. 183 C. pr. civ. nu se refereau la trimiterea făcută prin e-mail, acestui tip de comunicare nu îi puteau fi asimilate dispozițiile referitoare la trimiterea prin poștă sau curier a actelor de procedură.

Prin Legea nr. 310/2018 dispozițiile art. 183 C. pr. civ. au fost modificate, în sensul prevederii exprese a comunicării prin e-mail a actului de procedură la alin. (1) și stabilirii momentului la care actul se consideră efectuat la alin. (3). Astfel, pe de o parte, se precizează că actul de procedură transmis prin e-mail în interiorul termenului se consideră a fi efectuat în termen, pe de altă parte, că momentul efectuării actului de procedură trebuie raportat la data și ora primirii e-mail-ului, astfel cum acestea sunt atestate de către calculatorul de primire al instanței, listarea mesajului servind ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată. Cu alte cuvinte, în cazul transmiterii prin e-mail a unei cereri sau a unui alt act de procedură, supus unui termen, nu va fi luată în considerare data certă aplicată de registratura instanței, potrivit art. 199 alin. (1) C. pr. civ., ci data și ora primirii e-mailului, așa cum rezultă acestea din mesajul primit pe calculatorul instanței¹⁴.

Având în vedere modificarea legislativă intervenită și dezlegarea chestiunii de drept dată prin Decizia nr. 34/2017, pentru a se evita apariția de controverse s-a recurs, din nou, la acest mijloc de unificare a practicii judiciare, instanța supremă pronunțându-se prin Decizia nr. 45/2020¹⁵, în sensul că „în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 182 și art. 183 alin. (1) și (3) din Codul de procedură civilă, modificat prin Legea nr. 310/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea altor acte normative, actele de procedură transmise prin fax sau e-mail, în ultima zi a termenului procedural care se socotește pe zile, după ora la care activitatea încetează la instanță, este socotit a fi depus în termen.” Este de reținut că, prin această decizie, nu a avut

¹⁴ N.-H. Țiț, R. Stanciu, *op. cit.*, p. 47.

¹⁵ Publicată în Monitorul Oficial nr. 961 din 20 octombrie 2020.

loc un reviriment jurisprudențial, deoarece instanța supremă nu a revenit asupra interpretării date anterior aceluiași dispoziții legale; deși formal textul de lege este același, conținutul dispozițiilor legale interpretate este diferit, ceea ce are implicații, așa cum vom arăta și în continuare, și asupra problemei aplicării în timp a dispozițiilor legale și, implicit, a dezlegărilor date de Înalta Curte de Casație și Justiție. În acest sens, în motivarea Deciziei nr. 45/2020 s-a reținut că rațiunile pe care s-a întemeiat Decizia nr. 34/2017 nu mai sunt valabile odată cu modificarea dispozițiilor art. 183 C. pr. civ., în sensul menționării exprese a transmiterii prin e-mail a actelor de procedură în cuprinsul acestuia.

Este de remarcat că soluția legislativă prevăzută de art. 183 alin. (3) C. pr. civ. cu privire la momentul la care se consideră că actul de procedură este îndeplinit, este diferită de cea prevăzută de art. 165 pct. 3 C. pr. civ. cu privire la actele transmise de instanță părților. Chiar dacă textul de lege, în redactarea actuală, se raportează nu la data certă aplicată de instanță la momentul înregistrării cererii, ci la data care rezultă din e-mailul primit la instanță, dovada se va face cu listarea acestuia, nu cu confirmarea transmiterii listată de expeditor. Este adevărat că, în cazul transmiterii unui e-mail, în marea majoritate a cazurilor, cele două momente se suprapun. Pot însă exista și situații în care, deși mesajul a fost transmis la o oră, el a fost recepționat la o altă oră, o eventuală „întârziere” a serverului expeditorului la expedierea e-mailului fiind imputabilă acestuia.

În ceea ce privește aplicarea în timp a dispozițiilor procedurale, așa cum am arătat, față de dispozițiile art. 24-25 C. pr. civ., dispozițiile art. 182-183 C. pr. civ. în forma lor anterioară Legii nr. 310/2018 și, implicit, dezlegarea dată acestora prin Decizia nr. 34/2017 rămân aplicabile în cazul în care cererea de chemare în judecată a fost introdusă anterior intrării în vigoare a dispozițiilor legale modificatoare; cu alte cuvinte, chiar dacă actul de procedură este transmis prin e-mail după data intrării în vigoare a dispozițiilor Legii nr. 310/2018, însă într-un proces pornit înainte de acest moment, pentru ca actul să fie efectuat în termen trebuie ca acesta să fie primit la instanță înainte de închiderea programului, dacă este transmis în ultima zi a termenului. Dispozițiile legale modificate, astfel cum au fost interpretate prin Decizia nr. 45/2020 sunt aplicabile numai în cazul în care cererea de chemare în judecată sau de executare, după caz, au fost formulate după data intrării în vigoare a Legii nr. 310/2018¹⁶.

¹⁶ Această chestiune a fost reținută și de instanța supremă în motivarea Deciziei nr. 45/2020, în care s-a arătat că: „Întrucât normele interpretate prin această decizie sunt norme de procedură civilă, aplicarea în timp a acestora trebuie raportată la dispozițiile art. 24-27 din Codul de procedură civilă, cu caracter general, în sensul că procedurile judiciare (*lites pendentes*) le este incidentă legea în vigoare la momentul declanșării lor, iar hotărârile judecătorești rămân supuse căilor de atac, motivelor și termenelor prevăzute de legea sub care a început procesul. În consecință, cad sub incidența efectelor

IV. Concluzii

Legea nr. 310/2018 a adus modificări importante dispozițiilor legale referitoare la comunicarea prin e-mail a actelor de procedură. Pe de o parte, în ceea ce privește comunicarea de către instanță a citațiilor și actelor de procedură, soluția legislativă anterioară, care prevedea că dovada realizării procedurii se realizează prin completarea și expedierea de către destinatar a unui formular de confirmare a primirii actului de procedură, a fost înlocuită cu una care permite folosirea resurselor sistemului pentru a genera un mesaj de confirmare a expedierii. În acest fel, realizarea comunicării nu mai rămâne la latitudinea părții, care ar putea refuza sau neglija transmiterea formularului de răspuns. Totodată, noua redactare a textului de lege implică faptul că, odată ce partea a furnizat instanței datele necesare în vederea realizării comunicării în această modalitate, confirmarea electronică a faptului că e-mailul a ajuns la destinatar pentru a se face dovada îndeplinirii procedurii. Pe de altă parte, în ceea ce privește comunicarea prin e-mail a actelor de procedură de către părți instanțelor, modificările intervenite prin Legea nr. 138/2020 permit valorificarea acestui mijloc de comunicare indiferent de ora la care este realizată transmisiunea, cu mențiunea că momentul îndeplinirii actului de procedură se va raporta la data și ora evidențiate de calculatorul instanței.

Rămâne ca pe viitor, legiuitorul să aibă în vedere corelarea dispozițiilor Codului de procedură civilă cu posibilitățile pe care le oferă accesul părților la dosarul electronic. În concret, se ridică problema dacă accesarea de către parte a dosarului electronic și vizualizarea de către aceasta a unui act de procedură echivalează cu comunicarea acestui act către parte. În practică, la momentul de față, unele instanțe comunică părților un link la care se poate descărca actul de procedură supus comunicării, sistemul generând un mesaj prin care confirmă acest lucru; în ipoteza în care actul de procedură nu este descărcat în termen de 3 zile de la momentul comunicării prin e-mail a link-ului, se recurge la comunicarea „clasică” prin agenți procedurali sau prin poștă. Această practică nu este însă corelată cu dispozițiile Codului de procedură civilă și nu trebuie confundată cu cea a comunicării actelor de procedură prin e-mail, care presupune că actul este atașat mesajului transmis de instanță. Este, așadar, necesar ca atât dispozițiile cuprinse în Codul de procedură civilă, cât și cele din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești să fie completate cu reglementări care să prevadă modul în care se realizează comunicarea actelor de procedură prin accesarea dosarului electronic.

obligatorii ale acestei decizii (Decizia nr. 34/2017, n.n.) doar litigiile declanșate anterior modificării aduse Codului de procedură civilă prin Legea nr. 310/2018.” (par. 82-83 din Decizia nr. 45/2020).

Desfășurarea proceselor prin videoconferință –
respectarea dreptului de acces la justiție
sau periclitarea dreptului la un proces echitabil?

Conducting trials by videoconference –
respecting the right of access to justice
or jeopardizing the right to a fair trial?

Silvia Uscov¹, Mirela Niculina Morar²

Rezumat: Apariția virusului SARS-COV-2 și declararea pandemiei de coronavirus³ a adus multe provocări țărilor din întreaga lume. Criza sanitară a afectat toate sectoarele de activitate, inclusiv sistemul judiciar. Datorită noii realități, statele trebuie să stabilească cu foarte mare diligență măsurile de prevenire a răspândirii pandemiei întrucât multe dintre aceste măsuri au impact asupra drepturilor omului. Respectarea statului de drept este garantată prin respectarea dreptului de acces la justiție, dreptul la un proces echitabil și respectarea principiului contradictorialității, printre altele. În acest articol analizăm dacă a fost afectat accesul la justiție în timpul pandemiei și cum au asigurat statele democratice respectarea dreptului la un proces echitabil într-un termen optim și previzibil. Odată cu revoluția tehnologică pe care o trăim în prezent, ne-am putea întreba cum tehnologia ar putea ajuta la respectarea acestor principii, oferind în același timp aceeași calitate sau chiar un act de justiție mai bun pentru cetățeni⁴. În acest context de pandemie cu multe restricții impuse, este important să se acorde atenție și sistemului judiciar întrucât acesta este pilonul principal în asigurarea democrației indiferent de situație.

Cuvinte-cheie: restricții; criza sanitară; drepturile omului.

Abstract: The emergence of SARS-VOC-2 virus and the declaration of the coronavirus pandemic have brought many challenges to countries around the world. The health crisis has affected all sectors of activity, including the

¹ Avocat, Baroul București, e-mail:

² Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș Bolyai”, Cluj Napoca, și avocat în cadrul Baroului Cluj, e-mail:

³ Organizația Mondială a Sănătății a declarat oficial pandemie de coronavirus - <https://romania.europalibera.org/a/organiza%C8%9Bia-mondial%C4%83-a-s%C4%83n%C4%83t%C4%83C8%9Bii-a-declarat-oficial-pandemie-de-coronavirus-%C8%99i-/30482192.html>;

⁴ <https://evenimente.juridice.ro/2020/10/pandemia-de-covid-19-si-sistemul-de-justitie-perspective-nationale>;

judiciary system. Due to the new reality, states need to put in place measures to prevent the spread of the pandemic with great diligence as many of these measures have an impact on human rights. Respect for the rule of law is guaranteed by respect for the right of access to justice, the right to a fair trial and respect for the principle of adversarial proceedings, among others. In this article, we examine whether access to justice was affected during the pandemic and how democratic states have ensured respect for the right to a fair trial in an optimal and predictable timeframe. With the technological revolution we are experiencing today, we might wonder how technology could help to comply with these principles, while providing the same quality or even a better act of justice for citizens. In this context of a pandemic with many restrictions imposed, it is important to pay attention to the judiciary as this is the main pillar in ensuring democracy regardless of the situation.

Keywords: limitations; health crisis; human rights.

1. Considerații introductive

Odată declarată pandemia de coronavirus, în majoritatea statelor a fost decretată starea de urgență astfel lumea toată a intrat în „lockdown”. Sistemul judiciar din România a fost suficient de afectat întrucât la momentul decretării stării de urgență nu era deloc pregătit pentru a continua desfășurarea procedurilor judiciare prin mijloace electronice. Activitatea instanțelor de judecată din România a fost semnificativ redusă începând cu 16 martie 2020, ca urmare a instituirii stării de urgență; potrivit Decretelor prezidențiale nr. 195/2020 și nr. 240/2020, judecarea altor procese civile decât cele de urgență deosebită a fost suspendată. Înalta Curte de Casație și Justiție (ÎCCJ) este singura instanță care a publicat o statistică privind numărul de cauze judecate în primul ciclu al stării de urgență (perioada 16 martie – 16 aprilie 2020). În total, au fost rulate 2.550 de dosare, 655 au fost soluționate, iar 1.586 au fost suspendate sau amânate⁵.

Pe fondul măsurilor restrictive impuse de stat, la nivel mondial, s-a putut constata o creștere sporită a violenței domestice și o scădere a cererilor de judecată care privesc fuziunile, achizițiile, răspunderea civilă contractuală sau delictuală. În România, în primele 9 luni ale acestui an, organele de poliție au emis aproape 6.500 de ordine de protecție provizorii, aproximativ jumătate dintre acestea fiind transformate în ordine de protecție de instanțele de judecată. Față de anul trecut, se constată o reducere importantă a nerespectării

⁵ Primii pași spre reluarea activității de justiție în contextul pandemiei - <https://www2.deloitte.com/ro/en/pages/business-continuity/articles/primii-pasi-spre-reluarea-activitatii-de-justitie-in-contextul-pandemiei.html>.

ordinului de protecție provizoriu și a implicării minorilor în fapte de violență domestică⁶, iar numărul cererilor de custodie a crescut⁷.

Dacă un avocat din perioada interbelică ar intra într-o sală de judecată în zilele noastre, nu ar remarca prea multe schimbări. Aceleași robe. Același timp ridicat de desfășurare a procesului. Proceduri judiciare similare și cam aceeași structură. Dar, datorită contextului actual, instanțele pot folosi oportunitățile oferite de tehnologie pentru a schimba modul în care funcționează, dar și pentru a demara o reformă⁸. Cu toate acestea, până în prezent, majoritatea instanțelor au preferat să utilizeze tehnologia pentru a reproduce sistemele și procesele existente decât să se concentreze asupra reformării structurilor și proceselor care există în cadrul sistemului de justiție. Drept urmare, multe instanțe continuă să semene îndeaproape cu instanțele din secolul trecut (și chiar din secolul anterior).

Digitalizarea justiției era una din prioritățile Uniunii Europene chiar și înainte de pandemie⁹, dar acum, ținând cont de context, lucrurile au fost urgentate și s-a apelat la soluțiile disponibile pe piață; astfel instanțele au utilizat platforme publice cum ar fi Microsoft Teams, Skype, Zoom, Google Hangouts și WebEx¹⁰. În procedurile penale, și înainte de pandemie, și acum, se folosește aplicația de videoconferință pusă la dispoziție de către STS¹¹.

Cu toate acestea, în ciuda beneficiilor generate de continuarea serviciilor judiciare prin mijloace electronice, utilizarea internetului și a altor tehnologii emergente în sistemul de justiție a ridicat întrebări cu privire la impactul asupra dreptului la un proces echitabil întrucât este unul dintre principiile fundamentale ale drepturilor omului și este parte integrantă a statului de drept

⁶ Acțiuni ale poliției române pentru prevenirea violenței domestice - <https://www.politiaromana.ro/ro/stiri/actiuni-ale-politiei-romane-pentru-prevenirea-violentei-domestice>.

⁷ UK lawyers inundated by divorced parents arguing over lockdown custody. <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/07/lawyers-inundated-by-divorced-parents-arguing-over-lockdown-custody>; New Battle for Those on Coronavirus Front Lines: Child Custody <https://www.nytimes.com/2020/04/07/us/coronavirus-child-custody.html>.

⁸ ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic <https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic/>.

⁹ Proiect de strategie privind e-justiția 2019-2023, 12794/3/18, Bruxelles, 31 octombrie 2018 <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12794-2018-REV-3/ro/pdf>.

¹⁰ T. Sourdin, J. Zeleznikow, *Courts, Mediation and COVID-19*, Australian Business Law Review; 2020, <https://pesquisa.bvsalud.org/global-literature-on-novel-coronavirus-2019-ncov/resource/en/covidwho-707206>.

¹¹ <https://monitorulapararii.ro/sts-sistemul-de-videoconferinta-a-totalizat-1-504-ore-echivalentul-a-62-de-zile-de-transmisie-au-fost-interconectate-inclusiv-spitalele-militare-1-31881>.

și a principiului egalității în fața legii;¹² Dar și dreptul de a fi asistat/reprezentat de un avocat precum și principiul contradictorialității ar putea fi afectate.

Așadar, este necesar ca în momentul implementării tuturor elementelor de e-justiție să se țină cont și de aceste vulnerabilități care ar putea afecta integritatea actului de justiție. Pentru a se întâmpla asta, vor trebui dezvoltate programe informatice special dedicate sistemului judiciar și renunțarea la utilizarea platformelor public în vederea sporirii încrederii justițiabililor în sistemul de justiție¹³.

2. Dreptul la acces liber la justiție

Într-un stat de drept axat pe valorile clasice ale constituționalismului de sorginte liberală, liberul acces la justiție¹⁴ constituie cea mai importantă garanție a respectării drepturilor subiective. Efectivitatea drepturilor subiective depinde de eficiența apărării acestora în justiție, în ipoteza încălcării lor. Dacă autor al încălcării este însuși statul, accesul la justiție poate reprezenta și o negarantare a respectării drepturilor și libertăților fundamentale. Acest drept operează însă în privința tuturor încălcărilor unor drepturi subiective, deci și împotriva unor persoane fizice sau a unor persoane juridice de drept privat.

În sens restrâns, accesul la justiție poate fi definit ca facultatea unei persoane de a introduce o acțiune în fața unei instanțe judecătorești sau a unui alt organ care să întrunească cerințele de independență și imparțialitate specifice unei instanțe judecătorești impuse de art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, implicând obligația corelativă a instanței sau organului respectiv de a soluționa pe fond respectiva acțiune¹⁵. Totodată, definirea accesului la justiție nu poate fi separată de cerința esențială a efectivității acestuia, ceea ce implică lipsa anumitor bariere de ordin factual sau procedural care să-l golească de conținut.

Prin decretarea stării de urgență pentru prevenirea răspândirii COVID-19 și realizarea managementului consecințelor, raportat la evoluția situației epidemiologice, pe durata stării de urgență a fost restrâns exercițiul următoarelor drepturi: a) libera circulație; b) dreptul la viață intimă, familială și privată; c) inviolabilitatea domiciliului; d) dreptul la învățătură; e) libertatea întrunirilor; f) dreptul de proprietate privată; g) dreptul la grevă; h) libertatea

¹² Art. 6 CEDO.

¹³ M. Bulinski, J.J. Prescott, *Online case resolution systems: Enhancing access, fairness, accuracy and efficiency*, Michigan Journal of Race and Law, Vol. 21:205, 2016, [Online] la <http://ssrn.com/abstract=2777059>.

¹⁴ T. Drăganu, *Liberul acces în justiție*, Ed. Lumina Lex, București, 2002; I. Muraru, S.E. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, C.H. Beck, București, ed. a XIII-a, I, 2015, pp. 163-164 și 223-224.

¹⁵ R. Chiriță, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 226.

economică. **Astfel, exercițiul dreptului de acces la justiție nu a fost restrâns și trebuia respectat în toată perioada de urgență.**

În conformitate atât cu legislația națională cât și cu legislația Uniunii Europene, orice persoană are dreptul de acces la instanță. Accesibilitatea poate implica mai multe laturi: disponibilitatea instanțelor competente în cauză, disponibilitatea de interpretare, accesul la informații și accesibilitatea hotărârilor judecătorești. Accesibilitatea se poate referi inclusiv la poziționarea geografică a unei instanțe, în cazul în care locația îndepărtată împiedică reclamantii să participe în mod efectiv în cadrul procedurilor judiciare¹⁶.

Dreptul unei persoane și al unui cetățean la acces la justiție este unul dintre drepturile fundamentale care nu este limitat chiar și în condițiile legii marțiale și/sau stării de urgență. Dreptul la protecție judiciară este garantat atât la nivelul Constituției cât și al Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

Dacă, în conformitate cu interpretările date de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, dreptul de acces la justiție nu poate fi considerat un drept absolut, dar nici nu poate fi restrâns exercițiul său astfel încât să fie afectat însăși esența dreptului, Constituția României a prevăzut la art. 21 alin. (2) faptul că „*nici o lege nu poate îngredi exercitarea acestui drept*”.

În condițiile în care ne gândim la restrângerea exercițiului oricărui dintre drepturile fundamentale de rang constituțional, art. 53 din Constituția României prevede că, (1) *Exercițiul unor drepturi sau al unor libertăți poate fi restrâns numai prin lege*¹⁷ și numai dacă se impune, după caz, pentru: *apărarea securității naționale, a ordinii, a sănătății ori a moralei publice, a drepturilor și a libertăților cetățenilor; desfășurarea instrucției penale; prevenirea consecințelor unei calamități naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav.*

¹⁶ CJUE, C-567/13, cauza Nóra Baczó și János István Vizsnyiczai/Raiffeisen Bank Zrt, 12 februarie 2015, alineatele 56-57. CJUE, C-413/12, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León/Anuntis Segundamano España SL, 5 decembrie 2013, alineatul 41. Liniile directoare revizuite privind crearea hărților judiciare de susținere a accesului la justiție în cadrul unui sistem judiciar de calitate, 21 iunie 2013; Consiliul European, CEPEJ (2014), Guidelines on the organisation and accessibility of court premises, 12 decembrie 2014; Consiliul European, CEPEJ (2008), Lista de verificare pentru promovarea calității justiției și instanțelor judiciare, 3 iulie 2008, ex. la p. 19-25, inclusive interpretarea, accesul la informații, accesibilitatea hotărârilor judecătorești, apud Manual de drept European privind accesul la justiție, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-ecthr-2016-handbook-on-access-to-justice_ro.pdf.

¹⁷ Curtea Constituțională - Decizia nr. 157 din 13 mai 2020 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 4 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 21/2004 privind Sistemul Național de Management al Situațiilor de Urgență, <https://www.juridice.ro/682069/avocatul-poporului-a-sesizat-ccr-cu-exceptia-de-neconstituționalitate-privind-legislatia-care-reglementeaza-starea-de-alerta.html>.

(2) *Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică. Măsura trebuie să fie proporțională cu situația care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu și fără a aduce atingere existenței dreptului sau a libertății.*

Democrația este incompletă fără un mecanism rapid, corect și transparent al justiției. Este cunoscut faptul că justiția a întâmpinat probleme tehnice și organizatorice în contextul pandemiei deoarece actul de justiție se desfășoară conform unor norme procedurale clar definite care nu prevăd astfel de situații extraordinare. Într-adevăr, tragerea la răspundere a persoanelor ar trebui să se realizeze cu participarea acestora la ședința de judecată sau prin reprezentant convențional, dar ținând cont de contextul actual în care numărul infectărilor este tot mai crescut și persoanele nu se pot prezenta la termen este necesar să fie implementate măsuri care să asigure exercitarea drepturilor persoanelor și să nu restrângă accesul la justiție. Ca atare, integrarea eficientă și în parametri de siguranță a sistemelor informatice în domeniul justiției va contribui la implementarea colectivă a e-guvernării¹⁸.

E-justiție ar trebui să folosească sistemele informatice pentru a gestiona procesele implicate înainte, în timpul și după demararea actului de justiție, cum ar fi depunerea dosarelor, programarea dosarelor, notificările procedurilor de caz, plăți electronice ale taxelor, programarea cauzelor în calendarul sistemului, sisteme de înregistrare în timpul ședințelor de judecată și site-uri web care furnizează informații pentru public, audieri prin videoconferință ș.a.m.d.

Prin drept de acces la justiție ar putea fi inclus și dreptul de acces la o justiție electronică în vederea respectării accesului la justiție și desfășurarea procesului în termen optim și previzibil, chiar dacă ar putea fi considerat exagerat raționamentul. Cu toate acestea, există o justificare solidă pentru această afirmație. Atât la nivel internațional, cât și la nivel național, accesul la justiție este un drept la care toate persoanele au drept în mod egal. Acest drept este lipsit de orice formă de discriminare și de toate impedimentele umane și sistemice. De exemplu, articolul 7 din Declarația universală a drepturilor omului¹⁹ garantează dreptul la o egală protecție a legii. Totodată, „*orice persoană are dreptul în deplină egalitate de a fi audiată în mod echitabil și public de către un tribunal independent și imparțial care va hotărî fie asupra drepturilor și obligațiilor sale, fie asupra temeiniciei oricărei acuzări în materie penală îndreptată împotriva sa*”, potrivit art. 10 din aceeași Declarație.

¹⁸ J. Rosa, C. Teixeira, J.S. Pinto, *Risk factors in e-justice information systems*, 30 *Government Information Quarterly* (2013), pp. 241-256.

¹⁹ Declarația Universală a Drepturilor Omului, semnată de România la data de 14 decembrie 1955, când, prin Rezoluția nr. 955 (X) a Adunării generale a Organizației Națiunilor Unite, a fost admisă în rândurile statelor membre; https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/rum.pdf.

În situația în care sistemul de e-justiție nu este implementat corespunzător pentru rezolvarea în timp util a disputelor și facilitarea accesului la justiție, statul va putea fi tras la răspundere. Acest lucru se datorează faptului că justiția întârziată este unul dintre mijloacele prin care unei persoane i se poate încălca dreptul fundamental la acces la justiție.

Susținând această teorie, în cauza *Lawyer Partners A.S. v. Slovacia*²⁰, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a condamnat Slovacia pentru eșecul în implementarea justiției electronice și a desfășurării procedurilor și prin sisteme informatice. Acest lucru se datorează faptului că justiția electronică și punerea sa în aplicare sunt supuse dreptului de a avea acces la o instanță și dreptul la un proces echitabil în temeiul articolului 6 alineatul (1) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (CEDO)²¹.

3. Videoconferința în procesul civil

Lovite de pandemie, unele instanțe au fost forțate să stopeze desfășurarea proceselor, în timp ce altele, inclusiv Curtea Europeană a Drepturilor Omului, și-au redus temporar volumul de muncă judecând doar cauzele urgente. Semnificația a ceea ce constituie un caz urgent a variat între jurisdicții. Prin utilizarea tehnologiei și prioritizarea cazurilor bazate pe „urgență”, multe instanțe au reușit să continue să funcționeze, asigurând astfel dreptul de acces la justiție în aceste cazuri urgente. Astfel, prin forțata digitizare a justiției la nivel mondial, s-a putut constata o deschidere pentru folosirea mecanismelor de e-justiție, cum ar fi consultarea dosarului electronic (unde era implementat), audierea prin videoconferință, depunerea documentelor în mod electronic ș.a.m.d.²². Cu toate acestea, rămân îngrijorări considerabile cu privire la întârzierea sporită a cauzelor și perioadele lungi de așteptare în instanță din întreaga lume.

Prin Decretul nr. 195 din 16 martie 2020 la art. 42 a fost prevăzută obligativitatea de a continua activitatea de judecată pe **durata stării de urgență**, pentru cauzele de urgență deosebită (alin. 1) și, când este posibil, instanțele judecătorești dispun măsurile necesare pentru desfășurarea ședinței de judecată prin videoconferință (alin. 3). În plus, prin Decretul nr. 240/2020, la art. 63 alin. 4 și următ., au fost inserate unele precizări privind modalitatea de desfășurare a procesului prin videoconferință: (4) „*La solicitarea instanței*

²⁰ CEDO, case of *Lawyer Partners S.A. v. Slovacia* Applications nos. 54252/07, 3274/08, 3377/08, 3505/08, 3526/08, 3741/08, 3786/08, 3807/08, 3824/08, 15055/08, 29548/08, 29551/08, 29552/08, 29555/08 and 29557/08 <https://swarb.co.uk/lawyer-partners-a-s-v-slovakia-echr-16-jun-2009/>.

²¹ European Union Agency for Fundamental Human Rights and Council of Europe, *Handbook on European Law Relating to Access to Justice* (2016).

²² Judicial Perspectives on ODR and Other Virtual Court Processes, Joint Technology Committee, <https://ssrn.com/abstract=3638459>.

investite cu soluționarea unei cauze dintre cele prevăzute la alin. (1), instanța în a cărei circumscripție este situată localitatea în care se află părțile, reprezentanții părților sau alți participanți la proces asigură, dacă este posibil, echipamentele audiovideo necesare participării acestora la ședințele de judecată prin videoconferință și procedează la identificarea persoanelor menționate, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale, printr-un judecător desemnat de președintele instanței”. Astfel, această situație a forțat introducerea desfășurării procesului civil prin videoconferință pentru toate cauzele (declarată urgente), nu doar cele cu caracter internațional²³.

Astfel, în ceea ce privește litigiile civile care nu prezentau urgență, desfășurarea procesului a fost oprit. Nu doar că nu existau înfățișări în fața completului de judecată, dar nu a existat niciun schimb de documente sau expuneri în scris și nu au fost întocmite acte procedurale.

Nu doar sistemul juridic român a fost luat prin surprindere de efectele pandemiei ci și alte state, precum Norvegia, Franța sau Slovenia.

În Slovenia, la fel ca în România, termenele procedurale au fost suspendate, actele juridice nu au fost comunicate, procesele nu s-au desfășurat. Activitatea de judecată a continuat doar pentru cauze urgente cum ar fi rezolvarea cererilor pentru măsuri provizorii/de protecție, asigurarea probelor și adoptarea ordinelor de restricție, procedurile legate de custodia copilului și procedura insolvenței. În plus, audierile în cauzele urgente au fost ținute prin videoconferință, dacă condițiile tehnice au permis.

În Norvegia, în primele săptămâni după declararea pandemiei toate procesele au fost amânate deoarece accesul fizic la clădirile instanțelor judecătorești era restricționat. În schimb, ce au făcut diferit a fost faptul că au lăsat la latitudinea fiecărei instanțe și a judecătorilor să decidă cum procedează în fiecare caz particular. Instanțele norvegiene au pledat pentru menținerea funcțiilor celei de-a treia puteri în stat astfel încât aceasta să poată rămâne operațională²⁴.

Adiacent, spre deosebire de Codul de Procedură Civilă din România, în Slovenia exista o bază legală pentru organizarea audierilor prin videoconferință în procesul civil la articolul 114a din Codul de Procedură Civilă Sloven. Este suficient de larg pentru a include atât audierile non-probatorii cât și audierile probatorii. De asemenea, articolul are o interpretare destul de largă, încât permite participanților la actul de justiție să nu participe prin videoconferință doar de la sediul unei instanțe. Până acum, practica a fost restrictivă și s-a

²³ Regulamentul (CE) nr. 1206/2001 al Consiliului din 28 mai 2001 privind cooperarea între instanțele statelor membre în domeniul obținerii de probe în materie civilă sau comercială are ca scop îmbunătățirea, simplificarea și accelerarea cooperării dintre instanțe în materie de probațiune.

²⁴ Instanțele procesează cazurile digitale - <https://www.domstol.no/nyheter/domstolene-behandler-saker-digital/>.

perceput că este necesar ca o legătură video să poată fi stabilită numai între două instanțe de judecată. S-a susținut că, în special în cazul în care se are în vedere mărturia martorului, ar trebui să existe un alt judecător prezent în locul în care martorul depune mărturie (pentru a preveni interferența nejustificată cu mărturia martorului). Dar aceasta ar putea – în lumina nevoilor actuale – să se schimbe²⁵.

La fel a fost și în Norvegia, legislația prevedea utilizarea conferinței video cu acordul părților și posibilitatea audierilor la distanță a martorilor, a experților și a părților prin telefon sau prin videoconferință²⁶.

Un alt element diferențiator între România și Slovenia este faptul că starea de „lockdown” a durat în România până în 15 mai 2020, pe când, în Slovenia a fost până în 1 iulie 2020. În acest sens, Uniunea Barourilor din Slovenia a solicitat deschiderea graduală a instanțelor și extinderea măsurilor de înfățișare în fața instanței prin videoconferință și pentru cauzele care nu prezintă urgență²⁷.

Cum am menționat și în alt articol²⁸, una dintre problemele care se pot ridica privind desfășurarea procesului prin videoconferință ar fi încălcarea principiului publicității. La fel au considerat și instanțele din Norvegia, astfel, una din soluțiile găsite aici a fost transmiterea ședințelor online²⁹ sau oferirea accesului la videoconferință la cerere.

În Franța, prin Ordonanța nr. 2020-304 se permite instanței să se abată de la principiul publicității în perioada stării de urgență, dar lasă la latitudinea judecătorilor această decizie. Așadar, președintele completului de judecată poate decide înainte de începerea ședinței dacă publicitatea va fi restricționată; astfel, audierea nu va fi publică, dar va avea loc în camera de consiliu, dacă se dovedește imposibilă garantarea condițiilor necesare pentru protejarea sănătății persoanelor care sunt prezente la audiere. Pe de altă parte, președintele completului de judecată poate decide ca ședința să se desfășoare prin videoconferință, cu condiția respectării confidențialității și a securității transmiterii. Dacă o astfel de tehnologie nu este disponibilă (având în vedere

²⁵ Aleš Galič - Slovenian Civil Procedure in the age of Covid-19, https://www.researchgate.net/publication/340951188_Slovenian_Civil_Procedure_in_the_age_of_Covid-19.

²⁶ Anna Nylund - Civil Procedure in Norway and Covid-19: Some Observations, <https://septentrio.uit.no/index.php/SapReps/article/view/5468>.

²⁷ Lovšin P., Odvetniki pozivajo k odprtju sodišč [The Bar calls for the Opening of Courts], Dnevnik, 10 April 2020. <https://www.dnevnik.si/1042926869>.

²⁸ M. Morar, S. Uscov, *Desfășurarea procesului civil prin videoconferință*, Ed. C.H.Beck, 2020.

²⁹ Ședința de judecată pe blocul Y este transmisă în flux - <https://www.domstol.no/en/Enkelt-domstol/Oslo-District-Court/nyheter/begjaring-om-midlertidig-forfoyning-om-a-stanse-riving-av-y-blokka/>.

lipsa echipamentelor în unele instanțe), instanța poate decide că părțile și avocații acestora vor fi audiați prin orice mijloace electronice, inclusiv prin intermediul telefonului. Atunci când utilizează astfel de tehnologii, judecătorul trebuie să se asigure că dreptul la apărare și caracterul contradictoriu al procedurii sunt protejate. În al treilea rând, în cazul în care părțile trebuie să fie reprezentate de un avocat sau în cazul în care acestea sunt asistate sau reprezentate de un avocat, deși acest lucru nu este obligatoriu, președintele completului de judecată poate decide ca procedura să fie exclusiv scrisă, astfel încât să nu fie afectat accesul la justiție și să nu fie respectat termenul optim. Părțile sunt informate prin „orice mijloace” cu privire la această decizie și pot obiecta la aceasta în termen de două săptămâni³⁰.

Analizând aceste modele, putem conchide că accesul liber la justiție și desfășurarea procesului în termen optim și previzibil ar fi mai facil respectate dacă regulile desfășurării procesului civil ar fi mai flexibile și ar permite judecătorilor o largă discreție cu privire la modul de desfășurare a procesului la circumstanțele și caracteristicile specifice ale fiecărui caz. Dacă regulile procedurale ar permite judecătorului să aleagă între, de exemplu, desfășurarea procesului prin depunerea de poziții procesuale scrise, fie desfășurarea procesului prin videoconferință, s-ar beneficia fără dar și poate de o mai mare fluiditate. Din păcate, atât legea cât și percepția generală din cadrul sistemului judiciar preferă un regim procesual rigid, în timp ce marja de discreție judiciară cu privire la desfășurarea procedurii este foarte scăzută. Ar depăși domeniul de aplicare al acestei lucrări elaborarea mai în profunzime a acestui punct de vedere, dar cu siguranță trebuie să fim conștienți de legătura inerentă dintre flexibilitatea generală sau rigiditatea normelor procedurii civile, pe de o parte, și posibilitatea instanțelor de a se adapta circumstanțelor cauzate de focarul de coronavirus pe de altă parte.

4. Videoconferința în desfășurarea procesului penal

În timpul pandemiei, statele au avut două interese convergente care au favorizat desfășurarea procedurilor la distanță în penal: protejarea sănătății publice și asigurarea celerității cauzelor penale. Întrebarea este dacă aceste două interese importante permit statelor să desfășoare actul de justiție prin videoconferință chiar și fără acordul inculpatului. Pe de o parte, statele au puteri largite în vederea protejării sănătății publice chiar și în detrimentul reducerii unor libertăți individuale, dar, pe de altă parte, inculpatul are dreptul constituțional de a fi prezent în etapele critice ale procesului și de a beneficia de asistență juridică.

³⁰ UiT The Arctic University of Norway – 2020 Septentrio Academic Publishing, http://www.escoladaajuris.org.br/observatorio/images/Civil_Justice_and_Covid-19_.pdf.

Interesul statului de a proteja sănătatea publică poate, în anumite circumstanțe, să justifice o restricție parțială a dreptului de a fi prezent și să permită utilizarea videoconferințelor și fără consimțământul inculpaților, dar instanțele trebuie să examineze un test de necesitate, de la caz la caz, dacă utilizarea videoconferinței este necesară pentru a proteja sănătatea publică într-o anumită procedură sau dacă sunt încălcate drepturile constituționale în mod abuziv.

Într-un material publicat pe site-ul INM³¹, intitulat „Principalele caracteristici ale sistemului de drept anglo-saxon adversarial și ale sistemului de drept roman inchizitorial”, se reține că, spre deosebire de sistemul românesc, inchizitorial, în sistemul adversarial, „pe parcursul procesului, judecătorul nu are joacă un rol activ de identificare a faptelor; mai degrabă acționează ca un arbitru a cărui responsabilitate este să prezideze procesul și să administreze înfruntarea dintre acuzare și apărare. Nici judecătorul, nici juriul nu pot adresa direct întrebări martorilor și nici nu pot iniția un interogatoriu.”.

Astfel, se trasează cea mai importantă caracteristică a judecătorului, aceea de a administra probele în mod direct, nemijlocit, pentru a-și forma intima convingere cu privire la vinovăția unei persoane în cazul procesului penal.

Prin caracterul de instrument viu al Convenției Europene a Drepturilor Omului, judecătorii C.E.D.O. trebuie să își recalibreze considerentele deoarece, în contextul utilizării pe scară largă a unor sisteme tehnice, eroarea umană va putea fi la fel de frecventă ca orice eroare de sistem.

Așa cum s-a reținut și într-un articol mai vechi³², condiții tehnice, adică claritatea imaginii, prin prisma necesității de a analiza limbajul non-verbal, și a sunetului, prin prisma faptului că orice întârziere sau, dimpotrivă, percepția sunetului înainte de imagine, joacă un rol foarte important.

Psihologul Christopher. P. O'Donnell, lector în cadrul Universității din Glasgow, a analizat psihologia socială implicată în videoconferințe³³, respectiv susținerile comunității științifice în materia comunicării non-verbale, extrem de importantă în interacțiunea umană și a concluzionat faptul că, deși din

³¹ Website:http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_1283/2015-04-06%20Presentation%20Adversarial%20and%20Inquisitorial%20System_ro.pptx. A fost accesat la data de 01.10.2020.

³² https://www.researchgate.net/publication/228189244_I_Can_See_Clearly_Now_Videoconference_Hearings_and_the_Legal_Limit_on_How_Tribunals_Allocate_Resources/fulltext/000062dd0cf270e24c894bb0/I-Can-See-Clearly-Now-Videoconference-Hearings-and-the-Legal-Limit-on-How-Tribunals-Allocate-Resources.pdf?origin=publication_detail. A fost accesat la data de 05.11.2020.

³³ A Nod Is As Good As A Wink... Or Is It? A Critical Review Of Social Psychology Involved In Video Conferencing – Christopher. P. O'Donnell, re-editat de S.W. Draper – website: <https://www.psy.gla.ac.uk/~steve/crvid.html>. A fost accesat la data de 01.10.2020.

punct de vedere tehnic vedem persoana din fața noastră, respectiv partea cea mai expresivă a corpului, fața, în fapt suntem orbiți prin utilizarea tehnologiei de videoconferință (în engleză: *At the moment although video conferencing is capable of sight, but it might as well be blind.*). Percepția umană este distorsionată atunci când simțurile noastre se reduc doar la văz și auz, cu atât mai mult cu cât contextul în care o persoană se prezintă în fața camerei video poate fi ușor de manipulat și este într-adevăr diferit de contextul în care aceeași persoană ar fi audiată într-o sală de judecată ce impune o formă de solemnitate ce acționează la nivel subconștient.

Prin urmare, cât din principiul nemijlocirii mai este respectat cu adevărat în cadrul acestui sistem pentru a forma intima convingere a judecătorului că inculpatul prezent în fața sa este cu adevărat vinovat? Iar, dacă din celelalte probe rezultă că el este vinovat, cum poate aplica circumstanțele atenuante sau agravante într-un mod cât mai riguros pentru a asigura scopul procesului penal? De asemenea, cum se poate convinge judecătorul de veridicitatea declarației unui martor, care mai este diferența între o declarație înregistrată și una în direct?

Toate acestea au înrâurire asupra modului în care dreptul la un proces echitabil, cu precădere în materie penală, va suferi modificări de interpretare.

Instanțele trebuie, de asemenea, să protejeze posibilitatea inculpaților de a se consulta cu avocații înainte și în timpul videoconferinței, deoarece dreptul de a fi asistat de un avocat se aplică cu forță deplină procedurilor desfășurate în timpul pandemiei. Având în vedere disponibilitatea largă a platformelor online care permit conversații confidențiale dintre avocat și client, orice argument potrivit căruia ar fi impracticabil să se permită astfel de consultări în timpul procedurilor la distanță în pandemie nu este valabil.

Un alt aspect care ar putea viza dreptul la un apărător se referă la deținuții plasați în carantină ca urmare a unui focar de coronavirus în unitatea lor. Astfel, datorită acestui aspect nu li se permite să vorbească deloc cu avocații lor în timpul carantinei. În plus, disponibilitatea videoconferințelor este limitată în unele închisori, ceea ce face dificil pentru avocați să discute cu clientul. În acest context și avocații își exprimă îngrijorarea că nu pot asigura întotdeauna confidențialitatea consultărilor video cu clienții reținuți.

Astfel, se poate pune în discuție posibilitatea avocatului de a lua contact cu inculpatul înainte de audiere, care, în prezent, are loc în fața instanței de judecată, fără a putea fi asigurat secretul profesional al conversației, și se preconizează că, în urma modificării Legii nr. 92/1996 privind organizarea și funcționarea Serviciului de Telecomunicații Speciale și adăugarea în Anexa 1 a Uniunii Naționale a Barourilor din România, contactul va fi mediat de către un organism statal, fără a se preciza mai departe dacă cetățenii vor putea avea acces la codul sursă astfel încât supravegherea să acționeze în sens dublu, și din partea cetățenilor asupra posibilității de supraveghere a statului.

Nu în ultimul rând, referitor la aprecierea necesității de a urma judecata prin videoconferință sau nu, cu siguranță aceasta nu poate fi realizată de către altcineva decât de către judecător. În acest sens, am constatat cu surprindere că, în proiectul de lege privind unele măsuri în domeniul justiției în contextul pandemiei de COVID-19³⁴ publicat pe site-ul Ministerului Justiției, în cuprinsul art. 12, se prevede faptul că „dacă organul judiciar apreciază că aceasta nu aduce atingere bunei desfășurări a procesului ori drepturilor și intereselor părților, persoanele private de libertate sunt audiate prin videoconferință la locul de deținere, fără a fi necesar acordul acestora”. Este de la sine înțeles că, în sistemul inchiuzional, aprecierea pe care ar face-o organul judiciar în acest caz încalcă dreptul la un proces echitabil.

Utilizarea extinsă a videoconferinței în timpul pandemiei a ridicat, de asemenea, îngrijorări cu privire la dreptul la un proces public. O serie de jurisdicții au difuzat pe site-urile lor procese penale online pentru a permite accesul publicului. Dar alții nu au făcut-o, din cauza îngrijorărilor cu privire la divulgarea informațiilor confidențiale sau sensibile, sau din cauza interdicțiilor preexistente de difuzare a procedurilor judiciare.

Raportat la cele prezentate anterior putem conchide că desfășurarea în integralitate a proceselor prin mijloace electronice ar afecta integritatea sistemului de justiție. De exemplu, în absența părților în desfășurarea procesului este dificil, dacă nu chiar imposibil, să știi dacă cineva care nu este vizibil pe ecran manipulează martori sau dacă martorii consultă documente neautorizate pentru a-i ajuta în timpul interogatoriului. În plus, accesul inadecvat la computere și internet ar putea duce la probleme severe de echitate.

5. Beneficiile aduse de videoconferință

Desfășurarea procesului prin videoconferință poate aduce beneficii unice pentru sistemul judiciar. Avocații se pot ocupa de mai multe audieri într-o zi în care nu trebuie să se grăbească între instanțe și săli de judecată. Judecătorii se pot ocupa de mai multe cazuri într-o zi, ceea ce duce la soluționarea mai rapidă a cazurilor. Audierile sunt mai concentrate. Abilitatea de a opri microfoanele participanților ajută la împiedicarea oamenilor să vorbească unul peste celălalt. Platformele de videoconferințe oferă înregistrări gratuite sau ieftine și transcriere automată pe care judecătorii le pot folosi pentru a revizui mai ușor declarații atunci când scriu hotărâri judecătorești³⁵, bazându-se mai puțin pe

³⁴ [Online] la <http://www.just.ro/proiect-de-lege-privind-unele-masuri-in-domeniul-justitiei-in-contextul-pandemiei-de-covid-19/>. A fost accesat la data de 01.10.2020.

³⁵ <https://www.dlapiper.com/en/uk/insights/publications/2020/05/virtual-hearings-report/>;

note scrise ale grefierilor și necesitând mai puțin efort și timp pentru a revizui mărturia³⁶.

Prin crearea și implementarea sistemelor de videoconferință se elimină bariera distanței, dar poate afecta principiul contradictorialității dintre părți³⁷. S-a putut observa din practică că audierile se desfășoară cu mare respect și părțile nu sunt atât de aversiale deoarece sunt mai relaxați în propriul ambient³⁸.

Mai semnificativ, mulți au aflat că procesele instanțelor virtuale nu sunt doar adecvate, ci sunt, în unele cazuri, superioare. Unele instanțe din Arizona, de exemplu, se confruntă cu o creștere notabilă a participării la audierile legate de evacuări, de când au început să audieze online. În 2019, într-o singură instanță, 90% dintre inculpați nu s-au prezentat la o audiere de evacuare. Din momentul în care a devenit virtual, rata de participare a crescut la 80%.³⁹ La nivel național, rata medie de implicare ca procent din cazuri este în scădere cu 8% într-o comparație de la an la an. În timp ce acest nivel neprevăzut de participare necesită o ajustare a programării instanței, participarea sporită la procesele instanței este un progres. Aceste informații anecdotice sugerează că publicul acceptă audieri virtuale.

Implementarea unui sistem de e-justiție poate influența soluționarea unui număr de probleme globale din sistemul judiciar. Printre acestea se numără accesul la justiție, optimizarea circulației documentelor în instanțe, probleme de comunicare a instanțelor cu organele de stat și participanții la procesul judiciar, economia resurselor (bugetară, administrativă, temporală), accelerarea examinării cauzelor, îmbunătățirea calității serviciilor judiciare, simplificarea administrării justiției⁴⁰.

³⁶ See remotecourts.org for anecdotes from the global community of justice workers using 'remote' alternatives to traditional court hearings as a result of the COVID-19 pandemic;

³⁷ Video conferencing also requires greater Internet bandwidth, imposes environmental constraints, and depends on particular kinds of equipment. See Robert Bennett Lubic, *Reducing Costs and Inconveniences in International Commercial Arbitration and Other Forms of Alternative Resolution Through Online Dispute Resolution*, 15 AM. REV. INT'L ARB. 507, 511 (2004). Furthermore, video conferencing may hinder a citizen's ability to effectively express himself, and will presumably make debiasing more difficult.

³⁸ Ergun, Serpil. *Coronavirus and the Courts, Webinar II*. National Center for State Courts. NCSC.org/pandemic. 15 April 2020. (Presentation begins at 41:30.).

³⁹ Judicial Perspectives on ODR and Other Virtual Court Processes, Joint Technology Committee, <https://ssrn.com/abstract=3638459>;

⁴⁰ A. Matat, *Electronic court in Ukraine: ready, study, go*. Website of the Center for Democracy and the Rule of Law, 2019. In <https://cedem.org.ua/articles/elektronnyjsud-v-ukrayini-ready-steady-go/>.

6. Părți negative

Doctrina comparată⁴¹ a luat în considerare particularitățile funcționării instanțelor prin mijloace electronice. Una dintre principalele temeri este lipsa accesului la Internet pentru anumite segmente de cetățeni. Se propune introducerea acestui mecanism de soluționare a disputelor, fără restricționarea dreptului la protecție judiciară pentru acele persoane care nu au acces la internet. În plus, autorul propune accelerarea utilizării tehnologiilor moderne în litigii, precum depunerea documentelor online (aplicație electronică), utilizarea videoconferințelor, digitalizarea documentelor etc. Alte probleme sesizate ar fi:

1. Posibile provocări în obținerea sau pregătirea documentelor relevante (de exemplu, semnături, amprente);
2. Este dificil pentru părți să evalueze și, acolo unde este necesar, să conteste identitatea martorilor sau credibilitatea acestora;
3. Interferența în confidențialitatea avocat-client sau accesarea efectivă a conversațiilor private dintre aceștia;
4. Dificultăți pentru inculpați de a accesa tehnologia necesară pentru a participa la procedurile online;
5. Probabilitate mai mare ca informațiile sensibile să fie dezvăluite publicului;
6. Defecțiunile tehnologice frecvente care pot afecta negativ corectitudinea procedurii;
7. Dificultatea persoanelor cu dizabilități să participe la proceduri.

7. Considerații practice

Una dintre cele mai importante provocări în implementarea e-justiției este costul implicat. E-justice este un proiect consumator de capital în ceea ce privește infrastructura. Cu toate acestea, odată ce acest pas inițial de finanțare este depășit, acesta devine o opțiune mai ieftină în ceea ce privește funcționarea, accesibilitatea și mentenanța sa spre deosebire de sistemul tradițional pe bază de hârtie.

Toți participanții care participă la desfășurarea procesului prin videoconferință, inclusiv instanțele, avocații, martorii, experții, traducătorii și transcriptorii, trebuie să aibă acces la stația de lucru, internet de mare viteză, o cameră web, un microfon și o locație care să permită participarea fără întreruperi. Orice întârziere sau întrerupere a conexiunii sau a fluxului audio-video poate

⁴¹ P. Allende Pérez de Arce, *Doctrina Tribunales civiles en línea: Una propuesta para introducirlos sin afectar el derecho a acceder a la justicia de quienes no están conectados a internet*. Revista chilena de derecho y tecnología, 2019, 8(1), 185- 206. DOI 10.5354/0719-2584.2019.51991, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0719-25842019000100185&script=sci_arttext.

cauza pierderea mărturiilor, întrebărilor și/sau instrucțiunilor sau a declarațiilor.

În mod rezonabil sigur, cu o criptare suficientă, astfel încât camerele web, microfoanele și datele din audiere nu pot fi piratate sau deturnate.

Costul întreținerii este, de asemenea, ridicat. Sistemul de justiție electronică va însemna actualizări regulate ale software-ului și acest lucru poate fi costisitor. De asemenea, solicită întreținerea hardware-ului și, în unele cazuri, înlocuirea fie pentru că dispozitivele sunt defecte, fie sunt depășite și nu pot suporta o versiune mai nouă de software.

Digitalizarea instanțelor va necesita, de asemenea, utilizarea unei cantități uriașe de forță de muncă pentru a ajuta la sortarea inițială și clasificarea documentelor arhivate.

Va necesita, de asemenea, ca personalul judiciar să fie instruit în mod regulat, de câte ori sunt actualizate sistemele de justiție electronică. Toate aceste măsuri implică bani, timp și forță de muncă.

Promovarea beneficiilor digitalizării justiției către public este, de asemenea, o provocare care va fi întâmpinată. Într-o țară de aproximativ 20 de milioane de locuitori, creșterea gradului de conștientizare a publicului asupra unui sistem nou, cum ar fi justiția electronică, este o sarcină dificilă. Reorientarea judecătorilor și a avocaților care sunt obișnuiți să conducă în mod conservator procedurile judiciare manual va fi o sarcină cel puțin la fel de dificilă. Conștientizarea este un eveniment continuu care ar trebui să aibă loc în mod ideal înainte și după implementarea sistemului. Este nevoie ca sistemul judiciar să coopereze cu mass-media pentru a propaga informații despre sistem.

Din nou, justiția electronică este supusă riscurilor inerente, cum ar fi malware, virusi și alte vulnerabilități care ar putea genera breșe de securitate. În cazul în care actualizările nu sunt frecvente pentru a întări securitatea datelor, sistemul poate fi ușor accesat, riscând divulgarea informațiilor confidențiale sau modificarea documentelor care vor face autenticitatea lor discutabilă.

Există, de asemenea, problema conectivității la internet, care nu este deosebit de bună în toate ariile geografice în care sunt situate instanțele. Lipsa sau întreruperea conectivității la internet pe care se bazează fluxul de informații dintr-un sistem de justiție electronică poate sabota sistemul. Poate duce la situații în care o anumită instanță să nu parcurgă toate cazurile stabilite pe ordinea de zi deoarece conexiunea este defectă. Rezistența instituțională din cadrul sistemului judiciar în sine este o altă provocare pentru implementarea justiției electronice pentru că are potențialul de a înăbuși implementarea eficientă. De exemplu, în cazul în care un avocat care a făcut o depunere electronică a unui proces judiciar este încă solicitat de către judecător să îi furnizeze o copie tipărită pentru a continua procesul, acesta învinge întregul scop al sistemului de justiție electronică.

Nu în ultimul rând, problema decalajului socio-digital reprezintă o adevărată provocare pentru justiția electronică. Riscăm să excludem întreaga sferă a societății de la accesul la justiție printr-o revizuire a e-justiției. Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) a admis în cauzele conexe ale Rosalba Alassiniv. Telecom Italia SpA, Filomena Califanov. Wind SpA, Lucia Anna Giorgia Iacono v. Telecom Italia SpA și Multiservice Sri v. Telecom Italia SpA⁴² acolo unde procedurile sunt accesibile numai prin mijloace electronice, acestea pot împiedica persoanele care nu au acces ușor la sisteme informatice și în special la internet, să își exercite drepturile constituționale.

Concluzii

La o primă vedere, procedurile alternative și soluțiile tehnologice par să promoveze eficiența și diminuarea de costuri și, în multe cazuri, pot fi o a doua opțiune bună. Dar așa cum am prezentat pe parcursul lucrării de față, atunci când sunt aplicate fără a lua în considerare cu atenție posibilele ramificații, acestea ar putea cauza o serie de probleme. Cel puțin, procedura s-ar putea dovedi extrem de ineficientă și costisitoare pentru părți, deoarece este posibil să fie necesară refacerea muncii și reprogramarea audierii. În cel mai rău caz, pot exista defecte procedurale (sau percepția defectelor) care pot încuraja o parte defavorizată să conteste recunoașterea sau executarea hotărârii?

Există o înclinație naturală pentru părți (în special reclamanți) să încerce să soluționeze litigiul cât mai repede posibil, dar părțile ar trebui să ia în considerare cu atenție argumentele pro și contra ale acestor proceduri precum și circumstanțele particulare ale cazului, înainte de a le adopta. În anumite cazuri, dacă este posibil, poate fi cea mai bună opțiune amânarea sau suspendarea litigiilor până la ridicarea restricțiilor.

Părților trebuie să li se reamintească faptul că restricțiile cauzate de COVID-19 probabil că nu sunt permanente și, deși este posibil să nu fie cea mai atrăgătoare opțiune, în cazul în care procedurile alternative nu sunt adecvate, poate fi cel mai bun mod de a aștepta.

⁴² Curtea de Justiție a Uniunii Europene - Cauzele conexe C-317/08, C-318/08, C-319/08 și C-320/08.

Dosarul electronic – un prim pas către digitalizarea justiției?

The E-file – a first step towards the digitalization of justice?

Oana-Cristina Munteanu¹

Rezumat: Încercări timide pentru a implementa un sistem electronic care să confere acces avocaților, justițiabililor, participanților la actul de justiție în general la actele aflate la dosarul instanței au început acum mulți ani, însă, se pare că nevoia de adaptare la noile condiții impuse de contextul pandemic care a afectat inclusiv sistemul judiciar a fost impulsul de care aveam nevoie pentru ca acest proces să fie accelerat. Dacă anterior folosirea de către instanțe a semnăturii electronice, comunicarea actelor prin intermediul poștei electronice și audierea inculpaților prin videoconferință era privită cu destul de multă rezervă, iată că internetul începe să devină răspunsul pentru majoritatea problemelor cu care justiția se confruntă la nivel administrativ, procedural și nu numai. Articolul de față își propune să analizeze în ce măsură un eveniment extraordinar poate deschide noi căi către un sistem judiciar mai facil, mai modern, mai eficient. Colaborarea dintre justiție și tehnologie, îndeosebi în domeniul informaticii, trebuie să devină ceva la fel de firesc precum colaborarea judecătorului cu grefierul său.

Cuvinte-cheie: dosar electronic; justiție; digitalizare; context pandemic.

Abstract: Despite the fact that, for years, we have witnessed several attempts at the implementation of an electronic system that would provide access to lawyers and all justice stakeholders to documents in court files, it seems that the need to adapt to the new world pandemic context was the impulse that the system needed in order to accelerate the process. Previously, e-signatures, sending papers via electronic courier, and hearing testimonies via videoconferencing services, were regarded with reluctance. However, in the current context, these technologies provide a much-needed solution to the majority of administrative and procedural issues faced by the justice system. This article aims to analyse to what extent an extraordinary event can pave the way to a more facilitated, more modern and efficient judicial system. The collaboration between justice and technology, especially as far as IT is concerned, should become as natural as that between a judge and their clerk.

Keywords: e-file; justice; digitization; pandemic context.

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

*Fiat justitia,
et pereat mundus*²

1. Retrospectiva implementării dosarului electronic.

Dosarul electronic³ nu este o creație *ad hoc* a sistemului judiciar venit ca un răspuns pentru deblocarea actului de justiție în contextul pandemic generat de răspândirea la nivel mondial a virusului SARS-CoV-2. Eforturile întreprinse în sensul debirocratizării sistemului judiciar prin implementarea dosarului electronic au început de acum aproape un deceniu, prima instanță din țară care a creat un acces informatizat la dosarele instanței fiind Curtea de Apel Cluj, în anul 2013 prin intermediul aplicației InfoDosar.⁴ După modelul Curții de Apel Cluj au urmat alte instanțe de judecată care au salutat inițiativa acesteia și, în pofida unui cadru normativ expres, au înțeles cât de importantă este componenta operativității în cadrul unui sistem judiciar sugrumat de birocrație⁵.

Menționăm *ab initio* faptul că implementarea la nivelul instanțelor de judecată a dosarului electronic nu are la bază o normă legală, fiind un răspuns inerent unor nevoi stringente ale societății și automat ale cetățenilor⁶. Este adevărat că instaurarea stării de urgență la nivel național prin decretele prezidențiale a creat pârgھیile necesare pentru utilizarea unui sistem informatic despre care doar se cunoștea că există, dar pe care doar câteva dintre instanțele de judecată l-au îmbrățișat de bunăvoie, însă întrebarea care derivă este următoarea: utilizarea dosarului electronic este o soluție de ultim resort,

² Celebru dicton latin, exploatat și de către filosoful german Immanuel Kant în eseul său – „*Pacea perpetuă*” din 1795, se impune poate cel mai pregnant în aceste vremuri tulburi în care, în fața unui inamic invizibil și despre care încă nu se pot afirma prea multe, justiția se luptă pe toate fronturile pentru a asigura îmfăptuirea dreptății sub orice cost.

³ Implementarea dosarului electronic la nivel național reprezintă un subiect ce a făcut obiectul multor dezbateri în ultima perioadă și este apreciat în mod unanim de către participanții la actul de justiție ca fiind soluția cea mai potrivită în contextul dat și un pas important și integrat într-o nouă etapă a justiției românești.

⁴ [Online] la <https://www.curteadeapelcluj.ro/index.php/dosare/info-dosar.html>. Aplicație implementată de informaticienii Curții de Apel Cluj încă din data de 17.03.2013.

⁵ Dintre care amintim Curtea de Apel Suceava, Tribunalul Arad și Curtea de Apel Iași.

⁶ În cadrul dezbaterii pe tema digitalizării sistemului judiciar, jud. Mihai Bălan, membru al Consiliului Superior al Magistraturii a lansat următoarea afirmație relativ la responsabilitatea implementării dosarului electronic: „Digitalizarea a venit dinspre sistem către factorii de decizie, nu invers.”, fiind creionată, așadar, nevoie de adaptabilitate forțată de împrejurări exterioare, [Online] la https://www.universuljuridic.ro/dezbaterile-universul-juridic-digitalizarea-sistemului-judiciar-este-posibila-implementarea-si-utilizarea-sistemului-de-videoconferinta-in-sistemul-judiciar/?fbclid=IwAR13T1i0Csvo0Q_iM1kJwImFwvoj7bZXk-VXnL7JPsrhQ-_RLGvCzYU1kqU.

menită a atenua efectele unor situații excepționale și temporare sau va deveni acesta firescul unui sistem judiciar modern, electronic, digitalizat?

Un lucru este cert, încă din stadiu său incipient dosarul electronic și-a dovedit utilitatea, fiind îmbrățișat de toți participanții la actul de justiție iar lipsa utilizării în mod curent și obișnuit a acestuia va fi privită în mod clar drept o involuție a justiției de către toți cei care beneficiază de acest sistem. Este un lucru firesc ca oamenii să caute soluții pentru a își ușura munca sau pentru a depune mai puțin efort în vederea obținerii unui anumit rezultat, astfel încât, dacă procesul de consultare a unui dosar se poate efectua din liniștea biroului sau chiar de acasă, utilizarea acestei aplicații este și va trebui să rămână o normalitate.

Cu toate acestea, funcționarea la nivel unitar și coordonat a dosarului electronic nu poate fi realizată fără o bază logistică ce poate permite instanțelor implementarea sa fără probleme. O primă înștiințare oficială în privința realizării acestui deziderat o regăsim într-un comunicat al ministrului justiției din ianuarie 2019⁷ privind semnarea contractului pentru achiziția de echipamente IT și programe informatice, în cadrul Proiectului de „Îmbunătățire a Serviciilor Judiciare”. Până la acest moment, însă, aceste demersuri nu s-au concretizat, fiecare instanță depunând eforturi proprii și utilizând personalul deja existent și echipamentele avute la dispoziție pentru a încerca să ofere acces la dosarul electronic.

Este evident că justiția nu este pregătită nici logistic și nici uman pentru a asigura 100% acces electronic la acest moment, în condițiile în care este nevoie de alocarea în cadrul fiecărei instanțe a unor servere securizate și scanate periodic împotriva atacurilor informatice cu capacitate extraordinar de mare pentru stocarea tuturor documentelor scanate în format PDF, în contextul în care se dorește crearea accesului nu doar la dosarele noi înregistrate pe rolul instanțelor, dar și a celor mai vechi dar nesoluționate încă. Baza logistică trebuie dublată de alocarea unor noi posturi sau de redirectionarea celor din compartimentele auxiliare în vederea efectuării tuturor operațiunilor pe care rezultatul final (accesul la dosarul electronic de către persoanele interesate) îl presupune. Ne referim aici la preluarea dosarelor în format fizic, scanarea fiecărui document din dosar, înregistrarea acestuia în funcție de tipul de act (cerere de chemare în judecată, act procedural emis de instanța de judecată⁸, întâmpinare, anexe, citație etc.) și încărcarea actelor pe platformă.

⁷ [Online] la <https://www.juridice.ro/623385/implementarea-la-nivel-national-a-proiectului-dosarul-electronic.html>, accesat la data de 13.10.2020.

⁸ Pentru documentele care sunt emise chiar de instanța de judecată, acestea fie sunt editate direct în programul ECRIS fiind documente închise, fie sunt scanate și ulterior atașate în programul ECRIS, [Online] la <https://www.juridice.ro/506395/curtea-de-apel-craiova-implementat-aplicatia-infodosar.html>, accesat la data de 12.11.2020.

În prezent, în România funcționează un număr total de 15 curții de apel⁹, dintre care un număr de 14 curți de apel (și instanțele arondate acestora)¹⁰ au implementat aplicația de dosar electronic. După cum reiese în mod les din tabelul realizat *infra*, preferința instanțelor este îndreptată către varianta TDS (Transmitere Document Securizat)¹¹, dezvoltată și implementată de specialiștii IT ai Tribunalului Arad¹², în pofida aplicației incipiente (însă căreia instanțele îi rămân tributare datorită caracterului inovativ) InfoDosar.

Curtea de Apel Alba Iulia	https://doc.curteadeapelalbaiulia.ro/autentificare
Curtea de Apel Bacău	- ¹³
Curtea de Apel Brașov	https://doc.curteadeapelbrasov.ro/autentificare
Curtea de Apel București	http://doc.cab1864.eu/autentificare
Curtea de Apel Cluj	https://www.curteadeapelcluj.ro/index.php/dosare/info-dosar.html
Curtea de Apel Constanța	https://doc.curteapelconstanta.eu/autentificare
Curtea de Apel Craiova	https://doc.curteadeapelcraiova.eu/autentificare

⁹ Inițial au existat doar 4 curți de apel în România înființate prin Legea pentru organizarea judecătorească din 1 septembrie 1890 urmând ca din anul 1919 numărul curților de apel să crească douăsprezece, în prezent existând cincisprezece curți de apel și o Curte Militară de Apel cu sediul în București, în acest sens: [Online] la https://ro.wikipedia.org/wiki/Cur%C8%9Bile_de_apel_din_Rom%C3%A2nia, accesat la data de 05.10.2020.

¹⁰ Dacă în cursul anului 2019, doar 12 curți de apel dispuneau de aplicații informatice prin care justițiabilii aveau acces la actele dosarului pe bază de parolă, conform informațiilor accesibile pe site-ul <http://www.transilvaniarecuperaricreante.ro/2019/09/informatizarea-instantelor-din-respect-pentru-justitiabili.html>, urmare a contextului excepțional generat de răspândirea la nivel mondial a virusului SARS-CoV-2, se pare că încă 2 curți de apel au întreprins măsurile necesare în vederea alinierii cu restul instanțelor din țară, cele două curți de apel fiind: Curtea de Apel Galați și Curtea de Apel București.

¹¹ [Online] la https://adevarul.ro/locale/alba-iulia/peste-16000-accesari-aplicatiei-dosar-electronic-nivelul-instantelor-raza-curtii-apel-alba-iulia-1_5e3278f85163ec4271973b9e/index.html, accesat la data de 26.09.2020.

¹² Pentru mai multe detalii, a se vedea: [Online] la https://www.juridice.ro/680166/dosarul-electronic-analiza-prezentului-prin-prisma-necesitatii-utilitatii-si-dificultatilor.html?fbclid=IwAR28lqx97WivVx_leXXD7g9B-Hv17-Vb1NN_jhsYIzaH1R5HnLroSkik3Z4#_ftn1, accesat la data de 20.09.2020.

¹³ Până la momentul redactării prezentului articol nu am identificat existența unui dosar electronic la nivelul acestei curți de apel, singurul rezultat livrat în urma consultării motorului de căutare google.ro fiind direcționat către adresa: <http://infodosar.ro/i.php?page=0&instanta=Curtea%20de%20Apel%20Bacau> ce nu oferă posibilitatea logării în vederea accesării dosarului în format electronic ci oferă doar informații cu caracter public, disponibile, de altfel, și pe site-ul instanțelor de judecată: www.portaljust.ro.

Curtea de Apel Galați	https://doc.cagl.ro/autentificare
Curtea de Apel Iași	http://doc.ca-iasi.ro/autentificare
Curtea de Apel Oradea	http://doc.curteadeapeloradea.ro/autentificare
Curtea de Apel Pitești	http://www.curteadeapelpitesti.ro/Dosare_ecris.aspx
Curtea de Apel Ploiești	https://doc.caploiesti.ro/autentificare
Curtea de Apel Suceava	http://www.curteadeapelsuceava.ro/Dosare_ecris.aspx
Curtea de Apel Timișoara	https://doc.curteapeltimisoara.ro/autentificare/
Curtea de Apel Târgu Mureș	http://www.curteadeapelmures.ro/Dosare_ecris.aspx

Bineînțeles că, în acord cu majoritatea covârșitoare a instanțelor de judecată din țara noastră, nici Instanța Supremă nu putea rămâne fără un răspuns la procesul de digitalizare și modernizare a sistemului judiciar. Prin adresa nr. 645/07.05.2020¹⁴ emisă de Înalta Curte de Casație și Justiție și transmisă Președintelui Uniunii Naționale a Barourilor din România se anunța lansarea aplicației de dosar electronic la nivelul instanței supreme¹⁵, procedura de înregistrare fiind posibilă începând cu data de 07.05.2020, iar accesul la dosarele aflate pe rolul celor două secții civile și secției de penal fiind posibil de la data de 18.05.2020. Totodată, se preciza că pentru dosarele aflate pe rolul Secției de contencios administrativ și fiscal, dat fiind volumul considerabil de acte inerente unor litigii în această ramură de drept, accesul este preconizat a fi posibil începând cu luna septembrie 2020 (fapt confirmat prin posibilitatea de selectare a secției de contencios administrativ și fiscal prealabil căutării numărului de dosar).

Cu pași mici dar coordonați accesul la dosarul electronic va deveni posibil în cadrul fiecărei instanțe într-o apreciere optimistă până la finele anului 2021, canalizarea tuturor resurselor de factură economică, umană, logistică în vederea creării unei singure aplicații de dosar electronic la nivel național în pofida coexistării mai multe aplicații mai mult sau mai puțin asemănătoare reprezentând, din punctul nostru de vedere, un aspect stringent în această privință.

2. Utilizarea aplicației de dosar electronic: InfoDosar vs. TDS

Așa cum am precizat *supra*, prima instanță din România care a pășit la implementarea dosarului electronic este Curtea de Apel Cluj prin intermediul

¹⁴ A se vedea în acest sens, [Online] la https://www.unbr.ro/wp-content/uploads/2020/05/135-AUT-2020_dos-el-ICCFJ_nr.-645-din-07-mai-2020.pdf?fbclid=IwAR2TQFh0KnHDS75XlcP61JyXbRPKzq-5p-CREbKIq-rElIdSW4Ncxck_kk, accesat la data de 26.09.2020.

¹⁵ Accesul fiind disponibil prin accesarea adresei web: <http://doc.iccj.ro/autentificare>. ICCJ a folosit, de asemenea, platforma dezvoltată de specialistii IT din cadrul Tribunalului Arad.

aplicației InfoDosar, un proiect pionier, foarte bine recepționat de către avocați, experți judiciari, justițiabili etc.

Mecanismul de funcționare al aplicației InfoDosar este unul simplu și presupune parcurgerea următorilor pași:

1. Emiterea unei citații de către instanța de judecată în care, alături de toate informațiile cuprinse în mod obișnuit în legătură cu numărul de dosar, obiect, părți etc., este furnizată și o parolă de acces necesară autentificării în aplicație;

2. Odată accesată aplicația InfoDosar este necesară logarea prin tastarea numărului de dosar și a parolei puse la dispoziție părții de către instanță. Prin parcurgerea procedurii de autentificare, aplicația oferă acces la două tipuri de servicii: (i) *Vizualizare documente* și (ii) *Fișă dosar*.¹⁶

3. Serviciul de „*Vizualizare documente*” oferă acces părții la documentele aflate la dosar în format electronic (indiferent dacă acestea provin de la instanță sau de la părțile din dosar), dosarul electronic fiind așadar o copie fidelă a celui fizic, „original” ce se află pe masa judecătorului.

4. Serviciul „*Fișă dosar*” conferă părților informații privind cursul dosarului (atât în primă instanță cât în căile ordinare sau extraordinare de atac), stadiului procesului, termenele de judecată acordate cu dispozițiile instanței pentru fiecare termen și soluțiile dispuse în fiecare ciclu procesual.

Modalitatea de acces poate fi vizualizată cu ajutorul imaginii de mai jos¹⁷:

The screenshot displays the web interface of the InfoDosar application. At the top, it features the logo of the Curtea de Apel Cluj and the text "CURTEA DE APEL CLUJ". Below this, there is a section titled "Tribunalul SĂLAJ - Informații detaliate despre dosar" which contains a table with case details:

Număr unic dosar	1201/84/2020
Inregistrat în data de	13/11/2020
Obiectul cauzei	pretenții
Stadiu procesual	

Below the table, there is a red banner that reads "Autentificare dosar: 1201/84/2020". Underneath, a section titled "Autentificare secțiunea vizualizare/depunere documente" contains a login form with the following fields:

- Nr. dosar: 1201/84/2020
- Parola: [input field]

At the bottom of the form are two buttons: "Autentificare" and "Închide fereastra". On the left side, there are links for "Termene de judecată" and "Inapoi". At the bottom of the page, a footer note states: "Această aplicație a fost creată de Curtea de Apel Cluj și implementată din data de 17.03.2013. Total vizitatori: 112685758".

Având în vedere că accesul la dosarul electronic prin intermediul aplicației InfoDosar este posibil prin tastarea unei parolei unice, furnizate de către instanță și pusă la dispoziția părții prin intermediul citației emise, se pune

¹⁶ [Online] la <https://www.juridice.ro/506395/curtea-de-apel-craiova-implementat-aplicatia-infodosar.html>, accesat la data de 14.11.2020.

¹⁷ Imagine preluată de pe site-ul https://www.curteadeapelcluj.ro/cacj_vechi/Dosare_ecris.aspx.

problema unor posibile fraude, parola putând fi cu ușurință transmisă / comunicată și altor persoane care nu au calitatea de parte litigantă dar care, pe baza parolei, ar putea obține acces la actele aflate la dosar. În vederea protejării părților din dosar (care prin intermediul actelor depuse ar putea dezvălui informații sensibile, confidențiale etc.) și al respectării reglementărilor europene privind protecția datelor cu caracter personal, este necesară dublarea parolei cu o altă modalitate de verificare a calității persoanei care solicită acces. În ceea ce privește componenta de securitate a paginii de autentificare în momentul accesării dosarului electronic un indiciu în acest sens ar fi existența „*pictogramei sub formă de lacăt de culoare verde din dreptul adresei paginii de internet*”¹⁸, reprezentând o dovadă că platforma utilizează certificate de securitate.

Într-o variantă îmbunătățită, aplicația TDS aduce unele schimbări menite a reduce considerabil riscul privind accesul fraudulos. Autentificarea în vederea obținerii accesului la informațiile din dosarul electronic este posibilă prin respectarea următorilor pași¹⁹:

1. Formularea de către partea interesată a unei cereri de comunicare documente în format electronic prin intermediul căreia sunt furnizate instanței datele de autentificare, respectiv: adresa de e-mail și numărul de telefon²⁰. Cererea se poate formula atât în cadrul unui dosar deja existent, cu indicarea instanței, a secției și a numărului de dosar, cât și odată cu acțiunea introductivă, însă printr-o cerere distinctă;

2. Cererea trebuie însoțită de dovada calității de parte în dosar (prin depunerea unei copii de pe cartea de identitate) sau de reprezentat (avocat, mandatar etc. prin depunerea împuternicirii avocațiale sau a procurii autentice) și poate fi depusă prin registratură sau transmisă electronic în format PDF pe adresa de e-mail a instanței sau prin fax;

3. După înregistrarea cererii prin cele două modalități alternative descrise mai sus, aceasta urmează a fi aprobată prin rezoluție de către președintele de complet care instrumentează dosarul;

¹⁸ În acest sens, D.M. Ilucă, A.C. Simion, *Platformele de crowdfunding la granița dintre securitate și fraudă*, Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași, Tomul LXIV, 2018, Supliment, p. 341.

¹⁹ Cu titlu de exemplu, a se vedea: http://www.cab1864.eu/upload/2019/CAB_instructiuni_Utilizare_DE.pdf.

²⁰ Cererea de acces la dosarul electronic fiind necesară în vederea furnizării de către partea interesată a datelor de comunicare a parolei, acest formular nefiind necesar în privința aplicației InfoDosar în privința căreia, așa cum am precizat anterior, autentificarea se efectuează pe baza unei parole unice inserate direct de către instanță în cuprinsul citației. Binînțeles, în lipsa furnizării direct de către instanță a acestei parole, este posibilă formularea unei cereri în acest sens chiar de către partea interesată.

4. Ulterior aprobării cererii, partea interesată primește un link de autentificare transmis de către grefier pe adresa de e-mail a părții comunicată în prealabil;

5. În vederea autentificării după accesarea link-ului transmis, se introduce adresa de e-mail și codul transmis prin SMS²¹ la numărul de telefon indicat, acest cod fiind valabil pentru o singură autentificare.

După cum se poate lesne observa, actele din dosarul electronic se pot vizualiza în orice moment, însă, pentru fiecare solicitare de acces se emite un cod unic fiind înăsprite, așadar, condițiile de acces. Bineînțeles, nici această variantă nu poate oferi certitudinea că doar părțile din dosar vizualizează documentele, însă se poate aprecia în mod rezonabil faptul că dacă informațiile sunt consultate și de alte persoane acest lucru se efectuează cu acordul părții.

Redăm mai jos câmpul de autentificare prevăzut de aplicația TDS²²:

Autentificare 89.39.71.164

Adresa de E-Mail *

Instanta: * Tribunalul ARAD

Autentifică

Acest mesaj trebuie să apară într-un chenar alb.
Dacă îl vedeți transparent înseamnă că trebuie să re-încărcați pagina actuală.

Windows: ctrl + F5
Mac/Apple: Apple + R sau command + R
Linux: F5
sau folosiți butonul **Reîncarcă / Reload** din browser.

Aplicație dezvoltată de Specialiștii IT ai Tribunalului ARAD
programator: Dacian Stanciu
versiune: 1.5.23

Ca o concluzie intermediară, considerăm că cea de-a doua variantă este, pentru contextul dat, mai sigură și mai eficientă, însă, ne menținem poziția exprimată anterior, în sensul că este nevoie de implementarea unei singure aplicații la nivel național, această soluție fiind cea mai fiabilă pe termen lung.

²¹ Codul este valabil timp de 5 minute iar în ipoteza în care nu este primit se poate solicita retrimiteră acestuia de maxim 3 ori.

²² Imagine preluată de pe site-ul <https://doc.tribunalularad.ro/autentificare>.

Aplicația fiind creată în primul rând pentru utilizatorii săi finali, este necesară stabilirea unui singur mod de autentificare, de preferat, pe o platformă unică.

3. Pro & contra auctoritas

Ponderea avantajelor privind implementarea dosarului electronic este fără doar și poate net superioară față de cea a dezavantajele pe care o astfel de aplicație le-ar putea cauza. În ceea ce privește avantajele pe care dosarul electronic le aduce sistemului judiciar, vom încerca să surprindem în cele ce urmează unele dintre beneficiile identificate până în prezent:

– posibilitatea studierii actelor din dosar concomitent de către părți, judecător, grefier, procuror dacă participă la judecată. În această modalitate se rezolvă o veche problemă relativ la studierea dosarului, la care părțile aveau acces cu cel mult 5 zile înainte de termenul de judecată, aceste 5 zile fiind necesare studierii dosarului de către judecător înainte de ședință. Nu de puține ori, în acest interval scurt de timp, în care dosarul fizic era „blocat” și nu putea fi pus la dispoziția părților pentru studiu, preoponenții, executorii judecătorești, experții judiciari etc. depuneau acte care conțineau informații importante și de care partea interesată nu avea șansa să ia la cunoștință de conținutul acestora decât în ziua termenului de judecată. Din acest punct de vedere, posibilitatea studierii dosarului chiar și în preziua termenului de judecată reprezintă un real avantaj pentru toate părțile care vor avea pârghiile necesare pentru a își pregăti apărarea/strategia în cunoștință de cauză. Se pot evita, totodată, cereri de amânare formulate din partea celor care nu aveau cunoștință de actele depuse la dosar, aspect care contribuie la dezideratul oricărui proces, respectiv soluționarea cu celeritate a cauzelor de către instanțele de judecată concomitent cu respectarea dreptului la apărare;

– dosarul electronic permite judecătorilor și grefierilor să își îndeplinească atribuțiile simultan, studierea dosarului de către judecător nemaifiind un impediment în conceperea unor acte procedurale de către grefier în cadrul aceluiași dosar (e.g. emiterea de citații)²³;

– componentă a procesului de digitalizare a justiției, dosarul electronic reprezintă un pas important către debirocratizarea sistemului judiciar. Eliminarea formularelor pentru studiu dosar și a celor pentru fotografierea actelor din dosar împreună cu reducerea timpului necesar studiului în arhiva curentă a instanțelor conferă participanților la actul de justiție beneficii incontestabile, dintre care amintim: accesul rapid la informații, reducerea sau eliminarea costurilor cu transportul pentru părți și a cheltuielilor instanțelor în principal cu transmiterea corespondenței, achiziționare de hârtie și toner.

²³ În acest sens, https://www.juridice.ro/680166/dosarul-electronic-analiza-prezentului-prin-prisma-necesitatii-utilitatii-si-dificultatilor.html?fbclid=IwAR28lqx97WlVx_leXXD7g9B-Hv17-Vb1NN_jhsYIzaH1R5HnLroSkik3Z4#_ftnref7.

– complementar debirocratizării sistemului judiciar, dosarul electronic contribuie, de asemenea, și la dematerializarea documentelor prin posibilitatea depunerii actelor de procedură utilizând un formular online. Împrejurarea că inclusiv părțile pot încărca acte în dosarul electronic, la cererea grefierului putând fi transmise chiar și în format editabil, conferă posibilitatea preluării direct din document a unor date/cifre/denumirii exacte, aspect care diminuează riscul strecurării unor erori materiale în actele de procedură ale instanțelor. Ca atare, și numărul persoanelor care se văd nevoite să urmeze de procedura de „îndreptare eroare materială”²⁴ va fi semnificativ mai mic, ajutând la degrevarea instanțelor de judecată de atare cereri;

– odată creată o bază de date electronică ce cuprinde toate actele din dosarele instanțelor de judecată, problema arhivării acestor documente va fi în proporție de 60% soluționată²⁵. Este un lucru cunoscut faptul că un dosar soluționat definitiv are un termen de păstrare cuprins între 3, 5 și 10 ani iar la expirarea acestuia toate documentele (mai puțin hotărârile judecătorești) sunt trimise spre casare. Astfel, în lipsa stocării documentelor în format electronic, diversele acte efectuate în cadrul respectivului dosar (expertiză judiciară, audieri de martori, interogatoriul părților etc.) ar fi în mod definitiv pierdute.

Pentru că utilizarea la scară largă a acestei aplicații, cel puțin în ultima jumătate de an, a dezvăluit și anumite inconveniente, vom reda *infra* câteva dezavantaje ivite împreună cu posibile remedii:

– timpul îndelungat necesar scanării și încărcării documentelor trimise de părți, acestea neputând fi în mod fizic procesate în timp real, poate conduce la o neconcordanță de ordin cantitativ între actele disponibile în dosarul electronic și cele depuse la dosarul fizic. În vederea optimizării procesului de scanare, este obligația părților de a contribui la înlesnirea acestuia și depunerea actelor imprimate doar pe o singură pagină și nu față-verso²⁶. De asemenea, folosirea inteligenței artificiale pentru înlocuirea task-urilor administrative

²⁴ Potrivit dispozițiilor art. 442 C. proc. civ.: ”(1) *Erorile sau omisiunile cu privire la numele, calitatea și susținerile părților sau cele de calcul, precum și orice alte erori materiale cuprinse în hotărâri sau încheieri pot fi îndreptate din oficiu ori la cerere.*(2) *Instanța se pronunță prin încheiere dată în camera de consiliu. Părțile vor fi citate numai dacă instanța socotește că este necesar ca ele să dea anumite lămuriri.* (3) *În cazul hotărârilor, îndreptarea se va face în ambele exemplare ale hotărârii.*”

²⁵ Despre problema depozitării și arhivării dosarelor de către instanțele de judecată dar și despre imposibilitatea preluării acestora de către Arhivele Naționale, a se vedea: [Online] la https://www.ziuanews.ro/dezvaluiri-investigatii/instantele-sufocate-de-maculatura-128297?fbclid=IwAR0bGQJVapZpBveRusSGN_FoEcKflhloMafoEbfTc24DQnax9hvmDhLpWA0, accesat la data de 15.11.2020.

²⁶ Reducându-se riscul ca în dosarul electronic să apară doar fragmente de acte (respectiv doar paginile impare).

repetitive și sprijinirea personalului auxiliar prin diverse softuri reprezintă o altă soluție ce se impune a fi implementată cu precădere²⁷;

– în ipoteza solicitării accesului la dosarul electronic de către alte persoane față de părțile din cauza respectivă (ex. reprezentantul convențional al părții, mandatarul cu procură specială etc.), acestea sunt obligate să depună alăturat cererii de acces și dovada de reprezentant (e.g. împuternicire avocațială, procură autentificată). Problema care se poate ivi în această situație este cea în care ulterior aprobării cererii de către președintele de complet a încetat calitatea de reprezentat (prin denunțare, renunțare la mandat etc.) iar acest aspect nu a fost adus la cunoștința instanței. Este necesară stabilirea unor dispoziții sancționatorii pentru acțiunile de accesarea a actelor din dosarul electronic de către persoanele care nu mai dețin calitate în proces.

– o controversă născută în rândul practicienilor strâns legată de consultarea documentelor din dosarul electronic este reprezentată de comunicarea electronică a actelor. Astfel, s-a ridicat următoarea întrebare: prin deschiderea și vizualizarea unor documente din dosar se poate aprecia că procedura de comunicare este considerată împlinită față de acea parte? această acțiune reprezintă materializarea unui nou caz de echipolență?²⁸. Bineînțeles, se are în vedere doar ipoteza accesării și descărcării unui act în privința căruia începe să curgă un termen de decădere²⁹ și nu orice act care nu ar avea asemenea consecințe juridice.

Considerăm că nu poate fi asimilată unui veritabil caz de echipolență accesarea unui act din dosarul electronic, nici măcar în ipoteza în care se generează automat de către sistemul informatic un mesaj privind data și ora vizualizării documentelor, cel puțin pentru următoarele considerente:

În primul rând, cazurile de echipolență sunt prevăzute în mod excepțional și limitativ de lege și sunt de strictă interpretare și aplicare, fiind interzisă extinderea acestora prin aplicarea analogiei de către judecător.

În al doilea rând, nu există certitudinea că odată accesat documentul din dosarul electronic acesta a putut fi în mod efectiv vizualizat de către utilizator, existând situații în care deschiderea documentului nu este posibilă fie pentru că acesta conține erori de citire, fie pentru că este compromis sau nu este recunos-

²⁷ În acest sens, a fost creat un pachet de aplicații CITNET ce presupune încărcarea automată a rezoluțiilor judecătorului direct în aplicația instanțelor ECRIS, pentru mai multe detalii, a se vedea: [Online] la https://www.juridice.ro/680166/dosarul-electronic-analiza-prezentului-prin-prisma-necesitatii-utilitatii-si-dificultatilor.html?fbclid=IwAR28lqx97WlvVx_leXXD7g9B-Hv17-Vb1NN_jhsYIzaH1R5HnLroSkik3Z4#_ftn8, accesat la data de 30.09.2020.

²⁸ Similar cazului prevăzut la art. 468 alin. (3) C. proc. civ.

²⁹ Spre exemplu, partea ia la cunoștință de conținutul unei întâmpinări față de care are posibilitatea de a formula răspuns la întâmpinare în termen de 10 zile de la data comunicării.

cut, fiind posibilă chiar situația în care la momentul accesării documentul este gol.

Nu în ultimul rând, trebuie precizat faptul că nu există o bază legală ce acoperă și această situație de comunicare a actelor de procedură, dispozițiile art. 154³⁰ alin. (6) raportat la alin. (6¹) C. proc. civ făcând referire la situația expresă în care „*partea a indicat instanței datele corespunzătoare în acest scop.*” Tot astfel, și dispozițiile art. 257 alin. (5) C. proc. pen.³¹ prevăd posibilitatea comunicării citațiile prin intermediul poștei electronice, însă doar dacă persoana în cauză și-a dat acordul în acest sens.

Pe această linie, se poate constata că operaționalizarea sistemului judiciar are la acest moment două componente: primul serviciu oferă participanților la actul de justiție accesul la „*Dosarul electronic*”, iar cel de-al doilea este reprezentat de „*serviciul de comunicare electronică a actelor de procedură*”³², ambele componente având la bază aceleași obiective principale, respectiv: rapiditate, gratuitate și protejarea datelor cu caracter personal³³, fiind interconectate și interdependente. Astfel, tocmai pentru că s-a dorit crearea unui serviciu distinct, complementar, de comunicare electronică a actelor de procedură la solicitarea expresă a părții interesate și cu furnizarea datelor de comunicare, opinăm că soluția la care am aderat și pe care am prezentat-o *supra* este cea corectă.

4. Concluzii și reflecții asupra unui sistem judiciar digitalizat

Așa cum preciza marele jurist francez Jean Carbonnier în cartea sa *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*³⁴ – „*Le droit est plus grand que la règle de droit*”. Lipsa unor reglementări exprese în privința dosarului

³⁰ Art. 154 alin. (6) C. proc. civ.: „*Comunicarea citațiilor și a altor acte de procedura se poate face de greșă instanței și prin telefax, poștă electronică sau prin alte mijloace ce asigură transmiterea textului actului și confirmarea primirii acestuia, dacă partea a indicat instanței datele corespunzătoare în acest scop. Comunicarea actelor de procedură va fi însoțită de semnătura electronică extinsă a instanței care va înlocui ștampila instanței și semnătura greșierului de ședință din mențiunile obligatorii ale citației. Fiecare instanță va avea o singură semnătură electronică extinsă pentru citații și acte de procedură.*”

(61) „*Citațiile și celelalte acte de procedură menționate la alin. (6) se consideră comunicate la momentul la care au primit mesaj din partea sistemului folosit că au ajuns la destinatar potrivit datelor furnizate de acesta.*”

³¹ Art. 257 alin. (5) C. proc. pen.: „*Citarea se poate realiza și prin intermediul poștei electronice sau prin orice alt sistem de mesagerie electronică, cu acordul persoanei citate.*”

³² [Online] la <https://sway.office.com/o08zlmX1JY7BMzkn?ref=Link>, accesat la data de 13.10.2020.

³³ [Online] la <https://www.clujust.ro/iccj-a-lansat-serviciul-de-comunicare-electronica-acte-de-procedura/>, accesat la data de 15.11.2020.

³⁴ În acest sens, J. Carbonnier, *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, Ediția a 10-a, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001, p. 22.

electronic nu a reprezentat un impediment în vederea implementării acestei aplicații de către instanțele de judecată, necesitatea asigurării accesului la actele din dosar chiar și în condiții excepționale, de restricționare sau limitare a deplasării persoanelor la sediul instanțelor, fiind mai presus față de inexistența unor „reguli de drept” care să permită acest lucru³⁵.

Este de dorit, însă, ca de *lege ferenda*, noțiunea de dosar electronic să își găsească o reglementare proprie în cuprinsul Codurilor de procedură civilă și penală în vederea unificării practicilor instanțelor de judecată în privința: aplicației utilizate, a condițiilor de autentificare și a modalităților de solicitare a accesului la documentele dosarului.

Cu siguranță digitalizarea sistemului de justiție nu se va opri aici, eforturile întreprinse până acum și de acum încolo fiind canalizate nu doar asupra eficientizării accesului la dosarul electronic cât și asupra sistemului de videoconferință care se dorește a fi implementat și în cauzele non-penale, precum și în privința comunicării hotărârilor judecătorești în format electronic și folosirea semnăturii electronice de către instanțe. Acest deziderat nu poate fi însă atins decât cu sprijinul tuturor participanților la actul de justiție, fiind nevoie de un efort susținut și constant pentru a beneficia de un sistem judiciar digitalizat.

³⁵ Chiar și în aceste momente în care starea de urgență a fost înlocuită de starea de alertă, instanțele care înregistrează un număr crescut de cazuri de infectare cu virusul SARS COV-2 printre membrii colectivului respectivei instanțe pot decide suspendarea activității unor compartimente auxiliare și utilizarea exclusivă a mijloacelor alternative de studiu dosar sau depunere actelor în format electronic. Cu titlu de exemplu, a se vedea comunicatul de presă din data de 03.11.2020 al Judecătoriei Iași disponibil la adresa https://barouliasi.ro/fileadmin/noiembrie_2020/Comunicat_Judecatoria_Iasi.pdf, site consultat la data de 10.11.2020.

Digital legacy

Ticau Suditu Aniela Flavia¹

Abstract: Throughout this article we envisioned a brief analysis of the “digital legacy” concept, reflecting the specific case law and its impact on comparative legislation. The fact that we live in a digitized world means that we face challenges unbeknownst to inheritance law. First of all, we need to address the terminology: what is a digital asset or data and in what manner can it be the object of an inheritance. Although digital legacy is a relatively new concept, it is a powerful one, for it involves the future in its most natural surroundings: the digital information seen as a different dimension, based on a physical medium. The “digital” concept relies on two essential features. The first one is a technical one and encompasses the use of data from an electronic standpoint, respectively the data left behind by a user, who is not essentially an individual. The other aspect concerns the cultural and juridical perspective of how someone’s data can be considered an asset or property. In this light, we notice the baffling approach of legislators: mainly relying on the good will of those who work with data, this leading to inconsistent or vague legislation. Thus, the aim of the article is to analyze the legal implications of the digital experience in terms of inheritance law.

Keywords: digital inheritance; digital content; digital assets.

Introduction

The virtual world is populated with virtual goods. Their legal nature is somehow different than the one in the tangible world. Thus, owning in the virtual world might mean only having a right to use, even if the good was marketed as being for sale, and the account holder bought it or purchased it with real money.

As a consequence, in most cases, the account holders are not the real owners of these digital assets, but they are merely using licenses that enable them to act like owners. By far, having a license is the most usual right account holders have after accepting the terms of service, either in an explicit manner, by clicking “I agree” button, or in an implicit manner, presumed by the provider’s platform. The gaming industry is the perfect example in this area. One can buy different items, characters or money, in order to play the game.

¹ PhD Candidate, Bucharest Academy of Economic Studies, e-mail: aniela.suditu@yahoo.com.

Moreover, there are intra-world auctions, where users can sell or buy such items from other users, building a sense of property².

The service providers offer the account holder a safe haven for expressing a digital identity, through photos, videos or music, both for individual use and for social purposes. In this respect, the digital data gathered from a digital identity might be considered as encompassed in the notion of personal rights, included in the personal identity of the account holder. Therefore, by equalizing the digital identity with the user's real identity, one might consider that the personal rights are terminated at the time of the user's death and therefore are not transmissible. On the other hand, rights that are essentially linked to the personal identity of the account holder (like the name or reputation), can't be transmitted through succession.

Although death means the end of the deceased's legal personality, this aspect is not axiomatic from a digital point of view. In this sense, the user is immortal, even though the person behind it just died. The reason for which a user is immortal resides in the fact that no one defined mortality as related to a user. Therefore, it is what it is: an element of a wider system, that can be closed (as an account) or can be banned (in case of harmful deeds) but that can't be killed, being artificial. As a result, inheriting a user is theoretically not possible, unless the legislator provides otherwise.

Besides other aspects, the debate over the inheritability of digital assets encompasses the subject of receiving access to an account in the context of that account holder's death. In this case, the access covers the digital content, public or private. Many scholars asked themselves in what way inheriting an account is different from inheriting its content³. To answer this, we have to distinguish property from access. Property involves rights and obligations, whereas access encompasses some non-exclusive rights, according to the platform's or the service provider's view. Obviously, the purpose of inheriting an account is mainly inheriting the digital assets stored on the account or enabled by accessing the account, observing that property over the digital data is also correlated with the nature of the digital content⁴.

Inheriting digital assets is a complex matter, as it appears to bring together different types of provisions: public law, mainly in the matter of privacy or personal data protection, contract law and, of course, succession

² Most frequently, the service provider or the platform offers licenses that are individual, limited and revocable, without the option of transfer or sub-license, and therefore cannot be inherited.

³ M. Grochowski, *Inheritance of the Social Media Accounts in Poland*, *European Review of Private Law* 5-2019, *Kluwer Law International BV*, The Netherlands, 2019, pp 1195 et seq.

⁴ For example, downloading items like music, videos or photos, that belonged to the user.

law. Therefore, the manner of enacting the provisions about digital legacy should ideally be supranational, thus achieving a harmonization specific to international law provisions.

As a consequence, one can distinguish some digital inheritance related issues, like the following: albeit the personal information is nowadays mainly stored on digital support, the users generally fail to provide information about what will happen with this digital data in the event of their death. Therefore, the user's heirs are mostly unaware of their existence, lacking either the passwords, the access or even the legal right to benefit from them or to use them, mainly in the case of digital assets that hold some financial value. Also, inheriting an account can lead to the infringement of the individual rights of the people that connected with the deceased.

1. The digital content and the digital assets

The concept of digital asset is a dynamic one, because it includes on daily basis new technologies and as a consequence, a definition fails to encompass all these meanings. Nevertheless, different legal provisions include accounts like e-mails, social networks, blogs, websites, storage sites or digital bank accounts⁵.

First of all, we notice that there are two types of data, based on the input or the origin of that data. The first one is the data derived from third parties⁶ or from the service provider⁷, that the user is able to access. The second one is the data introduced by the user⁸ on a platform owned by a service provider.

Entering the digital world of contracts, we notice that the user is in fact a consumer, agreeing to terms of condition of use, drafted in an inflexible form by the service providers. Among other rights granted to the user, we distinguish

⁵ S. Kreiczer-Levy, R. Donyets-Kedar, *Better Left Forgotten: An Argument Against Treating Some Social Media and Digital Assets as Inheritance in an Era of Platform Power*, 84 Brook. Law Review, 2019, pp. 703 et seq. Available at: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol84/iss3/1>, accessed at 15.11.2020.

⁶ Third parties can be holders of licensed copyright, implying 2 contracts: a frame one, of license, between the service provider and the third parties, respectively a second one, of sublicense, between the service provider and the user or the account holder. For example, the following triangle: 1: third parties: singer/author/director/composer; 2: service providers: iTunes/Netflix/Deezer/Amazon; 3: users: the account holders.

⁷ The classical example is the case of e-books to which the user is granted access on Kindle.

⁸ For example, a data file uploaded in a cloud, like a photo or a manuscript.

not only the right to use the data, but also to copy, to distribute it, to analyse it or to transform it⁹.

Indeed, if the users involved or the legislators would treat this intangible property in the same manner like the tangible one, providing access and information about what digital data is to be inherited, things would be less complicated. However, albeit digital assets are intangible, this is not a real issue from the perspective of digital inheritance, noting that one can find provisions that encompass inheriting intangible rights, like the copyright.

Correspondingly, digital assets can be divided in two groups: with economic value and without. The economic value can be relative, for example, characters and avatars for games, social media sites or blogs, photos, movies, thoughts, domain names, accounts that generate money, etc. The assets without an economic value might still be of great importance for the heirs. For example, the access to the social media profiles or to storage sites might be essential from a sentimental point of view, as a coping mechanism, in memoriam of the deceased.

It is obvious that financial assets are very different compared to non-financial accounts. However, the latter can become a financial asset depending on the purpose of use. For example, social networks can benefit influencers. Also, if *de cuius* had a blog as a digital business, the impossibility of access post-mortem might lead to bankruptcy or might hurt the business.

However, some digital service providers control their users' digital assets and they have no regulations in the event of the account holder's death, the most frequent outcome being that the account is frozen or left unused.

Although the simple requirement of a password associated to a user id might give the impression that the rights and obligations associated to the account are strictly personal, they are in fact general contractual relations. Being password protected or nominal, typically leads to difficulty in accessing the account, commonly requiring the service's provider's permission. In rare cases, it leads to the impossibility of accessing the account, for example if there are protected files and the encryption can't be broken.

However, even if the terms of agreement would provide a special termination clause for cause of death, the service provider should nevertheless provide access to a legitimate heir¹⁰ as designated by *de cuius*. Also, the service

⁹ R.M. Vučković, I. Kanceljak, *Does the Right To Use Digital Content Affect Our Digital Inheritance, EU and Comparative Law Issues and Challenges – Issue 3*, 2019, pp. 726 et seq. A. De Franceschi (ed.): *European Contract Law and Digital Single Market – The implications of the Digital Revolution, Intersentia*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2016, pp. 59 et seq.

¹⁰ That has the legal position of a party to the contractual relationship established between the service provider and the deceased. To the digital data such as photos and pictures, writings and music or e-mails.

provider should subsequently¹¹ delete the data introduced by *de cuius* that still is in its possession, without using it in any purpose. In general, in order to change the terms of agreement, the interested heirs have to press charges, this leading to a significant number of cases that can put pressure on the legislator's silence.

As a result, the service provider has in principle no legal control on the transferring of the account or the assets derived, regardless if the terms of agreement offer a different approach. Moreover, the terms of agreement have the declared purpose of assuring the security of the digital environment. It is obvious that providing access to an account with the purpose of administering the digital assets that can be found in an estate is perfectly legitimate and brings no harm to any of the contractual parties.

Nevertheless, different digital providers have different rules about account flexibility in order to be transferred. For example, the Terms of agreement imposed by Service providers, that users have to accept as they are, in order to open an account and they might limit severely the heirs' rights. In this respect, most service providers have non-transferability clauses, like Yahoo, Google or Microsoft. Still, some service providers give the account holder the option of choosing the finality of the account in the event of one's death, like Google, Facebook or Amazon.

To better analyse the post-mortem policy of the digital platforms, we chose the Facebook social network as an example. Facebook's inheritability policy evolved according to the user's needs, displaying a self-regulatory feature¹². Noting that a major concern is the legal treatment of intellectual property, the social network revised the disparities between the profile, that must be according to the profile's terms of service, and the content, that is the personal digital space of the user, where intellectual property issues may occur¹³.

According to Facebook's Terms of service, the user faces two choices on post-mortem access. As a consequence, in case of the death of a user, the user's profile will be changed into a memorialized one, unless the user chose previously to permanently delete the account. Moreover, the user has the right to choose a person that will have restricted access to such an account.

Nowadays, configuring an account equates to possessing the digital data that the agreement with service provider entitles you to. Though it is not a property, it is perceived this way especially in the context of „user generated data”, where the consumer is more of a prosumer and the license to use is perceived more like a property title. Therefore, knowledge is, once more,

¹¹ Only after saving the data and distributing it to the heir, and after being authorized to do so.

¹² M. Grochowski, *op. cit.*, pp. 1195 et seq.

¹³ S. Kreiczner-Levy, R. Donyets-Kedar, *op. cit.*, pp. 713 et seq.

power. The knowledge of the used platform, username and password gives one the power to access the data content.

In this respect, for more clarity, one can divide users' rights into 3 main categories, according to the legal status and noting that not all digital assets are in the account holder's property: copyright, ownership and license.

First of all, when the content is generated by users, they are in general the holders of copyright, like videos, photos or texts published on social media, for example on Instagram or Facebook, as well as data created as user generated data or even documents saved in a cloud. The storage medium has no implications on the legal nature of data inheritability. In this respect, storing data on line or on a tangible medium like a PC or an external hard disk or even on a USB Disk has no impact on inheritance.

The author of the message (sender) holds a copyright of the literary communication, keeping a copy in the "sent" box. The receiver (addressee) of the digital communication receives a copy of the copyrighted work in his inbox. According to the provider's terms of service, the property of the digital communications is reserved by the user only if it implies the copyright aforementioned. As a consequence, retaining the copyright (and not a simple copy, in the addressee's case) could enable the estate to claim the right over the digital content of the deceased user, even in the absence of a will.

The legal literature pointed out that although electronic means of communication had not received the similar legal protection to the usual inheritable goods, this protection will soon be enacted by the legislator. Meanwhile, the legal scholars proposed a new approach for the digital content held by an e-mail service provider through the analogy with the law of bailment. In this respect, the e-mail digital content, virtually located on the service provider's platform, has the same legal status of property of the owner as the assets stored in a deposit or in a warehouse, where solely the possession is transferred. The analogy continues, stressing that being unable to locate the key to the deposit is similar to being unable to retrieve a password, and this has no impact on the nature of property.¹⁴

Indeed, if the data is stored online under a password, unknown to the heirs, they would have to prove to the service providers that they are the account holder's heirs, in order either to retrieve the password or to be granted access to the account, without retrieving the password. At the same time, knowing the password might help accessing the digital content of the account, without having any relevance from the inheritance point of view. Moreover, using a password without being entitled to do so might be the object of a criminal offense. One standard example of copyright is the data stored in an

¹⁴ J.J. Darrow, G.R. Ferrera, *Who Owns a Decedent's Emails: Inheritable Probate Assets or Property of the Network*, New York University Journal of Legislation and Public Policy, Vol. 10, 2007, pp 281 et seq.

account on a social platform, like the videos, texts and photos created by the platform's user. This data is in fact inheritable, and it is actually an asset.

Secondly, there is the hypothesis of ownership, which implies that the user has not only the possession but also the control of the digital content¹⁵, being able to access it through a platform belonging to the service provider. In this case, owning digital data enables one to transfer it, similarly to the tangible assets. Without a doubt, possessing virtual currency (like Bitcoin) falls within this category.

And, thirdly, the hypothesis of a license. The legal position of the platform's user is of a licensor of the licenses issued to the social platform¹⁶. One main problem in this case is the inheritability of the licenses issued by the service provider or the platform to the user. The difficulty lies in the agreement between the platform and the user, according to which the licenses are generally deemed non-transferable or are issued under a clause that forbids their transfer. The validity of such a clause is related to the object of the license.

Most licenses are non-transferable, justified by their strictly personal character, they are object to contractual law and that generally expires in case of termination or death. For example, most items purchased on iTunes, Amazon, are in fact non-transferable access licenses, that don't transfer under no circumstance the property over the digital content and that expire in the event of the account holder's death¹⁷. However, there are some accounts that are not strictly personal. For example, the ones that have the purpose of purchasing music, literature, different programs for studying, dieting, training, etc. Considering them non-transferable is not only unjustified, but also unlawful, as it aims the removal of the license from the civil circuit.

Additionally, the principle of universal succession, recognized by the majority of legislations characterized by the rule of law, states that every single item, tangible or not, that belonged to *de cuius*, will pass on to the heirs, with few exceptions. This guarantees not only the continuity, but also the predictability of the legal circuit, especially in the case of *mortis causa* property transfer. Moreover, this transfer is not reliant on the heir's intent or of the awareness of the estate's assets¹⁸. The principle of universal succession can be limited according to the will stated by *de cuius* or presumed by law. For

¹⁵ For example, data stored on a server or in cloud and accessed through credentials like username and password.

¹⁶ R.M. Vučković, I. Kanceljak, *op. cit.*, pp. 726 et seq.

¹⁷ D. Klasicek, *Digital inheritance*, Interdisciplinary Management Research XIV, Opatija, Croatia, 2018 pp. 1052 et seq., Available at: https://www.researchgate.net/publication/329124760_Digital_inheritance, accessed at 15.11.2020.

¹⁸ T. Mikk, K. Sein, *Digital Inheritance: Heirs' Right to Claim Access to Online Accounts under Estonian Law*, *Juridica International*, no. 27/2018, pp. 120 et seq.

instance, if *de cuius* is the account holder, in order to access the account, the heir needs a user ID and a valid password. The problem in this scenario is the following: some rights or obligations are strictly personal¹⁹, by nature, or non-transferable, by law²⁰. In this case, the rights or obligations are commonly terminated. Besides, in the context in which heirs are universal successors, they cannot be characterized as third persons. As a consequence, they will undertake the legal position that *de cuius* assumed in a contract.

2. Legal context. Approaches of Digital Inheritance

Recently, when dealing with the matter of digital legacy, many legislators tried to find a coherent solution for dealing with post-mortem access to digital assets.

In the USA, some of the national legislators used as a prototype the provisions from the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (UFADAA), which aims both at augmenting the estate plan by including digital assets and offering fiduciaries access to digital assets, in order to manage the estate. In other states, the legislators were skeptical in recognizing post mortem access to digital assets due to the legal position exhibited by the privacy rights groups and the digital service providers that invoked the incidence of privacy concerns²¹.

On the other hand, the European Union's legislation regarding digital content aimed to harmonize the national legislations through comprehensive Directives,²² thus creating a general framework by defining the concept of digital content. The approach was to offer through the legal provisions a brief definition²³, alongside with examples. However, the definitions of digital

¹⁹ For example, the obligation of painting a portrait is strictly personal, and the deceased's heir cannot be forced to execute it.

²⁰ For example, the termination of usufruct by death of the beneficiary.

²¹ S. Kreiczler-Levy, R. Donyets-Kedar, *op. cit.*, pp. 717 et seq.

²² Directive 2011/83/EU on consumer rights, Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0083>, Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market, Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2366&from=HR>, accessed at 15.11.2020, Digital Content supply Directive Proposal, Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52015PC0634>, accessed at 15.11.2020.

²³ Directive 2011/83/EU defined digital content as data "produced and supplied in digital form". Directive (EU) 2015/2366 on payment services defined digital content as "goods or services which are produced and supplied in digital form, the use or consumption of which is restricted to a technical device and which do not include in any way the use or consumption of physical goods or services". Digital Content Directive Proposal defines digital content as a "data which is produced and supplied in digital form, for example video, audio, applications, digital games and any other software (...) a service allowing the creation, processing or storage of data in digital form, where such data is provided by the

content, found in the European Union's Directives or proposals are actually divergent, making it harder to harmonize them. Nevertheless, it is obvious that the European legislator conceived deliberately the definition in broader terms, in order to secure the option of gradually incorporating different types of digital content, observing that the purpose of the European legislator is designing a high protection for the user of digital services or for the consumer of digital content

Furthermore, the Directive 2011/83/EU on consumer rights is in fact a directive considered to be of maximum harmonization, which means that it must be transposed in the internal legislation by the member states, in a manner that assures the definition of digital content as it is.

According to the Directives, digital content is the data that can be created by three main entities: the providers of digital services, the account holders and, of course, the third parties. In general, the rights of the account holders are regulated by the terms and conditions imposed by the service provider, without any choice of negotiation. Therefore, there is no middle ground for the user or the account holder, that finds himself in a black and white area, facing either the option to accept the terms and conditions *in integrum*, or to refuse.

In general, the service providers are legal entities or traders. In contrast, the account holders or the users are in general individuals, acting as consumers or prosumers, the latter also creating digital content. As stated before, the *ratio legis* for imposing the provisions regarding the consumer's protection, is in fact the latter's weak position assumed when agreeing a contract with a professional (in our case, a service provider), due to either the lack of legal knowledge, or to the reduced prospect of negotiation. The average consumer is therefore the weaker contract party (compared to a professional) because they cannot negotiate the contract nor impose their own terms.²⁴ In fact, the rights provided to account holders are mainly to use the data only for personal purposes. However, this contract or agreement between the user and the service provider might expand itself, indicating a connection between the user or the provider with third parties.

consumer (...) a service allowing sharing of and any other interaction with data in digital form provided by other users of the service", Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52015PC0634>, accessed at 15.11.2020.

²⁴ H. Jacquemin, *Digital Content and Sales or Service contracts under EU Law and Belgian/French Law*, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, no. 8, 2017, pp.27, Available at: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4530>, accessed at 15.11.2020.

EU data protection rules²⁵ cover the safety of personal data mainly in the case of living users. As a consequence, the protection of personal data from a post-mortem point of view, should be stipulated by the national law of the EU member states. However, most EU member states fail to provide a legal framework in the case of post-mortem data protection.

According to article 20 of the GDPR, the data user has the right to receive and to transmit the personal data to another user, and the service provider has to respect the decision. The aim of these stipulations is not to offer the heirs the option of requesting access to the account of their author²⁶, but to protect the user against the commercial use, by third persons, of the personal data. Hence, the service providers are permitted by the data protection laws to decline the heirs' access to the account of *de cuius*. In fact, the protection of a user's data lasts only for that user's lifetime, since, as we previously pointed out, the data protection legislation concerns only the protection of natural, alive individuals. Thus, the death of the user makes de GDPR unenforceable.

3. Relevant case law

In Oregon, America, *Karen Williams*, managed to access her dead son's Facebook account, guessing the password. After doing so, Facebook, changed the account's password, stating that the account holder's mother actions violated the terms of agreement concerning unauthorized access. As a consequence, the plaintiff filed suit in order to have again access to the account, carrying in the meantime negotiations with the social platform. In the end, after reaching an agreement with Facebook, she also attained a judgment²⁷, giving the arrangement effect. The judgement stated that the access can be given, but only temporarily, for a period of ten months, after which the account could be terminated²⁸.

Another important case from the point of view of digital inheritance is *Ellsworth vs. Yahoo!*²⁹. In this case, according to the Court's judgement³⁰, even

²⁵ Regulation (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation), Recital 27 states: "This Regulation does not apply to the personal data of deceased persons. Member States may provide for rules regarding the processing of personal data of deceased persons", Available at: <https://gdpr-info.eu/recitals/>, accessed at 15.11.2020.

²⁶ In fact, according to the EU data protection rules, only the deceased 'right to consent to the use of the personal data can be passed on to the heirs.

²⁷ Issued by the Oregon County Circuit Court, in 2007

²⁸ A.B. Lopez, *Posthumous privacy, Decedent Intent and Post-mortem Access to Digital Assets*, George Mason Law review, Vol. 24:1, 2016, pp. 200 et seq. D. McCallig, *Facebook after death: an evolving policy in a social network*, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 22, No. 2, Oxford University Press, 2013, pp. 120 et seq.

²⁹ *In re Estate of Ellsworth*, No. 2005-296, 651-DE (Mich. Prob. Ct. Mar. 4, 2005).

though the heirs had no password, they could access the digital content of their author, collected in the Yahoo! user's account. Moreover, the service provider had to deliver the plaintiff all the account's digital content (emails, documents, photos) on CD-ROM and on paper. In reaching this judgement, the court observed that the deceased user had indeed agreed with Yahoo!'s terms of service, according to which, not only was the account non-transferable, but also all the rights to the account digital content terminate in case of the user's death, at which date the account can be unilaterally closed and as a consequence, all stored digital content, deleted. The case was indeed controversial mainly because the deceased user did not have a will when he passed away, which enabled the service provider to argue that the digital content cannot be disclosed due to personal privacy issues³¹, even though in its terms of service states clearly that it does not own the account content, as it was provided by the user³².

One more interesting case is *Packingham v. North Carolina*³³. In the judgement, the Supreme Court stated, among others, that the access of a user to digital platforms like social media sites is in fact under the protection recognized by the First Amendment of the USA Constitution. According to the court's decision, both the idea of an individual's autonomy, by having access to free communication and reliable information, and the idea of living with dignity, by self-expression on a social platform, were the pillars of attracting the application of First Amendment³⁴.

Another thought-provoking case was *Ajemian v. Yahoo!. Inc*³⁵. In this case, the co-administrators of a user's estate demanded access to the information existent in the user's email account. Even though Yahoo! accepted, after negotiations, to make available the title information of the emails, they denied full access to their content. As a consequence, the co-administrators of Ajemian's estate insisted in receiving access to the content of the emails, arguing that the digital content was the property of the user, and therefore part of the estate. In response, Yahoo! pointed out that the emails do not make up

³⁰ Probate Court of Oakland County, Michigan, 2005.

³¹ In the case, the respondent invoked the provisions of *Electronic Communications Privacy Act* ("ECPA"), that establishes certain obligations for the digital service providers in order to keep the privacy of digital communication.

³² R.G. Cummings, *The Case Against Access to Decedents' E-mail: Password Protection as an Exercise of the Right to Destroy*, 15, Minnesota Journal of Law Science & Technology, 2014, pp. 900 et seq. Available at: <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol15/iss2/5>, accessed at 15.11.2020.

³³ Available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-1194_0811.pdf, accessed at 15.11.2020.

³⁴ S. Kreiczler-Levy, R. Donyets-Kedar, *op. cit.*, pp. 700 et seq.

³⁵ Available at: <//law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/2017/sjc-12237.html>, accessed at 15.11.2020.

the user's property, and therefore are not part of the estate. Moreover, providing access to the messages would disregard the terms of agreement between the platform and the user, as well as the personal privacy legal provisions. Nevertheless, the court solved the case on procedural grounds, and as a consequence the merits of the property claim were not analyzed.

The importance of the case resides in the legal context. In USA, The Stored Communications Act³⁶ prohibited the digital service providers from divulging to third parties, without the user's lawful consent, the content of the digital communications. Also, in recent years (mainly since 2015), most of the USA states have enacted the *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (RUFADAA)*, promulgated in 2015 by *The Uniform Law Commission*, according to which it is presumed that only the deceased's explicit permission amounts to a lawful consent³⁷. However, the Supreme Court of Massachusetts held in *Ajemian v. Yahoo!, Inc.* (2017), that not only the deceased can provide the lawful consent, but also the personal representatives, on the deceased's behalf, in case of missing the deceased's explicit permission. The decision is therefore of great importance for paving the way towards access to digital content for the heirs or the fiduciaries and, as a consequence, even though it does not deliver any judgement on the property claims, it has deep implications in the inheritance law.

In Europe, the case law is less diverse than in America. However, we consider of great importance the German judgement from July 12 2018, *III ZR 183/17 – KG68*³⁸, which stated that the digital inheritance cannot be excluded by unfair contractual provisions. The plaintiffs in this case were the parents of a social network user, while the respondent was Facebook. The deceased user was a minor who died under strange circumstances. As a consequence, the plaintiffs were interested in their daughter's social activity, in this case, her messages, so they would know if their daughter committed suicide. Even though the parents had the username and the password to the Facebook account, because the account was memorialized, they were denied access to messages. The plaintiffs argued that, according to the principle of universal succession, the minor daughter's contractual position was transferable *mortis causa*. The judgement stated that the terms and conditions agreed between the social platform and the user did not imply the non-inheritability of the contractual relationship. Moreover, the memorialized account could be deemed

³⁶ part of the *Electronic Communications Privacy Act of 1986*.

³⁷ Obviously, having a will is the best course of action for providing the lawful consent. Available at: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/2015_RUFADAA_Final%20Act_2016mar8.pdf, <https://perma.cc/WX8D-MMKV>, accessed at 15.11.2020.

³⁸ Available at: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=86602&pos=0&anz=1>, accessed at 15.11.2020.

as unenforceable and as a consequence invalidated, because its unfair character.

As a conclusion, even though personal messages exchanged on a social platform can be considered personal data and are *inter vivos* object to the *General Data Protection Regulation*, this cannot by itself exclude the inheritable character of the account³⁹. The judgement is very important, because its reasoning was retrieved in subsequent judgements of other European countries that had no special provisions regarding the digital inheritance issue.

4. Romanian inheritance law

Romanian inheritance law remains silent on the matter of providing access *mortis causa* to the digital assets of a user. Nevertheless, where the law is silent, the general theory of law enables the application of the principle of universal succession. In conclusion, the transmission *mortis causa* of digital assets resembles the transmission of property to non-digital assets. Therefore, in the context of the digital legacy, the data associated to an account follows the rule: the rights and obligations that result from the contract (or terms of agreement or of service) between the account holder and the service provider are contained within the estate⁴⁰, in spite of a divergent agreement.

Originating in Roman law, the principle of universal succession implies that each deceased can and must pass on the entirety of his estate. This guarantees not only the continuity, but also the predictability of the legal circuit, especially in the case of *mortis causa* property transfer. Moreover, this transfer is not reliant on the heir's intent or of the awareness of the estate's assets⁴¹. This principle goes together with the presumption of inheritability of all assets that can be found in an estate, regardless of their nature, tangible or not, digital or non-digital. As a consequence, the universal heirs immediately and automatically acquire the legal status of *de cuius*, as if no transfer occurred. Moreover, having the identical legal position that *de cuius* held, the heirs are entitled to the same rights, to claim damages, to execute or to terminate the contract.

From an objective point of view, the purpose of this principle is to guarantee that no asset, claim or liability, belonging to someone, will remain, not even for a second, ownerless, in the event of that person's death. From a subjective point of view, the purpose of this principle is to preserve the estate in its entirety, thus protecting not only the heirs, but also the third parties, mainly the creditors, and the community. Having in mind the above mentioned, we observe that there is no reason for a disparity in the legal

³⁹ R.M. Vučković, I. Kanceljak, *op. cit.*, pp. 726 et seq.

⁴⁰ As long as they are not strictly personal

⁴¹ T. Mikk, K. Sein, *op. cit.*, pp. 120 et seq.

treatment of neither tangible or intangible assets, nor digital and non-digital, no matter the data storage medium.

According to the Romanian succession law, the inheritance can be either *ab intestat* or testamentary, encompassing every item belonging to *de cuius*, tangible or intangible. Because the tangible property is easier to identify, the heirs (*intestat* or *ab intestat*) are in a privileged position: they can make an informed decision in relation to the inheritance. On the other hand, the intangible property has another status, being harder to identify. In this case, dying *ab intestat* can bring prejudices to the heirs' rights and empowers the legislator's presumption that the legal heirs are the ones that the deceased would have wanted as heirs. In Romania, the norm is dying *ab intestat*. The same is the case with making a will without including provisions about every item that makes up the deceased's property, especially the intangible ones. This is because without specific information, the heirs won't be able to access the accounts with or without economic value.

Making a valid will implies, in most cases, making an inventory of the items that can be found in the author's property. This helps a great deal specifically in the case of intangible property, that can't be traced easily without the author's help. As a conclusion, where intangible property is at stake, it is paramount, for heirs' equanimity, that the author of the estate would register the property and make plans for it, in the event of his death.

This would also clear the dilemma if not sharing the passwords might be interpreted as the author's will that nobody would access the account, not even the heirs in the event of death. For example, sharing the information might hurt third parties involved, like senders, recipients, and others, who are protected by their right to personal life or privacy, or the right to correspondence secrecy. On the other hand, one can embrace the opinion that it should be enabled the presumption that, if the author wouldn't like his private items to be known or transmitted to his heirs, he should dispose of them during his lifetime, just like in the case of tangible items, like personal letters or photos, that pass on to the heirs if they are not destroyed or alienated.

The Romanian legal system is founded on the following characters of inheritance transfer: universal⁴², non-divisible⁴³, total⁴⁴, homogeneous⁴⁵,

⁴² This legal universality includes the rights, duties or obligations of *de cuius*, as a whole, composing the patrimony.

⁴³ The indissoluble character applies in the case of acceptance or renunciation of succession, or in the context of inefficiency or ineffectiveness of the testament.

⁴⁴ This feature encompasses the legal development of the patrimony of *de cuius*, respectively the fact that it is to be transmitted in its wholesome and no residue can be left aside.

⁴⁵ Meaning that a specific inheritance is regulated by the same rules.

legal⁴⁶ and mortis causa⁴⁷ transfer, encompassing the intestate succession⁴⁸ and the testamentary succession.⁴⁹ According to art. 953 Civil Code, “*the inheritance is the transmission of a patrimony of a deceased individual, towards one or more living individuals*”. In addition, according to art. 31 Romanian Civil Code, “*any individual or legal person is the holder of a patrimony encompassing all rights and duties that belong to them and can have a financial value*”.

As a conclusion, the object of an inheritance includes all the deceased’ rights and duties with a financial value, that make up the patrimony⁵⁰. The non-patrimonial rights and duties that belonged to the estates’ author usually extinguish after *de cuius* dies. The highlight of this idea is that the inheritance has the main purpose of financial or pecuniary nature.

Nevertheless, according to Romanian law, intellectual property rights include both patrimonial and non-patrimonial rights. The non-patrimonial rights are both non-transferrable and imprescriptible, and therefore the issue of transmitting them through inheritance is intensely debated⁵¹. Intellectual property rights with economical value are therefore transferable through assignment, license and succession⁵². As a consequence, according to the national legislation, intellectual property rights can be inherited⁵³, even the non-patrimonial ones, this being an exception from the monetary character, that is specific to copyright as a moral right, and that justifies its immutable, perpetual and imprescriptible characteristic⁵⁴.

⁴⁶ Meaning that the succession is only defined by law, and *de cuius* is prohibited from concluding any type of agreement or contract concerning the legacy.

⁴⁷ Meaning that the inheritance can only be accessed after the time of death, and that *de cuius* can be only a natural person, whereas the heirs can be either natural or legal persons, for the latter being able to access only through testamentary succession.

⁴⁸ Art. 963 et seq. of the Romanian Civil Code.

⁴⁹ Art. 1034 et seq. of the Romanian Civil Code.

⁵⁰ In Romanian legislation one can distinguish patrimonial rights and duties that are *intuitu personae*. Being essentially personal, they will extinguish at the time of *de cuius*’s demise, for example, the right of personal usufruct.

⁵¹ For the dominant opinion, according to which non patrimonial rights and obligations are not inheritable, see Yolanda Eminescu, *Dreptul de autor, Editura Lumina Lex*, București, 1997, ISBN 973-9186-96-3, pp. 240 et seq.

⁵² Law No. 8/1996 on copyright and related rights, Law No. 129/1992 on the protection of designs, 84/1998 on trademarks and geographical indications, Law No. 64/1991 on patents, Law No. 350/2007 on utility models.

⁵³ Even though the rights can be inherited, they are only valid for a maximum of 70 years.

⁵⁴ We also notice that this moral right encompasses two coordinates. Firstly, the right of disclosure is limited by the duties resulting from the right to the paternity of the work and its inviolability. Secondly, the right of disclosure is understood through the lens of the author’s will.

Conclusion

As we have seen throughout this article, heirs can seldom enjoy the data assets derived from their author's existence in the digital world. For example, most accounts imply licenses, that are not transferable to third parties or to heirs, provision which the author approved by agreeing to the inflexible contract with the service provider. Moreover, most users are not aware of this inheritability or non-transferability of digital content at the time of accepting the contractual terms. It seems obvious that the concept of digital identity becomes increasingly important as a consequence of the increase in the number of digital users. However, a digital, virtual identity does not necessarily resemble the user's real, concrete identity.

Because the world of data has all kind of users, professionals or simple consumers that have no understanding of the contracts or agreements they enter, the terminology used should not only be accessible, but should also be homogenous, standardized. For example, the EU legislation should provide a single definition that encompasses all the digital content and digital services meanings, in order to address in an equitable manner, the legislation's addressees, respectively the users, the service providers and the third parties.

Even though it might seem that subsequent to their author's death, the heirs should be entitled to the entire estate of inheritance that comprise all the rights, tangible and intangible that belonged to *de cuius*, this is in fact an inadvertence. As we've seen throughout this article, there is a category of rights that do not make the object of an inheritance and therefore cannot be transferred *mortis causa*. Nevertheless, in the event that a user dies without leaving a comprehensive will or instructions about the inheritance of his digital assets, the legislation should provide a legal frame for inheritability of digital assets. From this point of view, the interests of the heirs should overcome the interests of the service providers.⁵⁵

Digital information can last ages after the account holder's death, generating the feeling of everlasting and the problem of access: who is entitled to manipulate something that can achieve immortality?⁵⁶ The intangible character of digital assets amplifies the legislative vacuum regarding digital inheritance. Privacy should concern both living people and dead ones, because there is a fine line between breaching user's privacy and considering the personal communications as uninheritable because of that. From our point of view, privacy considerations should be taken into account as long as the user is alive. After dying, this privacy protection ceases to be a priority. Nevertheless, one can argue that the other user (the sender or the receiver) can suffer

⁵⁵ D. Klasicek, *op. cit.*, pp. 1061, et seq. R.M. Vučković, I. Kanceljak, *op. cit.*, pp. 726 et seq.

⁵⁶ A. B. Lopez, *op. cit.*, pp. 200 et seq.

personal damage due to the fact that someone else is accessing his messages. But as a general rule, the protection of personal data post-mortem remains very different to the protection of personal data *inter-vivos*⁵⁷, and the digital content can be inherited, as long as there is no obvious breach of GDPR. Indeed, for this kind of personal communication, there can be applied a double measure, as the context is different than the case of personal letters, that can be traditionally inherited with no regard to any GDPR-related issue⁵⁸.

Trying to fill the legislative void and fulfill customers' needs, many service providers entered the digital market with different offers. Some of them focus on the users themselves, by providing internet safes for accounts and passwords⁵⁹ or even for digital data, with the purpose of ensuring a storing facility in particular for problematic or significant documents. Other service providers focus on the users' heirs, by offering support to the next of kin or to a designated heir to find and to manage a digital estate⁶⁰. Undoubtedly, either having a digital estate plan, or writing a comprehensive will that translates into reverence towards the intent of *de cuius*, are good options in tackling the issue of digital inheritance. An effective approach to the "digital estate plans" is offered by private companies, like Safe Haven, SecureSafe or Legacy Locker, that have the purpose of helping manage the digital assets and sustaining the designated heirs' access to the accounts indicated by *de cuius*⁶¹. However, a legislative upgrade is essential in order to solve the aforementioned debate in a consistent manner.

The issue of digital inheritance under Romanian law lingers in the realm of "what if". We can imagine a lot of theoretical situations as we are confronted with the lack of case law. Nevertheless, observing the way that other legislations tackled the legal issues related to digital assets inheritance, we can generally envision the framework that will be used in our country in order to deliver just judgements. However, the legislator might enact some

⁵⁷ Regulation (EU) 2016/679 on the protection of natural persons, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>, accessed at 15.11.2020.

⁵⁸ Nevertheless, it is considered a criminal offence to access without permission or right someone else's private communications, no matter their kind: tangible, traditional, or intangible, data communication.

⁵⁹ For example, the service providers that enable the preservation of a user's important memories, like the platforms 1000memories or VirtualEternity.

⁶⁰ For example, the service providers that enable detecting digital assets through examining the electronic devices of *de cuius*. E. Brucker-Kley, T. Keller, K. Pärli, C. Pedron, M. Schweizer, M. Studer, P. Wohland, *Passing and Passing on in the Digital World - Issues and Solutions for the Digital Estate*, IADIS International Journal on WWW/Internet, Vol. 11, No. 2, Zurich, Switzerland, 2013, pp 34 et seq., available at: <http://www.iadisportal.org/ijwi/papers/2013112103.pdf>, accessed at 15.11.2020.

⁶¹ R.M. Vučković, I. Kanceljak, *op. cit.*, pp. 726 et seq.

specific provisions regarding digital assets, in order to cover an aspect that is part of our everyday life. For example, the digital inheritance trend is to set up some comprehensive “digital estate plans”, that would manage the accounts and the passwords associated to them.⁶² From a judicial point of view, digital estate planning is in its early stages. Theoretically, its main purpose is to improve the digital estate’s transparency and accessibility. This objective also implies access details for the enlisted account, indications regarding the accounts and the beneficiaries.

Having intangible assets is a reality nowadays. Knowing the kind of asset that one owns, whether it’s a license, a copyright or a property, is very important. Changing the way that we legally relate to inheritance must be updated according to our changing interests. It is a certitude that both the supranational and the national legislations will soon encompass provisions regarding digital inheritance. Nevertheless, today, holding valuable intangibles of which *ab intestat* heirs have no knowledge, many times equals having no intangibles at all, from the inheritance point of view. As a consequence, the best way to find comfort for a future afterlife is, as we have pondered throughout the article, a simple but proactive approach: having a will and stating the wishes about the digital assets.

⁶² In this respect, D. Horton, *Tomorrow’s Inheritance: The Frontiers of Estate Planning Formalism*, 58 Boston College Law Review, 2017, pp. 541 et seq, available at: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=3569&context=bclr>, accessed at 15.11.2020

Quo vadis învățarea on-line în timpul pandemiei:
implicații juridice. Educația digitală la nivel european

Quo vadis on-line learning during the pandemic:
legal implications. Digital education at European level

Mirela Carmen Dobrilă¹

Rezumat: După instituirea stării de urgență în 16 martie 2020, urmată de instituirea stării de alertă din 18 mai 2020 din cauza pandemiei determinate de coronavirusul SARS-CoV-2, România a cunoscut un amplu proces de transformare și adaptare a procesului învățare în școli și universități. Pe lângă provocările din punct de vedere medical specifice pandemiei, există provocări punct de vedere juridic, în legătură cu procesul de învățare în școli, cu privire la respectarea drepturilor celor implicați, care sunt analizate în acest articol. Adaptarea la un sistem de învățare on-line presupune, ca obligație, asigurarea dreptului și accesului la educație pentru elevi și studenți, și continuarea procesul de învățare; totuși, trecerea forțată la învățarea on-line și adaptarea rapidă (fără ghiduri de bune practici și repere clare) ridică probleme privind asigurarea în fapt a dreptului la educație, probleme legate de folosirea unor platforme de învățare on-line care nu sunt adaptate pentru a respecta drepturile copiilor la intimitate, viață privată, dreptul la imagine, dreptul la demnitate, probleme legate de lipsa unei educații juridice a profesorilor, părinților și elevilor specifice mediului on-line. În articol sunt analizate preocupările de la nivel european privind educația (de înaltă calitate) în era digitală și digitalizarea procesului de învățare, precum și preocupările privind protecția copiilor în mediul electronic.

Cuvinte-cheie: învățarea on-line pe durata pandemiei; transformarea procesului de învățare în școli și universități; riscuri privind educația on-line; educația digitală la nivel european; dreptul la educație, dreptul la viață privată, dreptul la propria imagine.

Abstract: After the state of emergency was established on March 16, 2020, followed by the state of alert established on May 18, 2020 due to the pandemic caused by the SARS-CoV-2 coronavirus, Romania experienced an extensive process of transformation and adaptation of the learning process in schools and universities. In addition to the medical challenges specific to the pandemic, there are legal challenges related to the learning process in schools, regarding the observance of the rights of those involved, which are analyzed in this article. Adapting to an on-line learning system involves, as an obligation, ensuring the right and access to education for pupils and students, and continuing the learning process; however, the forced transition to on-line learning and

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, e-mail: mirela.dobрила@uaic.ro.

rapid adaptation (without good practice guidelines and clear guidelines) raises issues of actually ensuring the right to education, issues related to the use of on-line learning platforms that are not adapted to respect children's rights to education, private life, the right to own image, the right to dignity, issues related to the lack of legal education for teachers, parents and students specific to the on-line environment. The article analyzes the European-level concerns about (high-quality) education in the digital age and the digitization of the learning process, as well as the concerns about protecting children in the electronic environment.

Key words: on-line education process during the pandemic; transforming the learning process in schools and universities; juridical issues regarding on-line education; digital education at European level; the right to education of pupils and students, the right to privacy, the right to one's own image.

Considerații introductive privind trecerea la un proces de educație desfășurat on-line pe durata suspendării cursurilor „față în față” din cauza pandemiei

Începând din martie 2020, din momentul în care în România a fost instituită starea de urgență în 16 martie 2020, iar ulterior a fost instituită starea de alertă din 18 mai 2020 din cauza pandemiei determinate de coronavirusul SARS-CoV-2², urmată de prelungirea măsurilor inclusiv până la acest moment³,

² Starea de urgență a fost instituită din 16 martie 2020 prin Decretul Președintelui nr. 195 din 16 martie 2020 (publicat în Monitorul Oficial nr. 212/16.03.2020) și apoi prelungită prin Decretul Președintelui nr. 240 din 14 aprilie 2020 (publicat în Monitorul Oficial nr. 311 din 14 aprilie 2020). Starea de alertă a fost instituită din 18 mai 2020 prin Hotărâre de Guvern nr. 394 din 18 mai 2020 publicată în Monitorul Oficial nr. 410 din 18 mai 2020 și prelungită prin Hotărârea Guvernului nr. 476/2020 privind prelungirea stării de alertă pe teritoriul României și măsurile care se aplică pe durata acesteia pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, prin Hotărârea Guvernului nr. 553/2020 privind prelungirea stării de alertă pe teritoriul României începând cu data de 17 iulie 2020, precum și stabilirea măsurilor care se aplică pe durata acesteia pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, prin Hotărârea Guvernului nr. 668/2020 privind prelungirea stării de alertă pe teritoriul României începând cu data de 16 august 2020, precum și stabilirea măsurilor care se aplică pe durata acesteia pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, prin Hotărârea Guvernului nr. 782/2020 privind prelungirea stării de alertă pe teritoriul României începând cu data de 15 septembrie 2020, precum și stabilirea măsurilor care se aplică pe durata acesteia pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, cu modificările și completările ulterioare, și prin Hotărârea Guvernului nr. 856/2020 privind prelungirea stării de alertă pe teritoriul României începând cu data de 15 octombrie 2020, precum și stabilirea măsurilor care se aplică pe durata acesteia pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, și prin Hotărârea Guvernului nr. 967 din 12 noiembrie 2020 privind prelungirea stării de alertă pe teritoriul României începând cu data de 14 noiembrie 2020, precum și stabilirea măsurilor care se aplică pe durata acesteia pentru prevenirea și combaterea

noiembrie 2020, au fost luate măsuri prin care activitățile didactice cu elevii și studenții în format „față în față” au fost suspendate (cu unele excepții la final de an școlar privind elevii în ani terminali).

La acest moment (noiembrie 2020) după desfășurarea activității didactice cu elevii și studenții în anul școlar și universitar 2021-2021 în format „față în față”, pentru o perioadă scurtă de timp la început de an școlar și universitar, conform Ordinului Ministrului Educației și Cercetării nr. 5.972 din 8 noiembrie 2020 pentru suspendarea activităților care presupun prezența fizică a preșcolarilor și elevilor în unitățile de învățământ preuniversitar⁴, începând cu data de 9 noiembrie 2020 se suspendă, pentru o perioadă de 30 de zile, activitățile didactice care impun prezența fizică a preșcolarilor și elevilor în unitățile de învățământ preșcolar, primar, gimnazial, liceal și postliceal. Se arată în ordin că activitățile didactice vor fi desfășurate în sistem on-line iar acest lucru se va desfășura conform Ordinului Ministrului Educației și Cercetării nr. 5.545 din 10 septembrie 2020 pentru aprobarea Metodologiei-cadru privind desfășurarea activităților didactice prin intermediul tehnologiei și al internetului, precum și pentru prelucrarea datelor cu caracter personal⁵.

Referitor la educație, pentru a asigura protejarea dreptului la sănătate în paralel asigurarea dreptului la învățatură, este necesar să fie asigurat „cadru juridic adecvat și implicit securitatea raporturilor juridice în privința asigurării dreptului fundamental la învățatură, corelat cu asigurarea dreptului la sănătate”⁶; se arată că „educația constituie prioritate națională a Guvernului” fiind necesară „instituirea, inclusiv la nivel legislativ, în contextul existenței unei situații excepționale care împiedică interacțiunea față în față, a unor

efectelor pandemiei de COVID-19, publicată Monitorul Oficial nr. 1078 din 13 noiembrie 2020 (în care se prevede că din 14 noiembrie 2020 se prelungește cu 30 de zile starea de alertă pe întreg teritoriul țării).

³ Starea de alertă este definită ca „răspunsul la o situație de urgență de amploare și intensitate deosebite, determinată de unul sau mai multe tipuri de risc, constând într-un ansamblu de măsuri cu caracter temporar, proporționale cu nivelul de gravitate manifestat sau prognozată al acesteia și necesare pentru prevenirea și înlăturarea amenințărilor iminente la adresa vieții, sănătății persoanelor, mediului înconjurător, valorilor materiale și culturale importante ori a proprietății”, conform art. 2 din Legea nr. 55 din 15 mai 2020 privind unele măsuri pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, publicată în Monitorul Oficial nr. 396 din 15 mai 2020, cu ultimele modificări aduse de Ordonanța de urgență nr. 192 din 5 noiembrie 2020 (pentru modificarea și completarea Legii nr. 55/2020 privind unele măsuri pentru prevenirea și combaterea efectelor pandemiei de COVID-19, precum și pentru modificarea lit. a) a art. 7 din Legea nr. 81/2018 privind reglementarea activității de telemuncă, publicată în Monitorul Oficial nr. 1042 din 6 noiembrie 2020).

⁴ Publicat în Monitorul Oficial nr. 1047 din 9 noiembrie 2020.

⁵ Publicat în Monitorul Oficial nr. 837 din 11 septembrie 2020.

⁶ Preambulul O.U.G. nr 192/2020 care a modificat Legea nr. 55/2020.

mecanisme care să asigure, în mod adecvat și cu prioritate, exercitarea dreptului fundamental la învățatură” având în vedere „obligația constituțională în sarcina autorităților statului de a lua măsuri pentru asigurarea acestui drept” astfel încât „cadrele didactice trebuie să știe cum să își organizeze activitatea de predare-învățare-evaluare, prin asigurarea dreptului atât la educație, cât și la sănătate al elevilor” și „necesitatea asigurării unei protecții adecvate pentru beneficiarii primari ai dreptului la învățatură, studenți și personalul din sistemul național de învățământ”⁷.

Astfel, conform art. 38 din Legea nr. 55/2020, pe durata stării de alertă, activitățile didactice ce impun prezența fizică a antepreșcolărilor, preșcolărilor și elevilor în unitățile de învățământ se pot suspenda, la propunerea consiliului de administrație a unității de învățământ preuniversitar, cu avizul inspectoratului școlar județean/Inspectoratului Școlar al Municipiului București și al direcției de sănătate publică județene/Direcției de Sănătate Publică a Municipiului București și cu aprobarea prin hotărâre a comitetului județean pentru situații de urgență/Comitetului Municipiului București pentru Situații de Urgență, pe baza argumentelor legale privind starea de sănătate (alin. 1 ind. 1). În continuare se arată expres că Ministerul Educației și Cercetării are obligația să asigure suportul privind resursele materiale, formarea cadrelor didactice și cadrul metodologic pentru desfășurarea cursurilor online. (alin. 1 ind. 2). Este indicat faptul că în perioada noiembrie 2020-31 decembrie 2020, în mod excepțional, prin ordin al ministrului educației și cercetării, în baza hotărârii Comitetului Național pentru Situații de Urgență și analizei situației epidemiologice la nivel național, se pot dispune suspendarea activităților care impun prezența fizică a antepreșcolărilor, preșcolărilor și elevilor în unitățile de învățământ și continuarea activităților didactice în sistem on-line. (alin. 1 ind. 3). Referitor la activitățile didactice ale studenților, având în vedere autonomia universităților, conform art. 38 ind.1 din Legea nr. 55/2020, pe durata stării de alertă, „activitățile didactice ce impun prezența fizică a studenților în instituțiile de învățământ superior se pot suspenda prin hotărâre a senatului universitar, cu respectarea măsurilor stabilite prin ordin comun al ministrului sănătății și al ministrului educației și cercetării”, iar cursurile online se vor desfășura conform regulamentului senatului universitar.

Pot fi observate numeroase transformări ale modului de desfășurare a procesului de educație iar restricțiile impuse la nivel global au determinat ample modificări, în ideea de a găsi soluții adecvate fiecărui sistem educațional. Trecerea forțată la un proces de predare și învățare on-line în școli și universități are în vedere respectarea și asigurarea dreptului la educație, dar trebuie să avem în vedere accentul care cade pe responsabilitatea sporită în

⁷ *Ibidem.*

această perioadă pentru factorii de decizie și pentru cei responsabili din sistemul de educație pentru asigurarea tuturor drepturilor celor implicați.

Trebuie avut în vedere și faptul că pentru România preocupările privind suspendarea procesului de educație „față în față” în școli au existat și anterior pandemiei determinate de coronavirusul SARS-CoV-2, ceea ce înseamnă că la acest moment ar fi fost necesar ca cei responsabili din sistemul de educație să fie pregătiți pentru a lua măsurile corespunzătoare. Referitor la măsurile de prevenire a infectării cu COVID-19, Grupul de suport tehnico-științific privind gestionarea bolilor înalt contagioase pe teritoriul României a recomandat „utilizarea unor metode didactice alternative de învățământ”⁸, după modelul anterior propus pentru combaterea efectelor pandemiei cu virusul A/H1N1 din 2009, care indica măsura desfășurării procesului de învățare prin sisteme e-learning, cu transmisiuni audio și video.

Desfășurarea activităților didactice la nivel universitar în format on-line se suprapune peste o problemă ce ține de faptul că în „Raportul de Implementare a Procesului Bologna– Spațiul European al Învățământului Superior în 2020”¹⁰ se arată că, deși procentul de persoane cu studii superioare a crescut de la 13,5% la 24,9% între 2005– 2018, România se află pe ultimul loc în Europa cu privire la procentul persoanelor cu studii superioare în categoria 25-34 de ani și se află pe ultimele locuri din Europa cu privire la numărul persoanelor cu studii superioare pe celelalte categorii de vârstă. România, ca membru al Procesului Bologna începând din 1999 (prin semnarea Declarației de la Bologna) și-a asumat includerea obiectivelor stabilite în vederea realizării unui spațiu european al învățământului superior și și-a asumat realizarea unor reforme importante în învățământul superior, pentru a promova sistemul european de învățământ superior la nivel mondial.

⁸ Hotărârea Grupului de suport tehnico-științific privind gestionarea bolilor înalt contagioase nr. 9/10.03.2020 (aprobată prin Hotărârea Comitetului National pentru Situatii Speciale de Urgență/CNSSU nr. 7/11.03.2020), publicat în Broșura no.1/11.03.2020, [Online] https://gov.ro/fisiere/pagini_fisiere/HOT%C4%82R%C3%82RE_nr_9_din_10.03.2020_a_Grupului_de_suport_tehnico-%C8%99tiin%C8%9Bific_privind_gestionarea_bolilor_%C3%AEenalt_contagioase_pe_teritoriul_Rom%C3%A2niei_aprobat%C4%83_tacit_de_C.N.S.S.U._%C3%AEen_data_de_11.03.2020.pdf, accesat la 20.10.2020.

⁹ Planul-Cadru intersectorial gradual pentru combaterea efectelor pandemiei cu virusul A/H1N1 din 22 iulie 2009, Guvernul României, publicat în MONITORUL OFICIAL nr. 615 din 11 septembrie 2009.

¹⁰ The European Higher Education Area in2020 Bologna Process Implementation Report/ Raportul de Implementare a Procesului Bologna- Spațiul European al Învățământului Superior în 2020, Education, Audiovisual and Culture Executive Agency, 2020, p. 109, [Online] https://eacea.ec.europa.eu/national-policies/eurydice/sites/eurydice/files/eha_bologna_2020.pdf, accesat la 22.11.2020.

Referitor la procesul de reformă și evoluțiile politicilor în educație, precum și la ansamblul strategiilor naționale în educație începând cu anul 2018, atenția cade asupra: Programul de Guvernare 2019-2020, proiectul administrației prezidențiale „România educată” – Cadrul Strategic al educației și formării profesionale, documentele europene programatice în domeniu (Strategia Europa 2020, Cadrul ET 2020), Programul Național de Reformă 2020 și Acordul de parteneriat 2014-2020 dintre România și Uniunea Europeană, care fundamentează principalele orientări strategice ale Ministerului Educației și Cercetării. Cadrul Strategic al educației și formării profesionale din România cuprinde 5 cinci strategii sectoriale: Strategia privind reducerea părăsirii timpurii a școlii; Strategia națională pentru învățământ terțiar 2015 – 2020; Strategia de învățare pe tot parcursul vieții 2015 – 2020; Strategia educației și formării profesionale din România în perioada 2016-2020; Strategia pentru modernizarea infrastructurii educaționale 2018-2023 – în curs de avizare interministerială¹¹.

1. Provocări privind desfășurarea procesului de educație on-line: respectarea dreptului la educație și respectarea dreptului elevilor la viață privată, dreptului la imagine, dreptului la intimitate, dreptului la demnitate, inclusiv privind prelucrarea datelor cu caracter personal.

Referitor la desfășurarea procesului de învățare în școli în format on-line, trebuie pornit de la faptul că trebuie asigurat dreptul și accesul la educație pentru elevi și studenți, astfel încât să fie continuat procesul de învățare. A fost realizată o trecere forțată la desfășurarea cursurilor on-line, cu provocări pentru sistemele de educație din întreaga lume, și cu adaptarea rapidă la condiții noi care reprezintă o provocare pentru învățământul românesc, de multe ori cu soluții *ad hoc* identificate de profesori astfel încât să poată desfășura și continua procesul educațional, iar cadrul legal și condițiile de desfășurare au fost stabilite pe parcurs, ceea ce a determinat lipsa unor repere clare în desfășurarea activităților și a adăugat zonei de incertitudine determinate de provocările medicale privind coronavirusul SARS-CoV-2. Este necesară o atenție crescută cu privire la respectarea drepturilor celor implicați, iar adaptarea la un sistem de învățare on-line presupune asigurarea dreptului și accesului la educație pentru elevi și studenți (și în fapt, nu doar la nivel formal) precum și folosirea unor tehnologii și platforme de învățare on-line sigure, pentru a respecta drepturile copiilor la intimitate, viață privată, dreptul la imagine, dreptul la demnitate, în condițiile în care la acest moment există

¹¹ Comisia Europeană, *Reforme în derulare și evoluții în materie de politici*, [Online] https://eacea.ec.europa.eu/national-policies/eurydice/content/ongoing-reforms-and-policy-developments-56_ro, accesat la 28.10.2020.

probleme legate de lipsa unei educații juridice a profesorilor, părinților și elevilor specifice mediului on-line, precum și probleme legate de informarea și competențele digitale care să fie atât de dezvoltare încât să fie înțelese riscurile și să fie luate măsurile corespunzătoare.

Cu privire la asigurarea dreptului la educație, în perioada de la începutul trecerii la învățare on-line din cauza pandemiei, Ministerul Educației a reglementat prin Instrucțiunea din 21 aprilie 2020¹² măsurile stabilite pentru continuarea procesului de învățare la nivelul sistemului de învățământ preuniversitar și a fost elaborat „Planul național de intervenție educațională pentru situația suspendării cursurilor din învățământul preuniversitar”. Aparent se face trimitere în Instrucțiune la „transferul de bune practici în învățarea on-line” și la „nevoile de dezvoltare a competențelor digitale ale cadrelor didactice”, dar la acel moment acestea nu au fost realizate efectiv; lipsesc indicații privind măsurile luate pentru a proteja drepturile copiilor în procesul de învățare în spațiul online, un mediu care prezintă multe riscuri, în contextul unor platforme online care nu sunt pregătite să asigure protecția drepturilor copiilor, iar de multe ori profesorii au găsit soluții *ad-hoc* pentru desfășurarea procesului educațional, fără a fi pregătiți pentru a respecta pe deplin toate drepturile participanților la cursuri în format on-line.

Concluziile Consiliului Uniunii Europene din 20 mai 2014 privind formarea eficace a profesorilor (2014/C 183/05) arată că predarea de înaltă calitate este unul din factorii-cheie pentru obținerea unor rezultate pozitive ale învățării, prin dezvoltarea cunoștințelor, competențelor, atitudinilor și valorilor de care cursanții au nevoie pentru a își valorifica pe deplin potențialul atât ca persoane, cât și ca membri activi ai societății și ai forței de muncă, iar formarea profesorilor ar trebui văzută ca parte integrantă a obiectivului strategic de sporire a calității profesiei, cu strategii adecvate de selecție a profesorilor, formare inițială și dezvoltare profesională, cu programele de formare a profesorilor suficient de flexibile pentru a răspunde schimbărilor din procesul de predare și învățare.

Într-un studiu de cercetare evaluativă privind trecerea de la formula față în față la desfășurarea on-line a educației, s-a evidențiat faptul că trecerea la proces educațional on-line și adaptarea conținuturilor la noul context pierde din consistență indiferent de performanțele și abilitățile cadrului tehnic, faptul că nu toate componentele educației pot fi acoperite în noul format, având de suferit aspectul relațional, dimensiunea cooperativă, realizarea obiectivă a evaluării și a feedback-ului, monitorizarea și stimularea performanțelor, iar tehnologia este mai mult un intermediar și nu un cadru de procesare a informației în noul format; mai mult, prin educația la distanță se poate orienta

¹² Instrucțiune din 21 aprilie 2020 pentru crearea și/sau întărirea capacității sistemului de învățământ preuniversitar prin învățare on-line, Ministerul Educației și Cercetării, Monitorul Oficial nr. 331 din 23 aprilie 2020.

procesul de auto-învățare la elevi, dar informatizarea la modul general a educației, prin formarea unor repere generale de competențe digitale nu este suficientă pentru instaurarea unei formări virtuale¹³. Competențele strict academice nu sunt suficiente la acest moment, profesorul trebuie să preia și sarcini de consiliere de învățare, chiar de consiliere psihopedagogică, personală ajutând elevii să adopte strategii meta cognitive, de auto-observare; pregătirea profesorilor lor trebuie orientată atât pe conținut de învățare, cât și spre noile tehnologii în perspectiva integrării acestora în procesul de învățare¹⁴, în vederea asigurării accesului echitabil la educație.

Referitor la opțiunea părinților, într-un studiu realizat în iulie– august 2020, se indică că mai mult de jumătate dintre respondenți doresc ca anul școlar 2020-2021 să se desfășoare cu revenirea la cursurile tradiționale, față-în-față (55%), mai ales în cazul preșcolarilor și a elevilor de liceu. Sub aspectul încrederii în autorități (încrederea în autoritățile centrale este scăzută, doar 3 din 7 puncte), în studiu se arată că îngrijorarea părinților cu privire la sănătatea copiilor lor este influențată de încrederea pe care o au în unitățile școlare cu privire la aplicarea măsurilor necesare de prevenire a îmbolnăvirii cu Coronavirus, iar cei care nu au încredere în unitățile școlare sunt mai temători pentru sănătatea copiilor; există îngrijorări privind lipsa socializării (65% dintre părinți), timpul prelungit petrecut în fața calculatorului (58%), precum și cu privire la calitatea slabă a învățării este reflectată în dificultatea asimilării informațiilor predate în cadrul cursurilor online (62%) ori de faptul că elevilor le lipsește concentrarea (54%), neavând un program clar și o anumită rutină de învățare (52%)¹⁵.

Într-un studiu realizat de Institutul Român pentru Evaluare și Strategie privind școala în starea de urgență din perioada 27 – 30 aprilie 2020 privind accesul copiilor din România la educație online și la infrastructura necesară, dar și cu privire la modul în care părinții percep schimbările, realizat pe un eșantion de 1.319 părinți cu copii între 0 și 19 ani a evidențiat faptul că 900.000 de copii înscriși în învățământul preuniversitar din România, adică 32%, nu au acces individual la un dispozitiv dedicat funcțional pentru școala online; 12% dintre copiii din România nu au conexiune de internet suficient de puternică

¹³ P. Botnariuc, C. Cucuș, C. Glava, D.E. Iancu, M.D. Ilie, O. Istrate, A.V. Labăr, I.O. Pânișoară, D. Ștefănescu, S. Velea, Școala online- elemente pentru inovarea educației. Raport de cercetare evaluativă, București, mai 2020, p. 46, 47 [Online] https://www.psih.uaic.ro/wp-content/uploads/sc_onl_rap_apr_2020.pdf, accesat la 28.10.2020.

¹⁴ *Idem*, 48-49.

¹⁵ MKOR Consulting (C. Cimpoaia), Unitatea de Cercetare în Educație din cadrul Centrului Național de Politici și Evaluare în Educație, *Back To School Post-COVID 2020*, august 2020, [Online] <https://mkor.ro/studii/back-to-school-post-covid-2020/> accesat la 28.10.2020.

pentru a putea suporta derularea cursurilor online; doar două treimi dintre părinți au declarat că, pe perioada stării de urgență, au fost organizate zilnic lecții online cu copiii lor; doar jumătate dintre elevi au avut contact cu profesorii sau învățătorii pentru toate materiile, pe perioada stării de urgență; un sfert dintre părinții școlărilor consideră că, în această perioadă, copilul lor primește deloc/foarte puțin sau puțin sprijinul necesar de la cadrele didactice¹⁶. În aceste condiții, este discutabil dacă este asigurat dreptul la educație pentru acești copii.

Într-un studiu privind impactul pandemiei COVID-19 și opinia elevilor cu privire la educația on-line și efectele perioadei de izolare se arată că 27,2% dintre copii au avut materii școlare neacoperite pe durata suspendării cursurilor iar aproape 6 % dintre aceștia nu au făcut lecții on-line decât foarte rar sau deloc, 4 din 10 copii spun că temele au fost mai greu de făcut, 3 din 10 copii apreciază că au rămas în urmă cu materia, adolescenții s-au simțit singuri, triști sau furioși, dependența de Internet este cel mai des identificat risc on-line, apoi informațiile false, urmate de bullying-ul on-line¹⁷.

O cercetare realizată de Fundația World Vision România în perioada mai – iunie 2020 privind bunăstarea copilului din mediul rural în perioada pandemiei de COVID-19, a evidențiat preocupările privind „creșterea accesului la o educație de calitate prin sprijinirea copiilor vulnerabili, dezvoltarea competențelor cheie ale acestora, îmbunătățirea metodelor de predare în școlile din mediul rural, susținerea unui management școlar eficient, responsabilizarea comunității în transformarea școlii în prioritate de dezvoltare locală”, indicând faptul că: peste 60% dintre părinții din mediul rural nu au lucrat în perioada pandemiei, aproximativ 40% dintre părinți nu au reușit să asigure alimente, produse de bază, medicamente; școala online nu a fost posibilă pentru toți copiii în România offline iar peste 40% dintre elevi nu au participat la școala online; 1 din 3 părinți spun că nu au petrecut mai mult timp cu copiii lor pe perioada stării de urgență, deși aceștia ar fi avut nevoie de suport socio-emoțional sporit¹⁸.

¹⁶ Institutul Român pentru Evaluare și Strategie, Fundația Viață și Lumină, FEPAL - Federația Părinților și Aparținătorilor Legali, *Școala în stare de urgență. Accesul Copiilor Școlari Din România La Educație Online. Studiu național/Policy Paper*, mai 2020, pp. 1-15 [Online] https://ires.ro/uploads/articole/ires_accesul-elevilor-scolari-la-educatie-online_policy-paper_mai-2020.pdf, accesat la 29.10.2020.

¹⁷ Salvați Copiii, *Opinia elevilor cu privire la educația on-line și efectele perioadei de izolare*, București, iulie 2020, pp. 7, 9, 12, 13, 19 [Online] <https://www.salvaticopiii.ro/sci-ro/files/d3/d376f652-4ed3-43cc-8947-347265fe6e7e.pdf>, accesat la 29.10.2020.

¹⁸ World Vision România, *Bunăstarea copilului din mediul rural în perioada pandemiei. Cercetare derulată în perioada mai-iunie 2020*, pp. 1-8 [Online] <https://worldvision.ro/2020/08/04/studiu-world-vision-romania-viata-copiilor-din-rural-in-pandemie-40-dintre-parinti-nu-au-reusit-sa-asigure-alimentele-si-produsele-de-baza-doar-60-dintre-elevi-au-facut-scoala-online/> accesat la 28.10.2020 ;Studiu

Pentru a asigura accesul la educație, se pune accent pe prioritizarea eficientă a investițiilor în infrastructura de educație; unitățile de învățământ din România nu răspund evoluțiilor demografice în ciuda diferențelor urban-rural și între nivelurile de învățământ, fapt ce conduce la ineficiență și inegalitate; capacitatea insuficientă a sălilor de clasă ar putea conduce la creșterea riscului de părăsire timpurie a școlii, adâncind probleme precum: repetența, adecvarea vârstei elevilor la nivelul clasei și abandonul școlar¹⁹.

Într-un studiu realizat de SNSPA în contextul pandemiei de SARS-CoV-2, cu privire la starea educației și efectele pandemiei, se arată că inegalitatea de șanse la educație este „una dintre provocările fundamentale ale sistemului de învățământ românesc; se subliniază necesitatea dezvoltării competențelor digitale și utilizarea noilor tehnologii pentru a fi posibilă trecerea la sistemul on-line de predare iar profesorii trebuie susținuți pentru dobândirea unui nivel de bază al competențelor tehnice; se arată că „Ministerul Educației nu își asumă responsabilitatea pentru asigurarea accesului gratuit la educație pentru toții elevii în contextul în care 38% din copiii și tinerii sub 16 ani se află într-o situație materială precară agravată de restrângerea activităților economice”, există probleme privind condițiile sanitare din unitățile școlare (30% dintre unitățile școlare din România nu dispun de grupuri sanitare în incinta școlii); se observă rata ridicată a părăsirii timpurii a școlii: 15.3% în anul 2019 la nivel național și 22,4% în mediul rural, precum și faptul că supraaglomerarea este o problemă cu privire la implementarea unor măsuri care să prevină răspândirea SARS-CoV-2²⁰.

Pentru a asigura dreptul la educație al elevilor, profesorii au adaptat platformele de comunicare online pentru a asigura continuitatea procesului de învățare, însă fără o pregătire prealabilă specială adaptată pentru acest proces educațional on-line, mai ales cu privire la măsurile care se impun ca necesare pentru respectarea drepturilor copiilor implicați în acest proces on-line.

World Vision România – Impactul pandemiei asupra copiilor din mediul rural, World Vision România [Online] <https://worldvision.ro/2020/08/04/studiu-world-vision-romania-viata-copiilor-din-rural-in-pandemie-40-dintre-parinti-nu-au-reusit-sa-asigure-alimentele-si-produsele-de-baza-doar-60-dintre-elevi-au-facut-scoala-online/>, accesat la 28.10.2020.

¹⁹ Banca Mondială, Ministerul Educației Naționale, *Analiza multidimensională a educației și formării profesionale din perspectiva utilizării datelor în luarea deciziilor strategice privind investițiile în infrastructură*, -analiză realizată în cadrul unui Acord de servicii de asistență tehnică pentru luarea unor decizii informate privind investițiile în infrastructura de învățământ, [Online] https://www.edu.ro/sites/default/files/Anexa%201_Analiza%20functionala_0.pdf accesat la 28.10.2020.

²⁰ 1, 2, 4, 5, 9.

Dreptul la învățătură este garantat de Constituția României prin articolul 32, dar trebuie respectat și dreptul copilului la viața intimă, familială și privată, garantat de articolul 30, precum și dreptul copilului la propria imagine.

„Fiecare are dreptul la educație” – articolul 26 din Declarația universală a drepturilor omului. „Niciunei persoane nu i se poate refuza dreptul la educație” – articolul 2 din Protocolul nr. 1 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Cetățenii români vor avea dreptul la educație acordată de Constituția României, articolul 32.

Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene recunoaște la articolul 14 dreptul la educație: „1. Fiecare are dreptul la educație și să aibă acces la formare profesională și continuă. 2. Acest drept include posibilitatea de a primi educație obligatorie gratuită. (3) Libertatea de a înființa unități de învățământ cu respectarea cuvenită a principiilor democratice și dreptul părinților de a asigura educația și predarea copiilor lor în conformitate cu convingerile lor religioase, filozofice și pedagogice trebuie respectată, în conformitate cu legile naționale care reglementează exercitarea unei asemenea libertăți și drepturi”.

Dreptul la viață privată este un drept fundamental al omului, consacrat la articolul 12 din Declarația universală a drepturilor omului și în articolul 17 din Pactul internațional pentru drepturile civile și politice. Dreptul la respectarea vieții private și de familie este protejat în temeiul Convenției Europene a Drepturilor Omului, articolul 8. Confidențialitatea personală și familială este menționată în Constituția României la Art. 26 – „Autoritățile publice vor respecta și proteja viața intimă, familială și privată. (...)”. „Noul Cod civil român (Legea nr. 287/2009) prevede la articolul 71 că „fiecare are dreptul la respectarea vieții sale private”.

Se pune problema respectării *dreptul la propria imagine* a copilului (articolul 73 din Noul Cod civil, ca o componentă a dreptului la respectarea vieții private), în condițiile folosirii imaginii acestuia de către părinți și profesori în cadrul procesului educațional on-line, chiar dacă acest lucru se întâmplă cu bună credință dar fără a prevedea riscurile la care sunt expuși copiii în mediul on-line.

Mai mult, acest lucru dobândește o altă dimensiune în condițiile în care Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat în sensul că este considerat spațiu public cazul postărilor făcute pe rețelele de socializare²¹.

Drepturile copiilor în materie digitală sunt indicate în categoria celor cinci domenii prioritare din *Noua Strategie a Consiliului European pentru drepturile copilului (2016-2021)* adoptată de Comitetul de Miniștri la 2 martie

²¹ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia nr. 4546/2014.

2016, copiii fiind expuși riscurilor specifice în materie digitală,²² iar în perioada desfășurării cursurilor on-line expunerea la aceste pericole este și mai evidentă, mai ales în lipsa unor măsuri coerente de protecție efectivă din partea actorilor implicați în procesul educațional.

Referitor la expunerea vieții private a copilului de către părinți și profesori prin distribuirea imaginilor și a altor date, fără a fi autorizată de copil, un sondaj (eșantion de 935 băieți și fete de 9-17 ani, în perioada martie-aprilie 2018) arată ca: aproximativ trei din zece copii declară că prietenii și părinții au publicat informații despre ei pe internet fără să solicite în prealabil acordul; 21% identifică consecințe neplăcute determinate de postările părinților; referitor la distribuirea fără acord a datelor personale ale copilului de către profesori, 17% din eșantion arată că profesorii au postat informații despre ei fără acord prealabil²³.

Federația Sindicatelor din Educație „SPIRU HARET” a realizat, în perioada 27 octombrie – 2 noiembrie 2020, un sondaj în rândul cadrelor didactice (8500 de persoane), pentru a încerca să afle situația reală din unitățile de învățământ în perioada stării de alertă²⁴: 66,2% dintre cadrele didactice spun că au nevoie de cursuri de perfecționare pentru a putea preda online; 45,7% dintre respondenți afirmă că autoritățile locale nu au ajutat în niciun fel școala în această perioadă.

Referitor la pregătirea profesorilor pentru desfășurarea orelor on-line în condiții de siguranță pentru drepturile copiilor în mediul virtual, aducem în discuție un raport al Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare în Europa (OECD) legat de nivelul de pregătire a profesorilor pentru folosirea noilor tehnologii și deschiderea lor și a școlii față de aceste instrumente: se arată că nivelul de instruire IT&C a profesorilor în scopul predării nu aducea automat o deschidere pentru folosirea tehnologiei la clasă, frâna fiind pusă în principal de mediul instituțional iar România este sub media OCED privind integrarea

²² Council of Europe, *Strategy for the Rights of the Child (2016-2021)*, Children's human rights, aprilie 2016, [Online] https://childhub.org/ro/system/tdf/library/attachments/strategy_2016_2021_web_a4.pdf.pdf?file=1&type=node&id=20377 accesat la 15.10.2020.

²³ A. Velicu, B. Balea, M. Barbovschi, *Studiul Acces, utilizări, riscuri și oportunități ale internetului pentru copiii din România*- Rezultate ale proiectului EU Kids Online 2018- *DigiLiv-REI* (cu sprijinul IRES – Institutul Român pentru Evaluare și Strategie, Institutul de Sociologie al Academiei Române), ianuarie 2019, p. 56, [Online] http://rokidsonline.net/wp/wp-content/uploads/2019/01/EU-Kids-Online-RO-report-15012019_DL.pdf, accesat la 10.10.2020.

²⁴ FSE SPIRU HARET Chestionar „Școala în pandemie“, 27 octombrie – 2 noiembrie 2020, [Online] <https://www.fsespiruharet.ro/wp-content/uploads/2020/11/FSE-SPIRU-HARET-Chestionar-%E2%80%9EScoala-in-pandemie.pdf>, accesat la 22.11.2020.

tehnologiilor în actul de predare , aceasta fiind influențată și de condițiile organizaționale și de sistem²⁵.

Referitor la protecția drepturilor copiilor în mediul virtual în contextul procesului educațional on-line, în Ordinul Ministrului Educației și Cercetării nr. 5.545 din 10 septembrie 2020 pentru aprobarea Metodologiei-cadru privind desfășurarea activităților didactice prin intermediul tehnologiei și al internetului, precum și pentru prelucrarea datelor cu caracter personal²⁶ se arată că securitatea în mediul educațional virtual se realizează conform directivelor UE privind securitatea cibernetică, precum și prelucrarea datelor cu caracter personal și se asigură respectarea cerințelor privind protecția datelor cu caracter personal, în conformitate cu dispozițiile Regulamentului (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului Uniunii Europene din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), denumit în continuare Regulamentul (UE) 2016/679 (art. 4 alin. 1). Se prevede expres (art. 4 alin. 3) că prelucrarea, de către unitatea de învățământ, a datelor cu caracter personal ale participanților la activitățile desfășurate prin intermediul tehnologiei și al internetului se realizează în vederea îndeplinirii obligației legale care revine unității de învățământ de asigurare a dreptului la învățatură, prin garantarea accesului și a desfășurării efective a procesului educațional în cazul în care procesul educațional nu se poate derula față în față, conform prevederilor legale în vigoare (numele și prenumele preșcolarilor/elevilor, numele și prenumele cadrelor didactice care utilizează aplicația/platforma educațională informatică; imaginea, vocea participanților, după caz; mesajele, videoclipurile, fișierele expediate sau orice alte materiale care conțin date prelucrate prin utilizarea aplicației/platformei educaționale informatice; rezultatele evaluării; e) datele de conectare la aplicația/platforma educațională utilizată pentru participare la cursurile online: nume de utilizator și parolă de acces.). Este interzisă în mod expres înregistrarea activităților desfășurate online, ca măsură de protecție a datelor cu caracter personal, prelucrate cu ocazia utilizării aplicațiilor/platformelor educaționale informatice (art. 4. alin. 5). Conform art. 5, unitatea de

²⁵ OECD (2020), *Teachers' training and use of information and communications technology in the face of the COVID-19 crisis*, Teaching in Focus, No. 35, OECD Publishing, [Online], https://www.oecd-ilibrary.org/education/teachers-training-and-use-of-information-and-communications-technology-in-the-face-of-the-covid-19-crisis_696e0661-en accesat la 22.11.2020; A se vedea și Discrepanța dintre pregătirea pentru online a profesorilor români și practica de la clasă, oglindită în raportul OECD privind folosirea tehnologiilor în criza COVID-19: pregătire profesională moderată în IT&C, școala cu rol de frână - Edupedu [Online], accesat la 22.11.2020.

²⁶ Publicat în Monitorul Oficial nr. 837 din 11 septembrie 2020.

învățăământ, în calitate de operator de date cu caracter personal, are obligația de a institui o serie de măsuri tehnice și organizatorice privind protejarea și păstrarea datelor cu caracter personal cu privire la securitatea în mediul online; asigurarea confidențialității datelor; preîntâmpinarea riscului pierderii de date; împiedicarea modificării datelor cu caracter personal; interzicerea accesului neautorizat la datele cu caracter personal.

În Ordinul nr. 5.545/2020 (art. 6) se stabilește o responsabilitate pentru participanții la activitățile de învățare desfășurate prin intermediul tehnologiei și al internetului, fiind indicate ca obligații faptul că trebuie să răspundă pentru toate mesajele, videoclipurile, materialele prelucrate prin utilizarea platformei educaționale informatice, fiind stabilită interdicția de a înregistra, disemina, folosi informații, care conțin date cu caracter personal, în alt mod care excede scopului prelucrării acestor date. Se stabilește o responsabilitate crescută pentru elevi, de a avea o conduită adecvată statutului de elev, dezvoltând comportamente și atitudini prin care să se asigure un climat propice mediului de învățare, de a nu comunica altor persoane datele de conectare la platforma destinată învățământului prin intermediul tehnologiei și al internetului, fiind stipulată expres interdicția de a înregistra activitatea desfășurată în mediul online, conform legislației privind protecția datelor cu caracter personal, conform prevederilor Regulamentului (UE) 2016/679.

Sub aspectul îmbunătățirii competențelor digitale ale profesorilor, indicăm desfășurarea *Programului de formare „Profesor în Online”*, organizat de Federația Sindicatelor Libere din Învățăământ, împreună cu Digital Nation, un curs online pentru formarea cadrelor didactice în predarea online și mixtă, ca necesitate majoră²⁷.

Ca sprijin, specialiștii în securitate informatică de la Bitdefender a pregătit o serie de instrucțiuni de îndrumare a profesorilor privind unele platforme folosite mai des (Zoom, Google Meet sau Microsoft Team), pentru a limita riscurile și pentru a permite desfășurarea orelor în condiții mai sigure²⁸.

Sub aspectul unor probleme recente privind activitatea cadrelor didactice în procesul educațional on-line, Federația Sindicatelor Libere din Învățăământ a evidențiat (Adresa nr. 10557/09.11.2020 către Ministerul Educației) nerespectarea Regulamentului de inspecție a unităților de învățământ preuniversitar aprobat prin Ordinul nr. 5547/2011, Ministerul Educației, Cercetării, Tineretului Și Sportului²⁹ și, respectiv a Ordinului nr. 5.447 din 31 august 2020 privind

²⁷ Federația Sindicatelor Libere din Învățăământ, *Programul de formare „Profesor în Online”*, [Online] <https://www.fsli.ro/index.php/a-fost-lansat-programul-national-de-formare-profesor-in-online/> accesat la 28.10.2020.

²⁸ <https://www.edupedu.ro/bitdefender-cum-organizezi-ore-online-in-siguranta-prin-zoom-google-meet-sau-microsoft-teams-tutorial-privind-profesorii-care-vor-sa-nu-fie-deranjati-de-intrusi/> [Online], accesat la 15.11.2020.

²⁹ Publicat în Monitorul Oficial nr. nr. 746 din 24 octombrie 2011.

aprobarea Regulamentului-cadru de organizare și funcționare a unităților de învățământ preuniversitar, Ministerul Educației și Cercetării³⁰ în sensul că „în unitățile de învățământ unde activitatea se desfășoară online, inspectorii școlari realizează, pe platformele educaționale, inspecții școlare fără respectarea planificării, iar directorii realizează asistență neanunțată la orele cadrelor didactice”³¹.

Biroul Regional UNICEF pentru Europa și Asia Centrală a realizat un document pentru îndrumarea actorilor implicați în educație, în vederea susținerii rezilienței sistemelor de învățământ, în condițiile în care pandemia a afectat educația și a accentuat inechitățile sociale. Se pune accent pe misiunea și obiectivul pe termen lung de a permite tuturor copiilor să-și conștientizeze dreptul la educație și să-și atingă potențialul maxim, pe practicile școlare inovatoare și pe promovarea schimbului și a împărtășirii de cunoștințe și practici pe plan local. Se consideră că pandemia a generat „oportunități pentru transformarea pedagogiei și transformarea etosului școlar: noi modalități de predare și învățare, noi moduri de comunicare cu copiii și familiile, noi roluri pentru creșterea nivelului general de bunăstare a elevilor”³².

Strategia Ministerului Educației și Cercetării privind digitalizarea educației din România 2021-2027 – SMART.Edu (Școală Modernă, Accesibilă, bazată pe Resurse și Tehnologii digitale) constituie „un apel la acțiune pentru o cooperare mai strânsă a tuturor factorilor interesați, pornind de la următoarele priorități: Accesibilitate, Conectivitate, Comunitate, Ecosistem educațional digital,

³⁰ Publicat în Monitorul Oficial nr. 827 din 9 septembrie 2020.

³¹ În Adresa Ministerului Educației 35921/14.10.2020, [Online] http://ismb.edu.ro/documente/personal/2020/dezvoltare_ru/PROCEDURA_INSPECTII_ONLINE.pdf, accesat 19.11.2020, se arată că dacă unitatea de învățământ este în scenariul roșu – 100% online : „Directorul/directorul adjunct al unității de învățământ în care este încadrat cadrul didactic inspectat/candidatul transmite inspectoratului școlar/tuturor membrilor comisiei, cu 3 zile înainte de data programată pentru desfășurarea inspecției, pe e-mail, cu solicitarea confirmării de primire, toate informațiile necesare pentru accesul la platformă sau aplicația informatică utilizată de unitatea școlară în procesul de învățământ, inclusiv link-ul de conectare pentru activitatea online meeting. Inspectorul școlar sau membrii comisiei se vor conecta respectând același algoritm ca și grupa de elevi care învață în sistem online, prin afiliere la clasa/clasele virtuale la care se desfășoară inspecția.”

³² Biroul Regional UNICEF pentru Europa și Asia Centrală, *Crearea unor sisteme de educație reziliente în contextul pandemiei de COVID-19: Considerente pentru factorii de decizie de la nivel național, local și de unitate școlară*, 2020, pp. 4, 8 9, [Online] <https://www.unicef.org/romania/media/2836/file/Crearea%20unor%20sisteme%20de%20educa%C5%A3ie%20reziliente%20%C3%AEn%20contextul%20pandemiei%20de%20COVI D-19.pdf>, accesat la 29.10.2020.

Inovare și Sustenabilitate”³³, fiind realizată o consultare publică online în perioada 26 octombrie-9 noiembrie 2020 cu privire la 9 domenii: Competențe digitale pentru elevi și studenți; Educația digitală pe întreg parcursul vieții; Formarea inițială și continuă a cadrelor didactice pentru educație digitală; Infrastructură și resurse tehnologice digitale; Conectivitate; Resurse educaționale deschise; Curriculum școlar pentru meserii emergente; Securitate cibernetică, protecția datelor, siguranța online și etica IT Alte teme subsecvente digitalizării educației. Se subliniază necesitatea adaptării sistemului de educație și formare la evoluția tehnologică iar utilizarea noilor tehnologii digitale va face școala mai atractivă pentru elevi, mai adaptată nevoilor și stilului lor de viață, mai eficientă în a dezvolta competențe, generând educație pe tot parcursul vieții³⁴.

2. Repere privind digitalizarea educației la nivel european. Planul de acțiune pentru educația digitală

Ca răspuns european la desfășurarea procesului educațional on-line pe durata pandemiei COVID-19, Comisia Europeană a pus la dispoziție „Coronavirus: resurse didactice online”, ca selecție de resurse și instrumente online destinate cursanților și profesorilor în contextul pandemiei de COVID-19³⁵. În acest sens, motivat de faptul că luarea unor măsuri naționale pentru combaterea răspândirii virusului a determinat perturbări semnificative în procesul de educație, din Uniunea Europeană, sunt puse la dispoziție instrumente online și offline care pot fi utilizate pentru a conecta cursanții și profesorii, pentru accesul la informații și platforme, pentru a sprijini dezvoltarea profesională continuă a profesorilor, iar pentru a contribui la asigurarea continuității în activitățile de educație și formare, pot fi accesate online diverse materiale didactice.

Conform articolului 165 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (ex-articolul 149 TCE), Uniunea contribuie la dezvoltarea unei educații de calitate, prin încurajarea cooperării dintre statele membre și, în cazul în care este necesar, prin sprijinirea și completarea acțiunii acestora, respectând pe deplin responsabilitatea statelor membre față de conținutul învățământului și de organizarea sistemului educațional, precum și diversitatea

³³ *Strategia Ministerului Educației și Cercetării privind digitalizarea educației din România 2021-2027 – SMART.Edu (Școală Modernă, Accesibilă, bazată pe Resurse și Tehnologii digitale)*, [Online] <https://www.smart.edu.ro/> accesat la 29.10.2020.

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Comisia Europeană, Coronavirus: resurse didactice online. O selecție de resurse și instrumente online destinate cursanților, profesorilor și educatorilor în contextul pandemiei de COVID-19*, [Online] *Coronavirus: resurse didactice online | Educație și formare (europa.eu)*, accesat la 29.10.2020.

lor culturală și lingvistică. Uniunea urmărește să dezvolte dimensiunea europeană a educației și să încurajeze dezvoltarea educației la distanță.

Responsabilitatea pentru sistemele de educație și formare revin statelor membre, dar UE urmărește sprijinirea acestora și contribuie la crearea unui „Spațiu european al educației” care „să consolideze rezultatele educaționale și mobilitatea în scop educațional, să promoveze valorile comune și să faciliteze recunoașterea reciprocă a diplomelor între țările participante”³⁶, deoarece educația reprezintă componentă esențială a agendei socioeconomice a UE. Ca măsuri pe care le urmărește Comisia Europeană pentru a realiza un spațiu european al educației sunt indicate cele care vizează competențele-cheie pentru învățarea pe tot parcursul vieții, competențele digitale, valorile comune și o educație favorabilă incluziunii³⁷.

Pentru un proces educațional la distanță de calitate sunt necesare eforturi privind dezvoltarea competențelor digitale ale cadrelor didactice, prin raportare la cerințele *Cadrului European pentru Competența Digitală în Educație*, fiind necesară instruirea cadrelor didactice pe anumite direcții importante pentru organizarea și desfășurarea eficientă a procesului de învățare la distanță.

Referitor la competențele și tehnologiile digitale în educație, Comisia Europeană a adoptat un *Plan de acțiune pentru educația digitală pentru perioada 2018-2020* care avea în vedere inițial 11 acțiuni pentru sprijinirea utilizării tehnologiei și dezvoltarea competențelor digitale în sectorul educației, axat pe trei priorități, cu măsurile de sprijinire a statelor membre cu privire la educația în era digitală: „o mai bună utilizare a tehnologiilor digitale în procesul de predare și de învățare”; „dezvoltarea competențelor și aptitudinilor digitale”; „îmbunătățirea educației cu ajutorul unei analize mai bune a datelor și al unei viziuni prospective”.

În *Noul Plan de acțiune pentru educația digitală (2021-2027)* este indicată viziunea Comisiei Europene „pentru o educație digitală de înaltă calitate, incluzivă și accesibilă în Europa” cu accent pe cooperare strânsă la nivel european pentru perioada post pandemie COVID-19, ca perioadă în care „tehnologia este utilizată la un nivel nemaiatins vreodată în domeniul educației și formării”, cu scopul de a adapta sistemele de educație și formare la era digitală. Cele două priorități ale Noului Plan de acțiune vizează: încurajarea dezvoltării unui ecosistem de educație digitală de înaltă performanță (infrastructură, conectivitate și echipamente digitale, planificare și o dezvoltare eficientă a capacităților digitale, profesori motivați și competenți în domeniul

³⁶ Comisia Europeană, *Despre educație și formare în UE*, [Online] https://ec.europa.eu/education/education-in-the-eu/about-education-and-training-in-the-eu_ro, accesat la 29.10.2020.

³⁷ Comisia Europeană, *Un spațiu european al educației*, [Online] https://ec.europa.eu/education/education-in-the-eu/european-education-area_ro, accesat la 29.10.2020.

digital, conținut educațional de înaltă calitate), cu luarea unor măsuri inclusiv cu privire la elabora orientări în materie de etică privind inteligența artificială și utilizarea datelor; dezvoltarea aptitudinilor și competențelor digitale relevante pentru transformarea digitală (aptitudini și competențe digitale de la vârste fragede, abilități digitale, combaterea dezinformării, competențe digitale avansate)³⁸.

Consultarea publică privind *Noul Plan de acțiune pentru educația digitală* din perioada iunie-septembrie 2020 a evidențiat faptul că: „aproximativ 60 % din respondenți nu folosiseră instrumente de învățare la distanță și online înainte de criză; 95 % consideră că această criză de COVID-19 reprezintă un punct de la care nu se mai poate reveni la situația anterioară în ceea ce privește modalitățile de utilizare a tehnologiei în domeniul educației și formării; respondenții declară că resursele pedagogice și conținutul online trebuie să fie mai relevant, mai interactiv și mai ușor de utilizat; peste 60 % din respondenți sunt de părere că și-au îmbunătățit competențele digitale în timpul crizei și peste 50 % din aceștia doresc să și le aprofundeze”³⁹. De observat că în sinteza raportului privind această consultare se arată că respondenții din România (care au reprezentat 58% din totalul de 2716 de respondenți) exprimă o viziune mai negativă asupra educației digitale, iar aceasta apare mai ales în rândul persoanelor care răspund în calitate personală (de exemplu, părinți)⁴⁰.

3. Considerații finale. Un sistem de educație rezilient pe durata pandemiei

Referitor la impactul privind cursurile pe durata pandemiei, este interesant de amintit un studiu efectuat recent în SUA de către experții din cadrul Children’s Research Institute din Seattle, care au arătat că închiderea școlilor primare din SUA pe durata pandemiei este în strânsă legătură cu scăderea nivelului de cunoștințe dobândite și cu reducerea speranței de viață în rândul elevilor din învățământul primar american, deoarece determină o scădere a speranței de viață cu aproximativ 3 luni (cei 24,2 milioane de copii cu vârsta între 5-11 ani din școlile publice din SUA au pierdut pe durata închiderii școlilor din cauza pandemiei în medie 54 de zile de învățare, iar pierderile de

³⁸ Comisia Europeană, *Noul Plan de acțiune pentru educația digitală (2021-2027). Adaptarea educației și formării la era digitală*, [Online] https://ec.europa.eu/education/education-in-the-eu/digital-education-action-plan_ro, accesat la 20.11.2020.

³⁹ *Ibidem*; *Digital Education Action Plan. Public consultation, Learning from the COVID-19 crisis: teaching, learning and technology in a changing world*, Z. Karpiński, G. Di Pietro, J. Castaño Muñoz, F. Biagi, with contribution and support from L. Bultynck, V. Mobilio, S. Petkova, I. Juraga, K. Haegemans, [Online] <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12453-Digital-Education-Action-Plan/public-consultation>, accesat la 20.11.2020.

⁴⁰ *Ibidem*.

învățare, sunt asociate cu o pierdere de 5,53 milioane de ani de viață în raport de întreaga populație școlară afectată)⁴¹.

Deși, în vederea asigurării dreptului la educație, profesorii au adaptat platformele de comunicare online pentru a asigura continuitatea procesului de învățare în școli, cu identificarea unor soluții temporare și *ad-hoc*, fără o pregătire specială adaptată la acest proces educațional, în lipsa unor măsuri de îndrumare pe această direcție din partea Ministerului Educației, se observă că încep să fie inițiate măsuri pe această direcție, cu speranța că vor fi eficiente și pe linia desfășurării procesului educațional și mai ales cu privire la respectarea drepturilor copiilor în contextul învățării on-line.

Referitor la necesitatea de a asigura o educație de calitate chiar și în contextul desfășurării cursurilor online, considerăm pertinente recomandările făcute într-un studiu de politici educaționale cu privire la realizarea procesului educațional. Fiecare sistem educațional a încercat să identifice soluții pentru continuitatea procesului educațional, iar în acest studiu sunt indicate unele recomandări pe termen scurt: continuarea procesului de instruire la distanță, accentul pe „crearea condițiilor (resurse pentru autoinstruire, cursuri online, webinare, teleconferințe etc.) pentru formarea (actualizarea) competențelor digitale ale cadrelor didactice și manageriale, astfel încât acestea să permită realizarea activităților de instruire și management la distanță”; elaborarea unor ghidurilor pentru suport în desfășurarea activităților de instruire la distanță pentru părinți (mai ales în cazul copiilor cu vârsta până la 13 ani); „elaborarea recomandărilor pentru utilizarea aplicațiilor antimalware (minimal ale celor gratuite) pentru asigurarea unui nivel minimal de protecție a sistemelor, datelor, aplicațiilor și dispozitivelor elevilor și cadrelor didactice participante la activitățile de instruire la distanță”⁴²; printre recomandările pe termen mediu, sunt indicate: analiza experienței organizațiilor internaționale de certificare a rezultatelor instruirii la distanță și dezvoltarea instrumentelor corespunzătoare; dezvoltarea proiectelor aplicative și de cercetare pentru dezvoltarea resurselor educaționale digitale inteligente, dezvoltarea de resurse care să poată interacționa direct cu elevul, pentru ghidarea procesului de învățare;

⁴¹ D.A. Christakis, W. Van Cleve, F.J. Zimmerman, Estimation of US Children's Educational Attainment and Years of Life Lost Associated With Primary School Closures During the Coronavirus Disease 2019 Pandemic, November 12, 2020, JAMA Network Open 3(11)/2020, pp. 1,8, [Online] <https://jamanetwork.com/journals/jamanetworkopen/fullarticle/10.1001/jamanetworkopen.2020.28786>, accesat la 20.11.2020.

⁴² S. Corlat, Studiu: Realizarea procesului educațional în condițiile izolării actorilor învățământului general, Studiu de politici educaționale, Universitatea Tehnică a Moldovei, Proiectul COMpEC - Comunitatea pentru o Educație de Calitate, implementată în cadrul Departamentului Buna Guvernare al Fundației Soros-Moldova, Chișinău 2020, p. 22 [Online] <http://www.soros.md/files/publications/documents/Studiu%20educatia%20la%20distanța%20S.Corlat%20Final%2030.04.20.pdf>, accesat la 30.10.2020.

dezvoltarea competenței digitale a cadrelor didactice, pentru desfășurarea eficientă a procesului de instruire la distanță⁴³. Ca recomandări pe termen lung, în acest studiu se indică o elaborare a unei noi concepții privind învățarea, bazată pe acces liber la resurse pentru învățare, îmbinarea instruirii tradiționale cu instruirea la distanță și accesul la tehnologii informaționale; se recomandă o modernizare a procesului de instruire și a infrastructurii digitale a instituțiilor educaționale– educarea „profesorului digital”, care utilizează nativ tehnologiile digitale în activitatea profesională, a „elevului digital” și a „părinților digitali”⁴⁴.

În cadrul Conferinței internaționale *The Digital Transformation Forum: Delivering transformational teaching and research in a new world 2020*⁴⁵, cu privire la discuțiile privind desfășurarea procesului educațional din școli și universități pe durata pandemiei, au fost identificate probleme privind tendințele de pasivitate ale elevilor, dar și faptul că educația on-line este un accelerator spre evoluție, educația fiind cel mai puternic instrument al umanității, iar pandemia trebuie privită ca o oportunitate pentru a descoperi valoarea învățării on-line, la scară mare.

Deși educația este un domeniu în care dezvoltarea a avut loc mai lent, considerăm că transformările în ritmul forțat impus de pandemia COVID-19 pot reprezenta pentru sistemele educaționale naționale un început și o direcție de modernizare care să aibă la baza oportunitățile oferite de tehnologiile digitale iar experiența din această perioadă să fie valorificată, pe linia unei evoluții susținute de eforturi constante, și în perioada post-COVID– 19, pentru a răspunde cerințelor unui proces educațional de calitate care să facă față provocărilor din viitor.

⁴³ *Idem*, p. 24.

⁴⁴ *Idem*, p. 26.

⁴⁵ The Digital Transformation Forum: Delivering transformational teaching and research in a new world 2020, <https://thedigtrans.online-event.co/>.

Aplicarea teoriei ubicuității în identificarea locului săvârșirii infracțiunii în cazul faptelor penale săvârșite în mediul online

Applying the theory of ubiquity in identifying the place of the crime in the case of criminal acts committed online

Mihai Dunea ¹

Rezumat: În materia aplicării legii penale în spațiu, o primă problemă care trebuie elucidată în vederea determinării principiului aplicabil (care va indica posibilitatea reținerii incidenței unei legi penale naționale în soluționarea unui raport juridic penal de conflict) este aceea a identificării locului săvârșirii infracțiunii. Potrivit dreptului penal român, cel puțin, dacă în urma determinării acestei chestiuni se stabilește că locul / spațiul pe care se poate considera ca fiind comisă o infracțiune este teritoriul unui anumit stat (în cazul nostru – România), atunci legea penală a statului respectiv (legea penală română, în ceea ce ne privește) va avea aplicare, incidența sa fiind guvernată, ca regulă, de principiul teritorialității (principiu de bază în materie de aplicare în spațiu a legii penale române). Dimpotrivă, dacă la interogația „unde a fost comisă infracțiunea” / „unde se poate considera ca fiind săvârșită infracțiunea”, locul indicat nu este teritoriul statului în cauză, atunci aceasta este o primă condiție (de bază) pentru a se debloca potențiala aplicare a celorlalte principii (adiacente) de aplicare a legii penale respective în spațiu, după caz: principiul personalității, principiul realității ori principiul universalității. În teoria dreptului penal există mai multe teorii formulate, de-a lungul timpului, cu privire la această problemă: identificarea locului săvârșirii infracțiunii. Dintre acestea, legiuitorul penal român contemporan a optat pentru teoria ubicuității, care tinde să confere o deosebit de largă sferă de competență pentru aplicarea legii penale române în spațiu. Desigur, dezvoltarea actuală a tehnologiei informației și a internetului, reflectată și în numărul tot mai mare de acte de natură infracțională care se comit / se pot săvârși online, ridică noi provocări, moderne, aplicării acestei teorii elaborate într-o cu totul altă epocă de dezvoltare a relațiilor sociale și a domeniului juridic aferent; în prezentul articol ne propunem să abordăm o parte dintre probleme implicate de adaptarea la noile realități informatice / online a teoriei ubicuității în materia aplicării în spațiu a legii penale.

Cuvinte-cheie: Infracționalitate informatică, internet, drept penal, identificarea locului săvârșirii infracțiunii, teoria ubicuității.

Abstract: Regarding the application of the criminal law in space, a first issue that must be elucidated in order to determine the applicable principle (which will indicate the

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, e-mail: mihai.dunea@uaic.ro.

possibility of retaining the impact of a national criminal law in resolving a criminal conflict) is to identify the place where the crime was committed. In criminal law theory there are several theories formulated, over time, on this issue. Amongst these, the contemporary Romanian criminal legislator opted for the theory of ubiquity, which tends to confer a very wide sphere of competence for the application of the Romanian criminal law in space. Of course, the current development of information technology and the Internet, reflected also in the growing number of criminal acts that are committed / can be committed online, raises new, modern challenges to the application of this theory, developed in a completely different era of development of social relations and of the related legal field. In this article we aim to address some of the problems involved in adapting the theory of ubiquity (in the field of space application of the criminal law) to the new computer / online realities..

Keywords: online criminality, internet, criminal law, identification of the place where the virtual crime was committed, the ubicuity theory.

Una dintre problemele principale, de bază, în materia aplicării în spațiu a legii penale a fost și este în continuare modalitatea de determinare a locului săvârșirii infracțiunii. Această chestiune reprezintă un aspect de continuitate într-un domeniu tot mai afectat de rapida și accentuata libertatea de circulație și de dezvoltarea fără precedent, într-un ritm amețitor, a tehnologiei informației și comunicațiilor (implicit a internetului), însoțită, inevitabil, de augmentarea corespunzătoare a infracționalității specifice acestor domenii.²

Într-adevăr, deși unele principii de aplicare în spațiu a legii penale române presupun și identificarea cetățeniei subiectului activ, respectiv a subiectului pasiv al infracțiunii, acest criteriu este în toate cazurile secundar, subsidiar celui reprezentat de stabilirea locației geografice în care se poate considera, sub aspect juridico-penal, a fi fost comisă activitatea ilicită din punct de vedere penal. Astfel, principalul criteriu în funcție de care se determină dacă aplicarea legii penale române se va realiza conform principiului de bază în materie, anume acela al teritorialității, respectiv, în caz contrar, elementul care permite analiza eventualei incidențe a principiilor complementare de aplicare a legii penale române în spațiu (personalitatea, realitatea, universalitatea) este reprezentat de locul în care se stabilește, din punct de vedere penal, că a fost comisă infracțiunea. Dacă fapta penală poate fi considerată ca săvârșită în România, este incidentă, ca regulă, legea penală română potrivit principiului teritorialității (art. 8 C. pen.); dacă aceasta nu poate fi apreciată ca fiind comisă în România, atunci, în funcție de respectivele criterii subsecvente (identitatea subiectului activ, respectiv pasiv al infracțiunii etc.) aceasta ar putea deveni incidentă în temeiul vreunui dintre celelalte principii (art. 9-11 C. pen.).

² Referitor la acest subiect, a se vedea și: M. Dunea, „Unele provocări juridico penale ca urmare a evoluției tehnologiei informației”, *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, seria Științe Juridice*, tomul LXV, supliment pe anul 2019, p. 187-200 (<http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2019/vols/13.dunea.pdf>)

În această chestiune, a identificării locului săvârșirii infracțiunii, de-a lungul timpului au fost formulate mai multe teorii³, aflate la dispoziția legiuitorului, pentru a se alege una, apreciată ca potrivită / oportună, la un anumit moment dat, în funcție de diverse considerente de politică penală. Necesitatea acestor teorii a fost determinată de existența (sau posibila existență a) unor situații complexe, implicând elemente de extraneitate în comiterea unor activități ilicite din punct de vedere penal, ipoteze care s-au manifestat sau pot să apară în realitatea obiectivă. Astfel, unele infracțiuni se pot săvârși parțial pe teritoriul unui stat și parțial pe teritoriul altui stat, ori elementul lor material se poate desfășura integral pe teritoriul unui stat, urmarea imediată producându-se însă în altă parte; pot exista ipoteze în care unele acte de participare se pot manifesta pe teritoriul unui alt stat decât acela în care se execută activitatea ilicită sub aspect penal sau în care se manifestă consecința infracțiunii; subiectul activ sau pasiv al unei infracțiuni poate avea altă cetățenie decât aceea a statului pe al cărui teritoriu are loc activitatea infracțională etc.

Pentru a răspunde provocărilor pe care asemenea situații sau altele de acest tip le ridică în combaterea criminalității, în teoria dreptului penal s-au configurat diverse teorii / criterii care își propun să pună la dispoziția statului soluții eficiente prin care să se răspundă la întrebarea: unde s-a comis infracțiunea / unde poate fi considerată drept comisă infracțiunea. Toate aceste eforturi au ca punct comun recunoașterea faptului că impunitatea (*de jure* sau *de facto*) – pe alte motive decât cele expres avute în vedere de către legiuitor, din rațiuni de politică penală – reprezintă un fenomen periculos, care poate încuraja săvârșirea de activități infracționale și poate paraliza eficiența organelor etatice în lupta contra flagelului infracțional, constituind așadar o situație (pe cât posibil) de evitat.

Pornind de la acest deziderat, teoriile de identificare a locului săvârșirii infracțiunii au încercat să se adapteze la evoluția tot mai accentuată a fenomenului infracțional, favorizată de tot mai sporita dinamică a libertății de circulație și de comunicare. Totuși, ca și în alte cazuri, se poate observa că realitatea relațiilor și fenomenelor din lumea înconjurătoare devansează adeseori articularea coerentă a cadrului normativ și a reacțiilor juridice la maniera efectivă de configurare a interacțiunilor umane, într-o lume tot mai interconectată și efervescentă în dinamica sa curentă; problemele ridicate de actualul cadru normativ de identificare a locului de săvârșire a infracțiunii nu fac nici ele excepție de la această realitate de netăgăduit. Prin urmare, știința

³ A se vedea și: M.-I. Mărculescu-Michinici, M. Dunea, *Drept penal. Partea generală. Curs teoretic în domeniul licenței (I)*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 234-237; F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală. Curs universitar (vol. I)*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 172 ș.u.; C-tin. Mitrache, C. Mitrache, *Drept penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 106. – ș.a.

dreptului penal a propus noi criterii în această chestiune, încercând să acopere lacune ale unor stadii anterioare, depășite de realitatea obiectivă.

Astfel, în mod firesc, soluția de bază în materie de stabilire a locului de comitere a unei infracțiuni a fost concepută, inițial, sub forma *teoriei acțiunii*. Potrivit acesteia, infracțiunea se consideră comisă pe teritoriul statului pe care a avut loc manifestarea activității ilicite din punct de vedere penal – acțiunea sau inacțiunea care reprezintă elementul material din structura laturii obiective a infracțiunii respective. Dacă teoria nu ridică probleme, de principiu, în raport de infracțiunile de pericol, mai ales într-un context clasic de săvârșire a acestora, ea nu oferă o deplină acoperire în raport de situațiile în care urmarea imediată a unei infracțiuni de rezultat nu s-ar produce pe teritoriul aceluiași stat pe care a avut loc comiterea elementului material (mai ales în ipoteza – posibilă – în care pe teritoriul aceluși stat fapta respectivă nu ar fi incriminată, dar aceasta ar fi prevăzută ca infracțiune de legislația statului pe al cărui teritoriu se produce consecința conduitei adoptate), lăsând, totodată, să subziste controverse raportat la ipoteza în care activitatea ilicită s-ar desfășura pe teritoriul mai multor state, sau în considerarea situației în care pe teritoriul unui stat s-ar desfășura acte de participare neincriminate la locul propriu-zis al desfășurării lor, dar actul de comitere nemijlocită al faptei ar avea loc pe teritoriul altui stat, în care respectivul comportament este tipizat de legislația penală. Mai ales în contextul infracționalității online, de neconceput la momentul elaborării acestei teorii, dar care în contemporaneitate tinde să devină o componentă statistică semnificativă a criminalității reale, teoria acțiunii își manifestă serioase limite, care îi evidențiază incapacitatea veritabilă de a reprezenta un mijloc eficient de fundamentare a aplicării legii penale în spațiu.

La polul opus, *teoria rezultatului* a propus drept criteriu de identificare juridică a locului săvârșirii infracțiunii teritoriul statului unde s-a produs urmarea imediată a faptei, indiferent de spațiul în care a fost comis elementul material al acesteia. Dincolo de împrejurarea că această teorie nu aduce nimic nou în materia anumitor infracțiuni, anume cele de pericol (cel puțin cu privire la infracțiunile de pericol abstract) – ipoteză în care se poate considera că ea se suprapune, practic, peste teoria acțiunii – este de observat că, *mutatis mutandis*, criticile care pot fi formulate cu privire la teoria acțiunii pot fi raportate, corespunzător, și la teoria rezultatului. În plus, deosebirile potențiale, imposibil de exclus, între legislațiile penale ale unor state diferite, inclusiv sub aspectul teoriilor de identificare a locului săvârșirii infracțiunilor, pot genera situații extreme de impunitate *de facto*, ca urmare a unei posibile combinații nefaste apărută odată cu formularea acesteia teorii. Astfel, în măsura în care o activitate periculoasă, prevăzută ca infracțiune de legislațiile a două state, s-ar desfășura parțial, prin comiterea elementului material, pe teritoriul unui stat care utilizează teoria rezultatului drept criteriu de identificare a locului săvârșirii infracțiunii, conducând însă la producerea unei urmări imediate pe

teritoriul unui alt stat, care ar întrebuița, pe de altă parte, teoria acțiunii pentru soluționarea aceleiași probleme juridice, atunci făptuitorul nu ar putea fi tras la răspundere penală pe teritoriul niciunui stat din cele în ecuație, ajungând într-o periculoasă și indezirabilă ipoteză de impunitate nejustificată substanțial.

Plecând și urmărind diversificarea acestei baze elementare în materie de stabilire a locului în care, sub aspect juridico-penal, se poate aprecia că a fost comisă o faptă penală, în teoria penală au fost elaborate și alte teorii, dintre care unele au început să fie tot mai pregnant marcate de ficțiuni juridice. Spre exemplu, pentru a oferi o soluție ipotezelor în care actul de executare al conduitei prohibite penal ar avea loc pe teritoriul mai multor state, s-a elaborat *teoria preponderenței* (actului esențial), respectiv *teoria ilicitului* (ilegalității). În timp ce (în mod evident – desprins din denumirea utilizată), cea dintâi dintre acestea propune identificarea locului de comitere a infracțiunii pe teritoriul statului unde a avut loc desfășurarea cea mai consistentă a elementului material (raportat la dinamica fiecărei spețe în parte), cea din urmă fixează drept loc de săvârșire a infracțiunii (doar) teritoriul statului pe care a avut loc prima activitate ilicită care a condus apoi, cauzal, la producerea rezultatului (dintr-o perspectivă strict cronologică). În timp ce criteriul cauzei preponderente își poate dovedi limitele mai ales în raport de situații în care este greu de identificat (după un standard unitar) care este contribuția mai însemnată în cadrul procesului cauzal de producere a urmării imediate (sub un aspect care, dintr-o perspectivă, ar putea fi calitativ, dintr-o alta cantitativ, respectiv, într-o opinie de sinteză, mixt), teoria cauzei eficiente poate identifica adeseori drept loc de comitere a infracțiunii doar teritoriul unui stat pe care a avut loc o activitate neînsemnată în sine, raportat la consecința imediată finală, de ansamblu, a activității infracționale (în plus, teoria își relevă serioase limite prin raportare la ipoteza infracțiunilor de obicei, respectiv a altor forme de unitate infracțională la care, odată cu desfășurarea lor în timp, are loc o amplificare / progresie a urmării imediate, care poate uneori să fie esențială în procesul de încadrare juridică a faptei).

Teoria dreptului penal nu s-a sfiit să elaboreze inclusiv unele teorii de o temeritate extrem de accentuată, precum aceea vizând mai puțin evidentul *criteriu al voinței infractorului*. Conform acesteia, indiferent de locul în care s-a comis actul de executare, sau de acela în care s-a înregistrat producerea consecinței nemijlocite a activității infracționale, trebuie apreciat drept loc de comitere al infracțiunii teritoriul statului pe care a intenționat făptuitorul să aibă loc consecința conduitei adoptate, indiferent dacă aceasta s-a produs în realitate sau nu pe acel teritoriu... Se poate considera că această teorie a marcat un punct de maximă intensitate în procesul unei teoretizări excesive a problemei, deconectată de la realitatea obiectivă, prin aceea că a înțeles să facă apel la o ficțiune juridică profundă (și – prin raportare la anumite ipoteze ce

pot fi imaginate – de-a dreptul absurdă) în încercarea de a inova cu orice preț într-un domeniu în care stabilitatea și previzibilitatea constituie, totuși, repere de maxim interes pentru asigurarea unei coerente funcționalități a sistemelor naționale de represiune penală... În mod evident, acest criteriu de identificare a locului săvârșirii infracțiunii își atinge cu rapiditate niște limite evidente nu doar prin caracterul straniu al unor soluții cărora le poate da contur, ci și prin sporita dificultate practică (care poate ajunge până la limita imposibilității obiective) de probare a voinței reale a făptuitorului în raport de locul real vizat spre a produce rezultatul activității incriminate întreprinse (practic, teoria ar conduce adeseori la o subordonare a soluției juridice declarațiilor subiectului activ al infracțiunii, permițându-i acestuia o veritabilă „selectare” a legii aplicabile în baza principiului teritorialității – ceea ce este de neconceput și de neîncurajat).

Este de observat că limitele inerente fiecăreia dintre aceste teorii, care încearcă să fundamenteze identificarea locului săvârșirii infracțiunii pe un criteriu singular (izolând și extrăgând din multitudinea de locuri care ar putea primi această calificare unul singur, în funcție de diverse preferințe), determină o restrângere a sferei de aplicare teritorială, în spațiu, a unei legi penale naționale și maximizează apariția cazurilor de impunitate *de facto*, care poate fi rezultatul necorelării teoriilor în materie pe care două sau mai multe state (din cele pe al căror teritoriu s-a manifestat activitatea infracțională sau a apărut urmarea acesteia) îl așează la baza principiului teritorialității în aplicarea propriei legi penale.

Ca o reacție la această stare de fapt, doctrina a elaborat, în consecință, o teorie multifactorială, care admite că la temelia identificării locului săvârșirii infracțiunii pot fi așezate deodată multiple criterii, variate, care în manifestarea lor dinamică ar putea indica faptul că (și) teritoriul unui anumit stat poate fi apreciat (deopotrivă cu acela al altor state) drept loc de comitere a infracțiunii respective. Această *teorie*, denumită a *ubicuității* (de la termenul latinesc *ubique* = pretutindeni), enunță, în esență, faptul că o anumită infracțiune se poate considera comisă pe teritoriul oricărui stat în raport de care a manifestat cel puțin un punct de legătură în desfășurarea sa – așadar, *pretutindeni* (dar nu în sensul strict al termenului, ci) într-un sens limitat, anume: *în oricare loc în care s-a manifestat minim o componentă a traseului infracțional (iter criminis) al faptei penale respective*. În formularea adoptată de legiuitorul penal român actual, care prevede această teorie fără a-i indica expres denumirea, ci doar descriindu-o conținutul⁴ (în cuprinsul prevederilor art. 8 alin. 4 C. pen.⁵):

⁴ Un motiv pentru această opțiune a legiuitorului ar putea fi împrejurarea că reglementarea penală (poate într-o măsură mai mare decât alte reglementări juridice) este destinată a fi receptată de destinatari din cele mai variate medii, trebuind, în mod dezirabil, să poată fi ușor înțeleasă chiar și de către persoane lipsite de o instruire avansată. În acest context, o dispoziție a cărei formulare ar fi putut fi, de exemplu: *legea*

„Infracțiunea se consideră săvârșită pe teritoriul României și atunci când pe acest teritoriu ori pe o navă sub pavilion românesc sau pe o aeronavă înmatriculată în România s-a efectuat un act de executare, de instigare sau de complicitate ori s-a produs, chiar în parte, rezultatul infracțiunii”.

În mod evident, această teorie depășește limitele celor anterior menționate, prin aceea că maximizează dreptul statului de a-și aplica propria lege penală pentru soluționarea unui raport juridico-penal de conflict, în baza principiului de bază în materie de aplicare a legii în spațiu: teritorialitatea. Această situație, cumulată cu împrejurarea că ubicuitatea tinde a fi soluția general adoptată în materie de identificare a locului săvârșirii infracțiunii, în contemporaneitate, rezolvă o problemă (a apariției cazurilor de impunitate de facto), dar creează o alta: suprapunerile de competență, multiple state putând invoca deopotrivă dreptul de a-și aplica propria lege penală, în baza unuia și aceluiași principiu de bază – al teritorialității, ca efect al împrejurării că infracțiunea poate fi considerată ca săvârșită în oricare dintre acestea. În esență, dezavantajul celorlalte teorii, care funcționa în beneficiul infractorului, este schimbat de criteriul ubicuității într-un alt dezavantaj, care operează acum în detrimentul acestuia, putând conduce la încălcarea principiului general de drept: *non (ne) bis in idem*, ca efect a ceea ce o parte a doctrinei numește *suprapunere de competențe pe o axă de referință orizontală*.⁶

În formularea actuală a legii penale române, care face referire expresă inclusiv la actele de participație secundară (instigare și complicitate) ca fiind de natură să atragă considerarea unei infracțiuni ca fiind comisă pe teritoriul României, chiar atunci când executarea nemijlocită a faptei și urmarea produsă nu s-au manifestat deloc în țara noastră, teoria ubicuității a primit deja critici⁷ din partea doctrinei, care apreciază că actuala ei configurație poate conduce la soluții excesive, greu de susținut. Dacă ne raportăm inclusiv la domeniul

penală română optează, în identificarea locului săvârșirii infracțiunii, pentru teoria ubicuității, ar fi constituit o formulare abstractă, a cărei semnificație nu ar fi fost accesibilă, în mod real, pentru numeroși destinatari ai legii penale. În schimb, enunțarea descriptivă pentru care a optat legiuitorul, în cuprinsul art. 8 alin. 4 C. pen., este mult mai facilă, chiar și pentru persoanele lipsite de cunoștințe de specialitate (majoritatea destinatariilor normelor penale făcând parte din această categorie).

⁵ Codul penal român actual este reprezentat de Legea nr. 286/2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 510 din 24 iulie 2009, intrată în vigoare la data de 1 februarie 2014.

⁶ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit. (I)*, p. 177. În încercarea de a atenua din acest efect negativ al teoriei ubicuității, s-au imaginat fie soluții la nivel internațional (precum dispozițiile din art. 50 al Cartei drepturilor fundamentale ale U.E. – funcțional doar între statele membre ale Uniunii Europene), fie instituții cu incidență în legislația națională, precum este aceea a computării de pedeapsă – art. 73 C. pen. român.

⁷ G. Antoniu, „Observații cu privire la anteproiectul unui al doilea nou Cod penal (I)”, *Revista de Drept Penal*, nr. 4/2007, p. 11 ș.u.

infraționalității informatice, a criminalității online (a faptelor penale care se pot săvârși prin intermediul tehnologiei internetului), această critică devine cu atât mai evidentă, teoria ubicuității ajungând să extindă de o manieră disproporționată și nesustenabilă domeniul de aplicabilitate în spațiu a legii penale române potrivit principiului teritorialității.

Spre exemplu, dacă un cetățean străin, dintr-un stat a cărui legislație nu incriminează o anumită faptă prevăzută însă ca infracțiune de legea penală română, persoană care s-ar afla la bordul unei nave sub pavilion românesc care se găsește în marea liberă sau într-un port străin, s-ar conecta la internet de pe un dispozitiv care i-ar permite comunicarea la distanță și ar determina un terț, cetățean al aceluiași stat, să comită respectiva faptă (care nu ar reprezenta infracțiune la locul de comitere), atunci, prin aplicarea actualei configurații a teoriei ubicuității, fapta s-ar putea considera săvârșită pe teritoriul României. Atrăgându-se astfel aplicarea legii penale române, potrivit principiului teritorialității, care nu ține cont de cetățenia subiectului activ al infracțiunii, precum nici de existența sau lipsa dublei incriminări (aplicarea legii penale române fiind totală și necondiționată potrivit acestui principiu), atât autorul cât și participanții ar risca tragerea la răspundere penală în România (judecată putându-se desfășura și în contumacie!), deși poate autorul și ceilalți participanți nici măcar nu au avut reprezentarea faptului că instigatorul acționează dintr-un spațiu care ar putea atrage aplicarea legii penale române asupra activității la a cărei comitere au colaborat cu toții!

Acest fenomen este nu doar excesiv, ci și periculos, fiind de natură să lezeze autoritatea și resursele statului român. Astfel, ne putem întreba în ce măsură organele judiciare penale române (presupunând că au fost sesizate sau s-au autosesizat, într-un mod anume, cu privire la situația de fapt în cauză) ar putea să ignore obligația pe care o au de a aplica legea penală română într-o asemenea ipoteză (să ne imaginăm cu este vorba despre o infracțiune care potrivit dispozițiilor legate românești se urmărește din oficiu, eventual de una care nu permite incidența dispozițiilor de oportunitate a urmăririi penale).⁸ Pe de altă parte, o instrumentare a unui asemenea caz nu doar că nu ar servi, în cele mai multe cazuri, la asigurarea ordinii juridice în România, dar ar putea conduce la tensionarea relațiilor diplomatice ale statului român cu alte state (de pildă, cu statul ai cărui cetățeni sunt făptuitorii, pe al cărui teritoriu s-a comis

⁸ Ne ridicăm această întrebare inclusiv în contextul în care în doctrină s-a sugerat ca soluția la această eventuală problemă - neinstrumentarea cauzei în condițiile lipsei de interes a statului. Astfel, de pildă, s-a arătat că „(...) soluția recunoașterii competenței teritoriale a oricărui stat pe al cărui teritoriu infracțiunea comisă a produs cel puțin o stare de pericol (...) conduce teoretic la o suprapunere de competențe, [dar] în realitate, un stat va urmări fapta doar atunci când aceasta a produs o stare de pericol relevantă pentru o valoarea socială ocrotită de ordinea juridică a statului respectiv” – F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit. (I)*, p. 177.

efectiv fapta și în a cărei legislația aceasta nu este prevăzută ca infracțiune) și ar reprezenta o sursă de irosire a resurselor puse de autoritățile române la dispoziția sistemului judiciar, de încărcare inutilă a rolului organelor judiciare etc.

Ipoteze de acest fel, precum și altele, similare⁹, ne conduc la concluzia că în stadiul actual, teoria ubicuității ar trebui reajustată, observând că formularea acesteia s-a petrecut la un moment istoric în care evoluția interacțiunilor umane (inclusiv fenomenul infracțional) cunoșteau o altă configurație decât cea actuală. Apreciem și noi că referirea expresă la desfășurarea actelor de instigare și / sau complicitate, ca activități de participare secundară, pe teritoriul unui stat, poate ridica mai multe probleme decât poate oferi soluții funcționale și echitabile, atunci când (fiind integrată expres în cuprinsul teoriei ubicuității) conduce automat la considerarea unei infracțiuni ca fiind comisă pe teritoriul României (dacă acele acte au fost săvârșite în România sau pe o navă sau aeronavă aparținând statului român), chiar dacă nici actul de executare, nici urmarea imediată nu s-au produs în România.

Într-o asemenea ipoteză, considerăm, cel puțin, că legea ar trebui să țină cont doar de situațiile în care se dovedește că în reprezentarea autorului / unuia dintre eventualii coautori s-a reflectat această situație de fapt, cu urmarea excluderii de la aplicarea teritorială a legii române a ipotezelor în care acesta / aceștia nu au cunoscut locul de unde acționează participantul respectiv, mai ales atunci când fapta nu ar fi incriminată pe teritoriul statului unde se comite efectiv (o altă soluție ar fi scindarea posibilității de tragere la răspundere penală, în sensul de a instrumenta cauza penală doar împotriva participanților care au acționat de pe teritoriul României).

Opinăm în sensul că doctrina ar putea analiza cu mai mare aplecare asemenea ipoteze, demers util pentru a putea propune, pe viitor, legiuitorului, modificări concrete și funcționale ale regulilor incidente în materie de aplicare în spațiu a legii penale române (în special potrivit principiului teritorialității, fundamentat pe teoria / criteriul ubicuității).

⁹ Expuse uneori în doctrină – a se vedea, de pildă: F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.* (I), p. 176, 177; D. Clausmeier, „Sanționarea penală a negării Holocaustului pe internet în Germania”, revista *Caiete de Drept Penal*, nr. 4/2007, p. 67 ș.u.

Identificarea comportamentului simulat prin procesarea limbajului natural

Detecting lies by using natural language processing

Ancuța Elena Franț¹

Rezumat: Aflarea adevărului reprezintă elementul esențial în rezolvarea cauzelor penale. În demersul de aflare a adevărului, investigatorii trebuie să utilizeze metode potrivite de a detecta comportamentul simulat. Pornind de la descoperirile din domeniul Psihologiei, care arată că, atunci când mint, oamenii utilizează involuntar anumite tipare ale limbajului, criminaliștii au încercat să creeze sisteme automate de detectare a acestor tipare. Sistemele de acest tip utilizează metode dezvoltate de știința Procesării Limbajului Natural. În esență, asemenea metode utilizează o serie de algoritmi pentru a identifica și analiza conținutul unui text. Deși utilizarea Procesării Limbajului Natural pentru detectarea minciunii este abia la început, experimentele efectuate până acum arată o acuratețe de peste 80%, ceea ce reprezintă un puternic impulsion pentru cercetări ulterioare în acest domeniu.

Cuvinte-cheie: Criminalistică; Procesarea Limbajului Natural; comportament simulat; adevăr.

Abstract: Finding the truth is a key element in solving criminal cases, so forensic investigators have been searching for appropriate methods to detect lies. Starting from the findings in the field of Psychology which show that, when lying, people have certain patterns in presenting their version of events, forensic experts have tried to create automatic devices which can detect these patterns. Such a device uses the methods developed by the science of Natural Language Processing. The methods consist mainly in using some algorithms in order to find and analyse the content of a text. Although the use of Natural Language Processing in detecting lies is only at the beginning, experiments carried out so far have been showing an accuracy of over 80%, which is a strong impetus for further research in this area.

Keywords: Forensic Science; Natural Language Processing; deceptive behaviour; truth.

1. Introducere

De-a lungul timpului, oamenii au încercat să găsească metode pentru a identifica simularea și disimularea realității, deoarece adevărul are un rol foarte important în cadrul relațiilor sociale. Analizele istorice arată faptul că, în

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

scopul aflării adevărului, s-a apelat uneori la mijloace care astăzi par bizare². Pe măsură ce tehnologia a evoluat, oamenii au încercat să stabilească adevărul pe baze obiective, prin crearea unor dispozitive tehnice, capabile să detecteze în comportamentul uman manifestările specifice ascunderii adevărului. Astfel au apărut dispozitive precum aparatul poligraf (supranumit „detectorul de minciuni”), detectoarele de stres emoțional în voce, sistemele care analizează microexpresiile faciale sau dispozitivele care înregistrează modificările de la nivelul undelor cerebrale³.

Dezvoltarea spectaculoasă a domeniului inteligenței artificiale din ultimii ani a atras, în mod firesc, interesul celor preocupați de identificarea comportamentului prin care se încearcă ascunderea adevărului. Una dintre metodele propuse pentru detectarea încercărilor de simulare și disimulare a realității are la bază o îmbinare ingenioasă dintre inteligența artificială și analiza limbajului utilizat de o persoană. Concret, această metodă urmărește identificarea comportamentului simulat prin Procesarea Limbajului Natural.

2. Fundamentele psihologice ale identificării comportamentului simulat prin analiza limbajului

În literatura de specialitate se evidențiază faptul că, deși persoanele care mint au, de regulă, un anumit control asupra conținutului comunicărilor lor, totuși, simularea sau disimularea realității poate ieși la iveală prin modul în care o persoană se exprimă. Această idee se regăsește, de exemplu, la Sigmund Freud, și a fost reiterată ulterior de numeroși autori⁴. Atunci când o persoană minte, practic ea descrie evenimente care nu s-au întâmplat sau prezintă atitudini care nu corespund adevărului. Pentru a fi convingători, cei care mint

² De exemplu, în China, aproximativ în 1000 î.e.n., pentru a verifica dacă o persoană spunea adevărul, aceasta trebuia să țină în gură orez; dacă orezul rămânea uscat, se considera că persoana în cauză a mințit; dacă orezul se umezea, se considera că persoana în cauză spunea adevărul. Oricât de ciudată ar părea, metoda avea la bază observația empirică referitoare la faptul că, atunci când o persoană se află într-o stare de tensiune psihică, scade cantitatea de salivă, persoana în cauză resimțind senzația de „gură uscată”. În Europa medievală, pentru aflarea adevărului, autoritățile apelau la *ordalii*, adică la supunerea persoanei anchetate la o probă care punea în mare risc viața sau integritatea corporală a persoanei în cauză (de exemplu, persoana trebuia să țină mâna într-un vas cu apă clocotită o anumită perioadă de timp sau să recupereze un obiect aflat într-un vas cu apă clototită). În acest sens, a se vedea M. Vicianova, *Historical Techniques of Lie Detection*, în *Europe's Journal of Psychology*, 11(3), 2015, pp. 522-534, [Online] la doi: 10.5964/ejop.v11i3.919, accesat la data de 15.11.2020.

³ *Ibidem*.

⁴ M.L. Newman, J.W. Pennebaker, D.S. Berry, J.M. Richards, *Lying Words: Predicting Deception from Linguistic Styles*, în *Personality and Social Psychology Bulletin*, 29(5), 2003, pp. 665-675, [Online] la DOI: 10.1177/0146167203029005010, accesat la data de 10.11.2020.

se străduiesc să folosească un stil care să *pară* cât mai sincer. Ca un rezultat al eforturilor de a crea o poveste care să *pară* reală, stilul de comunicare al celor care nu spun adevărul diferă din punct de vedere calitativ de stilul celor care spun adevărul. Din acest motiv, analiza *limbajului* folosit de o persoană poate evidenția dacă respectiva persoană minte sau spune adevărul⁵.

O serie de cercetări au evidențiat faptul că unele elemente lingvistice evidențiază anumite trăsături emoționale și de comportament. Astfel de elemente lingvistice sunt: pronumele utilizate; cuvintele cu încărcătură emoțională; prepozițiile și conjuncțiile care semnalează desfășurarea unor procese cognitive⁶.

În încercarea de a crea o serie de modele ușor de utilizat pentru a descoperi indicii dacă o persoană minte, au fost evidențiate trei categorii de trăsături ale limbajului care pot constitui asemenea indicii: referirile puține la propria persoană; utilizarea mai multor cuvinte care exprimă sentimente negative; utilizarea unor cuvinte care indică o complexitate cognitivă redusă⁷. În continuare, vom oferi câteva informații despre fiecare dintre aceste categorii de indicii ale comportamentului simulat din limbajul utilizat de o persoană.

În ceea ce privește *referirile puține la propria persoană*, se consideră că această trăsătură apare în limbajul celor care mint fie pentru că aceștia, la nivel subconștient, doresc să se disocieze de conținutul fals (într-o încercare de a nu-și asuma responsabilitatea pentru minciună), fie datorită lipsei implicării personale în evenimentele redată⁸.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*. Studiile au arătat că poeții care, în operele lor, au utilizat cu o frecvență ridicată referirile la propria persoană, dar cu o frecvență scăzută referirile la alte persoane, au manifestat o probabilitate mai mare de a se sinucide. În acest sens, a se vedea S.W. Stirman, J.W. Pennebaker, *Word use in the poetry of suicidal and non-suicidal poets*, în *Psychosomatic Medicine*, 63, 2001, pp. 517-522.

⁷ M.L. Newman *et al.*, *op. cit.*, p. 666; J.W. Pennebaker, M.E. Francis, *Cognitive, emotional, and language processes in disclosure*, în *Cognition and Emotion*, 10, 1996, pp. 601-626; J.W. Pennebaker, T.J. Mayne, M.E. Francis, *Linguistic predictors of adaptive bereavement*, în *Journal of Personality and Social Psychology*, 72, 1997, pp. 863-871.

⁸ D.B. Buller, J.K. Burgoon, A. Buslig, J. Roiger, *Testing Interpersonal Deception Theory: The Language of Interpersonal Deception*, în *Communication Theory*, 6, 1996, pp. 268-289; E.F. Dulaney, *Changes in language behavior as a function of veracity*, în *Human Communication Research*, 9, 1982, pp. 75-82; D. Shapiro, *Psychotherapy of neurotic character*, New York: Basic Books, 1989; J.D. Vorauer, M. Ross, *Self-awareness and feeling transparent: Failing to suppress one's self*, în *Journal of Experimental Social Psychology*, 35, 1999, pp. 415-440.

Cercetările au arătat că *utilizarea cuvintelor care exprimă sentimente negative* de către cei care mint se datorează faptului că aceștia se simt vinovați, fie cu privire la faptul că mint, fie cu privire la subiectul despre care mint⁹.

Complexitatea cognitivă redusă a limbajului celor care mint se pare că este determinată de faptul că activitatea de simulare (sau disimulare) a adevărului consumă resursele cognitive. Ca efect, persoanele care ascund adevărul au tendința de a folosi în comunicarea lor verbe simple, concrete¹⁰, deoarece astfel de verbe sunt mai accesibile și se leagă mai ușor într-o construcție lingvistică falsă¹¹.

3. Identificarea comportamentului simulat prin Procesarea Limbajului Natural din perspectiva științelor juridice. VeriPol – un model de succes

Identificarea comportamentului simulat prin Procesarea Limbajului Natural poate avea o largă aplicabilitate. Dintre domeniile unde s-ar putea aplica, domeniul juridic este, în mod evident, unul dintre domeniile în care aflarea adevărului este de maximă importanță¹². Posibilitatea de a evidenția comportamentul simulat prin Procesarea Limbajului Natural în domeniul

⁹ A. Vrij, K. Edward, K.P. Roberts, R. Bull, *Detecting deceit via analysis of verbal and nonverbal behavior*, în *Journal of Nonverbal Behavior*, 24, 2000, pp. 239-264; M.L. Knapp, R.P. Hart, H.S. Dennis, *An exploration of deception as a communication construct*, în *Human Communication Research*, 1, 1974, pp. 15-29.

¹⁰ De exemplu, *am mers*, din propoziția *Am mers acasă*. A se vedea M. L. Newman *et al.*, *op. cit.*, p. 667.

¹¹ J.M. Richards, J.J. Gross, *Composure at any cost? The cognitive consequences of emotion suppression*, în *Personality and Social Psychology Bulletin*, 25, 1999, pp. 1033-1044.

¹² Un exemplu concret în care analiza limbajului a fost folosită pentru a afla adevărul despre comiterea unor fapte de omor o are ca protagonistă pe Susan Smith. Aceasta, după dispariția celor doi copii ai săi, a apărut într-o emisiune de televiziune în anul 1994 și a afirmat că cei doi copii au fost răpiți și a folosit, printre altele, următoarele cuvinte: „My children wanted me. They needed me. And now I can't help them” („Copiii mei mă doreau. Ei aveau nevoie de mine. Iar acum nu pot să-i ajut” – *traducerea noastră*). Aceste cuvinte au atras atenția specialiștilor din cadrul FBI (Federal Bureau of Investigations). Acestora li s-a părut suspect faptul că mama copiilor dispăruți a folosit forma de trecut a verbelor referitoare la copii, în contextul în care, de regulă, rudele folosesc forma de prezent a verbelor atunci când vorbesc despre persoane dispărute. Folosirea timpului trecut de către Susan Smith sugera faptul că, pentru ea, copiii erau deja considerați decedați. Cercetările ulterioare din acest caz au arătat că Susan Smith își omorâse copiii, înecându-i într-un lac, și crease aparența unei răpiri. A se vedea E. Kastor, *The worst fears, the worst reality: For parents, murder case strikes at the heart of darkness*, în *The Washington Post*, 5 noiembrie 1994, p. A15, *apud* M. L. Newman *et al.*, *op. cit.*, p. 665; S.H. Adams, *Statement analysis: What do suspects' words really reveal?*, în *FBI Law Enforcement Bulletin*, octombrie 1996, pp. 12-20.

juridic a fost demonstrată cu succes prin crearea dispozitivului numit VeriPol¹³. Acest dispozitiv poate fi folosit pentru a stabili dacă o plângere privind săvârșirea unei infracțiuni de furt sau tâlhărie este sau nu adevărată, doar prin analiza textului scris de o persoană¹⁴. Observăm faptul că domeniul de utilizare a acestui dispozitiv este unul îngust; VeriPol nu poate fi utilizat pentru a analiza declarațiile unor persoane referitoare la un alt context (de exemplu, nu poate fi utilizat pentru analiza declarațiilor persoanelor care sesizează organele judiciare că au fost victima unei infracțiuni de viol sau pentru a analiza declarația unui inculpat). Motivul pentru care VeriPol are un domeniu atât de îngust este ușor de înțeles, ținând cont de complexitatea analizelor care trebuie efectuate și de controlul riguros care trebuie efectuat, pentru a obține informații fiabile. În scopul atingerii unui grad cât mai mare de precizie a rezultatelor, textele analizate (în cazul de față, declarațiile) trebuie să aibă un caracter unitar, să poată fi încadrate într-o anumită categorie; altfel spus, să fie de același tip. Doar astfel pot fi identificate anumite tipare în textele analizate, tipare care să poată fi ulterior aplicate altor categorii de texte de același tip.

În contextul interesului crescut pentru analiza textelor scrise cu scopul de a detecta simularea adevărului, VeriPol este un dispozitiv cu adevărat inovator. Deși la momentul creării sistemului VeriPol existau alte dispozitive care puteau face o analiză automatizată a textelor, VeriPol se evidențiază prin faptul că este primul dispozitiv care a analizat declarații *reale*, nu declarații date doar în context experimental. Din acest motiv, VeriPol este un dispozitiv foarte important, iar analiza modului în care operează este foarte utilă atât pentru practicieni, cât și pentru mediul academic, pentru a orienta cercetările viitoare¹⁵.

3.1. Motivele care au stat la baza creării dispozitivului VeriPol

Inițiativa creării dispozitivului VeriPol a aparținut Poliției Naționale Spaniole. Confruntată cu un număr mare de plângeri privind săvârșirea unor infracțiuni de furt și tâlhărie, poliția spaniolă a considerat că ar fi de un real folos un dispozitiv care să permită detectarea informațiilor false privind săvârșirea unor astfel de fapte penale prin chiar analiza conținutului declarației. Un asemenea dispozitiv ar preveni irosirea resurselor umane și financiare ale

¹³ L. Quijano-Sánchez, F. Liberatore, J. Camacho-Collados, M. Camacho-Collados, *Applying automatic text-based detection of deceptive language to police reports: Extracting behavioral patterns from a multi-step classification model to understand how we lie to the police*, în Knowledge-Based Systems, Vol. 149, 2018, pp. 155-168, [Online] la <https://doi.org/10.1016/j.knosys.2018.03.010>, accesat la data de 10.11.2020.

¹⁴ C. Nordqvist, *VeriPol, a new lie detector can tell if written text has lies*, în Market Business News (MBN), 29.10.2018, [Online] la <https://marketbusinessnews.com/veripol-lie-detector/189451/>, accesat la data de 10.11.2020.

¹⁵ L. Quijano-Sánchez *et al.*, *op. cit.*

poliției, care trebuie să își concentreze eforturile asupra cercetării infracțiunilor săvârșite în mod real. De asemenea, practica a arătat că, de multe ori, declarațiile false privind săvârșirea infracțiunilor de furt sau tâlhărie au fost urmate de săvârșirea unor fapte de fraudă (autorii declarațiilor false vrând să acopere rezultatele faptelor lor de fraudă prin simularea unei infracțiuni împotriva patrimoniului a cărei victimă au fost). În acest context, dacă ar exista un dispozitiv care să detecteze minciuna prin analiza declarației, persoanele care ar fi tentate să dea declarații false ar fi descurajate în demersul lor și, astfel, s-ar preveni și eventuale fraude¹⁶.

Implicațiile unei declarații false privind săvârșirea unei infracțiuni sunt mult mai mari decât poate părea la prima vedere. Informațiile privind săvârșirea infracțiunilor sunt utilizate de autorități pentru a crea strategii de combatere a faptelor de natură penală. Declarațiile false prezintă o imagine distorsionată cu privire la fenomenul infracțional dintr-un anumit teritoriu și pentru o anumită perioadă, ceea ce poate duce la implementarea unor strategii inadecvate pentru infracționalitatea reală. Altfel spus, se pot irosi resurse care ar putea fi utilizate în alte direcții.

3.2. Tehnicile care stau la baza funcționării dispozitivului VeriPol

La baza funcționării dispozitivului VeriPol stă Procesarea Limbajului Natural¹⁷. Prin utilizarea Procesării Limbajului Natural, au fost analizate 1122 plângeri prin care erau sesizate organele judiciare spaniole cu privire la săvârșirea unor infracțiuni de furt sau tâlhărie, din anul 2015. Declarațiile au fost anonimizate, înlăturându-se informațiile privind identitatea celui care a făcut plângerea, locul și data săvârșirii faptei. Altfel spus, dispozitivul a operat doar cu textul declarațiilor cu privire la modul cum s-au desfășurat evenimentele, așa cum le-au descris persoanele care au făcut plângerile¹⁸.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Procesarea (sau Prelucrarea) Limbajului Natural*, numită și *Lingvistică Computațională*, este un domeniu al Inteligenței Artificiale, care studiază modul în care computerele pot procesa, analiza și înțelege limbajul uman. A se vedea D. Lopez -Yse, *Your Guide to Natural Language Processing (NLP): How machines process and understand human language*, în Data Science Central, 18.01.2019, [Online] la <https://www.datasciencecentral.com/profiles/blogs/your-guide-to-natural-language-processing-nlp>, accesat la data de 12.11.2020; R.-G. Rotari, I. Hulub, Ș. Oprea, M. Plămadă-Onofrei, A.B. Lorenț, R. Preisler, A. Iftene, D. Trandabăț, *Wild Devs` at SemEval 2017-Task 2: Using Neural Networks to Discover Word Similarity*, Proceedings of the 11th International Workshop on Semantic Evaluation (SemEval 2017), pp. 267-270, [Online] la <https://www.aclweb.org/anthology/S17-2042.pdf>, accesat la data de 12.11.2020.

¹⁸ L. Quijano-Sánchez *et al.*, *op. cit.*

O etapă esențială în asigurarea eficienței dispozitivului VeriPol a reprezentat-o încadrarea celor 1122 plângeri în una dintre cele două categorii, adevărate sau false. Pentru ca încadrarea în una dintre cele două categorii să prezinte un risc cât mai mic de eroare, creatorii VeriPol au apelat la un expert din cadrul poliției, specializat în realizarea de audieri și identificarea comportamentului simulat. Expertul a analizat plângerile pe parcursul a doi ani. Pentru a elimina posibilitatea ca expertul să fie în mod involuntar influențat în activitatea sa de analiză a declarațiilor, plângerile i-au fost prezentate într-o ordine aleatorie. În urma acestei riguroase operațiuni de analiză a celor 1122 plângeri, s-a stabilit că 534 erau adevărate, iar 588 erau false¹⁹.

Pasul următor a fost pregătirea textelor pentru a putea fi corect analizate. În această etapă au fost eliminate structurile lingvistice cu rol funcțional (de exemplu, conjuncțiile și articolele), această etapă fiind, de altfel, una efectuată de regulă atunci când este pregătit un text în vederea aplicării Procesării Limbajului Natural. În plus față de această activitate standard, cercetătorii au eliminat și o serie de alte cuvinte, deoarece au considerat că, în acest caz concret, respectivele cuvinte ar influența rezultatul final. Aceste cuvinte eliminate, altele decât cele standard, conțineau indicații cu privire la regiunile din Spania în care fuseseră făcute plângerile. Motivul eliminării acestei categorii speciale de cuvinte a fost acela că procentul plângerilor false s-a constatat a fi diferit în diferite regiuni și s-a dorit evitarea situației ca VeriPol să considere că regiunea de proveniență poate fi un criteriu pe baza căruia se poate stabili caracterul real sau fals al unei plângeri²⁰.

După pregătirea textului, s-a trecut la identificarea unor structuri care se repetă în declarațiile adevărate, respectiv în cele false. Practic, VeriPol a detectat anumite *modele* care sunt specifice plângerilor care reflectă adevărul, respectiv plângerilor care simulează sau disimulează realitatea²¹.

Rezultatele obținute prin utilizarea dispozitivului VeriPol au fost ulterior comparate cu rezultatele obținute de către doi membri ai poliției spaniole, experți în detectarea caracterului simulat al declarațiilor. În urma acestei etape, s-a observat că VeriPol are o acuratețe mai mare decât cea umană în depistarea caracterului fals al unei plângeri, dispozitivul fiind capabil să detecteze structuri specifice ascunderii adevărului care sunt greu de observat, chiar de către un expert cu experiență. Concret, precizia sistemului VeriPol s-a dovedit a fi de peste 80%²².

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

²² C. Nordqvist, *op. cit.*

3.3. Tiparele minciunii și adevărului, evidențiate de VeriPol

Așa cum am prezentat mai sus, în esență, VeriPol funcționează prin identificarea unor *tipare* care sunt comune declarațiilor false, respectiv celor adevărate. Dincolo de aspectele pur tehnice, care sunt accesibile persoanelor cu pregătire de specialitate în domeniul inteligenței artificiale, rezultatele obținute prin utilizarea Veripol pot fi exprimate într-o formă ușor accesibilă și persoanelor care nu au experiență în domeniu Procesării Limbajului Natural, după cum vom arăta în continuare.

În ceea ce privește *cuvintele utilizate*, VeriPol arată că probabilitatea ca o declarație să fie adevărată este mare dacă sunt folosite cuvinte precum: „autobuz”, „a omori”, „a trage”, „pandantiv”. Probabilitatea ca o declarație să fie falsă este mare dacă sunt utilizate cuvinte precum: „zi”, „avocat”, „a raporta”, „a extrage”. De asemenea, VeriPol a stabilit anumite modele și cu referire la *frecvența* utilizării unor cuvinte. Astfel, utilizarea repetată într-o declarație a cuvintelor „plăcuță”, (din structura „plăcuță de înmatriculare”), „în jur”, „luat” (cu sensul de „furat”), „ofițer” (din structura „ofițer de poliție”), „a trece”, „final”, „a scăpa”, „dubiu” (din structura „fără dubiu”), indică probabilitatea ca o declarație să fie adevărată. În sens contrar, utilizarea repetată a cuvintelor „două sute”, „infracțiune”, „geantă”, „foarte puțin”, „a trage”, „a îmbrânci”, „asigurare”, „spate” (cu referire la parte a corpului), „responsabil”, „separat”, precum și utilizarea formelor negative, indică probabilitatea ca o declarație să fie falsă²³.

VeriPol a identificat anumite tipare care indică adevărul, respectiv minciuna, prin analiza aspectelor referitoare la *modus operandi*. Astfel, VeriPol a evidențiat că există anumite moduri în care este prezentată săvârșirea faptelor care indică o probabilitate mare ca plângerea să fie adevărată, și anume: furtul bijuteriilor purtate la gât; activități care implică biciclete, fie că bicicleta reprezintă bunul furat, fie că reprezintă vehiculul cu care se deplasează făptuitorul; agresiunile săvârșite aproape de casa victimei²⁴.

Analizele specifice realizate de VeriPol au evidențiat și o serie de *particularități morfosintactice* care caracterizează declarațiile adevărate, respectiv declarațiile false. Declarațiile adevărate tind să fie mai bogate în descrieri, fiind centrate pe prezentarea dinamicii desfășurării faptelor și pe interacțiunea dintre victimă și agresor. În schimb, declarațiile false sunt centrate mai mult pe prezentarea obiectelor despre care se pretinde că sunt furate decât pe expunerea interacțiunii victimă – făptuitor²⁵.

Cu privire la *abundența și tipul detaliilor* din declarații, VeriPol a identificat, de asemenea, diferențe între plângerile adevărate și cele false.

²³ L. Quijano-Sánchez et al., op. cit.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

Declarațiile care corespund adevărului conțin mai multe informații și detalii despre infracțiune și despre făptuitor. De asemenea, dacă victima precizează că a interacționat în timpul săvârșirii infracțiunii sau după aceea cu alte persoane (martori, polițiști, cadre medicale care i-au acordat primul ajutor), acestea reprezintă indicii că plângerea corespunde adevărului. Per a contrario, declarațiile false conțin informații imprecise și vagi despre săvârșirea faptei și despre făptuitor. În astfel de declarații care nu corespund adevărului se întâlnește adesea precizarea din partea pretinsei victime că nu poate descrie atacatorul deoarece nu l-a văzut bine, cu explicații precum: făptuitorul a atacat din spate; avea mască; avea haine negre etc. În schimb, declarațiile false pot conține indicii care arată intenția pretinsei victime de a solicita despăgubiri din partea companiei de asigurări pentru bunul despre care pretinde că a fost furat²⁶.

De asemenea, *lungimea textului plângerii* este un indiciu cu privire la caracterul adevărat sau fals al declarației. VeriPol a arătat că plângerile care corespund adevărului au mai multe cuvinte, deci sunt mai lungi decât plângerile false²⁷.

4. Concluzii

Detectarea comportamentului simulat prin Procesarea Limbajului Natural se află încă la început, dar realizările de până acum din acest domeniu sunt încurajatoare. Rezultatele sunt mai ușor de obținut în cadrul unor experimente cu importanță pur teoretică, decât atunci când se pune în discuție obținerea unor rezultate care să aibă un efect concret într-un domeniu important, cum este cel al justiției. Pentru a avea aplicabilitate practică, sistemele care folosesc Procesarea Limbajului Natural cu scopul identificării adevărului trebuie să aibă o mare acuratețe. Așa cum am văzut, obținerea unui astfel de sistem este dificilă și presupune un proces de durată, dar rezultatele par să justifice energia investită.

Încercările de până acum de identificare a comportamentului simulat prin Procesarea Limbajului Natural au luat forme diferite, iar rezultatele obținute conțin, într-adevăr, o serie de diferențe. Rezultatele divergente se explică prin faptul că natura textelor analizate diferă de la situație la situație. Așa cum am văzut, sistemul VeriPol, care și-a demonstrat clar eficiența și utilitatea, a fost conceput doar pentru o categorie restrânsă de texte, și anume plângerile făcute organelor judiciare cu privire la săvârșirea infracțiunilor de furt și tâlhărie. Extinderea sistemului VeriPol la alte tipuri de declarații este susceptibilă de a duce la erori, deoarece structura textelor diferă mult de la caz la caz. De asemenea, experimentele care au analizat declarații date special

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

pentru respectivele experimente, deci declarații care nu aveau efect în viața reală, au dus la rezultate specifice.

Totuși, este important de precizat faptul că, dincolo de diferențe, există o serie de rezultate comune experimentelor realizate. Astfel, se pare că, indiferent de contextul în care au fost făcute cercetările, acestea arată că textele false se caracterizează prin: complexitate cognitivă redusă; referiri puține la propria persoană; mai multe forme negative ale cuvintelor. Aceste indicii ale comportamentului simulat, care se pare că sunt universale, pot fi ușor detectate prin Procesarea Limbajului Natural.

În acest context, apreciem că domeniul identificării comportamentului simulat prin Procesarea Limbajului Natural este unul important, în care se pot obține rezultate foarte utile în diverse arii de activitate, inclusiv în sfera științelor juridice. Pentru a obține o acuratețe cât mai mare a rezultatelor obținute, considerăm că se impune desfășurarea în continuare de cercetări aprofundate cu privire la identificarea comportamentului simulat prin Procesarea Limbajului Natural.

Regimul sancțiunilor cibernetice în Uniunea Europeană The cyber sanctions regime in the European Union

Adrian Corobană¹

Rezumat: În data de 30 iulie 2020, Uniunea Europeană a anunțat decizia de a impune primele sancțiuni internaționale împotriva atacurilor cibernetice. În aceeași zi, Departamentul de Stat al Statelor Unite ale Americii a emis un comunicat de presă prin care saluta aplicarea sancțiunilor cibernetice de către Uniunea Europeană. Scopul acestei lucrări este de a clarifica noțiunea de „sancțiuni cibernetice” și să explice cum regimul aplicării sancțiunilor cibernetice de către Uniunea Europeană este în deplină concordanță cu regulile dreptului internațional public. Prin urmare, ipoteza de cercetare a acestui articol este următoarea: dreptul internațional public se aplică și în spațiul cibernetic, iar sancțiunile cibernetice, în substanța lor, nu diferă prea mult de sancțiunile internaționale țintite, astfel încât principala diferență dintre cele două tipuri de sancțiuni nu o reprezintă conținutul acestor măsuri restrictive, ci acțiunile care au declanșat mecanismul de răspuns de către comunitatea internațională.

Cuvinte-cheie: sancțiuni cibernetice; sancțiuni internaționale țintite; Uniunea Europeană; Regulamentul Consiliului nr. 2019/796.

Abstract: On 30 July 2020 the Council of the European Union announced the decision to impose the first ever sanctions against cyber-attacks. On the same day, the U.S. Department of State released a press statement welcoming the application of cyber sanctions by the European Union. The aim of this paper is to clarify the notion of cyber sanctions from the conceptual point of view and to explain how the EU's cyber sanctions regime complies with the rules of public international law. Therefore, the research hypothesis of this article is as follows: international law matters in cyberspace and the cyber sanctions in their substance do not differ much from targeted sanctions, so the main difference between them is not in the content of the restrictive measures, but in the actions that trigger the response of the international community.

Keywords: cyber sanctions; targeted sanctions; European Union; Council Regulation (EU) no. 2019/796.

Introducere

În ultimii ani, pe măsură ce noile tehnologii din domeniul comunicațiilor au pătruns din ce în ce mai mult în viața oamenilor de rând, inevitabil statele

¹ Avocat în Baroul București, doctorand la Academia de Studii Economice din București, Școala Doctorală Drept, e-mail: corobana.adrian@gmail.com.

au început să se bazeze pe acestea în cele mai multe domenii vitale pe care le are de administrat, cunoscându-se o activitate tot mai mare a statelor în spațiul cibernetic.

În mod evident, de la folosirea pe scară largă a noilor tehnologii de către state până la apariția activităților ilicite în spațiul cibernetic nu a fost decât un pas foarte mic, în prezent, în spațiul cibernetic putându-se vorbi despre: spionaj cibernetic, atacuri ciberneticе asupra infrastructurilor critice ale statelor și, mai nou, despre sancțiuni ciberneticе.

Deși, la prima vedere, spațiul cibernetic poate părea un spațiu nou, în special în relațiile internaționale, acest lucru nu este nici pe departe așa: dreptul internațional public se aplică și în cazul activităților din spațiul cibernetic.

Cu toate acestea, ne raliem și noi opiniei exprimate de autorul francez François Delerue în cartea „*Cyber operations and international law*”, conform căreia interpretarea și aplicarea regulilor dreptului internațional public la spațiul cibernetic trebuie să cunoască o adaptare la specificul spațiului cibernetic².

Problematica sancțiunilor internaționale este deosebit de complexă și deosebit de controversată în domeniul dreptului internațional public.

Dificultatea identificării unor sancțiuni pentru încălcarea normelor de drept internațional public a condus de multe ori în trecut la ideea doctrinară că dreptul internațional public nu ar fi un drept veritabil în sensul de ordine juridică, ci o „*moralitate internațională pozitivă*”³.

În realitate, așa cum remarca și Lassa Oppenheim în articolul său intitulat „*The Science of International Law: Its Task and Method*”, negarea caracterului de ordine juridică a dreptului internațional public provine din compararea acestuia cu dreptul național: „*De la Hobbes până la Blackstone și Austin, este întotdeauna vorba despre același punct de plecare greșit – dreptul intern*”⁴.

Aceste dezbateri doctrinare au fost tranșate în doctrina de după cel de-al Doilea Război Mondial, odată cu apariția cărții lui Herbert Lionel Adolphus Hart intitulată „*Conceptul de drept*” (*The concept of law*), care a dezbătut ideea că existența sancțiunii în structura normei juridice nu este de chintesența unei ordini juridice.

Astfel, toate particularitățile dreptului internațional public și toate diferențele sale față de dreptul intern nu pot conduce la concluzia greșită că în

² Fr. Delerue, *Cyber operations and international law*, Cambridge University Press, 2020, p. 2.

³ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, New York, 2001, pp. 112, 160.

⁴ L. Oppenheim, *The Science of International Law: Its Task and Method*, American Journal of International Law, Nr. 2, 1908, p. 330.

dreptul internațional public nu ar exista sancțiuni. În dreptul internațional public există forme de constrângere și sancțiuni, unele dintre ele fiind prevăzute chiar de Carta Organizației Națiunilor Unite, în art. 41, art. 42 și art. 51. În afara acestor sancțiuni prevăzute de Carta Organizației Națiunilor Unite, există și sancțiuni specifice dreptului internațional public, ce nu sunt prevăzute în documente internaționale, cum ar fi: nerecunoașterea statelor, nerecunoașterea guvernelor, nulitatea unui tratat sau a unor clauze din cadrul unei convenții internaționale, excluderea din organizații internaționale, sancțiuni economice, ș.a.⁵

În ultimii ani, în special în Uniunea Europeană, observăm apariția unui nou tip de sancțiuni internaționale: sancțiunile cibernetice sau, așa cum sunt ele numite în limba engleză, cyber sanctions. Era și firesc să apară, atâta timp cât dreptul urmează viața și cu atât mai mult cu cât în dreptul internațional trebuie să fie create mecanisme prin care conduita unor subiecte de drept să fie adusă în matca legalității.

Începând cu anul 2015 se observă o preocupare intensă a Uniunii Europene cu privire la capacitatea sa de a descuraja atacurile cibernetice și de a răspunde la acestea. Și asta și pentru că au existat evenimente care au adus în prim-plan, în rândul statelor importante din Uniunea Europeană, acest subiect. Și mă refer aici, în special la un atac cibernetic împotriva parlamentului federal german (Deutscher Bundestag) din aprilie și mai 2015. Acest atac cibernetic a fost îndreptat împotriva sistemului informatic al parlamentului federal german, căruia i-a afectat funcționarea timp de mai multe zile. A fost furat un volum important de date și au fost afectate conturile de e-mail ale mai multor parlamentari, inclusiv cele ale Angelei Merkel.

Articolul de față tratează regimul juridic al acestor sancțiuni cibernetice, analizând actele normative prin intermediul cărora sunt ele implementate, încercând să răspundă la întrebarea în ce tip de sancțiuni internaționale pot fi încadrate sancțiunile cibernetice aplicate recent de Uniunea Europeană.

Putem vorbi într-adevăr de niște tipuri noi de sancțiuni sau de fapt sunt doar același tip de sancțiuni internaționale care existau și până în prezent, dar care se aplică acum și împotriva unor subiecte de drept care creează atacuri informatice?

1. Sediul materiei

La nivelul Uniunii Europene avem două acte normative deosebit de importante, care practic, constituie principalul sediu al materiei.

⁵ A. Corobană, *Non-recognition of states as a specific sanction of public international law*, Juridical Tribune (Tribuna Juridica), 2019, vol. 9, issue 3, 589-598.

Este vorba despre:

1. Decizia Consiliului (PESC – Politica externă și de securitate comună a UE) nr. 2019/797 privind măsuri restrictive împotriva atacurilor cibernetice care reprezintă o amenințare la adresa Uniunii sau a statelor sale membre și
2. Regulamentul Consiliului nr. 2019/796 privind măsuri restrictive împotriva atacurilor cibernetice care reprezintă o amenințare la adresa Uniunii sau a statelor sale membre.

Ambele reglementări au fost adoptate în 17 mai 2019 și au în proporție de 90% același conținut normativ, aducând mai multe clarificări cu privire la noțiunea de sancțiuni cibernetice: când se iau aceste sancțiuni cibernetice, cine este competent să le instituie, pentru ce tip de faptă ilicită și care este conținutul acestor sancțiuni.

În acest fel s-a creat un cadru normativ pentru măsurile restrictive specifice pentru a descuraja și pentru a răspunde la atacurile cibernetice care au efecte semnificative și care constituie o amenințare externă la adresa Uniunii sau a statelor sale membre.

Aceste acte normative se înscriu în documentele ce au emanat de la Consiliul U.E. privind orientările și bunele practici privind sancțiunile (măsurile restrictive), ca instrument al Politicii externe și de securitate comună a U.E.

La nivelul Uniunii Europene, sancțiunile sau măsurile restrictive sunt privite ca „*un instrument politic la dispoziția factorilor de decizie care încearcă a schimba, a limita sau a critica în termeni normativi comportamentul altui actor*”⁶.

Cele două noțiuni „sancțiuni” și „măsuri restrictive” sunt echivalente, fiind folosite cu același înțeles la nivelul documentelor Consiliului, U.E. adoptând „*o abordare orientată și diferențiată a măsurilor restrictive (sancțiuni)*” și „*impunând măsuri restrictive, fie din proprie inițiativă, fie pentru a pune în aplicare rezoluțiile Consiliului de Securitate al ONU*”.⁷

Așadar, aceste sancțiuni trebuie să fie în deplină concordanță cu obiectivele politicii externe și de securitate comune, astfel cum sunt enunțate la articolul 21 alin. (2) din Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE): *apărarea valorilor, a intereselor fundamentale, a securității, a independenței și integrității Uniunii Europene, consolidarea și sprijinirea democrației, a statului de drept, a drepturilor omului și a principiilor dreptului internațional, menținerea păcii, prevenirea conflictelor și consolidării securității internaționale, în conformitate cu scopurile și principiile Cartei Organizației Națiunilor Unite, precum și cu principiile Actului final de la Helsinki și cu obiectivele Cartei de la Paris, inclusiv*

⁶ P. Pawlak, Th. Biersteker, Guardian of the Galaxy. EU cyber sanctions and norms in cyberspace, Chaillot Paper nr. 155, European Union Institute for Security Studies (EUISS), 2019, p. 8.

⁷ Council of the European Union, *Sanctions: how and when the EU adopts restrictive measures*, <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions/>.

*cele privind frontierele externe, promovarea dezvoltării durabile pe plan economic, social și de mediu a țărilor în curs de dezvoltare, cu scopul primordial de a eradică sărăcia, încurajarea integrării tuturor țărilor în economia mondială, inclusiv prin eliminarea treptată a barierelor în calea comerțului internațional, participarea la elaborarea unor măsuri internaționale pentru conservarea și îmbunătățirea calității mediului și gestionarea durabilă a resurselor naturale mondiale, în vederea asigurării unei dezvoltări durabile, acordarea de asistență populațiilor, țărilor și regiunilor care se confruntă cu dezastre naturale sau provocate de om și promovarea unui sistem internațional bazat pe o cooperare multilaterală mai puternică și pe o bună guvernare globală.*⁸

De asemenea, la nivelul Uniunii Europene, identificăm două tipuri de sancțiuni: sancțiuni în sens larg și sancțiuni în sens restrâns.

Dacă ne referim la sancțiuni, în sens larg, atunci acestea sunt denumite „*sancțiuni diplomatice*”, întrucât includ, printre altele, întreruperea relațiilor diplomatice cu un stat sau retragerea reprezentanților diplomatici de la nivelul U.E. și ai statelor sale membre, în deplină coordonare.

Dacă ne referim la sancțiuni în sens restrâns, atunci este necesar un temei juridic în tratatele Uniunii, întrucât acestea includ măsuri ca: 1. embargouri de armament; 2. restricții privind admisia (interdicții de călătorie – persoanele sancționate, dacă nu sunt cetățeni ai Uniunii Europene, nu pot intra pe teritoriul Uniunii, iar dacă sunt cetățeni ai Uniunii Europene nu pot ieși în afara statului membru ai cărui cetățeni sunt); 3. înghețarea activelor financiare (toate activele din Uniunea Europeană ale persoanelor vizate sunt înghețate, iar persoanele fizice și juridice din cadrul Uniunii Europene nu pot pune fonduri la dispoziția persoanelor vizate) sau 4. *sancțiuni economice privind sectoare specifice de activitate economică, inclusiv interdicții privind importul sau exportul anumitor mărfuri, interdicții privind investițiile, interdicții privind furnizarea anumitor servicii.*⁹

Pentru ca măsurile menționate mai sus să poată fi implementate fie la nivelul Uniunii Europene, fie la nivel național, este necesar mai întâi de toate să fie adoptată de către Consiliu o decizie PESC, astfel cum se prevede în art. 29 din Tratatul privind Uniunea Europeană.

Aceste decizii privind Politica Externă și de Securitate Comună care prevăd sancțiuni internaționale împotriva persoanelor fizice și juridice sunt supuse controlului judecătoresc la nivelul Uniunii Europene.

Sancțiunile ce privesc punctele 1 și 2, adică cele privind embargourile de armament și restricțiile privind admisia, sunt puse în aplicare în mod direct de statele membre, doar prin simpla adoptare a deciziei PESC, fără a mai fi

⁸ Art. 21 alin. (2) din Tratatul privind Uniunea Europeană, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene C326/29 din 26.10.2012.

⁹ Council of the European Union, *Sanctions: how and when the EU adopts restrictive measures*, <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions/>.

necesară adoptarea altor acte normative la nivelul Uniunii Europene. Statele membre sunt astfel obligate să acționeze în conformitate cu deciziile PESC ale Consiliului. În acest sens, fiecare stat membru și-a elaborat în cadrul sistemului de drept național un cadru legislativ de punere în aplicare a sancțiunilor internaționale aplicate de către Uniunea Europeană.

În România, principalul act normativ care reglementează modul de punere în aplicare a sancțiunilor internaționale îl reprezintă Ordonanța de urgență nr. 202/2008 privind punerea în aplicare a sancțiunilor internaționale¹⁰ aprobată de Parlament prin Legea nr. 217/2009 și intrată în vigoare la 08 decembrie 2008.

Pe lângă această ordonanță de urgență există o serie de acte normative infralegale care reglementează procedural modul de punere în aplicare a sancțiunilor internaționale la nivelul fiecărei instituții ce i-au fost conferite atribuții în acest domeniu:

– Regulamentul Băncii Naționale a României nr. 28/2009 privind supravegherea modului de punere în aplicare a sancțiunilor internaționale de blocare a fondurilor;¹¹

– Hotărârea de Guvern nr. 603/2011 pentru aprobarea Normelor privind supravegherea de către Oficiul Național de Prevenire și Combatere a Spălării Banilor a modului de punere în aplicare a sancțiunilor internaționale;¹²

– Procedura privind modalitatea de ducere la îndeplinire a atribuțiilor Agenției Naționale de Administrare Fiscală în domeniul sancțiunilor internaționale, din 14.09.2020 aprobată prin Ordinul Președintelui Agenției Naționale de Administrare Fiscală nr. 3486/2020;¹³

– Regulamentul Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare nr. 9/2009 privind supravegherea punerii în aplicare a sancțiunilor internaționale pe piața de capital;¹⁴

– Norma Comisiei de Supraveghere a Asigurărilor privind procedura de supraveghere, în domeniul asigurărilor, a aplicării sancțiunilor internaționale din 30.07.2009;¹⁵

– Norma Comisiei de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private nr. 11/2009 privind procedura de supraveghere a punerii în aplicare a sancțiunilor internaționale în sistemul pensiilor private.¹⁶

Pentru celelalte sancțiuni privind punctele 3 și 4 menționate mai sus, se aplică articolul 215 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene: *în*

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 825 din 08 decembrie 2008.

¹¹ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 891 din 18 decembrie 2009.

¹² Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 426 din 17 iunie 2011.

¹³ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 881 din 28 septembrie 2020.

¹⁴ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 916 din 28 decembrie 2009.

¹⁵ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 555 din 10 august 2009.

¹⁶ Publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 328 din 18 mai 2009.

cazul în care o decizie, adoptată în conformitate cu titlul V capitolul 2 din Tratatul privind Uniunea Europeană, (n.a.: adică o decizie PESC –privind Politica Externă și De Securitate Comună) prevede întreruperea sau restrângerea, totală sau parțială, a relațiilor economice și financiare cu una sau mai multe țări terțe, Consiliul, hotărând cu majoritate calificată la propunerea comună a Înalțului Reprezentant al Uniunii pentru afaceri externe și politica de securitate și a Comisiei, adoptă măsurile necesare¹⁷, Consiliul fiind obligat să informeze Parlamentul European cu privire la aceasta.

Astfel, în cazul acestor măsuri restrictive, ele sunt puse în aplicare printr-un Regulament adoptat de Consiliu, ce va avea forță obligatorie, aplicându-se în mod direct în toate statele membre ale Uniunii Europene, în conformitate cu art. 288 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

Așadar, cele două acte normative menționate la începutul acestei secțiuni a articolului se înscriu în procedura de adoptare a actelor juridice prevăzută de Tratatul privind Uniunea Europeană și Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, descriind instrumentele prin care se înfăptuiește o parte din Politica Externă și de Securitate Comună.

2. Conținutul normativ al sancțiunilor cibernetice la nivelul Uniunii Europene

Decizia (PESC) 2019/797 a stabilit un cadru normativ pentru sancțiuni internaționale specifice cu scopul de a *descuraja și a răspunde la atacurile cibernetice care au efecte semnificative care constituie o amenințare externă la adresa Uniunii sau a statelor sale membre*.¹⁸

Și totuși care sunt acele atacuri cibernetice care au efecte semnificative și care constituie o amenințare externă la adresa Uniunii sau a statelor sale membre? Răspunsul la această întrebare îl regăsim în prevederile art. 1 alin. (3) și (4) din Regulamentul (UE) nr. 2019/796 al Consiliului.

În conformitate cu art. 1 alin. (3) din Regulamentul (UE) nr. 2019/796 al Consiliului sunt considerate atacuri cibernetice ce vor declanșa mecanismul de instituire a unor măsuri restrictive următoarele acțiuni (dacă nu sunt autorizate în mod corespunzător de către proprietar sau de către alt titular de drepturi asupra sistemului sau datelor ori asupra unor părți ale acestora sau nu sunt permise în temeiul dreptului Uniunii sau al legislației statului membru în cauză): accesarea de sisteme de informații; interferența cu sisteme de informații; interferența cu date sau interceptarea de date.

¹⁷ Art. 215 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene 326/144 din 26.10.2012

¹⁸ Regulamentul (UE) nr. 2019/796 al Consiliului din 17 mai 2019 privind măsuri restrictive împotriva atacurilor cibernetice care reprezintă o amenințare la adresa Uniunii sau a statelor sale membre

De asemenea, conform prevederilor art. 1 alin. (4) din Regulamentul (UE) nr. 2019/796 printre atacurile cibernetice care constituie o amenințare pentru statele membre se numără cele care afectează sistemele informatice legate, printre altele, de: *1. infrastructura critică, inclusiv cablurile submarine și obiectele lansate în spațiul cosmic, care sunt esențiale pentru menținerea funcțiilor vitale ale societății sau pentru sănătatea, siguranța, securitatea și bunăstarea economică sau socială a oamenilor; 2. serviciile necesare pentru menținerea unor activități sociale și/sau economice esențiale, în special în sectoare precum energia (electricitate, petrol și gaze); transporturile (aerian, feroviar, pe apă și rutier); bancar; infrastructurile piețelor financiare; sănătatea (furnizori de asistență medicală, spitale și clinici private); furnizarea și distribuirea de apă potabilă; infrastructura digitală; precum și în orice alt sector care este esențial pentru statul membru în cauză; 3. funcții critice ale statului, în special în domeniile apărării, al guvernantei și al funcționării instituțiilor, inclusiv în ceea ce privește alegerile publice sau procesul de votare, al funcționării infrastructurii economice și civile, al securității interne și al relațiilor externe, inclusiv prin misiuni diplomatice; 5. stocarea sau prelucrarea de informații clasificate; sau 6. echipe guvernamentale de răspuns la situații de urgență.*

Cu privire la efectul semnificativ al unui atac cibernetic, Regulamentul prevede în art. 2 o serie de criterii în funcție de care factorii decizionali trebuie să îi analizeze: *1. domeniul de aplicare, amploarea, impactul sau gravitatea perturbării cauzate, inclusiv în ceea ce privește activitățile economice și societale, serviciile esențiale, funcțiile critice ale statului, ordinea publică sau siguranța publică; 2. numărul persoanelor fizice sau juridice, a entităților sau a organismelor afectate; 3. numărul statelor membre afectate; 4. valoarea prejudiciilor economice cauzate de exemplu de furtul de mari dimensiuni de fonduri, de resurse economice sau de proprietate intelectuală; 5. beneficiile economice obținute de către autor, pentru sine sau pentru alții; 6. volumul sau natura datelor furate sau amploarea încălcării securității datelor sau 7. natura datelor sensibile din punct de vedere comercial accesate.*¹⁹

Dacă aceste criterii prevăzute în art. 1 și 2 din Regulament sunt îndeplinite atunci ne aflăm în prezența unui atac cibernetic cu efecte semnificative care constituie o amenințare externă la adresa Uniunii sau a statelor sale membre.

Motiv pentru care, dacă sunt identificați autorii acestor atacuri (fie că vorbim de state, dar mai ales de actori non-statali), procedura prevede ca aceștia să fie incluși pe o așa-numită listă neagră ce se anexează la Regulamentul (UE) nr. 2019/796.

¹⁹ Art. 2 din Regulamentul (UE) nr. 2019/796 al Consiliului din 17 mai 2019 privind măsuri restrictive împotriva atacurilor cibernetice care reprezintă o amenințare la adresa Uniunii sau a statelor sale membre

Competent să întocmească și să modifice această listă este Consiliul, care va emite de fiecare dată o nouă decizie PESC și un nou regulament care să completeze Anexa nr. 1 a Regulamentului (UE) nr. 2019/796, conform punctului nr. 4 din preambulul Regulamentului.

Așadar, concret, se întocmește o listă neagră a persoanelor care au efectuat atacuri cibernetice importante asupra statelor U.E. Efectiv este o Anexă care se reînnoiește periodic de către Consiliu.

Până în iulie 2020, această anexă, această listă, nu conținea niciun nume și nicio denumire. În iulie 2020, a fost adoptat un Regulament de punere în aplicare a Regulamentului 2019/796 prin care au fost adăugate 6 nume de persoane fizice și de entități care au efectuat atacuri cibernetice. (Decizia Consiliului privind PESC nr. 2020/1127 din 30 iulie 2020 și Regulamentul de punere în aplicare emis de Consiliu (UE) nr. 2020/1125 din 30 iulie 2020).

Iar recent în 22 octombrie 2020, a fost suplimentată această listă cu încă două nume: Dmitri Badin a luat parte la un atac cibernetic cu efecte importante împotriva parlamentului federal german (Deutscher Bundestag) și Igor Kostiukov este actualul șef al Direcției principale a Statului-Major al forțelor armate al Federației Ruse (GU/GRU).²⁰

Modul în care sunt implementate aceste sancțiuni cibernetice se face la nivelul fiecărui stat membru, prin legislația sa națională.

3. Care sunt sancțiunile cibernetice?

Regulamentul Consiliului (UE) nr. 2019/796 prevede următoarele tipuri de sancțiuni:

1. Restricții privind admisia – art. 4 din Regulament

Statele membre sunt obligate să ia măsurile necesare pentru a împiedica intrarea sau tranzitul pe teritoriul lor a: persoanelor fizice care sunt responsabile de atacuri cibernetice sau tentative de atacuri cibernetice; a persoanelor fizice care furnizează sprijin financiar, tehnic sau material pentru atacuri cibernetice sau tentative de atacuri cibernetice sau care sunt implicate în alt mod în acestea, inclusiv prin planificarea sau pregătirea lor, participarea la ele, conducerea lor, oferirea de asistență pentru ele sau încurajarea lor ori facilitarea lor fie prin acțiune, fie prin omisiune; persoanelor fizice asociate cu acestea.

²⁰ Prin Regulamentul de Punere în Aplicare (UE) 2020/1536 al Consiliului și prin Decizia (PESC) nr. 2020/1537 a Consiliului din 22 octombrie 2020 de modificare a Deciziei (PESC) 2019/797 privind măsuri restrictive împotriva atacurilor cibernetice care reprezintă o amenințare la adresa Uniunii sau a statelor sale membre, ambele publicate în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L1 351/5 din 22.10.2020

2. Înghețarea fondurilor și a resurselor economice – art. 5 din Regulament

Statele membre sunt obligate să înghețe toate fondurile și resursele economice care aparțin sau se află în proprietatea, care sunt deținute sau controlate de: persoane fizice sau juridice, entități sau organisme care sunt responsabile de atacuri cibernetice sau tentative de atacuri cibernetice; persoane fizice sau juridice, entități sau organisme care furnizează sprijin financiar, tehnic sau material pentru atacuri cibernetice sau tentative de atacuri cibernetice sau care sunt implicate în alt mod în acestea, inclusiv prin planificarea sau pregătirea lor, participarea la ele, conducerea lor, oferirea de asistență pentru ele sau încurajarea lor ori facilitarea lor fie prin acțiune, fie prin omisiune; persoanele fizice sau juridice, entități sau organisme asociate cu acestea;

3. Suspendarea oricărei plăți sau cereri de despăgubire – art. 8 din Regulament

Statele membre și persoanele fizice și juridice din statele membre ale Uniunii Europene sunt obligate să nu dea curs niciunei cereri în legătură cu niciun contract sau nicio tranzacție a cărei executare a fost afectată, în mod direct sau indirect, în totalitate sau parțial, de măsurile impuse, inclusiv cererilor de despăgubire sau oricărei alte cereri de acest tip, cum ar fi cererile de compensare sau cele de chemare în garanție, mai ales cererilor de prelungire sau de plată a unei obligațiuni, a unei garanții sau a unei indemnizații, în special a unei garanții financiare sau a unei indemnizații financiare, indiferent de formă, în cazul în care este formulată de: o persoanele fizice sau juridice, entitățile sau organismele desemnate, enumerate în Anexa Regulamentul (UE) nr. 2019/796.

Concluzii

Concluzionând, sancțiunile cibernetice nu sunt nimic altceva decât niște sancțiuni internaționale țintite (așa numitele *targeted sanctions*) ce sunt luate de Uniunea Europeană împotriva unor state din afara Uniunii sau unor grupuri sau persoane fizice sau juridice care au lansat atacuri cibernetice cu efecte semnificative și care constituie o amenințare externă la adresa Uniunii sau a statelor sale membre.

Până în 1990, Consiliul de Securitate al ONU institua sancțiuni internaționale clasice (așa numitele *comprehensive sanctions*) – care afectau întregul stat sau întreaga populație dintr-un stat sau dintr-un teritoriu, de exemplu – embargoul, neacordarea de vize tuturor cetățenilor respectivului stat, etc.

Acestea aveau un efect destul de nociv asupra populației și nu asupra elitei conducătoare a statului respectiv, care se făcea responsabilă de acele fapte ilicite care încălcau dreptul internațional public.

După 1990, practica Consiliului de Securitate și practica statelor s-a axat în principal pe așa-numitele *targeted sanctions*, sancțiuni internaționale țintite, care afectează mai mult elita conducătoare a statelor cu conduită ilicită. Și aici întâlnim, în principal, sancțiuni precum: înghețarea fondurilor, retragerea vizelor și a permiselor de ședere pentru cei din elita conducătoare, interzicerea punerii la dispoziție de fonduri sau resurse economice, ș.a.

Astfel, sancțiunile cibernetice, în substanța lor, nu diferă prea mult de sancțiunile internaționale țintite, principala diferență dintre cele două tipuri de sancțiuni nefiind conținutul acestor măsuri restrictive, ci acțiunile care au declanșat mecanismul de răspuns de către comunitatea internațională.

În acest sens, ne raliem opiniei exprimate în doctrină de autorii Patryk Pawlak și Thomas Biersteker, conform căreia în mod tradițional și mai ales în domeniul cibernetic, sancțiunile iau în general forma sancțiunilor țintite împotriva unui stat, persoane fizice sau entități, acestea făcând parte din categoria de sancțiuni internaționale a retorsiunilor.²¹

Așadar, fără a încerca să diminuăm importanța lor, sancțiunile cibernetice (cyber sanctions) sunt tot sancțiuni țintite (targeted sanctions), doar că ele sunt instituite pentru un tip nou de faptă ilicită, și anume atacurile cibernetice asupra unui stat membru al U.E. sau asupra unei instituții a Uniunii Europene.

²¹ P. Pawlak, Th. Biersteker, *op. cit.*, p. 47.

Limits of International Law in a limitless Cyberspace. Challenges and uncertainties

Limite ale dreptului internațional în spațiul cibernetic fără limite. Provocări și incertitudini

Carmen Moldovan¹

Rezumat: Scopul prezentei lucrări este de a evidenția asimetria dintre dinamica permanentă a spațiului virtual (În considerare trăsăturile sale particulare și posibile definiții) și procesul lent de dezvoltare și cristalizare a unor reguli speciale ale dreptului internațional în acest domeniu. Cu toate acestea, lucrarea susține că nu există un decalaj normativ real și va explora rezultatele activității de cercetare a diferitelor organisme și grupuri de experți în acest sens, în special a grupurilor de lucru speciale create în cadrul Națiunilor Unite și NATO. Ca urmare a evoluțiilor legale recente referitoare la spațiul virtual, este general acceptat faptul că dreptul internațional este aplicabil operațiunilor cibernetică, însă nu există deocamdată indicii cu privire la modul în care acestea se aplică în mod concret. Aceasta este una dintre cele mai mari provocări ale dreptului internațional în acest moment. Tehnologia și spațiul virtual sunt, în fapt, supuse unor reglementări limitate ale statelor datorită dezvoltării lor constante și extrem de dinamice. Cibern spațiul este un mediu extrem de explorat și utilizat; iar nevoia normativă a statelor este justificată. Cu toate acestea, nu se poate contesta faptul că regulile apar *post factum* și, deși pare dificil să se adapteze la situații noi și existente, procesul acesta de adaptare în legătură cu spațiul virtual prezintă un grad mai ridicat de dificultate având în vedere că normele ar trebui să se aplice pentru viitor și, în acest sens, singura certitudine este evoluția continuă a spațiului cibernetic.

Cuvinte-cheie: sursele dreptului internațional; trăsăturile spațiului virtual; jurisdicție; responsabilitate.

Abstract: The aim of this paper is to address the asymmetry between the constant dynamic of Cyberspace (taking into consideration its special features and possible definitions) and the slow development of special International Law rules in this regard. However, the paper submits that there is not a normative gap and will explore the results of the research work of different bodies and expert groups in this regard especially the special working groups created within the United Nations and NATO. As a result of recent legal developments concerning Cyberspace, it is generally accepted that International Law is applicable to cyber operations, yet there are no indications on

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, e-mail: carmen.moldovan@uaic.ro.

how this process is happening. And this is one of the greatest challenges of International Law at the moment.

Technology and Cyberspace are in fact subject of limited State regulations due also to their constant and highly dynamic development. Cyberspace is a highly explored and used environment; and the normative need is justified. However, one cannot dispute that the law is always post factum and although it appears difficult to adapt to new and existing situations, the process is more difficult taking into consideration that the rules should apply for the future and in this regard, the only certainty is the continuous evolution of Cyberspace.

Keywords: sources of International Law; Cyberspace features; jurisdiction; responsibility.

Introduction

Cyberspace is one of the most remarkable creations of mankind, and its continuous development and evolution have contributed to serious changes in all areas of social interaction, allowing the transmission of data and information quickly, without any physical borders. The special dynamics have determined a continuous expansion of this environment with respect to which several terms as *cyber space*, *digital space*, *virtual space* used as equivalents, without being comprehensively defined. It should be noted that this environment is the result of the creativity of private, non-state entities, states being relatively recently interested in identifying the rules applicable here. This concern coincides with the use of the Internet and digital space to commit attacks on States or private companies or to undertake activities that either influenced the electoral process or aimed at misinformation or the dissemination of fake news.

Recent works adopted within the United Nations and NATO² in particular, stating the applicability of International Law in this environment put an end to the debates about the free and unregulated nature of the Internet and consequently of the virtual space at the international level or through the actions of States. Until their adoption, Cyberspace was considered to be a grey area or outside the rules of International Law, unregulated and uncharted, or even an anarchic and disorganized environment³. At date, this assertion is no longer founded, due to the recognition, at universal as well at regional level, of the application of rules and principles of International Law.

² M. Tolppa, *Overview of the UN OEWG developments: continuation of discussions on how International Law applies in cyberspace*, 2020, <https://ccdcoe.org/library/publications/overview-of-un-oewg-developments-continuation-of-discussions-on-how-international-law-applies-in-cyberspace/> accessed 10 November 2020.

³ S. Arsène, *Global Internet Governance in Chinese Academic Literature. Rebalancing a Hegemonic World Order?* in *China Perspectives* 2016/2 | 2016 What Kind of International Order Does China Want, 2017, p. 28.

All recent reports agree on the applicability of principles of International Law to State behaviour in Cyberspace (especially sovereignty, non-intervention and cooperation). However, no matter how elaborate and complex some of these reports are, there is no indication on how these well-established and traditional principles of International Law should actually apply. An international treaty on Cyberspace is unlikely in the foreseeable future, therefore existing rules, *soft law* and International Customary Law may give answers to sensitive issues on which States are silent or ambiguous. At the same time, States should consider the acts and rules of non-state entities and private actors and establish a balance between the existing norms and the future implications of cyber development.

From the technical perspective, hardware and software, there are no limits in the expansion of Cyberspace, it will evolve according to the progress of communication technologies and at this moment it is very difficult to anticipate what the future evolution of Cyberspace will be and the extent of cyber activities of States.

From the legal perspective, there are no impediments to its continuous development, therefore Cyberspace may be considered limitless.

1. Is Cyberspace *res communis omnium*?

The fact that the Cyberspace and the Internet are for the most part privately owned poses the risk for the existing International Law rules and their safeguards for private individuals not to be applied, as rules of Public International Law regulate firstly the behaviour of States and in some areas such as the Human Rights Law, they contain special safeguards for individuals.

However, we should take into consideration another possibility: the change of paradigm by accepting the idea that Cyberspace is regulated by multi stakeholders and that normative competence is not just the prerogative of the States⁴. It is however very unlikely that States will accept such a possibility as it would mean the loss of their exclusive capacity to regulate and define International Law (to act as a legislator) – which involves the adoption of rules in those areas desired by States, depending on the interests they may have or pursue at a certain time.

It must be emphasised that the reports of the UN special working groups do not codify norms of international law, a possibility recognized for the International Law Commission and for the States and regulating Cyberspace appears to be in its beginning phase.

Development of communication and information technology presents great advantages for humanity and all types of relationships yet at the same

⁴ A. van der Spuy, *What if we all governed the Internet? Advancing multistakeholder participation in Internet governance*, UNESCO Series on Internet Freedom, 2017, p. 26.

time it may be used with the objective of causing harm or be detrimental to the normal exercise of human rights. The disclosure made by Edward Snowden in 2013 about the internet mass surveillance program of the US National Security Agency (NSA) revealed that technologies may be used in breach of the rights of private persons and that they may be vulnerable to other States' dominance in the field of information and communication technologies.⁵ The disadvantages of Cyberspace and its free character does not encompass only technical vulnerabilities but it may extend to data on classified information of the State affecting its national security or it may concern data on the population or even be used as a means of misinformation or disinformation. Such situations completely justify the interest of the State in protecting its ICT infrastructure and data integrity. Related on this issue is the concept of cyber sovereignty promoted especially by China and Russian Federation. The purpose of this paper is not to analyse this concept.

2. Features and possible definitions of Cyberspace

The origins of the term Cyberspace and the best description of this environment are found in the 1984 book *Neuromancer* of William Gibson which is focusing on complex flux of information and data⁶. The difference between it and the actual status of Cyberspace is a qualitative one, as it is a type of interaction of humans and technology which lacks the connection between the human conscience and computers.

The virtual space is used for civil and for military purposes at the same time and it grants a high degree of anonymity. It is a logical space which is actually difficult to be accurately perceived and managed, unable to exist without support from the physical world, meaning the physical infrastructure⁷. Yet there is no consensus on what this environment is and users may be looking at it and understanding its functions and implications differently⁸.

The ordinary sense of Cyberspace may be one or more of the following:

⁵ M. Baezner, P. Robin, *Trend Analysis: Cyber Sovereignty*, Risk and Resilience Team Center for Security Studies (CSS) ETH Zürich, 2018, p. 6.

⁶ "Cyberspace. A consensual hallucination experienced daily by billions of legitimate operators, in every nation, by children being taught mathematical concepts... A graphic representation of data abstracted from the banks of every computer in the human system. Unthinkable complexity. Lines of light ranged in the nonspace of the mind, clusters and constellations of data. Like city lights, receding" - *Neuromancer* (first published 1984 Ace Books).

⁷ Y. Shen, *Cyber Sovereignty and the Governance of Global Cyberspace*, Chin. Polit. Sci. Rev., 2016, 1:81-93, p. 84

⁸ Eds. D. Broeders, B. van den Berg, *Governing Cyberspace: Behavior, Power, and Diplomacy*, Rowman & Littlefield, 2020, p. 2

“the internet considered as an imaginary area without limits where you can meet people and discover information about any subject; an electronic system that allows computer users around the world to communicate with each other or to access information for any purpose; the internet considered as an imaginary area where emails, websites, etc. exist, especially when information is passing between one computer and another”⁹ or the online world of computer networks and especially the Internet¹⁰ or to describe the virtual world of computers¹¹; “Cyber-space is nothing more than a symbolic and figurative space that exists within the scope of the Internet.”¹²; “Cyber-space is nothing more than a symbolic and figurative space that exists within the scope of the Internet.”¹³.

According to one proposed definition “cyberspace is a time-dependent set of interconnected information systems and the human users that interact with these systems.”¹⁴ This feature is highly relevant as it stresses the dynamic of cyberspace and its constant possible changing.

Another essential feature of Cyberspace is its “border lessness” that is not just geographic but also limits between issues that should be regulated by a formal system of States¹⁵ and those that fit better for self-regulation or international cooperation are challenged by the physical nature of the spaces.

A definition that captures all these essential features of Cyberspaces is given by the 2020 *DOD Dictionary of Military and Associated Terms (DOD Dictionary)*¹⁶ which establishes standards for the US military as

A global domain within the information environment consisting of the ‘interdependent networks of information technology infrastructures and resident

⁹ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/cyberspace> accessed 10 November 2020.

¹⁰ <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cyberspace> accessed 10 November 2020.

¹¹ <https://techterms.com/definition/cyberspace> accessed 10 November 2020.

¹² <https://www.cybersecurityintelligence.com/blog/the-difference-between-cyberspace-and-the-internet-2412.html> accessed 10 November 2020.

¹³ <https://www.cybersecurityintelligence.com/blog/the-difference-between-cyberspace-and-the-internet-2412.html> accessed 10 November 2020.

¹⁴ R. Ottis, P. Lorents, *Cyberspace: Definition and Implications*, in Proceedings of the 5th International Conference on Information Warfare and Security, Dayton, OH, US, 8-9 April. Reading: Academic Publishing Limited, 2010, pp. 267-270.

¹⁵ K.N. Metcalf, *Legal View on Outer Space and Cyberspace: Similarities and Differences*, Tallinn Paper No. 10, 2018, p. 2, https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/Tallinn-Paper_10_2018.pdf accessed 10 November 2020

¹⁶ *DOD Dictionary of Military and Associated Terms* as of June 2020, p. 54 <https://www.jcs.mil/Portals/36/Documents/Doctrine/pubs/dictionary.pdf> accessed 10 November 2020.

data, including the Internet, telecommunications networks, computer systems, and embedded processors and controllers. (JP 3-12).

It also defines terms such as *cyberspace attack, cyberspace capability, cyberspace defense, cyberspace exploitation, cyberspace operations, cyberspace security, cyberspace superiority*¹⁷.

The US military definition of Cyberspace is consistent with the idea of an open and global environment that could be qualified as *res communis omnium*. However, it must be noticed that the scope of all these definitions is limited to the military dimension of Cyberspace.

3. What are the rules of International Law applicable in Cyberspace?

Through the lenses of International Law, Cyberspace may appear as unregulated and uncharted as there lacks binding legal instruments. Consequently, one could argue that it is an anarchic and disorganized environment. In order to be able to qualify a State conduct as legal or not, first it is necessary to identify the meaning, the scope and the potential limits of a specific rule setting a certain conduct for States.

As an exception, the *Budapest Cybercrime Convention*¹⁸ adopted is the only binding legal instrument, yet its scope is limited to acts committed by individuals, provides a framework for State cooperation in the field of computer and Internet related crimes, child pornography and violation of security network; it is a regional legal instrument adopted within the Council of Europe and it does not regulate issues concerning the responsible conduct of States in Cyberspace. Its additional Protocol concerns criminalisation acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems¹⁹.

The process of identifying cyber norms began after 1998, when the Russian Federation submitted to the General Assembly a resolution on “Developments on the Field of Information and Telecommunication” to the UN’s First Committee²⁰, calling for dialogue between States²¹.

¹⁷ DOD Dictionary of Military and Associated Terms as of June 2020, pp. 55-56.

¹⁸ *Convention on Cybercrime*, Budapest, 23 November 2001, ETS No.185.

¹⁹ *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*, Strasbourg, 28 January 2003, ETS No.189.

²⁰ UN General Assembly, *Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security: revised draft resolution / Russian Federation*, A/RES/53/70, 2 November 1998,

<https://digitallibrary.un.org/record/263069?ln=en#record-files-collapse-header>
accessed 10 November 2020.

All forms of rules proposed on cybers activities of States – reports, statements of best practices, codes of conduct, scholarly works are not legally binding and in a generic manner, all could be included in the category of *soft law*. The effort of codifying rules is highly difficult due to the complex nature of cyberspace, and it must be appreciated.

The main legal consequence of this situation is the fact that their violation does not determine the international responsibility of States (in the sense of the *Draft Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts*²²) and does not involve the same legal remedies. For example, as a general rule, a breach of an international obligation gives rise to reparations. Applying this principle to cyberoperations, if a State's cyber activity violates another's State sovereignty, the victim State has the right to reparations and the right to countermeasures. Not least, if the breach may be considered that it trespasses the threshold of an armed attack, it may justify the exercise of legitimate self-defence in the sense of Article 51 of the UN Charter²³. Responsibility remains an open subject taking into consideration the difficulties in establishing the imputability of the illegal conduct.

The most appreciated results in identifying Cyber Norms belong to group of experts or working groups established either by NATO (Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence -CCDCOE), General Assembly (Group of

²¹ L. Adamson, *International Law and International Cyber Norms. A continuum?*, in *Governing Cyberspace: Behavior, Power, and Diplomacy*, edited by D. Broeders and B. van den Berg, Rowman & Littlefield, 2020, p. 19.

²² International Law Commission, *Draft Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts*, 2001 https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, accessed 10 November 2020

²³ Article 51 of the UN Charter reads as follows: "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security." Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 UNTS XVI. The Charter was signed at San Francisco on 26 June 1945. The amendments included here are: Amendments to Articles 23, 27 and 61, 557 UNTS 143, adopted by the General Assembly Resolutions 1991A and B (XVIII) of 17 December 1963, entered into force on 31 August 1965 for all Members; - Amendment to Article 109, 638 UNTS 308, adopted by the General Assembly Resolution 2101 (XX) of 20 December 1965, entered into force on 12 June 1968 for all Members; Amendment to Article 61, 892 UNTS 119, adopted by the General Assembly Resolution 2847 (XXVI) of 20 December 1971, entered into force on 24 September 1973 for all Members.

Governmental Experts, Open-ended Working Group) or proposed by the private sector like Microsoft (who developed the Digital Geneva Convention).

Within the United Nations²⁴, the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (UN GGE) was created in 2004 having at the beginning 10 member States. Currently, it has 25 members. The GGE reports to the General Assembly of the UN. Several sessions were held and the most important are those from 2013 and 2015 when it stated that the principles of the UN Charter apply to states' conduct and operations in cyberspace. These findings are especially relevant because they put an end to the controversy if International Law is applicable or not to cyber operations and activities.

The Open-ended Working Group²⁵ was created due to the deadlock of the UNGGE in 2017, when it was not able to find consensus on how International Law applies to cyber operations.

One of the most relevant conclusions of the 2013 Report of the UN GGE are

“that international law and in particular the United Nations Charter, is applicable and is essential to maintaining peace and stability and promoting an open, secure, peaceful and accessible ICT environment...”

“that State sovereignty and the international norms and principles that flow from it apply to States' conduct of ICT-related activities and to their jurisdiction over ICT infrastructure with their territory”

and

*“State sovereignty and international norms and principles that flow from sovereignty apply to State conduct of ICT-related activities, and to their jurisdiction over ICT infrastructure within their territory.”*²⁶

The report directly relates sovereignty and international norms to ICT related activities and jurisdiction of states over ICT infrastructure

²⁴ *Regional Consultations series of the Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security*, <https://www.un.org/disarmament/wp-content/uploads/2019/12/collated-summaries-regional-gge-consultations-12-3-2019.pdf>, accessed 10 November 2020.

²⁵ UN General Assembly (2018), *“Resolution adopted by the General Assembly on 22 December 2018 on “Advancing responsible State behaviour in cyberspace in the context of international security”*, UN Doc A/RES/73/266, <https://undocs.org/en/A/RES/73/266> accessed 10 November 2020.

²⁶ UN General Assembly General Assembly, Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, A/68/98, 24 June 2013.

The 2015 UN GGE Report confirms the rules and principles found applicable by the previous report:

“24. The 2013 report stated that international law, and in particular the Charter of the United Nations, is applicable and is essential to maintaining peace and stability and promoting an open, secure, stable, accessible and peaceful ICT environment. Pursuant to its mandate, the present Group considered how international law applies to the use of ICTs by States.

25. The adherence by States to international law, in particular their Charter obligations, is an essential framework for their actions in their use of ICTs and to promote an open, secure, stable, accessible and peaceful ICT environment. These obligations are central to the examination of the application of international law to the use of ICTs by States.”²⁷

The findings of these reports are important for the activity of the UN and for ending the debate on the totally free and unregulated Cyberspace. Yet, a more thorough look into this works reveal that its effects are actually limited; they enunciate the basic principles of International Law without providing any detail of their content and sense. From the lenses of legal consequences, the findings of the UN GGE have the meaning of recommendations.

For the process of identifying rules of International Law applicable in Cyberspace *Tallinn Manual 2.0*²⁸ has an important contribution and is considered the most comprehensive guide on the applicability of International Law to cyber operations.²⁹ The previous version of the Tallinn Manual focused on issues related to cyber warfare³⁰, therefore, an evolution must be acknowledged regarding the extent to which International Law applies.

One should note that there are quantitative and qualitative differences between all research results meaning that the conclusions concern special legal concepts and applicability in regard to certain topics. Tallinn Manual is very relevant in assessing how legitimate self-defence could apply in cyberspace, and in setting criteria of qualifying a cyber-attack as an armed attack. The UNGGE stressed the applicability of principles, norms and rules of International Law in ambiguous terms.

²⁷ UN General Assembly A/70/174, *Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*, 2015, paras 24, 25.

²⁸ Ed. M. N. Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, 2017.

²⁹ E.T. Jensen, *The Tallinn Manual 2.0: Highlights and Insights*, Georgetown Journal of International Law, Volume 48, 2017, pp. 735-778.

³⁰ Ed. M.N. Schmitt, *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, 2013.

On the other hand, the private actors were more active and more courageous in regulating different aspects of users conduct in the digital space. *Digital Geneva Convention*³¹ proposed by Microsoft in 2017 is an example of private actors' implications in the attempt³² to regulate different dimensions of State operations. The Digital Geneva Convention tackles issues concerning a humanitarian approach of cyberspace in reaching cyber stability, yet the relevance of international humanitarian rules and their connection to usual actions in cyberspace is not apparent or obvious as not all international humanitarian rules may be applicable – protection of war prisoners, how it is possible to identify the victims, to discriminate between civilians' targets and military targets.

4. Solutions for filling in the normative gaps

In addressing the issue of sources of cyber norms, the provisions of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice³³ are the legal framework for discussions and debates.

Concerning the norms on States cyber activities and the lack of an international treaty, the notion of customary international law was addressed. However, the fact that the UNGGE is currently experiencing deadlock and the lack of a uniform approach from States cannot lead to the conclusion that there

³¹ B. Smith, *The need for a digital Geneva Convention*, 17 February 2017, <https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2017/02/14/need-digital-geneva-convention/#sm.0001hkfw5aob5evwum620jqwsabzv>, accessed 10 November 2020.

³² J. Guay, L. Rudnick, *What the Digital Geneva Convention means for the future of humanitarian*, The Policy Lab June 25, 2017, [actionhttps://www.unhcr.org/innovation/digital-geneva-convention-mean-future-humanitarian-action/](https://www.unhcr.org/innovation/digital-geneva-convention-mean-future-humanitarian-action/), accessed 10 November 2020.

³³ Statute of the International Court of Justice forms an integral part of the Charter of the United Nations, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf accessed 10 November 2020.

Article 38 reads as follows:

“1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c) the general principles of law recognized by civilized nations;
- d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.”

is *opinio juris* among Member States. In this regard, the interpretation given by the International Court of Justice in the *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua* is still highly relevant. The Court stated that

*“In considering the instances of the conduct... the Court has to emphasize that, as was observed in the Noth Sea Continental Shelf cases, for a new customary rule to be formed, not only must the acts concerned ‘amount to a settled practice’, but they must be accompanied by the opinio juris sive necessitatis. Either the States taking such action or other States in a position to react to it, must have behaved so that their conduct is évidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the opinio juris sive necessitatis”.*³⁴

Taking into consideration the apparent normative gaps, general principles of International Law and general principles of law in the sense of Article 38 para 1 d) of the Statute of International Court of Justice may be very useful in solving disputes generated by cyber activities. The applicability of general principles of International Law may not actually be contested even though the Internet and Cyberspace are not created or owned exclusively by States. At this point, there is a significant number of results of working groups or group experts that analysed different legal concepts and their implications over cyber activities. This means that States and non-state actors show concern in regulating this environment in order to ensure the stability and responsible behaviour therein. The common feature of all these works and reports is the applicability of rules and principles of International Law in Cyberspace and to actions conducted by different actors. However, no matter how elaborate and complex some of these reports are, there is no indication on how these well-established rules should actually apply.

Moreover, in solving the gaps regarding the applicability of rules and principles of International Law in Cyberspace and for the conduct of States, an evolutive method of interpretation may be used. In this regard, the provisions of Article 31 (3) b of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties³⁵

³⁴ICJ, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of June 1986, para 207, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, accessed 10 November 2020

³⁵ *Vienna Convention on the Law of Treaties*, concluded at Vienna on 23 May 1969, UNTC No. 18232. Article 31 (3) b reads as follows: “3. There shall be taken into account, together with the context:(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;(…)”.

states may prove relevant in establishing the significance of future State practice.

Final remarks

The main purpose of this paper was to demonstrate that regarding regulation of Cyberspace by International Law, States, non-State entities and private actors are acting on equal positions in the process of clarifying the norms applicable, their content and establishing a balance between the existing norms and the future implications of cyber development. At this point, it appears that Cyberspace may not be subject to full State control or State appropriation and therefore, the competences of States as primary actors in International Law are in fact limited in this environment by the rights of other stakeholders. Issues such as State jurisdiction, responsibility (including establishing the imputability of the illegal conduct) and sovereignty in Cyberspace are very sensitive and ambiguous. Future State practice and diplomatic discussions will play an important role in clarifying the meaning of the rules and principles of International Law applicable to States conduct in Cyberspace. In this special and constantly expanding environment States, non-state entities and private actors are acting on equal positions in the process of clarifying the norms applicable, their content and establishing a balance between the existing norms and the future implications of cyber development. At this point, it appears that cyberspace may not be subject to full State control or State appropriation as the notion of State jurisdiction in this matter is a very sensitive one and unregulated. Therefore, States should establish the limits of the “traditional” principles of International Law in Cyberspace and accept the change of the normative paradigm in regulating Cyberspace.

Reflecții juridice cu privire la activitățile de „urmărire”
și „publicitate personalizată” pe rețelele sociale
Legal reflections on tracking and targeted advertising
on social networks

Lăcrămioara Popa, Lorena-Elena Stănescu¹

Rezumat: Activitățile de monitorizare a utilizatorilor și publicitate personalizată în cadrul rețelelor sociale au reprezentat subiectul criticilor din rațiuni psiho-sociale, dar observăm că, după intrarea în vigoare a Regulamentului general privind protecția datelor, instanțele europene n-au ezitat să sancționeze aceste practici. În prezentul articol supunem unei analize comparative politicile de confidențialitate ale principale rețele sociale prin examinarea condițiilor de colectarea a informațiilor despre utilizatori, dar nu numai, și de folosire a acestor pentru scopurile de publicitate. Gândindu-ne la cazul Cambridge Analytica, dincolo de interesele politice aflate la mijloc, înțelegem din analiza faptelor petrecute că supravegherea pasivă a utilizatorilor ce folosesc diverse platforme de socializare a trecut la o formă de control activ a vieților acestora și a structurilor sociale construite organic de către oameni. Prelucrarea automată a profilurilor de utilizatori și recomandarea selectivă doar a unor tipuri de mesaje, respectiv, persoane, pune în pericol însăși libertatea de a alege.

Cuvinte-cheie: rețele sociale; urmărire; publicitate personalizată; profilare; protecția datelor.

Abstract: Users tracking activities and targeted advertising on social networks have been the subject of criticism for psycho-social reasons, but we note that after the entry into force of the General Regulation on the protection of data, European courts have not hesitated to sanction these practices. In this article, we conduct a comparative analysis of the privacy policies of the main social networks by examining the conditions for collecting information about their users, but not only users, and using them for advertising purposes. Considering the case of Cambridge Analytica, beyond the political interests at stake, we understand from the analysis of the past facts that the passive surveillance of users using various social platforms has moved to a form of active control of their lives and the social structures built organically by the people. The automated processing of the users profiles and the targeted recommendation of only certain types of messages, respectively, people, puts in danger the freedom to choose itself.

Keywords: social networks; tracking; targeted advertising; profiling; data protection.

¹ Adresa de e-mail: lacramioara.maftei@gmail.com.

1. Distopia digitală

De principiu, accesarea serviciilor rețelelor sociale este gratuită. Gratuitatea aduce, însă, la pachet un set de condiții contractuale prin care utilizatorul acceptă implicit sau explicit, în funcție de situație, monitorizarea comportamentului său pentru scopul unor servicii de publicitate ce finanțează activitatea platformei digitale. Astfel, se naște „Dilema socială”² ce ne arată că „utilizatorul nu este mereu conștient (n.n. că este monitorizat) și este posibil să nu reiasă imediat din natura serviciului prestat, ceea ce face aproape imposibil ca persoana vizată să facă în practică o alegere în cunoștință de cauză în ceea ce privește utilizarea datelor sale.”³. Această lipsă de vizibilitate a utilizatorului cu privire la datele sale „poate conduce la situații în care utilizatorii pierd orice control asupra difuzării datelor lor, în funcție de modul – transparent sau opac – în care se efectuează colectarea și prelucrarea acestor date”⁴.

Analizând fluxul datelor – provenite direct sau indirect de la utilizatori – se conturează tot mai clar ideea că modelul de afaceri al rețelelor de socializare se bazează pe agregarea și dezvoltarea unor baze de date în vederea extragerii informațiilor ce pot oferi valoare pentru alte companii cum sunt agențiile de publicitate sau firmele ce se promovează în mediul online. Prin urmare, rețelele sociale generează valoare pentru companii.

Într-un efort de a majora profiturile și eficacitatea anunțurilor publicate, companiile dezvoltă constant practici publicitare inovatoare, folosind cele mai avansate tehnologii digitale disponibile. Dintre metodele utilizate pentru creșterea impactului asupra destinatarilor, companiile utilizează metode de publicitate personalizată⁵ ce măresc probabilitatea ca mesajele lor de promovare să ajungă la publicul potrivit.

² Un documentar despre cum sunt construite rețelele sociale și potențialele consecințe asupra dezvoltării societății. Mai multe informații la adresa: <https://financiarintelligence.ro/cnbc-documentarul-de-pe-netflix-dilema-sociala-ii-determina-pe-utilizatorii-de-social-media-sa-regandea-facebook-instagram-si-altele/>, accesată la 14.11.2020.

³ Orientările 2/2019 privind prelucrarea datelor cu caracter personal în temeiul articolului 6 alineatul (1) litera (b) din RGPD în contextul furnizării de servicii online persoanelor vizate, adoptate la data de 8 octombrie 2019, de către Autoritatea Europeană pentru Protecția Datelor, disponibile la adresa: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_ro.pdf, accesată la 14.11.2020, denumite în continuare „Orientările 2/2019”.

⁴ Grupul de lucru „Articolul 29” pentru protecția datelor, Avizul 8/2014 privind evoluțiile recente din sfera internetului obiectelor adoptat la 16 septembrie 2014, p.8, denumit în continuare „Avizul 8/2014”.

⁵ Publicitatea contextuală, publicitatea bazată pe geo-localizare, publicitatea comportamentală.

„*Behavioural targeting*” (publicitatea comportamentală) este un tip de publicitate „bazată pe observarea comportamentului indivizilor în timp, vizând studierea caracteristicilor acestui comportament luând în considerare acțiunile acestora (vizitarea repetată a unor site-uri, interacțiunile, cuvintele cheie, producția de conținuturi online etc.), pentru realizarea unui profil specific și furnizarea, în acest fel, a unor materiale publicitare adaptate intereselor persoanelor vizate, astfel cum pot fi deduse din acest comportament”⁶.

Furnizorii de rețele de socializare intră în posesia datelor: (i) prin colectarea directă de la persoane fizice (de exemplu: postări, mesaje, reacții), (ii) prin colectarea indirectă de la utilizatori prin observarea activității online a acestora, folosind tehnologii de urmărire (de exemplu, cookie-uri, pixeli de urmărire) și (iii) prin obținerea de la terți (platforme de campanii online, servicii de marketing de date și aplicații folosite de utilizatori).

Într-un astfel de scenariu, personalizarea poate avea consecințe grave, deoarece ar putea implica faptul că, comportamentul (ne)utilizatorilor este manipulat, libertatea de autodeterminare și autonomia personală sunt limitate, iar libertatea societății este erodată. Conceptul de „personalizare” ca atare nu este unul nou, deoarece includerea și excluderea fac parte din viața noastră de zi cu zi, precum și adaptarea la situații și, în acest caz, tehnologii noi. Cu toate acestea, controlul facilitat de serviciile de personalizare poate avea consecințe (grave) asupra libertății informației, precum și asupra interesului public al diversității culturale și politice.

Dintre cele mai cunoscute situații în care rețelele sociale au participat, chiar și neintenționat, la campaniile de dezinformare, în Raportul Comisiei LIBE⁷ sunt menționate propagandă politică digitală cu ocazia alegerilor din SUA din 2016⁸, Cambridge Analytica⁹, Referendumul Brexit (2016)¹⁰, campania

⁶ Grupul de lucru „Articolul 29” pentru protecția datelor, Avizul 2/2010 privind publicitatea comportamentală online, din 22 iunie 2010, , p.5.

⁷ Comisia pentru libertăți civile, justiție și afaceri interne din cadrul Parlamentului European, *Disinformation and propaganda – impact on the functioning of the rule of law in the EU and its Member States*, disponibil la adresa: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2019\)608864](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2019)608864), accesată la 12.11.2020, pp. 41-50.

⁸ *Russia 'meddled in all big social media' around US election*, 17.12.2018, disponibil la adresa: <https://www.bbc.com/news/technology-46590890>, accesată la 05.10.2020; S.C. Woolley, P.N. Howard, *Computational propaganda. Political parties, politicians, and political manipulation on social media*, Oxford University Press, New York, 2019, pp.21-40. „*EU strategic communication to counteract anti-EU propaganda by third parties*” din data de 23.11.2016, disponibilă la adresa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IP0441&from=DE>, accesată în 05.10.2020.

⁹ Rezoluția Parlamentului European din 25 octombrie 2018 referitoare la folosirea datelor utilizatorilor Facebook de către Cambridge Analytica și impactul asupra protecției datelor, disponibilă la adresa: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/>

împotriva Rohingya din Myanmar¹¹, precum și alegerile electorale din Franța (2017)¹², campania anti-migranți și anti-Soroș¹³, alegerile generale din Italia din 2018, alegerile prezidențiale din Brazilia din 2018¹⁴.

Studiile de caz ne arată că metodele de urmărire și de profilare a oamenilor și campaniile de manipulare încalcă, direct sau indirect, drepturilor și libertățile omului. Analiza juridică a situațiilor de fapt expuse relevă două categorii principale de probleme : (1) impactul asupra protecției datelor, confidențialității, demnității umane și autonomiei și (2) încălcarea libertății de exprimare și a dreptului de a căuta și primi informații.

Dreptul la viață privată garantează libertatea de autodeterminare a indivizilor, dreptul lor de a fi diferiți, de a avea propria identitate și autonomia de a se angaja în relații, libertatea de alege, autonomia lor în ceea ce privește

document/TA-8-2018-0433_RO.html, accesată la 06.10.2020. K. Ward, *Social networks, the 2016 US presidential election, and Kantian ethics: applying the categorical imperative to Cambridge Analytica's behavioral microtargeting*, *Journal of Media Ethics*, 33:3, 2018, DOI: 10.1080/23736992.2018.1477047, p. 133.

¹⁰ L. Dearden, "Pro-Brexit Twitter Account with 100,000 Followers Could Be Part of Russian 'Disinformation Campaign.'", *The Independent*, August, 2017, articol disponibil la adresa: <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/david-jones-pro-brexit-ukip-twitter-account-russia-fake-bot-troll-trump-disinformation-followers-a7920181.html>), accesată la 12.11.2020. P. Howard, B. Kollanyi, #StrongerIn, and #Brexit: *Computational Propaganda during the UK-EU Referendum*, COMPROP Research note 2016.1: Oxford University, disponibil la adresa: <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1606/1606.06356.pdf>, accesată în 12.11.2020. Comisia pentru libertăți civile, justiție și afaceri interne din cadrul Parlamentului European, *Disinformation and propaganda – impact on the functioning of the rule of law in the EU and its Member States*, pp. 41-42, disponibil la adresa: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2019\)608864](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2019)608864), accesată în 12.11.2020.

¹¹ P. Mozur, *A Genocide Incited on Facebook, With Posts From Myanmar's Military*, *The New York Times*, 18.10.2018, sec. Technology, disponibil la adresa: <https://www.nytimes.com/2018/10/15/technology/myanmar-facebook-genocide.html>, accesat la 12.11.2020. BBC News, *Facebook admits it was used to 'incite offline violence' in Myanmar*, 6.11.2018, disponibil la adresa: <https://www.bbc.com/news/world-asia-46105934>, accesată la 12.11.2020.

¹² Este suspectat Guvernul rus că ar fi urmărit reducerea șanselor de câștig a candidatului „En Marche”, Emmanuel Macron, și promovarea candidatei Frontului Național, Marine Le Pen, prin acțiuni ca „spargerea” adreselor de e-mail și „scurgerea” de informații confidențiale, spionarea pe Facebook, răspândirea propagandei pe RT și Sputnik.

¹³ Conform studiilor, Guvernul maghiar a urmărit consolidarea loialității față de partidul de guvernământ Fidesz și politica sa externă.

¹⁴ A fost folosită aplicația WhatsApp pentru transmiterea alegătorilor de multe mesaje de dezinformare.

– de exemplu – sexualitatea, sănătatea¹⁵, construirea personalității, aspectele sociale și comportamentale și așa mai departe¹⁶.

2. Cu privire la încălcările drepturilor și libertăților fundamentale pe platformele de socializare

Oamenii au devenit detectabili și corelabili mult dincolo de controlul lor, și urmele pe care le produc încep aibă propria identitate, devenind resursele unei rețele de profilare ce generează informații direct sau indirect despre acestea. O astfel de schimbare necesită o monitorizare atentă din perspectiva statului constituțional democratic, deoarece presupune, probabil, o serie de amenințări și riscuri, cum ar fi influențarea comportamentului individual (acționezi diferit dacă știi că urmele pe care le lași vor fi analizate), pierderea controlului, personalizarea și normalizarea conduitei, eroziunea consecventă a libertății atât negative, cât și pozitive, și, nu în ultimul rând, luarea deciziilor nemotivate și unilaterale despre indivizi¹⁷.

Nu putem beneficia de un spațiu virtual sigur, cu o securitate cibernetică eficace, solidă, decât dacă aceasta se bazează pe drepturile și libertățile fundamentale, valori consacrate prin Declarația universală a drepturilor omului, Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene și Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

2.1. Cu privire la activitățile de „tracking”, „profiling” și „microtargeting” a utilizatorilor pe platformele digitale prin intermediul tehnologiilor online

Tehnologiile online de urmărire („tracking”) și de publicitate utilizează informațiile primite de pe browserul și dispozitivul utilizatorului. Principala tehnologie de urmărire utilizată pentru monitorizarea utilizatorilor pe internet se bazează pe „module cookie de urmărire”, ce pot oferi date despre activitatea online a utilizatorilor pentru o perioadă îndelungată de timp și pentru domenii diferite. Din categoria tehnologiile de urmărire mai pot fi menționate utilizarea adreselor IP, a amprentelor digitale, identificatori de dispozitiv – cum ar fi Identificatorii Apple iOS pentru agenții de publicitate („IDFA”) și ID-ul de publicitate Google Android, semnăturilor browserelor.

¹⁵ A se vedea, Ș.R. Tataru, *Protecția datelor cu caracter personal în activitatea farmaciilor online*, Analele științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași Tomul LXIV, Științe Juridice, 2018, Supliment.

¹⁶ P. de Hert, S. Gutwirth, „Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power” în E. Claes, A. Duff, S. Gutwirth (eds.), *Privacy and the criminal law*, Antwerp/Oxford, Intersentia, 2006, p. 70.

¹⁷ M. Hildebrandt, S. Gutwirth (auth.), M. Hildebrandt, S. Gutwirth (eds.), *Profiling the European Citizen: Cross-Disciplinary Perspectives*, Springer Netherlands, 2008, p. 291.

2.2. Exemple de activități de „tracking” și „profiling” desfășurate pe platformele digitale

Facebook are o politică de utilizare a datelor formulată simplu, completă și bine organizată. Ceea ce este îngrijorător constă în faptul că Facebook nu doar colectează date de la utilizatori pe baza propriilor informații oferite de aceștia, ci poate colecta informații despre un utilizator de la prietenii acelui utilizator. Un prieten care-și încarcă contactele de pe telefon sau joacă un test („quiz”) online ar putea, în mod involuntar, să furnizeze informații despre un alți prieteni de-ai săi – utilizatori sau nu ai Facebook-ului –, dar fără acordul acestora din urmă.

Această practică a fost sesizată de Oficiul pentru protecția consumatorilor din Germania, care a contestat ca „neloială prezentarea mențiunilor afișate la apăsarea butonului „Joacă acum” din centralizatorul de aplicații, în special pentru motivul încălcării cerințelor legale privind obținerea unui consimțământ al utilizatorului valid în temeiul legislației în materie de protecție a datelor. În plus, acesta consideră mențiunea finală de la jocul „Scrabble” o condiție comercială generală care dezavantajează în mod nejustificat utilizatorul”¹⁸. În același sens, alte astfel de aplicații despre care s-a descoperit că „scurg” informații sunt FarmVille și Family Tree¹⁹.

Atragem atenția asupra faptului că nu doar utilizatorii platformei de socializare oferă informații despre ei înșiși sau alte persoane²⁰, dar și diverse aplicații – ce fac parte din categoria de parteneri ai Facebook-ului – transferă, uneori automat și fără înștiințarea și consimțământul utilizatorilor, date către Facebook²¹.

În mod implicit, un profil Facebook este setat pentru a permite doar prietenilor auto-selectați să poată vizualiza profilul. Cu toate acestea, setările implicite de vizibilitate ale căutării permit tuturor să vadă fotografia de profil a

¹⁸ Cauza C-319/20: *Facebook Ireland Limited vs. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, Rezumatul cererii de decizie preliminară întocmit în temeiul articolului 98 alineatul (1) din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție, disponibil la adresa: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=230961&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11312023>, accesată la 12.11.2020.

¹⁹ „Privacy violations – the dark side of social media...–BullGuard”, disponibil la adresa: <https://www.bullguard.com/bullguard-security-center/internet-security/social-media-dangers/privacy-violations-in-social-media.aspx>, accesată la 01.09.2020.

²⁰ *A se vedea, C-101/01 Lindqvist [2003] ECR I-12971.*

²¹ În acest articol de la Privacy International, disponibil la adresa: <https://privacyinternational.org/blog/2758/appdata-update>, accesată la 12.11.2020, sunt redate exemple de astfel de aplicații, precum și câteva modalități de limitare a transferării datelor de la aplicațiile accesate către Facebook.

unui utilizator²², lista de prieteni și paginile fanilor. Mai mult, o listă de căutare publică este creată automat și trimisă pentru indexarea motorului de căutare. Astfel, utilizatorii își dezvăluie automat datele personale atunci când nu modifică setările implicite ale profilului lor.

Mai adăugăm că aplicația Facebook instalată pe un telefon Android are acces la camera foto și înregistrarea audio, ceea ce-i permite ca oricând să poată colecta toate imaginile înregistrate cu camera dispozitivului.

De asemenea, chiar și atunci când utilizatorul *logat* în aplicație ori o persoană nu are un cont de Facebook, însă vizitează un website ce are un buton „Like” activ sau o trimitere la această rețea de socializare, Facebook înregistrează *ID*-ul utilizatorului, website-ul vizitat, data și ora accesării, precum și alte informații privitoare la activitatea de navigare pe internet.

Facebook precizează, însă, că scopul înregistrării (temporare, de altfel) ar fi acela de a identifica și rezolva problemele de erori și „bug-uri” în sistemul lor de analiză a interacțiunii utilizatorilor acestor website-uri, de a oferi reclame cât mai relevante, personalizate, și de a-și îmbunătăți serviciile oferite²³.

Mai mult, Facebook utilizează cookie-urile pentru a afișa reclame atunci când utilizatorul este activ pe această platformă, dar și când folosește alte platforme.

Facebook urmărește în mod obișnuit utilizatori, non-utilizatori²⁴ și utilizatori deconectați de pe platforma sa prin intermediul *Facebook Business Tools*. Dezvoltatorii de aplicații transmit datele persoanelor ce le folosesc către platforma Facebook prin intermediul *Facebook Software Development Kit* (SDK), un set de instrumente de dezvoltare software ce ajută dezvoltatorii să construiască aplicații pentru un anumit sistem de operare. Folosind instrumentul *software* gratuit și *open source* numit „*mitmproxy*”, un proxy HTTPS interactiv, aceste aplicații transferă automat datele personale către Facebook în momentul în care un utilizator deschide aplicația, înainte ca aceste persoane să poată fi de acord sau să-și dea consimțământul asupra acestor operațiuni. Activitățile de transfer de date se întâmplă indiferent dacă oamenii au sau nu un cont Facebook sau dacă sunt conectați sau nu la Facebook²⁵.

²² *A se vedea*, cauza C-18/18, Eva Glawischnig-Piesczek împotriva Facebook Ireland Limited.

²³ Similar, Amazon utilizează *cookie*-uri pentru a urmări activitatea *online* a utilizatorilor și pentru a plasa reclame și produse personalizate, în scopuri de publicitate, pe *website*-urile partenere (*Amazon Associates* sau cele ce utilizează *Amazon Checkout*).

²⁴ *A se vedea*, Hotărârea din cazul Duguid v. Facebook, Inc, disponibilă *online* la adresa: <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1905349.html>, accesată la 12.11.2020.

²⁵ Articolul „*Investigating Apps interactions with Facebook on Android*”, publicat de către Privacy International, disponibil la adresa: <https://privacyinternational.org/taxonomy/term/552>, accesată la 01.09.2020.

În cazul platformei Google²⁶, cunoaștem cu toții că aceasta este o companie cu interese și activități în aproape orice subiect legat de internet. Deși politica de confidențialitate, ce acoperă toate serviciile Google, este ușor de citit și foarte clară, poate fi dificil de înțeles cum funcționează în orice, de la Play Store la Google Search, Gmail, Hărți, Android, Youtube și multe altele²⁷. Dominația Google²⁸ înseamnă că, probabil, știe mai multe despre utilizator decât orice altă companie și, probabil, datorită funcțiilor de analiză, chiar decât știe utilizatorul despre sine însuși²⁹.

2.3. Cu privire la posibile încălcări ale legislației protecției datelor cu caracter personal, a normelor privind protecția consumatorilor și a regulilor de concurență

2.3.1. Facebook vs. Bundeskartellamt

La începutul anului 2019, Oficiul privind reglementarea concurenței din Germania, *Bundeskartellamt*, a contestat comportamentul Facebook, argumentând că platforma online s-a aflat într-un abuz de exploatare a consumatorilor prin procesul său de colectare și combinare a datelor din toate unitățile sale de funcționare și din alte surse terțe, fără să fi obținut explicit consimțământul utilizatorilor săi în acest scop. În aceste condiții, încălcarea

²⁶ Mai multe detalii despre politicile Google la adresa: <https://privacy.google.com/businesses/compliance/>, accesată la 12.11.2020.

²⁷ Un judecător federal în luna martie a acestui an, când a aprobat acroful de negociere prin care Google Street View trebuie să plătească suma de 13 milioane de dolari ca urmare a folosirii de vehicule cu acces la rețele Wi-Fi necriptate ale locuințelor oamenilor, cu ajutorul cărora a colectat e-mailuri, parole și alte informații private în perioada 2007-2010. Deși inițial Google s-a apărat motivând că a fost o greșală, ulterior, s-a dovedit că sistemele au fost în mod intenționat proiectate pentru acest scop. – A. Lancaster, articolul „*Judge Approves \$13M Google Street View Privacy Settlement With No Payout to Class*” din 19.03.2020, publicat în Law.com/The Recorder, disponibil la adresa: <https://www.law.com/therecorder/2020/03/19/judge-approves-13m-google-street-view-privacy-settlement-with-no-payout-to-class/>, accesată în 12.11.2020. C. Duffy, articolul „Google agrees to pay \$13 million in Street View privacy case”, publicat în CNN Business, la data de 25.07.2019, disponibil la adresa: <https://edition.cnn.com/2019/07/22/tech/google-street-view-privacy-lawsuit-settlement/index.html>, accesată la 12.11.2020.

²⁸ *A se vedea*, Cazurile conexe C-236/08, C-237/08 și C-238/08 Google France/Inc. v. Louis Vuitton Malletier, cazul AT.39740 – Motorul de căutare Google (Shopping), Cazul AT.40099 – Google Android, cazul AdSense.

²⁹ „*Google Knows You Better Than You Know Yourself*” de J. Carmichael, publicat în data de 19.08.2014, disponibil la adresa: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2014/08/google-knows-you-better-than-you-know-yourself/378608/>, accesată la 28.08.2020.

normelor de protecție a datelor s-a ridicat la un comportament abuziv în temeiul art. 19 GWB, fiind sancționat de către Oficiu ca fapte de încălcare a practicilor comerciale loiale. Facebook nu a oferit consumatorilor o informare autentică pe baza căreia aceștia să-și dea consimțământul informat.

Probabil, condițiile generale în care sunt formulate normele de concurență germane au oferit Oficiului un nivel de flexibilitate în tratarea acestui caz, care altfel ar putea să nu fie de competența Comisiei Europene în aplicarea articolului 102 din TFUE.

Abordarea Oficiului german este inovatoare din mai multe considerente:

- în primul rând, este adoptată o abordare foarte largă în determinarea a ceea ce reprezintă „consimțământul acordat în mod liber” în scopuri de protecție a datelor și se argumentează că o încălcare a normelor de protecție a datelor constituie o încălcare a normelor de concurență;

- în al doilea rând, Oficiul a ridicat problema a ceea ce s-ar aștepta un utilizator rezonabil în ceea ce privește folosirea datelor sale personale;

- în al treilea rând, logica deciziei Oficiului este determinată de înțelegerea – exprimată expres în legislația germană în materie de concurență – că, consumatorii se aflau într-o poziție de „dependență” față de Facebook în rolul acestuia din urmă de furnizor dominant de servicii de social media.

Totuși, în fond, Curtea Regională Superioară din Düsseldorf a anulat Decizia Oficiului privind reglementarea concurenței din Germania din august 2019³⁰. În acest sens, a observat că Decizia s-a abătut în mod necorespunzător de la standardele UE de revizuire în ceea ce privește acuzațiile de putere de piață.

Hotărârea instanței regionale a fost parțial modificată de Curtea Federală de Justiție, care prin Decizia din 23 iunie 2020, a constatat că³¹:

- Facebook folosește termeni și servicii ce permit, de asemenea, prelucrarea și utilizarea datelor utilizatorilor care sunt colectate online în afara platformei Facebook;

- *Bundeskartellamt* a impus platformei Facebook interdicția de a prelucra astfel de date fără acordul suplimentar dat de utilizatori ale căror date erau colectate;

- interdicția decisă de *Bundeskartellamt* poate fi aplicată.

³⁰ „Facebook *./. Bundeskartellamt The Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) in interim proceedings, 26 August 2019, Case VI-Kart 1/19 (V)*”, disponibilă la adresa: <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English.pdf>, accesată la 12.11.2020.

³¹ Comunicat de presă, disponibil la adresa: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf;jsessionid=88166EC965A482B0ED78E68A737FF799.1_cid390?__blob=publicationFile&v=2, accesată la 12.11.2020.

Din analiza Curții Federale de Justiție³² se reține că termenii și condițiile de funcționare a rețelei Facebook sunt structurați într-un mod ce ar putea afecta concurența. Accesul pe care-l are Facebook la o bază de date considerabil de mare crește puterea „efectelor de blocare” („*lock-in effects*”) deja distincte. În plus, această bază de date mai mare îmbunătățește posibilitățile de finanțare a rețelei sociale utilizând profiturile generate din contractele de publicitate ce depind, de asemenea, de sfera și calitatea datelor disponibile. Având în vedere efectele adverse asupra concurenței din perspectiva contractelor de publicitate, nu se poate exclude, în cele din urmă, ca și piața publicității online să fie afectată. Contrar opiniei instanței regionale, nu este necesar să se determine că există o piață separată pentru publicitatea online pentru rețelele de socializare și că Facebook are o poziție dominantă și pe această piață. Consecințele încălcării normelor de concurență nu trebuie să apară pe piața dominată de o companie, ci pot să apară și pe o a treia piață nedominată de această companie.

2.3.2. Facebook vs. Verbraucherzentrale Bundesverband³³

Conform Legii germane federale privind protecția datelor, datele cu caracter personal pot fi colectate și utilizate numai cu acordul persoanei vizate. Pentru a permite utilizatorilor să ia o decizie conștientă, prestatorii de servicii trebuie să furnizeze informații clare și ușor de înțeles despre natura, domeniul de aplicare și scopul utilizării datelor intenționate.

Facebook nu a îndeplinit aceste cerințe. În aplicația Facebook pentru smartphone-uri, de exemplu, a fost pre-activat un serviciu de localizare care dezvăluie locația unui utilizator persoanelor cu care conversează. În setările de confidențialitate, casetele care permiteau motoarelor de căutare să se conecteze la cronologia utilizatorului era presetate ca acceptate. Aceasta însemna că oricine poate găsi rapid și ușor profiluri personale de pe Facebook.

Judecătorii de la de Curtea Regională din Berlin au decis că toate cele cinci setări implicite de pe Facebook sesizate de *Verbraucherzentrale Bundesverband* (Oficiul pentru protecția consumatorilor) sunt invalide ca declarații de consimțământ. Judecătorii au constatat nu există vreo garanție că utilizatorii vor ști chiar că acele setări sunt acolo.

Suplimentar, Curtea Regională din Berlin care a reținut că Facebook a încălcat legislația protecției consumatorilor prin includerea în Termenii și condițiile de funcționare ale platformei de prevederi contractuale ilegale: clauza „*real-name*”, permisiunea implicită ca Facebook să folosească numele și

³² *Ibidem*.

³³ Comunitat de presă al Oficiului pentru protecția consumatorilor din Germania, 14.02.2018, Facebook In Breach Of German Data Protection Law, disponibil la adresa: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/02/14/18-02-12_vzbv_pm_facebook-urteil_en.pdf, accesată la 12.11.2020.

imaginea de profil a utilizatorilor „pentru conținut comercial, sponsorizat sau conex” și condiția implicită de transfer al datele utilizatorilor în S.U.A..

În această speță, recent, instanța germană a adresat Curții de Justiție a Uniunii Europene întrebarea preliminară privind calitatea procesual activă a Autorității pentru protecția consumatorilor (și alte organizații similare) în astfel de litigii³⁴.

3. Perspective de viitor privind publicitatea pe platformele online. Concluzii.

Profilarea cetățenilor prin trasarea unor inferențe bogate despre ei va fi una dintre tendințele-cheie în dezvoltarea și aplicarea viitoare a noilor tehnologii, însă, trebuie avute în vedere instrucțiunile Autorității Europene pentru Protecția Datelor: „serviciile de socializare ar trebui să asigure setări de confidențialitate prestabilite, inclusiv setări care limitează accesarea profilului la propriile contacte selectate de utilizator. Setările ar trebui, de asemenea, să necesite consimțământul utilizatorului înainte ca un profil să devină accesibil unor părți terțe, iar profilurile al căror acces este restricționat nu ar trebui să poată fi găsite prin utilizarea unor motoare de căutare interne.”³⁵.

Prin urmare, publicitatea online bazată pe urmărire trebuie descurajată prin aplicarea riguroasă a Directivei existente privind E-Privacy, a GDPR-ului și prin adoptarea, cel mai curând, a unui regulament robust de E-Privacy, care interzice „*tracking walls*” și include alte garanții conform recomandărilor autorităților de reglementare din domeniu.

De asemenea, drepturile și obligațiile legale ale furnizorilor de platforme digitale ar trebui reglementate în mod clar.

Furnizorii de platforme online nu sunt responsabili pentru conținutul terților, dar ar trebui să răspundă pentru algoritmi lor, pentru respectarea drepturilor omului, inclusiv protecția datelor și pentru administrarea platformelor lor (spre exemplu: exploatarea ilegală a datelor personale obținute pe orice cale de la (ne)utilizatori).

Intermediarii sunt actori importanți în mediul online, deoarece găzduiesc infrastructura și software-ul prin care informațiile sunt procesate și pe care sunt construite comunitățile online. În timp ce Directiva privind comerțul electronic a recunoscut rolul important, dar dificil al intermediarilor online și a

³⁴ Cauza C-319/20 – Facebook Ireland Limited/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., disponibilă la adresa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:62020CN0319>, accesată la 12.11.2020.

³⁵ *Avizul privind promovarea încrederii în societatea informațională...*, op. cit.. Avizul Autorității Europene pentru Protecția Datelor privind promovarea încrederii în societatea informațională prin încurajarea protecției datelor și a confidențialității, punctul 75, Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, C 280/1, 16.10.2010.

introdus un regim special de protecție juridică pentru unii dintre acești intermediari, poziția intermediarilor rămâne, totuși, dificilă. Instanțele judecătorești nu știu în ce măsură ar trebui să răspundă intermediarii pentru informațiile prelucrate de terți; utilizatorii nu știu în ce măsură intermediarii pot folosi conținutul pe care l-au încărcat către intermediar; guvernele vor să reducă bariera pentru a deveni intermediar online, dar în același timp le impun funcții de poliție; unii intermediari (Web 2.0 și *cloud computing*) ce sunt actori-cheie în prezent, nu sunt acoperiți conform prevederilor Directivei privind comerțul electronic³⁶.

Consumatorii joacă un rol important în protejarea confidențialității informațiilor atunci când navighează pe internet. De exemplu, atât tehnologiile de îmbunătățire a confidențialității (PET), cât și Platforma pentru preferințe de confidențialitate (P3P) plasează sarcina protejării datelor asupra utilizatorilor. Ne-a surprins plăcut abordarea tot mai fermă a AEPD ce promovează „cazul în care browserele ar fi prevăzute cu setări de confidențialitate prestabilite. Cu alte cuvinte, dacă ar fi prevăzute cu setarea „neacceptarea modulelor cookie terțe”. (...) Utilizatorii care doresc să fie monitorizați cu scopul de a primi mesaje publicitare vor fi informați corespunzător și vor trebui să modifice setările browserului. Astfel, aceștia vor avea control sporit asupra datelor lor personale și confidențialității.”³⁷.

De asemenea, autoritățile de protecție a datelor ar trebui încurajate și susținute în direcția de exercitare a competențelor în temeiul articolului 58 din GDPR, inclusiv efectuarea de investigații privind practicile de micro-targeting a agențiilor de publicitate și companiilor de analiză a datelor pe platformele digitale. Totodată, considerăm benefic un exercițiu de verificare a platformelor digitale din perspectiva respectării principiilor *privacy by default and by design*, precum și a normelor referitoare la consimțământul liber, fără ambiguități și informat.

De altfel, în Avizul AEDP privind promovarea încrederii în societatea informațională prin încurajarea protecției datelor și a confidențialității³⁸, se menționează că, pe lângă auto-reglementare, ar trebui implementate standarde minime de protecție. În categoria acestor standarde minime de protecție pot fi incluse și măsurile tehnice și organizatorice adecvate („atât în momentul proiectării sistemului de prelucrare, cât și în cel al prelucrării în sine”), pentru a menține securitatea și a preveni prelucrarea neautorizată.

³⁶ DLA Piper, *EU study on the New rules for a new age? Legal analysis of a Single Market for the Information Society*, p. 23, disponibil la adresa: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/legal-analysis-single-market-information-society-smart-20070037>, accesată la 12.11.2020.

³⁷ *Avizul privind promovarea încrederii în societatea informațională...*, op. cit.

³⁸ *Ibidem*.

În Orientările nr. 4/2019, AEPD recomandă ca măsurile și garanțiile ce apără principiul echității și, de asemenea, drepturile și libertățile persoanelor vizate, în special dreptul la informație (transparență), dreptul la intervenție (acces, ștergere, portabilitatea datelor, rectificare) și dreptul de a limita prelucrarea (dreptul de a nu fi supus la luarea deciziilor individuale automatizate și nediscriminarea persoanelor vizate în astfel de procese) să fie bazate pe câteva elemente-cheie precum: autonomie, interacțiune, așteptări, nediscriminare, neexploatare, alegerea consumatorului, echilibrul de putere, fără transfer de risc, fără înșelăciune, respectarea drepturilor, a normelor de etică și a adevărului, intervenție umană și algoritmi echitabili.

În concluzie, tehnologia nu este incompatibilă cu modul nostru de viață, dar, totuși, modelul de business ales de furnizorii de platforme digitale amintiți determină sancționarea derapajelor ce afectează dezvoltarea organică a omului și a societății în ansamblul ei.