



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

ȘTIINȚE JURIDICE

TOM LXVI / II, 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. **MARIUS NICOLAE BALAN**

Conf. dr. **IOANA MARIA COSTEA**

Lect. dr. **MIHAI DUNEA**

Conf. dr. **SEPTIMIU VASILE PANAINTE**

Lect. dr. **NICOLAE HORIA ȚIȚ**

Dezvoltare pagină WEB: CIPRIAN ICHIM

Redactor: dr. MARIUS-NICUȘOR GRIGORE

Tehnoredactare: FLORENTINA CRUCERESCU

ISSN: 1221-8464

ISSN-L: 1221-8464

Adresa redacției:

Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

Facultatea de Drept

Bd. Carol I, nr. 11

Iași, România, 700506

Volumul are la bază lucrările Sesiunii de comunicări științifice *Influențe actuale ale jurisprudenței instanțelor europene asupra dreptului românesc* prilejuită de aniversarea a 165 de ani de învățământ juridic la Iași, desfășurată online la Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, în cadrul evenimentului „Dies Academici”, la data de 30.10.2020.

Organizarea sesiunii de comunicări științifice a fost coordonată de conferențiar dr. Ioana Maria Costea și lector dr. Nicolae-Horia Țiț.

Cuprins

Cuvânt înainte (Ioana Maria Costea).....	7
--	---

Drept privat

Cauza C-380/19: reviriment al standardului obligației de informare impusă comercianților în legătură cu soluționarea alternativă a litigiilor (SAL) Aura-Elena Amironesei.....	11
Modificări/remake-uri recente ale Legii nr. 17/2014 cu privire la dreptul de preempțiune la vânzarea de terenuri agricole situate în extravilan, în lumina jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene Mirela Carmen Dobrilă	25
Apprecierea caracterului abuziv al clauzelor contractuale în cazuistica recentă a CJUE și impactul acesteia asupra jurisprudenței naționale: schimbări palpabile sau implicare secvențială? Juanita Goicovici	47
Familia și viața de familie în sistemul de drept românesc. E timpul pentru o schimbare? Lucia Irinescu	65
The Wrong Side of Heaven and the Righteous Side of Hell: CJUE față cu Uber. Exploatarea economiei colaborative Codrin Macovei.....	77
Încuviințarea executării silite a debitorului consumator – exigențe europene, realități naționale Nicolae-Horia Țiț.....	91
Calificarea europeană a acțiunii în răspundere civilă intentată împotriva unui cocontractant și efectele acesteia. Cauza CJUE C-59/19 Carmen Tamara Ungureanu	111

Științe Penale

Evoluția aplicării în jurisprudența națională a jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului în materia principiului „non bis in idem”. Studii de caz Ancuța Blănariu.....	127
Confidențialitatea relației avocat-client în cauzele penale Mirela Mihaela Elisei (căs. Apostol)	141

Modelarea statutului expertului în România ca efect al hotărârilor CEDO Ancuța Elena Franț.....	155
Limite ale valorificării art. 6 CEDO, dreptul la un proces echitabil, în cazul de recurs în casație prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 7 din Codul de procedură penală Mădălin Marian Pușcă, Costin Cristian Pușcă	165
Revizuirea în cazul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului. Consecințele încălțării drepturilor prevăzute de Convenție Manuela Maria Pușcă, Andrei Claudiu Rus	185

Drept Public, Drept European și Studii Europene

Europa și merele de aur... Sau despre lectura normei fiscale prin regulile pieței unice Ioana Maria Costea	199
Rolul patern în viziunea judecătorilor europeni și impactul deciziilor acestora asupra jurisprudenței române Ana-Maria Goldan	211
Implicații ale dreptului Uniunii Europene asupra reformelor sistemului judiciar. Succint comentariu al Opiniei Avocatului General din 23 septembrie 2020 în cauzele reunite C-83/19, C-127/19, C195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19 Carmen Moldovan.....	227
Analiză privind prioritatea dreptului unional față de legislația națională. Prevalența dreptului unional asupra constituțiilor statelor membre Călin Ioan Rus	241
Chestiunea prejudicială în cadrul procedurilor de arbitraj Tudor-Matei Rusu	257
Impactul jurisprudenței CEDO în materie de violență domestică Snejana Sulima	269

Table of contents

Foreword (<i>Ioana Maria Costea</i>).....	7
---	---

Private law

Case C-380/19: a Renewal of the Standards of the Information Obligation which is imposed to Traders in Relation to Alternative Dispute Resolution (ADR Aura-Elena Amironesei.....	11
Recent Amendments / Remakes of Law no. 17/2014 on the Right of Preemption for the Sale of Agricultural Land located outside the Built-up Area. Correlations with Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union Mirela Carmen Dobrilă	25
The Evaluation of the Unfair Contractual Terms in CJEU's Recent Judgements and its Impact on the National Jurisprudence: Tangible Changes or a Sequential Impact? Juanita Goicovici	47
Family and family life in the Romanian legal system. Is it time for a change? Lucia Irinescu	65
The Wrong Side of Heaven and the Righteous Side of Hell: ECJ Meets the Über-influential Gig Economy Codrin Macovei.....	77
Approval of Enforcement of Consumers - European Requirements, National Realities Nicolae-Horia Țiț.....	91
European Characterisation of a Civil Liability Claim brought against the Co-contractual Party and its Effects. Case (CJEU) C-59/19 Carmen Tamara Ungureanu	111

Criminal Sciences

The Evolution of the Application in the National Jurisprudence of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Matter of the „ <i>non bis in idem</i> ”. Principle. Case Studies Ancuța Blanariu.....	127
The confidentiality of lawyer-client relation in criminal cases Mirela Mihaela Elisei (căs. Apostol)	141
Shaping the Status of the Expert in Romania as an Effect of ECHR Decisions Ancuța Elena Franț.....	155

Limits of Capitalization of art. 6 ECHR, the Right to a Fair Trial, in case of Appeal in Cassation provided by Art. 438 Par. (1) Point 7 of the Code of Criminal Procedure Mădălin Marian Pușcă, Costin Cristian Pușcă	165
---	-----

Review in the Case of the Decisions of the European Court of Human Rights. Consequences of a Violation of the Rights under the Convention Manuela Maria Pușcă, Andrei Claudiu Rus	185
---	-----

Public Law, European Law and European Studies

Europe and the golden apples ... Reading fiscal law through Single Market regulation Ioana Maria Costea	199
---	-----

The Paternal Role in the Vision of European Judges and the Impact of their Decisions on the Romanian Jurisprudence Ana-Maria Goldan	211
---	-----

Impact of the European Union law on judicial reforms. Brief remarks on the Advocate General's Opinion of 23 September 2020 in joined cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19 Carmen Moldovan.....	227
--	-----

An overview on European law's priority over national law. The Preeminence of the European law over the Member States' Constitutions Călin Ioan Rus	241
--	-----

Preliminary Rulings in the Arbitral Procedures Tudor-Matei Rusu	257
--	-----

The Impact of the ECHR Case-law on the Domestic Violence Regulations Snejana Sulima	269
--	-----

Cuvânt înainte

Foreword

165 de ani de învățământ juridic ieșean. Ce sunt 165 de ani? În rotația planetelor, doar timpul unui răsărit. În mișcarea sufletului, sunt mii de examene, de vis împlinite, de înfrângeri cu lecțiile lor și de victorii binemeritate.

165 de generații de juriști, o panoplie de speranțe, acte de creație și milioane de clipe de inspirație. Azi, în prezența acestei istorii, ducem mai departe misiunea lor și a noastră de a crea conștiințe și valori, de a pune o piatră la temelia societății noastre. Aceasta misiune ne onorează și ne obligă. Vom încerca, cum nu am mai încercat, vom lupta, cum nu am mai luptat pentru adevăr, bine și frumos.

Have the heart of a giant but know you're a man!

Decanul de azi,
Ioana Maria Costea

Drept privat

Private law

Cauza C-380/19: reviriment al standardului obligației de informare impusă comercianților în legătură cu soluționarea alternativă a litigiilor (SAL)

Case C-380/19: a Renewal of the Standards of the Information Obligation which is imposed to Traders in Relation to Alternative Dispute Resolution (ADR)

Aura-Elena Amironesei¹

Rezumat: Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene pronunțată în cauza C-380/19 a instituit un nou standard al obligației de informare ce revine comercianților în temeiul art. 13 din Directiva 2013/11/UE. În cadrul articolului, vom analiza în primul rând raționamentul Curții și ecourile hotărârii în legislația internă. La 5 ani de la adoptarea OG nr. 38/2015 prin care a fost transpusă directiva, procedurile SAL sunt utilizate cu precădere în anumite domenii de activitate, iar noul conținut al obligației de informare este de natură să influențeze cuprinsul documentelor online și offline de natură contractuală ce emană de la comercianții care utilizează în prezent proceduri de tip SAL pentru soluționarea litigiilor.

Cuvinte-cheie: SAL; obligație de informare; soluționare alternativă a litigiilor; comercianți; consumatori; Directiva 2013/11/UE

Abstract: The Judgement of the Court of Justice of the European Union in Case C-380/19 has set a new standard for the information obligation imposed on traders under Art. 13 of Directive 2013/11/UE. The current article intends to firstly analyze the reasoning of the Judgement and its general resonance for the Romanian law. After 5 years since the adoption of Government Ordinance no. 38/2015 which transposes the Directive, ADR procedures are mainly used in specific fields of activity, and the new dimension of the information obligation is likely to impact the content of contractual online and offline documents drafted by the traders that are using ADR procedures for dispute resolution.

Keywords: ADR; information obligation; alternative dispute resolution; traders; consumers; Directive 2013/11/UE

Introducere

Prin articol se urmărește interpretarea și reliefaarea importanței hotărârii pronunțate în Cauza (CJUE) C-380/19 în materia SAL atât la nivel european, cât și cu precădere la nivel național. La începutul articolului, va fi schițată o prezentare

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

generală a Directivei privind SAL în materie de consum, fiindcă aceasta constituie cadrul legal al cauzei, întrebările preliminare fiind legate de interpretarea unor dispoziții din cuprinsul său.

În a doua secțiune, va fi prezentată reglementarea SAL în România, actul normativ prin care a fost transpusă Directiva privind SAL în materie de consum și dezvoltarea utilizării procedurilor SAL, astfel încât să se schițeze cadrul național ce urmează a fi influențat de hotărârea pronunțată în Cauza (CJUE) C-380/19.

În a treia secțiune, vor fi tratate, în mod detaliat, elementele de fapt și de drept ale cauzei, considerentele și hotărârea pronunțată de CJUE.

În ultima secțiune, urmată de concluzii, va fi interpretată hotărârea și vor fi analizate implicațiile hotărârii CJUE în dreptul național și în activitatea profesioniștilor români care se angajează sau sunt obligați să recurgă la proceduri SAL.

1. Scurte considerații teoretice cu privire la Directiva privind SAL în materie de consum²

Adoptarea Directivei privind SAL în materie de consum a urmărit instituirea accesului la mijloace mai simple, rapide și necostisitoare pentru soluționarea litigiilor naționale și transnaționale, ce se ivesc între consumatori și comercianți, în urma încheierii unor contracte *business-to-consumer* de vânzare sau de prestări servicii³. Astfel, a fost reglementată prin intermediul său soluționarea alternativă a litigiilor (SAL), o soluție extrajudiciară eficientă și gratuită pentru consumatori, care presupune sesizarea și investirea unor entități SAL cu soluționarea litigiului apărut⁴ sau a reclamațiilor ce reflectă neînțelegerile dintre consumatori și comercianți.

Frica și neîncrederea față de modalitatea de soluționare a unor eventuale litigii născute din contractele *business-to-consumer* este de natură să constituie o barieră în piața internă, în asigurarea liberei circulații a bunurilor și serviciilor. Prin adoptarea Directivei privind SAL în materie de consum, s-a urmărit eliminarea acestei bariere din calea bunei funcționări a pieței interne, determinarea consumatorilor să facă achiziții dincolo de granițele naționale și încurajarea comercianților să vândă sau să presteze servicii pentru consumatorii din alte state membre⁵.

² Directiva 2013/11/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 mai 2013 privind soluționarea alternativă a litigiilor în materie de consum și de modificare a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 și a Directivei 2009/22/CE publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 165/63, din 18. 6. 2013.

³ Considerentul 4 din Preambulul Directivei privind SAL în materie de consum.

⁴ M. Knigge, C. Pavillon, *The legality requirement of the ADR Directive: just another paper tiger?*, în *Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 4/2016, [Online] la https://www.researchgate.net/publication/298397287_The_legality_requirement_of_the_ADR_Directive_just_another_paper_tiger, accesat 26.10.2020, pp. 155.

⁵ Considerentul 6 din Preambulul Directivei privind SAL în materie de consum.

Directiva privind SAL în materie de consum a consolidat și continuat construcția juridică începută odată cu cele două Recomandări ale Comisiei Europene din 1998⁶ și din 2001⁷. Prin aceasta s-a urmărit structurarea unui cadru legal care să ofere consumatorilor proceduri SAL de înaltă calitate, realizate de persoane imparțiale, independente, transparente și cu expertiză⁸.

Principalele aspecte pe care Directiva le reglementează sunt: condițiile pentru prezentarea unei reclamații sau a unui litigiu spre soluționare entităților care desfășoară activități de soluționare alternativă a litigiilor (entități SAL), entitățile SAL (înființarea lor, cerințele de transparență și imparțialitate impuse persoanelor din cadrul entităților, transparența ce cade în sarcina entității SAL, adoptarea regulilor proprii de procedură) și condițiile pe care trebuie să le îndeplinească, procedurile SAL (alături de cerințele eficacității și corectitudinii și mecanismele posibile), rezultatele procedurilor SAL, obligația de informare cu privire la SAL și autoritatea competentă în materie. În continuare, vom prezenta succint entitățile SAL și mecanismele SAL, iar obligația de informare ce trebuie îndeplinită de comercianți urmează a fi tratată în expunerea Cauzei (CJUE) C-380/19.

Entitățile SAL reprezintă acele organisme care oferă posibilitatea de a soluționa un litigiu printr-o procedură SAL, îndeplinesc cerințele impuse de lege, sunt înscrise pe listele întocmite de autoritățile competente în urma evaluării lor și sunt stabilite pe o bază durabilă (nu se înființează *ad-hoc*). Acestea au o serie de obligații instituite de Directivă în sarcina lor, printre care: să dețină un site de internet actualizat care să ofere informații cu privire la procedura SAL și care permite depunerea reclamațiilor și a înscrisurilor doveditoare în sistem *online*, să permită consumatorilor să depună reclamații și *offline*, să permită schimbul de informații între comercianți și consumatori prin poștă sau prin mijloace electronice, să accepte inclusiv litigii transfrontaliere, să respecte normele privitoare la prelucrarea datelor cu caracter personal și să se asigure că persoanele responsabile din cadrul lor îndeplinesc cerințele impuse de lege etc. În principiu, entitățile SAL se înființează în domenii specifice de activitate, dar statele membre pot desemna entități SAL complementare care să aibă competență în domeniile de activitate în care nu sunt înființate entități SAL specializate.

⁶ European Commission, *Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes*, [Online] la <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0c096a7b-99f5-4794-93e6-e2bc374308ff/language-en>, accesat 25.10.2020.

⁷ European Commission, *Recommendation 2001/310/EC of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes*, [Online] la https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001H03_10&from=FR, accesat 25.10.2020.

⁸ A. Biard, *Impact of Directive 2013/11/EU on Consumer ADR Quality: Evidence from France and the UK*, Journal of Consumer Policy, 42 (1), Springer, 2019, [Online] la <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6743740/>, accesat 27.10.2020, pp. 109.

Cu privire la procedurile SAL, acestea pot fi bazate pe două mecanisme: mecanismul de propunere a soluției și mecanismul de impunere a soluției⁹. Diferența între cele două este dată de caracterul obligatoriu al soluției date de entitatea SAL. În cadrul procedurii de propunere, ambele părți au posibilitatea de a nu accepta soluția propusă, dreptul de a se retrage oricând din procedură și calea unei proceduri judiciare deschisă în continuare. Excepția este dată de situația în care soluția este obligatorie pentru comerciant și poate fi refuzată doar de către consumator, deci nu de ambele părți. Procedura SAL cu soluție impusă se finalizează cu o soluție obligatorie pentru comerciant și consumator.

2. Cadrul legal național privind SAL și dezvoltarea națională a SAL

Directiva privind SAL în materie de consum a fost transpusă prin Ordonanța nr. 38 din 26 august 2015 privind soluționarea alternativă a litigiilor dintre consumatori și comercianți¹⁰. Au fost exprimate mai multe nemulțumiri legate de inconsecvența terminologiei utilizate cu cea care se regăsește în legislația română și anume, noțiunea de comerciant care de fapt are echivalentul „profesionistului”¹¹ din art. 3 alin. (2) din C. civ. O.G. nr. 38/2015 cuprinde în plus față de Directivă și aspecte legate de soluționarea online a litigiilor (SOL) preluate din Regulamentul (UE) nr. 524/2013 care prevede instituirea unei platforme SOL. Prin intermediul său, a fost desemnată drept autoritate competentă Ministerul Economiei, Energiei și Mediului de Afaceri, prin compartimentul pentru Soluționarea alternativă a litigiilor (SAL), din cadrul Direcției Juridice și Relații Instituționale¹². Autoritatea competentă este cea care centralizează informațiile despre entitățile SAL, evaluează dacă entitățile ce îi sunt notificate pot fi considerate entități SAL ce intră în domeniul de aplicare al directivei și dacă îndeplinesc cerințele de calitate și întocmește o listă cu entitățile SAL din statul membru.

Entitățile SAL din România la momentul actual sunt ANPC și SAL-Fin¹³, iar în domeniul bancar există Centrul de soluționare alternativă a litigiilor în

⁹ Uniunea Națională a Barourilor din România, *Soluționarea alternativă a litigiilor dintre consumatori și comercianți*, 31. 08.2015, [Online] la <https://www.unbr.ro/solutionarea-alternativa-a-litigiilor-dintre-consumatori-si-comercianti/>, accesat 25.10.2020.

¹⁰ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 654 din 28 august 2015.

¹¹ C. T. Ungureanu, *Soluționarea alternativă a litigiilor (SAL) dintre profesioniști și consumatori conform O.G. nr. 38/2015*, în volumul Conferinței „160 de ani de învățământ juridic ieșean”, Editura Hamangiu, București, 2015, pp. 87-98; Uniunea Națională a Barourilor din România, *Soluționarea alternativă a litigiilor dintre consumatori și comercianți*, 31. 08.2015, [Online] la <https://www.unbr.ro/solutionarea-alternativa-a-litigiilor-dintre-consumatori-si-comercianti/>, accesat 25.10.2020.

¹² Pentru detalii referitoare la autoritatea competentă, a se accesa, <http://www.economie.gov.ro/aparat-propriu/economie/solutionarea-alternativa-a-litigiilor>, accesat 28.10.2020.

¹³ Pentru detalii, a se vedea, Autoritatea de Supraveghere Financiară, *SAL-Fin*, [Online] la <https://asfromania.ro/consumatori/sal-fin>, accesat 28.10.2020.

domeniul bancar¹⁴ (CSALB) nominalizat chiar prin O.G. nr. 38/2015. S-a pus și problema posibilității de a înființa în cadrul Uniunii Naționale a Barourilor din România (UNBR) o entitate sectorială SAL care să aibă competență în soluționarea litigiilor privind contractele de asistență juridică încheiate între avocați și clienții care au calitatea de consumator¹⁵, propunere ce nu a fost primită favorabil în considerarea prevederilor Legii nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat.

Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor (ANPC) este entitate SAL ce își îndeplinește atribuțiile specifice în temeiul O.G. nr. 38/2015, prin intermediul Direcției de soluționare alternativă a litigiilor¹⁶, aceasta având și rol de entitate SAL complementară¹⁷ în prezent, în baza art. 20 din O.G. nr. 38/2015. O societate pe care am identificat-o ca informând în mod detaliat consumatorii cu privire la posibilitatea lor de a se adresa ANPC pentru a beneficia de o procedură SAL este H&M Hennes&Mauritz SRL¹⁸. O altă societate care, în schimb, are doar o referire sumară la posibilitatea de a beneficia de SAL, este Elefant Online SA¹⁹, care a inclus acest aspect direct în termenii și condițiile generale. Practica S.C. Dante International S.A. („eMag”) este de a nu face nicio referire la SAL în termenii și condițiile generale afișate pe site-ul web, ci a inserat în footer-ul paginii link-ul ANPC²⁰. ANPC utilizează pentru procedurile SAL

¹⁴ Pentru detalii referitoare la Centrul de soluționare alternativă a litigiilor în domeniul bancar, a se accesa, [Online] <https://www.csalb.ro/>, accesat 28.10.2020.

¹⁵ Pentru mai multe detalii, a se vedea, Uniunea Națională a Barourilor din România, Punct de vedere cu privire la nominalizarea Uniunii Naționale a Barourilor din România ca „autoritate competentă” în domeniul de aplicare al Directivei 2013/11/UE a Parlamentului European și a Consiliului privind soluționarea alternativă a litigiilor în materie de consum, 7.02.2018, [Online] la <http://www.unbr.ro/punct-de-vedere-cu-privire-la-nominalizarea-uniunii-nationale-a-barourilor-din-romania-ca-autoritate-competenta-in-domeniul-de-aplicare-al-directivei-2013-11-ue-a-parlamentului-europ/>, accesat 25.10.2020.

¹⁶ Pentru detalii referitoare la ANPC drept entitate SAL, a se accesa, [Online], <http://www.economie.gov.ro/aparat-propru/economie/solutionarea-alternativa-a-litigiilor>, accesat 28.10.2020.

¹⁷ Conform art. 5 alin. (3) din O.G. nr. 38/2015, „În situația în care nu există o entitate de soluționare a litigiilor competentă pentru anumite sectoare de activitate, poate fi creată o entitate SAL complementară (...) care să fie competentă să soluționeze litigiile din cadrul respectivelor sectoare de activitate”.

¹⁸ A se vedea în acest sens site-ul web al societății H&M, prevederile legate de SAL fiind disponibile [Online] la https://www2.hm.com/ro_ro/customer-service/legal-and-privacy/alternative-dispute-resolution.html, accesat 27.10.2020.

¹⁹ A se vedea în acest sens site-ul web al societății Elefant Online SA, prevederile legate de SAL fiind disponibile [Online] la <https://www.elefant.ro/helpdesk/safety-security-privacy/terms-and-conditions#chapter15>, accesat 27.10.2020.

²⁰ A se vedea în acest sens site-ul web al societății S.C. Dante International S.A., prevederile legate de SAL fiind disponibile [Online] la https://www.emag.ro/info/termeni-si-conditii?ref=footer_4_2, accesat 27.10.2020.

mecanismul de propunere a unei soluții părților²¹, ceea ce permite ambelor părți să nu accepte soluția propusă. În cazul în care soluția nu este acceptată, consumatorul este informat despre căile administrative și cele judiciare de care poate dispune pentru soluționarea litigiului sau a reclamației sale.

SAL-Fin este entitate SAL înființată în cadrul Autorității de Supraveghere Financiară²² (ASF) și are competență în soluționarea reclamațiilor și litigiilor din domeniul non-bancar. Aceasta este reglementată prin Regulamentul ASF nr. 4/2016 privind organizarea și funcționarea Entității de Soluționare Alternativă a Litigiilor în domeniul financiar nonbancar (SAL-FIN)²³. Entitățile care sunt autorizate, reglementate sau/și supravegheate de către ASF sunt obligate să informeze consumatorii cu privire la dreptul lor de a apela la SAL-Fin pentru soluționarea alternativă a litigiilor. Exemple de astfel societăți sunt Groupama²⁴, Omniasig²⁵, City Insurance, Allianz Țiriac²⁶ etc. SAL-Fin utilizează atât mecanismul de propunere a unei soluții²⁷, cât și cel de impunere a unei soluții²⁸, alegerea fiind lăsată la latitudinea consumatorului.

În ceea ce privește volumul de activitate și utilizarea procedurilor SAL în România, din statisticile oferite de SAL-Fin²⁹ rezultă o creștere graduală

²¹ Pentru mai multe detalii, a se vedea, Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor, Ce înseamnă SAL, 25.04.2017, [Online] la <https://anpc.ro/articol/935/ce-inseamna-sal>, accesat 26.10.2020.

²² Pentru mai multe detalii legate de SAL-Fin, a se vedea, Autoritatea pentru Supraveghere Financiară, *SAL-Fin*, â [Online] la <https://asfromania.ro/consumatori/sal-fin>, accesat 27.10.2020.

²³ Publicat în Monitorul Oficial nr. 383 din 19 mai 2016.

²⁴ Pentru detalii despre soluționarea alternativă a litigiilor cu Groupama, a se vedea, *Soluționarea alternativă a litigiilor*, [Online] la <https://www.groupama.ro/utile/soluționarea-alternativa-a-litigiilor>, accesat 28.10.2020.

²⁵ Pentru detalii despre soluționarea alternativă a litigiilor cu Omniasig, a se vedea, *Soluționare alternativă litigii*, [Online] la <https://www.omniasig.ro/soluționare-alternativa-litigii.html>, accesat 28.10.2020.

²⁶ Pentru detalii despre soluționarea alternativă a litigiilor cu Allianz Țiriac, a se vedea, *Aspecte legale*, [Online] la https://www.allianztiriac.ro/ro_RO/aspecte-legale.html, accesat 28.10.2020.

²⁷ Autoritatea de Supraveghere Financiară, *Procedura pentru soluționarea alternativă a litigiilor prin propunerea unei soluții în cadrul SAL-FIN – PPS*, Procedură din 25 martie 2019, [Online] la <http://www.salfin.ro/wp-content/uploads/2019/05/Procedura-pentru-solu%C5%A3ionarea-alternativ%C4%83-a-litigiilor-prin-propunerea-unei-solu%C5%A3ii-%C3%AEEn-cadrul-SAL-FIN.pdf>, accesat 27.10.2020.

²⁸ Autoritatea de Supraveghere Financiară, *Procedura pentru soluționarea alternativă a litigiilor prin impunerea unei soluții în cadrul SAL-FIN – PIS*, Procedură din 25 martie 2019, [Online] la <http://www.salfin.ro/wp-content/uploads/2019/05/Procedura-pentru-solu%C5%A3ionarea-alternativ%C4%83-a-litigiilor-prin-impunerea-unei-solu%C5%A3ii-%C3%AEEn-cadrul-SAL-FIN.pdf>, accesat 27.10.2020.

²⁹ Autoritatea de Supraveghere Financiară, Entitatea de soluționare alternativă a litigiilor în domeniul financiar non-bancar, *Raport privind activitatea desfășurată de entitatea SAL-Fin și de Colegiul de Coordonare a acestora în anul 2019*, [Online] la

semnificativă a sesizării acesteia de către consumatori, iar din recenziile oferite se poate observa că treptat se atinge scopul propus în Directiva privind SAL în materie de consum.

În principiu, procedurile SAL nu sunt obligatorii pentru comerciant și nici pentru consumator, investirea unei entități SAL cu soluționarea unui litigiu realizându-se în mod voluntar de către consumator. Totuși, atunci când un comerciant se angajează să utilizeze proceduri SAL, această formă de soluționare extrajudiciară a litigiilor devine obligatorie doar pentru comerciant³⁰. Un astfel de angajament existent trebuie comunicat consumatorului în conformitate cu art. 25 alin. (2) din O.G. nr. 38/2015. Interpretând *per a contrario* art. 14 din O.G. nr. 38/2015, se conturează și cazul în care SAL este obligatorie pentru ambele părți. Astfel, acordul prin care comerciantul și consumatorul stabilesc să deducă diferențele dintre ei spre soluționare unei entități SAL este obligatoriu dacă este încheiat după apariția litigiului, precum și dacă este încheiat înainte de apariția litigiului, sub condiția ca acordul să nu conducă la privarea consumatorului de posibilitatea de a se adresa autorității competente și să nu împiedice accesul la justiție. Condițiile impuse pentru obligativitatea unui astfel de acord derivă din faptul că SAL nu reprezintă o alternativă la justiția statală, formală, care să o excludă³¹, ci este un mijloc prin care pot fi soluționate disensiuni cu celeritate și costuri minime fără a apela la instanțele de judecată care presupun întocmai contrariul. Atunci când consumatorul este nemulțumit de soluție, se poate adresa instanței³².

Se poate observa că în materia obligativității și utilizării SAL o importanță deosebită o are informarea consumatorului de către comerciant. Această obligație de informare face obiectul Cauzei C-380/19.

3. Cauza C-380/19. Situația de fapt și Hotărârea CJUE pronunțată în cauză

În luna mai a anului 2019, a fost trimisă o cerere de decizie preliminară către Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), ce a format obiectul Cauzei C-380/19, iar la data de 25 iunie 2020 a fost pronunțată o hotărâre în cauză, hotărârea fiind chiar prima și singura în materia SAL din practica instanței europene. Adiacent caracterului său pionier în jurisprudența în materie SAL, hotărârea are și o serie de implicații asupra reglementărilor în domeniu și asupra activității comercianților.

<http://www.salfin.ro/wp-content/uploads/2020/03/Raport-SAL-Fin-2019.pdf> accesat 27.10.2020.

³⁰ C. T. Ungureanu, *op. cit.*, pp. 6, 7.

³¹ Ștefan Răzvan Tătaru, *Soluționarea prin mijloace alternative a litigiilor apărute în comerțul internațional cu produse farmaceutice*, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași Științe Juridice*, TOMUL LXIV, nr. I, 2018, pp. 205.

³² C. T. Ungureanu, *op. cit.*, pp. 7.

Situația de fapt în cauza CJUE C-280/19³³ este dată de un litigiu principal ale cărui părți sunt o bancă cooperativă (DAÄB) și Uniunea Federală. Acesta privește practicile băncii în materie de informare a consumatorilor cu privire la faptul că se supune procedurilor de soluționare alternativă a litigiilor. Banca deținea un site web, utilizat pentru prezentarea sa consumatorilor, nu și pentru a încheia contracte prin intermediul său. În secțiunea de pe site-ul web aferentă aspectelor juridice, banca menționa că „se supune sau este supusă unei proceduri de soluționare a litigiilor în fața unei entități de mediere a litigiilor în materie de consum”. De asemenea, banca oferea posibilitatea consumatorilor de a descărca un document care cuprindea condițiile generale ale contractelor, fără a avea cuprinse în el și mențiuni referitoare la soluționarea alternativă a litigiilor. Acest document, în cazul încheierii contractului, era oferit în format fizic consumatorului la momentul respectiv și era completat de un document separat conștând în condițiile tarifare care îl informau, printre altele, și asupra faptului că banca se supune procedurilor SAL.

Uniunea Federală a fost de opinie că informațiile cu privire la utilizarea procedurilor SAL și, implicit, caracterul obligatoriu al acestora pentru bancă, ar trebui incluse în condițiile generale (cele afișate pe site-ul web și cele oferite consumatorilor în format fizic la încheierea contractului). Prin urmare, a introdus o acțiune în încetarea³⁴ comportamentului băncii de a nu indica, în condițiile generale, că se supune unei proceduri SAL.

Prima instanță a respins acțiunea, iar instanța de apel, totodată și instanță de trimitere, a sesizat că se ridică problema interpretării sintagmei „dacă este cazul” din cuprinsul art. 13 alin. (2) din Directivă. Acest alineat prevede că *Informațiile menționate la alineatul (1)³⁵ sunt furnizate în mod clar, inteligibil și ușor accesibil pe site-ul internet al comercianților, în cazul în care acesta există, și, dacă este cazul, în termenii și condițiile generale ale contractelor de vânzare sau de prestare de servicii între comerciant și consumator*. Întrebarea ce a fost formulată în legătura cu interpretarea sintagmei este dacă informațiile cu privire la SAL trebuie incluse și în termenii și condițiile generale de pe site-ul web atunci când, totuși, prin acesta nu se încheie contracte. Instanța de trimitere germană a prefigurat două direcții de interpretare: obligația de informare se naște în sarcina

³³ Pentru întreaga situație de fapt, a se vedea, [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=227724&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9942000>, accesat 25.10.2020.

³⁴ Acțiunile în încetare sunt reglementate de Directiva 2009/22/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2009 privind acțiunile în încetare în ceea ce privește protecția intereselor consumatorilor.

³⁵ Art. 13 alin. (1) din Directiva privind SAL în materie de consum prevede că: *Statele membre se asigură că comercianții stabiliți pe teritoriul lor informează consumatorii cu privire la entitatea sau entitățile SAL de care aparțin comercianții respectivi, atunci când comercianții respectivi se angajează sau sunt obligați să utilizeze respectivele entități pentru a soluționa litigiile cu consumatorii. Informațiile respective includ adresa site-ului internet al entității sau entităților SAL relevante*.

comerciantului atunci când comunică condițiile generale către consumator, la încheierea contractului, sau aceasta există prin simpla publicare a condițiilor generale pe site pentru a fi vizualizate și descărcate de consumatori. În plus, în considerarea situației de fapt, instanța de trimitere germană a formulat și întrebarea dacă informațiile de la art. 13 alin. (1) din Directivă pot fi oferite consumatorilor și printr-un document distinct de cel în care se regăsesc doar condițiile generale de contractare (fie pe site-ul web într-o secțiune diferită, fie în format fizic prin condițiile tarifare).

Dreptul german, în speță *Gesetz über die alternative Streitbeilegung in Verbrauchersachen* (*Verbraucherstreitbeilegungsgesetz – VSBG*) (Legea privind soluționarea alternativă a litigiilor în contractele încheiate cu consumatorii), care a transpus Directiva privind SAL în materie de consum, institua în sarcina comercianților care au un site web sau utilizează în mod normal termeni și condiții generale, obligația de a informa consumatorul cu privire la aderarea la proceduri SAL în fața unei entități SAL, organismul competent și datele de contact ale acestui organism (inclusiv site-ul), precum și o declarație a comerciantului cu privire la participarea sa la proceduri SAL în fața respectivului organism. Aceeași lege impunea cumulativ ca toate informațiile precedente să fie afișate pe site-ul web și să fie transmise odată cu termenii și condițiile generale.

Curtea, analizând prevederile art. 13 al Directivei privind SAL în materie de consum a statuat că este prevăzut fără echivoc faptul că informațiile ce trebuie oferite în temeiul său trebuie să se regăsească în termenii și condițiile generale, și nu în alte documente complementare sau accesorii (precum condițiile tarifare). În plus, aceasta subliniază că o astfel de interpretare se subsumează obiectivului Directivei, cuprins în articolul 1, și anume asigurarea unui nivel ridicat de protecție consumatorilor, astfel încât aceștia să poată să apeleze la proceduri SAL pentru soluționarea litigiilor cu comercianții. Pentru atingerea obiectivului, consumatorii trebuie să fie informați cu privire la SAL, iar conform considerentului 47 din preambulul directivei, consumatorii trebuie să identifice rapid entitatea SAL competentă în cazul unui litigiu. În plus, art. 13 alin. (2) din directivă trebuie interpretat că atunci când pe site-ul web există termeni și condiții generale, este obligatoriu ca informațiile privind SAL să se regăsească în cuprinsul lor, și nicidecum în alte secțiuni separate.

Cu privire la întrebarea dacă informațiile legate de SAL trebuie să se regăsească și pe site-ul web atunci când acesta nu este utilizat pentru încheierea contractelor, Curtea a subliniat că art. 13 nu limitează obligația de informare doar la cazurile în care contractele se încheie prin intermediul site-ului de internet, astfel că aceasta este mereu aplicabilă când comerciantul deține un site de internet. Un alt argument adus de Curte este art. 6 alin. (1) lit. (t) din Directiva 2011/83/UE, care prevede că obligația de informare a consumatorului cu privire la posibilitatea și modalitatea de a apela la soluționarea extrajudiciară a reclamațiilor sale trebuie să fie îndeplinită înainte de momentul în care consumatorul încheie un contract la distanță sau un contract negociat în afara spațiilor comerciale. Comunicările precontractuale către consumator trebuie să îi

ofere acestuia atât posibilitatea de a decide dacă dorește să intre în raporturi contractuale cu un anumit comerciant în considerarea practicilor sale, cât și informațiile necesare pentru buna executare a contractului și exercitarea drepturilor sale³⁶. Prin urmare, informațiile trebuie furnizate unui consumator în timp util, anterior încheierii contractului, inclusiv prin intermediul site-ului web.

4. Interpretarea și importanța hotărârii CJUE

Hotărârea CJUE din data de 25 iunie 2020 pronunțată în cauza C-380/19 este singura în materia SAL din practica instanței europene. Această hotărâre are o influență considerabilă asupra obligațiilor profesioniștilor și chiar asupra legislațiilor naționale, inclusiv asupra legii române. O caracteristică importantă a acesteia este că abordează dimensiunea comerțului online dublată de dimensiunea tradițională a comerțului, având dublă aplicabilitate.

În primul rând, se remarcă optica CJUE asupra sintagmei „termeni și condiții generale” din cuprinsul art. 13 al Directivei privind SAL în materie de consum, astfel cum reiese aceasta din considerente și dispozitiv. Curtea desemnează sintagma drept un document unitar, stabilindu-se caracterul său indivizibil și *sui-generis*. Se oferă și o latură formală acestui document, în sensul că doar cel calificat expres în mod formal drept termeni și condiții generale poate îndeplini acest rol, fiind denumit identic, poate cu mici variațiuni, iar orice alte documente conexe nu pot fi asimilate acestui document de sine-stătător. Pe cale de consecință, orice document cu altă denumire sau cu alt conținut nu poate fi asimilat termenilor și condițiilor generale în sensul prevederilor Directivei privind SAL în materie de consum.

În al doilea rând, hotărârea impune o creștere a standardului obligației de informare. Această creștere vine, în opinia noastră, spre atingerea dezideratelor exprimate în preambulul Directivei. S-a urmărit îmbunătățirea nivelului de conștientizare a existenței acestui tip de proceduri³⁷, iar o obligație mai riguroasă de informare vine tocmai întru atingerea acestui deziderat. Consumatorii vor fi nevoiți să vadă chiar în cuprinsul contractului pe care îl semnează mențiuni cu privire la SAL, fiind cel puțin prezumată lecturarea întregului contract înainte de semnare, deci implicit și luarea la cunoștință cu privire la existența procedurilor de tip SAL și posibilitatea de a apela la acestea. Mai mult, dublarea standardului obligațional spre a fi atins atât în mediul online, cât și în cel offline, pune premisele unei probabilități mai ridicate de a lua la cunoștință cu privire la posibilitatea de a apela la proceduri de tip SAL, mai ales în considerarea locului internetului în viața consumatorilor. În final, instituirea obligației de a prezenta mereu și în cadrul termenilor și condițiilor afișate online, în afara oricărei discuții

³⁶ Aspect statuat de CJUE și în Hotărârea din 10 iulie 2019 în Cauza Amazon EU, C-649/17, EU:C:2019:576, punctul 43, [Online] la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216039&pageIndex=0&doclang=ro&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11073533>, accesat 25.10.2020.

³⁷ Considerentul 7 din Preambulul Directivei privind SAL în materie de consum.

cu caracter contractual, contribuie la informarea precontractuală a consumatorului.

În al treilea rând, o perspectivă importantă, în opinia noastră, este cea avansată de instanța de trimitere germană³⁸. Termenii și condițiile generale tind să aibă un caracter permanent și să nu sufere modificări pe perioada relației contractuale, în timp ce documente cu prevederi suplimentare sau speciale, precum condițiile tarifare, pot fi supuse modificărilor, chiar succesive. Prin urmare, este mai puțin probabil ca un document precum cel cu condiții tarifare să fie păstrat o perioadă mai lungă de timp de către consumator, în timp ce condițiile generale sunt susceptibile de a fi păstrate în condiții de siguranță și accesibilitate pe toată perioada relației contractuale. Din acest motiv, este important ca informațiile cu privire la SAL să se regăsească într-un document cu caracter stabil și susceptibil de a fi păstrat de către consumator, mai ales fiindcă litigiile se pot naște oricând pe perioada relației contractuale, chiar și la finalul acesteia, iar informațiile cu privire la SAL trebuie să fie la îndemâna consumatorului în acel moment.

Noi am califica informațiile cu privire la SAL drept parte din politica comerciantului de soluționare a reclamațiilor, atunci când a recurge la soluționarea reclamațiilor de către un organism extrajudiciar reprezintă o practică a sa. Această calificare reiese în opinia noastră din formularea art. 6 alin. (1) lit. (g) din Directiva 2011/83/UE coroborată cu formularea lit. (t) a aceluiași alineat. Se remarcă că nu se impune ca soluționarea reclamațiilor să fie internă sau printr-un mecanism implementat strict de comerciant. Astfel, informația cu privire la SAL ar trebui furnizată în cazul tuturor contractelor, obligația de a informa cu privire la politica de soluționare a reclamațiilor regăsindu-se și în art. 5 alin. (1) lit. (d) din Directiva 2011/83/UE.

Hotărârea are semnificație și prin importanța pe care o acordă SAL în ansamblul informațiilor primite de către consumator în etapa precontractuală sau chiar înainte de a fi inițiată o astfel de etapă (fiindcă simpla informare prin accesarea unui site web nu implică *per se* și începutul etapei precontractuale). Prin urmare, putem afirma că are chiar rolul unui promotor al mecanismelor de tip SAL și chiar a viziunii Uniunii Europene pentru care SAL reprezintă o prioritate³⁹ în politicile sale în materie de consumatori.

O problemă la care CJUE nu a răspuns este când, în concret, trebuie informat consumatorul cu privire la SAL. Hotărârea face doar trimiteri legate de anterioritatea momentului informării față de eventuala încheiere a contractului, fără a se specifica cu exactitate un reper temporal.

³⁸ Aceasta se regăsește expusă în paragraful 20 al Hotărârii.

³⁹ European Commission, *Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, Brussels, 19.04.2002 COM(2002) 196 final, [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196&from=EN>, accesat 26.10.2020, pp. 9, 10.

5. Influența Hotărârii CJUE în dreptul național și în activitatea comercianților români

Cu privire la dimensiunea națională a efectelor hotărârii, considerăm că se impune modificarea O.G. nr. 38/2015 pentru a corespunde dispozitivului, mai precis, ar trebui operată modificarea art. 25 din cuprinsul său. Mai mult, lecturând modul în care legiuitorul român a transpus art. 13 din Directiva privind SAL în materie de consum am observat că acesta a omis obligația de informare atunci când comerciantul este obligat să se supună procedurilor unei entități SAL, obligația de informare fiind reglementată doar pentru cazul în care comerciantul se angajează să utilizeze proceduri SAL. În opinia noastră, verbul „se angajează” presupune un angajament ce are drept izvor libera voință a comerciantului. În schimb, în cazul obligației, comerciantul nu are posibilitatea de a alege între a se supune sau nu entităților SAL în cauză, fiindu-i impusă acceptarea acestor proceduri atunci când consumatorul decide să le urmeze. Prin urmare, art. 25 din O.G. nr. 38/2015 ar trebui să prevadă expres obligația de informare și în cazul în care comercianții sunt obligați, mai ales în considerarea Regulamentului ASF privind organizarea și funcționarea Entității SAL-Fin care impune tuturor societăților care sunt autorizate, reglementate sau supravegheate de ASF să utilizeze procedurile SAL ale entității SAL-Fin.

În plus, considerăm că ar trebui operată și modificarea art. 23 din Regulamentul nr. 4/2016 privind organizarea și funcționarea Entității de Soluționare Alternativă a Litigiilor în domeniul financiar nonbancar (SAL-FIN) fiindcă acesta instituie obligația de a informa consumatorul, *inclusiv prin publicarea pe site-ul internet*. Apreciem formularea ca fiind parțial deficitară fiindcă publicarea pe site-ul internet se poate circumscrie modalității de informare care poate fi arbitrar aleasă de comerciant. În plus, în considerarea Hotărârii CJUE, articolul ar trebui să cuprindă obligația întocmai pe care o au societățile și anume, de a publica în termenii și condițiile lor generale de contractare, pe internet, informația cum că sunt obligate, prin Regulamentul ASF privind organizarea și funcționarea Entității SAL-Fin să se supună soluționării alternative a litigiilor de către SAL-Fin.

În final, în ceea ce privește influențarea practicilor comercianților din România, sectorul de activitate în care hotărârea va avea cel mai puternic efect este cel al societăților de asigurări datorită existenței SAL-Fin și utilizării crescute a acestora de către consumatori. În urma unui mic studiu de piață, am observat că o bună parte dintre societățile de asigurări oferă separat pe site-ul lor web informații cu privire la soluționarea alternativă a litigiilor. În plus, lecturând un contract încheiat cu o astfel de societate, contract de adeziune tradițional (așadar, nu electronic), am observat că nu este menționată niciunde posibilitatea de a apela la procedurile SAL și nici angajamentul asiguratorului față de o entitate SAL. Prin urmare, hotărârea va avea și un efect practic, societățile de asigurare fiind eventual nevoite să își modifice instrumentele contractuale *online* și *offline*.

Concluzii

Depunerea eforturilor și conturarea unei jurisprudențe în sensul creșterii gradului de informare și conștientizare cu privire la existența SAL poate avea efecte pozitive pe termen lung. Informarea permanentă și repetată cu privire la SAL, prin intermediul unor documente cu caracter de stabilitate precum termenii și condițiile generale, poate conduce treptat la multiplicarea numărului de reclamații și litigii deferite spre soluționare entităților SAL. Creșterea numărului de cauze aflate în soluționarea entităților SAL poate determina o dezvoltare a acestora, dezvoltare constând în înființarea unor noi entități sectoriale (specializate) ca răspuns la existența cererii din partea consumatorilor. În prezent, există doar două entități SAL sectoriale în România, iar ANPC are rolul complementar de a soluționa reclamații și litigii din toate domeniile în care are competență și în care nu există altă entitate SAL. Existând în viitor o cerere mai pronunțată pentru SAL din partea consumatorilor în diverse domenii, rezultatul acestei cereri va fi înființarea unor entități sectoriale în acele domenii, aspect care va conduce la îmbunătățirea calității soluțiilor propuse sau impuse.

De esența procedurilor de tip SAL este accesarea voluntară a consumatorului, ceea ce implică și o cunoaștere a posibilității și condițiilor de a beneficia de SAL⁴⁰. Sporirea utilizării procedurilor SAL va oferi posibilitatea soluționării chiar și a litigiilor izvorând din contracte cu valoarea obiectului extrem de redusă (pentru care, în general, se renunță la remedii în instanță în considerarea costurilor superioare disproporționate), dar într-o perioadă de timp record. De asemenea, se vor direcționa o parte dintre litigiile din instanță către procedurile SAL, degrevând astfel instanțele de judecată⁴¹. În plus, se susține că prin conștientizarea existenței SAL, se ajunge de fapt la îmbunătățirea accesului la justiție în viața de zi cu zi⁴².

În concluzie, Hotărârea din 25 iunie 2020 pronunțată în cauza C-380/19 este prima ce a avut la bază o trimitere preliminară bazată pe prevederile Directivei privind SAL în materie de consum. Aceasta a ridicat cu siguranță standardul obligației de informare impus comercianților, cu precădere celor care își desfășoară deopotrivă activitatea în mediul online și în cel offline. În România, impactul major va fi la nivelul comercianților din domeniul asigurărilor, aceștia fiind și cei care utilizează cu precădere procedurile de tip SAL și se circumscriu profilului comerciantului din Cauza (CJUE) C-380/19, având prezență și activitate și în mediul *online*. În considerarea problemelor ridicate în doctrină cu privire la

⁴⁰ U. Jeretina, A. Uzelac, *Alternative Dispute Resolution for Consumer Cases: Are Divergences an Obstacle to Effective Access to Justice*, în *International Public Administration Review*, vol. XII, no. 4, 2014, [Online] la https://www.academia.edu/29595237/Alternative_Dispute_Resolution_for_Consumer_Cases_Are_Divergences_an_Obstacle_to_Effective_Access_to_Justice, accesat 27.10.2020, pp. 43.

⁴¹ C. Hodges, N. Creutzfeldt, *Implementing the EU Consumer ADR Directive*, The Foundation for Law, Justice and Society 2013, [Online] la http://www.academia.edu/5454111/Implementing_the_EU_consumer_ADR_directive, accesat 27.10.2020, pp. 2.

⁴² U. Jeretina, A. Uzelac, *op. cit.*, pp. 46.

prevederile Directivei SAL și diversitatea activităților comercianților, alături de instituirea unor noi mijloace de comunicare și instrumente contractuale, apreciem că va urma o dezvoltare a jurisprudenței în materie de informare cu privire la procedurile de tip SAL, și nu numai.

Modificări/remake-uri recente ale Legii nr. 17/2014 cu privire la dreptul de preempțiune la vânzarea de terenuri agricole situate în extravilan, în lumina jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene

Recent Amendments / Remakes of Law no. 17/2014 on the Right of Preemption for the Sale of Agricultural Land located outside the Built-up Area. Correlations with Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union

Mirela Carmen Dobrilă¹

Rezumat: Pornind de la preocupările existente la nivel european și la nivel național privind concentrările de terenuri și evitarea speculațiilor excesive cu terenuri, în acest articol sunt analizate modificările aduse Legii nr. 17/2014 cu privire la dreptul de preempțiune la vânzarea de terenuri agricole situate în extravilan. Sunt analizate modificările recente aduse de Legea nr. 175 din 14 august 2020, care au intrat în vigoare la data de 13 octombrie 2020, și care vizează schimbarea categoriei de titulari ai dreptului de preempțiune la înstrăinarea prin vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan și rațiunile care au determinat aceste schimbări, condițiile necesare pentru exercitarea dreptului de preempțiune, limitările privind înstrăinarea terenului cumpărat prin exercitarea dreptului de preempțiune, fiind analizate și criticile de neconstituționalitate (deja ivite) a dispozițiilor Legii nr. 175/2020. Pornind de la natura specifică a terenurilor agricole recunoscută de CJUE, în articol sunt analizate aspecte din jurisprudența CJUE în legătură cu achiziția de terenuri agricole în UE și obiectivele de politică publică care justifică restricții privind circulația terenurilor agricole.

Cuvinte-cheie: dreptul de preempțiune la vânzarea de terenuri agricole situate în extravilan; Legea nr. 17/2014, Legea nr. 175/2020; excepții de neconstituționalitate; jurisprudența CJUE

Abstract: Considering the existing concerns at European and national level regarding land concentrations and the avoidance of excessive land speculation, this article analyzes the amendments to Law no. 17/2014 on the right of preemption to the sale of agricultural land located outside the built-up area. The article analyzes the recent amendments brought by Law no. 175 of 14 August 2020, in force on 13 October 2020, concerning the change of the category of holders of the right of pre-emption to the alienation by sale of agricultural lands located outside the built-up area and the

¹ Lector universitar doctor, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: mirela.dobрила@uaic.ro.

reasons that determined these changes, the necessary conditions for exercising the right to preemption, limitations on the alienation of land purchased through the exercise of the right of preemption; the exceptions of unconstitutionality (already arising) of the provisions of Law no. 175/2020 are also analyzed. Based on the specific nature of agricultural land recognized by the CJEU, the article examines aspects of the CJEU's case law on the acquisition of agricultural land in the EU and the public policy objectives justifying restrictions on the movement of agricultural land.

Keywords: the right of pre-emption to the sale of agricultural lands located outside the city limits/ the built-up area; Law no. 17/2014, Law no. 175/2020; exceptions of unconstitutionality; CJEU case law

1. Revenirea în actualitate a dreptului de preempțiune, cu sau fără direcție: despre dreptul de preempțiune din Legea nr. 17/2014 și despre modificările aduse Legii nr. 17/2014 în anul 2020, prin Legea nr. 175/2020

Remarcam anterior o creștere a interesului privind dreptul de preempțiune după perioada în care s-a observat un interes redus privind instituția dreptului de preempțiune (2005)², când au existat modificări prin limitări aduse instituției deoarece prin Legea nr. 247/2005 privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente³ au fost abrogate dispozițiile legale privind exercitarea dreptului de preempțiune în cazul vânzării-cumpărării de terenuri agricole și a celor din fondul forestier reglementate de Legea nr. 54/1998⁴ și de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 226/2000⁵, precum și prevederile referitoare la dreptul de preempțiune din art. 9 din Legea

² M. C. Dobrilă, *Matricea schimbărilor dreptului de preempțiune în România*, Volumul Sesiunii anuale de comunicări științifice *Doctrina juridică românească: între tradiție și reforme*, Institutul de Cercetări Juridice "Acad. Andrei Rădulescu" al Academiei Române, Editura Universul Juridic, București, 2014, pp. 26-37.

³ Titlul X intitulat „Circulația juridică a terenurilor” din Legea nr. 247/2005, publicată în M. Of. nr. 653 din 22 iulie 2005, cu modificările și completările ulterioare, a fost abrogat la data intrării în vigoare a Noului Cod civil, prin art. 230 lit. aa) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 102 din 4 martie 1998 (abrogată de art. 8 din Legea nr. 247/2005 la data de 25 Iulie 2005); Pentru detalii privind dreptul de preempțiune reglementat de Legea nr. 54/1998 a se vedea Fr. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Editura Universul Juridic, București, 2001, pp. 28-36; Fr. Deak, *Dreptul de preempțiune*, *Dreptul nr. 7/1992*, pp. 34-43; I. Dogaru, E. G. Olteanu, L. B. Săuleanu, *Bazele dreptului civil. Volumul IV. Contracte speciale*, Editura C.H. Beck, București, 2009, pp. 54-55; C. Macovei, *Contracte civile*, Editura Hamangiu, București, 2006, p. 26-30; E. Chelaru, *Dreptul de preempțiune reglementat de Legea nr. 54/1998*, *Dreptul nr. 8/1998*, pp. 19-29; I. Negru, *op. cit.*, pp. 302-307; Cu privire la natura juridică a dreptului de preempțiune, a se vedea I. Negru, D. Corneanu, *Discuții în legătură cu natura juridică a dreptului de preempțiune (I)*, *Dreptul nr. 1/2004*, pp. 22-33; A. G. Ilie, M. Nicolae, *Discuții în legătură cu natura juridică a dreptului de preempțiune (II)*, *Dreptul nr. 1/2004*, pp. 34-64.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 74 din 31 ianuarie 2002 (abrogată de art. 8 din Legea nr. 247/2005 la data de 25 Iulie 2005).

nr. 16/1994⁶ privind arendarea. Observăm la acest moment că există o constantă reafirmare a interesului pentru instituția dreptului de preempțiune și chiar intensificare a preocupărilor privind această instituție (pe care o considerăm excesivă dacă ne raportăm la modificările aduse Legii nr. 17/2014 prin Legea nr. 175/2020, prin îngreunarea unei proceduri privită ca fiind deja problematică), pornind de la încercările de a se urmări un scop privind protejarea unor interese legitime de cumpărare ale unor titulari ai dreptului de preempțiune și de la intenția de a proteja cumpărătorul cetățean român, cu o putere de cumpărare redusă față de cetățenii străini din statele membre ale Uniunii Europene, deși consolidarea proprietății în favoarea preemptorilor instituți prin lege (de drept sau instituți „prin excepție” de lege, după cum vom distinge mai jos) duce la conflicte privind exercitarea dreptului de proprietate și la probleme privind dispozițiile europene.

Prin Noul Cod civil (Legea nr. 287/2009⁷) este reafirmat interesul și redevine actuală instituția dreptului de preempțiune, printr-o reglementare expresă, cu titlu de noutate, în art. 1730-1740⁸, fiind stabilite în mod unitar de reguli aplicabile pentru exercitarea dreptului de preempțiune legal, cât și pentru exercitarea dreptului de preempțiune convențional, cu o viziune nouă asupra modului de exercitare a dreptului de preempțiune.

Corelând cu reglementarea dreptului de preempțiune din art. 1730-1740 NCC, Legea nr. 17/2014 are caracter special și reglementează un drept de

⁶ Publicată în M. Of. nr. 91 din 7 aprilie 1994 (abrogată de art. 230 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 la data de 13 Iunie 2011).

⁷ Republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, în baza art. 218 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 (M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011), cu modificări aduse prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 79/2011 pentru reglmentarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (M. Of. nr. 255 din 17 aprilie 2012) , prin Legea nr. 60/2012 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 79/2011 pentru reglmentarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (M. Of. nr. 255 din 17 aprilie 2012); Rectificarea nr. 287 din 17 iulie 2009; Legea nr. 138 din 15 octombrie 2014; Ordonanța de urgență nr. 1/3 februarie 2016; Decizia Î.C.C.J. nr. 12/16 mai 2016; Legea nr. 17/17 martie 2017; Decizia CCR nr. 534/18 iulie 2018.

⁸ Pentru exercitare dreptului de preempțiune în baza Noului Cod civil, a se vedea G. Boroș, L. Stănculescu, *Instituții de drept civil în reglementarea Noului Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2012, pp. 342-345; L. Stănculescu, *Curs de drept civil. Contracte*, Editura Hamangiu, București, 2012, pp. 112-117; F. Moțiu, *Contractele speciale în Noul Cod civil*, Editura Universul Juridic, București, 2011, pp. 31-35; D. C. Florescu, *Contractele civile*, Editura Universul Juridic, București, 2011, pp. 24-26; J. Goicovici, *Dreptul de preempțiune în reglementarea Noului Cod civil*, Analele Universității Constantin Brâncuși din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice, nr. 1/2012, pp. 97-118; M. Gavriș în M. Afrăsinei, M.L. Belu-Magdo, A. Bleoancă et al, *Noul Cod civil: comentarii, doctrină, jurisprudență*, Editura Hamangiu, București, 2012, pp. 86-91; D. Dumitru în A.G. Atanasiu, A.P. Dimitriu, A.F. Dobre et al, *Noul Cod civil-note, corelații, explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2011, pp. 642-647; UNNPR, *Codul civil al României. Îndrumar notarial*, vol. al II-lea, Ed. Monitorul Oficial, București, 2011, p. 41.

preempțiune legal, cu o procedură specifică⁹. Este adevărat că art. 8 din Legea nr. 17/2014 prevede că „Dispozițiile prezentului capitol privitoare la exercitarea dreptului de preempțiune se completează cu prevederile dreptului comun”, însă acest text este iluzoriu deoarece Legea nr. 17 se îndepărtează de la dispozițiile unitare ale Codului civile, în mod discutabil după un model anterior (Legea nr. 18/1991, Lega nr. 54/1998). Conform art. 1849 NCC privind dreptul de preempțiune, arendașul are drept de preempțiune cu privire la bunurile agricole arendate, care se exercită potrivit art. 1730-1.739 NCC, însă după intrarea în vigoare a Legii nr. 17/2014, privește doar celelalte bunuri agricole, fiind excluse fiind terenurile agricole. Conform art. 1746 NCC privind vânzarea terenurilor din fondul forestier, terenurile din fondul forestier proprietate privată se pot vinde cu respectarea, în ordine, a dreptului de preempțiune al coproprietarilor sau vecinilor, însă aici se are în vedere procedura de exercitare a dreptului de preempțiune prevăzută de Codul silvic.

Anul 2005 este anul în care a fost adoptată Legea nr. 312/2005 privind dobândirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor de către cetățenii străini și apatrizi, precum și de către persoanele juridice străine¹⁰ (care a intrat în vigoare la data aderării României la UE), care a indicat unele termene de tranziție cu privire la posibilitatea dobândirii dreptului de proprietate privată asupra terenurilor din România de către cetățenii străini și apatrizi, precum și de către persoanele juridice străine (termenul de 5 ani calculat de la data de 1 ianuarie 2007 s-a împlinit la 1 ianuarie 2012, iar termenul de 7 ani calculat de la data de 1 ianuarie 2007 s-a împlinit la 1 ianuarie 2014). România a liberalizat piața funciară la 1 ianuarie 2014, conform obligațiilor incluse în Tratatul de Aderare la Uniunea Europeană (libera circulație a capitalurilor) (ratificat prin Legea nr. 157/2005), ceea ce permite străinilor să cumpere terenuri agricole în România. România nu a solicitat prelungirea acestor termene, așa cum este cazul Croației, care a aderat la UE în 2011 și a solicitat, de la aderare, menținerea interdicțiilor la achiziționarea terenurilor agricole de către cetățenii străini, persoane fizice și juridice din alte state membre UE (prelungirea cu 3 ani a perioadei de tranziție)¹¹.

⁹ C. Macovei, M.C. Dobrilă, *Drept civil. Contractele translativ de proprietate. Manual pentru curs si seminar*, Editura Universul Juridic, București, 2019, pp. 161-176.

¹⁰ Publicată în M. Of. nr. 1008 din 14 noiembrie 2005.

¹¹ Decizia (UE) 2020/787 a Comisiei Europene din 16 iunie 2020 de prelungire a perioadei de tranziție pentru achiziționarea de terenuri agricole în Croația (până la 30 iunie 2023, ca o excepție la libera circulație a capitalurilor garantată de Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene); se arată că s-a urmărit protejarea condițiilor socioeconomice ale activităților agricole în urma introducerii pieței unice în Croația, că s-a avut în vedere productivitatea mai scăzută a fermierilor croați în comparație cu alți fermieri europeni, cu un impact negativ asupra competitivității lor, precum și diferențe semnificative față de alte state membre în ceea ce privește prețurile terenurilor și puterea de cumpărare a fermierilor din Croația.

Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării terenurilor agricole situate în extravilan ¹² a intrat în vigoare pe data de 11 aprilie 2014 reglementând vânzarea de terenuri agricole situate în extravilan, pentru care se prevede necesitatea respectării unui drept de preempțiune; la acest moment se prevedea posibilitatea dobândirii de terenuri agricole situate în extravilan de către cetățenii străini și apatrizi cu condiția respectării dreptului de preempțiune al coproprietarilor, arendașilor, proprietarilor vecini, precum și al statului român, prin Agenția Domeniilor Statului, în această ordine, la preț și în condiții egale. Scopurile declarate ale Legii nr. 17/2014 (art. 1) privesc aspecte privind asigurarea securității alimentare, protejarea intereselor naționale și exploatarea resurselor naturale, în concordanță cu interesul național; stabilirea unor măsuri privind reglementarea vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan; comasarea terenurilor agricole în vederea creșterii dimensiunii fermelor agricole și constituirea exploatațiilor viabile economice. Considerăm discutabil dacă scopurile legii pot fi atinse prin măsurile luate.

Cadrul juridic privind dobândirea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor agricole situate în extravilan de către cetățenii străini, apatrizi și persoanele juridice străine este la acest moment suficient de permisiv (în ciuda intenției contrare și a măsurilor luate pe direcția limitării) astfel încât acestea să poată fi ușor dobândite, în anumite condiții, dacă nu prin vânzare, cel puțin prin folosirea simulației în cazul înstrăinării de terenuri (contracte de schimb, împrumuturi, transmiterea cu titlu gratuit etc.). Observăm că nici Legea nr. 17/2014 („înstrăinare prin vânzare”) și nici modificările aduse Legii nr. 17/2014

¹² Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, publicată în M. Of. nr. 178 din 12 martie 2014; modificată și completată de Legea nr. 68/12 mai 2014 și Legea nr. 138/ 15 octombrie 2014, Decizia CCR nr. 755/16 decembrie 2014; Legea nr. 129/31 mai 2017; Legea nr. 175 din 14 august 2020; pusă în aplicare prin Ordinele comune ale Ministerului Agriculturii și Dezvoltării Rurale, Ministerului Dezvoltării Regionale și Administrației Publice, Ministerului Apărării Naționale, Ministerului Culturii nr. 719/740/M.57/2333/2014 privind aprobarea normelor metodologice pentru aplicarea titlului I din Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, publicat în M. Of. nr. 401 din 30 mai 2014; unele aspecte privind exercitarea dreptului de preempțiune din Legea nr 17/2014, anterior modificărilor, au fost analizate anterior și în C. Macovei, M. C. Dobrilă, *Dreptul de preempțiune – un nou remake: Legea nr. 17 din 7 martie 2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan*, Analele Științifice ale Universității “Alexandru Ioan Cuza” Iasi, seria Științe Juridice nr. 2/2016, [Online] http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2016/volii/2016_ii_1.4.macovei_dobрила.pdf, accesat la 02.10.2020, pp. 57-76.

privind unele măsuri de reglementare a vânzării terenurilor agricole situate în extravilan prin Legea nr. 175 din 14 august 2020 pentru modificarea și completarea Legii nr. 17/2014¹³ (tot „înstrăinare prin vânzare”), care a intrat în vigoare pe data de 13 octombrie 2020, nu au asigurat remedierea inconsecvențelor privind limitele de aplicare și preocupările au rămas doar cu privire la transmiterea dreptului de proprietate privată asupra terenurilor agricole situate în extravilan prin vânzare, așa cum au fost criticate încă de la stadiul de proiect al Legii nr 17/2014¹⁴.

Acest articol își propune să prezinte modificările aduse prin Legea nr. 175/2020 și care au operat cu privire la Legea nr. 17/2014 (care vizează un mecanism privind procedura exercitării dreptului de preempțiune inspirat din Legea nr. 18/1991 și Legea nr. 54/1998, derogator de la procedura intuitivă de Noul Cod civil), raportate la legislația în vigoare la data intrării sale în vigoare, inclusiv modificările de dată recentă privind clarificările legate de modul de aplicare a procedurii speciale din Ordonanța de urgență nr. 203 din 23 noiembrie 2020¹⁵ privind unele măsuri de reglementare a vânzării terenurilor agricole situate în extravilan, intrată în vigoare pe data de 25 noiembrie 2020. Considerăm că modificările aduse Legii nr. 17/2014 cu privire la vânzarea terenurilor agricole situate în extravilan, deși sunt interesante, nu ating obiectivele declarate, nu remediază problemele existente privind aplicarea procedurii indicate de lege, ci dimpotrivă îngreunează excesiv procedura exercitării dreptului de preempțiune, cu efecte negative care se resimt într-un cadru mai larg.

De observat că inițiativa legislativă privind modificarea Legii nr. 17/2014 este din anul 2018- PL-x nr. 336/2018¹⁶, fiind promulgată (prin Decretul nr.460 din

¹³ Legea nr. 175 din 14 august 2020 pentru modificarea și completarea Legii nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, publicată în M.Of. nr. 741 din 14 august 2020.

¹⁴ Cristian Jora, Considerații asupra proiectului de modificare și completare a Legii nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a Vânzării terenurilor agricole situate în extravilan, Volumul Conferinței *Dreptul românesc la 100 de ani de la Marea Unire. Dimensiuni și tendințe*, pp. 45-46 [online] <http://nos.iem.ro/bitstream/handle/11748/1319/7.Jora%20Cristian.pdf?sequence=1&isAllowed=y> accesat la 30.11.2020.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 1132 din 25 noiembrie 2020.

¹⁶ PL-x nr. 336/2018- Proiect de Lege pentru modificarea și completarea Legii nr.17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr.268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului [online] http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?idp=17137, accesat la 20.10.2020; De observat că a existat și în 2017 o încercare de modificare a Legii nr. 17/2014- PL-x nr. 501/2017- Propunere legislativă pentru modificarea și completarea Legii nr.17 din 7 martie 2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării

14 august 2020) Legea nr. 175/ 14 august 2020, care a intrat în vigoare pe data de 13 octombrie 2020.

Trebuie menționat faptul că s-a încercat prorogarea termenului de intrare în vigoare a Legii nr. 175/2020 de modificare a Legii nr. 17/2014 prin proiect de Ordonanță de Urgență însă acest lucru nu s-a realizat.

Conform Legii nr. 175/2020 de modificare a Legii nr. 17/2014 ar fi trebuit să se modifice normele metodologice privind vânzare terenurilor în termen de 15 zile de la data intrării în vigoare a legii, ceea ce nu s-a întâmplat. La acest moment, există pe site-ul MADR un proiect de norme metodologice, afișat la data de 25 noiembrie 2011 (după ce în prealabil a fost afișat un alt proiect supus dezbaterilor la data de 30.10.2020)¹⁷.

Tot din categoria unui parcurs anevoios și presărat cu ambiguități, lipsă de claritate și de previzibilitate, menționăm alte modificări operate după intrarea în vigoare a modificărilor aduse de legea nr. 175/2020. Potrivit dispozițiilor tranzitorii din art. II din Legea nr. 175/2020 de modificare a Legii nr 17/2014: „Dispozițiile privind procedurile referitoare la ofertele de vânzare, exercitarea dreptului de preempțiune, controlul aplicării procedurii dreptului de preempțiune și procedura de emitere a avizelor necesare înstrăinării terenurilor sunt aplicabile cererilor formulate după data intrării în vigoare a prezentei legi, precum și cererilor aflate în curs de soluționare la această dată.” Conform art. 1 din Ordonanța de urgență nr. 203 din 23 noiembrie 2020 (care se aplică până la *data de 31 ianuarie 2021*) s-a revenit asupra acestor dispoziții tranzitorii motivat de faptul că există posibilitatea apariției unor întârzieri sau blocaje în finalizarea procedurilor de vânzare a terenurilor, ceea ce ar putea să atragă un număr însemnat de procese civile, precum și de faptul că nefinalizarea cererilor prin care solicită afișarea ofertei de vânzare a terenului agricol situat în extravilan, aflate în curs de soluționare, depuse până la data de 13 octombrie 2020, prin încheierea contractelor de vânzare, are implicații financiare negative în desfășurarea activităților fermierilor sau încheierea contractelor de creditare, după cum se

terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr.268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului.

¹⁷ Proiect - ORDIN privind modificarea Ordinului ministrului agriculturii și dezvoltării rurale, viceprim-ministrului, ministrului dezvoltării regionale și administrației publice, ministrului apărării naționale și viceprim-ministrul, ministrul culturii nr. 719/740/M.57/2333/2014 privind aprobarea normelor metodologice pentru aplicarea titlului I din Legea nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului., disponibil pe site-ul MADR [online], <https://www.madr.ro/proiecte-de-acte-normative/6462-proiect-25-11-2020.html>, accesat la data de 30.11.2020.

arată în Nota de fundamentare- OUG nr.203/23.11.2020¹⁸; astfel, terenurile agricole situate în extravilan care fac obiectul cererilor prin care se solicită afişarea ofertei de vânzare, înregistrate până la data de 13 octombrie 2020, inclusiv, la autoritățile publice locale din raza unității administrativ-teritoriale unde se află terenul, se pot înstrăina astfel: cererile privind afişarea ofertei de vânzare și cererile privind comunicarea de acceptare a ofertei depuse în termen de 30 de zile de la afişarea ofertei de către titularul dreptului de preemțiune, însoțite de documentele justificative, se soluționează cu respectarea dreptului de preemțiune al coproprietarilor, arendașilor, proprietarilor vecini, precum și al statului român, prin Agenția Domeniilor Statului, în această ordine, la preț și în condiții egale, atestată prin avizul final emis de Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale, pentru terenurile cu o suprafață mai mare de 30 de hectare, respectiv direcțiile pentru agricultură județene, pentru terenurile cu o suprafață de până la 30 de hectare, după caz; în cazul în care titularii dreptului de preemțiune nu au manifestat, în termen de 30 de zile de la afişarea ofertei, intenția de cumpărare a terenurilor ce fac obiectul ofertei de vânzare, autoritatea publică locală din raza unității administrativ-teritoriale unde se află terenul emite adeverința de liberă vânzare; documentele menționate se emit în maximum 10 zile de la intrarea în vigoare ordonanței de urgență, adică 25 noiembrie 2020. În Nota de fundamentare a OUG 203/2020 se arată că finalitatea procedurii derulată prin aplicarea OUG vizează perfectarea contractelor de vânzare în formă autentică de către notarul public în condițiile din ordonanță, fără a fi necesară îndeplinirea altor condiții¹⁹.

2. Amploarea fenomenului de acaparare a terenurilor agricole în UE și în România. Repere privind jurisprudența CJUE în legătură cu achiziția de terenuri agricole în UE

Referitor la fenomenul de acaparare de terenuri agricole în UE, cu semnificația de creștere a numărului de tranzacții funciare la scară largă, un studiu realizat în anul 2015 pentru agricultura și dezvoltare rurală a Parlamentului European, arată că în UE are loc un astfel de fenomen care presupune un dobândirea terenurilor de către cetățeni străini, dobândirea controlului asupra unor suprafețe extinse de teren, precum și de nereguli privind tranzacțiile funciare²⁰, fiind subliniate efectele acestui fenomen asupra securității și

¹⁸ Guvernul României, Nota de fundamentare- OUG nr.203/23.11.2020, [online] <https://gov.ro/ro/guvernul/procesul-legislativ/note-de-fundamentare/nota-de-fundamentare-oug-nr-203-23-11-2020&page=2> accesat la 30.11.2020.

¹⁹ *Ibidem*; Se arată că la nivel național, în perioada 1 ianuarie - 13 octombrie 2020 au fost depuse 107.175 de cereri, pentru care au fost emise acte necesare perfectării contractelor de vânzare, din care în perioada 1 aprilie - 13 octombrie 2020 au fost depuse 69.459 de cereri, iar în perioada 1 septembrie - 13 octombrie 2020 au fost depuse 21.993 de cereri, aflate în curs de soluționare.

²⁰ Sylvia Kay, Jonathan Peuch, Jennifer Franco- Transnational Institute, *Studiu: Amploarea fenomenului de acaparare a terenurilor agricole în UE, Direcția Generală*

suveranității alimentare, a ocupării forței de muncă în zonele rurale și a vitalității acestora, precum și asupra durabilității mediului în Europa²¹. Studiul recomandă UE să permită statelor membre o mai mare libertate de reglementare a vânzării și arendării terenurilor agricole de pe teritoriul lor, inclusiv cu recomandări privind o mai mare flexibilitate a Curții Europene de Justiție privind interpretarea principiului liberei circulații a capitalurilor, deoarece ar trebuie extinse restricțiile privind libera circulație a capitalurilor care se justifică pe baza unor obiective politice de interes public, pentru a permite statelor membre să dețină mai mult control²².

Studiul menționat mai sus indică faptul că: „În România, nu există informații statistice oficiale cu privire la numărul străinilor care dețin terenuri agricole, dar, conform datelor din diferite surse, în prezent, până la 10% din suprafețele agrare au ajuns în posesia unor investitori din afara UE, iar alte 20-30% sunt controlate de investitori din UE. (...) În România, numărul tranzacțiilor cu terenuri și suprafața vândută au crescut de peste trei ori între 2005”²³.

Totuși, aceste observații privind dobândirea masivă de terenuri în România de către cetățenii străini sunt diferite față de datele oferite de Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale (MADR), la solicitarea Agerpres²⁴, în sensul că suprafața de teren agricol exploatată de persoane fizice și juridice străine era de 422.000 hectare, la finalul anului 2018 (793 de persoane fizice și juridice străine care exploatează terenuri), ceea ce raportat la suprafața arabilă totală a României este de aproximativ 9.500.000 de ha înseamnă aproximativ 5% din suprafața agricolă care este lucrată de străini. De observat că statisticile BNR arată că în sectorul agricultură la nivelul anului 2018, investițiile străine reprezintă 3% din totalul investițiilor străine din România²⁵.

Politici Interne, Departamentul Tematic B: Politici Structurale și de Coeziune, Agricultură și Dezvoltare Rurală, p. 13 [online] [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/540369/IPOL_STU\(2015\)540369_RO.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/540369/IPOL_STU(2015)540369_RO.pdf), accesat la 30.11.2020.

²¹ *Idem*, p. 5.

²² *Idem*, p. 10.

²³ *Idem*, p. 16.

²⁴ Mariana Nica- Agerpres, *Suprafața de teren agricol exploatată de persoane fizice și juridice străine era de 422.000 hectare în 2018 (minister)*, [online] <https://www.agerpres.ro/economic-intern/2019/06/10/suprafata-de-teren-agricol-exploatata-de-persoane-fizice-si-juridice-straine-era-de-422-000-hectare-in-2018-minister--323389>, accesat la 30.11.2020; Datele statistice MADR privind procedura prevăzute de Legea nr. 17/2014, arată că în 2014 s-au vândut 58.875,14 hectare de teren agricol, în 2015 - 172.353,79 hectare, în 2016 - 144.350 hectare, în anul 2017- 153.927,46 hectare, în 2018 - 154.076,23 hectare, în 2019, până la data de 30 aprilie, au fost vândute 48.746,67 hectare de terenuri agricole, numărul ofertelor depuse fiind de 50.304; Se arată că România deține o suprafață agricolă totală de 14.630.072 hectare, din care în proprietate privată 13.699.725 ha (93,6%), în timp ce suprafață arabilă este de 9.395.303 hectare, din care în proprietate privată 8.940.204 hectare (95,1%).

²⁵ BNR, *Investițiile străine directe în România în anul 2018, 2019* [online] https://www.bnr.ro/files/d/Pubs_ro/InvestitiiStraine/ISD2018.pdf, accesat la 25.11.2020.

Trebuie menționată opinia Președintelui Institutului Național de Statistică (aprilie 2020) referitoare la concentrarea terenurilor în România: „concentrarea terenurilor agricole este astăzi mai mare decât în 1930. 0,4% din ferme dețin azi 50% din suprafața agricolă, pe când în 1930 dețineau doar 28%”²⁶; în continuare se arată, pe baza unei situații comparative a datelor înregistrate la nivelul anului 1930 și la trei cercetări statistice organizate de Institutul Național de Statistică în 2010, 2013 și 2016, că: pe baza datelor de la ultimul recensământ general agricol organizat la nivel European în anul 2010, România deținea peste o treime din numărul total de exploatații agricole înregistrate la nivelul UE; se relevă existența unui număr mare de proprietăți agricole care au terenuri agricole sub 1 ha (peste 55,8% dintre exploatațiile agricole dețin numai 5,3% din terenurile agricole, exploatațiile ce utilizează suprafețe cuprinse între 1 și 5 ha reprezintă 37,3% din numărul total de exploatații agricole și au în total aproape o pătrime din totalul suprafeței utilizate, numărul exploatațiilor agricole având suprafața cuprinsă între 10 și 50 ha este unul relativ redus, acestea reprezentând doar 1,6% din numărul de exploatații și au în folosință 8,4% din suprafață); este arătat că la nivel național există o concentrare mare a suprafețelor agricole utilizate la un număr mic de exploatații agricole iar terenurile agricole care constituie exploatații agricole mai mari de 50 ha reprezintă peste 52% din suprafața agricolă utilizată a României și sunt administrate de numai 0,55% din numărul total de exploatații agricole²⁷. Conform acestui studiu, se observă o creștere a gradului de fărâmițare a terenurilor agricole la nivelul exploatațiilor de dimensiuni mici, de până la 5 ha (ponderea acestora în anul 2010 a crescut la aproape 92%, deținând aceeași pondere de aproape 28% din suprafața agricolă); s-a redus considerabil ponderea exploatațiilor și suprafața utilizată de exploatații având suprafața cuprinsă între 10 și 100 ha (în 1930, 7,6% din exploatațiile agricole dețineau aproape o pătrime din suprafața agricolă, în anul 2010 numai 2,2% exploatau suprafețe agricole cuprinse între 10 și 100 ha iar aceste suprafețe reprezintă 13,1% din suprafața agricolă a țării); la nivelul anului 2010 exista o concentrare mult mai mare a terenurilor agricole având suprafața de peste 100 ha în raport cu situația existentă în perioada interbelică (dacă înainte de al doilea Război Mondial 0,4% dintre exploatațiile agricole din România administrau 27,7% din suprafața agricolă, astăzi 0,4% din numărul de exploatații exploatează aproape jumătate din suprafața agricolă a României)²⁸.

Având în vedere Studiul privind amploarea fenomenului de acaparare a terenurilor agricole în UE realizat de Comisia pentru agricultură și dezvoltare rurală din cadrul Parlamentului European (menționat mai sus), în Rezoluția Parlamentului European din 27 aprilie 2017 referitoare la „situația actuală a concentrării terenurilor agricole în UE: cum se poate facilita accesul agricultorilor

²⁶ Tudor Andrei, Președintele Institutului Național de Statistică, Opinie trimisă la Ziarul Financiar, [online] <https://www.zf.ro/eveniment/statistica-socanta-concentrarea-terenurilor-agricole-este-astazi-mai-19070456>, accesat la 30.11.2020.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

la terenuri?”²⁹ se pornește de la aspectele reținute de Curtea Constituțională a Germaniei prin hotărârea din 12 ianuarie potrivit căreia comerțul cu terenuri rurale nu ar trebui să fie la fel de liber ca și comerțul cu alte forme de capital, cu observația că terenul nu poate fi multiplicat și este indispensabil, fiind necesar să se aibă în vedere interesul public, mai mult decât în cazul oricăror alte proprietăți. Se pune accent pe responsabilitatea statelor pentru piața funciară și piața terenurilor agricole și se arată că „obiectivul politicii agricole europene este de a conserva modelul agricol european, bazat pe o agricultură multifuncțională, caracterizată în primul rând de exploatații familiale și cooperative la scară mică până la scară mijlocie, cu proprietate asupra terenului”, iar referitor la distribuția amplă a proprietății, accentul se pune pe accesul echitabil la resurse și o structură agricolă diversificată, legată de locul de reședință, cu tradiții, certitudine juridică și responsabilitate față de societate³⁰. Este subliniată ideea că concentrarea terenurilor agricole are efecte negative asupra dezvoltării comunităților rurale și a viabilității socio-economice a zonelor rurale, cu pierderi de locuri de muncă în agricultură, cu reducerea nivelului de trai al comunității agricole și cu apariția unor dezechilibre la nivelul dezvoltării teritoriale. În Rezoluție (pct. 39) este adresată invitația Comisiei și statelor membre „să publice un ansamblu de criterii clare și cuprinzătoare, incluzând tranzacțiile cu terenuri agricole pe piețele de capital, care să asigure condiții de concurență echitabile și să le indice clar statelor membre ce măsuri de reglementare a pieței funciare sunt permise, ținând seama de interesul public și de cele patru libertăți ale Uniunii Europene”, urmărind obiective ce țin de simplificarea achiziționării de terenuri de către agricultori pentru activități agricole și silvicole, fiind necesară menținerea și după anul 2020 a măsurilor de combatere a concentrării terenurilor agricole.

În Comunicarea interpretativă a Comisiei privind achiziția de terenuri agricole și dreptul Uniunii Europene (2017/C 350/05)³¹ se arată că terenurile sunt active rare și speciale, iar achiziția este supusă uneori unor restricții, în baza legilor naționale cu obiective privind menținerea acestor terenuri în uz agricol, limitarea concentrării terenurilor, evitarea speculațiilor cu terenuri. Piața internă (care înseamnă că mărfurile, persoanele, serviciile și capitalurile pot circula liber) include și agricultura (PAC- politica agricolă comună), iar investitorii se bucură de libera circulație a capitalurilor și de libertatea de stabilire. Așa cum rezultă din jurisprudența CJUE sunt admise restricții privind investițiile străine în terenuri agricole dacă urmăresc protejarea intereselor publice legitime, prevenirea operațiunii speculative excesive cu terenuri, menținerea comunităților agricole, dezvoltarea unei agriculturi viabile, buna desfășurare a cultivării terenurilor. În

²⁹ Rezoluția Parlamentului European din 27 aprilie 2017 referitoare la situația actuală a concentrării terenurilor agricole în UE: cum se poate facilita accesul agricultorilor la terenuri? (2016/2141(INI)),pct. I, [online] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0197_RO.html#def_1_1.

³⁰ *Idem*, pct. W.

³¹ Comunicarea interpretativă a Comisiei privind achiziția de terenuri agricole și dreptul Uniunii Europene (2017/C 350/05), JO C 350, 18.10.2017, p. 5.

Comunicarea interpretativă a Comisiei, referitor la investițiile externe, se arată că în România, din 2004 cetățenii străini au achiziționat drepturi de exploatare sau de control asupra a aproximativ 84.000 ha în România. care ar reprezenta, din totalul terenurilor arabile, 0,4 % în România³².

Pornind de la faptul că la nivelul UE nu există o legislație secundară privind achiziția de terenuri agricole și statele decid cu privire la reglementarea piețelor funciare, în Comunicare se arată că în România, modificările recente aduse legislațiilor coincid cu sfârșitul perioadei de tranziție în care tratatul de aderare permitea limitarea achizițiilor de terenuri agricole realizate de investitori din UE, iar noua legislație, pe lângă eliminarea restricțiilor din tratatul de aderare a impus și restricții cu scopuri privind limitarea speculațiilor cu terenuri agricole, reducerea concentrării, utilizarea agricolă adecvată și eficientă, conservarea unei populații rurale, iar Comisia recunoaște validitatea obiectivelor, însă acestea nu trebuie să încalce principiile fundamentale ale UE³³. În jurisprudența CJUE s-a respins interpretarea extinsă a art. 345 TFUE³⁴: în cauza Konle s-a clarificat că deși regimul proprietății continuă să fie de competența fiecărui stat membru, dispoziția indicată în tratat nu înseamnă „sustragerea regimurilor de proprietate existente în statele membre din sfera de aplicare a normelor fundamentale ale tratatului”³⁵.

Existența unor legi funciare naționale care restricționează libera circulație a capitalurilor a determinat clarificarea de către CJUE a modului în care dreptul UE afectează investițiile transfrontaliere în terenuri agricole, fiind recunoscută natura specifică a terenurilor agricole și anumite obiective de politică publică care pot să justifice restricții asupra investițiilor în terenuri agricole³⁶.

³² În Comunicare se face trimitere la Documentul de lucru al serviciilor Comisiei Europene, *Circulația capitalurilor și libertatea plăților*, 5 martie 2015, SWD (2015) 58 final, p. 21.

³³ *Idem*, p. 9.

³⁴ „Tratatele nu aduc atingere regimului proprietății în statele membre”.

³⁵ CJUE, cauza C-302/97, Konle, punctul 38.

³⁶ Cum ar fi cele indicate în Comunicarea interpretativă a Comisiei, p. 11: „majorarea suprafeței parcelelor agricole, astfel încât acestea să poată fi exploatate în mod rentabil, prevenirea speculațiilor cu terenuri (Cauza C-182/83, Fearon, punctul 3.); conservarea comunităților agricole, menținerea unei distribuiri a drepturilor de proprietate asupra terenurilor care să permită dezvoltarea de exploatații agricole viabile și gestionarea spațiilor verzi și a zonelor rurale, încurajarea unei utilizări rezonabile a terenurilor disponibile pentru a evita presiunea funciară, prevenirea catastrofelor naturale și susținerea și dezvoltarea unei agriculturi viabile pe baza unor considerații sociale și de amenajare a teritoriului (ceea ce presupune menținerea destinației terenurilor agricole și continuarea folosirii acestora în condiții adecvate) (Cauza C-452/01, Ospelt, punctele 39 și 43); menținerea unei forme tradiționale de cultivare a terenurilor agricole, prin exploatarea directă a acestora și prin asigurarea faptului că sunt ocupate și exploatate predominant de proprietarii acestora, menținerea unei populații permanente în mediul rural și încurajarea utilizării rezonabile a terenurilor disponibile pentru a evita presiunea funciară (Cauza C-370/05,

Referitor la dreptul de preempțiune, în cauza Ospelt CJUE a analizat proporționalitatea măsurilor care interziceau achiziționarea de terenuri de către nefermieri în scopul menținerii unei comunități agricole viabile și a menținerii terenurilor în uz agricol și dacă existau măsuri mai puțin restrictive pentru libera circulație a capitalurilor decât o interdicție privind achiziționarea de către nefermieri, considerând că este permisă instituirea în favoarea arendașilor a unui drept de preempțiune³⁷.

Referitor la obligația de a exploata terenurile, CJUE a recunoscut necesitatea de a asigura în mod predominant o exploatare directă a terenurilor arabile, însă în jurisprudența s-a arătat că o cerință impusă la achiziționarea de terenuri agricole nu este o măsură proporțională: în cauza Ospelt, CJUE a analizat restricția națională privind achiziționarea de terenuri agricole cu scopul de a menține terenurile în uz agricol, în sensul că era permisă achiziționarea de terenuri agricole doar dacă dobânditorul se angaja să îl exploateze el însuși și a considerat că este disproporționată deoarece diminuea posibilitatea de arendare a terenurilor în favoarea fermierilor care nu dispuneau de resurse proprii pentru a cumpăra terenuri³⁸.

Referitor la achiziționarea de terenuri agricole și la cerințele impuse de dispozițiile naționale privind stabilirea reședinței pe terenul în cauza(sau în apropiere), la momentul la care dispozițiile tratatului privind libera circulație a capitalurilor nu erau încă direct aplicabile, CJUE a statuat că o astfel de cerință ar fi compatibilă cu libertatea de stabilire (Cauza C-182/83, Fearon), însă jurisprudența recentă arată că impunerea unor condiții privind reședința sunt incompatibile cu principiile liberei circulații a capitalurilor (cauza Ospelt, punctul 54), iar în 2007, CJUE a considerat drept disproporționată cerința ca dobânditorul să își stabilească reședința permanentă pe terenul care face obiectul vânzării, fiind afectată atât libera circulație a capitalurilor și libertatea de stabilire, cât și dreptul dobânditorului de a-și alege în mod liber reședința (), urmărind descurajarea speculațiilor imobiliare³⁹. Referitor la obligația de stabilire a reședinței pe terenul care urmează să fie dobândit, se arată că „aceiași raționament este valabil și pentru cerința de a fi rezident în țara sau municipalitatea în care se situează

Festersen, punctele 27 și 28); în scopul unei planificări urbane și rurale sau regionale și pentru interesul general, menținerea, în anumite regiuni, a unei populații permanente și a unei activități economice independente de sectorul turismului (Cauza C-302/97, Konle, punctul 40); conservarea teritoriului național în zonele desemnate ca fiind de importanță militară și protejarea intereselor militare împotriva riscurilor reale, specifice și grave (Cauza C-423/98, Albore, punctele 18 și 22).

³⁷ CJUE, Cauza Ospelt, C-452/01, punctul 52; a se vedea și *Comunicarea interpretativă a Comisiei privind achiziția de terenuri agricole și dreptul Uniunii Europene*, p. 13.

³⁸ CJUE, Cauza Ospelt, C-452/01, punctul 49-53; a se vedea și *Comunicarea interpretativă a Comisiei privind achiziția de terenuri agricole și dreptul Uniunii Europene*, p. 13.

³⁹ *Comunicarea interpretativă a Comisiei privind achiziția de terenuri agricole și dreptul UE*, p. 15.

terenul” și „orice condiție privind reședința ar constitui o discriminare indirectă pe motiv de cetățenie sau naționalitate”⁴⁰.

3. Modificări aduse în anul 2020 prin Legea nr. 175/2020 cu privire la exercitarea dreptului de preempțiune reglementat de Legea nr. 17/2014

Cu ideea că sunt avute în vedere scopurile Legii nr. 17 care sunt menționate și după modificarea prin Legea nr. 175/2020 (dar care de fapt nu sunt atinse prin măsurile indicate și modificările intervenite), se observă modificări substanțiale privind extinderea semnificativă a categoriilor de preemptori stabiliți de lege (comparativ cu categoriile de preemptori prevăzuți de forma anterioară-coproprietari, arendași, vecini, Agenția Domeniilor Statului, în această ordine, la preț și condiții egale), cu o nouă ordine de preempțiune și o modificare a condițiilor de dobândire, prin înăsprirea acestora, cu aplicare de la data intrării în vigoare, 13 octombrie 2020 (cu mențiunea făcută mai sus privind modificările din noiembrie 2020 privind cererile privind terenurile agricole situate în extravilan care fac obiectul cererilor prin care se solicită afișarea ofertei de vânzare, înregistrate până la data de 13 octombrie 2020, inclusiv, pentru care avem excepții).

Recent a fost respinsă excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor din Legea nr. 175/2020 pentru modificarea și completarea Legii nr. 17/2014 prin Decizia Curții Constituționale nr. 586/2020⁴¹ (după o experiență de zeci de decizii până la acest moment); referitor la restrângerea dreptului cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene și ai statelor care sunt parte la Acordul privind Spațiul Economic European de a dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor agricole extravilane, Curtea arată că „dispozițiile criticate nu reglementează nicio restricție sau excludere a persoanelor fizice sau juridice din statele membre de la cumpărarea de terenuri agricole, ci impun anumite condiții pentru realizarea scopului legii, respectiv punerea în valoare a proprietății funciare. Toate aceste condiționări sunt comune persoanelor fizice și juridice din statele membre ale Uniunii Europene, neexistând niciun fel de deosebire de tratament juridic între acestea în privința dreptului de a cumpăra terenuri agricole extravilane. Textele criticate nu interzic și nici nu exclud dreptul persoanelor fizice sau juridice din afara teritoriului național să cumpere astfel de terenuri, cu îndeplinirea condițiilor prevăzute de lege, condiții deopotrivă valabile și în privința persoanelor fizice sau juridice române. Așadar, cele de mai sus demonstrează că

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Decizia Curții Constituționale nr. 586/2020 referitoare la obiecția de neconstituționalitate a dispozițiilor Legii pentru modificarea și completarea Legii nr. 17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr. 268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului, publicată în M. Of., Partea I nr. 721 din 11 august 2020).

legiutorul nu a operat cu criteriul cetățeniei/ naționalității, ci cu un complex de criterii obiective care vizează capacitatea cumpărătorului de a menține categoria de folosință a terenului agricol extravilan și de a-l lucra în mod efectiv”⁴². Referitor la libertatea de stabilire a persoanelor și libertatea de circulație a capitalurilor, Curtea Constituțională arată că legea de modificare a Legii nr. 17/2014 nu utilizează niciun criteriu de diferențiere între persoanele fizice/ juridice care să valorizeze cetățenia/ naționalitatea și indiferent de cetățenia/ naționalitatea persoanei fizice/ juridice sau de întinderea terenului agricol extravilan, cumpărarea acestuia se poate realiza, ca principiu, de către orice persoană fizică/ juridică având cetățenia/ naționalitatea unui stat membru al Uniunii Europene în scopul valorificării sale agricole, dorindu-se stabilirea unor garanții care să demonstreze aptitudinea cumpărătorului de a desfășura activități agricole pe terenul cumpărat, spre a evita sustragerea acestuia din circuitul agricol; Curtea constată că dispozițiile legale criticate nu vizează și nu aduc în discuție libertatea de stabilire a persoanelor sau libertatea de circulație a capitalurilor.

Conform art. 4 din Legea nr. 17/2014 cu modificări, sunt instituite șapte categorii de preemptori; înstrăinarea prin vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan se face cu respectarea condițiilor de fond și de formă prevăzute de Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare, și a dreptului de preempțiune, la preț și în condiții egale, în următoarea ordine: a) preemptori de rang I: coproprietarii, rudele de gradul I, soții, rudele și afinii până la gradul al treilea inclusiv; se observă că rudele până la gradul al treilea includ și rudele de gradul I, fiind distinct menționate la litera a), considerându-se de către

⁴² Menționăm și opiniile separate conform cărora: condiționarea dobândirii de terenuri agricole situate în extravilan, la 6 ani de la data aderării României la UE, de stabilirea domiciliului/reședinței dobânditorului pe teritoriul național, echivalează cu o măsură restrictivă pentru potențialii dobânditori, care sunt resortisanți ai UE, dar nu au domiciliul sau reședința pe teritoriul național, încălcând angajamentele asumate prin tratatul de aderare la UE; legea națională care prevede suprataxarea veniturilor din vânzarea de terenuri agricole situate în extravilan restrânge posibilitatea pentru resortisanții din alte state membre UE de a dobândi astfel de terenuri și înseamnă ”discriminări arbitrară și restrângeri disimulate ale liberei circulații a capitalurilor” (se face trimitere la cauza CJUE C-110/17 CE v. Belgia, iar referitor la condiționarea dobândirii de terenuri agricole de stabilirea domiciliului/reședinței dobânditorului național se face trimitere la cauza CJUE c-370/05 Uwe Kay Festersen); referitor la libera circulație a capitalurilor, se consideră că dispozițiile analizate aduc atingere posibilității arendașilor nerezidenți de a cumpăra terenuri agricole în extravilan; În același sens, se consideră că prin impunerea condițiilor de Legea nr. 17/2014 modificată privind domiciliul/reședința/sediul social se aduce atingere dispozițiilor din tratatele europene și din tratatul de aderare- Popovici Nițu Stoica & Asociații: *Despre noile condiții de vânzare a terenurilor agricole extravilane prevăzute de Legea nr. 175/2020*, 8.10.2020 [online], <https://www.profit.ro/legal/guest-writer-popovici-nitu-stoica-asociatii-despre-noile-conditii-de-vanzare-a-terenurilor-agricole-extravilane-prevazute-de-legea-nr-175-2020-19506937>, accesat la 20.11.2020.

CCR că se acordă o poziție preeminentă a rudelor de gradul I, deși considerăm că repetarea nu era necesară, fiind superfluă; b) preemptori de rang II: proprietarii investițiilor agricole pentru culturile de pomi, viță-de-vie, hamei, irigații exclusiv private și/sau arendașii; în cazul în care pe terenurile supuse vânzării se află investiții agricole pentru culturile de pomi, viță-de-vie, hamei și pentru irigații, prioritate la cumpărarea acestor terenuri au proprietarii acestor investiții- care sunt menționați cu titlu de noutate; totuși, se pune întrebarea dacă era necesară stabilirea lucrărilor care pot fi considerate investițiilor agricole.; c) preemptori de rang III: proprietarii și/sau arendașii terenurilor agricole vecine cu terenul supus vânzării; cu titlu de noutate sunt menționați și arendașii terenurilor agricole vecine; d) preemptori de rang IV: tinerii fermieri- menționați cu titlu de noutate; e) preemptori de rang V: Academia de Științe Agricole și Silvicultură «Gheorghe Ionescu-Șișești» și unitățile de cercetare-dezvoltare din domeniile agriculturii, silviculturii și industriei alimentare, organizate și reglementate prin Legea nr. 45/2009 privind organizarea și funcționarea Academiei de Științe Agricole și Silvicultură «Gheorghe Ionescu-Șișești» și a sistemului de cercetare-dezvoltare din domeniile agriculturii, silviculturii și industriei alimentare, cu modificările și completările ulterioare, precum și instituțiile de învățământ cu profil agricol, în scopul cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan cu destinația strict necesară cercetării agricole, aflate în vecinătatea loturilor existente în patrimoniul acestora (menționați cu titlu de noutate); f) preemptori de rang VI: persoane fizice cu domiciliul/reședința situat/situată în unitățile administrativ-teritoriale unde este amplasat terenul sau în unitățile administrativ-teritoriale vecine⁴³ (menționați cu titlu de noutate); de observat ca în categoria preemptorilor de gradul VI sunt menționate doar persoanele fizice; g) preemptori de rang VII: statul român, prin Agenția Domeniilor Statului.

Trebuie menționat faptul că în proiectul de modificare a Legii nr. 17/2014⁴⁴, în forma adoptată de Senat, categoriile de preemptori avute în vedere

⁴³ S-a pus în discuție excluderea persoanelor juridice din categoria preemptorilor de gradul VI deoarece există o încurajare a activităților agricole pentru companii, asociații, cooperative, etc. în scopul fiscalizării, asigurării transparenței fondurilor etc. A se vedea C. Popescu, op. cit.(fără pagină).

⁴⁴ PL-x nr. 336/2018- Proiect de Lege pentru modificarea și completarea Legii nr.17/2014 privind unele măsuri de reglementare a vânzării-cumpărării terenurilor agricole situate în extravilan și de modificare a Legii nr.268/2001 privind privatizarea societăților comerciale ce dețin în administrare terenuri proprietate publică și privată a statului cu destinație agricolă și înființarea Agenției Domeniilor Statului; În *Raportul comun al Comisiei juridice, de disciplină și imunități și Comisiei agricultură, silvicultură, industrie alimentară și servicii specifice nr. 4c-11/514/2018, Nr 4c-5/230 asupra proiectului de lege de modificare și completare a Legii nr. 17/2014* sunt indicate unele amendamente respinse cel puțin interesante, prin faptul că au fost avute în vedere : persoanele fizice (...) pot achiziționa teren agricol în România (...) dovada unei forme tradiționale de cultivare a terenurilor agricole, prin exploatarea directă a acestora, și prin asigurarea faptului că sunt ocupate și exploatate predominant de către proprietarii acestora; situația în care alege să exploateze terenul ori să valorifice producția în orice fel de

erau diferite față de forma finală în care a fost modificată, preemptorii fiind coproprietarii și rudele de gradul I, arendașii, inerii fermieri, proprietarii de terenuri agricole vecini, statul prin Agenția Domeniului Statului, în această ordine. Statul apare ca preeptor de rang VII, deși până la acest moment nu a exercitat dreptul de preepțiune prevăzut de Legea nr. 17/2014 în nicio situație. Autorii obiecției de neconstituționalitate menționate mai sus au ridicat problema cu privire la diferențele mari dintre proiectul de lege în forma inițială și forma finală care cuprinde noi categorii de preemptori și reguli noi, autorii obiecției de neconstituționalitate menționate mai sus, însă Curea Constituțională a apreciat nu este modificată esențial ordinea și nu afectează scopul legii în sine⁴⁵.

De observat că în cazul în care preemptorii de rang I-VII nu își exercită dreptul de preempțiune și nu doresc să cumpere, vânzarea nu este liberă, ci, ca o modificare importantă în structura legii, sunt stabilite condiții speciale pentru persoanele fizice și juridice față de care se poate face înstrăinarea terenurilor agricole situate în extravilan, care sunt cumulative - art. 4 ind. 1 L.17: persoanele fizice trebuie să aibă domiciliul/reședința pe teritoriul național pe o perioadă de cel puțin 5 ani anterior înregistrării ofertei de vânzare; să desfășoare activități agricole pe teritoriul național pe o perioadă de cel puțin 5 ani, anterior înregistrării acestei oferte; să fie înregistrate de autoritățile fiscale române cu minimum 5 ani anterior înregistrării ofertei de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan; persoanele juridice trebuie să aibă sediul social și/sau sediul secundar situat pe teritoriul național pe o perioadă de cel puțin 5 ani anterior înregistrării ofertei de vânzare; să desfășoare activități agricole pe teritoriul național pe o perioadă de cel puțin 5 ani anterior înregistrării ofertei de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan; să prezinte înscrisurile din care să reiasă că, din venitul total al ultimilor 5 ani fiscali, minimum 75% reprezintă venit din activități agricole; asociatul/acționarul care deține controlul societății să aibă domiciliul situat pe teritoriul național pe o perioadă de cel puțin 5 ani anterior înregistrării ofertei de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan; în cazul în care în structura persoanelor juridice, asociații/acționarii care dețin controlul societății sunt alte persoane juridice, asociații/acționarii care dețin controlul societății să facă dovada domiciliului situat pe teritoriul național pe o perioadă de cel puțin 5 ani anterior înregistrării ofertei de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan. Aceste persoane își pot exercita dreptul în termen de 30 de zile de la expirarea termenului pentru finalizarea procedurii de preempțiune (art. 4 ind. 1 alin. 3).

participațiune/asociere/colaborare cu alte persoane fizice și/sau juridice, cel puțin una dintre aceste persoane trebuie să fie cetățean român sau să aibă naționalitate română (...); (...) se obligă să nu vândă terenul agricol achiziționat minimum 10 ani, iar la împlinirea acestui termen trebuie să acorde dreptul de preempțiune (...); (...)se obligă să vândă cel puțin 10% din produsele realizate pe piața românească (...); (...)Suprafața totală de teren agricol deținută de preemptor, persoană fizică, nu poate depăși 750 h (...).

⁴⁵ Decizia CCR nr. 586/2020, pct. 48.

Doar dacă această categorie de persoane fizice sau juridice, care îndeplinesc condițiile menționate, nu își exercită dreptul de preempțiune sau nu îndeplinește condițiile, vânzarea se poate face liber, către orice persoană fizică sau juridică, cu observația că nu sunt considerate parte din categoria preemptorilor conform legii; de fapt rezultă, într-un mod lipsit de claritate, că s-a dorit instituirea unei noi categorii de preemptori, aspect semnalat deja și de alții⁴⁶.

Prin lege sunt stabilite condiții noi pentru arendași (art. 4 alin. 2 L.17), în sensul că trebuie să facă dovada îndeplinirii unor condiții legate de domiciliu/reședință/sediul social. Arendașul care dorește să cumpere terenul agricol arendat situat în extravilan trebuie arate că deține această calitate în baza unui contract de arendare valabil încheiat și înregistrat cu cel puțin un an înainte de data afișării ofertei de vânzare la sediul primăriei. În plus, arendașul trebuie să îndeplinească următoarele condiții: în cazul arendașilor persoane fizice, trebuie să îndeplinească condiții legate de domiciliul/reședința pe teritoriul național pe o perioadă de 5 ani anterior înregistrării ofertei de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan; în cazul arendașilor persoane juridice, cu acționariat altă persoană juridică, acționarii care dețin controlul societății trebuie să îndeplinească condiții legate de sediul social/secundar situat pe teritoriul național stabilit pe o perioadă de 5 ani anterior înregistrării ofertei de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan.

Referitor la exercitarea dreptului de preempțiune de către tinerii fermieri, este definit tânărul fermier⁴⁷, iar prioritate la cumpărarea terenului supus vânzării are tânărul fermier care desfășoară activități în zootehnie, și trebuie să îndeplinească condiții legate de domiciliul/reședința pe teritoriul național pe o perioadă de cel puțin un an anterior înregistrării ofertei de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan.

Există dispoziții privind stabilirea unei priorități între preemptorii de grad egal, adică între proprietarii de terenuri agricole vecine, ceea ce va genera

⁴⁶ Schoenherr Legal Services, Romania: Noi reglementări referitoare la vânzarea terenurilor agricole situate în extravilan, [online] https://www.schoenherr.eu/publications/publication-detail/?tx_news_pi1%5Bnews_preview%5D=3342&cHash=ba8311705d4e58c586af7bbbaa730943, accesat la 20.11. 2020; se folosește și formularea „drept de preferință în favoarea cumpărătorilor specializați”, în acest sens a se vedea Ioana Roman, Andreea Gheorghiu, Ilinca Porojan- Filip & Company, *Modificări privind vânzarea terenurilor agricole din extravilan*, 17.08.2020, [online] <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9a81f279-ba2e-4bc8-b620-d48c532e27c3>, accesat la 28.10.2020.

⁴⁷ Conform art. 4 alin. (3), tânărul fermier este o persoană cu vârsta de până la 40 de ani, așa cum este definită la art. 2 alin. (1) lit. (n) din Regulamentul (UE) nr. 1.305/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 decembrie 2013 privind sprijinul pentru dezvoltare rurală acordat din Fondul european agricol pentru dezvoltare rurală (FEADR) și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1.698/2005 al Consiliului, cu modificările ulterioare, care intenționează să desfășoare sau desfășoară activități agricole.

probleme practice⁴⁸. Autorii obiecției de neconstituționalitate menționată mai sus au pus în discuție faptul că se stabilește o regulă de prioritate pentru preemptori de același rang, însă uneori criteriile nu permit departajarea, de exemplu între proprietarul de teren agricol vecin care are hotarul comun cu latura cea mai mare a terenului cu privire la care s-a făcut oferta și proprietarul de teren agricol vecin care are cel mai lung hotar comun cu cu terenul cu privire la care s-a făcut oferta de vânzare. Rămâne de văzut dacă delimitarea se va putea realiza pe baza criteriilor indicate în lege.

Conform legii nr. 17/2014 modificată se stabilește o „interdicție temporară” de a înstrăina terenurile, prin vânzare (deși se poate ocoli dispoziția prin transmiterea altfel decât prin vânzare) fără a se menționa interdicția în mod direct (art. 4 ind. 2): sub sancțiunea nulității absolute în caz de nerespectare, terenurile agricole situate în extravilan se pot înstrăina, prin vânzare, înainte de împlinirea a 8 ani de la cumpărare, cu obligația plății impozitului de 80% pe suma ce reprezintă diferența dintre prețul de vânzare și prețul de cumpărare, în baza grilei notarilor din respectiva perioadă; în cazul înstrăinării directe sau indirecte, înainte de împlinirea a 8 ani de la cumpărare, a pachetului de control al societăților care au în proprietate terenuri agricole situate în extravilan și care reprezintă mai mult de 25% din activele acestora, vânzătorul va avea obligația de a plăti un impozit de 80% din diferența de valoare a terenurilor respective calculată pe baza grilei notarilor între momentul dobândirii terenurilor și momentul înstrăinării pachetului de control. În acest caz, impozitul pe profit privind diferența de valoare a acțiunilor sau părților sociale vândute se va aplica la o bază redusă proporțional cu procentul ponderii terenurilor agricole respective în activele fixe, orice dublă impozitare fiind interzisă. Scopul acestor prevederi care limitează exercitarea dreptului de proprietate privată este dat de necesitatea de a împiedica operațiunile speculative cu privire la terenurile agricole situate în extravilan, deși practic vânzarea este condiționată de plata unui impozit majorat artificial în cazul vânzării înainte de împlinirea termenului de 8 ani.

⁴⁸ Prioritate la cumpărarea terenurilor agricole situate în extravilan are, potrivit art. 4 alin. (5) L. 17 „a) proprietarul de teren agricol vecin care are hotarul comun cu latura cea mai mare a terenului ce face obiectul ofertei de vânzare; b) în cazul în care terenul ce face obiectul ofertei de vânzare are două laturi mari ori toate laturile egale, prioritate la cumpărarea acestui teren are proprietarul de teren agricol vecin, tânăr fermier, care are domiciliul/reședința situat/situată pe teritoriul național pe o perioadă de cel puțin un an anterior înregistrării ofertei de vânzare a terenurilor agricole situate în extravilan; c) proprietarii de teren agricol vecin care au hotarul comun cu terenul ce face obiectul ofertei de vânzare, în ordinea descrescătoare a lungimii hotarului comun cu terenul în cauză; d) în cazul în care latura mare sau una dintre laturile egale ale terenului ce face obiectul ofertei de vânzare are hotarul comun cu un teren situat pe raza altei unități administrativ-teritoriale, prioritate la cumpărarea terenului are proprietarul de teren agricol vecin cu domiciliul/reședința în raza unității administrativ-teritoriale unde este amplasat terenul.”

Există neclarități privind modul de calcul și plată pentru acest impozit⁴⁹ și cu privire a faptul că nu există mijloace de a aplica aceeași soluție pentru înstrăinarea altfel decât prin vânzare, ceea ce lipsește de conținut întreaga idee a acestei dispoziții, prin limitarea doar la vânzare.

Aceste dispoziții au o formă diferită (cu îmbunătățiri, am putea afirma?!) față de ceea ce prevedea inițial proiectul de modificare a Legii nr. 17/2014, într-un mod discutabil, în sensul că s-a propus să fie permisă înstrăinarea prin vânzare doar după trecerea unui termen de 15 ani de la data cumpărării (cu observația că oricum se putea transmite altfel decât prin vânzare și se putea ocoli dispoziția), iar transferul dreptului de proprietate ulterior acestei vânzări se putea realiza doar către statul român (pentru ipoteza vânzărilor succesive).

Sub aspectul respectării destinației agricole, de observat că proprietarii terenurilor agricole situate în extravilan au obligația să le utilizeze exclusiv în vederea desfășurării activităților agricole de la data cumpărării, iar în situația în care pe terenul agricol există investiții agricole pentru culturile de pomi, viță-de-vie, hamei și irigații exclusiv private se va păstra destinația agricolă a acestei investiții (art. 4 ind 2. alin. 5).

Sub aspect procedural, în Legea nr. 17/2014 există modificări privind procedura de exercitare a dreptului de preempțiune prin prelungirea termenelor (este prelungit termenul privind afișarea ofertei de vânzare la 45 de zile, față de 30 zile). Conform art. 6 L. 17, prin derogare de la prevederile NCC privind exercitarea dreptului de preempțiune, vânzătorul înregistrează, la primăria din raza unității administrativ-teritoriale unde se află terenul, o cerere prin care solicită afișarea ofertei de vânzare, iar primăria are obligația ca în termen de 5 zile lucrătoare (modificare de la o zi) de la data înregistrării cererii primăria are obligația să afișeze timp de 45 de zile lucrătoare oferta de vânzare. De observat că se ajunge la îngreunare a procedurii inclusiv prin faptul că primăria are o obligația de a notifica titularii dreptului de preempțiune cu privire la oferta de vânzare înregistrată (conform normelor metodologice de aplicare- problemă nerezolvată încă), fiind contravenție neefectuarea notificării către preemptor. Considerăm că prelungirea termenelor⁵⁰ și stabilirea unor formalități suplimentare vor îngreuna nejustificat procedura de exercitare a dreptului de preempțiune, fără a avea efectiv beneficii cu privire la scopul avut în vedere, ipotezele legii fiind limitate la vânzare.

Există posibilitatea atât pentru vânzător cât și pentru preemptor să retragă oferta, respectiv acceptarea până la finalizarea procedurii de exercitare a dreptului de preempțiune (art. 7 ind. 1 L. 17).

Există posibilitatea reluării întregii proceduri în cazul în care, în termenul de 45 de zile lucrătoare, un preemptor de rang inferior oferă un preț superior celui din oferta de vânzare sau celui oferit de ceilalți preemptori de rang superior lui care acceptă oferta, vânzătorul poate relua procedura, cu înregistrarea ofertei

⁴⁹ Acest lucru a fost menționat și de autorii obiecției de neconstituționalitate menționate mai sus.

⁵⁰ A se vedea și la art. 10 din L. 17/2014, prelungirea de la 2 la 5 zile.

de vânzare cu acest preț, iar procedura se va desfășura o singură dată, în termen de 10 zile de la împlinirea termenului de 45 de zile lucrătoare.

Un element de noutate este dat instituirea Registrului unic național privind circulația și destinația terenurilor agricole situate în extravilan, în sistem electronic, constituit pe baza datelor și informațiilor furnizate de către autoritățile administrației publice locale, Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară, care se administrează de către Ministerul Agriculturii și Dezvoltării Rurale (art. 12 L. 17).

Referitor la faptul că Legea nr. 17/2014 înainte de modificare prevedea aplicarea și a sancțiunii nulității absolute și a sancțiunii nulității relative⁵¹, se observă o schimbare, în sensul că înstrăinarea terenului agricol situat în extravilan fără respectarea dreptului de preempțiune fără respectarea dreptului de preempțiune este sancționată cu nulitatea absolută conform Legii nr. 17 modificată.

A avut loc o majorare a amenzilor (se dublează) pentru contravențiile în caz de nerespectare a procedurii pentru exercitarea dreptului de preempțiune la cumpărarea terenurilor agricole situate în extravilan.

Procedura a fost îngreunată, cumpărarea terenurilor agricole a devenit mai dificilă, o perioadă (cât timp s-a prevăzut aplicarea Legii nr. 17/2014 cu modificări și pentru procedurile în curs toate procedurile au fost blocate prin lipsa de claritate a noilor dispoziții, care imediat au fi fost modificate prin amânarea aplicării pentru aceste ipoteze).

A fost subliniat efectul negativ cu privire la modificările Legii nr. 17/2014 prin faptul că devine mai dificilă cumpărarea pentru investitori și extrem de dificilă pentru investitorii din domenii non-agricole care vor să dezvolte investiții, fiind foarte afectați producătorii de energie regenerabilă care ar avea nevoie, și vor avea dificultăți, a cumpărarea, legal, de terenuri situate în extravilan pentru proiecte energetice, dezvoltatorii de parcuri industriale etc.⁵²

În final, rămâne întrebarea legată de limitarea aplicării procedurii doar pentru ipoteza de înstrăinare prin vânzare și de faptul că transmiterea poate avea loc altfel decât prin vânzare; apoi se pune întrebarea legată de direcția următoarelor modificări ale Legii nr. 17/2014 și cât de mult îngreuna o procedură

⁵¹ Cu privire la aplicarea a două tipuri de nulități (absolută și relativă) pentru nerespectarea anumitor prevederi ale Legii nr. 17/2014, înainte de modificare, în cazul înstrăinării prin vânzare a terenurilor agricole extravilane, a se vedea și S. Chirică, M. I. Mitan, *Vânzarea terenurilor agricole extravilane fără respectarea Legii nr. 17/2014. Sancțiunea nulității relative sau a nulității absolute?*, 26.06.2014, [online] <https://www.juridice.ro/327599/vanzarea-terenurilor-agricole-extravilane-fara-respectarea-legii-nr-172014-sanctiunea-nulitatii-relative-sau-a-nulitatii-absolute.html>, accesat la 20.10.2020.

⁵² A. Petrescu, A. Borza -Deloitte România, *Restricțiile impuse la vânzarea de terenuri agricole – efecte benefice și victime colaterale*, 11.09.2020, [online] <https://www2.deloitte.com/ro/ro/pages/tax/articles/restrictiile-impuse-la-vanzarea-de-terenuri-agricole-efecte-benefice-si-victime-colaterale.html>, accesat la 22.11.2020.

care nu-și atinge scopul în sine; apoi rămâne întrebarea dacă aceste dispoziții din Legea nr. 17/2014 în forma modificată contravin dreptului Uniunii Europene și dacă ar putea să atragă răspunderea statului român pentru nerespectarea obligațiilor asumate prin tratatul de aderare, prin impunerea condițiilor de domiciliu/reședință/sediu social atât pentru persoane fizice cât și juridice, aducând atingere liberei circulații a capitalurilor și libertății de stabilire, sau dacă, prin scopul avut în vedere, de interes general, restricționarea liberei circulații a capitalurilor și libertății de stabilire va fi considerată justificată, cu respectarea principiului nediscriminării și proporționalității.

Aprecierea caracterului abuziv al clauzelor contractuale în cazuistica recentă a CJUE și impactul acesteia asupra jurisprudenței naționale: schimbări palpabile sau implicare secvențială?

The Evaluation of the Unfair Contractual Terms in CJEU`s Recent Judgements and its Impact on the National Jurisprudence: Tangible Changes or a Sequential Impact?

Juanita Goicovici¹

Rezumat: Prezentul studiu abordează problematica aprecierii caracterului abuziv al clauzelor contractuale, din perspectiva cazuisticii recente a CJUE, îndeosebi cu privire la posibilitatea instanței de a supune analizei o clauză contractuală care nu a făcut obiectul unei negocieri individuale, dar care reflectă o normă supletivă din legislația națională și care, potrivit normelor din dreptul intern, se aplică între părțile contractante în absența unor prevederi contractuale contrare. Cea de a doua parte a studiului este alocată problematicii caracterului abuziv al clauzelor care definesc mecanismul de stabilire a ratei dobânzii variabile în contractul de credit și posibilității instanțelor naționale de a invita părțile să negocieze în vederea stabilirii respective și să urmărească stabilirea unui echilibru real între drepturile și obligațiile contractanților.

Cuvinte-cheie: clauze abuzive; consumator; norme supletive; contract de credit; monedă străină

Abstract: The study approaches the problematics of the identifying of unfair contractual terms, from the perspective of the recent jurisprudential trends in the EUCJ casuistry, especially in terms of admitting the courts' possibility to approach a contractual term which has not been individually negotiated, but which reflects a rule that, under national law, applies between contracting parties provided that no other arrangements have been established in that respect. The second part of the study is reserved to the problematics of the unfair character of contractual terms establishing the mechanism for determining the variable interest rate in a loan agreement and the possibility for the national courts of inviting the parties to negotiate with the aim of establishing the method for calculating the interest rate, provided that the national court sets out the framework for those negotiations and that seeks to establish an effective balance between the parties' rights and obligations.

¹ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai Cluj-Napoca, e-mail: juanita.goicovici@law.ubbcluj.ro.

Keywords: article 267 TFEU; arbitral tribunals; Court of Justice of the European Union; preliminary rulings procedure

1. Observații introductive²

Incomodă, aproape neverosimilă, în cheia de lectură propusă de judecătoria CJUE, soluția pronunțată în cauza C-81/19, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Curtea de Apel Cluj, în cadrul unui litigiu între consumatori și o bancă română, cu privire la caracterul pretins abuziv al unei clauze a contractului de credit de refinanțare încheiat între aceste părți în monedă străină, postulează că nu pot face obiectul unei examinări a caracterului abuziv³ normele supletive care se aplică automat în dreptul național, în lipsa unui acord diferit între părți.

² Prezentul studiu sintetizează intervenția cu tema „Aprecierea caracterului abuziv al clauzelor contractuale în cazuistica recentă a CJUE și impactul acestora asupra jurisprudenței naționale”, în cadrul Secțiunii Drept privat (Panelul I) a Sesiunii de comunicări științifice „Influențe actuale ale jurisprudenței instanțelor europene asupra dreptului românesc”, organizată de Facultatea de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași în 30.10.2020, în cadrul Conferinței Zilele Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași - 165 de ani de învățământ juridic la Iași.

³ Absența negocierii reprezintă un criteriu decisiv în evaluarea caracterului abuziv al clauzei litigioase, prin „posibilitatea consumatorului de negociere” a prevederilor contractuale înțelegându-se nu simplele dezbateri sau discuții precontractuale care au avut rolul de a clarifica consumatorului termenii contractului și consecințele negative ale nerespectării clauzelor contractuale, ci dezbaterile care au putut genera o modificare efectivă a clauzei (redactate de către profesionist, în mod unilateral) în sensul propus de consumator. În principiu, pot fi disjuncte două tipuri de clauze abuzive: clauze cu potențial abuziv, care pot fi numite și „clauze relative”, al căror caracter abuziv se va verifica sau nu în funcție de contrabalansarea drepturilor profesionistului cu drepturi similare acordate consumatorului și pe care le putem considera incluse pe o „listă gri” cu potențial nociv (a), respectiv clauze absolut abuzive sau al căror caracter este invariabil abuziv, întrucât nu poate fi „edulcorat” prin niciun fel de prerogative atribuite consumatorului, clauze incluse pe o „listă neagră”, simpla prezență a clauzei în textul unui contract încheiat cu consumatorii fiind suficientă pentru aplicarea sancțiunii legale (b). Pentru o abordare doctrinară recentă, a se consulta S. Whittaker, *Unfair Terms in Commercial Contracts and the Two Laws of Competition: French Law and English Law Contrasted*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 39, Nr. 2 / 2019, p. 404-434; C. Pavillon, B. Schmitz, *Measuring Transparency in Consumer Contracts: The Usefulness of Readability Formulas Empirically Assessed*, Journal of European Consumer and Market Law, Vol. 9, Nr. 5/2020, p. 191-200; M. Junuzovic *Blurred Lines: Between Formal and Substantive Transparency in Consumer Credit Contracts*, Journal of European Consumer and Market Law, Vol. 8, Nr. 3/2019, p. 97-107; F. de Elizalde, *Partial Invalidity for Unfair Terms? CJEU in Abanca – C-70 and 179/17*, Journal of European Consumer and Market Law, Vol. 8, Nr. 4/2019, p. 147-149; M. Loos, *Double Dutch – On the role of the transparency requirement with regard to the language in which standard contract terms for B2C-contracts must be drafted*, Journal of European Consumer and Market Law, Vol. 6, Nr. 2/2017, p. 54-59; J. Fazekas, *The consumer credit crisis and unfair contract*

Decizia CJUE pronunțată în 9 iulie 2020 în cauza C-81/19⁴ a fost centrată pe răspunsul la interogația adresată de instanța clujeană, de a stabili dacă normele

terms regulation – Before and after Kásler, Journal of European Consumer and Market Law, Vol. 6, Nr. 3/2017, p. 99-106; M. Józson, *Unfair contract terms law in Europe in times of crisis: Substantive justice lost in the paradise of proceduralisation of contract fairness*, Journal of European Consumer and Market Law, Vol. 6, Nr. 4/2017, p. 157-166.

⁴ ECLI:EU:C:2020:532. Elementele factuale în cauza C-81/19 au implicat existența unui contract de credit pentru consum încheiat între consumatorii NG și OH, la 31 martie 2006, și SC Volksbank România SA, ulterior Banca Transilvania, având ca obiect împrumutarea capitalului de 90 000 lei. În 15 octombrie 2008, între aceleași părți a fost încheiat un contract de credit în franci elvețieni (CHF), destinat refinanțării contractului inițial. Contractul de credit de refinanțare avea ca obiect suma de 65 000 CHF (aprox. 42 139 de euro, aproximativ 159 126 RON la cursul de schimb dintre aceste monede la data semnării respectivului contract).

Conform normelor interne ale Băncii Transilvania, gradul maxim de îndatorare admis era de 55 % din capacitatea financiară a împrumutaților. În ceea ce îi privește pe NG și pe OH, acest nivel a fost calculat luând în considerare cursul de schimb CHF/RON în vigoare înaintea semnării contractului de refinanțare și reprezenta, la data acordării împrumutului, 35,04 % din veniturile debitorilor.

O clauză stipulată în Secțiunea 4, punctul 1 din condițiile generale ale contractului de refinanțare prevedea că orice plată efectuată în baza acestuia trebuia să se facă în moneda creditului. Se prevedea, de asemenea, că împrumutatul putea solicita băncii, în anumite condiții, conversia monedei creditului într-o altă monedă, fără însă ca aceasta să fie obligată să dea curs unei asemenea cereri. Se mai prevedea că banca era mandată să efectueze schimbul valutar, în numele și pentru împrumutat, în scopul stingerii obligațiilor de plată scadente, utilizând propriul curs de schimb.

Fluctuațiile cursului de schimb CHF/RON între luna octombrie 2008 și luna aprilie 2017 au avut ca efect majorarea cu 117 760 RON (aproximativ 24 772 de euro) a sumei împrumutate de NG și OH. În 23 martie 2017, NG și OH au introdus o acțiune la Tribunalul Specializat Cluj prin care solicitau să se constate caracterul abuziv al clauzei din cuprinsul secțiunii 4, punctul 1 din condițiile generale ale contractului de refinanțare. NG și OH susțineau, de asemenea, că Banca Transilvania, în calitate de creditor, nu își îndeplinise obligația pre-contractuală de informare, întrucât nu îi avertizase, cu ocazia negocierii și a încheierii acestui contract, cu privire la riscul pe care îl implica conversia contractului inițial într-o monedă străină. În special, întrucât împrumutații nu dispuneau decât de venituri realizate în moneda națională, creditorul ar fi trebuit să le atragă atenția asupra efectelor unei devalorizări a acestei monede în raport cu moneda străină în care trebuia rambursat creditul. În plus, clauza privind rambursarea în monedă străină ar crea un dezechilibru în defavoarea împrumutaților, întrucât aceștia erau singurii care trebuiau să suporte riscul de schimb valutar. Prin urmare, NG și OH au solicitat Tribunalului Specializat Cluj înghețarea cursului de schimb CHF/RON la valoarea de la data încheierii contractului de refinanțare, precum și restituirea sumelor plătite pe baza unui curs de schimb mai puțin favorabil.

Această instanță a admis în parte acțiunea formulată de NG și OH. Ea a respins însă cererea privind stabilizarea cursului de schimb CHF/RON în vigoare la data semnării contractului de refinanțare. Pentru a ajunge la această soluție, instanța menționată a considerat că clauza care figurează în secțiunea 4, punctul 1 din condițiile generale ale contractului de refinanțare reflecta principiul „nominalismului monetar”, astfel cum

supletive din dreptul național care completează automat cuprinsul contractului dintre un profesionist și un consumator, în absența unor dispoziții contractuale exprese în sens contrar, ar putea face obiectul analizei eventualului caracter abuziv⁵. Într-o încercare de *fine-tuning*, de acordaj fin al normelor din dreptul european privitoare la reprimarea clauzelor abuzive, judecătorii CJUE au reținut că articolul, 1 alin. (2) din Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii „trebuie interpretat în sensul că o clauză contractuală care nu a făcut obiectul unei negocieri individuale, ci reflectă o normă care, potrivit legii naționale, se aplică

era consacrat la articolul 1578 din vechiul Cod civil român; însă, această clauză ar intra în domeniul de aplicare al Directivei 93/13 dată fiind natura supletivă, iar nu imperativă, a unei asemenea dispoziții din dreptul național. Instanța menționată a considerat, prin urmare, că putea examina caracterul abuziv al acestei clauze. În urma acestei examinări, a constatat, pe de altă parte, că clauza menționată era redactată în termeni clari și inteligibili și că Banca Transilvania își îndeplinise obligația de informare, întrucât aceasta nu putuse să prevadă variațiile semnificative ale cursului de schimb CHF/RON. Atât debitorii NG și OH, cât și creditorul Banca Transilvania au declarat apel împotriva acestei hotărâri în fața instanței de trimitere, Curtea de Apel Cluj.

- ⁵ Potrivit instanței de trimitere, din Decizia CJUE pronunțată în 20 septembrie 2017, în cauza Andriciuc (C-186/16, EU:C:2017:703), ar reieși că, atunci când o clauză contractuală reflectă o dispoziție imperativă de drept național care se aplică între părțile contractante indiferent de alegerea lor sau o dispoziție de natură supletivă și, prin urmare, aplicabilă automat, cu alte cuvinte în lipsa unui acord diferit între părți în această privință, aceasta nu intră în domeniul de aplicare al Directivei 93/13. Instanța de trimitere a arătat că norma din art. 1578 din vechiul Cod civil are un caracter supletiv (regula nominalismului monetar), subliniind totodată că soluția consacrată în Decizia CJUE din 20 septembrie 2017, în cauza Andriciuc, face obiectul unei aplicări divergente de către instanțele române.

După cum se arată în Considerentele 17-20 din Decizia CJUE pronunțată în 9 iulie 2020 în cauza C-81/19, majoritatea acestor instanțe naționale ar considera că clauzele contractuale care reflectă această dispoziție legislativă nu pot face obiectul unei examinări a caracterului lor abuziv, fiind norme supletive care se aplică automat în lipsa unui acord diferit între părți. Cu toate acestea, un anumit număr de instanțe române ar considera că o asemenea clauză a fost impusă de profesionist consumatorului. Din moment ce acesta din urmă nu o putea înlătura prin introducerea unei clauze diferite în contract, controlul caracterului său abuziv nu poate fi exclus. Instanța de trimitere arată că „opinia majoritară a instanțelor naționale atenuează până la anihilare distincția între dispozițiile legislative de natură imperativă și cele de natură supletivă, ceea ce conduce astfel la supunerea lor, în ceea ce privește examinarea eventualului lor caracter abuziv, aceluiași regim juridic”. Instanța de trimitere se întreabă, în plus, care este „întinderea obligației de informare ce revine băncii în ceea ce privește fluctuațiile viitoare ale cursului de schimb al unei monede și care sunt măsurile pe care ar trebui să le adopte pentru a garanta efectivitatea drepturilor conferite consumatorului de Directiva 93/13 în cazul în care nu există o dispoziție supletivă pentru a înlocui o clauză contractuală al cărei caracter abuziv a fost constatat”.

între părțile contractante în lipsa unui acord diferit în această privință, nu intră în domeniul de aplicare al acestei directive.” Evident că relația dintre incidența normelor supletive din dreptul național în contractele dintre profesioniști și consumatori și caracterul echilibrat al acestor norme în contextul absenței negocierii este mult mai complexă decât o narează, în alb și negru, soluția CJUE. Decizia din 9 iulie 2020 spulberă iluzia posibilității instanțelor naționale de a aprecia caracterul abuziv al normelor supletive (ca și al celor imperative) din dreptul național, considerate a reflecta invariabil soluția echilibrată.

1.1. Normele legale supletive sunt (întotdeauna) o matrice a echilibrului contractual în contractele de adeziune?

Nefastul tandem dintre caracterul de adeziune al contractului de credit încheiat între instituția bancară și consumator, respectiv incidența automată a dispozițiilor legale supletive (al căror caracter just, non-abuziv și echilibrat este prezumat absolut, în interpretarea reținută de judecătoria CJUE) a fost pus pe tapet în cauza C-81/19 în corelație cu incidența în contractul de credit a principiului nominalismului monetar, prevăzut la momentul încheierii contractului de dispozițiile art. 1578 din vechiul Cod civil român ca incident în absența unor clauze exprese (de recalculare, de ajustare valutară, de indexare etc.) convenite de părți în cuprinsul contractului. În fața instanței de trimitere, profesionistul creditor a invocat incidența principiului nominalismului monetar, în absența unei derogări exprese în textul contractual, ca normă cu caracter supletiv prevăzută în dreptul intern; instanța de trimitere a adresat întrebarea dacă expresia „acte cu putere de lege sau norme administrative obligatorii”, în sensul articolului 1, alin. (2) din Directiva 93/13, acoperă, ținând seama de al treisprezecelea considerent al acesteia, și normele supletive care, potrivit legii, se aplică între părțile contractante cu condiția să nu fi intervenit un alt acord al părților.

Efectul pieselor de domino nu poate fi, la rândul său, omis în cazul soluției enunțate în decizia CJUE pronunțată în 9 iulie 2020 în cauza C-81/19, care, deși vizează literal incidența principiului nominalismului monetar într-un contract de adeziune, având natura unui contract de împrumut de consumație contractat în franci elvețieni, ca normă supletivă al cărei caracter abuziv nu poate fi discutat în fața instanței naționale, întrucât ar reflecta deja soluția echilibrată între părți, decizia CJUE reverberează asupra (im)posibilității invocării caracterului abuziv al tuturor normelor legale supletive din dreptul intern care ar fi incidente în contractele dintre profesioniști și consumatori în absența unor dispoziții contractuale derogatorii (doar acestea din urmă putând face obiectul analizei caracterului abuziv de către instanța de judecată).

Principiul nominalismului monetar, în ipostaza de normă legală supletivă în contractele de împrumut de consumație nu este singurul element care bruschează atenția practicienilor care lecturează considerentele deciziei CJUE în cauza C-81/19; însuși antagonismul normelor imperative și al normelor legale supletive este disipat în acest context, întrucât în cheia de lectură propusă de

judecătoria CJUE, atât normele legale imperative, cât și normele legale supletive (ultimele fiind incidente în măsura inexistenței unor clauze contractuale specifice, în sens contrar) nu pot face obiectul analizei caracterului abuziv, acestea neputând decât să materializeze noțiunea de echilibru contractual concepută de legiuitorul național, prin însăși esența lor.

Siajul trasat de soluția CJUE este însă maculat de cel puțin două considerente, asupra cărora Curtea nu s-a oprit în mod special, judecătoria CJUE emancipându-le din sfera discuției, însă cu privire la care apreciem că merită abordate:

(a) în ipoteza în care contractul în care devin incidente normele legale supletive (cum ar fi principiul nominalismului, sub imperiul dispozițiilor vechiului Cod civil) este un contract de adeziune⁶, marcat de absența negocierii, iar clauzele propuse unilateral de către profesionist permit incidența dispozițiilor legale supletive fără ca debitorul consumator să fi avut posibilitatea reală a negocierii acestor clauze sau de obținere a modificării lor în sensul evitării unei norme supletive prin convenirea unor termeni contractuali de comun acord cu consumatorul, se menține logica unui caracter (prezumat) echilibrat al normelor legale supletive sau devin acestea un subterfugiu pentru impunerea unilaterală, de către profesionist, a anumitor direcții efectuale;

(b) atunci când normele legale supletive incidente provin, precum în litigiul aflat pe rolul instanței de trimitere în cauza C-81/19, dinspre un sistem de norme aparținând altei ramuri de drept privat decât dreptul consumului, mai conservă aceasta un caracter echilibrat raportat la inegalitățile fundamentale dintre profesionist și consumator? Norma supletivă a nominalismului monetar consacrată de art. 1578 din vechiul Cod civil român, conturată într-o paradigmă de gândire fundamental diferită de cea specifică dreptului consumului, devenea,

⁶ Reverberațiile caracterului de contract de adeziune al convențiilor încheiate cu consumatorii, conținând clauzele redactate de către profesioniști se resimt inclusiv în planul interpretării clauzelor obscure, neclare în favoarea consumatorului / în contra autorului lor (profesionistul bancar). Principiul interpretării în favoarea consumatorului este consacrat expres în textul art. 77 din Codul român al consumului, conform căruia „În caz de dubiu asupra interpretării unor clauze contractuale, acestea vor fi interpretate în favoarea consumatorului”. Nu este fastidios de amintit faptul că ambiguitatea clauzelor bancare tipizate poate origina în redactarea obscură sau incompletă a acestora (a), cât și în contradicțiile existente între clauzele exprese ale contractului principal și una sau mai multe dintre condițiile generale ale creditorului bancar (b). Pe cale de consecință, ambiguitatea clauzelor bancare redactate unilateral de către creditorul profesionist poate fi una intrinsecă, însemnând că simpla lectură a clauzei nu permite consumatorului decriptarea sensului exact al termenilor și al efectelor acestora sau chiar o ambiguitate ori o lipsă de transparență extrinsecă, atunci când clauza în sine este redactată în termeni clari, neechivoci, însă își pierde din semnificație în corelație cu alte dispoziții contractuale care o contrazic (principiul coerenței nefiind respectat, în acest caz, de către profesionist). A se consulta, pentru detalii, B. Biemar, B. Kohl (coord.), *Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels*, Ed. Anthemis, Paris, 2013, p. 181-194.

în cauza C-81/19, incidentă într-un contract de adeziune, marcat de absența puterii de negociere a consumatorului în raporturile cu profesionistul; exprimă, în acest caz, norma legală supletivă o reacție adecvată la starea de vulnerabilitate (informațională, economică, procesuală etc.) a consumatorului, cât timp norma legală supletivă a fost concepută de legiuitorul național în ramura dreptului civil (devenit dreptul comun în raporturile cu dreptul consumului) care pornea de la premisa egalității „clasice” de forțe între părțile contractante, în dezacord cu premisele de inferioritate informațională și economică a consumatorului de la care pleacă reglementările europene și naționale în materia protecției juridice a consumatorului? Decizia CJUE plasează discuția pe coordonate (voit) simplificate, într-o tentativă de excludere a posibilității contestării normelor legale (imperative sau supletive) în litigiile B2C pe rolul instanțelor naționale din statele membre. Or, această „simplificare” de paradigmă, pe care autorii deciziei CJUE nici măcar nu încearcă să o mascheze sau să o suprime, să o identifice și să o corecteze reverberează în planul pertinentei plasării unor norme legale supletive elaborate în dreptul comun, ca parte integrantă a contractelor B2C (*business to consumer*) fundamentate pe o altă logică, radical diferită de cea din dreptul comun al obligațiilor contractuale.

Nu doar schimbarea de paradigmă dinspre voluntarismul și egalitarismul contractual, caracteristică pentru dreptul civil clasic, către perspectiva necesității intervenției legislative prin norme speciale în sensul re-echilibrării raportului de forțe dintre partenerii contractuali (profesionist *versus* consumator), ci însăși absența negocierii clauzelor contractelor de adeziune este cea care răstoarnă viziunea propusă de judecătorii CJUE în cauza C-81/19, dat fiind faptul că postularea posibilității celor vizați de respectiva normă supletivă de a deroga de la conținutul acesteia rămâne de esența normelor supletive; or, tocmai această posibilitate efectivă de a obține prin negociere derogarea contractuală de la incidența normelor supletive lipsește consumatorului, în contractele de adeziune. Îndeosebi, garanția posibilității efective a consumatorului de a se proceda la negocierea unor clauze, care să devieze în mod voluntar de la incidența normelor legale supletive din dreptul comun, rămâne problematică în contractele B2C. După cum vom avea prilejul să remarcăm în secțiunile următoare, deciziei CJUE din 9 iulie 2020 în cauza C-81/19 îi reușește performanța (nefericită) a anacronismului unei soluții care generalizează raționamentul din cauza Andriciuc (privind imposibilitatea contestării caracterului echilibrat al clauzelor contractuale din contractele B2C care materializează dispoziții legale imperative) asupra oricăror norme legale supletive incidente în contractele de adeziune încheiate între profesioniști și consumatori, stabilind imposibilitatea atacării clauzelor redactate unilateral de către profesionist care consacră norme supletive din dreptul național, fără a permite instanțelor naționale să verifice, în fiecare caz în parte, respectarea echilibrului contractual prin incidența unor norme supletive provenind dinspre ramuri de drept (comun), aproape diametral opuse ca paradigmă de gândire față de dreptul protecției consumatorului.

1.2. Ce ascunde bonomia profesionistului care propune introducerea normelor legale supletive în câmpul contractual?

Excluderea din câmpul de aplicare al dispozițiilor Directivei 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii a clauzelor contractuale care reflectă anumite norme legale este consacrată în cuprinsul art. 1, alin. (2) din Directivă, care prevede: „Dispozițiile prezentei directive nu se aplică clauzelor contractuale care reflectă acte cu putere de lege sau norme administrative obligatorii sau dispozițiile ori principiile din convențiile internaționale la care statele membre sau Comunitatea sunt părți (...)”. Nu doar normele legale imperative sunt excluse de sub posibilitatea disecării caracterului licit sau abuziv (fiind prezumate irefragabil ca înmagazinând raționamente echilibrate ale legiuitorului, pornind de la dezideratul ocrotirii unor interese generale sau particulare legitime), ci și normele legale supletive, după cum rezultă din cuprinsul deciziei CJUE din 9 iulie 2020 în cauza C-81/19. Construcția logică pe care o propun judecătorii CJUE este creionată pornind de la substratul benign al acestor norme supletive în dreptul comun, având în vedere maniera specifică de oglindire a acestor norme în contractele încheiate de părți, selectând ca paradigmă situația în care părțile au consimțit, fie direct, fie numai tacit, să activeze norma dispozitivă sau norma legală supletivă, renunțând (explicit sau implicit) la prerogativa de a modifica norma legală „de rezervă”, adaptând-o la propriile lor interese sau configurând clauzele contractuale conform propriei lor viziuni asupra efectelor contractului, în perimetrul în care se poate deplasa voința nomothetă a părților (pe palierele în care normele legale imperative sunt inexistente). Numai că, în contractele de adeziune, redactate unilateral de către profesionist, nu par să fie prezente premisele unui asemenea consimțământ liber al consumatorului la înglobarea în câmpul contractual a normelor legale supletive, dat fiind faptul că debitorul consumator nu numai că nu a putut negocia clauzele-standard propuse unilateral de către profesionist, dar nu a putut nici să obțină inserarea unor clauze derogatorii de la normele legale supletive („de rezervă”) și care să materializeze voința ambelor părți de a adapta soluția legală dispozitivă, supletivă, deviind punctual de la aceasta conform înțelegerii dintre aceste părți, în baza principiului voluntarismului contractual. Deplina libertate de opțiune a consumatorului în sensul incidenței normelor legale supletive sau, dimpotrivă, al devierii de la normele dispozitive, prin clauze contractuale exprese negociate de părți a fost inexistentă în cazul consumatorului.

Contractul în cuprinsul căruia au fost înglobate (tacit sau expres) normele legale supletive din inițiativa profesionistului este un contract de adeziune, ale cărui clauze reprezintă rodul voinței unilaterale a uneia din părți, cealaltă parte neavând posibilitatea de a le discuta ori negocia, ci numai pe aceea de a adera sau de a nu adera la setul global de norme private în cauză; profesionistul a fost unicul decident al incorporării normelor legale supletive în contractul de credit încheiat, fiind autorul textului ofertei adresate consumatorului, ultimul putând doar să opteze pentru încheierea contractului, pentru acceptarea uneia sau alteia dintre ofertele astfel formulate, fără a putea obține negocierea efectivă și

modificarea unora dintre clauzele elaborate de profesionist (inclusiv sub aspectul incidenței normelor legale suplative – decisă unilateral de către profesionist. Însăși paradigma normelor legale suplative în dreptul civil „tradițional”, clasic pornea de la premisa echilibrului quasi-perfect de forțe între partenerii contractuali din dreptul comun (civil), paradigmă în care părțile erau abilitate să exercite sau să exerseze principiul libertății contractuale (ridicat la rangul de cheie de boltă a dreptului contractelor civile) sub fiecare dintre cele trei fațete ale acestuia: (i) libertatea de a alege între încheierea sau neîncheierea contractului; (ii) libertatea de alegere a partenerului contractual sau de selectare a contractantului; (iii) libertatea de stabilire a clauzelor contractuale, a termenilor contractuali, de configurare a efectelor contractului încheiat. Or, cel puțin ultima dintre aceste fațete care alcătuiesc tripticul formelor de exprimare a principiului libertății contractuale în dreptul civil clasic nu subzistă în niciun procent, în privința majorității contractelor B2C, care sunt contracte de adeziune, în cadrul cărora consumatorul nu numai că nu poate negocia cuprinsul clauzelor derogatorii de la normele legale suplative (putând doar să accepte sau să refuze setul de dispoziții contractuale propus de profesionist), dar nu poate evita însăși incidența normelor legale suplative, neavând alternativa de a obține înlocuirea acestor norme suplative cu dispoziții contractuale liber negociate de către ambele părți.

Neputând evita incidența normelor legale suplative (decisă indirect doar de către profesionist, prin absența în textul contractual elaborat unilateral de către profesionist, a unor norme în sens contrar, derogatorii de la dispozițiile legale suplative), consumatorul nu poate decât să adere inclusiv la setul de norme suplative; însă, atunci când aceste norme suplative provin dinspre dreptul comun (dreptul civil), care funcționează într-o paradigmă voluntaristă radical diferită de cea pe care a fost construit și a evoluat dreptul consumului (o paradigmă a inegalității fundamentale, a dezechilibrului informațional, financiar-economic sau chiar procesual dintre profesionist și consumator), sunt legitime interogațiile în legătură cu însăși justetea incidenței automate a acestor norme suplative din dreptul civil, în contractele de adeziune B2C.

2. Soluția (re)negocierii clauzelor privind modalitatea de calcul al dobânzii: versiunea „juridicizată” a negocierilor

2.1. „Invitația la negocierea” clauzelor privind dobânda variabilă și fixarea de către instanțele naționale a „cadrului negocierii”: o misiune herculeană?

În cea de a doua parte a studiului, vom aborda succint implicațiile aduse asupra jurisprudenței naționale de decizia CJUE pronunțată în 25 noiembrie 2020, în cauza C-269/19, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Curtea de Apel Cluj⁷, în legătură cu soluția de

⁷ ECLI:EU:C:2020:954. Elementele factuale în cauza C-269/19 au indicat încheierea, în 5 iunie 2007, între consumatorul A. A. A. și banca B., a unui contract de credit pentru nevoi personale, garantat printr-o ipotecă de rang I, în valoare de 182.222 de euro, din care suma de 179 000 de euro corespundea împrumutului de nevoi personale denumit

„Maxicredit” cu dobândă fixă pe un an, iar suma de 3 222 de euro corespundea comisionului de acordare a acestui împrumut, pentru o perioadă de 300 de luni.

În cuprinsul contractului de credit, s-a stipulat o rată a dobânzii de 7,4 % pe an pentru primul an de creditare, după care dobânda curentă era formată din dobânda de referință variabilă afișată la sediile instituției bancare, la care se adăugau 1,5 puncte procentuale. Potrivit art. 2.6 din Condițiile generale de creditare anexate la acest contract, pe parcursul derulării creditului, rata dobânzii curente putea fi modificată în funcție de evoluția „serviciului unic al datoriei clientului” față de creditorul bancar. De asemenea, potrivit art. 2.10, lit. a) din aceste condiții generale ale creditorului bancar, pe parcursul derulării creditului, instituția bancară putea modifica dobânda fără consimțământul împrumutatului în funcție de costul resurselor de creditare, noua rată a dobânzii aplicându-se de la data modificării acesteia la soldul creditului existent; modificarea dobânzii variabile conducea la recalcularea dobânzii datorate.

De asemenea, conform art. 2.10, lit. b) din condițiile generale menționate, pentru creditele cu dobândă variabilă stabilită în funcție de un indice de referință LIBOR/EURIBOR, nivelul dobânzii putea fi modificat în funcție de evoluția acestui indice; în temeiul articolului 2.11 din aceleași condiții generale, noua rată a dobânzii de referință revizibilă trimestrial era afișată la sediul instituției bancare de la data intrării în vigoare a modificării, iar rata dobânzii rezultată se aplica la soldul creditului existent la data modificării; în cazul liniilor de credit, împrumutatul lua cunoștință de modificarea dobânzii anuale, precum și de graficul de rambursare actualizat prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire/extras de cont eliberat gratuit împrumutatului la ghișeele instituției bancare. În cazul în care, în urma modificării ratei dobânzii de către această instituție, împrumutatul nu rambursa restul din creditul angajat și dobânzile aferente în termen de cel mult 10 zile de la data luării la cunoștință, se considera că acesta a acceptat noul nivel al dobânzii.

În 9 iunie 2017, consumatorul debitor A. A. A. a formulat o acțiune împotriva Băncii B. la Tribunalul Specializat Cluj, în vederea constatării caracterului abuziv și, prin urmare, a nulității absolute a clauzelor contractului de împrumut în cauză referitoare la rata dobânzii variabile și, pe cale de consecință, a anulării graficului de rambursare întocmit cu aplicarea acestor clauze. Debitorul a solicitat, de asemenea, ca instanța respectivă să oblige pârâta să modifice clauzele menționate și să o oblige să ramburseze sumele achitate ca urmare a constatării caracterului abuziv al acestora. În fața instanței menționate, consumatorul A. A. A. a susținut printre altele că clauzele în cauză îi permitau Băncii B. să modifice în mod arbitrar cuantumul dobânzii, aducând astfel atingere intereselor sale legitime de consumator.

Prin sentința pronunțată în 23 ianuarie 2018, instanța menționată a admis în parte acțiunea formulată de debitorul A. A. A., constatând nulitatea absolută parțială a clauzei care figurează în art. 5 din contractul de credit, în ceea ce privește mecanismul de determinare a ratei dobânzii variabile, potrivit căreia rata dobânzii actuale corespunde ratei dobânzii de referință variabile afișate în sediile instituției bancare, precum și a art. 2.6, a art. 2.10, lit. a) și a art. 2.11 din contractul de credit. Nulitatea absolută a clauzei care figurează în art. 2.10, lit. b) din contractul menționat a fost constatată întrucât instituția bancară avea numai posibilitatea, iar nu obligația, de a revizui rata dobânzii variabile în funcție de indicii de referință prevăzuți în contract, și anume LIBOR / EURIBOR.

De asemenea, Banca B. a fost obligată să precizeze conținutul clauzei referitoare la dobânzi din contractul de împrumut în cauză, definind, potrivit indicațiilor instanței

urmat de către instanțele naționale posterior eliminării din contractele de credit a clauzei abuzive care stabilea în mod netransparent modalitatea de calcul a dobânzii variabile. În contextul în care, anterior soluționării acestei cereri de decizie preliminară, instanțele naționale pendulaseră între cel puțin patru maniere⁸ (antagonice sau, cel puțin, divergente) de rezolvare a situației, în ideea menținerii caracterului oneros al contractului de împrumut B2C după înlăturarea

menționate, componentele și cuantumul acestor dobânzi. Pe de o parte, marja prevăzută în art. 5 din contract trebuia stabilită la 1,5 puncte procentuale majorate cu indicele EURIBOR la 6 luni. Pe de altă parte, modalitatea de modificare a ratei dobânzii trebuia să depindă exclusiv de indicele de referință EURIBOR la 6 luni, cu o marja fixă a instituției bancare care nu putea fi modificată decât prin acordul scris al părților.

Potrivit Tribunalului Specializat Cluj, înlăturarea clauzei care conferă instituției bancare dreptul exclusiv de a controla mecanismul de ajustare a ratei dobânzii variabile, fără precizarea consecințelor acestei constatări, ar conduce la soluția fixării ratei dobânzii la nivelul celei aplicabile pentru primul an de creditare, în contextul în care, la momentul încheierii contractului de împrumut în cauză nu exista o dispoziție specială în dreptul național care să reglementeze stabilirea ratei dobânzii în contractele de împrumut cu garanție ipotecară.

În 15 octombrie 2018, Banca B. a formulat apel împotriva acestei sentințe la instanța de trimitere, Curtea de Apel Cluj, arătând că instanța de prim grad a modificat modul de calcul al ratei dobânzii în cauză pentru întreaga perioadă a împrumutului, încălcând voința părților la încheierea contractului de împrumut în cauză. Pronunțându-se astfel, aceasta ar fi depășit atribuțiile puterii judiciare și ar fi încălcat direcțiile interpretative din jurisprudența recentă a CJUE. Instanța de trimitere arată că instanțele române au interpretat și au aplicat în mod divergent articolul 6 din Legea nr. 193/2000, care transpune în dreptul român articolul 6 din Directiva 93/13, în ceea ce privește printre altele determinarea consecințelor constatării caracterului abuziv al clauzelor care definesc mecanismul de stabilire a ratei dobânzii variabile pe baza unor criterii netransparente.

- ⁸ Posterior constatării caracterului abuziv al clauzei de stabilire a manierei de calcul a dobânzii variabile și considerării clauzei ca nescrisă, instanțele naționale selectau una din soluțiile (informale, nereglementate expres prin dispoziții legale): (a) introducerea de către instanță, în câmpul contractual, a unor indici obiectivi de calcul, precum EURIBOR/LIBOR/ROBOR, chiar dacă părțile nu stipulaseră incidența acestor indici; (b) revenirea, pe durata rămasă a derulării raporturilor contractuale, la dobânda fixă practică de către creditorul bancar la momentul încheierii contractului (de exemplu, dacă respectivul contract de credit prevedea o rată fixă a dobânzii pentru primul an de creditare, după care, pentru următorii ani, dobânda variabilă era formată din dobânda de referință variabilă afișată la sediile instituției bancare (absența unor indicatori obiectivi, precisi), la care se adăugau 2 puncte procentuale, instanța putea dispune revenirea la dobânda fixă începând cu al doilea an de creditare, eliminând clauza abuzivă privind calculul dobânzii variabile pe criterii netransparente); (c) menținerea clauzei privind dobânda variabilă, însă aplicarea, prin decizia instanței, doar a marjei fixe (de 2%, de exemplu) și înlăturând aplicarea indicilor vagi, stabiliți de către creditor într-o manieră netransparentă, pentru calculul dobânzii variabile; (d) negocierea de către părți (dispusă de către instanță) a unui act adițional, care să cuprindă clauze transparente și echilibrate privind modalitatea de calcul a dobânzii variabile.

clauzei abuzive privind modalitatea (lipsită de caracter obiectiv) de calcul al dobânzii variabile, judecătoria CJUE au reținut că, în urma constatării caracterului abuziv⁹ al clauzelor care definesc mecanismul de stabilire a ratei dobânzii variabile într-un contract de împrumut, „atunci când acest contract nu poate continua să existe după eliminarea clauzelor abuzive în cauză, anularea contractului menționat ar avea consecințe deosebit de prejudiciabile pentru consumator și nu există nicio dispoziție de drept național cu caracter supletiv, instanța națională trebuie să adopte, ținând seama de ansamblul dreptului său intern, toate măsurile necesare în vederea protejării consumatorului de consecințele deosebit de prejudiciabile pe care anularea contractului menționat le-ar putea provoca. În împrejurări precum cele în discuție în litigiul principal, nimic nu se opune printre altele ca instanța națională să invite părțile să negocieze în vederea stabilirii modalităților de calcul al ratei dobânzii, cu condiția ca aceasta să stabilească cadrul negocierilor respective și ca ele să urmărească stabilirea unui echilibru real între drepturile și obligațiile cocontractanților, ținând seama printre altele de obiectivul protecției consumatorului care stă la baza Directivei 93/13.”

Ponderată și ușor neortodoxă, decizia CJUE din 25 noiembrie 2020, în cauza C-269/19 pornește de la considerentul că, eliminând din contractul de credit clauza abuzivă relativă la modalitatea de calcul al dobânzii, instanța națională (fără a se preciza în cuprinsul hotărârii CJUE dacă va fi vorba exclusiv despre instanța fondului sau ar putea fi chiar instanța de apel cea care invită părțile la negociere, trasând cadrul desfășurării acestora), judecătorul național va trebui să se asigure că echilibrul erodat prin prezența clauzei abuzive în cuprinsul contractului de credit va putea fi restabilit prin rezultatele echilibrate ale negocierii pe care o propune părților. „Echilibrul real” atins ca urmare a derulării negocierilor este, fără îndoială, preferabil soluției prin care instanța națională ar fi intervenit în cuprinsul contractului, „construind” clauzele contractuale în locul părților sau în care ar fi adaptat ori reajustat obligațiile părților fără ca acestea să aibă un cuvânt determinant de spus în privința modificărilor aduse textului contractual. Evident că, în practica instanțelor naționale, se vor ridica numeroase interogații (o parte dintre acestea putând fi anticipate), la care decizia CJUE din 25 noiembrie 2020, nu oferă un posibil răspuns (de altfel, aceste interogații nu au făcut obiectul analizei instanței europene, cel puțin o parte dintre aceste aspecte ținând de dreptul procesual intern):

(a) ar putea instanța să dispună obligarea profesionistului și a consumatorului la negociere (sintagma utilizată în decizia CJUE este aceea de „invitație la negociere”, adresată de către instanța națională părților, iar nu de obligație de a negocia), sub sancțiunea plății de daune cominatorii de către partea recalitrantă, care nu respectă calendarul negocierilor (eventual trasat de către instanță) și cadrul stabilit de către instanță?;

⁹ A se consulta I. Ilieș Neamț, *Conversia monedei creditului și „înghețarea cursului valutar”: soluții compatibile cu analiza clauzelor abuzive?*, Revista Română de Drept Privat nr. 5/2016, p. 108-134.

(b) invitația la negociere adresată părților va fi formulată în dispozitivul hotărârii judecătorești de constatare a caracterului abuziv al clauzei referitoare la modalitatea de calcul a dobânzii sau ar putea fi adresată de instanță în cursul procesului, fără ca aceasta să reprezinte o ante-pronunțare asupra caracterului pretins abuziv al clauzelor litigioase?;

(c) este instanța de judecată „revelatorul” ultim sau decidentul final asupra caracterului echilibrat al negocierilor și asupra felului în care rezultatul negocierilor întreprinse reflectă „echilibrul real” între drepturile și obligațiile părților contractului B2C și, în acest context, ar putea instanța națională să pronunțe o hotărâre care să țină loc de consimțământ, în ipotezele în care una dintre părți refuză să înglobeze rezultatul negocierilor (clauzele re-negociate conform cadrului trasat de instanță) în cuprinsul contractului de credit, în locul clauzelor abuzive extirpate?;

(d) dacă una dintre părți nu este de acord cu rezultatul negocierilor privind actul adițional, în ce măsură este echilibrată soluția constatării / pronunțării nulității (absolute sau relative) a contractului de credit pentru dispariția cauzei (dat fiind faptul că este de esență contractului de credit profesionalizat caracterul oneros al acestuia), în urma extirpării clauzei abuzive privitoare la modalitatea de calcul al dobânzii); având în vedere că ineficacitatea contractului va atrage repunerea părților în situația anterioară și determină exigibilitatea obligației debitorului de a restitui *uno actu* întregul capital (în cazul eșuării negocierilor la antamarea cărora instanța a invitat părțile), eșecul părților de a prezenta instanței un act adițional echilibrat și exigibilitatea imediată a sumelor care trebuie rambursate de către debitorul consumator ar putea reprezenta un factor intimidant, de timorare a consumatorului în luarea deciziei invocării clauzelor abuzive privitoare la modalitatea netransparentă de calcul al dobânzii variabile, dat fiind faptul că, urmând trendul jurisprudențial trasat prin decizia CJUE din 25 noiembrie 2020, instanța nu va recalibra ea însăși clauzele contractului de credit, ci va invita părțile să negocieze ele însele aceste clauze?

(e) poate fi vorba, în (cel puțin o parte din) cazurile în care instanțele naționale vor înlătura din contractul de credit clauza abuzivă privitoare la modalitatea de calcul a dobânzii, invitând, subsecvent acestei decizii, părțile la negocierea unor clauze-surogat echilibrate, de un „contract forțat” sau de un „contract judiciar”, încheiat din ordinul instanței sau o asemenea interpretare ar fi excesivă, dată fiind maniera temperată în care judecătorii CJUE postulează posibilitatea adresării unei „invitații la negociere”, de către instanța națională, părților contractului de credit?;

(f) în ce măsură dispozitivul hotărârii instanței naționale (de constatare a caracterului abuziv al clauzei referitoare la modalitatea de calcul a dobânzii și de invitare a părților la negocierea unui act adițional / la negocierea unor clauze-surogat privitoare la calculul dobânzii, cu menținerea caracterului esențialmente oneros al contractului de credit bancar) ar putea îngloba un acord de negociere sau un acord de principiu al părților care să introducă în câmpul contractual cadrul negocierilor fixat de instanță, imprimând astfel un caracter contractual

răspunderii părții care încalcă obligația de a negocia cu bună-credință clauzele referitoare la calculul dobânzii (răspundere civilă care, în acest caz, nu ar mai fi delictuală, ci contractuală)?

Abordarea minimalistă, aproape frugală, în decizia CJUE în cauza C-269/19, a aspectelor corelative invitației la negociere adresate părților de către instanța națională posterior eliminării clauzelor abuzive din câmpul contractual creează terenul pentru multiplicarea cererilor de decizie preliminară¹⁰ adresate instanței europene și care să trateze unele dintre aceste aspecte corelative, rămase intacte sub aspectul caracterului confuz, în urma pronunțării deciziei CJUE din 25 noiembrie 2020.

2.2. Negocierea cu bună-credință a clauzelor carente în contractul de credit, posterior eliminării clauzelor abuzive.

Obligația de informare¹¹ nu este singura care suscită dificultăți practice în relațiile dintre profesioniști și consumatori, în domeniul creditelor și al serviciilor

¹⁰ Un exemplu elocvent în acest sens îl reprezintă cererea de decizie preliminară introdusă de Fővárosi Törvényszék (Ungaria) în 30 septembrie 2020, Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt./PN (Cauza C-472/20), întrebările adresate CJUE de către instanța de trimitere din Ungaria fiind următoarele: „În cazul în care clauza contractuală abuzivă se referă la obiectul principal al contractului (informațiile cu privire la cursul de schimb nu erau conforme), astfel încât contractul nu poate continua să existe, iar părțile nu au ajuns la un acord, faptul că, în lipsa unei dispoziții de drept național cu caracter supletiv, există o poziție adoptată de instanța ierarhic superioară, care, deși nu este obligatorie pentru instanțele ierarhic inferioare, oferă îndrumări în legătură cu constatarea validității contractului sau a producerii efectelor sale, asigură efectul deplin al Directivei 93/131?

În cazul unui răspuns negativ la prima întrebare preliminară, este posibilă restabilirea situației inițiale în cazul în care contractul nu poate continua să existe ca urmare a clauzei abuzive privind obiectul principal, părțile nu au ajuns la un acord, iar poziția sus menționată nu este aplicabilă?

În cazul unui răspuns afirmativ la a doua întrebare preliminară, în ipoteza în care s-a formulat o acțiune prin care se solicită constatarea nulității în raport cu obiectul principal al contractului, poate legea să impună, în legătură cu [acest] tip de contract, condiția ca un consumator să formuleze, odată cu acțiunea respectivă, și o acțiune în constatarea validității contractului sau a producerii efectelor sale?

În cazul unui răspuns negativ la a doua întrebare preliminară, atunci când nu este posibilă restabilirea situației inițiale, se poate constata a posteriori, prin legiferare, validitatea contractelor sau producerea efectelor lor în vederea asigurării echilibrului între părți?"; detaliile sunt disponibile la adresa http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=235113&text=&dir=&doclang=RO&part=1&occ=first&mode=req&pageIndex=1&cid=17004882, consultată în 11.12.2020.

¹¹ Important de remarcat este că, în cazul obligației de transparență și al obligației de informare incumbând profesioniștilor (îndeosebi în domeniul serviciilor financiare oferite consumatorilor) pot fi remarcate două particularități: (a) existența unei prezumții absolute, irefragabile de bună cunoaștere a domeniului în care profesionistul activează, în sensul în care profesionistului creditor nu i se acceptă proba contrară, a

financiare oferite consumatorilor; la fel de problematică rămâne natura juridică (obligație de mijloace *versus* obligație de rezultat; obligație contractuală, ca suport al răspunderii civile contractuale *versus* răspundere delictuală pentru neexecutarea acesteia) a obligației de negociere cu bună-credință a clauzelor actelor adiționale. În ceea ce privește formarea actului adițional la contractul de credit B2C și buna-credință în negociere, reperele trasate în art. 1183 C. civ. nu sunt decât parțial relevante, având în vedere că sunt destinate aplicării în cadrul negocierilor pur voluntare, demarate și antamate din inițiativa părților (iar nu negocierilor dispuse prin intervenția instanței în cadrul relațiilor litigioase dintre consumator și creditorul profesionist); conform art. 1183 C. civ., „(1) Părțile au libertatea inițierii, desfășurării și ruperii negocierilor și nu pot fi ținute răspunzătoare pentru eșecul acestora. (2) Partea care se angajează într-o negociere este ținută să respecte exigențele bunei-credințe. Părțile nu pot conveni limitarea sau excluderea acestei obligații. (3) Este contrară exigențelor bunei-credințe, între altele, conduita părții care inițiază sau continuă negocieri fără intenția de a încheia contractul. (4) Partea care inițiază, continuă sau rupe negocierile contrar bunei-credințe răspunde pentru prejudiciul cauzat celeilalte părți. Pentru stabilirea acestui prejudiciu se va ține seama de cheltuielile angajate în vederea negocierilor, de renunțarea de către cealaltă parte la alte oferte și de orice împrejurări asemănătoare.”

3. Concluzii

Evoluțiile recente în jurisprudența CJUE, sub aspectul consacrării imposibilității instanțelor naționale de a analiza caracterul abuziv al clauzelor contractuale care reproduc dispoziții legale supletive, ca și sub aspectul posibilității instanțelor naționale de a trasa cadrul negocierilor dintre profesionist și consumatorul debitor, cu privire la clauzele de stabilire a unei modalități transparente și echilibrate, de calcul al dobânzii variabile în contractele de credit vor avea multiple reverberații asupra jurisprudenței naționale în cauzele similare. Următoarele concluzii pot fi desprinse, pe marginea considerațiilor precedente:

(a) în ipotezele în care, în contractul de adeziune B2C devin incidente norme legale supletive, iar clauzele propuse unilateral de către profesionist

insuficientei cunoașteri a normelor domeniului în care activează, în încercarea de a se exonera de răspundere pentru neexecutarea obligației pre-contractuale de informare sau a obligației bancare de transparență; (b) inversarea sarcinii probei privind executarea obligației de informare / transparență, în sensul în care consumatorului nu i se solicită să furnizeze proba, imposibilă, a unui fapt negativ (faptul că executarea obligației de informare nu a avut loc), sarcina probei executării incumbând, dimpotrivă, profesionistului; acesta din urmă va trebui să facă dovada executării corespunzătoare a obligației precontractuale de informare / de transparență bancară. De aceea, considerăm că revine profesionistului bancar sarcina de a-și preconstitui mijloace suficiente de dovadă (pe hârtie sau alt suport durabil) în legătură cu executarea față de consumator a obligației legale de informare în etapa pre-contractuală. A se consulta, pentru detalii, S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Ed. Economica, Paris, 2020, p. 321-336.

permit incidența dispozițiilor legale suplative fără ca debitorul consumator să fi avut posibilitatea reală a negocierii acestor clauze sau de obținere a modificării lor în sensul evitării unei norme suplative prin convenirea unor termeni contractuali de comun acord cu consumatorul, caracterul (prezumat) echilibrat al normelor legale suplative este contestabil, întrucât aceste norme pot deveni un subterfugiu pentru impunerea unilaterală, de către profesionist, a anumitor efecte contractuale, marcate de absența negocierii cu consumatorul;

(b) în situațiile în care normele legale suplative incidente provin, dinspre un sistem de norme aparținând altei ramuri de drept privat decât dreptul consumului (de exemplu, din dreptul civil comun), este discutabil în ce măsură conservă aceste norme un caracter echilibrat raportat la inegalitățile fundamentale dintre profesionist și consumator; considerăm că instanța de judecată ar trebui să poată analiza (la cererea consumatorului sau din oficiu) norma legală suplativă provenită dinspre dreptul civil comun, pentru a verifica în fiecare caz în parte, în ce măsură această normă reprezintă o reacție adecvată la starea de vulnerabilitate (informațională, economică, procesuală etc.) a consumatorului;

(c) faptul că norma legală suplativă a fost concepută de legiuitorul național în ramura dreptului civil (devenit dreptul comun în raporturile cu dreptul consumului) care pornea de la premisa egalității „clasice” de forțe între părțile contractante, în dezacord cu premisele de inferioritate informațională și economică a consumatorului de la care pleacă reglementările europene și naționale în materia protecției juridice a consumatorului poate ridica semne de întrebare sub aspectul pertinentei unor norme legale suplative elaborate în dreptul comun, incidente în materia contractelor B2C fundamentate pe o altă logică, radical diferită de cea din dreptul comun al obligațiilor contractuale;

(d) menținând aceeași linie de gândire și generalizând raționamentul din cauza Andriciuc (privind imposibilitatea contestării caracterului echilibrat al clauzelor contractuale din contractele B2C care materializează dispoziții legale imperative), decizia CJUE din 9 iulie 2020 în cauza C-81/19 consacră imposibilitatea contestării oricăror norme legale suplative incidente în contractele de adeziune încheiate între profesioniști și consumatori, fără a permite instanțelor naționale să verifice, în fiecare caz în parte, respectarea echilibrului contractual prin incidența unor norme suplative provenind dinspre ramuri de drept (comun), aproape diametral opuse ca paradigmă de gândire față de dreptul protecției consumatorului;

(e) decizia CJUE din 25 noiembrie 2020 în cauza C-269/19 consacră posibilitatea ca instanța națională să invite părțile să negocieze în vederea stabilirii modalităților de calcul al ratei dobânzii, cu condiția ca această instanță să stabilească cadrul negocierilor respective și să urmărească stabilirea unui echilibru real între drepturile și obligațiile părților; decizia CJUE nu trasează, însă, repere pentru o procedură concretă de invitare a părților la negocieri în vederea stabilirii modalității de calcul a dobânzii variabile, după cum nici nu precizează accepțiunea concretă care ar trebui atribuită sintagmei „stabilirea cadrului

negocierii” de către judecătorul național; la confluența dintre caracterul voluntar al negocierilor și impunerea acestui demers de negociere prin hotărârea instanței de judecată, menținerea echilibrului între părțile contractuale s-ar putea dovedi, în practică, a fi mai dificilă decât lasă să se întrevadă tonul optimist al deciziei instanței europene.

Familia și viața de familie în sistemul de drept românesc. E timpul pentru o schimbare?

Family and family life in the Romanian legal system. Is it time for a change?

Lucia Irinescu¹

Rezumat: La nivelul sistemelor de drept naționale putem remarca, în ultima perioadă, existența unui fenomen de contractualizare a instituțiilor din dreptul familiei. Se conturează practic noi concepte, care se îndepărtează tot mai mult de cele tradiționale și care sunt centrate pe protecția drepturilor individuale. În acest context, privind inevitabil spre sistemul nostru de drept, ne întrebăm firesc cât timp vom ține piept valului de schimbări în materia relațiilor de familie. În studiul de față ne propunem să analizăm o parte din carențele legislativului în materia formelor de conviețuire socială, a reproducerii umane asistate medical, soluțiile jurisprudențiale neunitare și implicațiile în realitatea socială.

Cuvinte-cheie: căsătorie; soți; parteneriat civil; filiație; reproducere umană asistată medical

Abstract: At the level of national legal systems, we can notice, lately, the existence of a phenomenon of contractualization of family law institutions. Practically new concepts are emerging, which are moving further and further away from the traditional ones and which are focused on the protection of individual rights. In this context, inevitably looking at our legal system, we naturally wonder how long we will withstand the wave of changes in family matters. In the present study we aim to analyze some of the shortcomings of the legislation in terms of forms of social coexistence, medically assisted human reproduction, non-unitary jurisprudential solutions and implications in social reality.

Keywords: marriage; spouses; civil partnership; filiation; medically assisted human reproduction

1. Preliminarii

Ocotirea familiei și căsătoriei constituie o problemă aflată la congruența dintre interesele private ale persoanelor și interesul public realizat și apărut de către stat. Statul are datoria de a asigura un cadru legal care să garanteze și să protejeze viața intimă, familială și privată a persoanei fizice,

¹ Conferențiar universitar dr., Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, Facultatea de Drept, lucia.irinescu@uaic.ro.

construită de fiecare individ în parte în funcție de convingerile sale morale, religioase, culturale etc.

Încorsetarea liberului arbitru al individului cu privire la viața sa intimă și familială în anumite rigori legale a condus și va conduce din ce în ce mai des la derapaje juridice. Curtea Europeană a Drepturilor Omului remarca cu mulți ani în urmă în cauza *Goodwin c. Marii Britanii*², că instituția căsătoriei este puternic zguduită de evoluția societății, progresele medicinei și științei aducând după sine schimbări fundamentale în domeniul transsexualității, ajungându-se până acolo încât determinarea sexului unei persoane să nu poată fi făcută după criterii pur biologice.

O dată cu cauza Goodwin, cutia Pandorei a fost deschisă, iar statele au început să se confrunte cu o serie de consecințe juridice printre care și valabilitatea căsătoriei încheiate de către transsexual anterior modificării mențiunii privitoare la sex în actele de stare civilă. De dată recentă, Curtea a considerat că a existat o încălcare a articolului 8 din Convenție, în cazul refuzului autorităților bulgare de a modifica mențiunile privind sexul și prenumele din registrele de stare civilă în cazul unui transsexual care a devenit conștient de identitatea sa de gen masculin încă din adolescență și a trăit în societate ca bărbat³. Ca o consecință, instanțele române, confruntate cu existența unui cadru legislativ lacunar, în privința posibilităților oferite persoanelor transgender sau transexuale de a obține recunoașterea identității de gen, reale, în actele de stare civilă au încuviințat schimbarea mențiunii privind sexul înscris în actele de stare civilă din sex feminin în sex masculin, a prenumelui purtat în prezent, a codului numeric personal astfel încât să releve identitate de sex masculin; a dispus eliberarea unui certificat de naștere nou, fără a lăsa vreun indiciu care să trădeze schimbarea mențiunilor de mai sus, în urma reatribuirii de gen unei persoane care a urmat un tratament medical pentru schimbarea de sex, fără a fi supus unei intervenții chirurgicale. Instanța a reținut că nu este nevoie de depunerea unui act medico-legal din care să rezulte sexul reclamantului.⁴

2. Concubinajul

De-a lungul timpului, în țara noastră, au existat încercări de a reglementa uniunea consensuală între două persoane. În încercarea de a defini concubinajul, s-a arătat că *„se află în uniune consensuală persoanele care conviețuiesc în scopul stabilirii de relații specifice celor de familie, fără a încheia căsătoria. Într-o uniune consensuală se pot afla doar două persoane, una de sex masculin și una de sex feminin, care nu sunt între ele rude în linie dreaptă sau rude în linie colaterală până*

² A se vedea C.E.D.O., Cauza *Goodwin c. Regatului Unit*, 11 iulie 2002.

³ CEDO, cauza *Y.T. v. Bulgaria*, cererea nr 41701/16, hotărârea din 9 iulie 2020.

⁴ Jud. Cluj-Napoca, s. civ., sent. nr. 2254 din 5 iunie 2020, www.rolii.ro

*la al patrulea grad și care au fiecare cel puțin 18 ani împliniți. Uniunea consensuală poate fi dovedită în fața instanței prin orice mijloace de probă*⁵.

Curtea Constituțională a subliniat faptul că *"noțiunea de viață de familie este complexă, cuprinzând inclusiv raporturile de familie de fapt, distinct de relațiile de familie rezultând din căsătorie"*⁶, iar *"sentimentul de iubire se prezumă absolut și între persoanele de sex opus sau de același sex care au stabilit relații asemănătoare aceloră dintre soți, adică relațiile de conviețuire și cooperare spre iubire reciprocă (opuse relațiilor de prietenie)"*. Totodată, a evidențiat cu o altă ocazie că *„din punct de vedere moral, afectiv și al dreptului la întemeierea familiei, nu există nicio diferență relevantă între partenerii de viață căsătoriți legal și cei implicați într-o uniune consensuală. Există viață de familie și în cazul unei relații de fapt echivalente căsătoriei, numită concubinaj."*⁷

Concubinii nu au un statut juridic de sine stătător, care să le confere drepturi și obligații specifice unei anumite instituții. Conviețuirea în fapt a două persoane de sex diferit nu este în afara legii.

Cu toate acestea, concubinajului produce serie de efecte juridice. Astfel:

- prin art. 426 C. civ. este recunoscută prezumția de paternitate și între concubini, *"dacă se dovedește că pretinsul tată a conviețuit cu mama copilului în perioada timpului legal al concepțiunii"*. Cu alte cuvinte, acel bărbat împreună cu care o femeie a conviețuit, rămânând apoi însărcinată, va fi considerat tatăl copilului ce se va naște, dacă există probe în sprijinul confirmării locuirii împreună. Copilul va fi considerat a fi născut în afara căsătoriei. Fiind o stare de fapt, concubinajul poate fi probat prin orice mijloc de probă;
- potrivit art. 441 C. civ., în materia reproducerii umane asistată medical cu terț donator, aceasta poate fi solicitată de părinți, care pot fi un bărbat și o femeie, fără a se preciza însă dacă cei doi trebuie sau nu să fie căsătoriți;
- în materia adopției, art. 6 lit. (c) din Legea nr. 273/2004 privind procedura adopției, reglementează o excepție de la adopția multiplă și anume: *"copilul adoptat are un singur părinte, necăsătorit, iar acesta se află într-o relație stabilă și conviețuiește cu o persoană de sex opus, necăsătorită, care nu este rudă cu acesta până la gradul al patrulea, și declară prin act autentic notarial că noul adoptator a participat direct și nemijlocit la creșterea și îngrijirea*

⁵ Proiectul de lege privind protejarea vieții de familie și reglementarea unor situații juridice în cazul persoanelor aflate în uniune consensuală, <http://www.cdep.ro/proiecte/2019/500/90/3/se789.pdf>.

⁶ C.C.R., dec. nr. 580 din 20 iulie 2016, para. 40, www.ccr.ro/files/products/Decizie_562_2017.pdf. Prin dec. nr. 562/2017, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că soluția legislativă cuprinsă în art. 117 alin. (1) lit. a) și lit. b) din C. proc. pen., care exclude de la dreptul de a refuza să fie audiate, în calitate de martor, persoanele care au stabilit relații asemănătoare aceloră dintre soți, este neconstituțională.

⁷ C.C.R., decizia nr. 562 din 19 septembrie 2017, para. 21 și 35, www.ccr.ro/files/products/Decizie_562_2017.pdf.

copilului pentru o perioadă neîntreruptă de cel puțin 5 ani". Concubinii nu pot adopta împreună un copil;

- în ceea ce privește situația legală a copilului, copilul născut în afara căsătoriei se bucură de aceleași drepturi ca și copilul născut sau conceput în timpul căsătoriei în ceea ce privește numele, autoritatea părintească, cetățenia, domiciliul, reședința, întreținerea, vocația succesorală, dacă filiația a fost stabilită;
- în situația în care relațiile de concubinaj au încetat, copiii minori născuți în timpul relației pentru care filiația a fost stabilită, beneficiază de autoritate părintească la fel ca și în cazul desfacerii căsătoriei prin divorț;
- în cazul existenței unei stări conflictuale între concubini, concretizate prin acte de violență, la cererea părții vătămate, instanța de judecată poate să emită un ordin de protecție și evacuarea concubinului agresor din locuința comună în temeiul Legii nr. 217 din 22 mai 2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie;⁸
- în cazul cuplurilor care trăiesc în concubinaj nu se poate vorbi de existența unui regim matrimonial. Cu toate acestea, traiul în comun al concubinilor, pe o perioadă de timp îndelungată, dă naștere la relații patrimoniale specifice, care, de *lege ferenda*, pot fi grupate sub o reglementare legală a unui regim patrimonial special. Bunurile dobândite de concubini împreună în timpul concubinajului sunt proprietate comună, pe cote-părți, dacă s-au înțeles în acest sens. Potrivit practicii judiciare constante în materie în situația concubinajului de lungă durată, concubinii dobândesc un drept de proprietate comună pe cote părți⁹. Dar și în această ipoteză cota de drept trebuie stabilită de către instanța de judecată, numai apoi putându-se solicita și obține ieșirea din indiviziune întrucât împărțeaua poate viza numai un bun asupra cărora părțile au un drept de proprietate comună¹⁰.

Dacă la baza comunității stă o convenție a concubinilor din care să rezulte o devălmășie, bunul va fi supus regulilor din materia regimului comunității legale a soților. Astfel de situații pot fi frecvent întâlnite atunci când concubinii intenționează să se căsătorească în viitor sub regimul comunității legale, tocmai pentru a exista o uniformitate juridică a bunurilor din patrimoniul lor. Dacă un concubin dobândește un bun cu contribuția celui alt concubin, bunul este bun propriu al dobânditorului, iar celălalt are un drept de creanță. Chiar dacă nu operează prezumția de comunitate a bunurilor dobândite în timpul concubinajului, art. 663 C. civ. instituie o instituție o prezumție de coproprietate, până la proba contrară, în cazul în care un bun este stăpânit în comun de mai

⁸ Jud. Iași, s. civ., sent. nr. 8522 din 14.10. 2020, www.rolii.ro.

⁹ Într-o cauză, instanța a arătat că "dovada calității de bun aflat în coproprietatea concubinilor trebuie făcută pentru fiecare bun, neputând fi acceptat raționamentul că odată probate împrejurările privind relația de concubinaj și achiziționarea bunurilor pe durata conviețuirii, toate bunurile sunt prezumate a fi comune"- C.A. Cluj, s. I civ., dec. nr. 313/R din 6.10.2020, www.rolii.ro.

¹⁰ Jud. București, sentința civ. nr. 2643 din 23 martie 2005, portal.just.ro.

multe persoane, prezumție care își găsește aplicabilitate și în cazul raporturilor patrimoniale dintre concubini.

3. Parteneriatul civil

În unele țări din Uniunea Europeană, uniunile civile și parteneriatele înregistrate sunt considerate echivalente sau comparabile cu căsătoria. Țările care permit căsătoriile între persoane de același sex recunosc, în general, și parteneriatele înregistrate încheiate în alte țări între persoane de același sex.

În cadrul Uniunii Europene, România a rămas printre puținele state care nu permit nicio formă de uniune în afara căsătoriei, indiferent că ne referim la persoane de același sex sau de sex opus.

Textul art. 277 C. civ.¹¹ instituie două principii de ordine publică și anume *principiul interzicerii căsătoriei între persoane de același sex* și *principiul nerecunoașterii efectelor parteneriatelor civile*. Impedimentul izvorât din lipsa diferențierii sexuale se impune și străinilor care ar dori să se căsătorească pe teritoriul țării noastre, chiar dacă, după legea lor națională, se admite căsătoria homosexuală. De asemenea, persoanele de același sex căsătorite între ele în statul de origine sau chiar cetățenii români astfel căsătoriți în alt stat nu vor putea beneficia de recunoașterea acestei uniuni pe teritoriul României¹².

¹¹ „Căsătoriile dintre persoane de același sex încheiate sau contractate în străinătate fie de cetățeni români, fie de cetățeni străini nu sunt recunoscute în România [alin. (2)]. Parteneriatele civile dintre persoane de sex opus sau de același sex încheiate sau contractate în străinătate fie de cetățeni români, fie de cetățeni străini nu sunt recunoscute în România” [alin. (3)].

¹² Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 277 alin. (2) și (4) C. civ. privind recunoașterea căsătoriilor între persoane de același sex încheiate în străinătate și a libertății de ședere a soțului de același sex, resortisant al unei țări non UE, pe teritoriul unei țări UE- decizia nr. 534/2018, publicată în M. Of. nr.842 din 3 octombrie 2018. În acest sens, Curtea Constituțională a adresat întrebări preliminare Curții de Justiție a Uniunii Europene, prin care a solicitat acesteia să răspundă la următoarele întrebări: „Soț” din art. 2 (2) (a) din Directiva 2004/38/[CE] coroborat cu art. 7, 9, 21 și 45 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, include soțul de același sex, dintr-un stat care nu este membru al Uniunii Europene, al unui cetățean european cu care cetățeanul s-a căsătorit legal conform legii dintr-un stat membru, altul decât statul gazdă? Dacă răspunsul la întrebare este negativ, soțul de același sex, dintr-un stat care nu este membru al Uniunii Europene, al unui cetățean european, cu care cetățeanul s-a căsătorit legal conform legii dintr-un stat membru, altul decât statul gazdă, poate fi calificat ca fiind «orice alt membru de familie, [...]» în sensul articolului 3 alineatul (2) litera (a) din Directiva 2004/38 ori «partenerul cu care cetățeanul Uniunii are o relație durabilă, atestată corespunzător», în sensul articolului 3 alineatul (2) litera (b) din Directiva 2004/38, cu obligația corelativă a statului gazdă de a facilita intrarea și șederea acestuia, chiar dacă statul gazdă nu recunoaște căsătoriile între persoane de același sex și nici nu prevede vreo altă formă alternativă de recunoaștere juridică, de tipul parteneriatelor înregistrate? Dacă răspunsul la întrebare este afirmativ, atunci

Problema va căpăta în perioada următoare o dimensiune juridică remarcabilă, cu atât mai mult cu cât tot mai multe state europene precum Belgia, Danemarca, Finlanda, Franța, Germania, Irlanda, Islanda, Luxemburg, Malta, Norvegia, Portugalia, Regatul Unit (cu excepția Irlandei de Nord), Spania, Suedia și Țările de Jos au legalizat căsătoriile între persoane de același sex. Totodată, în unele țări din Uniunea Europeană, uniunile civile și parteneriatele înregistrate sunt considerate echivalente sau comparabile cu căsătoria. Țările care permit căsătoriile între persoane de același sex recunosc, în general, și parteneriatele înregistrate încheiate în alte țări între persoane de același sex¹³.

În încercarea de a reglementa parteneriatul civil, în România, de-a lungul timpului, au fost depuse mai multe proiecte de lege prin care se propunea adoptarea unui cadru legal pentru parteneriatul civil, pentru a acoperi vidul legislativ existent, dar și în ideea de a veni în întâmpinarea cuplurilor care caută o formă de uniune, alta decât căsătoria și de a garanta pe deplin drepturile și libertățile individuale.¹⁴

Toate aceste proiecte au propus definirea parteneriatul civil ca fiind „uniunea liber consimțită dintre două persoane de sex diferit sau de același sex” sau „uniunea liber consimțită dintre două persoane fizice în vederea organizării vieții lor comune, care va fi recunoscută și protejată ca viață de familie”.

Printre condițiile de fond pozitive se regăsesc: vârsta matrimonială (18 ani), comunicarea reciprocă a stării de sănătate, consimțământul personal, deplin și liber al partenerilor de a forma o uniune liber consimțită în vederea organizării vieții comune. Impedimentele care conduc la imposibilitatea încheierii unui parteneriat sunt: existența unei căsătorii sau a unui alt parteneriat civil/unei alte uniuni consensuale, rudenia, tutela, alienația, debilitatea mintală și lipsa vremelnică a facultăților mintale.

Cu privire la condițiile de formă, parteneriatul civil urmează a se încheia în fața unui notar public, în baza unei declarații pe propria răspundere privind îndeplinirea condițiilor legale pentru încheierea unui parteneriat de viață.¹⁵

statul membru gazdă trebuie să acorde dreptul la rezidență pe teritoriul său pe o perioadă mai lungă de 3 luni unui soț de același sex al unui cetățean european?

¹³ Pentru mai multe detalii privind parteneriatul civil, a se vedea: L. IRINESCU, *Principiile dreptului familiei versus parteneriatul civil. De la tradiție la modernism?*, în Revista Română de Drept Privat nr. 3/2018, p. 186 și urm.; C. HAGEANU, *Articolul 277 din Codul civil român, încotro?* în Revista Română de Drept Privat nr. 3/2018, p. 47; R. RIZOIU, *Trei întrebări despre căsătorie și parteneriatele civile*, în Revista Română de Drept Privat nr. 3/2018, p. 372 și urm.; M.D.BOB, *Despre devenirea familiei în dreptul român și perspectivele legislative ale parteneriatului civil*, în Revista Română de Drept Privat nr. 3/2018, p. 57 și urm.

¹⁴ Pl-x nr. 498/2016, Pl-x nr. 662/2018, Pl-x nr. 152/2019 (propuneri respinsă de către Senat). Acestea pot fi consultate pe site-ul Camerei Deputaților <http://www.cdep.ro/pls/proiecte>. În prezent, există depusă o nouă propunere legislativă privind parteneriatul de viață.

¹⁵ Proiectele anterioare propuneau încheierea parteneriatului în fața ofițerului de stare civilă, prin exprimarea consimțământului într-o declarație scrisă, numită *declarație de*

Notarul public instrumentator întocmește, în condițiile legii, o încheiere de admitere sau, după caz, de respingere a convenției de parteneriat de viață, se va înscrie în Registrul Național al Parteneriatelor de Viață. La cererea scrisă a notarului instrumentator, Serviciul de Stare Civilă va elibera Certificatul de parteneriat de viață. Partenerii își păstrează numele avut înaintea încheierii parteneriatului de viață.

Persoanele fizice de același sex care au încheiat un parteneriat de viață nu au dreptul la adopție. Cuplurile care au încheiat în mod legal parteneriate de viață pe teritoriul altor state vor beneficia de recunoașterea statutului civil lor pe teritoriul României și de aceleași drepturi și obligații precum cuplurile care au încheiat un parteneriat de viață în România. Căsătoriile între persoane de același sex oficializate pe teritoriul altor state vor fi recunoscute drept parteneriate de viață pe teritoriul României, partenerii beneficiind de aceleași drepturi și obligații precum persoanele aflate în parteneriat de viață¹⁶.

Parteneriatul se poate desface în fața notarului prin acordul comun al partenerilor, prin decizia unilaterală a unuia dintre ei sau în cazul decesului unuia dintre parteneri.

Persoana în parteneriat de viață va fi asimilată soțului în următoarele materii: obținerea cetățeniei române; obligația de întreținere; moștenirea legală sau testamentară; dreptul la pensie de soț supraviețuitor; drepturile în materia asigurărilor sociale; asistență socială; drepturile pacientului; asigurările de sănătate, deținând calitatea de aparținător și co-asigurat; violență domestică; libera circulație a persoanelor; regimul incompatibilităților și al conflictelor de interese.

Părțile vor avea posibilitatea să decidă la momentul încheierii parteneriatului de viață regimul relațiilor patrimoniale, alegând între regimul separației bunurilor, al comunității convenționale sau al comunității legale¹⁷.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat deseori în hotărârile sale faptul că cuplurile de același sex, care se află într-o relație stabilă, au dreptul la protecția vieții de familie și a celei private întocmai ca cuplurile heterosexuale. Acest principiu a fost stabilit pentru prima dată în cauza *Schalk and Kopf c. Austriei*¹⁸, în care Curtea a considerat că “este artificial a continua să se considere

parteneriat, ofițerul de stare civilă urmând să elibereze un certificat de parteneriat civil, adică un act de stare civilă care să facă dovada încheierii parteneriatului civil în Registrul de stare civilă.

¹⁶ Cu privire la regimul matrimonial al partenerilor, a se vedea C. Juguștru, *Aplicații ale autonomiei de voință în dreptul internațional privat al familiei*, în Revista Română de Drept Privat nr. 3/2018, p. 217.

¹⁷ Pentru mai multe detalii, a se vedea M. Avram, *Regimuri patrimoniale în cazul cuplurilor din afara căsătoriei*, în Revista Română de Drept Privat nr. 3/2018, pp. 42-56.

¹⁸ C.E.D.O., Cauza *Schalk and Kopf c. Austria*, nr. 30141/04, hotărârea din 24 iunie 2010. Până la această hotărâre, jurisprudența Curții era în sensul de a considera că un cuplu de același sex intră în sfera vieții private și nu a vieții de familie.

că spre deosebire de un cuplu de sex opus, un cuplu de același sex nu poate să se bucure de o viață de familie în sensul art. 8”.

De asemenea, Curtea a constatat o încălcarea a art. 14 și art. 8 din Convenție în cazurile în care legea națională interzice cuplurilor de același sex să intre în uniuni civile. În cauza *Vallianatos și alții c. Greciei*¹⁹ Curtea a apreciat că guvernul grec nu a oferit motive convingătoare și serioase care să justifice excluderea cuplurilor formate din persoane de același sex din domeniul de aplicare al Legii nr. 3719/2008, care oferea doar cuplurilor formate din persoane de sex diferit posibilitatea de a încheia uniuni civile.

În cauza *Oliari și alții c. Italiei*²⁰ Curtea a hotărât cu privire la legalizarea parteneriatelor civile și căsătoriei între persoane de același sex în Italia că dreptul la viață privată și familială a fost violat în cazul a trei cupluri homosexuale care au pretins că nu beneficiază de nicio protecție juridică a vieții de familie, întrucât legea italiană nu prevede nici posibilitatea încheierii unei căsătorii și nici contractarea unei alte forme de uniune civilă sau parteneriat înregistrat. Curtea a impus o obligație pozitivă guvernului italian de a adopta o reglementare care să recunoască cuplurilor de același sex posibilitatea de a încheia un parteneriat civil²¹.

Prin hotărârea *Hämäläinen împotriva Finlandei*²², Curtea a observat că nu există o încălcare a art. 12 din Convenție în situația în care căsătoria unei persoane care și-a schimbat sexul este convertită, *ex lege*, într-un parteneriat înregistrat, cu consimțământul celuilalt soț. În lipsa acestui consimțământ, există mereu deschisă posibilitatea divorțului, ca în orice căsătorie.

Împotriva României a fost formulată la CEDO o cerere în anul 2019 de către 21 de cupluri care reclamă faptul că statul român și-a încălcat obligația pozitivă de a acorda o formă de recunoaștere și protecție legală familiilor formate din cupluri de persoane de același sex, invocând existența unui tratament discriminatoriu pe criteriul orientării sexuale²³.

În cauza *Relu Adrian Coman și alții c. României*²⁴, C.J.U.E. nu impune recunoașterea statutului de soț persoanei de același sex căsătorită în alt stat, ci

¹⁹ C.E.D.O., Cauza *Vallianatos și alții c. Greciei* nr. 29381/09 și nr. 32684/09, hotărârea din 7 noiembrie 2013.

²⁰ C.E.D.O., Cauza *Oliari ș.a. c. Italiei*, nr. 18766/11 și nr. 36030/11, hotărârea din 21 iulie 2015.

²¹ Curtea a concluzionat că „guvernul italian a depășit marja sa de apreciere și nu și-a îndeplinit obligația pozitivă de a garanta că reclamanții au la dispoziție un cadru juridic specific, care să ofere recunoaștere și protecție uniunilor acestora, în calitate de persoane de același sex”. În urma acestei condamnări, Italia a adoptat Legea nr. 76 din 20 mai 2016, prin care a reglementat parteneriatele înregistrate între persoane de același sex și concubinajul *de facto*.

²² C.E.D.O., Cauza *Hämäläinen c. Finlandei*, nr. 37359/09, hotărârea din 16 iulie 2014.

²³ Cererea nr. 20081/19, *Florin Buhuceanu și Victor Ciobotaru și alții c. României*, disponibilă [Online] la <https://hudoc.echr.coe.int/>.

²⁴ Hotărârea CJUE din 5 iunie 2018 în cauza *Coman C - 673/16*, disponibilă pe www.curia.europa.eu.

recunoaște exclusiv dreptul de ședere al soțului de același sex, căsătorit pe teritoriul altui stat cu un cetățean român, drept de ședere care decurge din dreptul la liberă circulație a membrilor de familie²⁵.

Reproducerea umană artificială

Dreptul la reproducere este o componentă a dreptului la viață la privată, de fapt, un drept al oricărei persoane, fie ea căsătorită sau necăsătorită. În cauzele ajunse pe rolul Curții Europene a Drepturilor Omului a fost examinată problema compatibilității dreptului la reproducere cu posibilitatea stabilirii unei legături juridice între un copil și un părinte biologic. Curtea a apreciat în cauza *Mennesson c/Franța* că există o relație directă între viața privată a copiilor născuți din gestația pentru altul și determinarea juridică a filiației lor²⁶. Curtea arată că, în accepțiunea Convenției și în lumina jurisprudenței CEDO – *Miculik c/ Croația*²⁷, *Jaggi c/ Elveția*, respectarea vieții private presupune ca fiecare să-și poată stabili detaliile identității sale de ființă umană, incluzând aici și filiația sa.

România se numără printre statele care interzic în legislația lor metodele RUAM – mamă surogat, precum și convențiile de gestație pentru altul, care sunt nule, în baza unor dispoziții cu caracter general sau expres. De asemenea, hotărârile judecătorești prin care se stabilește filiația ca urmare a unor metode RUAM, pronunțate în alte țări, nu pot fi recunoscute și nu pot să producă efecte pe teritoriul țării noastre. Cu toate acestea, turismul medical în scopul

²⁵ „Obligația unui stat membru de a recunoaște, exclusiv în scopul acordării unui drept de ședere derivat unui resortisant al unui stat non-UE, o căsătorie homosexuală încheiată într-un alt stat membru conform dreptului acestui stat nu aduce atingere instituției căsătoriei în acest prim stat membru. În special, această obligație nu impune acestui stat membru să prevadă, în dreptul său național, instituția căsătoriei homosexuale. În plus, o asemenea obligație de recunoaștere exclusiv în scopul acordării unui drept de ședere derivat unui resortisant al unui stat non-UE nu aduce atingere identității naționale și nici nu amenință ordinea publică a statului membru în cauză.” Pentru o privire de ansamblu, a se vedea A. R. Motica, A. D. Muntean, *Pactele civile de solidaritate, necesitate sau pretext?*, în *Revista Română de Drept Privat* nr. 3/2018, p. 267.

²⁶ Cauzele au avut ca obiect refuzarea recunoașterii legale în Franța a unor legături de filiație stabilite legal în Statele Unite ale Americii între copii născuți în urma unui tratament în vederea maternității de substituție și cuplurile care au urmat tratamentul respectiv. Reclamantii s-au plâns, în special, de faptul că, în detrimentul interesului superior al copiilor, nu au putut obține în Franța recunoașterea legăturii de filiație stabilite legal în străinătate. Pentru detalii, a se vedea și L. Tec, „Problema filiației copilului născut din gestația pentru altul tranșată de CEDO: aplicarea de către judecătorul național a art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului și a principiului interesului superior al copilului”, disponibil [Online] la www.juridice.ro.

²⁷ Hotărârea din 7 februarie 2002, cauza *Mikulic c. Croatiei*, cererea nr. 53176/99. CEDO a clarificat chestiunea, precizând că dreptul la cunoașterea propriei identități biologice intră sub umbrela noțiunii de viață privată, atât timp cât între copilul care caută adevărul legăturii sale de sânge și genitor/i nu s-au stabilit deja legăturile specifice unei vieți de familie, concluzie logică în lumina jurisprudenței de până acum a instanței europene, care consideră că art. 8 protejează continuitatea vieții de familie, doar dacă existența acesteia este anterior demonstrată.

reproducerii umane, care capătă amploare, ridică o serie de probleme juridice. Recunoașterea parteneriatelor civile și a căsătoriilor între persoane de același sex pune o nouă presiune pe marea majoritate a statelor de a adopta o legislație permisivă în materia reproducerii medical asistate. Se poate observa că aproape toată legislația adoptată până în prezent s-a bazat pe unele principii generale comune: protecția dreptului de a decide liber să devină părinte, controlul statului asupra accesului la tehnicile disponibile de reproducere asistată medical, protecția participanților, libertatea consimțământului exprimat.

În marea majoritate a statelor, copilul născut de o mamă surrogat căsătorită are ca tată pe soțul acesteia, în baza prezumției de paternitate, care ar putea fi răsturnată printr-o acțiune în contestarea paternității, susținută de un test ADN. Atunci când un copil este născut de o mamă surrogat necăsătorită, tatăl genetic poate recunoaște copilul și, prin urmare, va fi înregistrat ca tată în actul de naștere. Cu toate acestea, multe cupluri călătoresc în străinătate în scopul reproducerii, încheie o convenție de gestație pentru altul ori de maternitate de substituție în conformitate cu legislația străină și apoi se întorc în țara de origine cu copiii. Copiii născuți printr-un astfel de proces nu sunt considerați ca fiind ai cuplului comanditar și, de asemenea, pot ajunge să nu dețină cetățenia acestora. În unele cazuri, documentele prezentate autorităților naționale (unele sunt hotărâri judecătorești, în timp ce altele sunt certificate de naștere) nu sunt acceptate ca atestând statutul juridic al copilului. Răspunzând unor problema juridice generate de situații similare, în Cauza *Paradiso și Campanelli c. Italiei*²⁸, Curtea a constatat existența unei vieți de familie *de facto* și a subliniat faptul că statul italian nu a reușit să stabilească un echilibru între interesele concurente puse în joc atunci când a considerat că îndepărtarea copilului și plasarea ulterioară în îngrijire sunt rezonabile, fără a acorda suficientă atenție intereselor copilului

Reglementările restrictive în această materie au condus la crearea unor piețe negre de reproducere, cu consecințe periculoase atât pentru mame, cât și pentru copii. Instanțele din România sunt încă derutate atunci când sunt chemate să se pronunțe cu privire la situații născute din tehnicile de "închiriere a uterului" și convenții de gestație. Curtea de Apel Timișoara²⁹ a consacrat în dreptul român, printr-o hotărâre judecătorească, maternitatea de substituție, cu efectul modificării filiației copiilor astfel născuți, contrar dreptului pozitiv român. Apreciind că statul nu valorifică progresele științifice din domeniul medicinei și încalcă Convenții internaționale, instanța română s-a considerat îndrituită să tranșeze litigiul din perspectiva dispozițiilor art. 8 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, respectiv al pactelor/tratatelor internaționale la care România este parte și a principiului interesului superior al copilului. Deși

²⁸ C.E.D.O., Cauza *Paradiso și Campanelli c. Italiei*, nr. 25358/12, 27 ianuarie 2015.

²⁹ C. A. Timișoara, decizia civilă nr. 1196/26.09.2013, www.portal.just.ro. A se vedea L. Barac, „Câteva considerații privind implicațiile juridice ale tehnicilor de reproducere umană asistată medical (RUAM)”, disponibil [Online] la www.juridice.ro.

criticabilă sub o serie de aspecte decizia judecătorilor români³⁰, trebui să salutăm deschiderea acestora de a soluționa astfel de spețe în interesul copilului. Problema utilizării tehnicilor RUAM este și va rămâne una controversată, datorită implicațiilor ei juridice: dreptul la identitate al copiilor astfel născuți, dreptul copilului de a fi juridic protejat înainte și după naștere, dreptul părinților de intenție de a avea un copil, statutul juridic al embrionilor, donarea celulelor de reproducere, etc.

Concluzii

Familia și relațiile de familie devin o parte integrantă a globalizării. Așa cum recent s-a afirmat în literatura de specialitate din străinătate, la baza familiei nu mai stă căsătoria, ci filiația, consfințind, așadar, faptul că viața de familie există și se dezvoltă pe baza multitudinii formelor de conviețuire socială. Legiuitorul român are posibilitatea de a repara lacunele existente prin recunoașterea unor regimuri paralele mariajului și de a da curs exigențelor impuse de CEDO. Pe de altă parte, în materia filiației, va trebui să găsească o reglementare echilibrată, care să balanseze, deopotrivă, dreptul de a apela la tehnicile RUAM cu dreptul la identitate al copilului.

³⁰ A se vedea, L. Barac, „Privire critică asupra modului de receptare și popularizare a jurisprudenței CEDO în doctrina și jurisprudența românească, în materia efectelor juridice ale tehnicilor de reproducere umană asistată medical (RUAM) cu privire la filiația copiilor născuți prin metode artificiale de reproducere umană”, disponibil [Online] la www.juridice.ro.

The Wrong Side of Heaven and the Righteous Side of Hell: CJUE față cu Uber. Exploatarea economiei colaborative

The Wrong Side of Heaven and the Righteous Side of Hell: ECJ Meets the Über-influential Gig Economy

Codrin Macovei¹

Rezumat: Scopul acestui articol este de a oferi o imagine de ansamblu asupra problemelor și provocărilor prezentate de dezvoltarea rapidă a platformelor de colaborare și partajare în contextul pieței unice europene, concentrându-se, în special, asupra aspectelor care au rezultat din lupta juridică îndelungată care a caracterizat activitatea Uber, de la debutul primelor sale servicii europene în 2011. Concluziile lucrării prind contur în urma deciziei foarte așteptate a Curții Europene de Justiție (C-434/15 *Asociación Profesional Elite Taxi*) de a clasifica unul dintre serviciile Uber drept „serviciu în domeniul transporturilor”, negând astfel societății protecțiile ample și libertățile semnificative acordate de cadrul european furnizorilor de servicii și „serviciilor societății informaționale” și subordonând realitatea operațională a serviciului universului fragmentat al reglementărilor naționale în domeniul transporturilor. Influența în dreptul național a deciziei instanței europene, în cadrul Ordonanței de urgență a guvernului nr. 49/2019 va face, de asemenea, obiectul analizei noastre.

Cuvinte-cheie: Uber; economia colaborativă; externalizarea profitului; socializarea riscurilor; OUG nr 49/2019

Abstract: The purpose of this work is to offer a general overview of the issues and challenges presented by the rapid development of collaborative and sharing platforms in the context of the European Single Market, by focusing, specifically, on the issues that have emerged from the lengthy legal battle that has characterized the activity of Uber, since the debut of its first European services in 2011. The conclusions of the work take shape in the aftermath of the highly anticipated decision of the European Court of Justice (C-434/15 *Asociación Profesional Elite Taxi*) to categorize one of Uber's services as a 'service in the field of transport', thus denying to the Californian company the ample protections, and significant freedoms, granted by the European framework to established service providers and 'information society services', and subordinating the operational reality of the service to the fragmented cosmos of national transport regulations. The influence in national law of the decision of the

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: tmrusu@gmail.com.

European court, within the Government Emergency Ordinance no. 49/2019 will also be the subject of our analysis.

Keywords: Uber; collaborative and sharing platforms; privatisation of profits; socialisation of risks; Government Emergency Ordinance no. 49/2019

1. Preliminarii

Într-un articol anterior, am detaliat cine este Uber, care este ideologia sa și rolul său în promovarea unor aparent noi metode și modele economice². Prezentul articol își propune să analizeze hotărârile pronunțate de Curtea de justiție a Uniunii europene (în continuare, Curtea europeană de justiție – CEJ) în legătură cu Uber și reflectarea lor în măsurile legislative din țara noastră. Titlul prezentului articol este inspirat de o melodie a formației Five Finger Death Punch, single care împrumută denumirea și celui de al patrulea album de studio (2013) al acestei trupe, care surprinde, credem noi, într-o manieră sugestivă poziția a două importante instituții europene: Comisia europeană, respectiv Curtea de justiție a Uniunii europene.

2. The Wrong Side of Heaven

Economia colaborativă³ (*the gig or platform economy*) – care se referă la companiile online, cum ar fi Uber, Airbnb, Deliveroo etc. – și-a intensificat în ultimii ani activitatea de *lobby* la Bruxelles⁴. Preocuparea cheie a acestor companii este aceea de a menține privilegiile lor speciale, ca parte a așa-numitei „economii a colaborării digitale”, incluzând aici, printre altele, lipsa aplicării dispozițiilor naționale ale statelor membre UE privitoare la reglementarea activităților din domeniul lor predilect, cum ar fi activitatea de taxi, transport, locațiune/închiriere/hotelărie etc. De o preocupare deosebită este modul în care se companiile ca Uber își clasifică lucrătorii ca antreprenori independenți contribuind astfel la o degradare considerabilă a drepturilor salariaților⁵.

² C. Macovei, M. C. Dobrilă, *Uber, contractul de antrepriză și călătoria în timp*, Analele științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași (Serie Nouă), Științe juridice, TOM LXIII, nr. II – 2017, p. 173-191.

³ Pentru o serie amplă de aprecieri privind economia colaborativă, a se vedea și T. C. Ungureanu, *Regimul juridic al prestatorului de servicii român în contractele electronice internaționale specifice economiei colaborative*, în Revista Dreptul nr 3 din 2019, [Online] în sintact.ro, accesat 1.12.2020.

⁴ Pentru dezvoltări, a se vedea: Corporate Europe Observatory, *Ak Europa, Über-influential? How the gig economy's lobbyists undermine social and workers rights, passim*, [Online] la: <https://corporateeurope.org/sites/default/files/2019-09/%C3%9Cber-influential%20web.pdf>, accesat 1.12.2020.

⁵ T. Scholz, *Uberworked and Underpaid: How Workers Are Disrupting the Digital Economy*, [Online] la: <http://we-make-money-not-art.com/uberworked-and-underpaid-how-workers-are-disrupting-the-digital-economy>, accesat 1.12.2020; J. Prassl, *Humans as a Service: The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*, Oxford University Press, 2018, *passim*; W. Kowalsky, *Time To Turn The Page Of Platform*

Companiile menționate s-au regăsit în centrul unor dezbateri în unele orașe și state membre ale UE⁶. În fapt, unele administrații locale sau naționale, ca răspuns la provocările pe care aceste platforme le-au adus, au încercat să impună respectarea politicilor legislative proprii, fie că acestea se refereau la drepturile și obligațiile antreprenorilor, locatorilor sau normele de dreptul muncii. Astfel au apărut și măsurile necesare pentru a atenua efectul creșterii rapide a utilizării serviciilor furnizate de aceste platforme⁷.

Ca răspuns, unele platforme, în special Uber și AirBnB, au pus la punct campanii de convingere a factorilor de decizie din instituțiile UE pentru ca acestea să ia apărarea lor. Punctul de maxim interes, pentru care acestea au lucrat intens, a fost reprezentat de ținta convingerii Comisiei Europene în a demara un proces de lărgire a sferei de interpretare a două directive europene într-o modalitate care să ofere umbrela juridică necesară desfășurării acestor activități fără interferența jurisdicțiilor naționale⁸.

Cele două directive sunt Directiva privind E-comerțul din 2000⁹ și Directiva privind Serviciile din 2006¹⁰. În mod evident, ambele au fost scrise pentru o societate care nu se confrunta cu economia colaborativă. Interpretarea celor două directive de către Comisia europeană influențează interesele-cheie ale platformelor electronice. În special, Directiva privind comerțul electronic împiedică aplicarea regimului juridic național în privința modului în care funcționează platformele electronice prin invocarea „principiului țării de origine”. De asemenea, aceeași directivă permite platformelor să refuze să coopereze cu autoritățile locale atunci când acestea încearcă să obțină datele necesare pentru aplicarea normelor proprii de protecție. Chiar și un simplu aspect practic ca

Capitalism?, [Online] la: <https://www.socialeurope.eu/time-turn-page-platform-capitalism>, accesat 1.12.2020.

⁶ C. Macovei, M. C. Dobrilă, *op. cit.*, p. 175.

⁷ A. Karatzogianni, J. Matthews, *Platform Economics: Rhetoric and Reality in the 'Sharing Economy' (Digital Activism and Society: Politics, Economy And Culture In Network Communication)*, Emerald Publishing Ltd, 2019, p. 169-199; J Scott, D. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, European Law Journal, vol. 8/2002, nr. 1.

⁸ D. Z. Morris, *UnHeard, The gig economy: a platform for exploitation*, 4 iulie 2018, [Online] la: <https://unherd.com/2018/07/long-con-gig-economy/>, accesat 1.12.2020; A. Aloisi, *When law comes to town: the European legal framework for digital labour platforms in the "collaborative economy"*, 25 octombrie 2018, [Online] la: <https://blogs.eui.eu/maxweberprogramme/the-european-legal-framework-for-digital-labour-platforms-in-the-collaborative-economy/>, accesat 1.12.2020.

⁹ 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), OJ L 178, 17.7.2000, p. 1–16.

¹⁰ Directiva 2006/123/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 decembrie 2006 privind serviciile în cadrul pieței interne, OJ L 376, 27.12.2006, p. 36–68.

parcursarea procesului administrativ pentru a obține o licență poate să fie prevenit prin invocarea Directivei privind comerțul electronic¹¹.

Din păcate, Comisia Europeană a urmărit să se coordoneze cu discursul acestor platforme privind tehnologiile inovatoare¹², atunci când, de fapt, ar fi trebuit să utilizeze gândirea critică pentru a identifica efectele economiei colaborative asupra modelului real pe care îl promovează acest tip de platforme: externalizarea profiturilor și socializarea riscurilor. Astfel, companiile care utilizează platformele electronice nu trebuie să cumpere active cum ar fi restaurante sau hoteluri sau taxiuri, și pot evita orice normă privind siguranța, consumatorii sau alte probleme legislative; în mod similar, deoarece, de obicei, califică lucrătorii săi ca antreprenori independenți, se evită asumarea unor obligații cum ar fi salariu minim sau asigurările sociale. Compania își va alege sediul de multe ori în jurisdicțiile fiscale cu taxe scăzute, iar ca platformă cu sediul într-o altă țară aceasta poate evita responsabilitatea pentru impactul social al afacerii sale, cum ar fi precaritatea forței de muncă sau creșterea artificială a prețurilor locuințelor.

Desigur, să nu uităm celelalte două puncte forte ale discursului platformelor electronice: acelea care enunță beneficiile reunirii resurselor („sharing”, „collaborative”). Totuși, chiar presa economică este cea care ne semnalează capcana: „ar trebui să renunțăm la fantezia că gig economia elimină în vreun fel problemele istorice existente între angajați și angajatori, [...întrucât] managementul algoritmic pune dramatic mai multă putere în mâinile companiilor tip platformă”¹³. Uber, de exemplu, nu numai că „monitoriză lucrătorii 24/7, ei beneficiază enorm de asimetriile informaționale care le permit să dezactiveze brusc șoferii cu indice redus de mulțumirea clienților, sau să ia o marjă de profit mai mare de la călătorii dispuși să plătească mai mult pentru servicii mai rapide,

¹¹ Corporate Europe Observatory, AK EUROPA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 15.

¹² M. Scott, *Uber to Big Tech: Don't mess with Europe*, 23 mai 2018, [Online] la: <https://www.politico.eu/article/uber-dara-khosrowshahi-insurance-europe-tech-regulation/>, accesat 1.12.2020; Comisia europeană, *Communication on Online Platforms and the Digital Single Market. Opportunities and Challenges for Europe*, COM (2016) 288 final; Comisia europeană, *Study on passenger transport by taxi, hire car with driver and ridesharing in the EU*, Brussels, 2016, [Online] la: <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/2016-09-26-pax-transport-taxi-hirecar-w-driver-ridesharing-final-report.pdf>, accesat 1.12.2020; Comunicatul Comisiei europene COM(2016)356, 2 iunie 2016, *A European agenda for the collaborative economy*, [Online] la: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-356-EN-F1-1.PDF>, accesat 1.12.2020; EU Survey, European Commission, *Regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, [Online] la: <https://ec.europa.eu/eusurvey/pdf/survey/31103?lang=EN&unique=b91d8ce8-a2a0-4b29-a92c-3689dce5f71c>, accesat 1.12.2020.

¹³ Financial Times, *Platform companies have to learn to share: The gig economy has not eliminated issues of power between workers and employers*, Rana Foroohar, 19 august 2018, [Online] la: <https://www.ft.com/content/0caed8aa-a208-11e8-85da-eeb7a9ce36e4>, accesat 1.12.2020.

fără a împărți surplusul cu șoferii, [...] aceasta nu este o piață care funcționează corect; Este un sistem oligopol bazat pe manipularea informațiilor digitale care va schimba în continuare raportul dintre lucrători și capital la o scară pe care nu am văzut-o niciodată înainte”¹⁴.

3. The Righteous Side of Hell

Lansarea Uber, atât în SUA, cât și în Europa, a fost urmată frecvent de reacția promptă a operatorilor tradiționali, în special a asociațiilor de taxi, care nu au ezitat să aducă compania americană în fața instanțelor naționale, solicitând somații sau interdicții simple ale majorității serviciilor sale¹⁵. Cu toate acestea, doar câteva dintre aceste procese au reușit până acum să își croiască drum prin sistemele judiciare ale statelor membre și au ajuns pe rolul celei mai înalte instanțe europene: Curtea Europeană de Justiție.

Până în prezent, cunoaștem doar patru cereri de decizie preliminară care să fi fost judecate către CEJ¹⁶. Una dintre acestea¹⁷, cea depusă în octombrie 2015

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A se vedea și J. Snell, *Who's Got the Power? Free Movement and Allocation of Competences in EC Law*, în Year Book of European Law, Vol. 22/2003, issue 1, p. 323-351.

¹⁶ În Cauza CJUE C-371/17, *Uber BV* împotriva lui *Richard Leipold*, în JO, C 276, 06.08.2018, p. 31, s-a renunțat la judecată, avându-se în vedere soluția deja pronunțată în cauza Cauza C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi* împotriva *Uber Systems Spain SL*; un al doilea caz adus în fața CEJ vine de la Tribunalul de Mare Instanță din Lille, Franța, care, investită într-o procedură penală împotriva filialei franceze *Uber France SAS*, a depus cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare la 6 iunie 2016 - Cauza C-320/16, *Procedură penală privind pe Uber France SAS*, în JO, C 200, 11.06.2018, p. 5. În acest caz, Uber este acuzat că a organizat, începând din iunie 2014, un sistem ilegal (UberPOP) pentru punerea în contact a clienților cu persoane care, în ciuda faptului că nu sunt nici întreprinderi de transport rutier îndreptățite să ofere servicii ocazionale, nici șoferi de taxi autorizați, transportă pasageri, cu încălcarea articolului L. 3124-13 din Codul francez al transporturilor. Uber France se apără susținând că dispozițiile menționate mai sus din Codul transporturilor constituie o reglementare tehnică privind serviciile societății informaționale în sensul Directivei 98/34/CE. În acest caz CJUE a respins apărarea Uber, reținând că: „ Articolul 1 din Directiva 98/34/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 iunie 1998 referitoare la procedura de furnizare de informații în domeniul standardelor, reglementărilor tehnice și al normelor privind serviciile societății informaționale, astfel cum a fost modificată prin Directiva 98/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 20 iulie 1998, și articolul 2 alineatul (2) litera (d) din Directiva 2006/123/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 decembrie 2006 privind serviciile în cadrul pieței interne trebuie interpretate în sensul că o reglementare națională care sancționează penal fapta de a organiza un sistem de punere în legătură a clienților cu persoane care furnizează prestații de transport rutier de persoane cu titlu oneros cu vehicule de mai puțin de zece locuri, fără să dețină o autorizație în acest scop, se referă la un *serviciu în domeniul transporturilor* în măsura în care se aplică unui serviciu de intermediere furnizat prin intermediul unei aplicații pentru smartphone și care face parte integrantă dintr-un serviciu global al cărui element principal este serviciul de

de Tribunalul de Comerț din Brussel într-o cauză în care este implicată Uber Belgium și una dintre principalele societăți de taxi din Bruxelles, a fost declarată vădit inadmisibilă și respinsă de Curte din motive procedurale: în special, lipsa unor informații suficiente cu privire la contextul de fapt și legislativ furnizat de instanța de trimitere. Cauza privea dacă un regulament local privind taxiurile și serviciile de închiriere de autovehicule putea fi interpretat astfel încât să cuprindă, în cadrul definiției „serviciilor de taxi”, activitatea transportatorilor individuali fără licență, care acceptă curse prin utilizarea UberPOP. Instanța de primă instanță din Brussel a constatat că activitățile UberPOP sunt contrare practicilor comerciale echitabile stabilite de legislația locală, a dispus încetarea serviciului și a aplicat șoferilor săi o amendă de 10.000 de euro pentru orice încălcare ulterioară. Curtea de apel, punând sub semnul întrebării compatibilitatea unei astfel de hotărâri cu principiile fundamentale ale pieței unice europene privind proporționalitatea și libertatea de a presta servicii, a decis să amâne problema pentru o decizie preliminară a CEJ. Cu toate acestea, în urma respingerii cererii, decizia instanței a fost confirmată, iar UberPOP rămâne, până în prezent, ilegal în Belgia¹⁸.

Prima cauză care a fost adusă la cunoștința CEJ datează din 7 august 2015, când a treia instanță comercială din Barcelona a formulat cererea de decizie preliminară privind interpretarea mai multor norme din TFUE și din Directiva privind serviciile. Cazul este un bun exemplu al problemelor juridice tipice care apar în instanță atunci când avem de a face cu platforme electronice, cum este și Uber și arată multe dintre strategiile de apărare obișnuite ale companiei.

În octombrie 2014, „Asociación Profesional Élite Taxi”, o organizație profesională care reprezintă taximetriștii din zona metropolitană a Barcelonei, a inițiat o acțiune în fața „Juzgado de lo Mercantil no 3 de Barcelona” solicitând instanței să dispună împotriva „Uber Systems Spain SL”, să îi declare activitățile, desfășurate prin intermediul serviciului UberPOP, ca acte de concurență neloială și să hotărască încetarea imediată a acestora. Astfel, potrivit reclamantei, nici Uber, nici proprietarii de vehicule în cauză nu aveau permisele și autorizațiile cerute de normele naționale privind transportul („Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres”) și de reglementările locale privind serviciile de taxi („Reglamento Metropolitano del Taxi”) pentru a efectua transportul de călători în orașul Barcelona. Întrucât aplicația Uber permite conducătorilor auto privați neprofesioniști să transporte pasageri folosind propriile vehicule, reclamanta a susținut că instrumentele tehnologice furnizate de platformă le-au oferit acestor conducători auto un avantaj concurențial neloial față de operatorii de taxi cu

transport. Un astfel de serviciu este exclus din domeniul de aplicare al acestor directive”.

¹⁷ CJUE, Cauza C-526/15, *Uber Belgium BVBA împotriva Taxi Radio Bruxellois NV*, în JO, C 63, 27.02.2017, p. 6.

¹⁸ A se vedea și The Bruxelles Times, *Uber targets expansion in Brussels, then Belgium*, Evie McCullough, 20 august 2020, [Online] la: <https://www.brusselstimes.com/brussels-2/64506/uber-targets-expansion-in-brussels-then-belgium/>, accesat 1.12.2020.

licență și au constituit o încălcare a normelor care reglementează activitățile concurențiale și practicile înșelătoare în sensul articolelor 4, 5 și 15 din „Ley 3/1991 de Competencia Desleal”. Uber Spania, pe de altă parte, s-a opus invocând lipsa calității procesuale pasive și a negat că ar fi comis vreo încălcare a legislației spaniole; a susținut că desfășoară numai sarcini de publicitate și activități de sprijin în numele Uber BV, compania olandeză care este responsabilă de funcționarea aplicației Uber pe teritoriul Uniunii Europene (a se vedea § 1.3). În plus, Uber a susținut că nu furnizează un serviciu de transport în sensul legislației europene și spaniole, ci că acționează ca un simplu intermediar, oferind utilizatorilor săi acces la o interfață și o aplicație software de „telefon inteligent și platformă tehnologică” care le permite să se conecteze între ei. Considerându-se un serviciu electronic, aceasta a susținut că are dreptul la protecțiile acordate de articolul 56 din TFUE cu privire la libertatea de a presta servicii și de Directivele 2006/123/CE și 2000/31/CE privind serviciile societății informaționale pe piața internă.

Aplicabilitatea normelor UE menționate anterior face obiectul întrebărilor adresate de instanța spaniolă CEJ¹⁹; în mod specific: activitatea desfășurată de Uber ar trebui considerată un serviciu de transport, care urmează să fie reglementată în cadrul competenței partajate a Uniunii Europene și a statelor membre sau ar trebui considerată un intermediar electronic sau un serviciu al societății informaționale, ca atare, acoperit de garanțiile pieței unice europene? În cazul în care aceasta din urmă ar fi clasificarea corectă, normele naționale privind concurența neloială ar permite instanțelor să interzică prestarea serviciilor sale, contrar dispozițiilor Directivei privind serviciile privind proporționalitatea, libertatea de stabilire și sistemele de autorizare? În sfârșit, restricțiile privind libertatea de a presta servicii impuse de un stat membru, cum ar fi cerințele de autorizare sau ordinele de încetare, sunt măsuri legale în conformitate cu Directiva privind comerțul electronic?

Astfel cum a arătat avocatul general M. Szpunar în opinia sa cu privire la această cauză, hotărârea prezintă Curții o problemă extrem de politizată, întrucât metodele de operare ale Uber generează mai multe întrebări nu numai cu privire la dreptul concurenței, ci și la protecția consumatorilor și la dreptul muncii. Modul în care CEJ a decis să răspundă la aceste întrebări ar putea avea cu siguranță un impact semnificativ asupra ambițiilor Uber de extindere în UE, precum și să creeze un precedent important pentru calificarea juridică a unor servicii similare bazate pe internet în anii următori. Hotărârea definitivă a cauzei a fost pronunțată în cele din urmă la 20 decembrie 2017.

Într-un raționament concis și clar, CEJ a recunoscut opinia exprimată cu câteva luni înainte de avocatul general Szpunar și a refuzat UberPOP calificarea de serviciu al societății informaționale. În primul rând, Curtea recunoaște natura compozită a serviciului UberPOP: „un serviciu de intermediere care constă în conectarea unui conducător auto neprofesionist care utilizează propriul vehicul

¹⁹ CJUE, Cauza C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi împotriva Uber Systems Spain SL*, în JO, C 72, 26.02.2018, p. 2.

cu o persoană care dorește să efectueze o călătorie urbană este, în principiu, un serviciu separat de un serviciu de transport care constă în actul fizic de deplasare a persoanelor sau a bunurilor dintr-un loc în altul cu ajutorul unui vehicul [...] și fiecare dintre aceste servicii, luate separat, pot fi legate de directive sau dispoziții diferite ale Tratatului FUE privind libertatea de a presta servicii”²⁰. Primul serviciu având o asemănare teoretică cu criteriile stabilite pentru serviciile societății informaționale; cel din urmă se încadrează în mod clar în domeniul general al transporturilor.

Cu toate acestea, arată Curtea, elementele de probă evidente cu privire la caracteristicile și modurile de funcționare ale platformei arată în mod incontestabil că un astfel de serviciu este mai mult decât un simplu sistem de intermediere, oferind, de fapt, un serviciu de transport urban. Faptul nu este diminuat de utilizarea instrumentelor software și a aplicațiilor pentru smartphone-uri, ci este mai degrabă întărit de cunoașterea faptului că, fără sistemele tehnologice utilizate de Uber, „conducătorii auto neprofesioniști care utilizează propriul vehicul, nu ar fi determinați să furnizeze servicii de transport, iar persoanele care doresc să efectueze o călătorie în mediul urban nu ar utiliza serviciile furnizate de acești conducători auto”²¹. În plus, faptul că Uber este în măsură să exercite o influență decisivă asupra condițiilor în care este furnizat serviciul de transport adiacent, inclusiv determinarea, colectarea și distribuirea unilaterală a tarifelor plătite de utilizatori, precum și controlul mai multor aspecte calitative și cantitative ale performanței conducătorilor auto, este o dovadă suplimentară că serviciul de intermediere „trebuie considerat ca făcând parte integrantă dintr-un serviciu global, a cărui componentă principală este un serviciu de transport”²². Reamintind Hotărârea Grupo Itevelesa²³, Curtea observă, de asemenea, că „noțiunea de servicii în domeniul transporturilor include nu numai serviciile de transport în sine, ci și orice serviciu legat în mod inerent de orice act fizic de mutare a persoanelor sau a mărfurilor dintr-un loc în altul prin intermediul transportului”²⁴.

În consecință, UberPOP nu poate fi considerat un simplu intermediar între conducătorii auto și pasageri și nici nu poate fi calificat drept serviciu al societății informaționale în sensul Directivei 2000/31/CE. În schimb, întrucât reprezintă un sistem cuprinzător de organizare și gestionare a transportului urban, UberPOP trebuie clasificat drept „serviciu în domeniul transporturilor”²⁵ în sensul articolului 58 TFUE și al articolului 2 alineatul (2) litera (d) din Directiva 2006/123/CE. Ca atare, serviciul nu poate beneficia de principiile generale privind libera circulație stabilite de articolul 56 TFUE, ci mai degrabă este supus normelor

²⁰ CJUE, Cauza C-434/15, *loc. cit.*, p. 5.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ CJUE, Cauza C-168/14, *Grupo Itevelesa SL și alții împotriva Oca Inspección Técnica de Vehículos SA și Generalidad de Cataluña*, în JO, C 406, 07.12.2015, p. 6.

²⁴ CJUE, Cauza C-434/15, *loc. cit.*, p. 7.

²⁵ *Ibidem*.

și principiilor adoptate în temeiul articolelor 58 și 91 TFUE, privind punerea în aplicare a politicii comune în domeniul transporturilor și condițiile în care transportatorii nerezidenți pot opera servicii de transport într-un alt stat membru. În această privință, Curtea subliniază lipsa unor norme comune ale Uniunii în domeniul transportului local, urban și suburban, concluzionând că, în lipsa unei acțiuni legislative din partea Uniunii, „revine statelor membre sarcina de a reglementa condițiile în care serviciile de intermediere precum cele în discuție în litigiul principal trebuie furnizate în conformitate cu normele generale ale Tratatului FUE”²⁶. Acest lucru implică faptul că legalitatea și funcționarea serviciului depind în mod fundamental de reglementările naționale, regionale și locale și că statele membre sunt libere să impună Uber cerințe tipice, ar fi deținerea unei licențe sau eliberarea unei autorizații, cu condiția respectării dispozițiilor fundamentale privind libertatea de stabilire.

Decizia Curții se referă de asemenea la a doua întrebare adresată de judecătorii spanioli, referitoare la posibilitatea de a aplica dispozițiile Directivei privind comerțul electronic limitate la partea serviciului UberPOP care corespunde criteriilor serviciului societății informaționale. O astfel de abordare se bazează pe aplicarea unui test de separabilitate pentru a evalua nivelul de dependență economică și funcțională al unei părți față de cealaltă. Cu toate acestea, având în vedere luminile Curții și faptul că cele două componente ale serviciului UberPOP reprezintă aspecte la fel de importante și interdependente din punct de vedere economic ale aceleiași activități de transport, o astfel de posibilitate trebuie exclusă *a priori*.

Decizia CEJ reprezintă cu siguranță o lovitură semnificativă pentru modelul de afaceri al Uber și pentru perspectivele de dezvoltare a serviciului UberPOP în întreaga Europă și este un regres clar pentru toți cei care au sperat ca intervenția Curții de Justiție să demonteze poziția privilegiată de care se bucură operatorii tradiționali de transport în ultimele decenii. De asemenea, aceasta contrazice în mod deschis recomandarea, cuprinsă în „Studiul privind transportul de călători în UE” al Comisiei Europene²⁷, de a face o distincție între furnizorii serviciului adiacent și intermediarii care gestionează platformele și va avea o importanță mai largă pentru modul în care companiile de tehnologie care oferă servicii tradiționale *peer-to-peer* urmează să fie reglementate în UE.

Cu toate acestea, concluziile Curții sunt în concordanță cu realitatea economică a serviciului UberPOP și sunt fundamental coerente cu actualul cadru european privind furnizarea de servicii și reglementarea transporturilor.

Se preconizează că rezultatele hotărârilor de mai sus vor oferi statelor membre o mai mare încredere și libertate în reglementarea acestor noi servicii de transport și vor permite instanțelor naționale să abordeze în mod concludent

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Comisia europeană, *Study on passenger transport by taxi, hire car with driver and ridesharing in the EU*, Brussels, 2016, [Online] la: <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/2016-09-26-pax-transport-taxi-hirecar-w-driver-ridesharing-final-report.pdf>, accesat 1.12.2020.

acuzățiile de concurență neloială formulate împotriva platformei. Cu toate acestea, hotărârea CEJ nu marchează sfârșitul fenomenului Uber. Pentru a menține o prezență pe piața europeană a transporturilor, compania va trebui cu siguranță să își adapteze modelul de afaceri pentru a se conforma cerințelor de reglementare mai stricte și să încerce să stabilească o relație mai productivă și mai pașnică atât cu autoritățile, cât și cu operatorii tradiționali. Aceasta înseamnă, de asemenea, că UberBLACK, serviciul de nivel premium al companiei care se bazează pe șoferii licențiați pentru a furniza servicii de transport în multe orașe, va putea să joace un rol mai important în viitorul platformei.

În cele din urmă, fiindu-i refuzat statutul de serviciu al societății informaționale, Uber ar putea încerca să conteste legalitatea reglementărilor naționale privind taximetria prin invocarea normelor comunitare privind concurența împotriva statelor membre însele. În acest scop, societatea americană s-ar putea întemeia pe dispozițiile combinate ale articolului 102 TFUE privind abuzul de poziție dominantă și ale articolului 106 alineatul (1) TFUE, care conțin o interdicție generală împotriva adoptării și menținerii de către statele membre a unor măsuri care conferă drepturi exclusive sau speciale întreprinderilor publice sau private atunci când sunt contrare tratatelor (în special normelor privind concurența și funcționarea pieței unice). Astfel s-a sugerat în Cauza *Ambulanz Glöckner*²⁸, drepturile speciale sau exclusive sunt drepturi acordate de un stat membru uneia sau unui număr limitat de întreprinderi care afectează capacitatea altor întreprinderi potențial concurente de a exercita o activitate economică în aceeași zonă geografică în condiții echivalente. În domeniul transportului urban, Uber ar putea susține că limitările și drepturile speciale reprezentate de sistemul de licențe de taxi constituie un monopol legal care împiedică intrarea pe piață a noilor operatori. În plus, CEJ a clarificat faptul că simplul fapt că o entitate economică se bucură de o poziție specială care i-a fost conferită de stat, deși ocupă și o poziție dominantă pe piața relevantă, nu este suficient în sine pentru a stabili o încălcare a articolului 106. Pentru ca acest lucru să se aplice, este necesar, în schimb, să se identifice o legătură de cauzalitate între intervenția legislativă sau administrativă a unui stat membru și comportamentul anticoncurențial al întreprinderii acuzate. De exemplu, astfel s-a arătat în Hotărârea *Höfner/Macrotron*²⁹, încălcarea de către un stat membru a articolului 106 ar putea fi realizată ori de câte ori măsurile adoptate de stat au pus întreprinderea privilegiată într-o poziție în care nu ar putea evita încălcarea articolului 102 din tratat, în special din cauza incapacității sale vădite de a satisface cererea de pe piață, împiedicând în același timp concurenții potențiali să intre pe piață, cu posibile efecte negative asupra comerțului dintre statele membre.

În cazul taxiurilor, Uber ar putea susține că cadrele naționale privind transportul urban privat au creat, în esență, o situație de neîndeplinire sistematică

²⁸ CJUE, Cauza C-475/99, *Ambulanz Glöckner* împotriva *Landkreis Südwestpfalz*, în JO, C 369, 22.12.2001, p. 3.

²⁹ CJUE, Cauza C-41/90, *Klaus Höfner* și *Fritz Elser* împotriva *Macrotron GmbH*, în European Court Reports, 1991, p. I-01979.

a cererii consumatorilor și au împiedicat dezvoltarea tehnică a sectorului, precum și concurența în ceea ce privește prețurile; și că, deși serviciile de taxi sunt în esență de natură locală, introducerea platformelor online internaționale ar contribui la conferirea unei dimensiuni transfrontaliere activităților implicate, făcând problema relevantă la nivel european.

Totuși, după cum vom arăta în secțiunea următoare, Uber nu trebuie să își facă astfel de griji în România.

4. CEJ decide că Uber nu este un intermediar cu privilegii, ci o companie cu obligații – cum reacționează România?

Aparent, deciziile CEJ sunt urmărite de România. Stau dovadă chiar considerentele OUG nr. 49/2019 (în vigoare din data de 4 iulie 2019) privind activitățile de transport alternativ cu autoturism și conducător auto³⁰ care rețin (printre altele) următoarele argumente ale reglementării: „luând în considerare că hotărârea Curții Europene de Justiție a apreciat că activitățile de transport de tip urban desfășurate prin intermediul platformelor digitale sunt asimilate serviciilor de transport și nu serviciilor de comerț online, iar statele membre sunt obligate la adoptarea unor soluții legislative care să asigure reglementarea tuturor operațiunilor de transport de tip urban pentru care se utilizează platforme digitale”.

Potrivit OUG nr. 49/2019, activitatea de transport alternativ este definită ca deplasarea persoanelor, cu ajutorul unui autoturism, în baza unui contract de transport alternativ încheiat între pasager și operatorul de transport alternativ deținător al autoturismului, care este intermediat de un operator al platformei digitale printr-o platformă digitală.

OGU 49/2019 prevede o serie de obligații atât pentru operatorii de transport alternativ, cât și pentru operatorii platformelor digitale.

Obligațiile pe care operatorii platformei digitale trebuie să le îndeplinească includ: obținerea unui aviz tehnic emis de Ministerul Comunicațiilor și Societății Informaționale pentru platforma digitală; plata la bugetul de stat a unei taxe în valoare de 100.000 lei la fiecare 24 de luni; înființarea unei sucursale în România, în cazul în care operatorul platformei digitale este o persoană juridică nerezidentă. OUG 49/2019 se referă în mod specific la sucursală ca o formă a prezenței în România a operatorilor platformei digitale, limitând opțiunile acestora cu privire la alegerea oricărei alte forme de organizare potrivit legislației societare.

Pentru a fi avizată tehnic de către MCSI, platforma digitală trebuie să îndeplinească o serie de condiții de ordin tehnic și organizatoric, și anume: să aibă

³⁰ OUG nr. 49/2019 privind activitățile de transport alternativ cu autoturism și conducător auto, publicată în M. Of. nr. 537/2019, modificată de Legea nr. 204/2019 pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 49/2019 privind activitățile de transport alternativ cu autoturism și conducător auto și de Legea nr. 154/2020 pentru modificarea art. 19 lit. a) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 49/2019 privind activitățile de transport alternativ cu autoturism și conducător auto.

capacitatea tehnică de a înregistra traseul propus și de a monitoriza cursele în mod continuu, de a furniza date către operatorul platformei, cu scopul de a permite întocmirea situațiilor financiare anuale, precum și de a emite și transmite către pasager factura electronică; să respecte legislația în materia protecției datelor, iar operatorul platformei digitale trebuie să implementeze metode și proceduri complexe de asigurare a securității cibernetice și protecției datelor.

Operatorii de platforme digitale trebuie să furnizeze prin intermediul platformei digitale informații privind tariful aplicabil, numărul de înmatriculare al mașinii și traseu. Toate informațiile, precum și toate documentele disponibile pe platforma digitală trebuie să fie disponibile și în limba română. Operatorii de platforme digitale trebuie să asigure pasagerilor o interfață de comunicare disponibilă și accesibilă non-stop pentru incidente privind efectuarea cursei și posibilitatea de a raporta orice astfel de incident direct către operatorul platformei digitale.

La rândul său, operatorul de transport alternativ poate desfășura această activitate doar după obținerea următoarelor documente: autorizația de transport alternativ, care se eliberează fiecărui operator de transport alternativ; copia conformă a autorizației de transport alternativ și ecusonul de transport alternativ, care se eliberează pentru fiecare mașină utilizată de operatorul de transport alternativ. Documentele menționate sunt eliberate de agenția teritorială Autoritatea Rutieră Română („ARR”) din județul în care își are sediul/domiciliul operatorul de transport alternativ (sau după caz, zona București – Ilfov) și atestă îndeplinirea de către conducătorul auto și de către autovehiculul utilizat pentru desfășurarea activității de transport alternativ a condițiilor prevăzute de OUG 49/2019. Retragera autorizației de transport alternativ se realizează de către autoritatea de autorizare și are drept consecință pierderea calității de operator de transport alternativ autorizat, precum și retragerea tuturor copiilor conforme eliberate pe baza autorizației respective. Autorizația de transport alternativ poate fi retrasă dacă operatorul nu îndeplinește una dintre condiții, a folosit documente false, și-a încetat activitatea ca urmare a unei hotărâri judecătorești definitive sau la cerere.

Actul normativ mai prevede ca, în cazul în care se încasează direct de la pasager, integral sau parțial, cu numerar sau prin utilizarea cardurilor de credit/debit sau a substitutelor de numerar, contravaloarea serviciului prestat, operatorul de transport alternativ are obligația de a utiliza aparat de marcat electronic fiscal, de a emite și înmâna bon fiscal pasagerului, precum și de a emite factura la solicitarea acestuia. În cazul serviciilor de transport alternativ pentru care plata se realizează exclusiv online, prin intermediul platformei digitale, prin debitarea contului pasagerului cu suma reprezentând contravaloarea cursei respective, este obligatorie emiterea unei facturi electronice către pasager, prin intermediul platformei digitale.

Din punct de vedere fiscal, toate veniturile obținute în urma efectuării de transport alternativ sunt impozitate în conformitate cu legislația în vigoare din România.

În trafic, pe durata efectuării curselor de transport alternativ, autoturismele înregistrate pe platforma digitală vor avea afișat la vedere, în partea din față și din spate a autoturismului, un ecuson pentru transport alternativ cu dimensiunea de 10 cm X 10 cm, ce va conține, pe lângă numărul de înmatriculare al autoturismului și elemente de siguranță care să ateste autenticitatea ecusonului și denumirea platformei digitale pe care este înregistrat autoturismul.

Ordonanța prevede că raportul juridic propriu-zis al transportului ar trebui să se încheie între pasager și operatorul de transport alternativ. Denumit „contractul de transport alternativ” de art. 2 lit. f, acesta ar trebui să se încheie de fiecare dată când este contractată o cursă de către un pasager. În plus, contractul ar trebui să prevadă termenii și condițiile în care va fi efectuată cursa la solicitarea pasagerului.

De asemenea, art. 2 lit. n ne mai face cunoștință cu un contract, acesta fiind destinat normării relațiilor dintre platforma digitală și operatorul de transport alternativ. Putând denumirea de contract de afiliere acesta este acel contract încheiat prin intermediul platformei digitale între operatorul de transport alternativ/conducătorul auto și operatorul platformei digitale, prin care se confirmă îndeplinirea tuturor cerințelor și acceptarea termenilor și condițiilor contractuale afișate pe platforma digitală. Aparent, acest contract s-a bucura de mai multă atenție din partea OUG nr. 49/2019 decât contractul de transport alternativ. Art. 19 alin. (2) dispune că acest contract de afiliere se încheie prin intermediul platformei digitale, prin confirmarea de către operatorul de transport alternativ a acceptării termenilor și condițiilor contractuale afișate pe platforma digitală. În fapt, nu aflăm nimic în plus despre conținutul său, alin. (3) al acestui articol adăugând doar obligația printării acestui contract pentru ca operatorul de transport alternativ să poată face dovada existenței sale în fața organelor interesate („conținutul termenilor și condițiilor din contract, precum și dovada acceptării acestora de către operatorul de transport alternativ sunt tipărite de către acesta prin intermediul platformei digitale în scopul probării în fața agenției teritoriale a Autorității Rutiere Române - A.R.R. a relațiilor sale contractuale cu operatorul platformei digitale, în vederea eliberării ecusoanelor pentru transport alternativ”).

5. Concluzii

Cum este receptată jurisprudența Uber a CEJ în România? Prin OUG nr. 49/2019. Putem fi mulțumiți de redactarea acesteia? Sigur, ne arată că factorii de decizie din România sunt la curent cu deciziile instanței europene. Avem și alt motiv de mulțumire, în afară de cel formal? Nu chiar! România a reacționat, dar a făcut-o cu singurul scop de a permite funcționarea platformelor digitale de transport alternativ, care altfel s-ar fi situat în afara legii după ce CEJ a decis că nu livrează servicii digitale, ci asigură chiar servicii de transport. Analiza deciziilor CEJ în paralel cu conținutul OUG nr. 49/2019 relevă în mod evident că aceasta nu a răspuns niciunei probleme juridice în sensul calificărilor reținute de

judecătorii europeni. Singurul ecou pare a fi menționarea încheierii unui contract de transport alternativ între operatorul de transport alternativ și client, prin mijlocirea platformei digitale, cu ocazia fiecărei călătorii. Există însă vreo garanție legală în cuprinsul ordonanței de natură să înlăture controlul platformei digitale asupra conținutului acestui contract? Niciuna. Mai mult, orice lectură am avea asupra textelor ordonanței, concluzia cred că este una singură: suntem în prezența unui text administrativ, care instituie o serie de condiționări birocratice pentru funcționarea transportului alternativ. În mod evident, ordonanța este opera tehnică, comună a Ministerului Comunicațiilor și Societății Informaționale și Autorității Rutiere Române. Și este de apreciat că de acum vom cunoaște prin intervenția statului că, fără greș, persoana care ne transportă e „îmbrăcată” la casa de modă a standardului civilizației din secolul prezent. Dar, dincolo de această rază de lumină, rămâne de explicat de ce ordonanța a ocolit luminile pe care juriștii trebuiau să le îndrepte spre relațiile dintre platformă și operator, respectiv dintre operator și client. Modul în care textele ordonanței evită orice „amestec” în conținutul juridic al acestor relații au un efect perfect vizibil. Niciun operator de transport alternativ din România nu a considerat necesar să își modifice condițiile de utilizare a serviciilor sale. Mai mult, după data intrării în vigoare a ordonanței Uber nu a operat până la această dată (1.12.2020) nici o modificare termenilor serviciilor sale, care sunt, în continuare livrate de Uber B.V., societate cu răspundere limitată, de drept privat, înființată în Țările de Jos, cu sediul în Amsterdam, cu alegerea legii olandeze ca lege aplicabilă. În final, rămâne o singură întrebare la care ne este dificil să răspundem: dacă actul normativ ar fi fost scris chiar de către Uber, ar fi fost acesta cu mult diferit?

Încuviințarea executării silite a debitorului consumator - exigențe europene, realități naționale

Approval of Enforcement of Consumers - European Requirements, National Realities

Nicolae-Horia Țiț¹

Rezumat: Articolul analizează câteva dintre caracteristicile procedurii de încuviințare a executării silite, reglementată de art. 666 din Codul de procedură civilă, prin raportare la practica CJUE în materia executării silite a debitorilor consumatori. În dreptul național, procedura de încuviințare a executării silite este una necontencioasă; judecătorul nu face decât o verificare formală a condițiilor prevăzute de lege, pe baza cărora pronunță o încheiere. În jurisprudența CJUE s-a conturat soluția obligației instanței de a dispune o verificare, chiar și din oficiu, a caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în contractul în temeiul căruia se declanșează procedura de executare, de îndată ce dispune de elementele de fapt și de drept necesare în acest scop. Raportat la această jurisprudență, se ridică întrebarea dacă legislația națională actuală respectă exigențele dreptului european privind protecția consumatorilor și care sunt remediile posibile. Pentru a face această analiză, a fost aleasă drept etalon Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 26.06.2019 în cauza C-407/18 (Addiko Bank), fiind evidențiate, comparativ, caracteristicile dreptului național sloven avute în vedere la pronunțarea acestei hotărâri și cele ale dreptului român.

Cuvinte-cheie: executare silită; încuviințare; consumator; clauze abuzive

Abstract: The article analyzes some of the characteristics of the procedure for approving the forced execution, regulated by art. 666 of the Code of Civil Procedure, by reference to the CJEU's practice regarding the forced execution of consumer debtors. Under national law, the procedure for approving enforcement is non-contentious; the judge only makes a formal verification of the conditions provided by law, on the basis of which he issues an order. The jurisprudence of the CJEU has outlined the solution of the court's obligation to order a verification, even ex officio, of the abusive nature of the clauses contained in the contract under which the enforcement procedure is initiated, as soon as it has the necessary factual and legal elements. In relation to this case law, the question arises whether current national legislation complies with the requirements of European consumer protection law and what are the possible remedies. In order to make this analysis, the judgment of the Court of Justice of the European Union of 26.06.2019 in case C-407/18 (Addiko Bank) was chosen as a benchmark, highlighting, comparatively, the characteristics of

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

Slovenian national law taken into account in this judgment and those of Romanian law.

Keywords: enforcement; approval; consumer; abusive clauses

1. Introducere

Procedura de executare silită reglementată de Codul de procedură civilă (C. pr. civ.) este structurată în mai multe faze sau etape, succesiunea actelor de procedură fiind menită să garanteze principiul legalității și respectarea drepturilor și intereselor părților (creditorul și debitorul), precum și a altor persoane interesate.

O importantă garanție a legalității în cadrul executării silite este reprezentată de procedura de încuviințare a executării silite, în cadrul căreia instanța de executare verifică o serie de condiții referitoare la competența organului de executare, caracterul executoriu al titlului, caracterul cert, lichid și exigibil al creanței, imunitatea de executare a debitorului, posibilitatea aducerii la îndeplinire a dispozițiilor cuprinse în titlul executoriu, alte cauze care împiedică efectuarea executării silite etc. Chiar dacă executarea silită este declanșată prin depunerea de către creditor a cererii de executare la executorul judecătoresc, actele de executare propriu-zise nu vor putea fi efectuate de către acesta decât după ce instanța încuviințează executarea². Procedura de încuviințare a executării silite este, așadar, concepută ca o procedură – tampon, prin intermediul căreia instanța de executare realizează un control al principalelor condiții prevăzute de lege pentru efectuarea actelor de executare³.

În reglementarea actuală, încuviințarea executării silite este concepută ca o procedură necontencioasă, intrând în sfera procedurilor prin intermediul cărora, fără a stabili un drept potrivit, instanța dă o autorizație judecătorească (art. 527 C. pr. civ.)⁴. Dată fiind această calificare, în cadrul procedurii de încuviințare a executării silite, instanța poate să facă doar verificări de natură formală, deoarece, pe de o parte, nu poate să pună în dezbaterea contradictorie a părților aspecte de fapt sau de drept care ar avea caracter contencios, pe de altă parte, nu poate administra probele necesare în acest scop. Prin urmare,

² Importanța acestei garanții în cadrul procedurii de executare rezultă și din Decizia nr. 895/2015 a Curții Constituționale (publicată în Monitorul Oficial nr. 84 din 04 februarie 2016), prin care s-a reținut: „Caracterul unitar al procesului civil impune respectarea garanțiilor ce caracterizează dreptul la un proces echitabil, sub aspectul independenței și imparțialității autorității, atât în faza judecătii, cât și a executării silite (...). Curtea, prin Decizia nr. 458 din 31 martie 2009, a stabilit că declanșarea celei de-a doua etape a procesului civil se poate realiza doar prin exercitarea controlului judecătoresc cu privire la aceasta. Este o exigență constituțională care trebuie respectată de legiuitor, indiferent de actul normativ care reglementează procedura executării silite (...).”

³ V. Mitea, *Încuviințarea executării silite*, în I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, Vol. III, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 281.

⁴ N.-H. Țiț, *Încuviințarea executării silite*, Editura Universul Juridic, București, 2018, p. 205.

verificările sunt făcute, preponderent, pe baza titlului executoriu și a celorlalte înscrisuri depuse de executorul judecătoresc odată cu cererea de încuviințare, legiuitorul stabilind un termen relativ scurt de soluționare a acesteia, potrivit art. 666 alin. (2) C. pr. civ.⁵. În cadrul aceste proceduri, instanța nu poate face un examen de fond al titlului executoriu, judecătorul verificând numai regularitatea exterioară a acestuia, nu și valabilitatea actului juridic constatat de respectivul titlu executoriu; prin urmare, în cadrul procedurii de încuviințare a executării nu pot fi valorificate cauze de nulitate a actului juridic, însă pot fi invocate și analizate motive referitoare la nevalabilitatea înscrisului care, potrivit legii, constituie titlu executoriu⁶.

Această reglementare a procedurii de încuviințare a executării silite ridică problema compatibilității acesteia cu exigențele dreptului european, în ipoteza în care executarea silită este declanșată de un profesionist contra unui consumator în temeiul unui titlu executoriu non-jurisdicțional. Bogata jurisprudență în materie a Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) a scos în evidență incidența a trei principii fundamentale aplicabile în materie, respectiv: principiul autonomiei procedurale a statelor membre, potrivit căruia modalitățile prin care se realizează aplicarea protecției conferite consumatorilor în cadrul procedurilor de executare silită sunt reglemente de ordinea juridică internă a fiecărui stat⁷;

⁵ Textul de lege prevede că cererea de încuviințare a executării silite se soluționează în termen de maximum 7 zile de la înregistrarea acesteia la instanță, prin încheiere dată în camera de consiliu, fără citarea părților. Pronunțarea se poate amâna cu cel mult 48 de ore, iar motivarea încheierii se face în cel mult 7 zile de la pronunțare. Chiar dacă aceste termene au caracter de recomandare, depășirea lor neatrăgând sancțiuni cu privire la validitatea actelor de procedură, totuși, menționarea lor în cuprinsul textului de lege scoate în evidență preocuparea legiuitorului pentru configurarea unei proceduri care să se desfășoare cu maximă celeritate, ceea ce exclude posibilitatea administrării unor probe ce ar fi de natură să prelungească durata de soluționare a unei astfel de cereri (spre exemplu, proba cu expertiză).

⁶ G. Boroș, M. Stancu, *Drept procesual civil, Ediția a 5-a, revizuită și adăugită*, Editura Hamangiu, București, 2020, pp. 1198-1999.

⁷ Par. 46 din Hotărârea din 14 iunie 2012 în Cauza C-618/10 (Banco Español de Crédito), disponibilă la adresa <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=123843&pageIndex=0&doclang=ro&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=16389388> (accesată la data de 29.11.2020);

Par. 50 din Hotărârea din 14 martie 2013 în Cauza C-415/11 (Aziz), disponibilă la adresa <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=135024&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15539558> (accesată la data de 29.11.2020);

Par. 31 din Hotărârea din 17 iulie 2014 în cauza C-169/14 (Sánchez Morcillo și Abril García), disponibilă la adresa <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=155118&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15537235> (accesată la data de 29.11.2020);

Par. 49 din Hotărârea din 01.10.2015 în cauza C-32/14 (Erste Bank Hungary), disponibilă la adresa <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=>

principiul echivalenței, potrivit cu care aceste modalități trebuie să nu fie mai puțin favorabile celor aplicabile unor situații similare din dreptul intern; principiul efectivității, potrivit cu care reglementările din dreptul intern nu trebuie să facă imposibilă în practică sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite consumatorilor de dreptul Uniunii. Dacă în ceea ce privește principiul echivalenței, practica CJUE nu a semnalat, de regulă, încălcări, în legătură cu principiul efectivității, jurisprudența constantă a instanței din Luxembourg a relevat un veritabil set de reguli pe baza cărora dispozițiile din legislația națională trebuie analizate pentru a se stabili dacă și în ce măsură consumatorul poate valorifica în cadrul executării silită garanțiile pe care dreptul Uniunii i le pune la dispoziție. Sub acest aspect, s-a reținut că analiza cu privire la principiul efectivității (dacă și în ce măsură o dispoziție națională face imposibilă sau excesiv de dificilă aplicarea dreptului Uniunii) trebuie făcută prin raportare la locul pe care dispozițiile legale respective îl ocupă în cadrul procedurii în ansamblul său, de modul în care se derulează acea procedură, precum și de particularitățile acestora în fața diverselor instanțe naționale, ținând cont de principiile sistemului jurisdicțional național (cum ar fi principiul contradictorialității, dreptului la apărare, securității juridice și bunei desfășurări a procedurii)⁸.

CJUE a stabilit printr-o jurisprudență constantă că instanțele naționale au obligația de a analiza din oficiu caracterul abuziv al clauzelor cuprinse în contracte încheiate între consumatori și profesioniști și, prin aceasta, să suplinească dezechilibrul existent între aceștia, de îndată ce dispune de elementele de fapt și de drept necesare în acest scop⁹. Invocarea din oficiu a caracterului abuziv al clauzelor cuprinse într-un contract încheiat între un profesionist și un consumator este însă legată de respectarea principiului contradictorialității¹⁰.

=&docid=168942&pageIndex=0&doclang=

RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=15546372 (accesată la data de 29.11.2020); Par. 40 din Hotărârea din 18 februarie 2016 în cauza C-49/14 (Finanmadrid EFC), disponibilă la adresa <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=FEAA06B76FE95A5B3BC5F2D8B5FFE687?text=&docid=174441&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=15533178> (accesată la data de 29.11.2020).

⁸ A se vedea Par. 52 din Hotărârea din 14 martie 2013 în Cauza C-415/11 (Aziz); Par. 43-44 din Hotărârea din 18 februarie 2016 în cauza C-49/14 (Finanmadrid EFC); Par. 51 din Hotărârea din 01.10.2015 în cauza C-32/14 (Erste Bank Hungary).

⁹ A se vedea Par. 42-43 din Hotărârea din 14 iunie 2012 în Cauza C-618/10 (Banco Español de Crédito); Par. 46 din Hotărârea din 14 martie 2013 în Cauza C-415/11 (Aziz); Par. 41 din Hotărârea din 01.10.2015 în cauza C-32/14 (Erste Bank Hungary).

¹⁰ Prin Hotărârea Curtii din 21 februarie 2013 în Cauza C-472/11 (Banif Plus Bank) s-a stabilit că: „Articolul 6 alineatul (1) și articolul 7 alineatul (1) din Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii trebuie interpretate în sensul că instanța națională care a constatat din oficiu caracterul abuziv al unei clauze contractuale nu are obligația, pentru a putea

Se ridică așadar problema dacă, în lumina principiului efectivității, dreptul Uniunii și, în special, Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive încheiate cu consumatorii se opune unei legislații naționale precum cea română, care nu permite instanței investite cu o cerere de încuviințare a executării să invoce din oficiu caracterul abuziv al clauzelor cuprinse în contractul care constituie titlu executoriu, încheiat între debitorul consumator și un profesionist, dată fiind natura necontencioasă a procedurii de încuviințare a executării silită, în condițiile în care consumatorul poate introduce o acțiune de drept comun în care să fie analizat pe fond caracterul abuziv al clauzelor cuprinse în respectivul contract, acțiune până la soluționarea căreia poate obține, pentru motive întemeiate și condiționat de plata unei cauțiuni, suspendarea executării contractului.

Pentru a face un examen cât mai apropiat de cel structurat pe baza elementelor sus-menționate, am ales drept etalon Hotărârea din 26.06.2019 din cauza C-407/18 (Addiko Bank)¹¹, prin care CJUE a stabilit că „Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii trebuie interpretată, în lumina principiului efectivității, în sensul că se opune unei reglementări naționale precum cea în discuție în litigiul principal, în temeiul căreia instanța națională sesizată cu o cerere de executare silită a unui contract de credit ipotecar, încheiat între un profesionist și un consumator sub forma unui act notarial direct executoriu, nu dispune, fie la cererea consumatorului, fie din oficiu, de posibilitatea de a examina dacă clauzele cuprinse într-un astfel de act nu au un caracter abuziv în sensul acestei directive, și, pe acest temei, de a suspenda executarea silită solicitată.”¹²

Pentru a pronunța această soluție, CJUE a făcut o analiză a caracteristicilor procedurii interne din dreptul sloven, prezentate în par. 50 al Hotărârii, pe baza descrierii făcute de instanța de trimitere. În cele ce urmează

stabili consecințele acestei constatări, să aștepte ca consumatorul, informat cu privire la drepturile sale, să prezinte o declarație prin care să solicite anularea clauzei menționate. Cu toate acestea, principiul contradictorialității impune, în regulă generală, instanței naționale care a constatat din oficiu caracterul abuziv al unei clauze contractuale să informeze părțile în litigiu cu privire la acest aspect și să le dea posibilitatea să îl discute în contradictoriu, potrivit modalităților prevăzute în această privință de normele naționale de procedură.”

¹¹ Disponibilă la adresa <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=215509&pageIndex=0&doclang=ro&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15547087> (accesată la data de 29.11.2020).

¹² Hotărârea din 26.06.2019 din cauza C-407/18 (Addiko Bank) a fost avută în vedere de doctrină pentru a analiza compatibilitatea dreptului român cu dreptul Uniunii, având în vedere, pe de o parte, faptul că este relativ recentă, pe de altă parte pentru că, așa cum va rezulta din analiza făcută, caracteristicile dreptului sloven avute în vedere de CJUE sunt ușor de comparat cu cele din dreptul românesc, din această comparație putând rezulta o concluzie validă asupra problematicii abordate. A de vedea R.-M. Necula, *Executarea silită a contractelor de credit încheiate cu consumatorii*, Editura Universul Juridic, București, 2020, pp. 92-97.

vom analiza în ce măsură cele cinci caracteristici definitorii avute în vedere de instanța din Luxembourg sunt similare celor din dreptul român, pentru a conchide asupra respectării principiului efectivității în reglementarea actuală a procedurii de încuviințare a executării silite.

2. Imposibilitatea verificării caracterului abuziv al clauzelor cuprinse într-un contract ce constituie titlu executoriu în cadrul procedurii de încuviințare a executării silite

Prima caracteristică a dreptului sloven la care s-a raportat CJUE în Hotărârea din 26.06.2019 este aceea că „instanța însărcinată cu executarea silită a unui contract de credit ipotecar, încheiat sub forma unui act notarial direct executoriu, nu poate refuza respectiva executare silită din cauza prezenței, în contractul în discuție, a unei clauze abuzive, întrucât această instanță trebuie să se conformeze în mod necondiționat unui titlu executoriu, fără a putea aprecia legalitatea conținutului acestuia”.

Această caracteristică se regăsește, în totalitate, și în dreptul român. Așa cum am arătat și mai sus, procedura încuviințării executării silite este o procedură necontencioasă care se desfășoară fără citarea părților, în cadrul acesteia neputând fi analizate, nici din oficiu, nici la cererea părților, aspecte de fond, cum ar fi cele referitoare la analiza caracterului abuziv al unor clauze cuprinse în contractul încheiat între consumator și profesionist, în baza căruia acesta din urmă a formulat cererea de executare silită. Analiza făcută de instanța de executare se limitează la cerințele de formă prevăzute de lege în vederea desfășurării executării silite¹³; chiar dacă, privitor la titlurile executorii non-jurisdicționale, art. 666 alin. (5) pct. 3 C. pr. civ. menționează că cererea de încuviințare a executării va fi respinsă în cazul în care acestea nu întrunesc „toate condițiile de formă cerute de lege sau alte cerințe în cazurile anume prevăzute de lege”, aceste cerințe se referă la natura obligațiilor pentru care legea prevede că acel înscris constituie titlu executoriu, nu la elemente care să vizează validitatea clauzelor actului juridic¹⁴.

Jurisprudența națională a fost constantă în a aprecia că în cadrul procedurii de încuviințare a executării silite nu poate fi invocat, nici din oficiu, nici la cererea părților, caracterul abuziv al clauzelor cuprinse în titlul executoriu, reținându-se, în esență, că o astfel de verificare este incompatibilă cu caracterul necontencios al procedurii de încuviințare și cu regulile de desfășurare a

¹³ În acest sens, s-a reținut în considerentele Deciziei nr. 7/2017 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea chestiunilor de drept (publicată în Monitorul Oficial nr. 220 din 30 martie 2017) că „verificările pe care instanța de executare este obligată să le efectueze (în cadrul procedurii de încuviințare a executării silite, n.n.) se circumscriu exclusiv condițiilor de formă ale titlului executoriu, fiind exclusă verificarea pe fond a titlului respectiv” (par. 35).

¹⁴ A se vedea N.-H. Țiț, *Încuviințarea executării silite ...*, pp. 371-372.

acesteia¹⁵. De asemenea, s-a reținut că legea prevede limitativ motivele pentru care poate fi respinsă cererea de încuviințare a executării, eventualul caracter abuziv al clauzelor cuprinse în contractul care reprezintă titlu executoriu neregăsindu-se printre aceste motive¹⁶. Unele instanțe au făcut o analiză a dispozițiilor art. 666 C. pr. civ. din perspectiva jurisprudenței CJUE și a principiului efectivității, apreciind că imposibilitatea invocării în cadrul procedurii de încuviințare a caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în contractul ce constituie titlu executoriu nu este de natură să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii, atât timp cât chestiunea poate fi invocată într-un stadiu ulterior al procedurii¹⁷.

De asemenea, în doctrină, s-a apreciat, inclusiv prin raportare la jurisprudența CJUE, că în cadrul procedurii de încuviințare a executării silite nu poate fi făcută analiza caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în contractul încheiat între consumatorul debitor și profesionistul creditor, dat fiind caracterul necontencios al procedurii și faptul că motivele referitoare la eventualul caracter abuziv al clauzelor cuprinse în contract mu poate fi încadrat în niciuna din situațiile prevăzute de art. 666 alin. (5) C. pr. civ.¹⁸

Prin urmare, față de modul în care este reglementată la momentul de față procedura de încuviințare a executării silite, invocarea și analizarea în cadrul acesteia a caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în titlul executoriu nu este posibilă.

¹⁵ Tribunalul Brașov, Secția I Civilă, Decizia civilă nr. 288A/10.07.2013, disponibilă la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/58941324e490095c3100099a> (accesată la data de 29.11.2020);

Tribunalul Prahova, Secția I Civilă, Decizia civilă nr. 566/24.04.2018, disponibilă la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/5af79f9ce490094c21000063> (accesată la data de 29.11.2020);

Tribunalul Prahova, Secția I Civilă, Decizia civilă nr. 760/30.05.2018, disponibilă la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/5b2080dee490093019000054> (accesată la data de 29.11.2020);

Tribunalul Prahova, Secția I Civilă, Decizia civilă nr. 1709/11.12.2019, disponibilă la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/5dfc3701e490096c08000050> (accesată la data de 29.11.2020);

Tribunalul Prahova, Secția I Civilă, Decizia civilă nr. 1737/15.11.2017, disponibilă la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/5a14eabde49009200c000029> (accesată la data de 29.11.2020).

¹⁶ Tribunalul Prahova, Secția I Civilă, Decizia civilă nr. 661/06.05.2016, disponibilă la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/58846387e49009700b000ed4> (accesată la data de 29.11.2020).

¹⁷ Tribunalul Galați, Secția I Civilă, Decizia civilă nr. 38/20.01.2017, disponibilă la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/589b70a4e49009742c000408> (accesată la data de 29.11.2020).

¹⁸ A se vedea R.-M. Necula, *Executarea silită*..., pp. 92-93.

3. Suspendarea executării silite nu poate fi obținută decât dacă debitorul consumator declanșează o procedură jurisdicțională în cadrul căreia se apreciază caracterul abuziv al clauzelor cuprinse în contract

Cea de-a doua caracteristică definitorie la care s-a raportat CJUE în cauza Addiko Bank se referă la caracterul incidental al cererii de suspendare a executării silite, aceasta putând fi formulată numai în ipoteza în care consumatorul declanșează o procedură de fond în vederea verificării caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în contractul care constituie titlu executoriu. În acest sens, în paragraful 50, liniuța a doua, din Hotărârea din 26.06.2019, CJUE a reținut că, potrivit dreptului sloven, astfel cum acesta a fost descris de instanța de trimitere, „în principiu, suspendarea executării silite nu este posibilă, chiar cu titlu provizoriu, cu excepția ipotezei introducerii unei proceduri de fond, inițiate de debitor, în calitate de consumator, prin care se solicită constatarea nulității unei clauze contractuale abuzive”.

Și această a doua caracteristică se regăsește în dreptul românesc. Potrivit art. 719 alin. (1) C. pr. civ., suspendarea executării silite poate fi obținută, la cererea persoanei interesate, până la soluționarea contestației la executare sau a altei cereri privind executarea silită, iar potrivit alin. (7) al aceluiași articol, se poate dispune și o suspendare provizorie a executării silite, până la soluționarea cererii de suspendare, dacă se dovedește că există urgență¹⁹. Până la modificarea art. 713 alin. (2) C. pr. civ. prin Legea nr. 310/2018, invocarea caracterului abuziv al clauzelor cuprinse într-un contract care constituie titlu executoriu putea fi făcută inclusiv pe calea contestației la executare; în redactarea sa inițială, textul de lege prevedea că, în cazul în care titlul executoriu este unul non-jurisdicțional, partea interesată poate invoca în cadrul contestației la executare motive de fapt sau de drept privitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu, în măsura în care legea nu deschidea în acest scop o cale procesuală specifică²⁰. După modificarea textului de lege prin Legea nr. 310/2018, invocarea clauzelor abuzive în cadrul contestației la executare nu mai este posibilă, având în vedere că dispozițiile modificate prevăd că eventuale motive de fond pot fi invocate pe calea contestației numai în măsura în care nu există o altă cale procesuală deschisă în

¹⁹ Cu privire la caracterul incidental al cererii de suspendare, a se vedea C. Lungănașu, *Admisibilitatea cererii de suspendare a executării silite*, în *Revista Română de Executare Silită*, nr. 2/2018, pp. 35-39.

²⁰ A se vedea B. A. Arghir, *Contestația la executare: mijloc de restabilire a echilibrului juridic între consumatori și instituțiile de credit*, în *Revista Română de Executare Silită*, nr. 1/2016, pp. 11-26; N-H. Țiț, *Posibilitatea invocării pe calea contestației la executare a caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în contractul încheiat între creditor și debitor și care, potrivit legii, constituie titlu executoriu*, în E. Oprina, V. Bozeșan, *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, Vol. 1, Editura Universul Juridic, București, 2016, pp. 413-424.

acest scop, inclusiv o acțiune de fond; or, cu privire la constatarea caracterului abuziv al clauzelor cuprinse într-un contract, există o astfel de acțiune²¹.

²¹ Cu privire la comptabilitatea soluției legislative prevăzută de art. 713 alin. (2) C. pr. civ. după modificarea acestuia prin Legea nr. 310/2018 și, în special, după pronunțarea Ordonanței Curții din 06 noiembrie 2019 în cauza C-75/19, cu garanțiile principiului efectivității a se vedea R.-M. Necula, *Compatibilitatea modificărilor aduse Codului de procedură civilă, prin Legea nr. 310/2018, în ceea ce privește contestația la executare, cu jurisprudența CJUE în materia clauzelor abuzive cuprinse în contractele de credit*, în Revista Română de Executare Silită, nr. 3/2019, pp. 51-60; R.-M. Necula, *Ordonanța pronunțată de CJUE, în cauza C-75/19, cu privire la posibilitatea invocării clauzelor abuzive în cadrul contestației la executare. Reviriment jurisprudențial?*, în Revista Română de Executare Silită, nr. 4/2019, pp. 39-47; V. Penteleev, *Poate un consumator să invoce oricând caracterul abuziv al unei clauze contractuale, în cadrul contestației la executare, în urma pronunțării de Curtea de Justiție a Uniunii Europene a ordonanței în cauza MF împotriva BNP Paribas Personal Finance SA Paris sucursala București și Secapital SARL?*, în Dreptul, nr. 4/2020, pp. 168-184.

În special după pronunțarea Ordonanței Curții din 06 noiembrie 2019 în cauza C-75/19, s-a apreciat că inadmisibilitatea invocării pe calea contestației la executare a caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în contractul care constituie titlu executoriu contravine principiului efectivității și că, prin urmare, instanțele naționale ar trebui să dea prioritate dreptului Uniunii și să considere admisibile motive care vizează caracterul abuziv; mai mult, că termenul de 15 zile prevăzut de art. 715 alin. (1) pct. 3 C. pr. civ. este insuficient pentru a garanta o protecție efectivă a drepturilor debitorului. A se vedea G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, pp. 1269-1270.

De asemenea, ulterior modificării art. 713 alin. (2) C. pr. civ. prin Legea nr. 310/2018 a fost formulată o nouă trimitere preliminară, înregistrată la Curte sub nr. C-725/19, întrebarea adresată Curții fiind următoarea: „Directiva 93/13/CEE trebuie să fie interpretată, luând în considerare principiul efectivității, în sensul că se opune unei legislații naționale, precum reglementarea română în vigoare privind condițiile de admisibilitate a contestației la executare — articolul 713 alineatul (2) din Codul de procedură civilă, astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 310/2018 —, care nu conferă, în cadrul unei contestații la executare, posibilitatea de a examina, la cererea consumatorului sau de către instanță, din oficiu, dacă clauzele dintr-un contract de leasing ce constituie titlu executoriu au caracter abuziv, pentru motivul că există o acțiune de drept comun în cadrul căreia contractele încheiate între un „consumator” și un „vânzător sau furnizor” („profesionist”) ar putea fi verificate sub aspectul existenței unor clauze abuzive în sensul acestei directive?”

În ceea ce ne privește, așa cum vom arăta și în concluziile acestui articol, problematica invocării caracterului abuziv al clauzelor pe calea contestației la executare sau a acțiunii de fond este mai puțin importantă în aprecierea respectării principiului efectivității, atât timp cât suspendarea executării silite poate fi obținută în aceleași condiții în cadrul acțiunii de fond, ca și în cadrul contestației la executare. Pentru a se analiza respectarea principiului efectivității trebuie analizată modalitatea în care, în concret, față de dispozițiile dreptului național și practica instanțelor, poate fi obținută suspendarea executării silite. Din păcate, nici trimiterea din dosarul C-75/19 și nici cea ce face obiect al dosarului C-725/19 nu explică în mod clar și neechivoc faptul că suspendarea executării silite poate fi cerută în cadrul acțiunii de fond în aceleași

Chiar dacă modificarea intervenită prin Legea nr. 310/2018 restrânge posibilitatea debitorului de a invoca pe calea contestației la executare caracterul abuziv al clauzelor cuprinse în contractul care constituie titlu executoriu, acesta putând să formuleze o astfel de pretenție numai în cadrul unei acțiuni de drept comun, posibilitatea de a obține suspendarea executării silită nu este afectată, deoarece, potrivit art. 638 alin. (2) C. pr. civ., această măsură poate fi dispusă de instanța investită cu soluționarea acțiunii de fond, în aceleași condiții procedurale ca și instanța care ar fi investită cu o contestație la executare, respectiv în condițiile prevăzute de art. 719 C. pr. civ. Faptul că debitorul nu poate solicita constatarea caracterului abuziv al clauzelor decât pe calea unei acțiuni de fond nu afectează, prin urmare, cu nimic, posibilitatea de a obține suspendarea executării silită, solicitarea unei astfel de măsuri în cadrul contestației la executare nefiind cu nimic diferită sub aspectul condițiilor în care ar putea fi obținută²². Din contră, este posibil ca, analizând regimul juridic al formulării unei acțiuni de drept comun având ca finalitate declararea caracterului abuziv al clauzelor cuprinse într-un contract să se ajungă la concluzia că acesta este favorabil debitorului [absența unui termen de exercitare a acesteia, scutirea de la plata taxei judiciare de timbru, competența teritorială alternativă prevăzută de art. 113 alin. (1) pct. 8 C. pr. civ.²³].

4. Condițiile pe care trebuie să le analizeze instanța pentru a admite cererea de suspendare a executării

Cea de-a treia caracteristică analizată de CJUE în legătură cu dreptul sloven, raportat la care a pronunțat soluția în cauza C-407/18, se referă la condițiile pe care trebuie să le analizeze instanța investită cu cererea de suspendare. Mai exact, s-a avut în vedere că „această suspendare a executării silită, până la adoptarea unei decizii definitive cu privire la fond, nu este autorizată decât cu titlu excepțional și este supusă unor reguli stricte referitoare la demonstrarea unui prejudiciu ireparabil sau greu reparabil, în sensul articolului 71 primul paragraf din Legea privind procedurile de executare și măsurile asigurătorii, care exclude prejudiciul legat de executarea silită însăși, ceea ce, în practică, face această suspendare aproape imposibilă”. Cu alte cuvinte, instanța europeană a avut în vedere standardul pe care judecătorul național trebuie să aplice, raportat la legislația națională și la practica obișnuită a instanțelor, în a

condiții ca cea pe care debitorul ar putea-o solicita în cadrul contestației la executare, având în vedere că art. 638 alin. (2) C. pr. civ. face trimitere la art. 719 C. pr. civ.

²² În sens contrar, respectiv în sensul că formularea cererii de suspendare a executării în cadrul acțiunii de drept comun, în temeiul art. 638 alin. (2) C. pr. civ., ar reprezenta un dezavantaj evident pentru debitor, a se vedea G. Boroș, M. Stancu, *op. cit.*, p. 1270, nota de subsol nr. 3.

²³ A se vedea V. Penteleev, *Poate un consumator să invoce oricând caracterul abuziv al unei clauze contractuale, în cadrul contestației la executare, în urma pronunțării de Curtea de Justiție a Uniunii Europene a ordonanței în cauza MF împotriva BNP Paribas Personal Finance SA Paris sucursala București și Secapital SARL?*, loc. cit., p. 183.

aprecia motivele pentru care dispune suspendarea executării silite. CJUE a apreciat, pe baza descrierii făcute de instanța de trimitere că, în ceea ce privește dreptul sloven, acest standard este unul foarte ridicat, condițiile în care se poate dispune suspendarea de către instanța de executare fiind extrem de restrictive pentru debitorul consumator care, în acest fel, se găsește în situația de a nu putea obține suspendarea executării silite până la soluționarea acțiunii în cadrul căreia se va verifica, pe fond, dacă titlul executoriu non-jurisdicțional cuprinde clauze abuzive²⁴.

Apreciem că această caracteristică nu se regăsește în dreptul românesc. În ceea ce privește suspendarea propriu-zisă a executării, potrivit art. 719 alin. (1) C. pr. civ., instanța trebuie să aibă în vedere existența unor motive temeinice, fără ca legiuitorul să impună un anumit standard de apreciere cu privire la temeinicia acestor motive și fără ca judecătorul să fie ținut de anumite situații, prestabilite de legiuitor, în aprecierea acestora. În doctrină s-a apreciat că în analiza cererii de suspendare, fără a prejudeca fondul, instanța trebuie să examineze, pe de o parte, dacă prin executare, interesele debitorului nu sunt vătămăte iremediabil, iar, pe de altă parte, dacă, prin oprirea executării, interesele legitime ale creditorului nu ar fi vătămăte iremediabil; cu alte cuvinte, instanța trebuie să aprecieze asupra vătămării care s-ar produce părților prin continuarea, respectiv suspendarea executării²⁵. În cadrul acestei aprecieri, instanța va avea în vedere și posibilitatea de a se realiza întoarcerea executării, în cazul în care contestația la executare sau acțiunea de fond ar fi admisă, față de situația concretă a creditorului, precum și existența unor garanții privind dezdăunarea creditorului, în cazul în care ar fi admisă cererea de suspendare²⁶. În practica judiciară, cereri de suspendare a executării silite au fost admise frecvent în situații în care, spre exemplu, sediul creditorul se afla într-o altă țară iar întoarcerea executării ar fi presupus realizarea unei executări transfrontaliere, ale cărei costuri ar depăși însăși suma executată silit²⁷, situația patrimonială a debitorului era una precară, iar o eventuală întoarcere a executării s-ar fi dovedit o procedură prea oneroasă pentru

²⁴ Este de reținut că, potrivit 51 din Hotărârea din 26.06.2019, guvernul sloven a contestat interpretarea dreptului național astfel cum a fost făcută de instanța de trimitere și a arătat că, având în vedere jurisprudența recentă a Curții Constituționale, instanțele naționale investite cu cereri de suspendare a executării „(...) trebuie atât să interpreteze criteriul prejudiciului ireparabil sau greu reparabil (...), cât și să evalueze comparativ situația debitorului și cea a creditorului, ținând seama de asemenea de prejudiciul care ar rezulta din efectuarea executării silite.” Cu toate acestea, în lumina jurisprudenței sale constante, Curtea a reținut că numai instanța de trimitere are competența de a interpreta legislația națională, Curții revenindu-i sarcina de a interpreta dispozițiile dreptului Uniunii.

²⁵ G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, p. 1222.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Cu titlu de exemplu, a se vedea Judecătoria Târgu Mureș, Secția Civilă, încheierea nr. 2178/10.07.2020, disponibilă la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/5f0a6bd3e49009e80e000041> (accesată la data de 29.11.2020).

acesta²⁸, faptul că se execută un imobil care constituie locuința familială a debitorului²⁹.

Cu toate acestea, trebuie reținut că nu există nicio dispoziție legală care să permită judecătorului să dispună suspendarea executării în urma analizei *prima facie* a caracterului abuziv al clauzelor cuprinse într-un contract încheiat între un consumator și un profesionist. Astfel, legea prevede, la art. 719 alin. (4) C. pr. civ., o serie de situații în care suspendarea executării are loc în mod obligatoriu și fără a fi necesară plata unei cauțiuni, însă niciuna dintre acestea nu se referă la situații în care debitorul consumator este executat în baza unui contract încheiat cu un profesionist care ar cuprinde clauze abuzive.

Prin urmare, chiar dacă se apreciază că măsura suspendării executării silite este una excepțională, judecătorul are, în dreptul român, o largă libertate ca, evaluând consecințele continuării executării asupra debitorului, respectiv a suspendării executării asupra creditorului, făcând o analiză legată și de situația concretă a acestora, să dispună suspendarea executării silite până la soluționarea contestației la executare ori a acțiunii de fond în cadrul cărora a fost invocat caracterul abuziv al clauzelor cuprinse în contractul care constituie titlu executoriu.

În ceea ce privește suspendarea provizorie a executării, potrivit art. 719 alin. (7) C. pr. civ., instanța trebuie să analizeze strict condiția urgenței, simplul fapt că împotriva debitorului a fost declanșată o procedură execuțională nefiind o condiție suficientă în acest sens; ca și în ipoteza prevăzută de alin. (1) al articolului, rămâne la latitudinea judecătorului să aprecieze cu privire la incidența în concret, în cauză, a unei situații care să justifice măsura suspendării provizorii până la soluționarea cererii de suspendare a executării silite³⁰.

Este de reținut și faptul că, în cazul introducerii unei acțiuni de fond având ca obiect constatarea caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în contractul încheiat cu un profesionist, consumatorul poate solicita suspendarea executării, în temeiul art. 638 alin. (2) C. pr. civ. chiar dacă nu a fost încă declanșată procedura de executare silită. În acest caz, măsura suspendării vizează chiar executorialitatea

²⁸ Cu titlu de exemplu, a se vedea Tribunalul Sibiu, Secția a II-a Civilă, de contencios administrativ și fiscal, Încheierea nr. 430/25.06.2020, disponibilă la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/5f1e2f01e49009d004000029> (accesată la data de 29.11.2020).

²⁹ Cu titlu de exemplu, a se vedea Tribunalul Specializat Cluj, Decizia civilă nr. 519/24.04.2020, disponibilă la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/5eab7f1ee490094c1a00002d> (accesată la data de 29.11.2020); Judecătoria Arad, Secția Civilă, Încheierea nr. 2900/25.08.2020, disponibilă la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/5f4c534fe49009a01500002a> (accesată la data de 29.11.2020); Tribunalul București, Secția a V-a Civilă, Decizia civilă nr. 206A/25.02.2020, disponibilă la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/5ee2ddd2e49009641c00004f> (accesată la data de 29.11.2020).

³⁰ G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, p. 1226, nota de subsol nr. 1.

titlului și este justificată de interesul debitorului de a preveni o executare care ar putea fi declanșată în viitor împotriva sa³¹.

Prin urmare, raportat la posibilitatea debitorului de a obține suspendarea executării silită fie până la soluționarea contestației la executare (în ipoteza în care invocarea caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în contractul care constituie titlul executoriu ar fi admisibilă în cadrul contestației), fie până la soluționarea acțiunii de fond având ca obiect constatarea caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în contractul încheiat între consumatorul debitor și un profesionist, contract care, potrivit legii, constituie titlu executoriu, am putea considera că reglementarea din dreptul român cuprinde suficiente garanții pentru o protecție efectivă a debitorului consumator³². Trebuie avute în vedere, însă, și condițiile în care debitorul poate obține suspendarea, punându-se problema cât de restrictive sunt aceste condiții pentru un consumator aflat în faza de executare silită.

5. Obligația de plată a cauțiunii în vederea suspendării executării

Cea de-a patra caracteristică a dreptului sloven la care s-a raportat CJUE în Decizia din 26.06.2019 în cauza C-407/18 se referă la constituirea, la cererea creditorului, a unei garanții de către debitor, în cazul în care acesta solicită suspendarea executării silită.

Condiția se regăsește și în dreptul român, fiind chiar mai restrictivă, deoarece, potrivit art. 719 alin. (2) și (3) C. pr. civ., achitarea cauțiunii constituie o veritabilă condiție de admisibilitate a cererii de suspendare a executării silită³³. Este de reținut, sub acest aspect, că debitorul nu poate recurge la formularea unei

³¹ A se vedea N.-H. Țiț, *Considerații privind suspendarea executării silită până la soluționarea acțiunii de fond având ca obiect desființarea titlului executoriu*, în volumul „Conferința Internațională «Procesul civil și executarea silită. Trecut, prezent, viitor» 30 august – 1 septembrie 2018, Tîrgu Mureș, Romania”, Editura Universul Juridic, București, 2018, pp. 117-118.

³² În acest sens, în par. 59 din Hotărârea din 14 martie 2013 în Cauza C-415/11 (Aziz), Curtea a reținut că „(...)n asemenea regim procedural, întrucât instituie imposibilitatea instanței de fond, în fața căreia consumatorul a introdus o cerere în care invocă caracterul abuziv al unei clauze contractuale care constituie temeiul titlului executoriu, de a adopta măsuri provizorii care să poată să suspende sau să împiedice procedura de executare ipotecară, atunci când adoptarea unor asemenea măsuri se dovedește necesară pentru garantarea deplinei eficacități a deciziei sale finale, este de natură să aducă atingere efectivității protecției urmărite de directivă.” *Per a contrario*, un regim procedural care dă posibilitatea instanței care analizează caracterul abuziv al clauzelor să dispună suspendarea executării ar trebui considerat ca neaducând atingere efectivității protecției oferită de dreptul Uniunii. A se vedea, în acest sens, R.-M. Nacula, *Executarea silită...*, pp. 130-134.

³³ G. Boroș, M. Stancu, *op. cit.*, p. 1225; C. Lungănașu, *op. cit.*, pp. 39-45. Pentru o analiză a condiției de admisibilitate a cauțiunii prin raportare la art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, a se vedea C. Drăgușin, *Obligația de plată a cauțiunii și dreptul de acces la justiție*, în Revista Română de Executare Silită, nr. 2/2014, pp. 22-39.

cereri de ajutor public judiciar pentru a obține scutirea, reducerea sau eșalonarea plății cauțiunii, O.U.G. nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar³⁴ necuprinzând dispoziții în acest sens³⁵. De asemenea, așa cum am arătat și mai sus, situația în care se solicită suspendarea executării silite pe motiv că executarea a fost declanșată de debitor în temeiul unui contract care conține clauze abuzive nu se regăsește între cazurile de suspendare obligatorie a executării în care nu este necesară achitarea unei cauțiuni, prevăzute de art. 719 alin. (4) C. pr. civ.

Condiția plății unei cauțiuni pare a fi una la care CJUE s-a raportat în mod special în cadrul raționamentului pe care l-a făcut în motivarea Deciziei din 26.06.2019. Astfel, în paragraful 60 al acesteia, Curtea reține că „(...) este probabil ca un debitor care nu își execută obligația de plată să nu dispună de resursele financiare necesare pentru a constitui garanția cerută”. În aceste condiții, obligația achitării de către debitorul care formulează o cerere de suspendare a

³⁴ Publicată în Monitorul Oficial nr. 327 din 25 aprilie 2008.

³⁵ A se vedea, în acest sens, Minuta întâlnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor civile ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel Pitești, 14-15 noiembrie 2019, disponibilă la adresa <http://inm-lex.ro/wp-content/uploads/2019/11/minuta-intalnire-civil-Pitesti-14-15-noiembrie-2019.pdf>, pp. 7-8; Minuta întâlnirii reprezentanților Consiliului Superior al Magistraturii cu președinții secțiilor civile ale curților de apel și Înaltei Curți de Casație și Justiție, Curtea de Apel Iași, 7-8 mai 2015, disponibilă la adresa <http://inm-lex.ro/wp-content/uploads/2020/04/Intalnirea-presedintilor-sectiilor-civile-Iasi-7-8-mai-2015-1.pdf>, pp. 35-37. A se vedea, de asemenea, R. Stanciu, *Ajutorul public judiciar cu privire la cauțiunea datorată pentru suspendarea executării silite*, în *Revista Română de Executare Silită*, nr. 3/2013, pp. 76-83; V. Penteleev, *Au instanțele prerogativa de a acorda ajutor public judiciar în privința cauțiunii prevăzute de art. 719 alin. (7) din Codul de procedură civilă, după pronunțarea de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului a deciziei din cauza S.C. Eco Invest S.R.L. și Ilie Bolmadar contra României?*, în *Deptul*, nr. 5/2020, pp. 56-74.

În doctrină (R.-M. Necula, *Executarea silită...*, pp. 135-136) a fost analizată și posibilitatea ca judecătorul național, făcând aplicarea directă a dreptului Uniunii, „să permită formularea unei cereri de scutire, reducere, eșalonare sau amânare la plata cauțiunii și să procedeze la soluționarea acesteia aplicând eventual, prin analogie, criteriile prevăzute de O.U.G. nr. 51/2008 pentru acordarea ajutorului public judiciar”. Fără a nega această posibilitate, apreciem că ea nu trebuie avută în vedere în verificarea compatibilității dreptului național cu dreptul Uniunii, deoarece analiza privind principiul efectivității trebuie să pornească, așa cum am arătat și mai sus, de la locul pe care dispoziția analizată „(...) îl ocupă în cadrul procedurii în ansamblul său, de modul în care se derulează și de particularitățile acesteia în fața diverselor instanțe naționale” [par. 48 din Hotărârea din 26.06.2019 din cauza C-407/18 (Addiko Bank) și jurisprudența citată acolo]. Or, așa cum reține și autorul citat, practica instanțelor române nu este unitară în ceea ce privește acordarea de facilități la plata cauțiunii (R.-M. Necula, *Executarea silită...*, p. 135, nota de subsol nr. 1), astfel încât condiția cauțiunii prevăzută de art. 719 alin. (2) C. pr. civ. trebuie considerată ca producând efecte și constituind, prin urmare, un impediment la exercitarea drepturilor de către consumator.

executării a unei cauțiuni poate fi considerată o veritabilă piedică în valorificarea de către respectivul debitor a drepturilor sale în calitate de consumator, ceea ce ar putea fi considerat contrar principiului efectivității³⁶.

Este adevărat că, așa cum s-a reținut și în doctrină³⁷, potrivit art. 720 alin. (6) C. pr. civ., rolul cauțiunii este de a garanta creditorului recuperarea prejudiciului care i-ar fi creat în cazul admiterii cererii de suspendare a executării în condițiile în care, ulterior, contestația la executare ar fi respinsă cauțiunea putând fi folosită, după caz, inclusiv la recuperarea, în parte a creanței cuprinsă în titlul executoriu ori la executarea amenzii care ar fi aplicată de instanță pentru exercitarea cu rea-credință a dreptului de a formula contestație la executare³⁸ și că, prin urmare, o eventuală reducere sau chiar scutire a debitorului de la plata cauțiunii ar prejudicia pe creditor. În același timp, trebuie avut în vedere specificul raporturilor juridice dintre un consumator și un profesionist, faptul că în aceste raporturi juridice consumatorii se află într-o situație de inferioritate în raport cu profesioniștii, iar dreptul Uniunii impune statelor „ (...) să prevadă mijloace adecvate pentru a preveni utilizarea în continuare a clauzelor abuzive în contractele încheiate cu consumatorii de către profesioniști”³⁹. Or, reglementând o condiție de admisibilitate a cererii de suspendare a executării menită să acopere un prezumtiv prejudiciu profesionistului, nedovedit de acesta, legea română de îndepărtează de garanțiile impuse de principiul efectivității, dând prioritate unui interes al profesionistului de a nu fi prejudiciat în cazul admiterii cererii de suspendare, față de protejarea consumatorului; în aceste condiții, există riscul ca acțiunea consumatorului care are ca finalitatea constatarea caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în contractul încheiat cu profesionistul să rămână fără rezultat în planul executării, respectiv ca el să fie supus executării înainte ca această acțiune să fie soluționată.

6. Posibilitatea ca debitorul să poată obține asistență juridică gratuită

În fine, cea de-a cincea caracteristică a dreptului sloven analizată de CJUE în Hotărârea din 26.06.2019 din cauza C-407/18 se referă la posibilitatea debitorului consumator de a obține asistență judiciară gratuită în vederea efectuării demersurilor judiciare necesare declarării caracterului abuziv al

³⁶ A se vedea V. Penteleev, *Obligația achitării cauțiunii de consumatori, pentru a obține suspendarea executării și suspendarea provizorie a executării, ar putea constitui o încălcare a Directivei 93/13/CEE*, în Revista Română de Executare Silită, nr. 1/2020, pp. 93-101.

³⁷ R.-M. Necula, *Executarea silită....*, pp. 136-137.

³⁸ Cu privire la soarta cauțiunii în cazul în care suspendarea ar fi dispusă în condițiile art. 638 alin. (2) C. pr. civ., a se vedea N.-H. Țiț, *Soarta cauțiunii achitate pentru suspendarea executării titlului, în condițiile art. 638 alin. (2) C. pr. civ.*, în Analele științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Tomul LXVI/I, Științe Juridice, 2020, pp. 83-95.

³⁹ Par. 44 din Hotărârea din 26.06.2019 din cauza C-407/18 (Addiko Bank).

clauzelor cuprinse în contractul încheiat cu un profesionist și suspendării executării silită. Se reținea, cu privire la acest aspect, în par. 50 liniuța a 5-a al Hotărârii că „debitorul împotriva căruia a fost deschisă procedura de executare silită nu poate obține asistență judiciară gratuită, astfel încât trebuie să suporte el însuși cheltuielile importante de reprezentare printr-un avocat”. De asemenea, în par. 60, teza finală, se arată că „(...) reiese din cererea de decizie preliminară că există un risc care nu este neglijabil ca, în cadrul procedurii de executare silită, consumatorii în cauză să fie descurajați să își asigure apărarea și să își exercite pe deplin drepturile, având în vedere cheltuielile de reprezentare pe care le-ar cauza procedura în raport cu valoarea datoriei vizate și cu imposibilitatea de a solicita asistență judiciară.”

În mod evident, această caracteristică nu se regăsește în dreptul românesc, debitorul putând obține asistență judiciară gratuită, potrivit art. 90 alin. (2) lit. b) C. pr. civ. în condițiile O.U.G. nr. 51/2008 privind ajutorul public judiciar și a Legii nr. 51/1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat.

7. Concluzii

Soluția pronunțată de CJUE în cauza C-407/18 (Addiko Bank) a avut la bază analiza a cinci caracteristici ale dreptului sloven, rezultate din descrierea pe care instanța de trimitere a făcut-o dreptului național. Din cele cinci caracteristici, doar trei se regăsesc pe deplin și în dreptul românesc: imposibilitatea analizării clauzelor abuzive în cadrul procedurii de încuviințare a executării silită, faptul că suspendarea executării silită nu poate fi obținută decât dacă este declanșată o procedură de fond care are drept finalitate constatarea caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în contractul încheiat între consumator și un profesionist și care, potrivit legii, constituie titlu executoriu, necesitatea achitării unei cauțiuni pentru a fi dispusă măsura suspendării. În ceea ce privește situațiile în care poate fi dispusă suspendarea, apreciem că dreptul român, care lasă la aprecierea judecătorului temeinicia motivelor în acest sens, este suficient de flexibil pentru a permite instanței ca, în concret, să aprecieze dacă și în ce măsură declanșarea ori, după caz, continuarea executării silită ar fi de natură să aducă o vătămare debitorului consumator, în condițiile în care acesta a demarat o procedură jurisdicțională în cadrul căreia va fi analizată, la cerere sau din oficiu, caracterul abuziv al clauzelor cuprinse într-un contract încheiat cu un profesionist. De asemenea, potrivit dispozițiilor legale aplicabile în țara noastră, debitorul consumator poate obține, la cerere, în condițiile prevăzute de lege, asistență judiciară gratuită, atât pentru redactarea cererilor pe care le va adresa instanței, cât și pentru reprezentare în procedura jurisdicțională.

Judecând cantitativ, ar trebui să ajungem la concluzia că dreptul român oferă suficiente garanții pentru a se considera că, raportat la principiul efectivității, debitorul consumator poate beneficia de protecția pe care i-o oferă dreptul Uniunii. Așa cum s-a reținut în par. 63 din Hotărârea Curții din 01.10.2015 în cauza C-32/14 (Erste Bank Hungary), „(...) faptul că consumatorul poate invoca protecția dispozițiilor legislative privind clauzele abuzive numai dacă intențază o

procedură jurisdicțională nu poate fi considerat în sine, în opoziția cu cele susținute de Comisie, contrar principiului efectivității. Astfel, protecția jurisdicțională efectivă garantată de Directiva 93/13 se întemeiază pe premisa potrivit căreia instanțele naționale sunt sesizate în prealabil de una dintre părțile la contract.” Prin urmare, simplul fapt că debitorul consumator trebuie să declanșeze o procedură de fond în cadrul căreia să fie verificat caracterul abuziv al clauzelor cuprinse în contractul încheiat cu un profesionist, nu trebuie considerat, a priori, ca aducând atingere principiului efectivității, indiferent dacă acea procedură este una specială (așa cum este contestația la executare) sau una de drept comun, atât timp cât în cadrul acelei proceduri consumatorul poate obține, în condiții procedurale rezonabile, suspendarea executării, astfel încât riscul ca procedura de executare să se finalizeze înainte de pronunțarea unei hotărâri de fond să fie eliminat. Din acest punct de vedere, apreciem că este mai puțin relevant faptul că, potrivit actualei reglementări, debitorul nu mai poate invoca caracterul abuziv al clauzelor cuprinse în contractul încheiat cu profesionistul pe calea contestației la executare, atât timp cât această modalitate de invocare nu îi oferă avantaje certe în ceea ce privește suspendarea executării ca în cazul în care suspendarea este cerută până la soluționarea acțiunii de drept comun având ca obiect constatarea caracterului abuziv al clauzelor.

Analiza cu privire la principiul efectivității nu trebuie însă făcută cantitativ, ci calitativ, raportat la criteriile stabilite prin jurisprudența CJUE, pentru a se determina în concret dacă o dispoziția națională face imposibilă sau excesiv de dificilă aplicarea dreptului Uniunii. În această analiză, faptul că pentru a beneficia de suspendarea executării, debitorul trebuie să achite o cauțiune, ca și condiție de admisibilitate a cererii de suspendare, iar legislația națională nu permite obținerea de scutiri, reduceri sau eşalonări la plata cauțiunii poate constitui un element raportat la care să se considere că cerințele principiului efectivității nu sunt întrunite. Potrivit unei jurisprudențe constante, acesta presupune ca debitorul consumator să aibă, potrivit dreptului național, suficiente garanții că o eventuală executare silită nu se va finaliza înainte de pronunțarea unei hotărâri prin care să fie constatat caracterul abuziv al clauzei cuprinsă în contractul care constituie titlu executoriu. Așa cum s-a reținut și în par. 62 al Hotărârii din 26.06.2019 în cauza C-407/18 (Addiko Bank)⁴⁰, o protecție a

⁴⁰ Se reține în acest considerent că: „(...) dată fiind imposibilitatea instanței sesizate cu cererea de executare silită de a suspenda executarea silită pentru motivul că contractul (sic!) de credit ipotecar este afectat de o clauză abuzivă, este probabil ca executarea silită imobiliară a bunului ipotecat să fie terminată înaintea pronunțării deciziei instanței de fond prin care se declară, după caz, nulitatea clauzei menționate, ținând seama de caracterul abuziv al acesteia și, prin urmare, a procedurii de executare silită. În aceste condiții, chiar dacă ar fi pronunțată o astfel de decizie cu privire la fond în favoarea consumatorului în cauză, acesta nu va beneficia din acest motiv de o protecție a posteriori, sub forma unei reparații pecuniare, astfel încât o asemenea protecție, are un caracter incomplet și insuficient, cu atât mai mult în cazul în care executarea silită imobiliară viza locuința acestui consumator și a familiei sale, care ar

posteriori, materializată sub forma unei reparații pecuniare în cazul în care acțiunea de fond care are ca obiect constatarea caracterului abuziv al unei clauze cuprinsă în contractul încheiat între consumator și un profesionist ar fi admisă este insuficientă și incompletă.

Din lectura acestui considerent, pare a rezulta că, în viziunea CJUE, posibilitatea ca debitorul să poată obține suspendarea executării până la soluționarea acțiunii de fond având ca obiect constatarea caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în contractul încheiat cu un profesionist constituie un element esențial în aprecierea respectării și garantării principiului efectivității. Or, în reglementarea actuală din România, această garanție lipsește, pe de o parte, pentru că legea nu prevede în mod expres posibilitatea suspendării executării în urma unei analize *prima facie* a caracterului abuziv al unei clauze cuprinsă în contractul care constituie titlu executoriu, pe de altă parte, pentru că impune debitorului consumator obligația de plată a unei cauțiuni drept condiție de admisibilitate a cererii de suspendare. Chiar dacă ar fi recunoscută posibilitatea invocării clauzelor abuzive pe calea contestației la executare, datele problemei nu ar fi deloc modificate, suspendarea executării putând fi obținută și în această situație, tot cu respectarea cerinței de admisibilitate referitoare la achitarea cauțiunii.

Faptul că prin instituirea unei cauțiuni, ca și cerință de admisibilitate a cererii de suspendare, protecția oferită consumatorilor de legea română nu este una efectivă rezultă și din scopul acesteia: cauțiunea are rolul de a garanta recuperarea de către profesionist a unui prejudiciu care i s-ar produce în cazul în care ar fi admisă cererea de suspendare a executării, putând fi folosită, în condițiile art. 720 alin. (6) C. pr. civ. [text de lege inaplicabil în cazul în care suspendarea este cerută în condițiile art. 638 alin. (2) C. pr. civ.] inclusiv pentru recuperarea, în parte, a creanței sau executarea unei amenzi ce ar putea fi aplicată debitorului pentru exercitarea cu rea-credință a dreptului de a formula contestație la executare; cu alte cuvinte, se are în vedere apărarea exclusivă a intereselor creditorului profesionist, fără ca acesta să fie ținut la vreo dovadă cu privire la prejudiciul care i s-ar crea sau la reaua credință a consumatorului care a solicitat suspendarea. În dreptul sloven, așa cum rezultă din par. 50 al Hotărârii din 26.06.2019 în cauza C-407/18 (Addiko Bank), creditorul poate solicita obligarea debitorului consumator la constituirea unei garanții, de unde putem conchide că garanția nu este o condiție de admisibilitate a cererii de suspendare; or, în dreptul român, legea este cea care instituie, *ab initio*, condiția cauțiunii, iar neachitarea acesteia conduce la respingerea ca inadmisibilă a cererii de suspendare, deși profesionistul nu a făcut nicio dovadă cu privire la prejudiciul care i-ar fi creat prin suspendare sau la reaua-credință a debitorului consumator.

fi astfel pierdută în mod definitiv. O astfel de protecție a *posteriori* nu constituie, prin urmare, un mijloc nici adecvat, nici eficient pentru a preveni utilizarea unei clauze abuzive în continuare, contrar obiectivului urmărit de articolul 7 alin. (1) din Directiva 93/13.”

În aceste condiții, apreciem că o dispoziție legală, precum cea română, care condiționează admisibilitatea cererii de suspendare a executării până la soluționarea unei acțiuni (indiferent dacă acesta ar fi o contestație la executare sau o acțiune de drept comun) în cadrul căreia instanța va analiza caracterul abuziv al clauzelor cuprinse într-un contract încheiat între un consumator și un profesionist, contract care, potrivit legii, constituie titlul executoriu, de plata unei cauțiuni, fără ca aceasta să fie condiționată de dovedirea unui prejudiciu pentru creditorul profesionist sau de reaua-credință a debitorului consumator, este, în lumina principiului efectivității, contrară dreptului Uniunii.

Un remediu eficient ar fi includerea la art. 719 alin. (4) C. pr. civ. a unei noi situații în care suspendarea executării ar avea caracter obligatoriu și ar putea fi dispusă fără a fi necesară plata unei cauțiuni, respectiv atunci când contractul încheiat între un profesionist și un consumator, în baza căruia a fost declanșată procedura de executare silită, ar cuprinde clauze abuzive, cel puțin în anumite situații expres prevăzute de lege (spre exemplu, în cazul în care executarea silită ar fi efectuată asupra unui imobil care constituie locuința familială a debitorului)⁴¹.

În doctrină⁴² a fost propusă, ca remediu, și soluția unei reglementări care să permită scutirea debitorului de plata cauțiunii sau acordarea unei alte facilități, în măsura în care acesta nu ar avea mijloacele necesare pentru a achita suma respectivă. Apreciam că o asemenea măsură legislativă ar fi de natură să atenueze situația existentă la momentul de față, însă ea s-ar putea dovedi insuficientă dacă ne raportăm la finalitatea instituirii cauțiunii și la scopul dispozițiilor dreptului Uniunii, anume prevenirea utilizării în continuare a clauzelor abuzive în contractele încheiate de consumatori cu profesioniștii. Acest scop nu ar putea fi atins decât în măsura în care reglementarea națională ar da posibilitatea consumatorului ca, în condiții procedurale rezonabile, să obțină suspendarea executării ori de câte ori declanșează o procedură jurisdicțională a cărei finalitate este de a lăsa fără efecte clauzele abuzive cuprinse în contractul încheiat cu un profesionist.

⁴¹ O astfel de soluție legislativă este propusă printr-un proiect de lege aprobat de Senat și aflat la momentul redactării prezentului articol în procedură legislativă în fața Camerei Deputaților (PL-x nr. 663/2019). La art. 5 alin. (3) din acest proiect, se propune o dispoziție cu următoarea redactare: „Până la soluționarea contestației la executare sau a acțiunii separate care tinde la nulitatea titlului executoriu, instanța sesizată cu contestația sau, după caz, cu acțiunea de drept comun, va dispune, la cererea consumatorului, suspendarea provizorie a efectelor contractului sau ale actului juridic care are efect de titlu executoriu în sine, până la soluționarea definitivă a contestației sau a acțiunii de drept comun. Consumatorul este scutit de cauțiune. Dispozițiile art.200 din Legea nr.134/2010, republicată, cu modificările și completările ulterioare, nu sunt aplicabile.”

⁴² R.-M. Necula, *Executarea silită....*, p. 135

Calificarea europeană a acțiunii în răspundere civilă intentată împotriva unui cocontractant și efectele acesteia.

Cauza CJUE C-59/19

European Characterisation of a Civil Liability Claim brought against the Co-contractual Party and its Effects.

Case (CJEU) C-59/19

Carmen Tamara Ungureanu¹

Rezumat: Calificarea în dreptul internațional privat european reprezintă o componentă a interpretării dreptului european, realizată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE). Plecând de la o cauză recent soluționată de CJUE (C-59/19), în prima parte a lucrării sunt clarificate noțiunea de calificare și rolul CJUE în operațiunea de interpretare/calificare a dreptului european (1). În partea a doua este realizată o analiză a soluției CJUE. Deși calificarea făcută privește o acțiune în încetare pentru practici anticoncurențiale, are efecte indirecte asupra clauzelor abuzive din contractele de adeziune încheiate între profesioniști (2).

Cuvinte-cheie: calificarea în dreptul internațional privat european; natură contractuală sau delictuală; Regulamentul Bruxelles I bis; contract de adeziune; clauze abuzive între profesioniști

Abstract: The characterisation in European Private International Law is a component of the interpretation of European Law by the Court of Justice of the European Union (CJEU). Starting from a case recently decided by the CJEU (C-59/19), in the first part of the paper at hand are clarified the notion of characterisation and the role of the CJEU in interpreting/characterising the European Law (1). In the second part, an analysis of the CJEU decision is made. Although the characterisation concerns a cessation claim for anti-competitive practices, it has indirect effects on the unfair terms in adhesion contracts concluded between professionals (2).

Keywords: characterisation in private European international law, tortious or contractual nature, Brussels I bis Regulation, contract of adhesion, B2B unfair terms

Introducere

Pentru facila înțelegere a problematicii calificării în dreptul internațional privat european vom clarifica, mai întâi, noțiunile utilizate, explicând ce este calificarea, care este legătura dintre calificare și interpretare, care este rolul Curții

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

de Justiție a Uniunii Europene (în continuare, CJUE) în operațiunea de interpretare a dreptului european și de calificare a diferitelor norme ori termeni juridici din legislația europeană. Vom prezenta apoi o cauză din procedura întrebărilor preliminare, recent soluționată de CJUE, unde se pune problema calificării în vederea stabilirii competenței jurisdicționale, conform prevederilor Regulamentului Bruxelles I bis². Plecând de la concluziile avocatului general și de la soluția CJUE pronunțată pe 24 noiembrie 2020, vom arăta că răspunsul la întrebarea preliminară conduce la un efect secundar al acțiunii în încetarea practicilor anticoncurențiale: alături de asigurarea unui climat concurențial onest, protejează într-un mod indirect și în subsidiar pe profesionistul-aderent într-un contract de adeziune, ce conține clauze contractuale abuzive ori inechitabile.

1. Calificarea în dreptul internațional privat european

În dreptul internațional privat european calificarea este o componentă a interpretării dreptului european, CJUE având această sarcină, în temeiul art. 19 din Tratatul privind Uniunea Europeană³ și al art. 267 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene⁴.

1.1. Noțiunea de calificare în dreptul internațional privat

Calificarea este operațiunea utilizată în materia dreptului internațional privat prin care instanța/autoritatea sesizată cu soluționarea unui litigiu îl încadrează într-o anumită categorie, în scopul determinării normei conflictuale, care va indica legea materială aplicabilă. De exemplu, dacă una dintre părțile contractante într-un contract cu element de extraneitate încheiat între profesioniști, abuzează de poziția sa dominantă pe piață și impune condiții contractuale inechitabile⁵, în ce categorie ar putea fi încadrată acțiunea în încetare a practicii abuzive introdusă de cocontractantul său: în materia contractuală sau delictuală?

În doctrina din România, calificarea a fost definită într-un mod similar, unii autori precizând, în plus, că reprezintă o *interpretare* a noțiunilor folosite de normele conflictuale pentru a indica legea aplicabilă⁶ ori „interpretarea noțiunilor juridice cuprinse într-o normă juridică, pentru a determina cărei categorii aparține o situație juridică, precum și regulile aplicabile acelei situații”⁷ sau, pe

² Regulamentul (UE) nr. 1215/2012 al Parlamentului European și al Consiliului privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială, J.O., L 351, 20.12.2012 (supranumit Bruxelles I bis).

³ Tratatul privind Uniunea Europeană, J.O., C 326/13, 26.10.2012.

⁴ Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene, J.O., C 326/164, 26.10.2012.

⁵ În România, această practică este reglementată în art. 6 alin. (1), lit. a) din Legea concurenței, nr. 21/1996 cu modificările și completările ulterioare, M. Of. nr. 153, 29.2.2016.

⁶ M.V. Jakotă, *Drept internațional privat*, vol. I, Editura Fundației Chemarea, Iași, 1997, p. 210.

⁷ I. Chelaru, Ghe. Gheorghiu, *Drept internațional privat*, Editura C. H. Beck, București, 2007, pp. 45-46.

scurt, calificarea a fost privită ca „o problemă logico-juridică de interpretare”⁸. Într-o manieră asemănătoare este definită calificarea și în dreptul internațional privat francez⁹.

Problema calificării se pune, de regulă, după ce instanța/autoritatea sesizată și-a stabilit competența jurisdicțională și trece la faza următoare și anume aceea a determinării legii aplicabile în vederea soluționării pe fond a litigiului, ceea ce presupune, mai întâi, soluționarea conflictului de legi. Din acest motiv, operațiunea calificării este tratată de toți autorii în sfera soluționării conflictului de legi.

În dreptul internațional privat european, este posibil ca necesitatea calificării să apară nu numai în faza soluționării conflictului de legi, ci și în faza anterioară, aceea a stabilirii competenței jurisdicționale. Deși în dreptul internațional privat european operațiunea calificării nu este tratată ca o instituție de sine stătătoare, ci ca o componentă a interpretării dreptului european, se află printre preocupările frecvente ale CJUE.

1.2. Rolul CJUE în interpretarea dreptului european

CJUE este o instanță independentă și supranațională, investită cu competență exclusivă de interpretare a dreptului Uniunii Europene (în continuare, UE). În materia procedurii pentru obținerea unei hotărâri preliminare¹⁰, CJUE interpretează dreptul european în scopul evitării apariției în diferite state membre a unor jurisprudențe divergente sau contrare dreptului UE. Judecătorul național – indiferent de gradul de jurisdicție – sesizează CJUE ori de câte ori, în soluționarea unui litigiu, apare o problemă de interpretare a dreptului UE. Sesizarea CJUE este *obligatorie*, dacă hotărârea dată în litigiul în care s-a pus problema interpretării dreptului UE nu poate fi atacată cu nici o cale de atac. În acest mod se urmărește evitarea creării unei jurisprudențe divergente la nivelul statelor membre. Sesizarea CJUE este *facultativă*, în sensul că judecătorul național are posibilitatea de a formula o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare sau de a

⁸ I. Macovei, *Drept internațional privat, în reglementarea Noului Cod civil și de procedură civilă*, Editura C. H. Beck, București, 2011, p. 54.

⁹ A se vedea, de exemplu, P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, Editions Montchrestien, Paris, 2007, p. 117 și urm.

¹⁰ Pentru natura juridică a procedurii hotărârii preliminare, a se vedea, B. Andreșan-Grigoriu, *Procedura hotărârilor preliminare*, Editura Hamangiu, București, 2011, p. 52 și urm.; de asemenea, a se vedea, pentru detalii referitoare la procedura hotărârilor preliminare, E.C. Mogîrzan, *Noțiunea de chestiune prejudicială și cea de acțiune în terminologia dreptului românesc și în cea a dreptului Uniunii Europene*, Revista Dreptul, nr.5/2007, pp. 101-113; A. O. Alexandru, *Invocarea chestiunii prejudiciale - obligație sau facultate a instanțelor naționale?* în *Analele Științifice ale Universității „Al. I. Cuza” Iași*, Tomul LIV, Științe Juridice, 2008, p. 147 și urm.

interpreta singur dreptul UE, atunci când hotărârea ce pronunță este supusă unei căi de atac¹¹.

Hotărârile CJUE interesează dreptul internațional privat al UE în măsura în care privesc interpretarea actelor normative din domeniul lui de reglementare. De exemplu, CJUE s-a pronunțat, deja, cu privire la interpretarea unui mare număr de articole din Regulamentul Bruxelles I bis. Hotărârile CJUE sunt aplicabile în cauzele care au determinat formularea cererii pentru pronunțarea hotărârii preliminare, și, în același timp, acestea reprezintă *izvor de drept*, fiind utilizate în toate cauzele ulterioare asemănătoare¹².

Care sunt regulile de interpretare utilizate de CJUE?

Interpretarea dreptului UE nu se face după reguli explicite care să fie cuprinse în legislația primară sau secundară¹³. În alte instrumente internaționale sunt stabilite reguli clare de interpretare, cum există, de exemplu, în Convenția de la Viena din 1980 cu privire la vânzarea internațională de mărfuri¹⁴ (art. 7-9), în Convenția de la Viena din 1969 cu privire la dreptul tratatelor¹⁵ (art. 31-33) și în alte instrumente internaționale *hard law* sau *soft law*¹⁶.

Lipsa unor reguli de interpretare expres elaborate în acest scop nu înseamnă că la nivelul CJUE interpretarea se face în mod arbitrar și discreționar. Există reguli și metode de interpretare implicite, care se desprind din jurisprudența CJUE. Astfel, în principal, CJUE utilizează metoda gramaticală, metoda sistematică și metoda teleologică¹⁷ (în funcție de scop)¹⁸ în interpretarea dreptului european. De exemplu, CJUE ține seama în operațiunea interpretării,

¹¹ I. Dragomir, G. A. Dragomir, *Competența Curții de Justiție a Comunităților Europene*, în *Studia Cluj-Napoca*, p. 5. [Online] la <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol>, accesat 3.10.2020.

¹² M. Bogdan, *Concise introduction to EU Private International Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2012, p.15.

¹³ Hannes Rösler, *Interpretation of EU Law (Chapter I.16)*, în J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio (Editors), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 979; G. Itzcovich, *The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice*, în *German Law Journal*, vol. 10, nr. 5/2009, p. 539.

¹⁴ M.Of. nr. 54,19.3.1991.

¹⁵ [Online] la https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, accesat 27.11.2020.

¹⁶ H. Rösler, *op. cit.*, p. 979.

¹⁷ K. Lenaerts, *Interpretation and the Court of Justice: A Basis for Comparative Reflection*, în *The International Lawyer*, vol. 41, nr. 4/2007, p. 1016 și urm.; I. McLeod, *Legal Method*, Palgrave Macmillan Publishing, Ninth edition, UK, 2013, pp. 315-321. Pentru o analiză detaliată a metodei teleologice de interpretare, N. Fennelly, *Legal Interpretation at the European Court of Justice*, *Fordham International Law Journal*, Vol. 20, nr. 3/1996, p. 664 și urm.

¹⁸ H. Rösler, *op. cit.*, p. 979.

printre altele, de considerentele¹⁹ ce preced regulamentele sau directivele europene, din care se desprinde *scopul* actului normativ respectiv. Deși prin operațiunea interpretării, CJUE urmărește reconcilierea diferitelor culturi juridice din statele membre, elementele de drept comparat nu abundă. Se evită referirile directe la drepturile naționale ale statelor membre pentru a nu prejudicia caracteristica dreptului european, aceea de drept autonom. CJUE dă noțiunilor interpretate o conotație *autonomă, independentă* de accepțiunile din legislațiile statelor membre²⁰.

2. Calificarea CJUE în cauza C-59/19

Recent, în cauza C-59/19, s-a pus problema interpretării noțiunilor de materie contractuală și de materie delictuală, așa cum sunt utilizate în art. 7 punctul 1 și 2 din Regulamentul Bruxelles I bis.

Conform art. 7.1. „O persoană care are domiciliul pe teritoriul unui stat membru poate fi acționată în justiție într-un alt stat membru: (a) în *materie contractuală* [s.n. CTU], în fața instanțelor de la locul de executare a obligației în cauză; (b) în sensul aplicării prezentei dispoziții și în absența vreunei convenții contrare, locul de executare a obligației în cauză este: [...] în cazul prestării de servicii, locul dintr-un stat membru unde, în temeiul contractului, au fost sau ar fi trebuit să fie prestate serviciile; [...]”. Potrivit art. 7.2. o persoană care are domiciliul pe teritoriul unui stat membru poate fi acționată în justiție într-un alt stat membru „în *materie delictuală și cvasidelictuală* [s.n. CTU], în fața instanțelor de la locul unde s-a produs sau riscă să se producă fapta prejudiciabilă.”.

2.1. Situația de fapt în cauza Wikingerhof împotriva Booking.com (C-59/19)

Wikingerhof, o societate prestatoare de servicii hoteliere cu sediul în Germania, a încheiat un contract cu Booking.com, cu sediul în Olanda, având ca obiect prestarea de servicii de intermediere pentru încheierea de contracte de locațiune pe termen scurt, cu regim hotelier, utilizând platforma Booking.com. Wikingerhof a pretins că Booking.com impune condiții contractuale inechitabile hotelierilor înscriși pe platformă, ceea ce le cauzează prejudicii. În acest context, a introdus o acțiune în încetarea practicilor contractuale inechitabile în fața unei instanțe din Germania. Acesta a solicitat încetarea, cu daune cominatorii, a practicilor folosite de Booking.com și anume: *afișarea* pe platforma Booking.com a unui preț apărând ca fiind indicat de Wikingerhof pentru hotelul său, însoțit de cuvintele *preț mai avantajos* sau *preț redus*, fără acordul prealabil al acestuia; *privarea de acces* a lui Wikingerhof, în totalitate sau parțial, la datele de contact pe care clienții hotelului său le furnizează prin intermediul platformei Booking.com și solicitarea ca realizarea comunicării cu clienții să se facă numai prin funcționalitatea *contact* pusă la dispoziție de Booking.com; *impunerea* unui comision ce depășește 15% în sarcina lui Wikingerhof în scopul ierarhizării

¹⁹ În engleză, *recitals*.

²⁰ H. Rösler, *op. cit.*, pp. 979-980.

hotelului operat de acesta în rezultatele căutării efectuate pe platforma Booking.com.

Booking.com a invocat lipsa competenței instanței germane, arătând că în contractul părților există o clauză atributivă de jurisdicție în favoarea instanțelor din Amsterdam.

După ce acțiunea a fost respinsă de instanța de fond și de aceea de apel, Curtea federală de justiție a Germaniei, fiind sesizată cu o cerere de revizuire, a suspendat judecata și s-a adresat CJUE cu o întrebare preliminară, prin care a urmărit interpretarea/calificarea noțiunilor de materie contractuală și materie delictuală referitor la acțiunea introdusă de Wikingerhof. Mai precis, acțiunea în încetare, care se întemeiază pe norme de drept considerate a avea o natură delictuală în dreptul național (german) poate fi încadrată în noțiunea de *materie delictuală sau quasi delictuală* în sensul art. 7.2 din Regulamentul Bruxelles I bis? Sau, având în vedere faptul că preținsele condiții contractuale inechitabile, ce stau la baza acțiunii în încetare, privesc raporturile contractuale dintre părți, acțiunea poate fi încadrată în noțiunea de *materie contractuală* în sensul art. 7.1 din Regulamentul Bruxelles I bis? De răspunsul CJUE depinde competența jurisdicțională, instanțele germane fiind competente, dacă acțiunea intră în sfera materiei delictuale, și necompetente dacă se consideră a face parte din materia contractuală, caz în care instanțele din Amsterdam ar avea competență exclusivă, în temeiul clauzei contractuale atributive de jurisdicție din contractul părților.

2.2. Calificarea realizată de CJUE prin decizia pronunțată

Noțiunile de materie contractuală și materie delictuală au fost, deja, interpretate de CJUE în alte cauze, precum *Kalfelis* (C-189/87), *Handte* (C-26/91) și *Brogssitter* (C-548/12)²¹.

Astfel, CJUE a dat o interpretare autonomă, comunitară, noțiunii de *materie delictuală sau qvasidelictuală*, în cauza *Kalfelis*, stabilind că orice acțiune care privește răspunderea pârâtului și care nu face parte din domeniul răspunderii contractuale, intră în domeniul materiei delictuale. Aceasta înseamnă, pe de o parte, că tot ce nu este contractual este delictual, și, pe de altă parte, că, dacă acțiunea nu privește tragerea la răspundere a pârâtului, articolul 7.2. din Regulamentul Bruxelles I bis nu se aplică.

Din jurisprudența CJUE²² rezultă că *materie contractuală* înseamnă: plata unei sume de bani, în temeiul unei legături între părți, care poate fi calificată drept contract; nerespectarea unei obligații contractuale; existența unui angajament liber asumat de o parte față de altă parte; existența sau validitatea contractelor și consecințele acestora. CJUE a stabilit în cauza *Handte* că nu

²¹ Toate hotărârile CJUE sunt disponibile pe site-ul oficial al CJUE la adresa https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/

²² A se vedea, deciziile CJUE : *Peters c. ZNAV*, din 22 martie 1983 (nr.34/82); *Arcado c. Aviland*, din 8 martie 1988 (nr.9/87); *Powell Duffryn c. Petereit* din 10 martie 1992 (C-214/1989); *Handte c. Traitements*, din 17 iunie 1992 (C-26/91); *Effer c. Kantner*, din 4 martie 1982 (nr.38/1981); *Engler c. Janus*, din 20 ianuarie 2005 (C-27/2002).

există materie contractuală, dacă nu există un *angajament liber asumat de o parte, față de altă parte*²³.

În cauza *Brogssitter*, acțiunea în încetare și răspundere civilă delictuală, conform dreptului german, a avut ca temei preținse acte de concurență neloială, ce au condus la cauzarea de prejudicii pentru reclamant. CJUE a considerat că acțiunile în răspundere civilă de natură delictuală în dreptul național, trebuie să fie considerate ca aparținând materiei contractuale, „în cazul în care comportamentul reproșat poate fi considerat o neîndeplinire a obligațiilor contractuale, astfel cum acestea pot fi stabilite ținând seama de obiectul contractului.”.

În cauza *Brogssitter*, care are destule elemente comune cu cauza *Wikingerhof*, deși CJUE a încercat formularea unei reguli abstracte de interpretare și calificare, se pare că nu a reușit să clarifice situațiile/acțiunile aflate la granița dintre materia contractuală și cea delictuală²⁴. În concluziile avocatului general la cauza *Wikingerhof*²⁵ se precizează că încadrarea unei acțiuni în răspundere civilă în materia contractuală sau în materia delictuală trebuie să aibă ca criteriu *cauza* acesteia, adică obligația (contractuală sau delictuală) pe care se bazează cererea, inclusiv în cazul acțiunilor intentate între părțile unui contract. Prin urmare, acesta ajunge la concluzia, adoptată și de CJUE în decizia finală, că acțiunea în încetare introdusă de *Wikingerhof* împotriva *Booking.com*, fondată pe încălcarea regulilor de concurență, *intră în sfera materiei delictuale, chiar dacă între părți a fost încheiat un contract*.

Noțiunea de *obligație care formează obiectul cererii* a fost introdusă prin Convenția de adeziune din 1978²⁶, în urma soluționării cauzei *De Bloos c. Bouyer*, din 6 octombrie 1976 (nr. 14/76). CJUE a arătat că obligația contractuală, care servește pentru stabilirea competenței, nu este o obligație care se naște din contract, nici o obligație caracteristică, ci obligația care stă la baza acțiunii în justiție²⁷.

Obligația care stă la baza acțiunii introduse de *Wikingerhof* împotriva *Booking.com* este o obligație impusă de lege, atât pe plan național, cât și european în materia concurenței, ce constă într-o obligație negativă, de a nu face, adică de a

²³ A se vedea cauza CJUE *Handte c. Traitements*, din 17 iunie 1992 (nr. C-26/91).

²⁴ Concluziile avocatului general Henrik Saugmandsgaard Øe în cauza c-59/19, paragraful 4.

²⁵ Ibidem, paragrafele 6, 118.

²⁶ Prin Convenția de adeziune din 1978 au intrat în Comunitatea Europeană: Danemarca, Marea Britanie și Irlanda de Nord.

²⁷ Din păcate, în varianta în limba română a Regulamentului Bruxelles I bis (art. 7), noțiunea de *obligație care stă la baza cererii* nu se regăsește; se vorbește despre *obligația în cauză* [„1. (a) în materie contractuală, în fața instanțelor de la locul de executare a obligației în cauză (s.n.)”] traducerea fiind făcută, probabil, din varianta în limba engleză [„(1) (a) in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question (s.n.-CTU)”]. În varianta în limba franceză este folosită expresia *obligație care stă la baza cererii*: 1. (a) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande (s.n.-CTU”).

nu uza în mod abuziv de poziția dominantă pe piață. *Această obligație care stă la baza cererii este independentă de raporturile contractuale dintre părți, iar încălcarea ei trebuie considerată ca fiind un comportament ilicit ce atrage răspunderea delictuală*²⁸. Practicile pretins ilicite în viziunea lui Wikingerhof nu ar putea deveni licite pe motiv că sunt cuprinse/incluse în clauzele contractuale din contractul încheiat între părți, pentru că un contract nu poate autoriza un comportament contrar concurenței²⁹.

Pentru a stabili dacă Booking.com a avut un comportament ce poate fi caracterizat ca abuz de poziție dominantă se vor aplica criteriile și regulile ce aparțin dreptului concurenței din statul pe teritoriul căruia piața a fost afectată, așa cum rezultă din art. 6 (3) (a) din Regulamentul Roma II³⁰ („Legea aplicabilă obligațiilor necontractuale care decurg din restrângerea concurenței este legea țării în care piața este sau poate fi afectată.”). Prin urmare, calificarea noțiunilor de materie contractuală și materie delictuală în faza stabilirii competenței jurisdicționale influențează și determinarea legii aplicabile: Regulamentul Roma I³¹ pentru materia contractuală și Regulamentul Roma II pentru materia delictuală. Cum Wikingerhof își desfășoară activitatea pe piața germană, se pare că potrivit legii germane vor trebui analizate aspectele privind poziția Booking.com pe piața relevantă, privind raporturile între întreprinderi pe piața respectivă, pentru a stabili dacă Booking.com are o poziție dominantă și dacă prin comportamentul său abuzează de poziția pe care o deține³².

2.3. Efectul implicit al calificării realizate de CJUE

Acțiunea în încetare a practicilor anticoncurențiale (ca efect al abuzului de poziție dominantă) urmărește protecția liberei concurențe pe o anumită piață și se înscrie în obiectivul general al dreptului european al concurenței³³. Deși abuzul de poziție dominantă³⁴ se poate manifesta în legătură cu formarea și executarea contractelor, cum este și în cazul *Wikingerhof* împotriva *Booking.com*,

²⁸ Concluziile avocatului general Henrik Saugmandsgaard Øe în cauza c-59/19, paragrafele 119, 120, 121.

²⁹ Ibidem, paragraful 128.

³⁰ Regulamentul (CE) nr. 864/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 11 iulie 2007 privind legea aplicabilă obligațiilor necontractuale („Roma II”), J.O. L 199/40, 31.7.2007.

³¹ Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I), J.O., L 177/6, 4.7.2008.

³² Concluziile avocatului general Henrik Saugmandsgaard Øe în cauza c-59/19, paragraful 126.

³³ I. Graef, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, în Yearbook of European Law, Vol. 38, nr. 1 /2019, pp. 450-451.

³⁴ Pentru detalii referitoare la abuzul de poziție dominantă, L. Irinescu, *Forme de manifestare a abuzului de poziție dominantă*, în C. M. Diaconu, M. Doncean, C. I. Alecu (coordonatori), *Dezvoltarea economico-socială durabilă a euroregiunilor și a zonelor transfrontaliere*, Editura Performantica, Iași, 2020, pp. 11-27.

regulile din materia concurenței nu au ca scop protejarea intereselor particulare ale părților contractante și restabilirea echilibrului contractual dintre acestea. Dreptul concurenței nu urmărește crearea unei piețe ideale în care să existe o echivalență deplină a prestațiilor³⁵.

Cu toate acestea, mecanismele dreptului concurenței pot servi, în *subsidiar*, la eliminarea clauzelor abuzive, inechitabile din contractele încheiate între profesioniști, în care unul abuzează de poziția sa dominantă pe piață. Această soluție nu poate fi neglijată în condițiile în care, în general, există o reticență în a proteja profesioniștii, care nu sunt considerați a fi vulnerabili în raporturile dintre ei, deși, frecvent, mai ales în contractele de adeziune, *nu* sunt egali din punct de vedere economic, juridic, tehnic. În consecință, pot fi supuși unor clauze abuzive prin aderarea la contractele de adeziune *impuse* de cocontractantul lor, clauze pe care nu au posibilitatea de a le negocia.

În cazul raporturilor dintre platformele online (cum este Booking.com) și întreprinderile care le folosesc pentru a oferi, prin intermediul lor, bunuri sau/și servicii consumatorilor (cum este Wikingerhof), există o așa numită *asimetrie de putere*³⁶. Platformele impun clauzele contractuale prin contractele de adeziune (*termeni și condiții*), iar profesioniștii, care contractează prin intermediul lor (mai ales, întreprinderi mici și mijlocii), nu pot decât să le accepte.

În hotărârea *Wikingerhof împotriva Booking.com* nu se folosește noțiunea de contract de adeziune sau o altă noțiune similară pentru a indica raporturile contractuale dintre părți, iar practicile pretins ilicite, incluse în contractul părților, nu sunt caracterizate ca abuzive. În concluziile avocatului general, însă, sunt menționate apărările folosite de Booking.com³⁷, care a invocat faptul că Wikingerhof, sub pretextul cererii în încetarea practicilor anticoncurențiale, urmărește de fapt modificarea contractului și obținerea de noi drepturi contractuale și nulitatea parțială a contractului încheiat între părți. De asemenea, Booking.com a precizat că, din moment ce acțiunea introdusă de Wikingerhof implică verificarea dacă anumite stipulații/clauze contractuale sunt contrare liberei concurențe, aceasta va conduce la *nulitatea* lor, în cazul în care va fi admisă. Wikingerhof a arătat că nu solicită nulitatea contractului, dar că *nulitatea stipulațiilor contrare liberei concurențe ar putea fi o consecință indirectă a acțiunii în încetare*. Avocatul general consideră că o asemenea consecință a încetării abuzului de poziție dominantă este una obișnuită.

Dacă Wikingerhof ar fi solicitat nulitatea contractului, atunci acțiunea sa ar fi fost calificată ca fiind de natură contractuală și nu s-ar mai fi pus problema competenței jurisdicționale, având în vedere clauza atributivă de jurisdicție din contractul de adeziune al părților în favoarea instanțelor olandeze.

În plus, succesul invocării clauzelor abuzive de către un profesionist, parte într-un contract de adeziune, este redus. În dreptul UE și în dreptul național

³⁵ A. Almășan, *Dreptul concurenței*, Editura C. H. Beck, București, 2018, p. 114.

³⁶ I. Graef, *op. cit.*, p. 451.

³⁷ Concluziile avocatului general Henrik Saugmandsgaard Øe în cauza c-59/19, paragrafele 133, 134, 135.

al statelor membre, ca urmare a implementării directivelor europene, anularea/ineficiența clauzelor abuzive este rezervată consumatorilor³⁸. Aderenții, care nu au calitatea de consumatori, de regulă, nu beneficiază de o protecție specială în ceea ce privește clauzele abuzive.

Această abordare a suferit anumite transformări recente, atât în dreptul european (doar sectorial), cât și în legislațiile din anumite state membre UE, printre care Germania, Franța, Belgia³⁹, în care prevederile referitoare la clauzele abuzive din contractele B2B (*business to business* – între profesioniști) au un caracter general, aplicându-se profesioniștilor din toate domeniile.

La nivel european a fost adoptat Regulamentul (UE) 2019/1150 privind promovarea echității și a transparenței pentru întreprinderile utilizatoare de servicii de intermediere online⁴⁰, supranumit Regulamentul P2B (*platform to business*). În acest regulament se recunoaște că platformele contractează cu întreprinderile utilizatoare a serviciilor lor (în special microîntreprinderi și întreprinderi mici și mijlocii) „de pe o poziție de superioritate, care le permite să se comporte în practică în mod unilateral într-o manieră care poate fi inechitabilă și care poate aduce prejudicii intereselor legitime ale întreprinderilor utilizatoare de servicii de intermediere online și, indirect, și consumatorilor din Uniune.”. Superioritatea are la bază *dependența economică* a întreprinderilor, care ajung la consumatori prin intermediul platformelor. De exemplu, platformele „ar putea impune în mod unilateral întreprinderilor utilizatoare de servicii de intermediere online practici care se abat în mod vădit de la buna conduită comercială sau care sunt contrare bunei-credințe și corectitudinii.”⁴¹.

Prin urmare, legiuitorul european a „văzut” că nu numai consumatorii aderanți au nevoie de protecție față de clauzele abuzive ale profesioniștilor, ci și că profesioniștii pot avea nevoie de protecție, atunci când contractează cu alți profesioniști aflați într-o poziție de putere (economică, financiară, informațională, etc.). Regulamentul P2B apare ca fiind un prim instrument european ce pune problema protejării profesioniștilor, aderanți în contractele de adeziune încheiate cu platformele online. Prevederile regulamentului joacă rolul de *norme de aplicație imediată*⁴², întrucât se aplică *indiferent de dreptul aplicabil* [art. 1(2)]. Sancțiunea nerespectării dispozițiilor Regulamentului P2B cu privire la termenii și

³⁸ În România este aplicabilă Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, M. Of. nr. 652, 28.8.2015. Literatura juridică abundă în articole și cărți pe această temă. De exemplu, L. Bercea, *Acțiunile colective în eliminarea clauzelor abuzive din contractele standard de consum. Cui prodest?*, în Revista Română de Drept Privat, nr. 3/2013, pp. 24-36; J. Goicovici, *Dreptul consumației*, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006.

³⁹ I. Graef, *op. cit.*, p. 451.

⁴⁰ J.O., L 186/57, 11.7.2019.

⁴¹ Considerentul 2 din Regulamentul P2B.

⁴² Pentru detalii referitoare la normele de aplicație imediată, C.T. Ungureanu, *Overriding mandatory rules in international commercial contracts dispute resolution. A Romanian perspective*, în Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 12, nr. 2/2020, pp. 784-794.

condițiile (clauzele contractuale) impuse utilizatorilor platformei este *nullitatea* acestora [art. 3 (3)].

O altă reglementare europeană, care urmărește protecția profesioniștilor din sectorul agricol și alimentar, este Directiva (UE) 2019/633 privind practicile comerciale neloiale dintre întreprinderi în cadrul lanțului de aprovizionare agricol și alimentar⁴³, care trebuie transpusă în statele membre până pe 1 mai 2021 și care are ca scop combaterea practicilor care deviază considerabil de la buna conduită comercială, care contravin bunei credințe și corectitudinii și care sunt impuse unilateral de un partener comercial altuia [art. 1(1)].

În unele legislații naționale europene, profesioniștii beneficiază, de asemenea, de protecție în privința clauzelor abuzive din contractele B2B. Astfel, în Franța, în urma modificării Codului comercial în 2019⁴⁴, în art. L 442-1, I. 1° se prevede că orice profesionist care exercită activități de producție, distribuție sau de prestări servicii și care, în procesul negocierilor contractuale, ale încheierii contractului sau al executării acestuia, obține sau încearcă să obțină de la cealaltă parte contractantă (profesionist) un avantaj, care nu corespunde contraprestației cocontractantului sau care este în mod vădit disproporționat față de valoarea contraprestației celeilalte părți, este tras la răspundere și este obligat să repare prejudiciul astfel cauzat. De asemenea, dacă impune sau încearcă să impună celeilalte părți contractante (profesionist) obligații, care creează un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților este tras la răspundere și este obligat să repare prejudiciul astfel cauzat. (2°). Conform art. L 442-4 I., persona prejudiciată (sau oricine justifică un interes) poate solicita instanței competente *încetarea practicilor abuzive și repararea prejudiciului*. Victima practicilor abuzive poate solicita *nullitatea clauzelor contractuale sau a contractelor ilicite și restituirea prestațiilor*⁴⁵.

⁴³ J.O., L111/59, 25.4.2019.

⁴⁴ Modificat prin Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 - art. 2, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000038414278/2020-11-28/?isSuggest=true>, 28.11.2020.

⁴⁵ Art. L 442-1 I. din Codul comercial francez : „Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services: 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie; 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.”. Art. L 442-4 I., alin. 2 din Codul comercial francez: „Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus.”, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000038414278/2020-11-28/?isSuggest=true>, 28.11.2020.

În Codul civil german practicile abuzive sunt prohibite în contractele B2B. Potrivit art. 307 (1), prevederile din contractele standard/de adeziune B2B *nu produc efecte* dacă, contrar bunei credințe, avantajează în mod nerezonabil partea care le-a propus, inclusiv în cazul în care sunt neclare și dificil de înțeles⁴⁶.

În Belgia, după modificarea Codului de drept economic din 2019, au fost prohibite clauzele abuzive din contractele B2B, prin prevederile art. VI.91/3, în vigoare de la 1 decembrie 2020⁴⁷. Conform acestuia, orice clauză contractuală, încheiată între întreprinderi (profesioniști), este abuzivă dacă, singură sau în combinație cu una sau mai multe clauze, *crează un dezechilibru vădit între drepturile și obligațiile părților*. Caracterul abuziv al clauzei se apreciază în funcție de natura produselor care fac obiectul contractului și de toate circumstanțele existente la momentul încheierii contractului, de economia generală a contractului, de uzanțele comerciale aplicabile, precum și în funcție de toate celelalte clauze contractuale sau de un contract de care depinde contractul în discuție și de claritatea și de gradul de comprehensibilitate al clauzei. În următoarele două articole sunt enumerate clauzele abuzive și clauzele prezumate (irefragabil) abuzive (art. VI.91/4, art. VI.91/5), pentru ca în art. VI.91/6 să se stabilească *nulitatea (parțială) a clauzelor abuzive* în contractele B2B⁴⁸.

⁴⁶ Art. 307 (1) din Codul civil german: „Provisions in standard business terms are ineffective if, contrary to the requirement of good faith, they unreasonably disadvantage the other party to the contract with the user. An unreasonable disadvantage may also arise from the provision not being clear and comprehensible.”, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0915, 28.11.2020. Pentru comentariul acestui text, a se vedea, H. Schulte-Nölke, *No Market for 'Lemons': On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts*, în *European Review of Private Law*, nr. 2/2015, pp.195–216.

⁴⁷ Art. VI.91/3. § 1er.: „Pour l'application du présent titre, toute clause d'un contrat conclu entre entreprises est abusive lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties. § 2. Le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, à l'économie générale du contrat, aux usages commerciaux qui s'appliquent, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend. Pour l'appréciation du caractère abusif, il est également tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension visée à l'article VI.91/2, alinéa 1er. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération, d'une part, et les produits à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.”, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&la=F&cn=2013022819&table_name=loi&caller=list&F=&fromtab=loi&tri=dd%20AS%20RANK&rech=1&numero=1&sql=%28text%20contains%20%28%27%27%29%29#Art.VI.1, 28.11.2020.

⁴⁸ Art. VI.91/6 din Codul de drept economic „Toute clause abusive est interdite et nulle. Le contrat reste contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les clauses abusives”,

În dreptul român, până în prezent, singura reglementare ce privește clauzele abuzive între profesioniști se regăsește în Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante⁴⁹. Conform art. 12 din lege, dacă termenul de plată ori nivelul dobânzii sau al daunelor-interese suplimentare sunt stabilite în mod vădit inechitabil în raport cu creditorul, atunci practica sau clauza respectivă este considerată abuzivă și este lovită de nulitate absolută (art. 15 alin. 1), putând conduce la despăgubiri (art. 15 alin. 2)⁵⁰.

Prin urmare, se pare că soluția indirectă, alternativă, aleasă de Wikingerhof pentru eliminarea clauzelor abuzive din contractul de adeziune încheiat cu Booking.com este una *temporară*, a cărei utilizare nu va mai fi necesară odată cu aplicarea noilor reguli la nivel european (și național). Protecția profesionistului aflat într-o poziție de inferioritate în contractele B2B nu va mai impune apelarea la normele concurenței comerciale sau la complicatele modalități din categoria regulilor generale în materia contractelor⁵¹ (respectarea ordinii publice și a bunelor moravuri, a bunei credințe, a condițiilor de validitate impuse de lege, prin recurgera la viciile de consimțământ, cum este *leziunea* ori *violența economică*).

Concluzii

Acțiunea în încetare a practicilor anticoncurențiale ca rezultat al abuzului de poziție dominantă este o acțiune în răspundere civilă delictuală, care intră în competența instanței unde se află piața afectată de pretinsul comportament anticoncurențial, instanță care corespunde obiectivelor de proximitate și de bună administrare a justiției. În cazul în care acțiunea va fi admisă, hotărârea instanței naționale va avea un dublu rezultat: asigurarea concurenței loiale pe o anumită piață și desființarea clauzelor contractuale care reprezintă practici anti-concurențiale, contribuind la „disciplinarea” profesioniștilor care distorsionează concurența uzând de poziția lor dominantă. Deși scopul regulilor concurenței nu este protejarea profesioniștilor vulnerabili pe piață, încetarea practicilor abuzive are ca efect indirect și subsidiar „curățarea” contractului dintre părți de clauzele abuzive, inechitabile. Această posibilitate demonstrează că o situație conflictuală nu trebuie privită în mod izolat, ruptă de conexiunile sale cu diferite ramuri și

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&la=F&cn=2013022819&table_name=loi&caller=list&F=&fromtab=loi&tri=dd%20AS%20RANK&rech=1&numero=1&sql=%28text%20contains%20%28%27%27%29%29#Art.VI.1, 28.11.2020.

⁴⁹ M. Of. nr. 182, 2.4.2013.

⁵⁰ Pentru detalii, Ghe. Piperea, *Clauze și practici abuzive în relațiile dintre profesioniști*, 2013, disponibil la adresa <https://www.juridice.ro/256771/clauze-si-practici-abuzive-in-relatiile-dintre-profesionisti.html>, accesată la 28.11.2020.

⁵¹ Ghe. Piperea, *Introducere în Dreptul contractelor profesionale*, Editura C. H. Beck, București, 2011, p. 79.

instituții de drept, ci holistic, exploatând toate aspectele de drept privat și public cu care vine sau ar putea veni în contact.

Având în vedere tendința la nivel european și în unele state membre UE, referitoare la adoptarea de reguli menite să protejeze profesionistul de clauzele abuzive incluse în contractele de adeziune, soluția utilizată de Wikingerhof va deveni inutilă, profesioniștii având la dispoziție căi mai simple și mai eficiente.

Științe Penale
Criminal Sciences

Evoluția aplicării în jurisprudența națională a jurisprudenței Curtții Europene a Drepturilor Omului în materia principiului „*non bis in idem*”. Studii de caz

The Evolution of the Application in the National Jurisprudence of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Matter of the „*non bis in idem*”. Principle. Case Studies

Ancuța Blanariu¹

Rezumat: Prezentul studiu urmărește să supună atenției modul în care instanțele judecătorești naționale au receptat și aplicat în cauzele penale jurisprudența Curtții Europene a Drepturilor Omului în materia principiului *non bis in idem*. Cazurile analizate privesc aplicarea principiului *non bis in idem* în două categorii de situații: când inculpatul este trimis în judecată pentru săvârșirea unei fapte pentru care a fost sancționat contravențional anterior, respectiv când față de inculpat s-a dispus o soluție de netrimitere în judecată, urmată de redeschiderea urmăririi penale și de trimiterea în judecată prin rechizitoriu. Din analiza hotărârilor penale se poate observa o lipsă de coerență în aplicarea jurisprudenței instanței europene, respectiv o practică neunitară atât la nivelul judecătoriilor, cât și la nivelul curților de apel, ca instanțe de control judiciar, ceea ce determină acordarea unei atenții sporite și o aprofundare serioasă a problematicii, pentru a se asigura respectarea drepturilor fundamentale ale omului și evitarea unor posibile condamnări ale statului român.

Cuvinte-cheie: principiul *non bis in idem*; cumulul procedurii contravenționale cu cea penală; redeschiderea procesului penal

Abstract: The present study aims to draw attention to the way in which the national courts have received and applied, in criminal cases, the jurisprudence of the European Court of Human Rights regarding the *non bis in idem* principle. The analyzed cases cover the application of the *non bis in idem* principle in two categories of situations: (i) when the defendant is sent to trial for committing an act for which he was previously sanctioned as a misdemeanour and, respectively, (ii) when against the defendant was ordered a solution of non-prosecution, followed by the reopening of the criminal prosecution and, afterwards, indictment. From the analysis of the criminal judgments, it can be observed a lack of coherence in the application of the jurisprudence of The European Court and an uneven practice, both at the level of district courts, and at the level of courts of appeal, as courts of judicial control, an aspect which requires increased attention and, consequently, a serious deepening of the matter, in order to

¹ Judecător, Judecătoria Iași, email: ancuta.blanariu@yahoo.com.

ensure the respect of the fundamental human rights and in order to avoid a possible conviction of the Romanian State.

Keywords: the *non bis in idem* principle; the cumulation of the administrative proceedings and the criminal proceedings; the reopening of the criminal prosecution

1. Scurtă prezentare a principiului *non bis in idem*

Principiul *non bis in idem* este cunoscut și sub denumirea de *ne bis in idem* sau dreptul de a nu fi judecat și pedepsit de două ori și este prevăzut la nivel național de dispozițiile art. 6 Cod procedură penală, conform cărora „nicio persoană nu poate fi urmărită sau judecată pentru săvârșirea unei infracțiuni atunci când față de acea persoană s-a pronunțat anterior o hotărâre penală definitivă cu privire la aceeași faptă, chiar și sub altă încadrare juridică”.

Aparent, reglementarea internă nu s-ar aplica decât în situația în care ar exista o hotărâre penală definitivă cu privire la aceeași faptă, în sensul restrâns al noțiunii de hotărâre, ca soluție pronunțată de o instanță judecătorească. În fapt, principiul *non bis in idem* cunoaște și o reglementare internațională, cu aplicare mai largă, fiind consacrat în pacte și tratate internaționale și dezvoltat în jurisprudență, reguli obligatorii în temeiul art. 20 din Constituția României.

Art. 50 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene prevede că „nimeni nu poate fi judecat sau condamnat pentru o infracțiune pentru care a fost deja achitat sau condamnat în cadrul Uniunii, prin hotărâre judecătorească definitivă, în conformitate cu legea”, interzicând astfel, proceduri succesive în state diferite pentru aceeași faptă.

În ceea ce privește situațiile interne, când ambele proceduri se defășoară în același stat, este aplicabil art.4 din Protocolul nr.7 adițional la CEDO, care prevede:

„1. Nimeni nu poate fi urmărit sau pedepsit penal de către jurisdicțiile aceluiași Stat pentru săvârșirea infracțiunii pentru care a fost deja achitat sau condamnat printr-o hotărâre definitivă conform legii și procedurii penale ale acestui Stat.

2. Dispozițiile paragrafului precedent nu împiedică redeschiderea procesului, conform legii și procedurii penale a statului respectiv, dacă fapte noi ori recent descoperite sau un viciu fundamental în cadrul procedurii precedente sunt de natură să afecteze hotărârea pronunțată.

3. Nicio derogare de la prezentul articol nu etse îngăduită în temeiul art. 15 din Convenție.”

În jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului², principiul *non bis in idem* a cunoscut o evoluție permanentă, urmărind protejarea intereselor persoanelor supuse procedurilor penale și asigurarea unui echilibru față de interesul general al societății.

În aplicarea acestui principiu, Curtea verifică trei cerințe: caracterul penal al procedurilor, în sensul autonom al art. 6 și 7 din CEDO (principiile Engel),

² Denumită în continuare Curtea.

identitatea faptelor din cele două proceduri sau faptele să fie în esență similare (Cauza Zolotukhin contra Rusiei) și dacă există o repetare a procedurii, în sensul că prima procedură trebuie să fie încheiată printr-o hotărâre definitivă, care nu mai poate face obiectul unei căi de atac ordinare.

În mod obișnuit, Curtea constata cu mare ușurință încălcarea principiului *non bis in idem*, aplicând aproape automat cele trei criterii. Ulterior a înțeles să nuanțeze ultimul criteriu, al repetării procedurii, găsind noi teorii care să permită o analiză complexă a cauzelor, pentru a se ajunge la soluții echilibrate. S-a resimțit influența jurisprudenței dezvoltate de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene³ în materie fiscală, unde s-a acceptat cumulul răspunderii fiscale cu cea penală, atât timp cât sancțiunile de drept fiscal nu îmbracă un caracter penal, fiind complementare.

Evoluția jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului a fost justificată și de diversitatea reglementărilor statelor membre, în lipsa unificării legislației penale fiind nevoie ca statele să poată aplica măsurile considerate cele mai potrivite. Astfel, în cuprinsul hotărârii A și B contra Norvegiei⁴, Curtea a recunoscut că deși articolul 4 din Protocolul nr. 7 din Convenție impune în sarcina statelor contractante obligația de a proteja interesele justițiabilului, este necesar, de asemenea, să se lase autorităților naționale marja de a alege mijloacele folosite pentru a atinge acest scop. Cu alte cuvinte, Curtea a afirmat că nu doar interesele persoanei supuse unei proceduri penale trebuie avute în vedere, ci și interesele persoanelor vătămate sau chiar ale societății, în general. În plus, Convenția trebuie să fie citită în ansamblul său și interpretată astfel încât să se promoveze coerența internă și armonia între diferitele sale dispoziții.

Așadar, principiul *non bis in idem*, deși este formulat de o manieră imperativă, permițând doar excepțiile prevăzute la paragraful 2, a cunoscut în jurisprudența ultimilor ani o ușoară atenuare.

2. Aplicarea principiului *non bis in idem* în ipoteza sancționării contravenționale urmate de o procedură penală

2.1. Principiile rezultate din jurisprudența instanței europene

Vom analiza în continuare cele trei condiții pe care Curtea le verifică, respectiv: caracterul penal al procedurilor, identitatea faptelor și dublarea procedurii.

2.1.1. Caracterul penal al procedurilor

Sintagma „procedură penală”, folosită în textul art. 4 din Protocolul nr. 7, a fost interpretată în sensul expresiei „acuzăție în materie penală” și al termenului „pedeapsă”, care figurează la art. 6 și, respectiv, la art. 7 din Convenție.

Curtea analizează „criteriile Engel”: încadrarea juridică a infracțiunii în dreptul intern, natura infracțiunii, gradul de severitate a sancțiunii pe care

³ Hotărârea CJUE, cauza C-617/10 *Åklagaren împotriva Hans Åkerberg Fransson*, paragraful 37.

⁴ *A și B. contra Norvegiei*, cererile nr. 24130/11 și 29758/11, 15 noiembrie 2016.

persoana în cauză riscă să o primească. Criteriile al doilea și al treilea sunt alternative și nu neapărat cumulative. Acest lucru nu împiedică totuși adoptarea unei abordări cumulative, dacă analiza separată a fiecărui criteriu nu permite să se ajungă la o concluzie clară cu privire la existența unei acuzații în materie penală⁵.

Nu poate constitui singurul criteriu relevant pentru aplicabilitatea principiului *non bis in idem* calificarea juridică a procedurii în dreptul intern, întrucât, în caz contrar, aplicarea acestei dispoziții ar fi lăsată la aprecierea statelor contractante, existând riscul să se ajungă la rezultate incompatibile cu obiectul și scopul Convenției.

Dreptul de a nu fi judecat sau pedepsit de două ori nu a fost inclus în Convenția adoptată în 1950, ci a fost adăugat în al șaptelea protocol, adoptat în 1984 și a intrat în vigoare în 1988, aproape 40 de ani mai târziu. Patru state (Germania, Olanda, Marea Britanie și Turcia) nu au ratificat Protocolul nr.7 și unul dintre ele (Germania) și alte patru state care l-au ratificat (Austria, Franța, Italia și Portugalia) au formulat rezerve sau declarații interpretative care să ateste că noțiunea de „penal” ar trebui să fie aplicată în conformitate cu înțelesul dat acestei noțiuni în legislațiile lor naționale specifice. Rezervele făcute de Austria și Italia au fost considerate invalide, deoarece nu au fost însoțite de o scurtă prezentare a legii incidente, spre deosebire de rezerva realizată de către Franța.⁶

Impunerea de sancțiuni pe baza atât a dreptului administrativ, cât și a dreptului penal pentru aceeași faptă este o practică foarte răspândită în statele membre ale Uniunii Europene, în special în domenii precum circulația rutieră, fiscalitatea, politici de mediu sau siguranță publică. Acoperind domeniul contravențional, principiul *non bis in idem* devine incident în numeroase cazuri, fără a determina Curtea să redefinească cerința caracterului penal al procedurii în sensul restrângerii aplicării principiului doar la penalul clasic, la nucleul dur al dreptului penal.

2.1.2. Identitatea faptelor

În ceea ce privește identitatea de fapte, nu se compară încadrările juridice ale faptelor din cele două proceduri, textele de lege, ci se compară expunerea faptelor care fac obiectul acuzației pentru care persoana a fost deja judecată cu expunerea acuzației din a doua procedură. Este suficient ca faptele judecate în cele două proceduri să aibă anumite elemente comune ce țin de loc, de timp, de persoanele implicate, indiferent de încadrarea legală a faptelor din cele două proceduri.

Nu s-a optat pentru o interpretare strictă, rigidă, doar în situații de suprapunere perfectă de fapte. Dimpotrivă, Curtea europeană a fost chiar foarte generoasă, a definit atât de amplu identitatea de fapte, încât au intrat sub incidența principiului *non bis in idem* nu doar situațiile în care ambele proceduri

⁵ *Sergey Zolotukhin contra Rusiei* (MC), nr. 14939/03, CEDO 2009, pct.53, *Jussila contra Finlandei*, pct.30-31.

⁶ *A și B. contra Norvegiei*, pct.117.

aveau în comun elementele principale ale faptelor, ci și situațiile în care elementele comune erau neesențiale. Astfel, dreptul de a nu fi judecat și pedepsit de două ori nu mai constituia o simplă garanție împotriva unui eventual abuz al autorităților, ci părea, la un moment dat, un instrument folosit de inculpați pentru a scăpa de răspunderea penală.

Spre exemplu, în cauza *Fischer contra Austriei*⁷, reclamantul a lovit mortal un biciclist în timp ce conducea un autovehicul în stare de ebrietate, a părăsit locul accidentului și a anunțat poliția abia în noapte. Autoritățile administrative i-au aplicat reclamantului o sancțiune cu amenda pentru contravenția de conducere în stare de ebrietate, iar ulterior, o instanță de judecată l-a condamnat pe reclamant la șase luni de închisoare pentru ucidere din culpă, reținând ca și circumstanță agravantă faptul că inculpatul era în stare de ebrietate. Președintele federal austriac a grațiat parțial pedeapsa, reducând-o la cinci luni de închisoare, în considerarea amenzii contravenționale. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a considerat că reclamantul a fost judecat și sancționat de două ori pe baza unui singur act, întrucât delictul administrativ nu diferă prin niciun element esențial de circumstanța agravantă reținută în sarcina reclamantului, iar reducerea cu o lună a pedepsei nu a avut nicio importanță. Aparent, la stabilirea identității de fapte nu s-a ținut seama de rezultatul faptei, element care nu era comun ambelor proceduri, și nici nu s-a avut în vedere obligația statului de a urmări în justiție autorii încălcărilor grave ale art. 2 privind dreptul la viață și necesitatea de a interpreta Convenția într-un mod coerent.

În cauza *Tsonyo Tsonev contra Bulgariei* (nr. 2)⁸, reclamantul, împreună cu un prieten de-al acestuia, au mers în apartamentul unui terț, cu care au avut o altercație violentă. Reclamantul a fost obligat la plata unei amenzi pentru că a pătruns în domiciliul unei persoane și a bătut-o, apoi a fost condamnat de instanța penală pentru vătămare corporală. Curtea a constatat că aceleași fapte, de pătrundere în domiciliul unei persoane și de lovire, se aflau la originea atât a amenzii aplicate de primar, cât și a urmăririi penale inițiate de parchet, fiind încălcat art. 4 din Protocolul nr. 7.

Într-o altă cauză, *Khmel contra Rusiei*⁹, Curtea a stabilit că acuzațiile penale se refereau la același set de circumstanțe faptice pentru care reclamantul a fost anterior sancționat contravențional. Inculpatul a fost condus la o secție de poliție sub suspiciunea de conducere sub influența alcoolului, a refuzat să-și prezinte identitatea, a avut un comportament nedisciplinat și a refuzat să părăsească clădirea atunci când i s-a solicitat acest lucru. A fost sancționat administrativ cu amendă de 1.500 de ruble rusești, apoi a fost condamnat în cadrul procedurii penale pentru amenințare și insulte aduse unui funcționar public în ziua în care a fost dus la secția de poliție și amendat cu 7.500 de ruble rusești.

⁷ *Fischer contra Austriei*, nr. 37950/97, 29 mai 2001.

⁸ *Tsonyo Tsonev contra Bulgariei* (nr. 2), 2376/03, 14 ianuarie 2010.

⁹ *Khmel contra Rusiei*, 12 decembrie 2013.

2.1.3. Dublarea procedurii

În cauza A și B contra Norvegiei¹⁰, Curtea a simțit nevoia de a-și analiza jurisprudența anterioară și de a clarifica problema procedurilor paralele, succesive sau complementare, dezvoltând teoria legăturii „materiale și temporale” a procedurilor, teorie care permite restrângerea considerabilă a aplicării principiului *non bis in idem*.

Pentru a verifica legătura materială trebuie analizat:

- dacă diferitele proceduri urmăresc scopuri complementare și, prin urmare, abordează, nu numai *in abstracto*, ci și *in concreto*, aspecte diferite ale actului prejudiciabil societății în cauză;

- dacă natura mixtă a procedurilor în cauză este o consecință previzibilă, atât în drept, cât și în practică, a aceluiași comportament incriminat;

- dacă procedurile în cauză s-au desfășurat astfel încât să se evite pe cât posibil orice suprapunere în colectarea și aprecierea elementelor de probă, în special datorită unei interacțiuni adecvate între diferitele autorități competente, care să demonstreze că stabilirea faptelor efectuată în cadrul unei proceduri a fost preluată în cadrul celeilalte;

- dacă sancțiunea impusă în urma procedurii care a rămas definitivă mai întâi a fost luată în considerare în cadrul procedurii rămase definitive ulterior, astfel încât, în final, să nu i se impună persoanei în cauză o sarcină excesivă, acest risc fiind cel mai puțin probabil să survină în cazul în care există un mecanism de compensare menit să garanteze că ansamblul tuturor pedepselor pronunțate este proporțional.

Chiar dacă legătura materială este suficient de solidă, condiția privind legătura temporală rămâne valabilă și trebuie să fie îndeplinită. Nu este necesar ca cele două seturi de proceduri să se desfășoare simultan de la început până la sfârșit, întrucât statul trebuie să aibă dreptul de a opta pentru desfășurarea progresivă a procedurilor, în cazul în care această manieră de abordare este justificată de preocuparea pentru eficiența acestora și de buna administrare a justiției, urmărește scopuri sociale diferite și nu cauzează părții în cauză un prejudiciu disproportionat. Legătura temporală suficient de strânsă protejează justițiabilul față de incertitudine și întârzieri și are ca scop evitarea prelungirii în timp a procedurilor.

Curtea Europeană a avut ocazia să aplice această nouă teorie, a legăturii materiale și temporale dintre proceduri în mai multe materii: fiscală, rutieră, ordine publică.

În materie fiscală¹¹, reclamanților le-au fost impuse penalități în cadrul unor proceduri administrative, apoi au fost condamnați pentru aceleași fapte la pedeapsa închisorii cu suspendare și la plata unor amenzi, ținându-se seama și de penalitățile din prima procedură. Deși cele două seturi de proceduri urmăreau scopuri complementare, consecințele pentru reclamanți erau previzibile, iar sancțiunile deja impuse în procedurile fiscale au fost avute suficient în vedere la

¹⁰ A și B contra Norvegiei [MC], 24130/11 și 29758/11, 15 noiembrie 2016, p.132 și urm.

¹¹ Johannesson și alții contra Islandei, nr.22007/11, 18 mai 2017.

aplicarea pedepsei în procedurile penale, s-a reținut că procedurile nu au fost conectate sub aspectul administrării probelor, iar legătura temporală a fost foarte slabă¹², fiind încălcat principiul *non bis in idem*.¹³

În materie rutieră¹⁴, Curtea a revenit față de practica instituită prin cauza *Fischer versus Austria* și a constatat că impunerea unei amenzi administrative pentru conducere cu viteză nu împiedică aplicarea și a unei sancțiuni penale cu închisoarea de 1 an și 6 luni pentru uciderea din culpă a unei persoane în cadrul accidentului de circulație produs ca urmare a depășirii vitezei legale, iar cele două proceduri, administrativă și penală, au avut o strânsă legătură materială și temporală¹⁵. Curtea a remarcat că deși instanțele penale nu au menționat faptul că au ținut seama de sancțiunea administrativă aplicată, sarcina impusă în cadrul ambelor proceduri nu a fost vădit disproporționată față de gravitatea faptei.

În materie de ordine publică¹⁶, s-a constatat lipsa unei legături materiale suficiente între proceduri, întrucât probele din prima procedură, administrativă, nu au fost preluate în a doua procedură, penală, fiind reaudiați douăzeci de martori, iar instanța penală nu a ținut seama, la stabilirea pedepsei de 2 ani închisoare, de sancțiunea administrativă anterioară, de 15 zile de detenție¹⁷.

2.2. Aplicarea principiului non bis in idem în jurisprudența națională în cazul răspunderii contravenționale urmată de cea penală

2.2.1. În materia tulburării ordinii și liniștii publice

Cele mai multe probleme se întâlnesc la stabilirea identității faptelor din cele două proceduri, de regulă instanțele comparând textele de lege care

¹² Durata generală a celor două seturi de proceduri fusese de aproximativ nouă ani și trei luni, acestea derulându-se în paralel pentru puțin mai mult de un an. Reclamanții nu au fost acuzați decât după 15 sau 16 luni după ce au fost adoptate deciziile autorităților fiscale în procedurile administrative și nu au fost condamnați decât la patru ani după adoptarea acelor decizii.

¹³ O critică motivată a acestei hotărâri este cuprinsă în opinia concordantă a domnului judecător Pinto de Albuquerque, opinie la hotărârea Mihalache contra României, pct. 35-36.

¹⁴ *Bajcic contra Croației*, nr. 67334/13, 8 octombrie 2020.

¹⁵ Procedurile au început în aceeași perioadă, cea administrativă a durat 14 luni, iar cea penală a continuat încă 6 ani și 10 luni, parcurgând 4 nivele de jurisdicție, inculpatul fiind trimis în judecată la doar 7 luni de la sancționarea administrativă.

¹⁶ *Velkov contra Bulgariei*, nr. 34503/10 din 21 octombrie 2020.

¹⁷ Totuși, primul aspect, al nepreluării probelor din prima procedură, ar putea fi corelat și cu dreptul acuzatului de a adresa întrebări direct martorilor, prevăzut de art. 6 paragraf 3 lit.e din Convenție, drept la care nu reiese din hotărâre că reclamantul ar fi renunțat, mai ales că în acea cauză inculpatul nega săvârșirea faptelor, iar instanța penală trebuia să verifice susținerile acuzatului. Sub aspectul neluării în seamă a primei sancțiuni, se poate observa că în cauza *Bajcic contra Croației*, chiar dacă instanța națională nu a motivat că a avut în vedere sancțiunea anterioară, Curtea a tras concluzia că implicit s-a ținut seama de prima condamnare, pentru că s-a stabilit o pedeapsă de 1 an și 6 luni închisoare, sub maximul special de 5 ani închisoare.

incriminează contravenția, respectiv infracțiunea, în loc să verifice descrierea faptelor care constituie acuzațiile. Rar s-a ajuns la analiza legăturii materiale și temporale dintre proceduri, instanțele oprindu-se la identitatea faptelor.

Într-o cauză¹⁸, inculpatul consumase alcool cu niște prieteni, cu muzica la maxim și a adresat polițiștilor veniți să intervină, cuvinte și expresii jignitoare, amenințări, a refuzat să se legitimizeze și a continuat cu expresiile jignitoare și cu amenințările atât pe drumul către secție, cât și în interiorul secției. Inculpatul a fost sancționat contravențional pentru consumul de băuturi alcoolice în locuri publice și pentru refuzul de a se legitima, apoi a fost condamnat la amendă penală pentru trei infracțiuni de sfidare a organelor judiciare, pentru comportamentul față de cei trei agenți de poliție, condamnare care a atras și revocarea unei suspendări condiționate a pedepsei închisorii.

Deși inculpatul a invocat în apel principiul *non bis in idem*, instanța de apel a apreciat că faptele pentru care fost sancționat contravențional inculpatul nu sunt aceleași cu faptele pentru care a fost trimis în judecată, fiind comparate doar textele de lege. Întrucât faptele care au făcut obiectul sancționării contravenționale, respectiv penale, fuseseră săvârșite în același set de împrejurări, puteau fi aplicate criteriile din cauza *Zolotukhin contra Rusiei*, care ar fi condus la concluzia identității de fapte.

Într-o altă cauză¹⁹, inculpatul tulburase grav ordinea și liniștea locatarilor blocului în care locuia, dar și a celor ce domiciliau în blocurile învecinate, prin strigăte, larmă, proferarea de cuvinte vulgare și jignitoare și ascultarea de muzică la un volum ridicat, în intervalul orar 04-08, iar când a venit un polițist să constate faptele, inculpatul a continuat comportamentul și a refuzat să se legitimizeze, fiind sancționat contravențional cu amendă de 1.500 de lei.

Curtea de apel a desființat hotărârea primei instanțe, care, fără a mai administra probe, reținuse identitatea de fapte în cele două proceduri, față de criteriile din cauza *Tsonyo Tsonev vs. Bulgaria* (nr. 2). Curtea a dispus trimiterea cauzei la rejudecare, pentru a se administra toate probele, în vederea stabilirii cu exactitate a situației de fapt și a identificării dacă faptele concret săvârșite constituie contravenție sau infracțiune, cu indicația că se va anula procesul-verbal de contravenție dacă se va stabili o pedeapsă penală.

În rejudecare, judecătoria a administrat probele, a stabilit situația de fapt și a aplicat din nou principiul *non bis in idem*, apreciind că inculpatul nu poate fi pedepsit din nou pentru fapta pentru care a fost sancționat contravențional, faptele urmărite în cele două proceduri fiind identice.

Curtea de apel²⁰ a desființat din nou hotărârea și, în rejudecare, l-a condamnat pe inculpat la pedeapsa de 9 luni închisoare cu executare, fără a mai

¹⁸ Curtea de Apel Iași, secția penală, decizia penală nr. 447/2013 din 19.04.2013, la <http://www.rolii.ro/hotarari/58964bd5e49009181000101e>.

¹⁹ Curtea de Apel Galați, secția penală, decizia penală nr.1170/2017 din 06.11.2017, la <http://www.rolii.ro/hotarari/5a2a013de490097020000034>.

²⁰ Curtea de Apel Galați, decizia penală nr. 581/2019 din 07.05.2019, la <http://www.rolii.ro/hotarari/5cf08814e490097c0a000036>.

anula procesul-verbal de contravenție, cum fuseseră indicațiile în primul ciclu procesual, reținând, în esență, că inculpatul a fost sancționat contravențional de polițist doar pentru faptele constatate prin propriile simțuri de către acesta, pentru gălăgia și tulburarea ordinii publice în intervalul de după sosirea polițistului și a fost trimis în judecată pentru gălăgia din intervalul anterior sosirii polițistului și pentru amenințările, expresiile vulgare și injurioase adresate polițistului chemat să intervină la incident. Practic, instanța națională a separat în mod artificial în expunerea sa, faptele inculpatului, astfel încât unele să se încadreze în contravenții și altele în infracțiuni, fără ca această delimitare a faptelor să fi existat în mod clar, previzibil, încă de la începutul procedurilor, cu ignorarea jurisprudenței europene în materia identității de fapte.

Într-o cauză²¹, inculpații fuseseră trimiși în judecată pentru că în public și-au adresat injurii și s-au lovit reciproc, creând o stare de indignare și de temere în rândul persoanelor prezente în acel loc, deși fuseseră și sancționați contravențional cu amendă de 1.000 de lei pentru aceleași fapte. Unul dintre inculpați a achitat amenda și a invocat principiul *non bis in idem*, obținând soluția de încetare a procesului penal prin aplicarea jurisprudenței CEDO, iar celălalt inculpat a formulat plângere contravențională împotriva procesului-verbal de contravenție, cauza fiind suspendată până la soluționarea cauzei penale. În apel, inculpatul a plătit amenda, iar curtea de apel a stabilit că prin achitarea amenzii este de la sine înțeles că sancțiunea contravențională ce a fost aplicată prin procesul-verbal de sancționare a contravenției a rămas definitivă și a dispus încetarea procesului penal.

Într-o altă cauză²², judecătoria a dispus încetarea procesului penal, constatând că inculpații erau acuzați pentru faptele săvârșite pe terasa unui magazin sătesc, pe fondul consumului de alcool, când au lovit o persoană, cauzându-i leziuni traumatice care au necesitat 2-3 zile de îngrijiri medicale, deși pentru aceeași faptă, inculpații fuseseră sancționați și contravențional cu amendă de 1.000 lei. S-au aplicat principiile din cauza *Tsonyo Tsonev vs. Bulgaria* și s-a constatat identitatea de fapte, iar curtea de apel a confirmat această soluție.

Totuși, având în vedere că la data pronunțării hotărârilor era deja pronunțată hotărârea în cauza A și B contra Norvegiei, s-ar fi putut extinde analiza instanțelor și asupra lipsei legăturii materiale dintre cele două proceduri, dat fiind că în cauza penală sancțiunea ce se putea aplica era tot amenda, față de gravitatea redusă a leziunilor provocate, iar această sancțiune nu ar fi fost complementară celei contravenționale, având aceeași natură. Dacă leziunile provocate ar fi fost mult mai grave, reclamând aplicarea sancțiunii cu închisoarea, instanța ar fi putut aprecia diferit asupra legăturii materiale dintre cele două proceduri.

²¹ Curtea de Apel Galați, decizia penală nr. 709/2019 din 04.06.2019, la <http://www.rolii.ro/hotarari/5d16c7ace490097812000039>.

²² Curtea de Apel Iași, decizia penală nr. 552/2019, din 27.06.2019, la <http://www.rolii.ro/hotarari/5d89730fe490099c1a00002f>.

În altă cauză²³, în care inculpata a fost sancționată cu amendă contravențională de 1.000 de lei pentru lovirea unei colege de serviciu, din motive de gelozie, pentru că ar fi avut o relație cu soțul inculpatei, judecătoria a dispus condamnarea la pedeapsa închisorii de 7 luni cu suspendarea sub supraveghere, după o perioadă de aproape 5 ani de la data faptei, analizând în detaliu criteriile rezultate din cauza A și B contra Norvegiei. Totuși, curtea de apel a reținut că procedura contravențională și cea penală nu au urmărit scopuri complementare, ci au avut același scop, de sancționare a inculpatei pentru lovirea colegei, iar judecătoria a omis să verifice descrierea faptei din cuprinsul procesului-verbal de sancționare contravențională, unde nu se menționase nimic despre scandalul public, deși temeiul sancțiunii viza tocmai producerea unui scandal în loc public.

2.2.2. În materie de contravenții și infracțiuni silvice

Practica națională nu este unitară și omogenă, fiind pronunțată o paletă largă de soluții, unele bazate pe jurisprudența europeană, altele bazate doar pe dreptul intern. Cele mai multe probleme apar în situația în care se încheie procese-verbale contravenționale pentru fiecare act material în parte, urmate de trimiterea în judecată pentru aceleași acte materiale, deciziile instanțelor fiind fie de încetare a procesului penal, fie de condamnare. Problema cumulului dintre răspunderea contravențională și cea penală în materia tăierii ilegale și a furtului de arbori face în continuare subiectul dezbaterilor, inclusiv în cadrul întâlnirilor de unificare a practicii, organizate de Institutul Național al Magistraturii.

În cadrul întâlnirii din 18 mai 2018²⁴ s-a susținut că răspunderea contravențională înlătură posibilitatea antrenării răspunderii penale, fiind analizate criteriile privind identitatea faptei din cauzele *Tsonyo Tsonev contra Bulgariei* și *Sergey Zolotukhin contra Rusiei*, însă nu s-a avut în vedere cauza A și B contra Norvegiei, respectiv posibilitatea cumulului celor două răspunderi în caz de compatibilitate a procedurilor, legătura materială și temporală dintre cele două proceduri, sistemul integrat de sancțiuni, complementaritatea scopurilor urmărite de cele două proceduri, preluarea probelor, proporționalitatea sancțiunilor, aspecte care ar putea justifica în unele situații ambele tipuri de sancțiuni. Nici la întâlnirile următoare, din mai 2019²⁵ și din martie 2020²⁶, când a fost reluată discuția, nu s-a observat revirimentul Curții Europene a Drepturilor Omului, ci s-a exprimat doar o îngrijorare privind o posibilă problemă de reglementare dacă s-ar accepta cumulul celor două răspunderi, cumul care ar putea exista, întrucât faptele din cele două proceduri nu sunt identice.

²³ Curtea de Apel Timișoara, decizia penală nr. 1005/2020 din 14.10.2020, la <http://rolii.ro/hotarari/5fa60adee490090c21000033>.

²⁴ http://inm-lex.ro/fisiere/d_2441/Minuta%20intalnire%20drept%20penal%20procurori%2018%20mai%202018.pdf, pagina 39, accesat la 29.10.2020.

²⁵ http://inm-lex.ro/fisiere/d_2441/Minuta%20intalnire%20presedinti%20sectii%20penale%2016%2017%20mai%202019.pdf, pagina 25, accesat la 29.10.2020.

²⁶ <http://inm-lex.ro/wp-content/uploads/2020/04/Minuta-intalnire-procurori-sefi-sectie-Bucuresti-9-10-martie-2020.pdf>, pagina 14, accesat la 29.10.2020.

Într-o situație²⁷ în care inculpații au fost trimiși în judecată pentru infracțiuni silvice, deși fuseseră sancționați contravențional prin șase procese-verbale pentru aceleași fapte, încadrate ca și contravenții silvice, judecătoria a dispus încetarea procesului penal fără a mai proceda la judecarea pe fond a cauzei, apreciind că principiul *non bis in idem* se opune unei noi proceduri penale. În apel, instanța a decis că principiul *non bis in idem* nu împiedică o judecată penală și o eventuală condamnare a inculpatului, chiar dacă acesta a fost sancționat contravențional cu 3 ani în urmă pentru aceleași fapte deduse judecării, atât timp cât inculpatul nu a achitat amenzile aplicate, cu condiția ca instanța, în baza art. 52 Cod procedură penală, să anuleze acele procese-verbale de contravenție, pentru a nu exista o dublă pedeapsă. Această soluție ignoră jurisprudența europeană constantă privind identitatea faptelor, însă se apropie de echitatea care poate fi stabilită potrivit teoriei legăturii materiale și temporale, fiind nevoie, printre altele, ca inculpatului, prin cumulul celor două răspunderi, să nu i se cauzeze o situație vădit disproporționată față de gravitatea faptelor. Astfel, în concret, ținând seama de numărul actelor materiale, de frecvența acestora și de cantitatea de lemn tăiată și furată, se poate ajunge chiar și la condamnarea penală, fără ca principiul *non bis in idem* să fie încălcat și fără a fi nevoie de anularea proceselor-verbale contravenționale.

În altă cauză²⁸, judecătoria a dispus condamnarea inculpatului recidivist la pedeapsa de 2 ani închisoare pentru săvârșirea unei infracțiuni continuate de furt de arbori – 21 de acte materiale în perioada mai 2014 - mai 2016, deși inculpatul fusese sancționat contravențional pentru fiecare act material în parte. În apel, Curtea a aplicat principiul *non bis in idem*, astfel cum reiese din hotărârile Tsonyo Tsonev versus Bulgaria și Fischer versus Austria și a dispus încetarea procesului penal, reținând în plus faptul că potrivit dispozițiilor din dreptul intern, agentul constatatator poate verifica la momentul constatării abaterii la regimul silvic dacă autorul figurează în baza de date cu alte contravenții și poate sesiza organele de urmărire penală dacă prejudiciul creat depășește pragul legal. Totuși, posibilitatea agentului constatatator de a interoga bazele de date nu ar trebui să constituie un obstacol absolut în angajarea răspunderii penale, criteriile care trebuie analizate fiind mai multe, printre care și proporționalitatea sancțiunilor aplicate.

O astfel de analiză a proporționalității sancțiunii a fost efectuată de Curtea de Apel Bacău²⁹, care a apreciat că două amenzi contravenționale de câte 2.000 de lei, aplicate pentru două acte materiale de furt de arbori, sunt suficiente pentru a sancționa conduita inculpatului.

²⁷ Curtea de Apel Cluj, decizia penală nr. 886/2020 din 04.08.2020, la <http://www.rolii.ro/hotarari/5f349b3fe49009d01f000038>.

²⁸ Curtea de Apel Cluj, decizia penală nr. 1464/2018 din 10.12.2018 <http://www.rolii.ro/hotarari/5c2ec63ce490090821000038>.

²⁹ Curtea de Apel Bacău, decizia penală nr. 1124/2019 din 05.11.2019, la <http://www.rolii.ro/hotarari/5dd5fb3ee490097c0e00002e>.

2.2.3. În materie vamală

Instanțele de fond și de apel au apreciat diferit cu privire la identitatea faptelor, iar într-o cauză au aplicat principiul legăturii materiale și temporale.

Într-o speță³⁰, inculpatul a fost condamnat la pedeapsa de 3 ani închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de contrabandă prevăzută de art. 270 alin.3 din Legea nr.86/2006, constând în deținerea asupra sa și transportul a cinci cartușe de țigarete, respectiv deținerea cu altă ocazie, la domiciliul său, a două cartușe de țigarete și la domiciliul unei martore, a șaiszeci și două de cartușe de țigarete, cunoscând că provin din contrabandă, pe care le achiziționase în vederea revânzării la un preț mai mare. Deși inculpatul a invocat faptul că a fost deja sancționat contravențional, cu avertisment, respectiv cu amendă de 500 de lei, pentru aceleași fapte, judecătoria a redat textele de lege care prevăd contravenția, respectiv infracțiunea, și a constatat că nu există identitate de fapte. Curtea de apel a pronunțat încetarea procesului penal după ce a reținut caracterul penal al ambelor proceduri și identitatea de fapte și a aplicat regulile desprinse din cauzele CEDO Tomasovic contra Croației, privind deținerea de narcotice, Tsonyo Tsonev contra Bulgariei, privind lovirea unei persoane și Ruotsalainen contra Finlandei, privind fraudă fiscală.

În altă cauză³¹ a fost analizată identitatea de fapte prin raportare doar la textele legale, fără a se ține seama de jurisprudența Curții, care impunea verificarea aspectelor de fapt. Inculpații au fost condamnați la pedepse cu închisoarea cu suspendarea sub supraveghere, pentru infracțiunea de contrabandă asimilată, constând în aceea că au deținut și transportat cu autoturismul propriu cantitatea de 6.150 de pachete de țigarete, din care au vândut unei persoane 2.150 de pachete, deși fuseseră sancționați contravențional pentru că au transportat produse accizabile fără a deține documentele însoțitoare corespunzătoare. Curtea de apel a reținut lipsa identității de fapte, însă argumentele au vizat scopul procedurilor și obiectul juridic protejat prin fiecare incriminare, contravențională și penală, astfel că analiza a mers intuitiv în direcția complementarității celor două proceduri și a legăturii lor materiale, a sistemului integrat de sancțiuni, fără să se fi evocat în mod expres teoria din cauza A și B contra Norvegiei. Totuși, cumulum de sancțiuni nu pare să fi produs inculpaților o sarcină excesivă, față de gravitatea concretă a faptei.

O analiză completă a criteriului legăturii materiale și temporale a procedurilor a fost realizată de Judecătoria Buftea³², care a condamnat două persoane la pedeapsa închisorii cu suspendarea sub supraveghere, pentru introducerea pe teritoriul național a 150 de telefoane mobile și 15 tablete, fără a le

³⁰ Curtea de Apel Cluj, decizia penală nr. 1595/2016 din 21.12.2016, la <http://www.rolii.ro/hotarari/589b6e1be490095c2f002237>.

³¹ Curtea de Apel Cluj, decizia penală nr. 481/2017 din 27.03.2017, la <http://www.rolii.ro/hotarari/590b0be4e490094886000097>.

³² Judecătoria Buftea, sentința penală nr. 13/2018, din 23.01.2018, la <http://rolii.ro/hotarari/5ab5c575e49009f024000029>, rămasă definitivă prin decizia penală nr. 699 din 08.05.2018 a Curții de Apel București.

declara organelor de la vamă, deși fusese anterior aplicată amenda contravențională de 3.000 de lei pentru omisiunea declarării bunurilor la vamă.

3. Aplicarea principiului *non bis in idem* în ipoteza redeschiderii urmăririi penale

În cauza *Mihalache contra României*³³, Curtea a lărgit considerabil noțiunea de „achitat sau condamnat printr-o hotărâre definitivă”, incluzând nu doar soluțiile pronunțate de instanțele judecătorești sau de autoritățile administrative, ci și soluțiile procurorului care sting în mod definitiv acțiunea penală și care conțin examinarea fondului cauzei și analiza probelor administrate. Se presupune în mod rezonabil că o soluție a procurorului care stabilește o sancțiune întrunește această cerință, a examinării fondului cauzei. Caracterul definitiv al soluției este apreciat în funcție de mai multe criterii: epuizarea căilor ordinare de atac prevăzute de legislația națională, previzibilitatea aplicării dispozițiilor referitoare la un eventual cumul de proceduri, căile de atac trebuie să fie clar delimitate în timp și bine definite, pentru a putea fi folosite de orice persoană interesată și pentru a se respecta principiul securității juridice³⁴.

În această cauză, procurorul a dispus scoaterea de sub urmărire penală și aplicarea unei amenzi administrative de 1.000 de lei, întrucât fapta de refuz de recoltare de probe biologice nu prezenta pericolul social al unei infracțiuni, iar după 5 luni, parchetul superior a dispus infirmarea acestei ordonanțe și reluarea urmăririi penale, cu consecința trimiterii în judecată a reclamantului, care a fost condamnat la pedeapsa de 1 an închisoare cu suspendarea condiționată a executării pedepsei. Curtea a constatat că legea nu limita în timp posibilitatea procurorului de a exercita controlul ierarhic, astfel că această procedură, considerată „cale de atac”, nu era suficient de previzibilă și nu a fost considerată ordinară. S-a mai apreciat că redeschiderea urmăririi penale nu respecta nici cerințele prevăzute de paragraful al doilea al art. 4 din Protocolul 7, întrucât nu era justificată de apariția unor fapte noi sau de descoperirea unui viciu fundamental în procedura precedentă.

În jurisprudența națională au fost numeroase situații în care ordonanța de scoatere de sub urmărire penală și de aplicare a unei sancțiuni administrative, în baza fostului art. 18¹ Cod procedură penală, a fost infirmată de procurorul ierarhic superior la diferite intervale de timp, iar instanțele au dispus fie aceeași soluție, de aplicare a unei sancțiuni administrative³⁵, fie condamnarea la pedeapsa închisorii cu suspendarea condiționată a executării³⁶.

După intrarea în vigoare a Noului Cod de procedură penală, în 2014, soluționarea cererilor de redeschidere a procesului penal a devenit o adevărată

³³ *Mihalache contra României*, cererea nr. 54012/10, din 08 iulie 2019.

³⁴ *Idem*, pct.115.

³⁵ Curtea de Apel Iași, decizia penală nr. 1090/2012 din 19.10.2012, la <http://rolii.ro/hotarari/58964bcde4900918100000e3>.

³⁶ Judecătoria Roman, sentința penală nr. 181/2014 din 16.05.2014, la <http://rolii.ro/hotarari/58a16bece49009b8460007ac>.

provocare pentru instanțele naționale, care sunt ținute nu doar de aplicarea dreptului intern, ci și de principiile rezultate din jurisprudența europeană. În acest sens, previzibilitatea procedurii, oportunitatea redeschiderii procesului penal, lipsa termenului în care se poate dispune revocarea ordonanței de renunțare la urmărirea penală pentru neîndeplinirea obligației de a presta muncă neremunerată în folosul comunității, cu consecința redeschiderii urmăririi penale, este deja în analiza Curții Constituționale³⁷.

4. Concluzii

Echilibrul dintre protejarea drepturilor individuale și nevoia prevenirii și combaterii criminalității marchează atât jurisprudența CEDO și CJUE, cât și a instanțelor naționale în materia definirii și aplicării principiului *non bis in idem*. Dreptul de a nu fi supus urmăririi, judecării sau condamnării pentru aceeași faptă pentru care s-a pronunțat anterior o hotărâre penală trebuie să cunoască o aplicare efectivă, concretă, predictibilă și coerentă.

Stabilirea incidenței principiului *non bis in idem* în cauze concrete nu se face pe șablon, automatizat, robotizat, în grabă, ci impune o analiză fină și aprofundată a condițiilor de aplicare, a tuturor intereselor din cauză, a mizei cauzei, astfel încât să se identifice soluția care răspunde finalității dreptului penal, respectiv restabilirea ordinii sociale și respectarea proporționalității sancțiunilor. Sarcina autorităților naționale nu este una ușoară, volumul de activitate este ridicat, problemele juridice sunt din ce în ce mai complexe, cadrul legal este în permanentă schimbare, iar jurisprudența europeană cunoaște o continuă evoluție. Uneltele pe care trebuie să le folosim pentru a reuși sunt deschiderea către cunoaștere, formarea unor opinii personale și dialogul cu ceilalți profesioniști și participanți ai actului de justiție.

Prezentul studiu nu a putut desluși toate problemele ivite în aplicarea principiului *non bis in idem*, dar poate constitui o invitație pentru cercetări suplimentare și o încurajare pentru abordări multiple.

³⁷ Judecătoria Iași a sesizat Curtea Constituțională cu excepția de neconstituționalitate a art. 318 alin. (9) Cod procedură penală, pentru lipsa unui termen legal care conduce la afectarea principiului securității juridice.

Confidențialitatea relației avocat-client în cauzele penale

The confidentiality of lawyer-client relation in criminal cases

Mirela Mihaela Elisei (căs. Apostol)¹

Rezumat: Fiind parte a dreptului la respectarea vieții private și de familie (art. 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului), secretul profesional al avocatului protejează relația de încredere dintre avocat și clientul său, garantând totodată respectarea dreptului la un proces echitabil (art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului). În cauzele penale, organele judiciare pot efectua unele activități în scopul obținerii de probe care pot aduce atingere secretului profesional al avocatului. Activitățile întreprinse în scopul obținerii probelor trebuie să fie însă prevăzute de lege și necesare într-o societate democratică, iar jurisprudența CEDO are un rol central în interpretarea acestor condiții.

Cuvinte-cheie: avocat; client; confidențialitate; cauză penală; mandat de percheziție domiciliară; supraveghere tehnică

Abstract: Part of the right to respect to private and family life (article 8 of the European Convention of Human Rights) the professional secrecy of lawyers protects the relation of trust between a lawyer and its client and guarantees the right to a fair trial (article 6 of the European Convention of Human Rights). In criminal cases the national authorities may interfere with the professional secrecy of lawyers in order to gather evidence. These interferences must be in accordance with the law and necessary in a democratic society and the ECHR case-law has a main role in establishing the meaning of these conditions.

Keywords: lawyer; client; confidentiality; criminal case; home search warrant, electronic surveillance

Precizări introductive

Confidențialitatea este unul dintre principiile fundamentale care stau la baza relației dintre avocat și client, recunoscut la nivel internațional atât prin hotărâri ale CEDO², cât și CJUE³ și la nivel național în Legea 51/1995⁴ și Codul de

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Avocat, Baroul Iași, email: mirela.apostol@uaic.ro.

² Curtea Europeană a Drepturilor Omului (în continuare CEDO) în cauzele Niemetz c. Germaniei (Cererea 13710/88, Hotărâre din data de 16.12.1992 sursa: www.hudoc.echr.coe.int, accesat 30.11.2020), Andre și altul c Franței (Cererea 18603/03, Hotărârea din 24.07.2008. Sursa: www.hudoc.echr.coe.int, accesat 30.11.2020);

procedură penală⁵. Acest principiu este ocrotit prin intermediul dreptului la viață privată și secretul corespondenței (art. 8 Convenție⁶, art. 7 Carta drepturilor fundamentale a UE⁷), însă este considerat, în legătură cu desfășurarea unei proceduri judiciare, în strânsă legătură cu dreptul la apărare și, implicit, cu dreptul la un proces echitabil⁸ (art. 6 Convenție, art. 11 Carta drepturilor Fundamentale UE). În jurisprudența CEDO s-a reținut că dispozițiile art. 8 din Convenție „acordă o protecție întărită schimburilor între avocați și clienții lor”, justificată prin rolul fundamental al avocatului într-o societate democratică – „apărarea justițiabililor” (Michaud c Franței⁹, para 118-119).

În cuprinsul prezentului material vom încerca să efectuăm o analiză a modalităților în care secretul profesional este ocrotit în cauzele penale și a rolului pe care îl joacă jurisprudența europeană în reglementarea și interpretarea dispozițiilor legale la nivel național. Vom pleca de la premisa că în cursul unui proces penal, în faza de urmărire penală, confidențialitatea relației dintre avocat și client ar putea fi afectată prin intervenția organelor judiciare cu ocazia punerii în executare a unuia dintre procedeele probatorii reglementate în legislația națională care presupun intruziunea în viața privată a persoanelor – percheziția domiciliară și metodele de supraveghere tehnică¹⁰.

Michaud c. Franței (Cererea nr. 12323/11, Hotărâre din data de 06.12.2012, sursa: www.hudoc.echr.coe.int accesat 30.11.2020).

³ În Cauza AM&S / Comisiei (Cauza 155/79, Hotărârea din data de 18.05.1982, sursa: www.eur-lex.europa.eu accesat 30.11.2020) Curtea de Justiție a Uniunii Europene (în continuare CJUE) a recunoscut confidențialitatea relației dintre client și avocat ca modalitate de asigurare a dreptului la apărare în legătură cu o procedură judiciară.

⁴ Legea 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată în M. Of. Nr. 440 din 24.05.2018, cu modificările și completările ulterioare – în continuare Legea 51/1995.

⁵ Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală cu modificările și completările ulterioare, publicată în M. Of. Nr. 486 din 15.07.2010, în continuare C. pr. pen.

⁶ Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, adoptată la Roma la 4 noiembrie 1950, ratificată prin Legea nr 30/1994, publicată în M. Of. Nr. 135 din 31 mai 1994 – în continuare Convenția.

⁷ Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene C 83/393 din 30.03.2010.

⁸ CEDO, Niemetz c Germaniei, cererea 13710/88, Hotărâre din data de 16.12.1992. Sursa: www.hudoc.echr.coe.int accesat 30.11.2020.

⁹ Cererea nr. 12323/11, Hotărâre din data de 06.12.2012, sursa: www.hudoc.echr.coe.int accesat 30.11.2020

¹⁰ Percheziția domiciliară reprezintă un procedeu probatoriu (G. Mateuț, *Procedură penală. Partea generală*, București, Editura Universul Juridic, 2019, p 584), M. Udrioiu, *Procedură penală. Partea generală*, Ediția a 6-a, București, Editura C. H. Beck, 2019, p 529). Metodele speciale de supraveghere reprezintă, potrivit doctrinei, procedee probatorii special (G. Mateuț, *Procedură penală. Partea generală*, București, Editura Universul Juridic, 2019, p 673; C. M. Chirița în N. Volonciu, A.S. Uzlaşu (coord), R. Moroșanu, C. Voicu, V. Văduva, G. Tudor, D. Atasiei, C.M. Chirița, T.-V. Gheorghe, C.

Respectarea confidențialității relației cu clientul reprezintă nu doar o obligație profesională a avocatului, ci o obligație legală ce incumbă inclusiv organelor judiciare, astfel încât – direct sau indirect – legiuitorul național a prevăzut unele dispoziții legale al căror scop să urmărească o protecție suplimentară a principiului analizat.

Plecând de la situația premisă expusă – existența unei cauze penale aflate în faza de urmărire penală – vom analiza condițiile speciale impuse de principiul confidențialității relației dintre client și avocat pentru a încuviința și pune în executare aceste două procedee probatorii, respectiv posibilitățile de contestare pe care avocatul le are la dispoziție.

1. Condiții pentru a încuviința procedeele probatorii

1.1. Percheziția domiciliară a biroului de avocat

Cu privire la condițiile pentru a încuviința percheziția domiciliară a biroului de avocat, spre deosebire de măsurile de supraveghere tehnică¹¹, nu există dispoziții legale care să reglementeze condiții speciale necesar a fi îndeplinite în cazurile în care percheziția urmează a fi realizată asupra locului în care avocatul își desfășoară activitatea profesională¹². Prin urmare, asupra biroului avocatului va putea fi încuviințată percheziția domiciliară în condițiile art. 157 alin. 1 C.pr.pen. – *dacă există o suspiciune cu privire la săvârșirea unei infracțiuni de către o persoană ori la deținerea unor obiecte sau înscrisuri ce au legătură cu infracțiunea*¹³.

În cazul în care la baza încuviințării percheziției stă prima dintre condițiile enumerate de către legiuitor, este necesar ca procurorul¹⁴, anterior solicitării de încuviințare a percheziției domiciliare, să fi dispus continuarea urmăririi penale față de suspect¹⁵ - deci să existe o suspiciune rezonabilă că avocatul a săvârșit o infracțiune (cu privire la care se efectuează urmărirea penală în cauză, fără a avea importanță tipul acesteia).

În cazul în care la baza încuviințării percheziției domiciliare se află cea de-a doua condiție alternativă, percheziția poate fi dispusă oricând după

Ghigheci, T. Manea, *Codul de procedură penală comentat*, Ediția a 3-a revizuită și adăugită, București, Editura Hamangiu, 2017, p 359).

¹¹ Art. 139 C.pr. pen. – pe care îl vom analiza ulterior.

¹² Biroul de avocat – indiferent că se află la domiciliului avocatului sau într-un spațiu distinct, cu această destinație.

¹³ Cu privire la efectuarea percheziției domiciliare asupra biroului de avocat, a se vedea și M. M. Apostol, *Efectuarea percheziției domiciliare asupra biroului de avocat*, articol publicat pe platforma www.juridice.ro, accesat 30.11.2020. În cuprinsul prezentului articol, vom analiza doar aspecte punctuale și explicații suplimentare față de conținutul materialului indicat anterior.

¹⁴ Având în vedere competența proprie a procurorului de efectuare a urmăririi penale în legătură cu faptele comise de către avocați (art. 56 alin. 3 lit. a C. pr. pen. rap la art. 38 alin. 1 lit. d C. pr. pen.).

¹⁵ M. Udriou, *op. cit.* P 531, G. Mateuț, *op. cit.* p 586.

începerea urmăririi penale *in rem* și poate viza – teoretic – și biroul avocatului, dacă va exista suspiciunea că în această locație pot fi găsite obiecte sau înscrisuri care prezintă importanță pentru faptele cu privire la care se efectuează cercetări. În această situație nu este necesar ca persoana al cărei domiciliu este supus percheziției să fie vizată de ancheta penală, să aibă calitate de persoană acuzată, fiind suficientă îndeplinirea condiției cu privire la probele ce pot fi obținute de pe urma percheziționării spațiului său. Având în vedere că la sediul biroului de avocat s-ar putea afla înscrisuri cu privire la săvârșirea unor fapte prevăzute de legea penală de către clienții acestuia, potrivit legislației naționale ar putea fi încuviințată o percheziție domiciliară având ca scop identificarea acestor documente.

În această din urmă situație intervine interpretarea oferită în jurisprudența CEDO, cu privire la art. 8 din Convenție. Astfel, în cauza Andre și altul c Franței¹⁶, Curtea a criticat faptul că singurul scop al mandatului de percheziție emis în cauză a fost acela de a descoperi dovezi cu privire la săvârșirea unor infracțiuni de către clientul avocatului și de a folosi aceste probe în cauza penală, avocatul reclamant în cauză nefiind în niciun moment acuzat sau bănuit de implicare în săvârșirea fraudelor de către clientul său (para 47) reținând că acest aspect, concomitent cu existența unui mandat de percheziție redactat în termeni generici, au determinat încălcarea art. 8 din Convenție¹⁷.

În doctrină¹⁸ s-a reținut, de asemenea, că trebuie admisă posibilitatea „percheziționării sediului unui avocat și ridicarea unor înscrisuri în legătură cu implicarea avocatului sau a altor persoane în săvârșirea unei infracțiuni”, însă organele judiciare trebuie să ia unele măsuri suplimentare cu privire la conținutul mandatului de percheziție și efectuarea acesteia. Suntem de acord cu această opinie având în vedere că situațiile în care însuși avocatul este cel implicat în săvârșirea unei infracțiuni exced protecției suplimentare¹⁹ conferite de art. 8 Convenție secretului profesional al avocatului. Cu privire la această situație, și instanța de control constituțional a reținut că ipoteza în care avocatul este implicat în săvârșirea unei infracțiuni „transcede secretul profesional avocat-client și intră într-o altă sferă, respectiv cea a răspunderii penale a avocatului pentru fapta sa proprie, cu aplicarea regulilor Codului de procedură penală”²⁰.

¹⁶ Cererea 18603/03, Hotărârea din 24.07.2008. Sursa: www.hudoc.echr.coe.int Accesat 30.11.2020.

¹⁷ Și în cauza Roemen și Smith c Luxemburgului (Cererea 51772/99, hotărârea din 25.02.2003. Sursa: www.hudoc.echr.coe.int accesat 30.11.2020), Curtea a reținut în considerente că percheziționarea și ridicarea unor documente cu privire la unul dintre clienții avocatei reclamante constituie o ingerință asupra dreptului la viață privată (para 65).

¹⁸ M. Udriou, *op. cit.*, p 541.

¹⁹ Michaud c. Franței, citată supra, para 118.

²⁰ Decizia CCR nr. 23/2017 referitoare la obiecția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. I pct.14 [referitor la art.35 alin.(11)] și pct.19 [referitor la art.46 alin.(43)] din Legea privind modificarea și completarea Legii nr.51/1995 pentru organizarea și exercitarea

Cu privire la încuviințarea percheziției domiciliare, în practica CEDO un rol important îl reprezintă redactarea mandatului de percheziție cu indicarea unor limite clare referitoare la scopul pentru care a fost emis mandatul și descrierea persoanelor sau indicarea obiectelor sau a urmelor infracțiunii care se presupune că există în locul în care urmează a se efectua percheziția²¹. Majoritatea hotărârilor în care s-a constatat încălcarea dispozițiilor art. 8 din Convenție au avut ca element comun existența unui mandat de percheziție redactat în termeni generici, care nu poate asigura respectarea vieții private a unei persoane în general și a secretului profesional al avocatului, în special.

Prin urmare, mandatul de percheziție trebuie să conțină informații clare îndeosebi cu privire la scopul pentru care a fost emis, descrierea persoanei despre care se bănuiește că se află în locul unde se efectuează percheziția, precum și indicarea urmelor săvârșirii infracțiunii sau a altor obiecte despre care se presupune că există în locul ce urmează a fi percheziționat (art. 158 alin. 7 lit. e și i C. pr. pen.).

1.2. Măsurile de supraveghere tehnică

Măsurile de supraveghere tehnică sunt procedeele probatorii speciale, reglementate de art. 138 alin. 1 lit. a-d C. pr. pen.²². Spre deosebire de percheziția domiciliară, în cazul acestora legiuitorul a formulat în art. 139 alin. 4 C. pr. pen. cu titlu de regulă generală imposibilitatea de a supune supravegherii tehnice raporturile dintre avocat pe clientul său (persoana pe care o asistă sau o reprezintă)²³. Prin intermediul acestei dispoziții legale se asigură confidențialitatea raporturilor dintre client și avocat în legătură cu exercitarea dreptului la apărare ca o garanție a dreptului la un proces echitabil.

De la această regulă există o singură excepție – situația în care în cauză există date potrivit cărora chiar avocatul pregătește sau săvârșește una dintre infracțiunile expres enumerate de către legiuitor în art. 139 alin. 2 C. pr. pen. S-a evidențiat că această posibilitate nu reprezintă în sine o excepție de la principiul

profesiei de avocat (publicată în M. Of. nr. 235 din 05.04.2016) – în continuare Decizia CCR 23/2017, para 40, para 43.

²¹ M. M. Apostol, *Efectuarea percheziției domiciliare asupra biroului de avocat*, articol publicat pe platforma www.juridice.ro, accesat 30.11.2020. A se vedea și A. Reznice, *Nelegalitatea procedurii de percheziție domiciliară din perspectiva CEDO – art. 8*, articol publicat pe platforma www.juridice.ro, accesat 30.11.2020.

²² M. Udriș, *op. cit.* p 557.

²³ În același sens, prevede legiuitorul în art. 34 alin. 4 Legea 51/1995. Textul de lege face referire la persoana pe care avocatul o asistă sau o reprezintă, nu la client, urmărind să ofere aceeași protecție și relației dintre o persoană și avocatul desemnat din oficiu să acorde asistență judiciară în respectiva cauză (în condițiile art. 90, art. 93 C. pr. pen.). În cuprinsul prezentului material, ne vom referi la *client* incluzând persoana căreia avocatul îi acordă asistență juridică din oficiu, având în vedere că raportul profesional dintre avocat și această persoană este guvernat de aceleași principii – ceea ce diferă fiind doar modalitatea de desemnare și fondurile din care este acoperit onorariul de avocat.

confidențialității raporturilor dintre avocat și client, ci se află în afara ariei de protecție a acestuia – dată fiind implicarea avocatului în săvârșirea unei infracțiuni – fiind totuși ocrotită asemeni celorlalte comunicări cu caracter privat în condițiile art. 8 din Convenție²⁴.

Prin urmare, pentru a încuviința măsuri de supraveghere tehnică cu privire la un avocat este necesară îndeplinirea acestei condiții suplimentare – a existenței indiciilor cu privire la implicarea avocatului în activitatea infracțională²⁵. Nu se impune ca în cauza penală să se fi dispus continuarea urmăririi penale față de avocat care să dobândească astfel calitatea de suspect, fiind suficientă existența unei urmăririi penale *in rem*. Cu toate acestea, pentru încuviințarea măsurilor de supraveghere tehnică cu privire la un avocat trebuie să existe o suspiciune rezonabilă (sintagmă utilizată în alin. 2 al art. 139 C. pr. pen.) cu privire la implicarea acestuia în legătură cu una dintre infracțiunile prevăzute de art. 139 alin. 2 C. pr. pen.

Îndeplinirea acestei condiții va trebui analizată și verificată cu ocazia încuviințării procedului probatoriu în acele situații în care mandatul de supraveghere tehnică vizează o persoană care are și calitatea de avocat sau vizează o altă persoană și se cunoaște încă de la momentul încuviințării măsurii preventive care este apărătorul său în respectiva cauză penală, astfel încât să existe posibilitatea de a fi indicat expres în mandatul de supraveghere tehnică (situație mai puțin probabilă).

Dispozițiile art. 139 alin. 4 teza I C. pr. pen. reprezintă singura excepție de la regula potrivit căreia corespondența dintre avocat și clientul său nu poate forma obiectul supravegherii tehnice. În toate celelalte cazuri, legiuitorul interzice supravegherea tehnică a raporturilor dintre avocat și persoana pe care acesta o asistă sau o reprezintă.

2. Condiții privind punerea în executare a mandatelor prin care au fost încuviințate procedeele probatorii

2.1. Percheziția domiciliară

Efectuarea percheziției domiciliare asupra biroului avocatului se va realiza potrivit dispozițiilor art. 159 și următoarele C. pr. pen. coroborate cu dispozițiile Legii 51/1995 care prevăd unele reguli cu caracter special.

Astfel, spre deosebire de regulile generale, percheziția biroului de avocatură se va realiza de către procuror (art. 34 alin. 1 Legea 51/1995)²⁶. Considerăm că efectuarea percheziției domiciliare a biroului de avocat nu va

²⁴ *Recomandările Consiliului Barourilor și al Societăților de Drept din Europa privind protejarea confidențialității clienților în contextul activităților de supraveghere*. Sursa: www.ccbe.eu, accesat 30.11.2020.

²⁵ În același sens, CEDO, Versini-Campinchi și Crasnianski c Frantei (*Cererea nr. 49176/11, Hotărârea din 16.06.2016 sursa: www.hudoc.echr.coe.int, accesat 30.11.2020) para 55.*

²⁶ A se vedea M.M. Apostol, *Efectuarea percheziției domiciliare asupra biroului de avocat*, articol publicat pe platforma www.juridice.ro, accesat 30.11.2020.

putea face obiectul delegării către organele de cercetare penală (în condițiile art. 201 rap. la art. 200 C. pr. pen.), având în vedere caracterul de excepție al dispozițiilor art. 34 alin. 1 Legea 51/1995, care prevăd în mod expres că doar procurorul poate realiza această activitate de strângere de probe. Sigur, acest lucru nu împiedică participarea, împreună cu procurorul, și a organelor de cercetare penală sau a lucrătorilor operativi în condițiile art. 159 alin. 1 C. pr. pen.

Cu ocazia efectuării percheziției domiciliare, procurorul va trebui să se limiteze la ridicarea doar a obiectelor sau înscrisurilor care au legătură cu fapta pentru care se efectuează cercetări în cauza penală (fiind cu atât mai evidentă importanța unui mandat de percheziție redactat în termeni preciși). Rămân aplicabile dispozițiile art. 159 alin. 13 teză finală C. pr. pen. care prevăd posibilitatea organului judiciar de a aprecia că și alte obiecte sau înscrisuri pot avea legătură cu o infracțiune pentru care punerea în mișcare a acțiunii penale se realizează din oficiu. Cu toate acestea, considerăm că și în aceste ipoteze se aplică limita prevăzută de art. 34 alin. 2 Legea 51/1995.

Nu vor putea fi ridicate însă înscrisuri ocrotite de principiul confidențialității relației dintre client și avocat: cele care conțin comunicări între avocat și clientul său și cele ce conțin însemnări ale avocatului cu privire la apărarea unui client (art. 34 alin. 2 Legea 51/1995)²⁷. Considerăm că, indiferent de obiectul mandatului de percheziție, acest tip de înscrisuri nu vor putea fi ridicate având în vedere caracterul lor privat și faptul că vizează strategia abordată în realizarea dreptului la apărare al clientului²⁸.

Și în jurisprudența Curții Constituționale a fost evidențiat faptul că nu se poate pune semnul egalității între corespondența dintre avocat și client și corespondența obișnuită dintre indivizi²⁹, precum și faptul că aceste înscrisuri nu pot contribui la acuzarea clientului, în temeiul dreptului de a nu contribui la propria acuzare³⁰.

În legătură cu efectuarea percheziției domiciliare asupra biroului de avocat, legislația națională nu asigură o condiție considerată în jurisprudența CEDO obligatorie în vederea respectării secretului profesional – participarea unui observator independent care să asigure respectarea secretului profesional.

La nivel legislativ, a existat o propunere de modificare a Legii 51/1995 prin care să se reglementeze ca decanul baroului sau un reprezentant al acestuia să participe la efectuarea percheziției domiciliare asupra biroului de avocat³¹. În

²⁷ În proiectul de lege care a stat la baza Legii 25/2017 privind modificarea și completarea Legii nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat se propunea exceptarea de la măsura ridicării de înscrisuri, a confiscării sau a confiscării inclusiv *alte bunuri cu privire la care se aplică dreptul de a refuza depunerea de mărturie* – această dispoziție nu a fost însă preluată în textul de lege

²⁸ Cu privire la aceste înscrisuri, există chiar obligația deontologică a avocatului de a se opune ridicării acestora, aspecte analizate în articolul citat *supra*.

²⁹ Decizia CCR nr. 23/2017, citată *supra*, para 38.

³⁰ Decizia CCR nr. 23/2017, citată *supra*, para 42.

³¹ Proiect de lege nr. 555/2015, disponibil pe www.cdep.ro, accesat 30.11.2020.

procesul de adoptare a actului legislativ Guvernul a propus eliminarea acestei dispoziții considerându-se că *„nu poate fi justificată printr-o rațiune de interes general, nu este întâlnită în situația altor profesii și poate de naștere la tergiversări sau chiar la imposibilitatea administrării mijlocului de probă”* (sic!) – astfel încât aceasta nu s-a mai regăsit în textul Legii 25/2017 privind modificarea și completarea Legii nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat³².

Găsim criticabilă această omisiune a legiuitorului și nejustificată opinia potrivit căreia o asemenea dispoziție legală ar duce la îngreunarea activităților organelor judiciare. În jurisprudența CEDO un rol important în stabilirea existenței unei încălcări a dispozițiilor art. 8 din Convenție referitoare la percheziția domiciliară a biroului de avocat l-a reprezentat existența unui observator independent care să participe la efectuarea percheziției domiciliare (Niemetz c Germaniei, Aleksanyan c Rusiei³³, Kolesnichenko c Rusiei³⁴, Andre și altul c. Franței³⁵).

După cum am indicat anterior, rolul unui astfel de observator independent (decanul baroului sau un reprezentant al acestuia) ar fi tocmai ocrotirea secretului profesional al avocatului, iar prezența acestuia este cu atât mai necesară cu cât, după cum vom analiza ulterior, posibilitățile de contestare a percheziției domiciliare efectuate asupra biroului de avocat sunt limitate. Totodată, acesta ar avea posibilitatea de a formula obiecțiuni cu privire la înscrisurile sau ridicarea de către organele judiciare sub acest aspect.

Posibilitatea ca, în temeiul art. 159 alin. 9 sau 10 C. pr. pen., să participe la efectuarea percheziției un avocat sau o persoană de încredere nu lipsește de obiect necesitatea participării unui observator independent. Dispozițiile art. 159 alin. 9 și 10 C. pr. pen. reprezintă mijloace de protecție suplimentară a persoanei percheziționate, însă participarea unui observator independent nu are ca scop ocrotirea persoanei avocatului al cărui birou este supus percheziției, ci ocrotirea însăși profesiei de avocat, a principiului fundamental al confidențialității ce stă la baza acesteia.

În Statutul profesiei de avocat³⁶ se prevede faptul că avocatul al cărui birou a fost supus percheziției domiciliare are obligația de a anunța pe decanul baroului cu privire la ridicarea de înscrisuri sau obiecte ce conțin lucrări profesionale, însă această obligație profesională este lipsită de consecințe asupra probelor strânse sau administrate în cadrul procesului penal pe de o parte, iar pe

³² M. Of. nr. 210 din 28.03.2017.

³³ Cererea 46468/06, Hotărâre din 22.12.2008, sursa; www.hudoc.echr.coe.int accesat 30.11.2020.

³⁴ Cererea 19856/04, Hotărâre din 09.04.2009, sursa; www.hudoc.echr.coe.int accesat 30.11.2020, para 31.

³⁵ Citată supra, para 44.

³⁶ Art. 228 alin. 5 din Statutul profesiei de avocat Statut din 3 decembrie 2011 al profesiei de avocat publicat în M. Of. Nr. 898 din 19.12.2011.

de altă parte, este ulterioară efectuării percheziției domiciliare asupra cabinetului avocatului.

Având în vedere aceste aspecte, considerăm că se impune o modificare legislativă în sensul recunoașterii obligativității participării unui reprezentant al baroului la percheziția domiciliară efectuată asupra biroului unui avocat.

2.2. Metodele de supraveghere tehnică

În legătură cu supravegherea tehnică legiuitorul a reglementat, cu titlu de regulă enunțată anterior faptul că nu poate face obiectul supravegherii tehnice raportul dintre avocat și persoana pe care acesta o asistă sau o reprezintă (art. 139 alin. 4 teză I C. pr. pen., art. 34 alin. 4 Legea 51/1995).

Teza a II-a a art. 139 alin. 4 C. pr. pen., respectiv art. 34 alin. 4 Legea 51/1995 reglementează situațiile în care organul judiciar, în timpul sau după punerea în executare a măsurii de supraveghere tehnică, observă că aceasta a vizat inclusiv raporturile dintre avocat și suspect sau inculpat. În primul rând, constatăm că textul de lege nu reglementează care este organul judiciar care va face aprecierea cu privire la caracterul confidențial al comunicărilor, astfel încât am putea trage concluzia că această apreciere va aparține organului de urmărire penală competent să efectueze actele de urmărire penală – procuror sau organele de cercetare penală. Cu toate acestea, cu privire la pronunțarea asupra caracterului confidențial al comunicărilor, jurisprudența CEDO a criticat faptul că această apreciere a fost realizată de către un membru al executivului, fără să fie supusă supravegherii unui judecător independent³⁷.

În al doilea rând, comunicările ce se impune a fi excluse sunt ale avocatului cu un suspect sau inculpat în cauză – în viziunea legiuitorului, doar aceste situații ar justifica excluderea probelor obținute ca urmare a supravegherii tehnice. Astfel, comunicările dintre avocat și o altă persoană care nu are calitatea de suspect sau inculpat vor putea fi folosite drept probe în procesul penal, putând să fie contestate în condițiile în care se va dovedi și existența unei vătămări a drepturilor ce nu ar putea fi înlăturată în alt mod (în condițiile art. 102 prin raportare la dispozițiile art. 282 C. pr. pen.). Considerăm că dacă se constată supravegherea raporturilor dintre avocat și suspect sau inculpat, având în vedere formularea art. 139 alin. 4 teza a II-a C. pr. pen., probele obținute astfel vor fi excluse fără a fi necesară dovedirea unei vătămări a intereselor suspectului sau inculpatului, aceasta fiind prezumată.

În final, dispoziția legală prevede faptul că procurorul dispune *de îndată* distrugerea probelor obținute cu încălcarea secretului profesional al avocatului și informează în acest sens judecătorul de drepturi și libertăți care a încuviințat măsura de supraveghere tehnică.

³⁷ Kopp c. Elveției, cererea 23334/94, Hotărârea din data de 25.03.1998, sursa: www.hudoc.echr.coe.int accesat 30.11.2020, para 74.

3. Posibilitatea de a contesta încuviințarea și punerea în executare a procedurilor probatorii

Cu privire la contestarea procedurilor probatorii prin care se aduce atingere secretului profesional al avocatului, trebuie să facem o distincție între situațiile în care avocatul are calitatea de inculpat în cauză, respectiv cele în care avocatul nu are calitate de inculpat.

Dacă avocatul are calitatea de inculpat în cauză și s-a dispus trimiterea în judecată prin Rechemizitoriu, acesta are posibilitatea de a invoca nelegalitatea administrării probelor, inclusiv în ceea ce privește încuviințarea și efectuarea percheziției domiciliare asupra cabinetului de avocat sau a supravegherii tehnice a raportului dintre avocat și clientul său, în faza de cameră preliminară, cu ocazia verificărilor efectuate de către judecătorul de cameră preliminară în temeiul art. 342 C. pr. pen. și următoarele.

Dacă față de avocatul inculpat s-a dispus o soluție de clasare, acesta, poate critica legalitatea administrării probelor pe calea plângerii împotriva soluției de clasare, în fața judecătorului de cameră preliminară (în temeiul art. 340 C. pr. pen.).

În celelalte situații, posibilitățile avocatului sunt, însă, limitate – după cum vom detalia în cele ce urmează.

3.1. Percheziția domiciliară

După cum am detaliat anterior³⁸, posibilitatea de a contesta mijloacele prin care se poate aduce atingere vieții private și secretului corespondenței reprezintă o garanție a respectării art. 8 din Convenție, reiterată de către CEDO în jurisprudența sa (Smirnov c Rusiei, Andre și altul c Franței).

În concret, cadrul normativ național actual nu conferă avocatului care nu are calitate de inculpat într-o cauză nicio posibilitate efectivă de contestare a încuviințării percheziției domiciliare sau a modalității în care aceasta a fost efectuată în faza de urmărire penală. Necesitatea reglementării de către legiuitor a unei astfel de cale de atac a fost identificată și în doctrină³⁹, în contextul Deciziei CCR nr. 244/2017⁴⁰, având în vedere obligația pozitivă a statului de a recunoaște un control *a posteriori* cu privire la încuviințarea și punerea în executare a acestui procedeu probator.

În lipsa dreptului de a contesta încuviințarea, respectiv punerea în executare a percheziției domiciliare, apar ca fără finalitate orice obiecțiuni ar avea avocatul sau observatorul la efectuarea percheziției cu privire la documentele ridicate cu această ocazie.

Considerăm că o asemenea modificare legislativă se impune cu atât mai mult în cazul avocatului, având în vedere că, pe lângă aspectele ce țin de

³⁸ M. M. Apostol, *Efectuarea percheziției domiciliare asupra biroului de avocat*, articol publicat pe platforma www.juridice.ro, accesat 30.11.2020.

³⁹ M. Udriou, *op. cit.*, p 534.

⁴⁰ Publicată în M. Of. Nr. 529 din 06.07.2017.

respectarea propriei vieți private, confidențialitatea relației dintre avocat și client asigură, implicit, respectarea vieții private a persoanelor care în virtutea relației profesionale de încredere încredințează avocatului documente sau obiecte pentru formularea apărării în legătură cu propria cauză, precum și dreptul acestora din urmă la apărare.

3.2. Măsurile de supraveghere tehnică

În legătură cu măsurile de supraveghere tehnică, ca urmare a Deciziei CCR nr. 244/2017⁴¹, considerăm că avocatul care nu are calitate de inculpat va putea contesta măsurile de supraveghere tehnică invocând încălcarea principiului confidențialității.

S-ar putea pune problema dacă avocatul poate contesta măsura de supraveghere tehnică doar dacă a fost persoana vizată de mandatul de supraveghere tehnică sau va avea această posibilitate și în cauzele în care clientul este persoana vizată de mandatul de supraveghere tehnică, fiind surprinse și conversații, comunicări avute de avocat cu acesta.

În legătură cu titularul acestei căi de atac, Curtea Constituțională a făcut o analiză în cuprinsul Deciziei nr. 633/2018⁴², reținând ca neconstituționale prevederile legislative care urmăreau informarea despre măsurile de supraveghere dispuse în cauză inclusiv a „*tuturor persoanelor care au fost supravegheate tehnic în legătură cu subiectul mandatului și care nu au avut nicio calitate în cadrul urmăririi penale*” și a „*oricărei persoane independent de calitatea avută de aceasta în cadrul urmăririi penale*” și, implicit, recunoșteau posibilitatea de a contesta aceste măsuri. Instanța de control constituțional a reținut că înțelesul Deciziei CCR nr. 244/2017 este acela ca persoana vizată – subiectul mandatului de supraveghere tehnică – să fie informat despre această procedură intruzivă față de viața sa privată și să poată formula critici cu privire la aceasta, iar nu orice persoană care a avut discuții sau comunicări cu subiectul mandatului (Decizia CCR nr. 633/2018 para 533). Prin urmare, din cuprinsul acestei decizii a Curții Constituționale ar reieși că doar persoana față de care s-a dispus încuviințarea măsurii de supraveghere tehnică trebuie să fie informată și poate formula contestație împotriva acesteia.

Cu toate acestea, în cauza Pruteanu c. României⁴³, a făcut obiectul analizei CEDO tocmai situația în care reclamantul (avocat de profesie) nu a fost subiectul unei autorizații de interceptare, ci clientul său a fost cel față de care s-a emis un mandat de supraveghere tehnică, iar în temeiul acelui mandat au fost interceptate inclusiv comunicări dintre client și avocat, ocrotite de principiul secretului profesional. În această cauză s-a constatat încălcarea art. 8 din Convenție prin

⁴¹ Publicată în M. Of. Nr. 529 din 06.07.2017.

⁴² Referitoare la obiecția de neconstituționalitate a dispozițiilor Legii pentru modificarea și completarea Legii nr.135/2010 privind Codul de procedură penală, precum și pentru modificarea și completarea Legii nr.304/2004 privind organizarea judiciară, Publicată în M. Of. nr. 1029 din 29.11.2018.

⁴³ Cererea nr. 30181/05, disponibilă pe www.ier.gov.ro, accesat 30.11.2020.

aceea că reclamantul nu a putut să solicite controlul asupra legalitatea măsurilor de supraveghere tehnică (para 52-54) cu toate că au fost interceptate inclusiv comunicări cu clientul său, acesta din urmă fiind cel vizat de mandatul de supraveghere tehnică. Prin urmare, tocmai faptul că avocatului, în nume propriu, nu îi este recunoscută posibilitatea de a contesta măsurile de supraveghere tehnică a determinat încălcarea art. 8 din Convenție.

Dispozițiile art. 34 alin. 4 teză finală din Legea 51/1995 prevăd că judecătorul dispune întotdeauna informarea avocatului dacă raportul dintre avocat și client a făcut obiectul supravegherii tehnice, pe când dispozițiile art. 139 alin. 4 teză finală C. pr. pen. lasă această informare la aprecierea judecătorului. Considerăm că dispozițiile din legea specială vor avea prioritate, astfel încât este necesar ca avocatului să îi fie adusă la cunoștință această încălcare a secretului profesional. Sigur, această dispoziție are ca premisă constatarea de către procuror a faptului că au fost interceptate astfel de comunicări sau convorbiri și distrugerea acestora, motiv pentru care informarea prevăzută de art. 34 alin. 4 teză finală din Legea 51/1995 are doar efect de aducere la cunoștință. Cu toate acestea, considerăm că și în celelalte situații avocatul ale cărui convorbiri cu clientul au fost interceptate poate formula contestație împotriva acestor măsuri de supraveghere tehnică, chiar dacă nu avocatul a fost subiectul mandatului, având în vedere că prin măsurile de supraveghere dispuse în cauză se pune problema încălcării secretului profesional al avocatului.

Având în vedere pasivitatea legiuitorului ulterior publicării în M. Of. a Deciziei CCR nr. 244/2017, în practica judiciară s-a recunoscut posibilitatea de a formula contestație cu privire la încuviințarea măsurii de supraveghere tehnică și a modalității de punere în executare a acesteia pe calea unei contestații întemeiate pe dispozițiile art. 21 din Constituție⁴⁴ și art. 13 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, contestație ce va fi soluționată de către un complet de contestații format din judecători de drepturi și libertăți de la instanța ierarhic superioară celei din cadrul căreia făcea parte judecătorul de drepturi și libertăți care a încuviințat măsura de supraveghere tehnică⁴⁵.

Prin intermediul acestei contestații, avocatul va putea formula critici atât cu privire la condițiile pentru încuviințarea supravegherii tehnice, cât și cu privire la modalitatea de punere în executare a mandatului de supraveghere.

Concluzii

Având în vedere aspectele expuse în cuprinsul acestui material, putem concluziona că, deși ocrotirea confidențialității relației dintre client și avocat este recunoscută din punct de vedere legislativ la nivel național, legiuitorul nu reglementează toate măsurile recunoscute în jurisprudența Curții Europene a

⁴⁴ Constituția României, republicată în M. Of. nr. 767 din 31.10.2003.

⁴⁵ I.C.C.J., Secția penală, Încheierea nr. 107 din 27.02.2020, nepublicată, pronunțată în soluționarea unui conflict negativ de competență între judecătorul de cameră preliminară din cadrul Tribunalului Iași și completul de contestații de drepturi și libertăți din cadrul Curții de Apel Iași.

Drepturilor Omului care au drept scop protejarea secretului profesional. Fie din cauza pasivității legiuitorului (precum este situația reglementării unui control *a posteriori* a procedurilor probatorii care presupun o intruziune în viața privată a unei persoane), fie din cauza scepticismului cu care sunt întâmpinate unele propuneri de modificare legislativă (după cum am putut observa în legătură cu propunerea de modificare a Legii 51/1995), fie chiar din cauza defectuoșității în redactarea textului de lege, respectarea confidențialității relației dintre client și avocat în cauzele penale la nivel național poate fi încă pusă sub semnul îndoielii, acesta fiind și principalul motiv pentru care cunoașterea argumentelor avute în vedere în jurisprudența CEDO și CJUE cu privire la acest principiu este fundamentală.

Modelarea statutului expertului în România ca efect al hotărârilor CEDO

Shaping the Status of the Expert in Romania as an Effect of ECHR Decisions

Ancuța Elena Franț¹

Rezumat: Prezentul articol analizează hotărârile CEDO care au conturat statutul expertului în viziunea CEDO, precum și efectele acestor hotărâri în adoptarea dispozițiilor legislative care se aplică expertului în România. Sunt evidențiate atât aspectele concordante, cât și divergențele care există între statutul unui expert din România și imaginea expertului consacrată prin deciziile CEDO. Articolul analizează riscul de a fi încălcat dreptul la un proces echitabil, dacă persoana acuzată nu beneficiază de aceleași drepturi ca și acuzarea în ceea ce privește efectuarea unei expertize. De asemenea, lucrarea cercetează criteriile care trebuie îndeplinite pentru ca un expert să poată fi considerat independent. Mai mult, se analizează principiile pe baza cărora ar trebui stabilite anumite reguli conform cărora un expert să își desfășoare activitatea, astfel încât să fie garantată calitatea expertizelor efectuate.

Cuvinte-cheie: expertiză; CEDO; expert; dreptul la un proces echitabil

Abstract: This article analyses the ECHR decisions that outlined the status of the expert in the ECHR's vision, as well as the effects of these decisions in adopting the legislative provisions that apply to the expert in Romania. Both the concordant aspects and the divergences that exist between the status of an expert in Romania and the image of the expert pointed out in the ECHR decisions are highlighted. The article examines the risk of violating the right to a fair trial if the accused person does not enjoy the same rights as the prosecution in terms of conducting an expertise. The paper also examines the criteria that must be met in order for an expert to be considered independent. Furthermore, it examines the principles on the basis of which certain rules should be laid down for the expert, so as to guarantee the quality of the expertise carried out.

Keywords: expertise; ECHR; expert; right to a fair trial

1. Considerații generale privind importanța expertizei pentru soluționarea litigiilor juridice

Pentru corecta soluționare a unui proces, realizarea unei expertize este, uneori, esențială. Deși concluzia expertului nu este obligatorie pentru judecător, ea poate fi foarte importantă pentru a ajuta judecătorul să soluționeze cauza, fapt

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

subliniat și de Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CEDO)². Importanța pe care o are opinia expertului devine evidentă dacă ținem cont de faptul că expertizele se realizează în domenii de strictă specialitate, unde sunt necesare cunoștințe detaliate dintr-un anumit domeniu³. De exemplu, deși un judecător poate avea noțiuni generale despre genetică, doar un expert în genetică poate realiza o expertiză genetică și poate interpreta rezultatele într-un mod care respectă cât mai fidel standardele științifice înalte din domeniul geneticii. De altfel, justificarea realizării expertizelor pentru soluționarea litigiilor juridice constă tocmai în faptul că, pentru corecta analiză a unor situații de fapt, este necesară aplicarea unor noțiuni de strictă specialitate în diferite domenii, iar aceste noțiuni sunt cunoscute și pot fi folosite doar de către experți. Deși, așa cum am afirmat mai sus, judecătorul nu este obligat să țină cont de concluzia expertului, este evident că judecătorul are, a priori, motive întemeiate să acorde importanță opiniei exprimate de expert. În acest context, este esențial ca expertiza să fie realizată în mod corect și cu responsabilitate, astfel încât concluzia expertului să reflecte adevărul științific. Una dintre condițiile necesare pentru realizarea acestui deziderat este imparțialitatea expertului.

În prezenta lucrare ne propunem să trecem în revistă o serie de hotărâri ale CEDO pronunțate atât cu referire la litigii desfășurate în România, cât și cu privire la litigii desfășurate în alte state, care au avut în vedere acte normative privind realizarea unei expertize și statutul expertului. Ca urmare a demersului nostru, dorim să evidențiem concordanțele și, eventual, discordanțele dintre

² În acest sens, a se vedea hotărârea pronunțată de CEDO în anul 2004 în cauza *Sara Lind Eggertsdottir c. Islandei*, [Online] la SARA LIND EGGERTSDÓTTIR v. ICELAND (coe.int) , accesat la data de 27.11.2020. În motivarea hotărârii, CEDO arată că opinia unui expert desemnat de instanță pentru a analiza anumite aspecte va avea probabil o pondere semnificativă în evaluarea de către instanță a acelor aspecte.

³ Problema importanței expertizelor a fost intens analizată în literatura de specialitate. În acest sens, a se vedea, de exemplu: G. Edmond, *Impartiality, efficiency or reliability? A critical response to expert evidence law and procedure in Australia*, în *Australian Journal of Forensic Sciences*, vol. 42, nr. 2/2010, pp. 83-99, [Online] la Full article: *Impartiality, efficiency or reliability? A critical response to expert evidence law and procedure in Australia* (doi.org) , accesat la data de 10.11.2020; M. B. Thompson, J. M. Tangen, D. J. McCarthy, *Expertise in Fingerprint Identification*, în *Journal of Forensic Sciences*, vol. 58, nr. 6/2013, pp. 1519-1530, [Online] la *Expertise in Fingerprint Identification - Thompson - 2013 - Journal of Forensic Sciences - Wiley Online Library* (doi.org) , accesat la data de 10.11.2020; A. Towler, D. White, K. Ballantyne, R. A. Searston, K. A. Martire, R. I. Kemp, *Are Forensic Scientists Experts?*, în *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, vol. 7, nr. 2/2018, pp. 199-208, [Online] la *Are Forensic Scientists Experts? - ScienceDirect* (doi.org) , accesat la data de 10.11.2020; C. A. J. van den Eeden, C. J. de Poot, P. J. van Koppen, *The Forensic Confirmation Bias: A Comparison Between Experts and Novices*, în *Journal of Forensic Sciences*, vol. 64, nr. 1/2019, pp. 120-126, [Online] la *The Forensic Confirmation Bias: A Comparison Between Experts and Novices - Eeden - 2019 - Journal of Forensic Sciences - Wiley Online Library* (doi.org) , accesat la data de 10.11.2020.

legislația română referitoare la expertiză și hotărârile CEDO cu privire la acest aspect. De asemenea, vom analiza *dacă*, și, în caz afirmativ, *cum* a fost modelată legislația română ca efect al hotărârilor CEDO, astfel încât să existe suficiente garanții privind imparțialitatea expertului.

2. Numirea expertului și respectarea dreptului la un proces echitabil. Cauza Bönisch c. Austriei

Una dintre hotărârile CEDO considerată de referință cu privire la condițiile de numire a unui expert este cea pronunțată în cauza *Bönisch c. Austriei* (în anul 1985)⁴. În această cauză, în fapt, reclamantul, Helmut Bönisch, deținea o societate specializată în producerea și comercializarea de carne afumată. În urma unor controale, directorul *Institutului federal pentru controlul produselor alimentare* sesizează Parchetul cu privire la săvârșirea de către d-l Bönisch a unor infracțiuni prevăzute de legea privind asigurarea calității produselor alimentare. Concret, sesizarea a fost făcută pe motiv că, în producerea cârnii afumate, ar fi fost utilizată substanța benzopiren 3.4 (care are efect cancerigen) în cantități care depășeau limitele legale. De asemenea, în informarea Parchetului s-a făcut referire și la faptul că produsele din carne afumată conțineau mai multă apă decât era permis prin lege.

Tribunalul regional l-a numit expert în cauză chiar pe directorul *Institutului federal pentru controlul produselor alimentare*, care, așa cum am arătat mai sus, sesizase Parchetul. În ceea ce privește apărarea reclamatului, Tribunalul regional i-a admis administrarea probei constând în audierea unui *martor-expert* (conform legislației austriece). Acest *martor-expert* era directorul *Institutului pentru igiena cârnii și tehnologie* al Universității Veterinare din Viena și a arătat că analizele efectuate de institutul al cărui director era asupra mostrelor de comparație au dus la obținerea unor rezultate diferite, care arătau că d-l Bönisch nu încălcase legea. Tribunalul regional a respins cererile d-lui Bönisch privind audierea altor experți⁵.

Ca urmare a probelor administrate, instanța l-a condamnat pe d-l Bönisch la 2 luni de închisoare. În motivarea opiniei, Tribunalul regional a arătat că opinia directorului *Institutului federal pentru controlul produselor alimentare* (cel care făcuse sesizarea) a fost concludentă și că nu existau dubii privind acuratețea rezultatelor științifice pe care acesta s-a bazat în exprimarea opiniei sale. Cu privire la declarația *martorului-expert* propus de d-l Bönisch, instanța a afirmat că rezultatele obținute prin analiza mostrelor de comparație erau eronate⁶.

În această cauză, CEDO a constatat că a existat o încălcare a art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (Convenția)⁷, deoarece a fost încălcat

⁴ A se vedea hotărârea pronunțată de CEDO în anul 1985 în cauza *Bönisch c. Austriei*, [Online] la BÖNISCH v. AUSTRIA (coe.int), accesat la data de 11.11.2020.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Convenția Europeană a Drepturilor Omului* a fost semnată la data de 4 noiembrie 1950 la Roma și a intrat în vigoare la data de 3 septembrie 1953. În acest articol, în

principiul *egalității de arme*, inerent conceptului de *proces echitabil*. În motivarea deciziei sale, CEDO a arătat că, deși expertul în cauză, directorul *Institutului federal pentru controlul produselor alimentare*, ar fi trebuit să fie imparțial, acesta nu poate fi considerat imparțial, din moment ce chiar el sesizase organele judiciare. Conform legii austriece, expertul avea mai multe drepturi în cadrul procesului decât *martorul-expert*, de exemplu dreptul de a asista la audieri și de a pune întrebări acuzatului și martorilor. În acest context, opiniile *expertului* erau susceptibile de a avea o mai mare importanță decât opiniile *martorului-expert*, cum a fost *martorul-expert* audiat la solicitarea d-lui Bönisch. În cauză, CEDO a arătat că *expertul* putea fi considerat mai degrabă un *martor al acuzării*, ceea ce înseamnă că ar fi trebuit să fie audiat în aceleași condiții ca *martorul-expert* propus de reclamant, ceea ce nu s-a întâmplat. În concluzie, CEDO a constatat că, în cauză, a fost încălcat dreptul la un proces echitabil, consacrat de art. 6, paragraful 1 din Convenție⁸.

Observăm, din expunerea de mai sus, faptul că legislația austriacă (cel puțin cea de la momentul judecării cauzei) este diferită de legislația română în privința rolului și atribuțiilor pe care un expert le poate avea în cadrul unui proces. De asemenea, în România, expertul care participă la efectuarea expertizei⁹ (așa-numitul expert-parte) are o poziție diferită de cea pe care *martorul-expert* o are conform legislației austriece. Oricum, dincolo de diferențele dintre legislația română și cea austriacă, există o concluzie general-valabilă care poate fi desprinsă din hotărârea CEDO pronunțată în cazul Bönisch c. Austriei, și anume că, atunci când există dubii cu privire la imparțialitatea expertului, se încalcă dreptul la un proces echitabil.

3. Independența instituției care efectuează expertiza. Cauza Dumitru Popescu c. României

Una dintre hotărârile pronunțate de CEDO împotriva României cu importanță în înțelegerea neregularităților din legislația română cu privire la expertize este hotărârea pronunțată în cauza *Dumitru Popescu c. României* (în anul 2007)¹⁰.

În fapt, reclamantul a fost condamnat pentru săvârșirea infracțiunilor de asociere pentru săvârșirea de infracțiuni și contrabandă. Hotărârea de

continuare, vom folosi cuvântul *Convenția* pentru a ne referi la Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

⁸ Hotărârea pronunțată de CEDO în cauza *Bönisch c. Austriei*, *op. cit.*

⁹ A se vedea art. 172, alin. 8 din Codul de procedură penală (Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010, cu modificările și completările ulterioare). În acest articol, în continuare, vom folosi prescurtarea C. pr. pen. pentru a ne referi la Codul de procedură penală.

¹⁰ A se vedea hotărârea pronunțată de CEDO în anul 2007 în cauza *Dumitru Popescu c. României*, [Online] la DUMITRU POPESCU v. ROMANIA (No. 2) - [Romanian Translation] provided by the SCM Romania and Monitorul Oficial R.A. (coe.int) , accesat la data de 11.11.2020.

condamnare s-a întemeiat, printre altele, pe lista convorbirilor dintre coînculpați și pe transcrierea respectivelor convorbiri, interceptate de serviciile speciale. CEDO a constatat că, în speță, a avut loc o încălcare a dreptului la respectarea vieții private și de familie, prevăzut de art. 8 din Convenție, prin faptul că reclamantul nu s-a bucurat de gradul minim de protecție împotriva arbitrariului. Printre motivele invocate de CEDO se află faptul că, la momentul desfășurării faptelor, singura autoritate română care putea să verifice și să certifice realitatea și fiabilitatea înregistrărilor, printr-o expertiză a vocii și a vorbirii, *era chiar autoritatea care avea competența de a înregistra și transcrie convorbirile*, adică Serviciul Român de Informații (SRI). Din acest motiv, CEDO arată că exista o îndoială asupra independenței și imparțialității autorității care trebuia să efectueze verificările, ceea ce reprezenta un veritabil obstacol pentru persoanele care ar fi dorit să conteste acțiunile autorităților. Consecința era că eventualele abuzuri comise în procedura de interceptare nu ar fi fost reclamate, deoarece oamenii nu ar fi crezut că au șanse reale de a le fi analizate obiectiv sesizările. Pentru a exista un grad minim de protecție împotriva arbitrariului, CEDO arată că legea trebuie să prevadă un mod clar și efectiv de a se efectua o expertiză de către un centru public sau privat *independent* de instituția care a autorizat interceptările, atunci când există o îndoială asupra realității și fiabilității unei înregistrări¹¹.

Între momentul desfășurării evenimentelor din speță și momentul soluționării cauzei de către CEDO¹² legislația română se schimbase substanțial în privința procedurii de realizare a interceptărilor și de verificare a înregistrărilor, fapt constatat, de altfel, și de CEDO în cuprinsul hotărârii¹³. Totuși, CEDO fiind chemată să se pronunțe cu privire la încălcarea Convenției la momentul desfășurării faptelor din cauza supusă analizei sale, a constatat, așa cum am arătat și mai sus, că, în speță, a avut loc încălcarea art. 8 din Convenție.

Cu referire la expertiză, prin faptul că legislația română s-a modificat nu înseamnă că au fost rezolvate toate problemele referitoare la realizarea unei expertize. De altfel, observația CEDO, prezentată mai sus, cu privire la faptul că

¹¹ *Ibidem*.

¹² Faptele pentru care reclamantul a fost condamnat au fost săvârșite în 1998, iar CEDO a pronunțat hotărârea în 2007.

¹³ Legea 281/2003 (privind modificarea și completarea Codului de procedură penală și a unor legi speciale, publicată în M. Of. nr. 468 din 1 iulie 2003) și Legea 356/2006 (pentru modificarea și completarea Codului de procedură penală, precum și pentru modificarea altor legi, publicată în M. Of. nr. 677 din 7 august 2006) au modificat Codul de procedură penală din 1968 (care în prezent este abrogat) și au introdus garanții pentru respectarea drepturilor fundamentale ale omului. Astfel, a fost instituită obligativitatea efectuării interceptărilor și înregistrărilor doar pe baza unei autorizații motivate, emise de către un judecător. De asemenea, noile reglementări au introdus garanții suplimentare privind transcrierea și arhivarea convorbirilor. O altă prevedere legislativă importantă adoptată în acea perioadă este Hotărârea de Guvern (H. G.) nr. 68/1998, publicată în M. Of. nr. 248 din 3 iulie 1998, prin care se înființează Institutul Național de Expertize Criminalistice (INEC).

expertizele ar trebui realizate de către un *centru public sau privat independent* de autoritatea care autorizează și efectuează înregistrările ridică întrebări cu privire la independența *reală* a unei instituții publice care efectuează expertize, precum și cu privire la necesitatea de a se dezvolta în România un sistem viabil de efectuare a expertizelor în *sistem privat*.

În ceea ce privește independența unei instituții publice care efectuează expertize, concret, se poate analiza independența Institutului Național de Expertize Criminalistice (INEC). Conform art. 1 din H. G. nr. 68/ 1998, INEC este o instituție publică cu personalitate juridică, subordonată Ministerului Justiției. Această subordonare nu se referă însă la existența vreunei influențe din partea Ministerului Justiției cu privire la concluziile formulate de către experții din cadrul INEC. Subordonarea INEC față de Ministerul Justiției se referă la faptul că Ministerul Justiției coordonează activitatea de autorizare și de evidență a experților criminaliști autorizați¹⁴. Totuși, se poate afirma că există o anumită *legătură* între INEC și Ministerul Justiției. În același timp, subliniem faptul că și procurorii au o anumită *legătură* cu Ministerul Justiției, prin faptul că aceștia sunt sub autoritatea ministrului justiției¹⁵. În acest context, se poate pune problema dacă nu cumva experții din cadrul INEC ar fi înclinați să formuleze concluzii în favoarea acuzării, fapt ce ar aduce grave atingeri dreptului la un proces echitabil.

În ceea ce privește necesitatea dezvoltării unui sistem privat de realizare a expertizelor, concret, putem analiza situația din România cu privire la existența laboratoarelor private de expertize criminalistice. Prin Legea nr. 156/2011¹⁶ a fost introdusă posibilitatea de efectuare a unei expertize în cadrul unui laborator privat de expertize criminalistice¹⁷. Observăm că acest act normativ este ulterior hotărârii pronunțate de CEDO în cauza Dumitru Popescu c. României. În fața acestei observații, putem afirma că adoptarea reglementării privind efectuarea expertizei criminalistice în cadrul unui laborator privat a fost influențată și de hotărârea CEDO pronunțată în cauza Dumitru Popescu c. României.

¹⁴ Conform art. 12 din Ordonanța de Guvern (O. G.) nr. 75/2000 privind organizarea activității de expertiză criminalistică, publicată în M. Of. nr. 407 din 29 august 2000.

¹⁵ Conform art. 62, alin. 2 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, republicată în M. Of. nr. 827 din 13 septembrie 2005. Subliniem, de asemenea, faptul că autoritatea exercitată de ministrul justiției asupra procurorilor a fost interpretată ca o legătură a procurorilor cu puterea executivă și a constituit unul dintre motivele care au dus la constatarea din partea CEDO a faptului că procurorii din România nu sunt independenți față de puterea executivă, deci nu prezintă suficiente garanții de independență și imparțialitate pentru a fi considerați magistrați în sensul Convenției. A se vedea hotărârea pronunțată de CEDO în cauza *Pantea c. României*, [Online] la PANTEA v. ROMANIA - [Romanian Translation] provided by the SCM Romania and Monitorul Oficial R.A. (coe.int) , accesat la data de 12.11.2020.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 519 din 22 iulie 2011.

¹⁷ Art. 172, alin. 4 C. pr. pen. prevede că instanța se poate adresa unor structuri publice sau private pentru efectuarea expertizei.

4. Efectuarea expertizelor într-un sistem public ierarhizat.

Cauzele Lazăr c. României și Baldovin c. României

Spre deosebire de expertizele criminalistice, care, așa cum am văzut mai sus, pot fi realizate și în laboratoare private, expertizele medico-legale pot fi efectuate în România doar în cadrul instituțiilor de medicină legală, care sunt structuri publice¹⁸. Această soluție adoptată de legiuitorul român pentru realizarea expertizelor medico-legale are la bază necesitatea de a asigura calitatea actului de efectuare a unei expertize într-un domeniu de maximă specializare și importanță, cum este cel medico-legal. O asemenea abordare poate ridica însă probleme în ipoteza în care apare necesitatea de a investiga o presupusă culpă medicală. Aceasta, cu atât mai mult cu cât legea¹⁹ prevede că, dacă structura cu cel mai mare grad în privința realizării expertizelor medico-legale (Comisia Medicală Superioară a Institutului de Medicină Legală Mina Minovici din București) a dat deja un aviz, în lipsa unor elemente noi, nu se poate realiza o nouă expertiză și nici nu se poate completa o expertiză realizată anterior. Subliniem faptul că legea nu prevede ce formă ar trebui să aibă acest aviz și nici nu prevede obligativitatea motivării acestui aviz.

O hotărâre a CEDO cu importanță pentru înțelegerea problematicei expertizelor medico-legale este cea pronunțată în cauza *Lazăr c. României* (din 2010)²⁰. În fapt, fiul reclamantei a decedat după ce a fost supus unei traheotomii. Reclamanta a considerat că medicii au săvârșit acte de malpraxis, motiv pentru care a făcut plângere penală împotriva acestora. Comisia Medicală Superioară a Institutului de Medicină Legală Mina Minovici din București a dat un aviz prin care stabilea că, în cauză, medicii nu au acționat cu vreo culpă medicală, ceea ce a făcut imposibilă efectuarea unei noi expertize. CEDO a arătat că nu se poate pronunța cu privire la oportunitatea unei structuri publice ierarhizate de efectuare și de avizare a expertizelor, ceea ce ne duce la concluzia că o asemenea structură nu este, prin ea însăși, de natură a încălca drepturile consacrate de Convenție. Însă CEDO arată că, dacă un stat încredințează efectuarea expertizelor unei astfel de structuri, trebuie luate măsuri pentru a oferi garanții împotriva arbitrariului. Concret, astfel de garanții ar fi existența în legislație a unor condiții care să fie îndeplinite de respectivul aviz și obligativitatea ca acest aviz să fie motivat. Datorită lipsei acestor prevederi din legislația română, CEDO a constatat,

¹⁸ În acest sens, a se vedea art. 172, alin. 5 C. pr. pen. și art. 4 din O.G. nr. 1/ 2000 privind organizarea activității și funcționarea instituțiilor de medicină legală, republicată în M. Of. nr. 996 din 10 noiembrie 2005.

¹⁹ Art. 28 din Regulamentul de aplicare a O.G. nr. 1/2000, publicat în M. Of. nr. 459 din 19 septembrie 2000.

²⁰ A se vedea hotărârea pronunțată de CEDO în anul 2010 în cauza *Eugenia Lazăr c. României*, [Online] la EUGENIA LAZĂR v. ROMANIA - [Romanian Translation] by the SCM Romania and IER (coe.int) , accesat la data de 14.11.2020).

în cauza Lazăr c. României, că a fost încălcat dreptul la viață (consacrat de art. 2 din Convenție)²¹.

O hotărâre similară a pronunțat CEDO în cauza *Baldovin c. României*²². În fapt, un copil a decedat, imediat după ce a fost născut prin naștere naturală. Anterior nașterii, mama informase medicul care o asista că avea indicație de naștere prin cezariană, dar medicul a ignorat informațiile prezentate. La fel ca în cazul Lazăr c. României, Comisia Medicală Superioară a Institutului de Medicină Legală Mina Minovici din București a dat un aviz prin care stabilea că nu a existat culpă medicală. În absența posibilității de a se dispune efectuarea unei noi expertize, a fost luată (și apoi menținută) soluția de neîncepere a urmăririi penale cu privire la medicul care asistasese la naștere. La fel ca în cazul anterior, CEDO a constatat că, în cauză, a avut loc o încălcare a dreptului la viață (consacrat de art. 2 din Convenție)²³.

5. Stabilirea competenței expertului. Cauza *Mirilashvili c. Rusiei*

În cauza *Mirilashvili c. Rusiei*, în fapt, reclamantul, Mikhail Mirilashvili, a ordonat răpirea unor persoane și utilizarea violenței împotriva lor cu scopul de a obține informații despre circumstanțele în care a fost răpit tatăl său. Mirilashvili a fost condamnat de instanțele din Rusia la 12 ani închisoare. În ceea ce privește procedura din cadrul procesului penal îndreptat împotriva sa, Mirilashvili a considerat că a fost încălcat dreptul la un proces echitabil, consacrat de art. 6 din Convenție și a sesizat CEDO. În această cauză, CEDO a considerat că a fost încălcat art. 6 din Convenție, deoarece instanța a refuzat să includă printre probele analizate declarațiile a trei martori prin care aceștia își rețineau declarațiile inițiale. Martorii au afirmat că primele declarații, care îl indicau în mod neechivoc pe Mirilashvili ca autor al faptelor, au fost date în condiții de presiune din partea procurorilor²⁴.

În ceea ce privește realizarea expertizelor în acest caz, CEDO a constatat că nu au existat încălcări ale Convenției, arătând că art. 6 nu merge atât de departe încât să ofere inculpatului aceleași drepturi ca ale acuzării în strângerea de probe. De asemenea, în condițiile în care reclamantul a criticat faptul că i s-a refuzat cererea sa de includere în echipa de experți a unui *anumit* expert, CEDO a afirmat că art. 6 nu oferă acuzatului un drept absolut în ceea ce privește desemnarea unui expert. Mai mult, CEDO a precizat că este prerogativa judecătorului de a decide dacă un expert indicat de apărare este calificat și dacă

²¹ Pentru detalii, a se vedea A.E. Franț, *Provocări contemporane privind utilizarea expertizei în procesul penal*, în *Analele Științifice ale Universității Al. I. Cuza din Iași*, Tomul LXIII, seria Științe Juridice, nr. II 2016, pp. 246-253.

²² A se vedea hotărârea pronunțată de CEDO în anul 2011 în cauza *Baldovin c. României*, [Online] la BALDOVIN v. ROMANIA - [Romanian Translation] provided by the SCM Romania and Monitorul Oficial R.A. (coe.int) , accesat la data de 27.11.2020.

²³ Pentru detalii, a se vedea A. E. Franț, *op. cit.*, pp. 251-252.

²⁴ A se vedea hotărârea pronunțată de CEDO în anul 2008 în cauza *Mirilashvili c. Rusiei*, [Online] la MIRILASHVILI v. RUSSIA (coe.int) , accesat la data de 14.11.2020.

este necesară includerea sa în echipa de experți. Aceasta, deoarece interesul apărării inculpatului este contraccarat de interesul bunei administrări a justiției²⁵.

Motivarea hotărârii CEDO pronunțate în cauza *Mirilashvili c. Rusiei* oferă argumente pentru a susține că reglementarea din România cu privire la numirea expertului, care prevede că organul judiciar numește expertul, iar la expertiză pot *participa* experți numiți la solicitarea părților sau a subiecților procesuali principali²⁶, nu contrazice viziunea CEDO asupra acestui aspect.

6. Asigurarea independenței expertului când statul este parte la proceduri. Cauza *Prepeliță c. Moldovei*

În cauza *Prepeliță c. Moldovei*, reclamantul a invocat încălcarea art. 6, paragraful 1 din Convenție, pe motiv că nu fusese pusă în executare o hotărâre prin care el obținuse, în 1998, retrocedarea unui imobil. Imobilul fusese confiscat de stat în 1941, după deportarea reclamantului în Siberia. În speță, deoarece era dificil de realizat evacuarea locatarilor actuali ai casei, reclamantul a acceptat să primească suma reprezentând contravaloarea imobilului. Evaluarea valorii de piață a imobilului, făcută de către Centrul Național de Expertize al Republicii Moldova, a fost considerată de către reclamant incorectă, deoarece indica un preț sub prețul pieței. Din acest motiv, reclamantul a refuzat să primească suma stabilită de Centrul Național de Expertize drept contravaloare a imobilului²⁷.

CEDO a constatat că, în cauză, a avut loc o încălcare a art. 6, paragraful 1 din Convenție. CEDO a arătat că printre motivele care au dus la încălcarea Convenției se află faptul că Centrul Național de Expertize al Republicii Moldova, care a evaluat imobilul, este sub autoritatea Ministerului Justiției, ceea ce ar fi putut afecta imparțialitatea expertului și, în consecință, rezultatul expertizei, din moment ce statul este parte la proceduri²⁸.

Această hotărâre, pronunțată în materie civilă, poate genera o analiză a statutului Institutului Național de Expertize Criminalistice (INEC) din România, din perspectiva CEDO. Așa cum am arătat, INEC este subordonat Ministerului Justiției. În principiu, așa cum am văzut mai sus, CEDO a afirmat în soluționarea altor cauze că nu este contrar Convenției ca expertizele să fie efectuate într-o instituție publică. Totuși, cauza *Prepeliță c. Moldovei* adaugă un nou element acestei afirmații cu caracter de principiu, și anume se referă la situația în care statul este parte la proceduri. În acest context, în care statul este parte la proceduri, CEDO arată că sunt justificate dubiile privind imparțialitatea expertului, dacă expertul face parte dintr-o instituție publică. În aceste condiții, ne putem aștepta ca, pe viitor, o persoană să conteste în fața CEDO rezultatul unei expertize realizată de INEC, într-o cauză în care statul este parte la proceduri.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Conform art. 173, alin. 1 și art. 172, alin. 8 C. pr. pen.

²⁷ A se vedea hotărârea pronunțată de CEDO în anul 2008 în cauza *Prepeliță c. Moldovei*, [Online] la PREPELITA v. MOLDOVA (coe.int), accesat la data de 27.11.2020.

²⁸ *Ibidem*.

7. Concluzii

Aspectele prezentate mai sus arată faptul că România a făcut pași legislativi importanți pentru a asigura calitatea rezultatului expertizelor, inclusiv prin oferirea condițiilor necesare pentru ca un expert să fie imparțial. Dintre modificările legislative făcute în acord cu opiniile CEDO, se remarcă faptul că, în prezent, expertiza înregistrărilor trebuie făcută de către o instituție independentă de cea care a autorizat și a efectuat interceptările.

Există în continuare în România o serie de prevederi referitoare la expertiză care au un caracter controversat. De exemplu, faptul că expertiza medico-legală se poate realiza doar în cadrul instituțiilor de medicină legală sau faptul că INEC este în subordinea Ministerului Justiției. Caracterul controversat al acestor dispoziții legale nu înseamnă însă că ele sunt contrare opiniei CEDO. Dimpotrivă, așa cum am văzut, CEDO a afirmat că, în esență, existența unor structuri publice ierarhizate în care se efectuează expertiza nu atrage, prin ea însăși, încălcarea drepturilor prevăzute de Convenție, dacă sunt oferite garanții împotriva arbitrariului.

Există însă unele hotărâri CEDO care pun în discuție anumite aspecte ale sistemului românesc de efectuare a expertizelor, chiar dacă fac asta într-o manieră indirectă. Ne referim la faptul că CEDO și-a exprimat opinia că, dacă statul este parte la proceduri, efectuarea expertizei într-o instituție publică ar putea constitui o împrejurare care să pună la îndoială imparțialitatea expertului; ori, așa cum am arătat, INEC este o instituție subordonată Ministerului Justiției. Rămâne de văzut dacă, pe viitor, România va fi nevoită să-și modifice legislația, pentru a înlătura orice dubiu care ar putea plana asupra corectitudinii rezultatului unei expertize.

Limite ale valorificării art. 6 CEDO, dreptul la un proces echitabil, în cazul de recurs în casație prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 7 din Codul de procedură penală

Limits of Capitalization of art. 6 ECHR, the Right to a Fair Trial, in case of Appeal in Cassation provided by Art. 438 Par. (1) Point 7 of the Code of Criminal Procedure

Mădălin Marian Pușcă¹, Costin Cristian Pușcă²

Rezumat: Curtea Europeană a Drepturilor Omului a deslușit, în jurisprudența sa, exigențele respectării dreptului la un proces echitabil în ipoteza pronunțării unei hotărâri de condamnare succesiv achitării, direct în calea de atac. Curtea a arătat, în hotărâri multiple, că modalitatea de reapreciere a probelor administrate în faze anterioare ale procesului penal, cu consecința condamnării direct în calea de atac, conduce la încălcarea dreptului la un proces echitabil, prevăzut de art. 6 din Convenție.

Recursul în casație permite repunerea în matca de legalitate a hotărârilor judecătorești definitive pronunțate de instanțele de apel și trebuie recunoscut ca unicul mecanism intern, viabil și apt a constata și exclude încălcări ale dreptului la un proces echitabil în contextul cazurilor în favorem.

Obiectul prezentului studiu de față îl reprezintă analiza și valorificarea interpretării jurisprudențiale a principiului *nulla poena sine lege*, în cadrul cazului prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 7 din Codul de procedură penală, „faptă care nu este prevăzută de legea penală”, în situația particulară a pronunțării unei soluții de condamnare, în calea de atac, succesiv achitării și fără administrare nemijlocită de probe (prin reaprecierea probelor administrate în faze anterioare ale procesului penal). Prezentul articol își propune să surprindă și să susțină argumentat posibilitatea de a valorifica acest caz de casare în ipoteza enunțată și posibilitatea remedierii ori înlăturării, în acest cadru procesual, a încălcărilor dreptului la un proces echitabil.

Cuvinte-cheie: recurs în casație; caz de casare; dreptul la un proces echitabil

Abstract: The European Court of Human Rights has clarified in its case law the requirements for the observance of the right to a fair trial in the event of a conviction

¹ Magistrat asistent în cadrul Secției penale a Înaltei Curți de Casație și Justiție, doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: marian.pusca@scj.ro

² Magistrat asistent în cadrul Secției penale a Înaltei Curți de Casație și Justiție, doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Titu Maiorescu” din București, email: costin.pusca@scj.ro

following direct acquittal, directly on appeal. The Court pointed out, in multiple judgments, that the manner of reassessing the evidence administered in previous phases of the criminal process, with the consequence of direct conviction in the appeal, leads to the violation of the right to a fair trial, provided by art. 6 of the Convention.

The cassation appeal allows the finality of the final court decisions handed down by the courts of appeal and must be recognized as the only internal, viable and appropriate mechanism to find and exclude violations of the right to a fair trial in the context of *favorem* cases.

The object of the present study is the analysis and capitalization of the jurisprudential interpretation of the principle *nulla poena sine lege*, in the case provided by art. 438 par. (1) point 7 of the Code of Criminal Procedure, “deed not provided for by criminal law”, in the particular situation of pronouncing a solution of conviction, in the appeal, following acquittal and without direct administration of evidence (by reassessing the evidence administered in earlier stages of the criminal proceedings). This article aims to capture and argue the possibility of capitalizing on this case of cassation in the stated hypothesis and the possibility of remedying or eliminating, in this procedural framework, violations of the right to a fair trial.

Keywords: cassation appeal; cassation case; the right to a fair trial

Introducere

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a deslușit, în jurisprudența sa, exigențele respectării dreptului la un proces echitabil în ipoteza pronunțării unei hotărâri de condamnare succesiv achitării, direct în calea de atac.

În acest sens, s-a stabilit că modalitatea de reapreciere a probelor administrate în faze anterioare ale procesului penal, cu consecința condamnării direct în calea de atac, conduce la încălcarea dreptului la un proces echitabil, prevăzut de art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

Practica bogată a Curții Europene și jurisprudența dezvoltată în considerarea acestui aspect, inclusiv cea națională au reliefat că stabilirea vinovăției pe baza probelor ce au fost suficiente pentru a-i determina pe judecătorii primei instanțe să se îndoiască de temeinicia acuzației este contrară cerințelor unui proces echitabil.

1. Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, pronunțată în materia condamnărilor prin reinterpretarea aceluiași probe care au determinat instanțele de fond și de apel să pronunțe soluții de achitare

Prin hotărârea din 9 iunie 2020, în cauza Lascău împotriva României³, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a concluzionat că a fost încălcat art. 6 paragraful 1 din Convenție.

³ Cauza Lascău contra României, 9 iunie 2020, par. 32-38, consultată pe www.ier.gov.ro la data de 25.10.2020.

În considerentele hotărârii, s-a reținut că persoanele care au responsabilitatea de a decide asupra vinovăției sau a nevinovăției unui inculpat trebuie, în principiu, să fie în măsură să asculte martorii personal și să evalueze fiabilitatea acestora. Evaluarea fiabilității unui martor este o sarcină complexă care, în general, nu poate fi dusă la bun sfârșit prin simpla citirea a declarațiilor scrise.

În acest sens, Curtea a făcut trimitere la principiile generale care reglementează modalitățile de aplicare a art. 6 din Convenție la procedurile în apel pe care le-a reamintit în cauza Găitănanu împotriva României, (par. 26-28); Flueraș împotriva României, (pct. 53-55) și Moinescu împotriva României, (par. 33-35,) reținând că Înalta Curte s-a prevalat de posibilitatea oferită de legea internă de a examina din nou mărturiile pentru a se pronunța în chestiunea vinovăției părții interesate. Din motivare a reieșit că aceste mărturii, în special cele ale lui P.J., P.D.R. și L.D., au contribuit în mod semnificativ la formarea convingerii judecătorilor Înaltei Curți. Or, chiar aceste mărturii fuseseră suficiente pentru a-i determina pe judecătorii din prima instanță să se îndoiască de temeinicia acuzației și să pronunțe achitarea persoanei în cauză de acuzația de luare de mită.

Curtea a apreciat că Înalta Curte ar fi trebuit să se întrebe cu privire la necesitatea unei noi audieri a martorilor respectivi, și asta cu atât mai mult cu cât se pronunțase asupra caracterului fiabil al mărturiilor. Într-adevăr, dăduse întâietate declarațiilor făcute de aceștia în fața procurorului, considerându-le mai credibile decât cele pe care le făcuseră în fața primei instanțe, deși martorii făcuseră cunoscute presiunile exercitate de D.N.A. asupra lor pentru a-i determina să depună mărturie împotriva reclamantului.

Curtea a considerat că în speță omisiunea Înaltei Curți de a audia martorii înainte de a-l declara pe reclamant vinovat de luare de mită a limitat semnificativ dreptul la apărare.

Prin hotărârea din 14 februarie 2017, în Cauza Potoroc împotriva României, publicată în Monitorul Oficial nr. 411 din 31 mai 2017⁴, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a hotărât că a fost încălcat art.6 paragraful 1 din Convenție.

În motivarea acestei hotărâri, Curtea Europeană a reținut că tribunalul și curtea de apel, după audierea martorilor, au considerat că probele aflate la dosar, în special declarațiile martorilor, nu au dovedit că reclamantul comisese faptele imputate și au dispus achitarea sa. Deși curtea de apel a condamnat partea interesată de două ori pentru complicitate la trafic internațional de droguri, totuși aceste hotărâri au fost casate pentru erori de procedură, iar după interogarea reclamantului și a unor martori, aceeași curte de apel a achitat persoana în cauză. Astfel, reclamantul nu a fost condamnat penal printr-o hotărâre validă a nici unei instanțe inferioare.

⁴ Cauza Potoroc c. României, 14 februarie 2017, par. 31-38, consultată pe www.lege5.ro la data de 25.10.2020.

A mai reținut CEDO, că în urma recursului parchetului, Înalta Curte s-a prevalat de posibilitatea oferită de legea internă de a examina din nou chestiunea vinovăției părții interesate. În acest scop, Înalta Curte s-a bazat pe aceleași probe care determinaseră instanțele inferioare să dispună achitarea părții, nicio probă nouă nefiind prezentată în fața instanței. Înalta Curte a concluzionat că rezulta, în mod cert, din probatoriu și mai ales din conținutul declarațiilor martorilor că reclamantul comisese fapta de care era acuzat.

S-a constatat că Înalta Curte a procedat la o interpretare a declarațiilor care figurau în dosar fără a asculta ea însăși martorii. Astfel, Înalta Curte a adoptat o poziție opusă celei din hotărârile instanțelor inferioare, care l-au achitat pe reclamant, în special pe baza depozițiilor martorilor respectivi, făcute în cursul ședințelor desfășurate în fața lor.

În motivarea CEDO se reține că, efectuând o astfel de analiză, Înalta Curte nu s-a limitat la simpla apreciere a unei chestiuni de drept, ci, pur și simplu, a dat o nouă interpretare faptelor, ceea ce a dus la o reîncadrare a acțiunilor reclamantului. Condamnată penal, persoana interesată a cunoscut o agravare a situației sale. Deși era de competența instanței de recurs să aprecieze diferitele elemente de probă, este la fel de adevărat că reclamantul a fost stabilit vinovat pe baza mărturiilor care fuseseră suficiente pentru a-i determina pe judecătorii din prima instanță să se îndoiască de temeinicia acuzației și să motiveze achitarea acestuia. Or, Înalta Curte ar fi trebuit să analizeze necesitatea unei noi audieri a martorilor, cu atât mai mult cu cât, mărturia lucrătorului Brigăzii Antiteroriste, martorul C.I. care putea face legătura dintre reclamant și R.R. nu a fost considerată credibilă de curtea de apel.

CEDO a reamintit prin hotărârea dată că persoanele care au responsabilitatea de a decide asupra vinovăției sau a nevinovăției unui inculpat trebuie să fie în măsură să audieze martorii personal și să evalueze credibilitatea acestora. Evaluarea credibilității unui martor este o sarcină complexă care, în general, nu poate fi dusă la bun sfârșit prin simpla citire a declarațiilor scrise.

Concluzionând, CEDO a arătat că hotărârea de condamnare a reclamantului, pronunțată de Înalta Curte, fără audierea directă a martorilor, deși acesta fusese achitat de două instanțe inferioare, este contrară cerințelor unui proces echitabil, în sensul art.6 paragraful 1 din Convenție.

În egală măsură, prin hotărârea din 8 noiembrie 2016, pronunțată în Cauza Gutău împotriva României⁵, Curtea a subliniat că, atunci când o instanță de recurs este sesizată să soluționeze o cauză în fapt și în drept și să examineze, în ansamblu, chestiunea vinovăției sau a nevinovăției, aceasta nu poate, pentru motive de echitate a procedurii, să decidă asupra acestor chestiuni fără ascultarea directă a declarațiilor date în persoană de acuzatul care susține că nu a comis actul de care este învinuit.

⁵ Cauza Gutău c. României, 8 noiembrie 2016, par. 21, 25, 28, consultată pe www.lege5.ro la data de 25.10.2020.

Curtea a reamintit că a criticat anterior autoritățile române pentru lipsa administrării probelor în fața instanței de recurs Flueraș împotriva României, (par. 56-62) și Moinescu împotriva României, (par. 36-41).

CEDO a reținut că Înalta Curte și-a bazat în mod decisiv condamnarea reclamantului pentru luare de mită, între altele, pe declarațiile martorilor, depuse la dosar în fața instanțelor inferioare, și aceasta fără a proceda la audierea martorilor în cauză. Întemeindu-se, în special, pe declarațiile acelorași martori, Înalta Curte a mers mai departe decât instanțele inferioare. Fără îndoială instanța de recurs avea competența să aprecieze diferitele informații obținute, precum și relevanța celor pe care reclamantul dorea să le prezinte. Nu este însă mai puțin adevărat că reclamantul a fost considerat vinovat pe baza mărturiilor pe care primele instanțe care au soluționat cauza le consideraseră insuficiente pentru a-l condamna. În aceste condiții, s-a apreciat că omisiunea audierii martorilor de către instanța supremă înainte de a-l declara vinovat pe reclamant a limitat în mod considerabil dreptul la apărare.

De asemenea, prin hotărârea din 15 septembrie 2015, în cauza Moinescu contra României publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 262 din 7 aprilie 2016⁶, s-a constatat încălcarea art. 6 paragraful 1 din Convenție reținându-se că instanța de recurs a întreprins demersuri pentru ca reclamantul să poată fi ascultat în persoană, dar l-a condamnat fără a asculta din nou martorii ascultați în primă instanță, ale căror depoziții au determinat instanța de fond și de apel să-l achite.

În această privință, Curtea a subliniat că stabilise deja în cauze similare, că în sistemul judiciar român, competențele instanțelor sesizate cu recurs, nu se limitau doar la chestiuni de drept. Într-adevăr, Curtea a constatat că procedura în fața instanței de recurs era o procedură completă care urma aceleași reguli ca o procedură pe fond și că instanța de recurs putea să decidă, fie confirmarea achitării reclamantului de către instanța inferioară, fie să îl declare vinovat, după o apreciere completă a chestiunii vinovăției sau nevinovăției persoanei în cauză, administrând după caz, noi mijloace de probă.

S-a arătat că, în speță, Curtea de Apel Constanța s-a prevalat de această posibilitate, dar fără a examina noi elemente de probă. Or, Curtea a subliniat că prima instanță și instanța de apel au considerat că din declarațiile martorilor nu reieșea că reclamantul îngreunase sau încercase să îngreuneze ancheta demarată cu privire la disputa din 9 aprilie 2006 în anumite momente identificate pe parcursul urmăririi penale. În schimb, instanța de recurs a considerat, în temeiul acelorași elemente de probă, că prin acțiunile sale, reclamantul „încercase să obțină informații referitoare la desfășurarea anchetei, ocolind calea legală care îi permitea să obțină informații de interes public, fără să justifice un interes concret și că acționase astfel cu scopul de a intimida autoritățile judiciare și pentru a îngreuna ancheta”.

⁶ Cauza Moinescu c. României, 15 septembrie 2015, par. 36-40, consultată pe www.lege5.ro la data de 25.10.2020.

În opinia Curții, efectuând o astfel de analiză, Curtea de Apel Constanța nu s-a limitat la simpla apreciere a unei chestiuni de drept – sau mai exact, a unei încadrări juridice a faptelor, după cum susține Guvernul – ci, pur și simplu la o nouă interpretare a faptelor, acordând o nouă conotație acțiunilor reclamantului. În consecință, situația sa s-a înrăutățit, prin întemeierea condamnării sale pe o pedeapsă cu închisoarea.

În plus, pentru a se pronunța astfel, instanța de recurs a procedat la o nouă interpretare a mărturiilor depuse la dosar, fără a asculta ea însăși martorii. Astfel, Curtea de Apel Constanța a adoptat o poziție opusă celei din hotărârile instanțelor inferioare, care l-au achitat pe reclamant, în special pe baza depozițiilor martorilor respectivi, făcute în cursul ședințelor desfășurate în fața lor. Deși era de competența instanței de recurs să aprecieze diferitele elemente de probă; este la fel de adevărat că reclamantul a fost stabilit vinovat pe baza acelorași mărturii care fuseseră suficiente pentru a-i determina pe judecătorii din primă instanță să se îndoiască de temeinicia acuzației și să motiveze achitarea acestuia. În aceste condiții, s-a apreciat că omisiunea ascultării martorilor de către instanța de recurs în cauză, înainte de a-l declara vinovat pe reclamant, a limitat semnificativ caracterul efectiv al dreptului la apărare.

Aceste elemente au permis Curții să concluzioneze că respectiva condamnare a reclamantului pentru favorizarea infractorului, pronunțată fără ascultarea directă a martorilor, deși acesta fusese achitat de două instanțe inferioare, este contrară cerințelor unui proces echitabil în sensul art. 6 paragraful 1 din Convenție.

Prin hotărârea din 16 septembrie 2014, pronunțată în Cauza *Mischie împotriva României*⁷, Curtea a luat act de faptul că Înalta Curte de Casație și Justiție l-a audiat pe reclamant în persoană, dar că l-a condamnat la 1 an de închisoare cu suspendare, fără a-i asculta și pe martorii audiați de jurisdicțiile care l-au achitat în primă instanță și în apel, considerând, pe baza acelorași elemente probatorii, că reclamantul adusese o pușcă în România în octombrie 1997 și că o astfel de acțiune întrunește elementele constitutive ale unei infracțiuni. În opinia Curții Europene, o asemenea analiză nu s-a limitat doar la chestiunile de drept, respectiv încadrarea juridică a faptelor, Înalta Curte dând o nouă interpretare faptelor și apreciind că reclamantul a introdus pușca în România la o dată mult anterioară celei reținute de instanțele inferioare, aspect determinant în stabilirea vinovăției sale. Pentru a se putea pronunța astfel, Înalta Curte a procedat la o nouă interpretare a declarațiilor unor martori pe care ea nu i-a audiat. În condițiile în care aprecierea probelor a aparținut instanței de recurs, instanța europeană a reținut că reclamantul a fost condamnat pe baza acelorași mărturii care le-au fost suficiente instanțelor inferioare pentru a se îndoii de acuzații și pentru a motiva achitarea acestuia. Așa fiind, s-a apreciat că omisiunea Înaltei Curți de a-i asculta pe acești martori înainte de a pronunța condamnarea a redus în mod considerabil dreptul la apărare al reclamantului.

⁷ Cauza *Mischie c. României*, 16 septembrie 2014, par. 35-38, consultată pe www.hudoc.echr.coe.int la data de 25.10.2020.

De asemenea, în hotărârea din 09 aprilie 2013, în cauza Flueraș contra României publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 310 din 28 aprilie 2014⁸, Curtea a reținut încălcarea art. 6 paragraful 1 din Convenție arătând că achitarea reclamantului de către instanțele din Arad a avut loc după audierea mai multor martori. Aceste instanțe au considerat că martorii care figurau în dosar nu erau suficienți pentru a stabili vinovăția reclamantului. Pentru a înlocui achitarea cu o condamnare, instanța de recurs nu dispunea de nicio informație nouă și s-a bazat exclusiv pe materialele din dosar, în principal pe declarațiile făcute în fața parchetului și în primă instanță. Prin urmare, Curtea de Apel Timișoara a analizat mărturiile și a concluzionat caracterul lor onest și suficient pentru a sta la baza unui verdict de vinovăție doar în temeiul declarațiilor scrise obținute de parchet și al notelor de ședință ale judecătorei, care relatau declarațiile martorilor.

S-a reținut că instanța de recurs și-a întemeiat condamnarea reclamantului pe o nouă interpretare a declarațiilor ale căror autori nu au fost audiați de aceasta. Astfel, a adoptat o poziție opusă celei din hotărârile instanțelor inferioare, care l-au achitat pe reclamant, în special pe baza declarațiilor făcute de acești martori în cursul ședințelor care s-au desfășurat în fața lor. Deși este de competența instanței de recurs să aprecieze diversele informații obținute, precum și relevanța celor pe care reclamantul dorește să le prezinte, este la fel de adevărat că reclamantul a fost declarat vinovat pe baza aceluiași mărturii care i-au determinat pe primii judecători să se îndoiască de temeinicia acuzației împotriva sa suficient de mult pentru a motiva achitarea acestuia în primă instanță și în apel. În aceste condiții, s-a apreciat că neaudierea de către Curtea de Apel Timișoara a acestor martori înainte de a-l declara vinovat a limitat semnificativ dreptul său la apărare.

S-a reținut că, în măsura în care Guvernul subliniază faptul că reclamantul nu a solicitat curții de apel audierea martorilor, instanța de recurs era obligată să adopte din oficiu măsuri pozitive în acest scop, chiar dacă reclamantul nu a solicitat acest lucru în mod expres.

Prin urmare, Curtea a apreciat că pronunțarea condamnării reclamantului fără audierea martorilor, deși acesta fusese achitat de două instanțe inferioare, este contrară cerințelor unui proces echitabil în sensul art. 6 paragraful 1 din Convenție.

În hotărârea din 8 martie 2007, în cauza Dănilă împotriva României⁹, CEDO a reținut că, deși Curtea Supremă de Justiție s-a pronunțat în cadrul unei proceduri de recurs împotriva unei sentințe care făcuse obiectul unui apel, trebuia să procedeze la propria apreciere asupra faptelor spre a cerceta dacă erau suficiente spre a permite condamnarea reclamantului. Ca urmare, în calea de atac, când se statuează asupra unor aspecte de fapt și de drept, trebuie să se evalueze în ansamblu chestiunea vinovăției sau nevinovăției, prin administrare directă,

⁸ Cauza Flueraș c. României, 09 aprilie 2013, par. 58-61, consultată pe www.lege5.ro la data de 20.10.2020.

⁹ Cauza Dănilă c. României, 8 martie 2007, par. 57-63, consultată pe www.lege5.ro la data de 25.10.2020.

nemijlocită, de probe. CEDO a conchis, și în această cauză, în sensul că soluția de condamnare a reclamantului, pronunțată fără ca acesta din urmă să fie audiat în persoană și mai ales după achitarea de cele două jurisdicții inferioare, este contrară cerințelor unui proces echitabil, în sensul art. 6 paragraful 1 al Convenției.

În egală măsură, hotărârea din 29 aprilie 2008, în cauza Spănu c. României, (par. 56-64), hotărârea din 10 aprilie 2012, în cauza Popa și Tănăsescu c. României, (par. 45-55), hotărârea din 5 martie 2013, în cauza Manolachi c. României, (par. 41-52), hotărârea din 4 iunie 2013, în cauza Hanu c. României, (par. 31-42), hotărârea din 29 martie 2007, în cauza Mircea c. României, (par. 49), susțin că modalitatea de reapreciere a probelor administrate în faze anterioare ale procesului penal, cu consecința condamnării direct în calea de atac, conduce la încălcarea dreptului la un proces echitabil.

Jurisprudența evocată relevă faptul că, având competența de a aprecia diferitele elemente de probă, în vederea stabilirii vinovăției inculpatului, instanța de control judiciar nu își poate întemeia hotărârea de condamnare pe baza acelorași probe care au fost suficiente pentru a-l determina pe judecătorul primei instanțe să se îndoiască de temeinicia acuzației și să dispună achitarea acestuia, decât după readministrarea probatoriului direct în fața sa sau după administrarea unor probe noi, care să determine convingerea judecătorului asupra vinovăției inculpatului.

2. Jurisprudența națională dezvoltată în considerarea practicii CEDO

În aplicarea jurisprudenței europene evocate, instanțele naționale au constatat la rândul lor încălcarea dispozițiilor art. 6 ale Convenției privitoare la dreptul la un proces echitabil în cazul condamnării unui inculpat succesiv achitării prin reaprecierea materialului probator ce a stat la baza soluției de achitare, iar în considerarea cazurilor de casare prevăzute de Codul de procedură penală anterior a dispus rejudecarea de către instanța de apel.

Într-o cauză¹⁰, Înalta Curte reținând incidența cazului de casare prevăzut de art. 385⁹ pct.17² din Codul de procedură penală anterior, când hotărârea este contrară legii sau s-a făcut o greșită aplicare a legii, a admis recursurile parchetului și inculpatului C.R.M., a casat decizia recurată și a trimis cauza la instanța de apel în vederea rejudecării.

Instanța supremă a reținut că Tribunalul a dispus achitarea inculpatului, iar instanța de apel a admis apelul Ministerului Public și l-a condamnat pe inculpat la pedeapsa de 6 luni închisoare, soluție ce s-a bazat pe probele administrate în cursul urmăririi penale sau administrate de tribunal, fără să existe o cercetare judecătorească proprie.

¹⁰ ICCJ, Secția penală, decizia nr. 3223 din 23 octombrie 2013, consultată pe www.scj.ro la data de 26.10.2020.

Instanța de recurs a apreciat că omisiunea administrării nemijlocite a probelor pe care o instanță își întemeiază soluția neagă caracterul devolutiv al căii de atac a apelului.

Într-o altă cauză¹¹, Înalta Curte reținând incidența cazului de casare prevăzut de art. 385⁹ pct.18 din Codul de procedură penală anterior, reținerea unei erori grave de fapt, a admis recursul inculpatului C.M., a casat decizia recurată și a trimis cauza la instanța de apel în vederea rejudecării.

S-a reținut că prima instanță a realizat o analiză coroborată a ansamblului probator apreciind că nu sunt întrunite condițiile tragerii la răspundere penală a inculpatului, iar în apelul declarat de Ministerul Public, instanța de control judiciar a procedat la interpretarea aceluiași probatorii administrate anterior în cursul urmăririi penale și judecării în fond, ajungând la concluzia că se justifică o soluție de condamnare.

Înalta Curte a reținut că această modalitate de reapreciere a probelor administrate în faze anterioare ale procesului, cu consecința condamnării în calea de atac, conduce la încălcarea dreptului la un proces echitabil prevăzut de art. 6 CEDO și art. 171 din Codul de procedură anterior și definit de jurisprudență.

Astfel, instanța supremă a constatat că încălcarea dreptului la apărare și implicit dreptul la un proces echitabil nu poate fi înlăturată decât în contextul rejudecării căii de atac de către instanța de apel.

3. Recursul în casație, cale extraordinară de atac și noțiunea de „faptă prevăzută de legea penală” reglementată de art. 438 alin. (1) pct. 7 din Codul de procedură penală

Recursul în casație este conceput ca fiind o cale extraordinară de atac, reprezentând un ultim nivel de jurisdicție în care procurorul și părțile pot solicita reformarea unei hotărâri definitive, însă doar în limita cazurilor de casare prevăzute expres și limitativ de legiuitor în art. 438 din Codul de procedură penală.

Scopul recursului în casație, conform art. 433 din Codul de procedură penală, este conformitatea hotărârii definitive atacate cu regulile de drept, astfel încât calea de atac este strict limitată la motive ce țin de remedierea unor încălcări ale legii, constatate în raport de situația de fapt reținută de instanța de apel. Recursul în casație, deci, are ca scop respectarea principiului legalității. Fiind reglementat însă ca o cale extraordinară de atac, recursul în casație trebuie să asigure echilibrul între principiul legalității și respectarea autorității de lucru judecat, astfel încât să nu se aducă atingere siguranței circuitului juridic stabilit ca urmare a unei hotărâri definitive, decât în acele cazuri în care raporturile juridice constatate prin decizie nu au un fundament legal. În consecință, pe calea recursului în casație nu se poate invoca și, corespunzător, Înalta Curte de Casație și Justiție nu poate analiza orice nelegalitate a hotărârilor. Legea prevede ca motive de recurs în casație doar acele elemente de nelegalitate suficient de

¹¹ ICCJ, Secția penală, decizia nr. 3757 din 16 noiembrie 2012, consultată pe www.scj.ro la data de 25.10.2020.

importante încât să conducă la nevoia de a fi rejudecate consecințele unui raport juridic care beneficiază de autoritatea de lucru judecat¹².

În calea de atac a recursului în casație nu se rejudecă litigiul, respectiv fondul cauzei, ci se fac aprecieri asupra hotărârii date și dacă ea corespunde sau nu legii. Recursul în casație reprezintă un mijloc de a repara nelegalitățile și nu are, în consecință, drept obiectiv, rezolvarea unei cauze penale, ci sancționarea deciziilor nelegale, în scopul respectării legislației și a uniformității jurisprudenței (...) asigură echilibrul între principiul legalității și principiul autorității de lucru judecat (...) pe calea recursului în casație nu se poate invoca și analiza orice nelegalitate a hotărârilor, ci numai cele prevăzute expres de legiuitor¹³.

Analiza de legalitate a instanței de recurs nu este, însă, una exhaustivă, ci limitată la încălcări ale legii concretizate în cazurile reglementate în mod expres și limitativ, în cuprinsul art. 438 alin. 1 din Codul de procedură penală. În actuala reglementare, prin intermediul recursului în casație, sunt supuse verificării hotărârile definitive care au intrat în autoritatea de lucru judecat, însă, numai în cazuri anume prevăzute de lege și exclusiv pentru motive de nelegalitate. Drept urmare, chestiunile de fapt analizate de instanța de fond și, respectiv, apel, intră în puterea lucrului judecat și excedează cenzurii instanței investită cu judecarea recursului în casație.

Potrivit art. 438 alin. (1) pct. 7 din Codul de procedură penală, hotărârile sunt supuse casării în cazul în care „inculpatul a fost condamnat pentru o faptă care nu este prevăzută de legea penală”.

Acest caz de casare reprezintă o expresie a principiului *nulla poena sine lege* și este similar cu cel reglementat de art. 385⁹ alin. (1) pct. 13 din Codul de procedură penală anterior, dar îl cuprinde și pe cel avut în vedere de art. 385⁹ alin. (1) pct. 12 teza I din Codul de procedură penală anterior, nu sunt întrunite elementele constitutive ale unei infracțiuni.

Sintagma „nu este prevăzută de legea penală”, regăsită în cuprinsul dispoziției normei de procedură penală evocate, privește situațiile în care condamnarea se bazează pe o conduită ce excedează celei incriminate ori care nu a făcut *de plano* obiectul incriminării sau în privința căreia a operat dezincriminarea.

Jurisprudența dezvoltată de Înalta Curte a avut în vedere analiza unor elemente ce țin de latura obiectivă a infracțiunii sau de calitatea subiectului activ al infracțiunii, ori de urmarea imediată. Verificările pe care instanța de recurs în casație le face din perspectiva noțiunii de faptă care nu este prevăzută de legea penală vizează atât incriminarea abstractă, respectiv dacă respectiva conduită este prevăzută de vreo normă de incriminare, cât și condițiile de tipicitate obiectivă,

¹² L. V. Lefterache, *Interpretarea noțiunilor de faptă care nu este prevăzută de legea penală și de pedeapsă în alte limite decât cele prevăzute de lege, în calea extraordinară de atac a recursului în casație*, în Revista Universul Juridic, nr. 2/2018, consultat pe www.lege5.ro la data de 25.10.2020.

¹³ ICCJ, Secția penală, decizia nr. 114/RC din 1 aprilie 2019, consultată pe www.scj.ro la data de 25.10.2020.

respectiv identitatea dintre conduita propriu-zisă și elementele de conținut ale incriminării sub aspectul laturii obiective, nu însă și în ceea ce privește latura subiectivă, lipsa de tipicitate subiectivă constituind o teză distinctă prevăzută în art. 16 lit. b) și care nu a fost preluată de art. 438 alin. (1) pct. 7 din Codul de procedură penală¹⁴.

Astfel, într-o opinie majoritară, instanța supremă a considerat că latura subiectivă nu poate face obiectul evaluării în calea de atac a recursului în casație. S-a reținut că în cadrul definiției legale a infracțiunii, exprimată de art. 15 alin. (1) din Codul penal, trăsătura esențială ca fapta să fie prevăzută de legea penală este enumerată distinct de aceea ca fapta să fie săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă unei persoane, ceea ce relevă opțiunea legiuitorului ca prin sintagma "faptă prevăzută de legea penală" să se înțeleagă "orice faptă" - act de conduită, manifestare de voință exteriorizată care determină o schimbare în realitatea obiectivă, neconvenabilă ordinii sociale și, ca atare, incriminată de norma penală. Aceeași viziune reiese și din modalitatea în care sunt reglementate cazurile care împiedică punerea în mișcare și exercitarea acțiunii penale prevăzute de art. 16 alin. (1) lit. b) din Codul de procedură penală, textul legal menționând distinct "fapta nu este prevăzută de legea penală" de "nu a fost săvârșită cu vinovăția prevăzută de lege". Așadar, Înalta Curte de Casație și Justiție poate analiza exclusiv dacă faptele, astfel cum au fost reținute prin decizia recurată, corespund tiparului obiectiv de incriminare a faptei, fără posibilitatea de a reaprecia asupra elementelor constitutive ale laturii subiective deoarece aceasta ar presupune în mod necesar analiza probatoriului administrat¹⁵.

Într-o altă decizie, instanța supremă a constatat că susținerile inculpatului nu pot fi verificate pe calea recursului în casație, întrucât dispozițiile art. 16 alin. (1) lit. b) din Codul de procedură penală prevăd această ipoteză ca o teză distinctă de cea în care soluția de achitare se dispune pe motiv că "fapta nu este prevăzută de legea penală", cazul de casare analizat preluând doar prima teză a art. 16 alin. (1) lit. b) din Codul de procedură penală. Ca atare, din perspectiva dispozițiilor procesual penale, noțiunea de faptă ce nu este prevăzută de legea penală include situațiile în care fapta atrage o altă formă de răspundere și pe cele în care nu sunt întrunite elementele constitutive ale infracțiunii, cu excepția laturii subiective, aceasta din urmă circumscriindu-se ipotezei prevăzute art. 16 alin. (1) lit. b) teza a II-a din Codul de procedură penală¹⁶.

De asemenea, Înalta Curte a mai reținut în jurisprudența sa faptul că acest caz de casare are în vedere acele situații în care nu se realizează o corespondență deplină între fapta săvârșită și configurarea legală a infracțiunii. Sintagma „fapta nu este prevăzută de legea penală” vizează atât lipsa incriminării (neprevăderea

¹⁴ ICCJ, secția penală, decizia nr. 78/RC din 3 martie 2015, consultată pe www.scj.ro la data de 25.10.2020.

¹⁵ ICCJ, Secția penală, decizia nr. 231/RC din 11 iunie 2019, consultată pe www.scj.ro la data de 24.10.2020.

¹⁶ ICCJ, Secția penală, decizia nr. 59/RC din 14 februarie 2020, consultată pe www.scj.ro la data de 25.10.2020.

faptei ca infracțiune sau lipsa de tipicitate a faptei în sensul că nu corespunde modelului abstract de incriminare, fiind incident alt tip de răspundere, după caz, civilă, contravențională, materială sau disciplinară), cât și situația în care lipsesc anumite elemente constitutive ale infracțiunii, altele decât cele referitoare la vinovăția prevăzută de lege¹⁷.

În practica instanței supreme s-a conturat și punctul de vedere conform căruia prin prisma acestui caz de casare se poate analiza și vinovăția prevăzută de lege, într-o cauză reținându-se că, pornind de la dispozițiile art. 4 din Codul penal, care prevăd că legea penală nu se aplică faptelor săvârșite sub legea veche, dacă nu mai sunt prevăzute de legea nouă și de la cele prevăzute de art. 3 din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal potrivit cărora dispozițiile art. 4 din Codul penal privind legea penală de dezincriminare sunt aplicabile și în situațiile în care o faptă determinată, comisă sub imperiul legii vechi nu mai constituie infracțiune potrivit legii noi datorită modificării elementelor constitutive ale infracțiunii, inclusiv a formei de vinovăție cerută de legea nouă pentru existența infracțiunii, s-a constatat că modalitatea de săvârșire a infracțiunii de instigare la mărturie mincinoasă, reținută în speță (instigare neurmată de executare), nu mai este prevăzută de legea penală¹⁸. S-a mai reținut că acest caz de casare se circumscrie situațiilor în care fapta concretă pentru care s-a pronunțat soluția definitivă de condamnare nu întrunește elementele de tipicitate obiectivă sau subiectivă prevăzute de norma de incriminare¹⁹.

Fără a face o analiză a acestui caz de casare sub acest aspect, ne rezumăm numai la a constata că practica recentă a instanței supreme a reliefat o evoluție jurisprudențială prin evaluarea în cadrul acestui caz atât a laturii obiective, cât și a laturii subiective a infracțiunii.

4. Evaluarea dreptului la un proces echitabil, în cazul de recurs în casație prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 7 din Codul de procedură penală

Analiza instituției recursului în casație, astfel cum a fost reglementată prin noile dispoziții procesual penale, relevă faptul că nu există un caz de casare cu caracter general care să asigure restabilirea legalității atunci când legea a fost încălcată de către instanța de apel, iar încălcarea produsă nu se încadrează în niciunul dintre cazurile expres și limitativ prevăzute de lege drept cazuri de recurs în casație, cum se întâmpla sub imperiul vechilor dispoziții.

În aceste coordonate, se pune problema dacă, în calea de atac extraordinară a recursului în casație, Înalta Curte poate analiza încălcarea

¹⁷ ICCJ, Secția penală, decizia nr. 46/RC din 12 februarie 2019, consultată pe www.scj.ro la data de 27.10.2020.

¹⁸ ICCJ, secția penală, decizia nr. 403/RC din 15 decembrie 2015, consultată pe www.scj.ro la data de 25.10.2020.

¹⁹ ICCJ, Secția penală, decizia nr. 433/RC din 04 decembrie 2018, consultată pe www.scj.ro la data de 26.10.2020.

dreptului la un proces echitabil prin prisma cazului de casare prevăzut de dispozițiile art. 438 alin. (1) pct. 7 din Codul de procedură penală, „faptă care nu este prevăzută de legea penală”, în situația particulară a pronunțării unei soluții de condamnare, în calea de atac, succesiv achitării și fără administrare nemijlocită de probe, prin reaprecierea probelor administrate în faze anterioare ale procesului penal.

Într-o interpretare minimalistă, se poate considera că, fiind o cale extraordinară de atac limitată exclusiv la cazurile de casare imperativ și limitativ reglementate de art. 438 din Codul de procedură penală, posibilitatea de a da eficiență art. 6 CEDO ar conduce la o extindere nejustificată a cazurilor de casare.

O interpretare restrictivă a acestui caz de casare ar conduce la concluzia că acest caz de casare se impune numai în cazul în care fapta concretă pentru care s-a pronunțat soluția definitivă de condamnare nu întrunește elementele de tipicitate prevăzute de norma de încriminare, când instanța a ignorat o normă care conține dispoziții de dezincriminare a faptei, indiferent dacă vizează vechea reglementare, în ansamblul său, sau modificarea unor elemente ale conținutului constitutiv astfel încât nu se mai realizează o corespondență deplină între fapta săvârșită și noua configurare legală a tipului respectiv de infracțiune²⁰.

Prin limitarea cazurilor în care poate fi promovată, această cale extraordinară de atac tinde să asigure echilibrul între principiul legalității și principiul respectării autorității de lucru judecat, legalitatea hotărârilor definitive putând fi verificată doar pentru motivele expres și limitativ prevăzute, fără ca pe calea recursului în casație să poată fi invocate și, corespunzător, să poată fi analizate de către Înalta Curte de Casație și Justiție, orice încălcări ale legii, ci numai cele pe care legiuitorul le-a apreciat ca fiind importante²¹.

Aceste considerente reținute de instanța supremă pot conduce la concluzia că o încălcare a dreptului la un proces echitabil în cursul judecării cauzei în calea de atac a apelului nu poate fi remediată de instanța de recurs în considerarea caracterului limitativ al acestei instituții.

Se poate argumenta că, atât timp cât nu este prevăzută în mod expres în vreunul din cazurile de casare, situația în care un inculpat a fost condamnat în calea de atac prin reaprecierea probatorului ce a stat la baza pronunțării unei soluții de achitare, nu poate fi evaluată în cadrul acestei proceduri.

În acest sens, într-o abordare mult prea restrictivă se poate considera că noțiunea de neprevvedere a faptei în legea penală nu poate include o astfel de ipoteză și nu poate justifica o analiză în cadrul căii extraordinare a recursului în casație.

De altfel, într-o decizie de speță, Înalta Curte a negat posibilitatea analizei dreptului la un proces echitabil în cadrul recursului în casație reținând că criticile formulate în calea de atac a recursului în casație, referitoare la latura civilă a

²⁰ ICCJ, Secția penală, decizia nr. 403/RC din 15 decembrie 2015, consultată pe www.scj.ro la data de 24.10.2020.

²¹ ICCJ, Secția penală, decizia nr. 132/RC din 28 mai 2020, consultată pe www.scj.ro la data de 25.10.2020.

cauzei și, respectiv, la pretinsa încălcare a dreptului la un proces echitabil, nu pot fi primite de Înalta Curte, acestea neputând fi circumscrise dispozițiilor art. 438 alin. (1) pct. 7 din Codul de procedură penală²².

Considerăm că o astfel de interpretare ar încălca principiul legalității și ar restrânge în mod excesiv aria de aplicare a acestei instituții ignorând nejustificat încălcarea de instanța de apel a dreptului la un proces echitabil.

Deși intenția legiuitorului a fost aceea de a așeza recursul în rândul căilor extraordinare de atac, aceasta nu poate însemna și abandonarea caracterului de cale de atac de drept a recursului în casație, menită să sancționeze încălcarea legii în apel²³.

Într-o altă interpretare pe care o considerăm justificată prin faptul că impune soluționarea recursului în casație și înlăturarea viciului de procedură în faza judecătii din apel, se poate aprecia că o condamnare direct în calea de atac, succesiv achitării, fără o proprie analiză a materialului probator, ci prin reaprecierea probelor care au stat la baza soluției de achitare, poate fi evaluată prin prisma cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 7 din Codul de procedură penală.

Considerăm că existența unei soluții de condamnare în calea de atac prin reaprecierea probelor care au condus instanța de fond la pronunțarea unei soluții de achitare conduce la nelegalitatea judecătii generată de încălcarea dreptului la un proces echitabil și determină nelegalitatea soluției pronunțate, în cazul celei de condamnare direct în calea de atac, subsecvent și succesiv achitării. În acest sens, apreciem că nelegalitatea soluției de condamnare pentru motivul expus anterior generează nu numai nelegalitatea pedepsei, ci implicit și lipsa evaluării prevederii faptei în legea penală.

Chiar dacă interpretarea *stricto sensu* a acestui caz de casare ar conduce la concluzia că o încălcare a dreptului la un proces echitabil nu se circumscrie unui astfel de caz, apreciem că urmărind repunerea în matca de legalitate a hotărârilor judecătorești definitive, recursul în casație prin controlul de legalitate pe care îl presupune, exclude posibilitatea ignorării încălcării unui drept recunoscut de Convenție în considerarea caracterului limitativ impus de această cale de atac în condițiile existenței unui viciu în judecarea cauzei ce conduce la pronunțarea unei soluții nelegale.

Existența unei jurisprudențe consolidate atât a Curții Europene, cât și a instanțelor naționale cu privire la încălcarea dreptului la un proces echitabil în situația particulară a pronunțării unei soluții de condamnare, în calea de atac, succesiv achitării prin reaprecierea probelor administrate în faze anterioare ale procesului penal, poate sta la baza restabilirii legalității soluției prin prisma cazului de casare ce prevede că „fapta nu este prevăzută de legea penală”.

²² ICCJ, Secția penală, decizia nr. 448/RC din 10 decembrie 2018, consultată pe www.scj.ro la data de 25.10.2020.

²³ L. Cristiu-Ninu, *Eficiența remediilor procesuale pentru înlăturarea neregularităților survenite în apel*, Revista Română de Jurisprudență, nr. 2/2020, consultat pe www.lege5.ro la data de 23.10.2020.

Lipsa unui alt mijloc procesual care să confere posibilitatea inculpatului de a obține aplicarea principiului *nulla poena sine lege* în ipoteza enunțată este un alt argument care să permită instanței supreme să rețină incidența pct. 7 al art. 438 din Codul de procedură penală.

Or, interpretarea pe care instanța supremă o poate da acestei noțiuni trebuie să permită valorificarea drepturilor inculpatului și restabilirea legalității hotărârii recurate, bineînțeles, în limitele impuse de legiuitor. Considerăm că instanța nu se poate limita la simpla constatare a faptului că încălcarea dreptului la un proces echitabil în ipoteza susmenționată nu poate fi valorificată prin prisma cazurilor limitativ impuse de lege, ci are rolul de a identifica soluții apte a înlătura nelegalitatea.

În caz contrar, singura opțiune a inculpatului ar fi procedura impusă de Curtea Europeană, unde, în considerarea jurisprudenței anterior evocate, va obține recunoașterea încălcării art. 6 paragraful 1 din Convenție, pentru ca ulterior, să parcurgă procedura instituită de art. 465 din Codul de procedură penală și să invoce cazul special de revizuire întemeiat pe o hotărâre a Curții Europene a Drepturilor Omului.

De altfel, cauza Butnaru c. României constituie o pledoarie pentru eficacitatea acestui mecanism în vederea înlăturării nelegalității. În această cauză, inculpata, ulterior condamnării sale de către instanțele naționale prin încălcarea principiului *ne bis in idem*, a parcurs căile extraordinare de atac, fără succes, pentru ca apoi să solicite CEDO constatarea încălcării acestui principiu.

Or, în condițiile în care legiuitorul a consacrat calea de atac a recursului în casație prin care se pot evalua hotărârile definitive ale instanțelor de apel prin prisma legalității acestora, considerăm că se poate da o eficiență mult mai mare cazului de casare prevăzut de pct. 7 și ar fi excesiv a se limita aplicabilitatea acestuia cu consecința imposibilității decelării situației premisă anterior expusă.

În acest sens, considerăm că sintagma „fapta nu este prevăzută de legea penală” poate justifica situația în care inculpatul a fost condamnat în apel succesiv achitării prin reaprecierea probelor ce au condus la soluția de achitare la instanța de fond, nelegalitatea pedepsei ca urmare a vicierei judecății în apel generând neevaluarea prevederii faptei în legea penală.

5. Jurisprudența instanței supreme în materie

Analiza jurisprudenței instanței supreme relevă reținerea cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 7 din Codul de procedură penală în cazul particular al condamnării în calea de atac succesiv achitării prin reaprecierea probelor ce au stat la baza soluției de achitare.

În acest sens, se observă că prin decizia nr. 203/RC din 6 iunie 2018 pronunțată în dosarul nr. 2278/109/2014²⁴, Înalta Curte a admis recursul în casație declarat de inculpatul G.V. și a trimis cauza spre rejudecare la instanța de apel reținându-se că instanța de control judiciar s-a mărginit la a reaprecia probatoriul

²⁴ consultată pe www.scj.ro la data de 26.10.2020.

administrat în faze anterioare ale procesului penal, deși apelul devoluase cauza sub toate aspectele de fapt și de drept, urmare a soluției achitării pronunțate în fond și a motivelor formulate în calea de atac.

Instanța de recurs a mai arătat că nu omite că instanța de apel a pus în vedere procurorului și părților posibilitatea de a formula cereri de probatorii, reprezentantul Ministerului Public precizând că fundamentarea motivelor de apel ale parchetului se bazează pe elemente sau argumente juridice și pe actele existente la dosar. Cu toate acestea, pentru a se putea pronunța soluția condamnării direct în calea de atac, după o soluție de achitare, se impunea administrarea unui probatoriu ce trebuia a fi apt a susține vinovăția inculpatului și întrunirea condițiilor tragerii la răspundere penală (recurentul fusese trimis în judecată pentru infracțiuni de complicitate la evaziune fiscală și grup infracțional organizat).

De asemenea, prin decizia nr. 204/RC din 6 iunie 2018 pronunțată în dosarul nr. 2608/205/2017²⁵, Înalta Curte a admis recursul în casație declarat de inculpatul L.E.M. și a trimis cauza spre rejudecare la instanța de apel reținându-se că instanța de control judiciar s-a mărginit la a reaprecia probatoriul administrat în faze anterioare ale procesului penal, deși apelul devoluase cauza sub toate aspectele de fapt și de drept, urmare a soluției achitării pronunțate în fond și a motivelor formulate în calea de atac.

Prin decizia nr. 205/RC din data de 6 iunie 2018 pronunțată în dosarul nr. 1246/1/2018²⁶, Înalta Curte, deși a respins recursul în casație formulat de inculpatul B.I. a reținut că instanța de apel a dispus condamnarea inculpatului B.I. prin reaprecierea probatorului, fără a administra nicio probă în calea de atac.

Înalta Curte a considerat că nu poate ignora faptul că inculpatul B. I. a fost condamnat de instanța de apel fără administrarea unui nou probatoriu, prin reaprecierea probelor, în condițiile unei soluții de achitare pronunțată de instanța de fond, procedura desfășurată față de acesta încălcând dreptul la un proces echitabil al inculpatului. În recursul ordinar, Curtea de Apel Ploiești s-a mărginit la analiza probatorului administrat anterior fără a administra alte probe, dispunând respingerea recursului, în condițiile în care inculpatul fusese achitat de Judecătoria Vălenii de Munte, iar instanța de apel dispusese condamnarea sa fără a administra alt probatoriu.

De asemenea, s-a constatat că acesta a executat deja (integral la data de 14.12.2016 conform fișei din ANP) pedeapsa de 2 ani aplicată pentru săvârșirea infracțiunii prevăzute de art. 87 alin.1 din OUG 195/2002 privind circulația pe drumurile publice, astfel încât la acest moment procesual, după trecerea unei perioade îndelungate de timp de la condamnarea sa și după executarea pedepsei, singurul remediu posibil al viciului de procedură îl constituie recunoașterea încălcării dreptului la un proces echitabil. Condamnatul ce a executat integral pedeapsa aplicată în cadrul unui judecări desfășurate cu încălcarea dreptului la un proces echitabil nu mai poate beneficia de un remediu procesual apt să excludă

²⁵ consultată pe www.scj.ro la data de 25.10.2020.

²⁶ nepublicată.

această încălcare, într-un cadru procesual penal, în altă manieră decât cea a constatării indubitabile a încălcării.

Prin decizia nr. 65/RC din 20 februarie 2019 pronunțată în dosarul nr. 2738/97/2016²⁷, Înalta Curte a decelat încălcarea dreptului la un proces echitabil și a reținut că instanța de apel a procedat la administrarea unui amplu probatoriu care, în final, a condus la stabilirea vinovăției inculpatului J.I.C. În acest sens, s-a arătat că prin încheierea din data de 27 octombrie 2017, instanța de apel a admis cererea în probațiune formulată de reprezentantul Ministerului Public privind audierea mai multor martori.

Astfel, s-a reținut că instanța de apel nu a dispus condamnarea în calea de atac numai prin reaprecierea probatoriului administrat de instanța de fond, ci a procedat la administrarea unui nou probatoriu, care a condus la evaluarea și stabilirea vinovăției inculpatului.

Prin decizia nr. 203/RC din 29 mai 2019 pronunțată în dosarul nr. 4853/109/2016²⁸, Înalta Curte a evaluat încălcarea art. 6 CEDO prin prisma cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 7 din Codul de procedură penală reținând că instanța de apel a procedat la administrarea unui probatoriu care, în final, coroborat cu probele existente la dosarul cauzei, a condus la stabilirea vinovăției inculpaților.

S-a arătat că instanța de apel a avut în vedere consecințele soluției de achitare pronunțate de prima instanță și jurisprudența constantă în materia condamnării succesiv achitării, sens în care a depus eforturi în vederea readministrării probatoriului esențial în baza căruia prima instanță și-a întemeiat soluția de achitare. Mai mult, instanța de apel a pus în vedere inculpaților D. D. și D.D.V. că au dreptul de a da declarație în fața instanței, iar aceștia au uzat de dreptul la tăcere.

Înalta Curte a constatat poziția apărătorului inculpaților, care în fața instanței de apel a susținut lipsa de relevanță a audierii martorilor arătând că soluția de achitare a inculpaților a avut în vedere alte elemente, îndeosebi probele științifice și nu depozițiile martorilor, pentru ca ulterior, în cererea de recurs în casație să invoce lipsa readministrării probatoriului în fața instanței de control judiciar.

Înalta Curte a reținut că instanța de apel nu a dispus condamnarea în calea de atac prin reaprecierea probatoriului administrat de instanța de fond, ci a procedat la administrarea unui nou probatoriu. Probatoriu administrat în fața instanței de apel, coroborat cu probatoriul științific și cercetarea la fața locului (probatoriu pentru care se exclude *de plano* readministrarea) a condus la evaluarea și stabilirea vinovăției inculpaților în calea de atac.

Prin decizia nr. 366/RC din 8 octombrie 2019, Înalta Curte examinând critica inculpatei A.A.E. referitoare la încălcarea dreptului la un proces echitabil prin faptul că instanța de apel, după pronunțarea unei soluții de achitare de către instanța de fond, a dispus o soluție de condamnare, fără readministrarea tuturor

²⁷ nepublicată.

²⁸ consultată pe www.scj.ro la data de 23.10.2020.

probelor care au condus la pronunțarea inițială a soluției de achitare, a reținut că, în apel, s-a procedat la administrarea mai multor probe (au fost audiate inculpatele M.D.L. și A.A.E., au fost audiați martorii C.C.A., P.A., a fost administrată proba cu înscrisuri solicitată de inculpata M.D.L. și proba cu înscrisuri solicitată de inculpata A.A.E.), probe care, în final, au condus la pronunțarea unei soluții de condamnare în ceea ce o privește de inculpata A.A.E..

Prin urmare, Înalta Curte a constatat că nu s-a produs încălcarea dreptului la un proces echitabil prevăzut de art. 6 din Convenție întrucât instanța de apel nu a dispus pronunțarea unei soluții de condamnare în calea de atac numai prin reaprecierea probatoriului administrat de instanța de fond, ci a procedat la administrarea/readministrarea probatoriului.

De asemenea, prin decizia nr. 59/RC din 14 februarie 2020 pronunțată în dosarul nr. 973/109/2017²⁹, Înalta Curte a evaluat încălcarea art. 6 CEDO prin prisma cazului de casare prevăzut de art. 438 alin. (1) pct. 7 din Codul de procedură penală reținând că instanța de apel a avut în vedere soluția de achitare pronunțată de prima instanță și jurisprudența constantă în materia condamnării succesiv achitării, sens în care a depus eforturi în vederea readministrării probatoriului pe care prima instanță și-a întemeiat soluția de achitare.

Mai mult, s-a reținut că instanța de apel a pus în vedere inculpaților că au dreptul de a da declarație în fața instanței de apel, iar aceștia au uzat de dreptul la tăcere. Înalta Curte a constatat că instanța de apel nu a dispus condamnarea în calea de atac doar prin reaprecierea probatoriului administrat de instanța de fond, ci a procedat la administrarea unui nou probatoriu. Ulterior, probatoriul administrat în fața instanței de apel coroborat cu probatoriul administrat în fața instanței de fond și din faza de urmărire penală, a condus la evaluarea și stabilirea vinovăției inculpaților în calea de atac.

Concluzii

Imposibilitatea cazurilor de recurs în casație de a acoperi potențialele încălcări ale legii în procedura apelului creează premisele identificării unor remedii apte a înlătura încălcarea dreptului la un proces echitabil în cazul condamnării de către instanța de apel succesiv achitării numai prin reaprecierea probatorului ce a justificat soluția de achitare.

Recursul în casație, cale extraordinară de atac, constituie un remediu eficient pentru constatarea încălcării art. 6 CEDO și pentru înlăturarea consecințelor acestei încălcări.

Nelegalitatea procedurii și vicierea fundamentală a judecății conduc la lipsa evaluării faptei prevăzute de legea penală și exclud caracterul infrațional al faptei cercetate, acest aspect putând fi evaluat în cadrul recursului în casație întemeiat pe dispozițiile art. 438 alin. 1 pct. 7 din Codul de procedură penală.

Orice altă interpretare ar limita excesiv și nejustificat sintagma de „faptă prevăzută de legea penală” și ar împiedica restabilirea legalității în cazul

²⁹ consultată pe www.scj.ro la data de 23.10.2020.

particular analizat. Existența unui viciu în considerarea garanțiilor recunoscute în contextul art. 6 CEDO care conduce la o procedură eminamente inechitabilă justifică intervenția instanței de recurs.

În acest sens, considerăm că argumentele prezentate anterior dublate de jurisprudența Înaltei Curți în materie susțin posibilitatea valorificării acestui caz de casare în ipoteza enunțată înlăturând în această modalitate încălcarea dreptului la un proces echitabil și restabilind legalitatea procedurii, implicit a hotărârii instanței de apel.

Revizuirea în cazul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului. Consecințele încălcării drepturilor prevăzute de Convenție

Review in the Case of the Decisions of the European Court of Human Rights. Consequences of a Violation of the Rights under the Convention

Manuela Maria Pușcă¹, Andrei Claudiu Rus²

Rezumat: Reglementarea procedurii de revizuire în cazul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului este impusă de necesitatea de a înlătura consecințele încălcării prevederilor Convenției europene în procesele penale, atunci când aceste consecințe continuă să se producă și după constatarea încălcării prin hotărâre a Curții Europene a Drepturilor Omului definitivă.

În acest sens, promovarea unei cereri de revizuire întemeiată pe existența unei hotărâri definitive pronunțate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului este un demers admisibil doar în măsura în care, prin raportare la natura dreptului a cărui încălcare a constatat-o instanța europeană, încetarea consecințelor grave ale violării Convenției este posibilă doar prin rejudecarea cauzei interne ce a stat la baza sesizării. Prezentul studiu propune analiza condiției legale și obligatorii privind continuarea producerii consecințelor grave ale încălcării Convenției europene după pronunțarea hotărârii Curții Europene și de asemenea, identificarea și evaluarea soluțiilor pronunțate în materie de Înalta Curte de Casație și Justiție, pentru a cunoaște totodată argumentațiile adiacente avute în vedere.

De asemenea, avem în vedere ca mijloace metodologice utilizate următoarele: literature review, analiză, interpretare.

Cuvinte-cheie: revizuire; jurisprudență CEDO; admisibilitate; jurisprudență Înalta Curte de Casație și Justiție

Abstract: The regulation of the review procedure in the case of judgments of the European Court of Human Rights is imposed by the need to remove the consequences of violating the provisions of the European Convention in criminal proceedings, when

¹ Magistrat asistent în cadrul Secției penale a Înaltei Curți de Casație și Justiție doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: manuela.pusca@gmail.com

² Judecător în cadrul Secției Penale a Înaltei Curți de Casație și Justiție, doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu” din București, email: andreiclaudiurus@yahoo.com

these consequences continue to occur after the violation of the European Court of Human Rights.

In this respect, the promotion of a request for review based on the existence of a final judgment of the European Court of Human Rights is an admissible step only insofar as, in view of the nature of the right found by the European court, the cessation of the serious consequences of violation of the Convention is possible only by retrial of the domestic case underlying the referral.

This study proposes the analysis of the legal and mandatory condition for continuing the serious consequences of the violation of the European Convention after the ruling of the European Court and also the identification and evaluation of the solutions pronounced by the Supreme Court, to know the adjacent arguments.

We also consider as methodological means used the following: literature review, analysis, interpretation.

Keywords: review; ECHR jurisprudence; admissibility; jurisprudence Supreme Court

1. Aspecte introductive

Aderarea statelor la structurile europene a impus crearea unui cadru legislativ pentru redeschiderea procedurilor interne în urma unor hotărâri de condamnare pronunțate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

Astfel, prin Recomandarea nr. R/2000/2 a Comitetului de Miniștri, statelor membre li s-a indicat examinarea sistemelor de drept naționale în vederea asigurării că există posibilități adecvate pentru reexaminarea cauzei, atunci când Curtea a constatat o violare a Convenției, în special unde partea lezată continuă să sufere consecințe negative foarte grave din cauza rezultatului deciziei naționale, care nu sunt în mod adecvat remediate prin satisfacție echitabilă oferită și nu pot fi rectificate decât prin reexaminare sau redeschidere. Aceeași soluție trebuie oferită dacă hotărârea Curții duce la concluzia că decizia națională contestată este în esență contrară Convenției sau violarea constatată este cauzată de erori sau deficiențe procedurale de o asemenea gravitate încât apare un dubiu serios în privința rezultatului procedurilor naționale contestate.

Ulterior, prin Rezoluția 1226 (2000) din 28 septembrie 2000 a Adunării Parlamentare au fost invitate statele părți la Convenție să prevadă în legislația națională redeschiderea proceselor în urma unor hotărâri ale Curții.

În România, mai întâi acest caz de reexaminare a unei hotărâri definitive a fost introdus printre cazurile de recurs în anulare, prin Ordonanța de urgență nr. 207/2000³ privind modificarea și completarea Codului penal și a Codului de procedură penală, în art.410 alin.3 din Codul de procedură penală, care prevedea: „pot fi atacate cu recurs în anulare hotărârile pronunțate în cauzele în care CEDO a constatat o încălcare a prevederilor Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.”

³ Ordonanța de urgență nr. 207/2000 privind modificarea și completarea Codului penal și a Codului de procedură penală, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 594 din 22 noiembrie 2000, consultată pe www.lege5.ro, la data de 25.10.2020;

Ulterior, prin Legea nr. 576/2004⁴ pentru modificarea și completarea Codului de procedură penală, au fost abrogate dispozițiile privind recursul în anulare și, totodată, a fost introdus art.408¹ privind revizuirea în cazul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului.

La intrarea în vigoare a noului Cod de procedură penală art.465 din noua lege a fost dedicat revizuirii în cazul hotărârilor CEDO. Întâlnim, astfel, o reglementare specială, care se referă la condițiile de exercitare, titularii cererii, instanța competentă, termenul de introducere, judecarea cererii, soluțiile care pot fi dispuse și căile de atac.⁵

Așadar, astfel cum a statuat Înalta Curte, analiza dispozițiilor art. 465 din Codul de procedură penală, referitoare la revizuirea în cazul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului, relevă că această cale extraordinară de atac are o natură juridică tipică, aparte, determinată de fundamentul, obiectul, funcționalitatea și funcția sa procesuală, care o deosebește de celelalte căi extraordinare de atac, mai ales prin aceea că determină examinarea din nou a cauzei pe fond, prin retractarea de către instanță a propriei soluții, soluție care este înlocuită cu una corespunzătoare noilor fapte și împrejurări constatate și de care instanța nu a avut anterior cunoștință de ele.

Prin posibilitatea acordată părții de a exercita această cale extraordinară de atac, practic Curtea Europeană a Drepturilor Omului vine să confirme faptul că dreptul la un proces echitabil în fața unei instanțe este garantat de art. 6 alin. (1) din Convenție, iar acest drept trebuie să se interpreteze în lumina preambulului Convenției, care enunță supremația dreptului ca element al patrimoniului comun al statelor contractante și, deși unul dintre elementele fundamentale ale supremației dreptului este principiul securității raporturilor juridice, care prevede, printre altele, ca soluția dată de către instanțe în mod definitiv oricărui litigiu să nu mai fie rejudecată (a se vedea Cauza Brumărescu contra României⁶), deoarece securitatea raporturilor juridice presupune respectarea principiului autorității de lucru judecat, adică a caracterului definitiv al hotărârilor judecătorești (Riabykh împotriva Rusiei, nr. 52.854/99, § 52, CEDO 2003-IX), atunci când însă se constată încălcarea unui drept, Curtea Europeană a Drepturilor Omului impune instanțelor obligația de a relua procesul din stadiul în care s-a aflat partea în momentul încălcării dreptului.

Așadar, Convenția creează un adevărat cadru juridic privitor la protecția drepturilor și libertăților fundamentale pe care le protejează, cu valoare supranațională, dar bazat pe principiul subsidiarității, ceea ce presupune o repartizare a competențelor în acest domeniu între autoritățile naționale, cu

⁴ Legea nr. 576/2004 pentru modificarea și completarea Codului de procedură penală, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 1223 din 20 decembrie 2000, consultată pe www.lege5.ro, la data de 25.10.2020;

⁵ O. Ghenici, *Cazul special de revizuire întemeiat pe o hotărâre a Curții Europene a Drepturilor Omului în procesul penal*, în Caiet de drept penal, nr.3/2019, pp.1-15.

⁶ publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 414 din 31 august 2000, consultată pe www.lege5.ro, la data de 26.10.2020;

vocația de a asigura ele, primele, apărarea acestor drepturi și libertăți, și instanța europeană, chemată să intervină numai atunci când aceasta nu se realizează pe deplin în cadrul sistemului național de drept în discuție.

Prin exercitarea acestei căi de atac, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a integrat pe deplin sfera drepturilor omului în sfera dreptului pozitiv și a pus bazele protecției europene a drepturilor omului, oferindu-le părților beneficiul unui control jurisdicțional al respectării drepturilor lor, instituind astfel măsuri de garanție suplimentară, pentru că acest sistem are la bază elemente de garanție cu scop final de armonizare minimală a dreptului intern al statelor contractante care își păstrează propriile caracteristici de fond și de procedură, având însă ca obiectiv final armonizarea sistemelor jurisdicționale în funcție de un sistem minim de protecție, pe care îl definește și pe care statele pot să îl depășească.⁷

Revizuirea în cazul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului poate fi exercitată numai împotriva acelor hotărâri definitive pronunțate de instanțele penale române în cauzele în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat o încălcare a drepturilor sau a libertăților fundamentale ori a dispus scoaterea cauzei de pe rol, ca urmare a soluționării amiabile a litigiului dintre stat și reclamant, dacă vreuna dintre consecințele grave ale încălcării Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și a protocoalelor adiționale la aceasta continuă să se producă și nu poate fi remediată decât prin revizuirea hotărârii pronunțate.

Cu alte cuvinte, acest caz de revizuire este dublu condiționat și presupune atât existența unei hotărâri a instanței europene prin care să se fi constatat o încălcare a drepturilor sau a libertăților fundamentale, cât și continuitatea și imposibilitatea remedierii consecințelor negative grave ale încălcării Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și a protocoalelor adiționale, cu condiția ca încălcarea constatată să vizeze o hotărâre definitivă pronunțată de către instanța română.⁸

Așadar, analiza primei condiții, presupune o verificare formală din partea instanței de judecată, respectiv existența unei hotărâri de condamnare definitivă a

⁷ Decizia nr.2 din data de 02 februarie 2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 159 din 6 martie 2015, privind pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea chestiunii de drept în sensul de a se stabili care este calea de atac legală în urma desființării deciziei date în recurs, în calea de atac a revizuirii reglementată în procedura prevăzută de art. 465 din Codul de procedură penală (revizuirea în cazul hotărârilor CEDO), în condițiile în care cauza a parcurs trei grade de jurisdicție (primă instanță, apel și recurs), în ultimă instanță soluționându-se recursul procurorului, consultată pe site-ul www.scj.ro, la data de 23.10.2020;

⁸ Decizia Curții Constituționale nr.181 din data de 28 martie 2018, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 384 din 16 mai 2019, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 465 alin. (1) din Codul de procedură penală, consultată pe site-ul www.just.ro, la data de 23.10.2020;

statului român pentru încălcarea Convenției europene sau a Protocoloalelor adiționale la aceasta, respectiv a unei hotărâri prin care s-a dispus scoaterea cauzei de pe rol, ca urmare a soluționării amiabile a litigiului dintre stat și reclamanți.

Nu se poate cere revizuirea unei hotărâri definitive invocându-se hotărâri pronunțate de CEDO împotriva altor state în cauze similare sau ca urmare a constatării existenței unei încălcări a Convenției europene printr-o reglementare din dreptul intern al statului condamnat identică cu reglementarea românească, chiar dacă cererea persoanei vătămate împotriva statului român a fost declarată admisibilă, dar nu a fost judecată definitiv.⁹

Per a contrario, examinarea sub aspectul îndeplinirii condiției legale și obligatorii privind continuarea producerii consecințelor grave ale încălcării Convenției europene după pronunțarea hotărârii Curții Europene, trebuie realizată *in concreto*, raportat la particularitățile fiecărei cauze deduse judecății. Constatarea de către Curtea EDO a încălcării unui drept prevăzut de Convenție, nu presupune *de plano* și admiterea unei cereri de revizuire întemeiată pe dispozițiile art. 465 Cod procedură penală.

2. Formula de interpretare jurisprudențială dată de Înalta Curte de Casație și Justiție noțiunii de continuitate a consecințelor negative grave ale încălcării Convenției.

În jurisprudența în materie¹⁰, instanța supremă a statuat că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art.465 Cod procedură penală, în cazul în care Curtea EDO a constatat încălcarea dreptului prevăzut de art.6 parag.1 din Convenție, ca urmare a pronunțării unei soluții de condamnare, după achitarea inculpatului de două instanțe inferioare, fără audierea directă a martorilor: „în urma recursului parchetului, Înalta Curte s-a prevalat de posibilitatea oferită de legea internă de a examina din nou chestiunea vinovăției părții interesate. În acest scop, Înalta Curte s-a bazat pe aceleași probe care determinaseră instanțele inferioare să dispună achitarea părții, nicio probă nouă nefiind prezentată în fața instanței. Înalta Curte a concluzionat că rezulta, în mod cert, din probatoriu și mai ales din conținutul declarațiilor martorilor că reclamantul comisese fapta de care era acuzat.

S-a constatat că Înalta Curte a procedat la o interpretare a declarațiilor care figurau în dosar fără a asculta ea însăși martorii. Astfel, Înalta Curte a adoptat o poziție opusă celei din hotărârile instanțelor inferioare, care l-au achitat

⁹ M. Udroui (coord.), *Codul de procedură penală, Comentariu pe articole*, Ediția a 2-a, Ed. C. H. Beck, București, 2017, p. 1808;

¹⁰ Decizia penală nr. 852 din 20 septembrie 2017 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție – Secția Penală în dosarul nr. 2239/1/2017, consultată pe site-ul www.scj.ro, la data de 25.10.2020;

pe reclamant, în special pe baza depozițiilor martorilor respectivi, făcute în cursul ședințelor desfășurate în fața lor.”¹¹

În acest context, în mod evident, unicul remediu apt a înlătura consecințele încălcării dreptului la un proces echitabil, îl reprezintă desființarea hotărârii instanței de recurs și dispunerea rejudecării cauzei de către această instanță, cu respectarea drepturilor revizuentului.

Ulterior, prin decizia nr.325 din data de 11 aprilie 2018 pronunțată de Înalta Curte în dosarul nr.2656/1/2017¹², s-a respins, ca nefondat, recursul declarat de Parchetul de pe lângă Curtea de Apel București împotriva deciziei penale nr. 251 din 16.10.2008 pronunțată de Curtea de Apel București – Secția I Penală, privindu-l pe intimatul inculpat P. I.

Încălcarea art. 6 paragraful 1 din Convenție constatată de CEDO, ca urmare condamnării inculpatului fără administrarea nemijlocită de probe pe baza cărora fusese achitat de instanțele de grad inferior, a condus la admiterea unei cereri de revizuire și în Cauza Gutău împotriva României prin Hotărârea din 8 noiembrie 2016, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 755 din data de 21 septembrie 2017¹³.

De asemenea, se impune a fi amintită și Cauza Lascău contra României¹⁴, rămasă definitivă la data de 09 iunie 2020, prin care Curtea a apreciat că omisiunea instanței supreme de a audia martorii înainte de a-l declara pe reclamant vinovat de luare de mită a limitat semnificativ dreptul la apărare, fiind astfel încălcat art.6 paragraful 1 din Convenție.

Condițiile de temeinicie prevăzute de art.465 Cod de procedură penală sunt respectate, respectiv consecințele grave ale încălcării unui drept prevăzut de Convenția Europeană a Drepturilor Omului continuă să se producă și în prezent, și în situația existenței unei condamnări pentru o infracțiune pentru care inculpata fusese achitată în mod definitiv¹⁵.

Din perspectiva instanței supreme investită cu soluționarea cererii de revizuire, unicul remediu adaptabil înlăturării consecințelor drepturilor încălcate și care continuă să se producă îl reprezintă admiterea căii de atac cu consecința desființării deciziei de condamnare și rejudecării căii de atac a recursului declarat de către inculpata B. C.

În acest sens, Înalta Curte a constatat că judecarea cererii de revizuire se poate realiza numai în limitele impuse prin hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului, respectiv numai cu privire la partea și faptele vizate de

¹¹ Hotărârea din 14 februarie 2017, în Cauza Potoroc împotriva României, publicată în Monitorul Oficial nr. 411 din 31 mai 2017, consultată pe www.lege5.ro, la data de 25.10.2020;

¹² consultată pe www.scj.ro, la data de 25.10.2020;

¹³ consultată pe www.lege5.ro, la data de 26.10.2020;

¹⁴ consultată pe www.ier.gov.ro, la data de 26.10.2020;

¹⁵ Decizia penală nr.276 din 15 martie 2017 pronunțată de Înalta Curte în dosarul nr.3731/1/2016, consultată pe site-ul www.scj.ro, la data de 25.10.2020;

aceasta, respectiv numai cu privire la încălcarea principiului *ne bis in idem*, pentru restul dezlegărilor, decizia instanței de recurs menținându-se.

În această cauză, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat încălcarea art.4 din Protocolul nr. 7 la Convenție și a observat că „reclamanta a fost acuzată în două rânduri pentru aceleași acte de violență pe care le aplicase aceleiași persoane (...). Chiar dacă alte fapte — respectiv o atingere adusă patrimoniului lui D.M.M. — au fost imputate persoanei în cauză în cadrul celei de a doua proceduri, nu este mai puțin adevărat că cele două proceduri în cauză coincideau în privința actelor de violență.

Curtea a mai observat că, deși reclamanta a invocat autoritatea de lucru judecat în cadrul celei de-a doua proceduri, instanțele interne nu au stabilit expres în cadrul acestei proceduri că existau circumstanțe de fapt care distingeau acuzația de tâlhărie de cea de lovire sau alte violențe pentru care persoana în cauză fusese deja achitată (Asadbeyli și alți, pct. 161). Pe de altă parte, a arătat că instanța de apel s-a pronunțat, prin Decizia din 4 martie 2008, că a existat identitate de fapte între cele două proceduri în cauză (supra, pct. 20), dar că aceste constatări nu puteau să conducă, din motive procedurale, la o redeschidere a procedurii (supra, pct. 21).¹⁶

De asemenea, în jurisprudența sa, Înalta Curte a apreciat că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art.465 Cod procedură penală, chiar și în situația în care a intervenit reabilitarea de drept a revizuentului (...) Această împrejurare nu constituie însă un temei pentru a considera că încălcarea drepturilor prevăzute de Convenție, astfel cum a fost constatată prin hotărârea CEDO, nu continuă să se producă. Efectele reabilitării constau în încetarea decăderilor, interdicțiilor și incapacităților ce decurg dintr-o hotărâre de condamnare, însă, reabilitarea are ca și situație premisă tocmai soluția de condamnare, prin intermediul căreia s-a stabilit cu autoritate de lucru judecat săvârșirea cu vinovăție de către inculpat a unei fapte prevăzute de legea penală.

În acest sens, a reținut că reabilitarea nu are valoarea constatării lipsei de vinovăție penală a revizuentului și că, în cazul revizuirii, nu o iertare de consecințe pe viitor se cere, ci o constatare a nevinovăției persoanei și a netemeinicii hotărârii, în general, așa încât consecințele condamnării se sting doar formal prin reabilitare.¹⁷

În analiza condiției referitoare la continuarea producerii consecințelor grave ale încălcării Convenției europene după pronunțarea hotărârii Curții Europene, Înalta Curte a considerat că deși instanța europeană a oferit în compensație o sumă de bani revizuentului, totuși prejudiciul moral cauzat prin pronunțarea hotărârii de condamnare este atât de însemnat, încât nici pronunțarea hotărârii de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului și nici

¹⁶ Hotărârea din 23 iunie 2015 rămasă definitivă la 23.09.2015, în Cauza Butnaru și Bejan-Piser contra României, publicată în Monitorul Oficial nr. 139 din 23 februarie 2017, consultată pe www.hudoc.echr.coe.int, la data de 25.10.2020;

¹⁷ Decizia nr. 179 din 11 februarie 2016 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, consultată pe www.scj.ro, la data de 26.10.2020;

intervenirea reabilitării de drept nu au stopat consecințele grave ale încălcărilor constatate de Curtea EDO, impunându-se rejudecarea cauzei prin desfășurarea în condiții de echitate a procesului penal.

În cauză, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut că a fost încălcat dreptul revizuentului la un proces echitabil prevăzut de art. 6 paragraf 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și dreptul la libertatea de exprimare prin atingerea dreptului de a comunica informații, prevăzut de art. 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului: prin aceea că instanțele interne au refuzat să verifice dacă părea justificată clasificarea „strict secret” în lumina eventualelor date culese de SRI, precum și să răspundă la întrebarea dacă interesul păstrării confidențialității informațiilor prevala asupra interesului public de a lua cunoștință de presupusele interceptări fără drept, că instanțele interne nu s-au străduit să examineze cauza sub toate aspectele, limitându-se la a constata doar existența actelor de autorizare prevăzute de lege, deși era vorba despre un argument esențial în apărarea reclamantului, pe care instanțele l-au lăsat fără răspuns (parag.131), elemente suficiente Curții pentru a concluziona că această cauză care a condus la condamnarea penală a reclamantului nu a fost soluționată într-un mod echitabil, fiind încălcat art. 6 § 1 din Convenție (parag.132). Curtea a concluzionat că atingerea adusă dreptului la libertatea de exprimare a reclamantului, în special a dreptului său de a comunica informații, nu era „necesară într-o societate democratică”, așa încât a fost încălcat art. 10 din convenție (parag.120).¹⁸

Condiția ce vizează necesitatea continuării consecințelor grave ale încălcării drepturilor prevăzute de Convenție, constatate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în situația în care a intervenit reabilitarea de drept la momentul formulării cererii de revizuire, a fost analizată în mai multe rânduri de Înalta Curte și contrar opiniei sus menționate, s-a apreciat că, procedura specială a revizuirii nu poate constitui remediul eficient înlăturării unor potențiale efecte negative.¹⁹

În cauza soluționată prin decizia penală nr.420/18.05.2009 pronunțată de ÎCCJ - Completul de 9 judecători²⁰, nu a fost avută în vedere doar împrejurarea intervenirii reabilitării, ci s-a analizat efectul concret pe care încălcările constatate de Curtea Europeană l-au produs asupra desfășurării judecății și s-a stabilit că, în cazul în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat încălcarea drepturilor garantate de art. 5 paragraful 1 și art.8 din Convenție, însă hotărârea de condamnare a inculpaților s-a pronunțat în urma unei proceduri necontestată sub aspectul caracterului său echitabil, iar consecințele condamnării au încetat prin efectul reabilitării de drept, cererea de revizuire este nefondată.

¹⁸ Hotărârea din data de 08.01.2013 rămasă definitivă la data de 08 aprilie 2013, în Cauza Bucur și Toma împotriva României publicată în Monitorul Oficial nr.350, Partea I din data de 13 iunie 2013, consultată pe site-ul www.lege5.ro, la data de 26.10.2020;

¹⁹ Sentința penală nr. 537 din 04 iunie 2014 pronunțată de Înalta Curte în dosarul nr.1969/1/2014, consultată pe site-ul www.scj.ro, la data de 25.10.2020;

²⁰ nepublicată;

În cauza soluționată prin decizia penală nr.224/5.11.2012 de ÎCCJ - Completul de 5 judecători²¹, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat încălcarea dispozițiilor art.6 par.1 și 3 din Convenție în ceea ce privește echitatea procedurii, deoarece instanța de recurs a schimbat încadrarea juridică a faptelor în timpul deliberării, încălcând astfel dreptul la apărare al acestuia. Înalta Curte a constatat intervenită reabilitarea de drept și a apreciat că recunoașterea încălcării drepturilor, precum și suma acordată de către instanța europeană pentru recuperarea prejudiciului suferit de către reclamant, se înscriu în accepțiunea noțiunii de „satisfacție echitabilă”, fiind suficientă pentru înlăturarea prejudiciului moral produs revizuentului.

În cauza soluționată prin decizia penală nr. 3/3.01.2014 de ÎCCJ - Completul de 5 judecători²², Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat încălcarea dispozițiilor art.6 par.1 și 3 din Convenție și încălcarea dreptului prevăzut de art.10 din Convenție, deoarece mijloacele utilizate au fost disproportionale în raport cu scopul urmărit, instanțele interne depășind ceea ce constituie o restricție necesară a libertății de exprimare a petentei, deoarece, cel puțin o parte din afirmațiile reclamantei se înscriau în contextul unei dezbateri de ordin general. Și în acest caz, Înalta Curte a reținut că nu este îndeplinită condiția legală și obligatorie ce impune continuarea producerii consecințelor grave ale încălcării Convenției și după pronunțarea Curții Europene, deoarece a intervenit reabilitarea de drept și prejudiciul moral încercat de revizuentă ca urmare a hotărârii de condamnare a fost compensat nu doar prin constatarea de către Curtea Europeană a încălcării dreptului la liberă exprimare, ci și material prin acordarea unei sume de bani pentru prejudiciul moral suferit, sumă care fusese deja achitată de statul român, considerându-se că a fost de natură să compenseze în integralitate încălcarea de către instanțele române a art.10 din Convenție.

Pe de altă parte, în jurisprudența în materie Înalta Curte a statuat că deși, Curtea EDO a constatat încălcarea art. 8 din Convenție datorită lipsei măsurilor de siguranță din procedura de interceptare a convorbirilor telefonice pe baza securității naționale, totuși, consecințele încălcării normelor indicate nu subzistă în prezent.²³

Prin raportare la hotărârea pronunțată de instanța europeană, Înalta Curte a constatat că încălcarea art. 8 din Convenție în ceea ce privește lipsa

²¹ nepublicată;

²² nepublicată;

²³ Hotărârea din data de 25 iunie 2013, rămasă definitivă la 25 septembrie 2013, în Cauza Acatrinei Valentino contra României, prin care s-a constatat încălcarea art.8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, reținând că dispozițiile „art. 8 se aplică indiferent dacă urmărirea a vizat un dispozitiv aparținând reclamantului sau unei terțe persoane. În conformitate cu art. 8, conversațiile telefonice sunt acoperite de noțiunile de viață privată și corespondență, iar în cazul de față, conversațiile dintre reclamant și L.P. au fost înregistrate în iunie 2000 în baza unui mandat emis de procuror și înaintat SRI în conformitate cu Legea privind securitatea națională, consultată pe site-ul www.sintact.ro, la data de 27.10.2020;

măsurilor de siguranță din procedura de interceptare a convorbirilor telefonice pe baza securității naționale nu a determinat o încălcare a dreptului la un proces echitabil și nu a justificat reformarea hotărârii definitive pronunțate pe fondul cauzei și nici reluarea judecării fondului, întrucât înregistrările au avut un rol limitat într-un tot unitar de dovezi ce au fost analizate de instanță, iar utilizarea transcrierilor în proces nu a încălcat dreptul la apărare.

De asemenea, Înalta Curte a reținut că cea de-a doua condiție impusă de prevederile art.465 alin.1 din Codul de procedură penală nu este îndeplinită întrucât consecințele grave ale încălcării drepturilor prevăzute de Convenție, constatate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului,²⁴ nu continuă să se producă în prezent, astfel că procedura specială a revizuirii nu constituie remediul eficient înlăturării unor potențiale efecte negative, atât timp cât instanțele naționale nu au pronunțat condamnarea în considerare exclusivă a probelor constând în convorbirile telefonice interceptate, condamnarea inculpatei s-a întemeiat pe un ansamblu de probe concordante, prezentând relevanță declarațiile martorilor și ale inculpaților, documentele fiscale, procesele verbale de recepție, documentele contabile, bilanțul și balanța contabilă.

Contestarea caracterului legal al probelor obținute prin efectuarea amintitei probe nu poate conduce la adoptarea unei soluții de achitare a inculpatei.²⁵

3. Concluzii

În concluzie, analiza îndeplinirii condiției referitoare la continuitatea și imposibilitatea remedierii consecințelor negative grave ale încălcării Convenției rămâne atributul exclusiv al instanței de judecată investită cu soluționarea unei cereri de revizuire în procedura prevăzută de art.465 Cod procedură penală, prin raportare la situația de fapt concretă reținută în cauză, iar prezentarea acestui tablou ilustrativ al deciziilor Înaltei Curți în materie are menirea de a evidenția argumentele avute în vedere în interpretarea juridică realizată cu privire la această condiție.

Așadar, astfel cum reiese din jurisprudența instanței supreme reliefată anterior, existența unei hotărâri CEDO nu presupune *eo ipso* și continuarea producerii unor consecințe negative grave cu privire la situația reclamantului, în unele situații compensațiile materiale acordate prin hotărârea instanței europene au fost de natură a acoperi prejudiciul moral suferit, în alte situații consecințele

²⁴ Decizia nr.21517/13 din 16.12.2014 pronunțată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului - Secția a treia, prin care s-a dispus obligarea înaltei Autorități Contractante la plata sumei de 4500 de euro în favoarea reclamantei datorită recunoașterii încălcării art. 3, 6 alin. 1 și art.8 din Convenție, apreciind că suma de compensare propusă este în concordantă cu sumele acordate în cazuri similare și nu se mai justifică continuarea examinării cererii dispunând scoaterea cauzei de pe rol, consultată pe site-ul www.lege5.ro, la data de 27.10.2020;

²⁵ Decizia nr. 1345 din data de 02 octombrie 2015 pronunțată de Înalta Curte, Secția Penală în dosarul nr.954/30/2015, nepublicată.

condamnării au încetat prin efectul reabilitării de drept sau încălcarea dreptului prevăzut de Convenție a vizat doar o parte a materialului probator administrat în cauză fără a avea un rol determinant în conturarea soluției de condamnare.

În acest context, subliniem rolul revizuirii în cazul hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului de a fi un remediu eficient înlăturării unor potențiale efecte negative urmare a încălcării unui drept prevăzut de Convenție, însă examinarea condițiilor prevăzute de dispozițiile art.465 Cod procedură penală trebuie să se realizeze într-o manieră restrictivă, păstrând caracterul extraordinar al căii de atac, în caz contrar admiterea formală a unei asemenea cereri de revizuire ar fi de natură a încălca principiul securității raporturilor juridice și implicit al autorității de lucru judecat al hotărârilor definitive pronunțate de instanțele naționale.

Drept Public, Drept European
și Studii Europene

Public Law, European Law
and European Studies

Europa și merele de aur... Sau despre lectura normei fiscale prin regulile pieței unice

Europe and the golden apples ... Reading fiscal law through Single Market regulation

Ioana Maria Costea¹

Rezumat: Prezentul studiu are ca reper de lucru hotărârea Tribunalului Uniunii în cauzele reunite T 778/16² și T 892/16, cauze care au ca obiect anularea unei decizii de sancționare dispuse de Comisia Europeană în materie de ajutor de stat. Decizia de sancționare are ca și temei un acord fiscal dintre grupul de companii Apple și Irlanda. Tehnica de aplicare a dreptului fiscal, prin intermediul soluțiilor fiscale individuale este un fapt curent în aplicarea dreptului fiscal, însă ridică două probleme semnificative, ce fac obiectul acestui studiu: pe de o parte conținutul de drept fiscal al acestor acte și semnificația lor juridică, pe de altă parte efectele generate, dincolo de simplul acord privind modul de determinare a impozitului, și anume generarea unei situații fiscale favorabile pentru o anumită companie prin acest act unilateral. Raportat la acest efect, cauzele reunite permit o discuție despre deturnarea caracterului nediscriminatoriu al impunerii și generarea unor ipoteze fiscale mai ușoare, echivalent al unui ajutor de stat. Acest regim juridic este analizabil prin filtrul dispozițiilor privind piața unică.

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

² Hotărârea Tribunalului (Camera a șaptea extinsă), 15 iulie 2020(*) „Ajutoare de stat – Ajutor pus în aplicare de Irlanda – Decizie prin care ajutorul este declarat incompatibil cu piața internă și nelegal și prin care se dispune recuperarea acestuia – Soluții fiscale anticipate (tax rulings) – Avantaje fiscale selective – Principiul concurenței depline”, În cauzele T-778/16 și T-892/16, Irlanda, reclamantă în cauza T-778/16, susținută de Marele Ducat al Luxemburgului, intervenient în cauza T-778/16, Apple Sales International, cu sediul în Cork (Irlanda), Apple Operations Europe, cu sediul în Cork, reclamante în cauza T-892/16, susținute de Irlanda, intervenientă în cauza T-892/16, împotriva Comisiei Europene, pârâtă, susținută de Republica Polonă, intervenientă în cauza T-778/16, și de Autoritatea de Supraveghere AELS, reprezentată de C. Zatschler, M. Sánchez Rydelski și C. Simpson, în calitate de agenți, intervenientă în cauza T-892/16, având ca obiect cereri întemeiate pe articolul 263 TFUE prin care se solicită anularea Deciziei (UE) 2017/1283 a Comisiei din 30 august 2016 privind ajutorul de stat SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) pus în aplicare de Irlanda în favoarea Apple (JO 2017, L 187, p. 1), disponibilă la http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=228621&text=&dir=&doclang=RO&part=1&occ=first&mode=lst&pageIndex=0&cid=15654450, consultată în data de 07.12.2020.

Cuvinte-cheie: ajutor de stat; soluție fiscală individuală/anticipată; impunerea societăților;

Abstract: The present study is based on the judgment of the General Court of the European Union in question, T 778/16 and T 892/16, which seeks the annulment of a sanctioning decision ordered by the European Commission in respect of State aid. The sanctioning decision is based on a tax agreement between the Apple groups of companies and Ireland. The technique of applying the tax law, through individual tax ruling is a common fact in the application of tax law, but raises two significant issues, which are the subject of this study: on the one hand the content of tax law to these acts and their legal significance, on the other hand, the effects generated, beyond the simple agreement on how to determine the tax, namely the generation of a favorable tax situation for a certain company through this unilateral. In relation to this effect, the combined cases allow a discussion on the diversion of the non-discriminatory nature to taxes and the generation of lighter tax hypotheses, equivalent to state aid. This legal regime can be analyzed through the filter of single market provisions.

Keywords: state aid; tax ruling; company taxation

1. Ce este legea fiscală?

Norma fiscală este un concept extrem de lesne de mapat; de puține ori ne punem întrebarea ce conține conceptul de normă fiscală. Lipsa acestei interogări este dată de faptul că, de cele mai multe ori, acest concept este prezumat ca și conținut reprezentând, raportat la definițiile din doctrină, ansamblul dispozițiilor legale care reglementează relațiile sociale privind impunerea. Toate aceste prezumții conceptuale au la bază o serie de dispoziții legale de diferite forțe juridice.

Desigur, premisa de lucru este dată de formula constituțională de la articolul 139 din Constituție - (1) *Impozitele, taxele și orice alte venituri ale bugetului de stat și ale bugetului asigurărilor sociale de stat se stabilesc numai prin lege*. Garanția constituțională derivă din formula generică „*numai prin lege*”, care poate fi lesne transpusă prin simetrie în adagiul „*nullum tributum sine lege*”. În ordinea constituțională putem distinge două nivele de acțiune. În primul rând, garanția de la articolul 139 semnifică imposibilitatea puterii publice de a colecta o impunere fără suport legislativ; cu privire la conținutul conceptului de *lege*, în formularea textului constituțional trebuie să subliniem faptul că acesta are un înțeles generic, desemnând orice formulă normativă care provine de la legiuitor. Acest fapt reprezintă o garanție de legalitate și publicitate a impunerii pentru contribuabil; instituirea unui impozit prin lege asigură instrumente specifice de control, inclusiv judiciar, cum ar fi de exemplu respectarea dispozițiilor constituționale. În al doilea rând, din lectura negativă a textului aici lipsește ceva, reiese că probabil și anume nicio impunere nu poate fi stabilită fără lege rezultă o limitare a puterii publice în generarea de obligații fiscale pentru contribuabili.

Dar ce este legea fiscală? Această interogare capătă noi dimensiuni în momentul în care luăm în calcul și suprastratul de reglementare din spațiul

europăean. Legea fiscală cu componentă europeană reprezintă în primul rând act normativ național, care poate avea ca și motor al reglementării o decizie din strategia fiscală a statului membru sau transpunerea unei directive europene. Este cazul impozitului pe venit, care rezidă în aria de competențe regaliene ale statelor membre pe de o parte și al TVA pe de altă parte, impozit indirect supus armonizării. În al doilea rând, legea fiscală reprezintă acte normative europene aprobată sub formă de regulament care reglementează în materie fiscală; este cazul regulamentului UE privind Codul Vamal ori a regulamentelor privind cooperarea administrativă în privința gestiunii creanțelor provenind din taxă pe valoarea adăugată și accize. Aceste două conținuturi primordiale ale conceptului de *lege* în materie fiscală sunt încadrate în contextul mai larg al dispozițiilor normative din tratate și constituțiile naționale. Dacă cu privire la această dimensiune a conceptului de lege fiscală lucrurile sunt relativ clare și pertinente, în plan secundar se întrevade o rețea densă de acte administrative, care asigură punerea în aplicare a dispozițiilor din lege.

Rolul de punere în aplicare a unui text de impunere este extrem de tehnic și limitat; astfel nu vom avea un regim de impunere stabilit cu titlu de impozit, taxă sau contribuție printr-un ordin de ministru ori printr-o decizie a Comisiei. Însă un impozit se poate traduce în conținutul său prin aceste acte administrative; instituirea efectivă a impunerii și interpretarea acesteia pentru a fi aplicată unei anumite situații juridice sunt două chestiuni distincte, cu surse normative diferite. Funcția acestui suprastrat normativ decizional este de a asigura o interpretare punctuală, o corelare între dispoziția legală și situația, asigurând inclusiv calificarea actelor și faptelor juridice, care sunt premisă a determinării impunerii. Astfel, subzistă cu valoare de izvor de drept, având o anumită forță juridică, ceea ce literatura franceză denumesc doctrina administrativ fiscală, adică „diversele interpretări ale textelor fiscale propuse de către administrația fiscală, mai ales prin intermediul instrucțiunilor și notelor de serviciu adresate agenților”³.

Doctrina administrativ-fiscală are o serie de surse formale; amintim aici raportat la dreptul fiscal român două dimensiuni. În primul rând, Codul de procedură fiscală recunoaște fără echivoc rolul modulator al Ministerului Finanțelor Publice, „rolul de a coordona aplicarea unitară a prevederilor legislației fiscale” [art. 5 alin. (2) C.Proc.Fisc.]. Acest rol se exercită desigur prin activitățile de coordonare administrativă (prin acte administrative, circulare, ordine interne), dar și formal și sporadic prin deciziile Comisiei fiscale centrale, care vin să asigure „aplicarea unitară a Codului fiscal, a prezentului cod, a legislației subsecvente acestora, precum și a legislației a cărei aplicare intră în sfera de competență a A.N.A.F.” [art. 5 alin. (3) C. Proc. Fisc.]. Deciziile Comisiei au

³ M. Collet, op. cit., p. 124 – Textul original: „*les diverses interprétations des textes fiscaux proposées par l'administration fiscale, notamment à travers les instructions et notes de service adressées aux agents*”.

valoare juridică⁴ și sunt opozabile contribuabililor, sub condiția aprobării acestora prin Ordin al președintelui Agenției și publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I. Soluția propusă prin decizia Comisiei Fiscale Centrale este izvor de drept, având valoare de lege *lato sensu*. O problemă aparte este ierarhia normelor – originară și de interpretare – în fața unei instanțe, doctrina franceză consacrând caracterul subsidiar al doctrinei fiscale. Sesizată cu o contestație a unui contribuabil, instanța va proceda la o analiză și aplicare directă a textului de lege, și numai în subsidiar va reține sub controlul ei de legalitate soluția propusă de organul fiscal. De cele mai multe ori, este foarte probabil ca interpretarea dată unui text de către doctrina administrativă să aibă „un sens constructiv”, prin aceea că procedează la a extinde câmpul de aplicare a legii sau la a adăuga condiții speciale la lege. Or este rarism admis ca autoritatea administrativă să adauge la lege, considerent pentru care judecătorul va proceda la anularea interpretării pentru lipsa de autoritate a emitentului.

În al doilea rând, dincolo de rolul unificator al doctrinei administrativ-fiscale, aplicarea legii fiscale îmbracă zi de zi roba interpretativă a unui „judecător” fără scaun. Și dacă ne aplecăm cu atenție asupra textului generic de la art. 52 alin. 1 C.proc.fisc.: *”Soluția fiscală individuală anticipată este actul administrativ emis de organul fiscal central în vederea soluționării unei cereri a contribuabilului/plătitorului referitoare la reglementarea unor situații fiscale de fapt viitoare. Situația fiscală de fapt viitoare se apreciază în funcție de data depunerii cererii”*, observăm chiar că nu este o simplă robă de judecător, ce face aplicarea legii, ci chiar o aparentă voință normativă, soluția fiscală individuală anticipată privind *„reglementarea unor situații fiscale de fapt viitoare”* (sic!). Fără doar și poate, exprimăm rezerve față de utilizarea termenului „reglementare” atunci când vorbim de un act administrativ individual, care are doar vocația de a face aplicarea legii, indiferent dacă situația căreia i se aplică este prezentă ori viitoare. Într-o sumară calificare a soluției fiscale individuale anticipate, aceasta reprezintă un act administrativ fiscal, emis de organul fiscal, la cererea contribuabilului, contra cost, cu aplicare limitată doar la ipoteza supusă analizei, obligatoriu atât pentru contribuabil, cât și pentru autoritatea fiscală (art. 52 alin. 11 C. proc. fisc. - Soluția fiscală individuală anticipată sunt opozabile și obligatorii față de organul fiscal, numai dacă termenii și condițiile acestora au fost respectate de contribuabil/plătitor). Funcția sa primordială este preventivă; prin recurgerea la acest instrument de lucru, contribuabilul se asigură că unei anumite situații de fapt îi corespunde o anumită aplicare a normei fiscale, și că odată confirmată această corespondență de către organul fiscal, acesta nu va putea reveni asupra calificării date la un eventual control *ex-post*. Pe conținut, efectul unei asemenea soluții fiscale individuale anticipate este echivalent cu efectul legii; un asemenea cadru poate decide asupra caracterului impozabil sau nu al unui venit, deductibil

⁴ A. Safta, R. Bufan, *Izvoarele dreptului fiscal (II). Actele administrative ca izvoare ale dreptului fiscal. Raportul dintre actele administrative de autoritate și actele de forță juridică a legii în materie fiscală*, în „Revista de Drept Comercial”, nr. 4/2003, p. 210.

sau nu al unei cheltuieli, dând conținut sau golind de consecințe norma fiscală generică, sub formă de dispoziție a unui tratat, regulament, lege.

2. Was there another Troy for her to burn?⁵

În acest context normativ paneuropean, se ridică și problema în fața Tribunalului Uniunii Europene în cele două cauze precitate. Frumosul Paris, reprezentat de Irlanda curtează cu destulă dibăcie companii americane pentru a le oferi mărul de aur – soluții fiscale anticipate. Frumoasa Elena, desemnată aici de compania Apple, celebrează cu logo-ul său fructifer, acționează pe piața europeană printr-un construct societar format din următoarele trei companii: Apple Inc. - Cupertino, California, SUA (1976), compania mamă, și sucursalele: Apple Operations International; Apple Operations Europe - Irlanda; Apple Sales International - Irlanda.

Pentru aceste companii, Irlanda a propus încă din 1992 un format de lucru adaptat prin încheierea unui acord privind modalitatea de stabilire a impozitului pe profit. Soluția fiscală individuală adoptată reprezintă un acord de voință dintre mult curtata companie americană și statul irlandez. Soluția fiscală individuală (*Tax ruling*) este un minunat măr de aur cu efect de determinare anticipată a impozitului pe profit, derogatoriu de la dreptul comun aplicabil altor companii și confirmând un acord privat din cadrul grupului societate privind rolul pe care aceste companii și-l asumă în cadrul grupului.

Soluția fiscală este un act administrativ individual, unilateral cu efect limitat atât în ceea ce privește părțile, cât și în ceea ce privește obiectul. În cauză, impozitul pe profit este determinat raportat la modalitatea de distribuire a veniturilor rezultând din exploatarea mărcii Apple, o adevărată bijuterie în domeniul tehnologie *high-tech*. Mai mult decât atât, conținutul acestui act administrativ unilateral, prin care se determină impozitul efectiv datorat și, pe cale de consecință, modalitatea de aplicare a dispozițiilor legale, este protejat de o clauză de confidențialitate. Acest fapt explică și intervenția destul de tardivă a Comisiei Europene, un adevărat Agamemnon, în acest târg fiscal, care abia în 2016 analizează soluția fiscală din cauză și o califică drept contrară dreptului Uniunii Europene. În activitatea sa de filtrare a modului de aplicare a normei fiscale, Comisia Europeană decide că regimul fiscal decurgând din soluția fiscală constituie ajutor de stat. "Norma fiscală" analizată este calificată ca reprezentând o derogare de la regulile aplicabile prețurilor de transfer. În această activitate de verificare, Comisia Europeană atribuie calitatea de normă fiscală tocmai modalității concrete de determinare a impozitului pe profit raportat la conținutul soluției fiscale individuale și la conținutul acordului încheiat între cele patru companii cu privire la modul de distribuire a veniturilor. Activitatea de exploatare a mărcii Apple și activitatea de distribuție a produselor capul pe piața europeană și asiatică. Astfel, suntem în prezența unei analize de caz concret în care o normă fiscală generică, și anume modul de determinare a impozitului pe profit, este

⁵ W. B. Yeats, *No Second Troy*, <https://www.poetryfoundation.org/poems/49772/no-second-troy>

particularizată raportat la profilul de afaceri a unui grup de companii, iar Comisia apreciază că acest acord cu conținut derogatoriu încalcă principiul concurenței depline.

2.1. Și ce parfum avea mărul discordiei?

Observăm astfel că mărul discordiei este dat de un avantaj fiscal calificat de Comisia Europeană ca fiind selectiv și obținut prin derogare de la cadrul normativ de referință. Metoda de lucru este o analiză comparată între situația fiscală generată de soluția fiscală individuală și situația fiscală a unor companii aflate în situație similară. Comisia Europeană, în rol de Agamemnon, decide recuperarea unei creanțe fiscale pentru perioada 2003-2014, stabilită ca diferență între rezultatul fiscal determinat de aplicarea mărului de aur, și anume impozitul pe profit stabilit față de dinamica grupului de societăți Apple și impozitul pe profit datorat de societăți aflate în raporturi juridice similare, care nu beneficiază de efectul unui asemenea *Tax ruling*.

O serie de precizări cu privire la regimul juridic al impozitului pe profit sunt punctate de către Tribunal prin hotărârea acestuia raportat la modul de colectare a impozitului pe profit pe piața unică. Astfel, fără doar și poate, mărul de aur se naște în cadrul pieței unice într-un domeniu punctual al impozitelor directe, impozite care nu sunt supuse armonizării la momentul hotărârii. Absența intervenției normative europene generează desigur o reafirmare a principiului tradițional conform căruia în materie de impunere directă, sursa normativă principală este dată de voința statelor membre în exercitarea suveranității lor fiscale.

Tribunalul UE, Hotărârea din 15 iulie 2020 (în continuare Hotărârea) în cauzele reunite T-778/16 și T 892/19, pct. 104: *„deși statele membre se bucură de suveranitate fiscală, orice măsură fiscală adoptată de un stat membru trebuie să respecte normele privind ajutoarele de stat ale Uniunii. Astfel, statele membre nu ar putea, prin măsuri fiscale, să facă discriminare între operatorii economici care se află într-o situație similară, în caz contrar existând riscul de a genera ajutoare de stat care creează denaturări ale pieței. Or, soluțiile fiscale anticipate contestate ar fi permis societăților ASI și AOE să își reducă profitul impozabil în raport cu profitul impozabil al altor societăți contribuabile cărora li se aplică sistemul general irlandez al impozitului pe profit, generând ajutoare de stat ilegale și incompatibile.”*

Această suveranitate nu este lipsită de o serie de limitări, cea mai importantă fiind dată întocmai de regulile privind funcționarea pieței unice în dimensiunea de concurență deplină, fapt care interzice ajutoarele de stat. Or în acest context soluția fiscală individuală analizată apare ca asigurând companiilor în cauză un avantaj fiscal unic derogatoriu de la dreptul comun, care nu se aplică și altor companii aflate în situații similare comparabile și care, raportat la dispozițiile dreptului european, poate fi calificat ca încălcând interdicția privind acordarea de ajutoare de stat.

Tribunalul UE, Hotărârea pct. 105: *„Potrivit unei jurisprudențe constante, deși, în stadiul actual de dezvoltare a dreptului Uniunii, fiscalitatea directă este de*

competența statelor membre, acestea din urmă trebuie să o exercite totuși cu respectarea dreptului Uniunii⁶ (...). Astfel, intervențiile statelor membre în materie de fiscalitate directă, chiar dacă privesc chestiuni care nu au făcut obiectul unei armonizări în Uniune, nu sunt excluse din domeniul de aplicare al reglementării privind controlul ajutoarelor de stat.; pct. 106 Rezultă de aici că Comisia poate califica o măsură fiscală drept ajutor de stat în măsura în care sunt îndeplinite condițiile unei asemenea calificări⁷ (...). Astfel, statele membre trebuie să își exercite competența în materie fiscală cu respectarea dreptului Uniunii⁸ (...). În consecință, ele trebuie să se abțină să ia, în acest context, orice măsură care poate constitui un ajutor de stat incompatibil cu piața internă”.

2.2. Care fu zeul ce-i puse pe ei să s-apuce de sfadă?

Este lesne de înțeles cu ce i-a tentat invidioasa Eris, zeița discordiei pe eroii noștri. Regimul fiscal favorabil unui anumit tip de companii, pe care îl asigură dreptul irlandez, este bine-cunoscut; distincția formală dintre companiile rezidente și companiile nerezidente în materie de impunere a impozitului pe profit asigurată de dreptul irlandez este exploatată în mai multe scheme de planificare fiscală (Google, Apple, Facebook). Și în cauza de față suntem în prezența a două companii nerezidente (AOE și ASI sunt sucursale), care „... în temeiul secțiunii 25 din TCA 97, ca societăți nerezidente care își desfășoară activitatea comercială în Irlanda prin intermediul unei sucursale sunt impozitate, în ceea ce privește veniturile lor comerciale, numai pentru profitul obținut din activitățile comerciale care pot fi atribuite direct sau indirect acestei sucursale irlandeze”⁹. Criteriile utilizate pentru a identifica cuantumul bazei impozabile sunt: funcțiile îndeplinite de compania nerezidentă, activele utilizate și riscurile asumate de sucursală pentru activitatea rezidată în Irlanda.

Întrebarea la care delimitarea cadrului normativ comun sau normal permite a se răspunde este dacă acest *tax ruling* se înscrie în cadrul regimului general irlandez de impunere a profitului societăților indiferent de forma acestora (rezidente sau nu). Astfel, baza impozabilă pentru impunerea unei sucursale este limitată, prin dinamica actelor încheiate în interiorul grupului societar, la beneficiile atribuite prin actul intern al acestuia sucursalei (societate nerezidentă). Din volumul de afaceri derulat în interiorul grupului societar, rezultând un volum total de venituri care se cuantifică în patrimoniul societății mamă, în etapa a doua de lucru se distribuie o serie de venituri și cheltuielile aferente realizării acestor venituri către sucursale. Întrucât rolul companiei nerezidente (sucursală) în generarea acestor venituri este secundar și incert raportat la rolul deținut de

⁶ A se vedea Hotărârea din 12 iulie 2012, Comisia/Spania, C-269/09, EU:C:2012:439, punctul 47 și jurisprudența citată.

⁷ A se vedea în acest sens Hotărârea din 2 iulie 1974, Italia/Comisia, 173/73, EU:C:1974:71, punctul 28, și Hotărârea din 22 iunie 2006, Belgia și Forum 187/Comisia, C-182/03 și C-217/03, EU:C:2006:416, punctele 81 și 84

⁸ A se vedea în acest sens Hotărârea din 3 iunie 2010, Comisia/Spania, C-487/08, EU:C:2010:310, punctul 37.

⁹ Tribunalul Uniunii Europene, Hotărârea pct. 113.

societatea-mamă, criteriile de identificare a veniturilor aferente bazei impozabile autonome a societății sucursale sunt extrem de relevante. Baza impozabilă pentru impozitul pe profit obținut de sucursală este dată de: veniturile pe care le-ar ar fi putut realiza dacă era constituită ca o întreprindere distinctă și independentă; veniturile din activele (drepturi reale corporale ori necorporale, deci inclusiv drepturi de PI) pe care le controlează sucursale ori veniturile aferente riscurilor de afaceri pe care și le asumă sucursala independent de compania mamă. Pe cale de consecință, o distribuire neechitabilă a bazei impozabile, cu pondere accentuată către societatea Apple Inc., ar determina o erodare a bazei impozabile rezidate în Uniune și, pe cale de consecință, ar crea un regim fiscal favorabil grupului de companii. Acest regim fiscal favorabil se va califica ca și ajutor de stat ori de câte ori nu este accesibil decât unui contribuabil aparte. Acest fapt este favorizat și de obiectul de activitate al companiilor în cauză, precum și de obiectul acordului intra-grup (acordul de partajare a costurilor – în cauză derivând din gestiunea drepturilor de proprietate intelectuală (de aici înainte „PI”¹⁰).

Tribunalul UE, Hotărârea pct. 118: trebuie amintit că din decizia atacată reiese că Comisia a concluzionat în sensul existenței unui avantaj selectiv, cu titlu principal, ca urmare a neatribuirii licențelor pentru PI a grupului Apple către sucursalele irlandeze ale societăților ASI și AOE [considerentele (265)-(321) ale deciziei atacate], cu titlu subsidiar, ca urmare a alegerii inadecvate a metodelor de repartizare a profitului către sucursalele irlandeze menționate [considerentele (325)-(360) ale deciziei atacate] și, cu titlu alternativ, ca urmare a faptului că soluțiile fiscale anticipate contestate ar fi derogat de la secțiunea 25 din TCA 97 în mod discreționar [considerentele (369)-(403) ale deciziei atacate].

Acest cadru a permis Comisiei Europene să aprecieze, raportat la veniturile obținute din utilizarea licențelor respective, că sediile permanente ale societăților ASI și AOE nu au putut să controleze și nici să gestioneze licențele pentru PI a grupului Apple și că *tax ruling* nu ar fi trebuit să se atribuie acestor sedii, în contextul concurenței depline, aceste venituri. Rezultă astfel că veniturile impozabile din aceste operațiuni transfrontaliere ar reveni sucursalelor societăților ASI și AOE, singurele care ar fi fost în măsură să exercite efectiv funcții în raport cu PI a grupului Apple și că impunerea acestor profituri trebuia să fie făcută în cadrul sucursalelor.

¹⁰ Tribunalul UE, Hotărârea pct. 5. „... părțile au acceptat să partajeze costurile și riscurile legate de cercetare și dezvoltare privind bunurile necorporale care decurg din activitățile de dezvoltare legate de produsele și de serviciile grupului Apple ... părțile sunt de acord cu privire la faptul că Apple Inc. rămânea proprietarul legal oficial al bunurilor necorporale cu costuri partajate, inclusiv al drepturilor de proprietate intelectuală (denumită în continuare „PI”) ale grupului Apple. ... Apple Inc. a acordat societăților ASI și AOE o licență scutită de redevențe, care le-a permis, printre altele, să fabrice și să vândă produsele în cauză pe teritoriul care le fusese atribuit, și anume întreaga lume cu excepția continentului american. ..., părțile la acord erau obligate să își asume riscurile rezultate din acest acord, riscul principal fiind reprezentat de obligația de a plăti costurile de dezvoltare a drepturilor de PI ale grupului Apple”.

2.4. Voi care-ntreceți pe Ahei, când e vorba de sfat și de arme¹¹...

În interogația privind existența unui veritabil ajutor de stat, decurgând din acest regim fiscal, Tribunalul ia ca punct de pornire infamele dispoziții ale art. 25 din TCA 97 și raționamentul Comisiei cum că, în determinarea bazei impozabile autoritățile fiscale irlandeze, ar fi trebuit să atribuie licențele pentru PI ale grupului Apple către sucursalele irlandeze ale acestor două societăți. Marea carență a acestui instrument de măsură a „frumuseții” este de a nu preciza metoda de identificare a profiturilor atribuibile direct sau indirect unei sucursale irlandeze a unei companii nerezidente și de nu pune în discuție criteriile după care se determină *Kallistei – celei mai frumoase*, în cazul nostru, celei mai în drept să facă impunerea acestor venituri. Identificarea veniturilor impozabile în Irlanda se face prin metoda excluderii, procedând astfel la un inventar al tuturor veniturilor acestei sucursale a unei societăți irlandeze nerezidente. Sunt excluse din baza de impunere veniturile atribuite altor părți ale acestei societăți nerezidente. Procedural, calificarea veniturilor după criteriul atribuirii se face de către un expert autonom prin intermediul unui aviz; ... „*pentru a se determina profiturile impozabile ale societăților nerezidente care efectuează activități comerciale în Irlanda prin intermediul sucursalelor lor irlandeze trebuie să privească activitățile reale ale acestor sucursale irlandeze și valoarea activităților efectiv realizate chiar de sucursale*”¹².

Cu privire la mult râvnitele venituri din exploatarea drepturilor de PI, venituri pe care Comisia le consideră aferente exercițiului de afaceri al sediilor permanente ale sucursalelor AOE și ASI și pe care soluția fiscală individuală anticipată *tax ruling* le-a exclus din baza impozabilă în Irlanda, respectiv în Uniune, legarea lor de un punct de impunere, care să determine aplicarea pe criteriul locului realizării a legislației unui stat membru, este caracterul real și efectiv al controlului asupra acestui activ (drepturile de PI)¹³. În speță, Comisia a susținut în esență că profitul din activitățile economice rezultat din drepturile de PI ale grupului Apple, ale cărui licențe erau deținute de ASI și AOE, ar fi trebuit să fie atribuit sucursalelor irlandeze, întrucât aceste societăți (partea lor ne-irlandeză căreia i-ar reveni veniturile determinate de expert ca neavând legătură cu spațiul de impunere irlandez și, pe cale de consecință, european) nu aveau nici prezență fizică, nici salariați în afara sucursalelor menționate și, prin urmare, nu ar fi putut exercita controlul asupra acestora.

¹¹ Homer, Iliada, cântul 1.

¹² Tribunalul UE, Hotărârea pct. 179.

¹³ Tribunalul UE; Hotărârea pct. 181 cu privire la Hotărârea Dataproducts: „*Întrucât personalul și directorii sucursalei irlandeze nu aveau niciun control asupra activului în discuție, venitul obținut din acest activ nu putea fi atribuit acestei sucursale în vederea impozitării în Irlanda. Această concluzie nu s-ar schimba nici chiar în situația în care numai sucursala irlandeză ar angaja salariați și ar avea active fizice, în timp ce societatea nerezidentă nu ar avea alte active fizice, alți salariați sau alte activități comerciale decât cele ale sucursalei irlandeze menționate*”.

Pe cale de consecință, măruul discordiei noastre este tocmai această absență, tocmai bucata mușcată și atribuită prin actul administrativ – *tax ruling* – Afroditei și anume unui spațiu extern ariei de aplicare a dreptului irlandez. Comisia a ales să socotească întregul veniturilor ca fiind impozabil în Irlanda. În acest raționament exclusiv, Comisia a introdus un viciu, o generalizare neprobată, și a calificat eronat dispozițiile de ”drept irlandez”¹⁴.

Acestei delimitări de drept fiscal, care face obiectul analizei noastre, i se alătură în plan secundar problema subzistenței unui regim de impunere neconform cu principiul liberei concurențe. Acest aspect este, din perspectiva studiului nostru, un simplu incident, de vreme ce are ca temei o problemă de competență: dreptul fiscal în dimensiunea impozitelor directe nefiind *per se* verificabil raportat la dispozițiile dreptului european, incidența acestuia din urmă poate fi pusă în discuție prin intermediul unui conductor secundar cum este regimul ajutoarelor de stat.

Tribunalul UE, Hotărârea pct. 214: (...)”*prin intermediul măsurii fiscale privind profiturile impozabile ale unei societăți nerezidente care desfășoară activități comerciale în Irlanda prin intermediul unei sucursale, autoritățile naționale au acceptat un anumit nivel al profiturilor care pot fi atribuite acestei sucursale, articolul 107 alineatul (1) TFUE permite Comisiei să verifice dacă acest nivel al profiturilor corespunde celui care ar fi fost obținut prin desfășurarea acestor activități comerciale în condiții de piață, pentru a verifica dacă din acestea rezultă o reducere a sarcinilor care grevează în mod normal bugetul întreprinderii în cauză, conferindu-i astfel un avantaj în sensul articolului menționat. Principiul concurenței depline, astfel cum a fost descris de Comisie în decizia atacată, constituie, așadar, un instrument ce permite efectuarea acestei verificări în cadrul exercitării competențelor sale în temeiul articolului 107 alineatul (1) TFUE”.*

3. Concluzii

Această epopeică călătorie în materia ajutoarelor de stat, în căutarea măruului de aur sub forma unui regim de determinare a impozitului pe profit, care ar fi asigurat un avantaj fiscal grupului de companii controlate de peste oceanul Atlantic, este fără doar și poate istoria unei lupte de putere dintre state membre, Uniune și state terțe, privind persuadarea marilor giganți ai lumii de afaceri să le includă în circuitul lor economic.

Dincolo de acest aspect, dincolo de lupta crâncenă și cu tactici extrem de subtile dintre ahei și troieni, de argumente de dreptul concurenței extrem de rafinate, se conturează și profilul unei mari interogații privind armele folosite printre care se numără, așa cum arată prezentul studiu și instrumentele de drept fiscal. Pe cale de consecință, dacă la nivel normativ primar protejarea pieței unice a permis analizarea și filtrarea regimurilor fiscale generice derogatorii, cu limite extrem de ferme impuse de art. 110 TFUE, prin Hotărârea din 15 iulie 2020,

¹⁴ Tribunalul UE, Hotărârea pct. 187.

Tribunalul Uniunii Europene forează în straturile de drept fiscal în analiza unui izvor mai puțin obișnuit și anume această soluție fiscală individuală anticipată – *tax ruling*. Actul administrativ este astfel asimilat normei juridice și i se aplică aceleași exigențe de respectare a dreptului Uniunii Europene. Un act administrativ individual, punctual, confidențial și cu efecte temporare este normă juridică și se supune regulilor impuse de acte normative cu forță superioară: acte normative administrative (ordine de punere în aplicare a legii fiscale), hotărâri de guvern (norme de punere în aplicare), legi (generic Codul Fiscal și Codul de Procedură Fiscală), dispoziții constituționale, acte normative europene (legislație secundară - Regulamente) și, în ultimul rând, legislație europeană primară (dispozițiile din Tratat).

Rolul patern în viziunea judecătorilor europeni și impactul deciziilor acestora asupra jurisprudenței române

The Paternal Role in the Vision of European Judges and the Impact of their Decisions on the Romanian Jurisprudence

Ana-Maria Goldan ¹

Rezumat: Conform legislației europene actuale, fiecare copil are dreptul de a menține o relație personală cu ambii părinți. Ca atare, în ceea ce privește deciziile sale, instanța nu se va lăsa influențată de sentimentele contrare ale părinților, ci va lua în considerare respectarea interesului superior al copilului. În cadrul acestui articol, vom analiza deciziile instanțelor europene, care privesc poziția tatălui față de copilul său. În același timp, vom observa faptul că, în unele studii de specialitate, rolul istoric al tatălui este inversat, în sensul că mama va fi persoana care va controla viața copiilor. Acest lucru ne va conduce către următoarea întrebare: Cât de departe pot merge mamele, în ceea ce privește implicarea juridică a taților în viața copilului? Prin intermediul acestui studiu, vom lua în considerare impactul pe care deciziile luate de către instanțele europene l-au avut sau îl vor avea în sistemul juridic din România.

Cuvinte-cheie: rolul patern; mamă; refuzul de a procrea; autoritate părintească

Abstract: According to the current European legislation, every child has the right to maintain a personal relationship with both parents. As such, regarding its decisions, the court will not be influenced by the contrary feelings of the parents, but will take into account the respect of the best interests for the child. In this article we will analyze the decisions of the European courts, which concern the position of the father towards his child. At the same time, we will notice that, in some specialized studies, the historical role of the father is reversed, in the sense that the mother will be the person who will control the life of the children. This will lead us to the following question: How far can mothers go in terms of the legal involvement of fathers in the child's life? Through this study, we will consider the impact that the decisions taken by the European courts have had or will have in the Romania's judicial system.

Keywords: paternal role; mother; the refuse to procreate; parental authority

Introducere

În anul 1932, în lucrarea sa *Minunata lume nouă*, Aldous Huxley descria o societate care priva copiii de dragostea paternă, de rădăcini, de tot ceea ce

¹ Doctor în drept, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, adresă de e-mail: anne_marie9128@yahoo.com.

înseamnă istoria familiei². Deși imaginară, această societate era angrenată în procesul de creștere și de dezvoltare, deoarece copiii erau concepuți, chiar și în absența relațiilor carnale. Gândindu-ne la progresul științific din materia reproducerii, constatăm faptul că, Aldous Huxley a anticipat o realitate viitoare. În prezentul marcat de evoluțiile juridice și științifice, remarcăm faptul că, încă mai avem nevoie de un bărbat și de o femeie pentru a procrea. Această stare naturală și, până acum, invariabilă a dat naștere unor dezbateri privind statutul și rolul părinților, față de copil și față de comunitate.

Potrivit unui raport redactat în cadrul celei de-a V-a sesiuni a Comitetului pentru Drepturile Copilului, „în principiu, instituția fundamentală prin care se realizează protecția și dezvoltarea copilului este familia, în cadrul căreia tatăl și mama copilului sunt protectorii săi naturali”³. Totodată, din preambulul *Convenției cu privire la drepturile copilului*, desprindem ideea generală conform căreia, copilul necesită un „mediu natural destinat creșterii și bunăstării” și „o atmosferă de fericire, dragoste și înțelegere”⁴. Rolul părinților în dezvoltarea și protecția copilului este reliefat și de alte prevederi cu caracter internațional sau intern. Nu vom zăbovi asupra acestui aspect, deoarece, însuși legiuitorul a recunoscut faptul că, este în interesul superior al copilului ca acesta să fie crescut de către părinții săi⁵. De altfel, în prezent, legiuitorul manifestă o orientare protecționistă față de copil. Dintr-un simplu mecanism de transmitere a moștenirii, copilul devine ființa care ocupă un loc primordial în dreptul contemporan al familiei, acesta fiind și motivul pentru care maestrul Jean Carbonnier discută despre un *pédocrism* al materiei⁶.

În privința rolurilor pe care le dețin cei doi părinți, spunem că ambele sunt importante, deoarece cercetările actuale privind interacțiunile dintre mamă, tată și copil demonstrează dezvoltarea unei triade, care permite instaurarea unor legături afective. În acest sens, „cei doi părinți, alături de copil, vor împărtăși nu doar gesturi și acțiuni, ci și o realitate psihică”⁷. Ne referim aici, bineînțeles, și la

² A. Huxley, *Minunata lume nouă*, trad. Suzana și Andrei Bantaș, Editura Polirom, Iași, 2011.

³ R. Hodkin, P. Newell, *Implementation Handbook for the United Nations Convention on the Rights of the Child*, în *Journal of the Government Information*, nr. 27, vol. 2, disponibil la adresa web: https://www.researchgate.net/publication/44830293_Implementation_Handbook_for_the_United_Nations_Convention_on_the_Rights_of_the_Child, accesată online la data de 21. 11. 2020.

⁴ Pentru detalii, a se consulta pagina web dedicată *Convenției cu privire la drepturile copilului*, la următoarea adresă: http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htm_act_text?id=28213, accesată online la data de 21. 11. 2020.

⁵ *Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with special reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally*, art 3: „The first priority for a child is to be cared for by his or her own parents”.

⁶ V. Égéa, *Droit de la famille*, ediția a 3-a, Editura LexisNexis, Paris, 2020, p. 593.

⁷ S. R. Pantelie, *The place and role of the father in early life*, în *Rom J Psychoanal*, 2019, nr. 12, vol. 2, pp. 93-106.

problema conexă reprezentată de autoritatea părintească, exercitată de către părinți. Prin intermediul acesteia, părinții își exercită prerogativele, care presupun protejarea și educarea copilului⁸, în scopul dezvoltării armonioase și a bunăstării materiale.

Legat de prezența mamei în viața copiilor, studiile psihologilor demonstrează faptul că, aceasta acționează precum un stimul agreabil, iar lipsa ei din procesul de creștere și de educare va conduce către instalarea unui sindrom denumit „tulburare psihopatică a comportării”⁹. În mod concret, copilul va suferi de tulburări de limbaj, sau va fi incapabil să dezvolte o legătură afectivă cu mediul ambiant¹⁰.

În ceea ce-l privește pe tată, puterea sa a depins de parcursul politic și social, oscilând între prerogative nelimitate și restricționare. În prezent, putem afirma faptul că, *pater familias* a fost dat uitării de către legiuitor, prin instituirea prerogativelor egale ale părinților, dar și prin intermediul noilor practici, care-i restricționează dreptul de a decide cu privire la propriul copil. Ca atare, autoritatea deținută odinioară de către *pater familias* este astăzi împărțită cu mamele, rudele ori cu instituțiile statului. Totodată, din pricina evoluției științifice, se pare că asistăm la conturarea unei noi lumi, asemănătoare celei descrise de Aldoux Huxley, mai precis la lumea copiilor orfani de tată, la cererea mamei. Acesta este și motivul pentru care regăsim, în lucrările de specialitate, tot mai multe referiri la noile forme familiale, precum: copii cu părinți divorțați, familii recompuse ori monoparentale, copii care nu-și cunosc părinții, alții care nu cunosc identitatea unuia dintre părinți, copii crescuți de bunici sau de către instituțiile statului ori familii artificiale¹¹. În ciuda tuturor eforturilor de a-l exclude pe tată, admitem faptul că, prezența acestuia, încă din perioada timpurie a vieții copilului, este esențială deoarece îl pregătește pentru întâlnirea cu lumea exterioară.

În cadrul lucrării de față, vom examina efectele tranziției de la *patria potestas* la autoritate sau responsabilitate părintească și vom efectua o analiză obiectivă a rolului patern, în viziunea legiuitorului european. Totodată, vom insista asupra a două chestiuni: *Cine poate decide, în actualitate, asupra procreării într-o relație?* și *Cine va exercita autoritatea părintească asupra copilului?* La aceste întrebări, au încercat să răspundă toate societățile umane, în mod conștient sau inconștient. În acest sens, de-a lungul anilor, concepția și rolul procreativ al tatălui au rămas învăluite în mister, aspect care le-a permis societăților să își construiască propriile reguli, cu privire la rolurile și puterile părinților¹².

⁸ S. D. Lavenac, *Le droit selon Louis Josseland*, în *Revue juridique de l'Ouest*, nr. 2, 2015, pp. 39-53.

⁹ D. W. Winnicott, *Copilul, familia și lumea exterioară*, trad. Nicoleta Dascălu, Editura Trei, București, 2013, p. 103.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ S. R. Pantelie, *op.cit.*, pp. 93-106.

¹² A se consulta C. Lévi-Strauss, *Antropologia structurală*, trad. I. Pecher, Editura Politică, București, 1978.

1. Perspective diacronice cu privire la rolul patern

Așa cum se întâmplă și în cazul majorității necuvântătoarelor, imediat după naștere, nou-născuții necesită sprijin și apropiere față de unul dintre părinți deoarece, în acea perioadă, ei sunt extrem de fragili și de neajutorați. Este de notorietate faptul că, încă din perioada primitivă, mama a rămas, de cele mai multe ori, alături de copil, iar tatăl s-a ocupat cu procurarea celor necesare traiului. Această divizare a sarcinilor a avut la bază împrejurări reale, care presupun prezența mamei alături de nou-născut¹³. Efectul direct a constat în crearea unei legături eterne între mamă și copil și, totodată, în atribuirea unui statut specific femeilor¹⁴. Referitor la acest aspect, Traian Herseni a afirmat faptul că: „prima categorie de persoane diferențiate funcțional în sânul turmei au fost mamele”¹⁵.

Înainte de a discuta despre pașii care au contribuit la creionarea rolului actual al tatălui, trebuie să amintim faptul că, în perioada primitivă, acesta era considerat a fi neimportant, din pricina faptului că, protejarea și creșterea copilului se realiza de către grup, tații fiind adesea necunoscuți¹⁶. Cu toate acestea, din punct de vedere biologic, nu poate exista un copil fără tată. Odată cu trecerea timpului, percepția asupra tatălui s-a modificat. De pildă, potrivit concepției romane, bărbatul avea menirea de a-i proteja pe ceilalți membri ai familiei sale¹⁷. Totodată, femeia nu avea nici o putere asupra copiilor, indiferent de modalitatea de încheiere a căsătoriei¹⁸. Potrivit principiul roman *patris conditionem sequuntur*¹⁹, copiii care rezultau dintr-o căsătorie, dobândeau statutul legal al tatălui. În perioada veche, după naștere, dacă erau recunoscuți de către

¹³ N. Constantinescu, *Etnologia și folclorul relațiilor de rudenie*, Editura Univers, București, 2000, p. 55: „De exemplu, perioada alăptării, în condițiile unei alimentații sărăcăcioase, se prelungea uneori peste 3-4 ani. În acest interval femeile puteau să dea naștere unui alt copil, ocupându-se concomitent de creșterea lor. Separarea de mame și trecerea în altă categorie de vârstă se făcea relativ târziu, în jurul vârstei de 10-12 ani pentru fete și 14-15 ani pentru băieți. De aici și motivul pentru care juriștii romani considerau apti pentru căsătorie, copiii care împlineau aceste vârste”.

¹⁴ *Ibidem*, p. 56.

¹⁵ Tr. Herseni, *Forme străvechi de cultură poporană românească*, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1977, p. 291.

¹⁶ N. Constantinescu, *op. cit.*, p. 57.

¹⁷ V. M. Ciucă, *Drept roman. Lecțiuni*, vol. I, ediția a II-a, Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2014, p. 294.

¹⁸ M. D. Bob, *Manual elementar de drept privat roman*, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 102.

¹⁹ Gaius, *Institutiones*, I,56, trad. A.N. Popescu, Editura Academiei, București, 1982, p. 80: „Cetățenii romani au sub *potestas* pe copiii lor dacă s-au căsătorit cu femei cetățene romane, sau latine sau chiar peregrine, cu care au *connubium*: cum însă *connubium* are efectul că descendenții urmează condiția tatălui, s-a ajuns nu numai la faptul că aceștia devin cetățeni romani, dar și că trec sub *potestas* a tatălui lor”.

tată, copiii intrau sub puterea acestuia din urmă²⁰. Ulterior, au fost instaurate cele două principii legate de paternitate, astfel încât s-a admis și proba contrară²¹.

Printre prerogativele deținute de către *pater familias*, amintim *jus vitae necisque* sau *jus verberandi*²². De asemenea, potrivit vechilor norme romane, *pater familias* deținea ultimul cuvânt, cu privire la căsătoria copiilor săi²³. Ulterior, grație dezvoltării socio-economice, rolul lui *pater familias*, în cazul căsătoriei tinerilor, a devenit unul pur consultativ²⁴.

Mergem mai departe cu analiza diacronică și amintim faptul că, la conturarea rolului actual al tatălui au contribuit, în mare parte, cinci factori principali. Primul dintre aceștia se referă la o conștientizare, încă din secolul al XVII-lea, a importanței copilului, descrisă excelent de către istoricul francez Phillipe Ariès²⁵. Conform scrierilor sale, în dreptul medieval nu a existat ideea de copilărie. Totuși, începând cu secolul al XVII-lea, sub efectul unei mișcări moralizatoare, purtată de către Biserică și de către instituțiile statului, copilul devine obiectul oricărei atenții. Astfel, orientarea protecționistă a început să se manifeste prin adoptarea unor noi legi, referitoare la condițiile de muncă, la educația obligatorie și la protecția copilului²⁶, care se bazau, totuși, pe o viziune marcată de paternalism²⁷.

Al doilea factor, care a contribuit la creionarea rolului patern este reprezentat de către înmulțirea, fără precedent a drepturilor copiilor (începând cu secolul al XIX-lea și culminând cu recunoașterea drepturilor copiilor, ca fiind mai importante decât cele ale adulților). În literatura de specialitate s-a discutat despre această orientare protecționistă, autorii oferind argumente pro și contra. Polemicile au pornit de la faptul că, prin retragerea statutului de mini-adult copilului, noile măsuri legislative îi confereau acestuia drepturi specifice. Totuși, acordând copilului un statut special, bazat pe imaturitatea și vulnerabilitatea sa, conducea către refuzul recunoașterii unor drepturi fundamentale. De pildă, profesorul Maurice Torelli a pus sub semnul întrebării crearea unor drepturi specifice: „Drepturile copilului sunt inseparabile de drepturile omului, după cum se amintește în preambulul *Declarației din anul 1959*; libertatea omului se distruge sau se cucerește pas cu pas, încă din perioada copilăriei. Ca atare, de ce să proclamăm drepturile copiilor? Prin ce se deosebește acesta față de adult? Dacă, grație unei slăbiciuni fizice, intelectuale sau morale, copilul dobândește dreptul la

²⁰ C. Șt. Tomulescu, *Manual de drept privat roman*, Litografia învățământului, București, 1957, p. 220.

²¹ C. Stoicescu, *Curs elementar de drept roman*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 102.

²² Vl. Hanga, *Manual de drept privat roman*, Editura Cordial, Cluj-Napoca, 1994, p. 120.

²³ V. M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, Editura Polirom, Iași, 1998, p. 202.

²⁴ *Idem*.

²⁵ A. Philippe, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Editura Plon, Paris, 1960.

²⁶ *Ibidem*, p. 5.

²⁷ C. Sheppard, *Childrens Right to Equality: Protection versus Paternalism*, în *Annals of Health*, vol. I, nr. 1, 1992, pp. 203-204.

protecție specială, în același timp, el va pierde accesul la alte drepturile fundamentale”²⁸.

Al treilea factor important se referă la dezvoltarea științelor umaniste și la descoperirea rolului de tată, în procesul de integrare socială și de dezvoltare a copilului. De pildă, potrivit psihologilor, într-o familie este bine să existe o autoritate din partea tatălui, care să nu fie alterată din pricina unei mame competitive²⁹. Din contră, am putea spune că, lipsa tatălui din procesul de creștere și de instruire a copilului va conduce către tulburări de comportament³⁰.

Un alt factor, extrem de important pentru lucrarea de față, se referă la dezvoltarea paralelă și exponențială în domeniul științelor biomedicale. Acest factor a condus către descoperiri revoluționare precum replicarea, manipularea și transmiterea materialului genetic. În acest sens, adepții reproducerii umane doresc transformarea alegerii de a procrea într-un drept.

În cele din urmă, spunem că emanciparea femeilor și recunoașterea egalității dintre sexe reprezintă cel de-al cincilea factor, în procesul de conturare a rolului patern actual. La acestea se pot adăuga, în ultimele două decenii, defalcarea modelului tradițional al familiei, bazat pe căsătorie, creșterea abruptă a ratei divorțului și numărul tot mai mare de persoane, care conviețuiesc în afara căsătoriei.

2. Cine decide cu privire la procreare?

Din analiza studiilor de specialitate desprindem faptul că, în societățile patriarhale, procreația era privită precum o datorie a femeii față de soțul ei. În acest sens, soțul deținea prerogativa de a-și repudia femeia sterilă, sau de a nu-și recunoaște copilul, dacă avea îndoieli cu privire la filiație. De exemplu, în Grecia antică, exista concepția potrivit căreia, o căsătorie se încheie în scopul exclusiv al procreării. Dacă soțul își repudia soția, din pricina sterilității, acesta nu era blamat de către societate, deoarece se considera că își dorește îndeplinirea datoriei morale și patriotice³¹. Repudierea era permisă și în dreptul roman, ba mai mult decât atât, potrivit normelor cuprinse în *Legea celor XII table*, bărbatul avea dreptul de a-și abandona copiii³². Un alt exemplu este reprezentat de normele cuprinse în *Codul lui Hammurapi*. Conform acestora, căsătoria era considerată monogamă, însă legiuitorul îi permitea bărbatului să aibă două soții, dacă prima

²⁸ M. Torelli, *La protection internationale des droits de l'enfant*, în Travaux du Centre d'études et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de la Haye, Presses Universitaires de France, Paris, 1983, pp. 7-9.

²⁹ S. Farca, *Ce trăiește copilul și ce simte mama lui. Repere psihanalitice pentru maternitate și copilărie*, Editura Trei, București, 2009, p. 257.

³⁰ D. W. Winnicott, *Copilul, familia și lumea exterioară*, trad. Nicoleta Dascălu, Editura Trei, București, 2013, p. 109.

³¹ R. Flacelière, *Viața de toate zilele în Grecia secolului lui Pericle*, trad. Liliana Lupaș, Editura Humanitas, București, 2006, p. 73.

³² V. M. Ciucă, *Lecții de drept roman*, Editura Polirom, Iași, 1998, p. 203.

dintre ele se afla în imposibilitatea de a procrea³³. Observăm o diferență față de alte norme, în sensul că, aici, bărbatului nu îi era permisă repudierea femeii sterile. De ce tatăl era cel care decidea, cu privire la procreare, în societățile patriarhale? Răspunsul este simplu: acesta deținea o putere specifică asupra soției și asupra copilului, iar metodele tradiționale de contracepție depindeau, în mod esențial, de voința sa. Ca atare, într-un moment în care procreația era supusă capriciului naturii și al ignoranței omului, această întrebare pare irelevantă. În prezent, într-un mod curios, știința și dreptul și-au unit forțele, pentru a inversa această poziție.

2.1. Dreptul de a nu procrea

Studiind această problemă, am observat tendința teoreticienilor, de a înlocui sintagma „alegerea de a nu oferi viață unui copil”, cu „dreptul de a nu oferi viață”. Ca atare, ne putem întreba, în ce măsură devine alegerea personală un drept? Unii autori consideră că, motivul pentru care se dorește transformarea unei simple alegeri într-o prerogativă susceptibilă de protecție este dat de faptul că, discutăm despre procreare, despre „puterea de a oferi viață”³⁴. De exemplu, alegerea unei femei de a nu procrea, ca urmare a utilizării contraceptivelor, este considerată un drept, susceptibil de protecție din partea statului. Însă, aici pot interveni discuții controversate, legate de integritatea soților.

Potrivit deciziilor emise de către judecătorii europeni, fiecare soț va fi stăpân pe corpul său³⁵. În jurisprudența europeană, s-a discutat despre acest aspect, în pricini referitoare la avort. Judecătorii au decis că femeia poate apela la întreruperea voluntară a sarcinii, fără ca decizia ei să poată fi considerată motiv de divorț. Un exemplu, în acest sens, este reprezentat de decizia *Paton v. Trustees of British Pregnancy Advisory Service Trustees*, din anul 1988. Potrivit situației de fapt, William Paton din Marea Britanie a introdus o cerere în instanță, pentru a-și opri soția, pe nume Joan, să recurgă la avort. Cererea a fost respinsă deoarece, judecătorul a statuat faptul că, femeia deține prerogativa de a decide cu privire la propriul corp³⁶. Un alt exemplu este reprezentat de cazul *C. vs. S. din anul 1987*, unde instanța britanică luase aceeași decizie. Aici finalul a fost unul fericit,

³³ T. Negoită, *Codul lui Hammurapi*, Editura Fântâna Darurilor, București, 1935, art. 148, p. 26: „dacă cineva și-a luat o soție, care a căzut bolnavă de boala lahbu; dacă intenționează să-și ia o a doua soție, poate să și-o ia. Pe soția sa care a căzut în boala lahbu, nu poate să și-o gonească, ci o va interna într-o casă, pe care i-o va construi. Aici va locui ea și va fi întreținută pe tot timpul cât va trăi”.

³⁴ J. Hausser, *Le choix de ne pas donner la vie: un droit de ne pas donner la vie?*, în Ph. Jacques, *Être parent aujourd'hui*, Editura Dalloz, Paris, 2010, p. 27.

³⁵ B. Cox, *Refocusing Abortion Jurisprudence to Include the Woman: A Response to Bopp and Coleson and Webster v. Reproductive Health Services*, în California Western School of Law, 1990, disponibil la adresa web: <https://core.ac.uk/download/pdf/232622414.pdf>, accesată online la data de 19. 11. 2020.

³⁶ *Paton v. Trustees of british pregnancy advisory service trustees*, în Ian Mccoll Kennedy, *Husband denied a say in abortion decision*, în *The modern law review*, vol. 42, nr. 3, 1979, pp. 324-331.

deoarece femeia a decis să păstreze copilul, cu toate că instanța îi acordase libertatea de a decide³⁷.

Posibilitatea femeii de a avorta, în ciuda obiecțiilor ridicate de către tată, a fost intens discutată de către juriști, o parte dintre ei admitând faptul că, o astfel de decizie este nerezonabilă, din moment ce tatăl participă, alături de mamă, la procreare³⁸. Ca atare, decizia exclusivă a femeilor nu se poate manifesta după momentul fertilizării³⁹. Însă, aici, apare o nouă discuție, legată de dreptul la viață al persoanelor. Când intervine acesta, de la concepție sau după momentul nașterii? Potrivit art. 2 din *Convenția Europeană a Drepturilor Omului* „dreptul la viață al persoanelor este garantat”, însă legiuitorul european nu precizează nici beneficiarii acestui drept și nici ce reprezintă conceptul de persoană. De altfel, în pricina *Evans vs. Marea britanie*, Curtea europeană a drepturilor omului a apreciat faptul că, un embrion în săptămâna a zecea nu poate fi considerat o persoană, deci nu se poate bucura de dreptul la viață⁴⁰. Într-o altă speță *Parrillo c. Italiei*, instanța europeană a specificat faptul că „identitatea biologică a embrionului nu va fi similară cu cea a persoanei care-l poartă în pânțe”⁴¹.

În Statele Unite, problema avortului a fost ridicată, fie pentru a proteja viața copilului nenăscut, fie pentru a invoca propriul drept la viața de familie. Au existat numeroase demersuri, prin intermediul cărora, statele au încercat să supună avortul consimțământului soțului, dar acest lucru a fost respins pe motiv că „statul nu poate acorda soțului un drept de veto de care el însuși este total lipsit în primul trimestru de sarcină”⁴². În mod similar, în anul 1984, o curte federală a declarat neconstituțională o lege a statului Kentucky, din anul 1982, care prevedea faptul că, un medic este obligat să-l informeze pe soț, despre decizia de a

³⁷ *C. vs. S.* 1987, în Paul Magrath, *Abortion or child destruction? The case of C. v. S. and the legal meaning of born alive*, în *Journal of management in medicine*, 1 february 1987, vol. 2, nr. 2, pp. 158-168.

³⁸ L. Finer, J. B. Fine, *Abortion Law Around the World: Progress and Pushback*, disponibil la adresa web: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/23409915/>, accesată online la data de 12. 05. 2020.

³⁹ M. T. Meulders-Klein, *Le droit de disposer de soi-même. Etendue et limites en droit comparé*, în *Liceité en droit positif et références légales aux valeurs*, Editura Bruylant, Bruxelles, 1982, pp. 262-275.

⁴⁰ *Evans vs. U.K.*, Application n° 6339/05 disponibilă la adresa web: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\"itemid\":\[\"003-1971098-2073178\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{\), accesată online la data de 12.09.2019.

⁴¹ *Parillo c. Italiei*, 27 august 2015, disponibilă la adresa web: <http://ier.gov.ro/wp-content/uploads/cedo/Parrillo-împotriva-Italiei-MC.pdf>, accesată online la data de 19. 11. 2020.

⁴² *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danford*, 1976, disponibilă la adresa web: <https://embryo.asu.edu/pages/planned-parenthood-v-danforth-1976>, accesată online la data de 19. 11. 2020.

avorta a soției, nu cu scopul de a se opune, ci pentru a fi informat⁴³. Totodată, printr-o decizie din anul 1989, instanța americană a decis faptul că, embrionii sunt bunuri, cu scopul de a fi mutați de la o clinică de fertilizare la alta⁴⁴.

Revenim pe teritoriul european și spunem că, art. 8 cuprins în *Convenția Europeană a Drepturilor Omului* nu poate fi invocat de către soț, sau de către un presupus tată deoarece, potrivit deciziei din cazul *X vs. Marea Britanie* din anul 1980, Curtea a decis că „el trebuie să se realizeze prin respectarea drepturilor aferente femeii”⁴⁵. Cu alte cuvinte, instanța europeană a decis că avortul trebuie să reprezinte o alegere exclusivă a femeii. Ca urmare a acestor decizii, bărbatul va fi lipsit, în mod paradoxal, de puterea sa de a procrea. Mai mult decât atât, instanța franceză a decis, în anul 1991, că între soți nu poate exista o obligație continuă de a procrea⁴⁶. Totodată, dacă soții au convenit să renunțe la procreare, ei pot invoca drept motiv de divorț exercitarea dreptului de a procrea⁴⁷.

2.2. Dreptul de a concepe un copil fără tată

Dreptul de a concepe un copil fără tată simbolizează, în mod clar, victoria definitivă a femeilor și desprinderea finală față de trecut. În fapt, dacă o femeie dorește să aibă un copil pentru ea însăși, nu există o lege care să o oprească să-l conceapă, prin mijloace naturale, și să ascundă nașterea față de tată. Totuși, într-un astfel de caz, legiuitorul european nu-l poate împiedica pe copil să încerce stabilirea paternității, față de tatăl biologic. Ca excepție, în dreptul francez există tendința actuală de a fi protejată familia legitimă, în defavoarea adevărului biologic. Astfel, putem considera că, dreptul copilului de a-și afla originile este încălcat, de dragul protejării identității părinților. Potrivit normelor franceze actuale, dacă mama va alege nașterea sub anonim, cu secretizarea identității sale, copilul nu va avea dreptul de a-și afla originile⁴⁸. Spre deosebire de legiuitorul francez, cel român, englez sau german nu admite o astfel de practică. Ca atare, demersul legiuitorului francez are ca scop înlocuirea familiei de tip biológico-afectiv, cu familia voluntară sau tehnică, asemănătoare celei prezentate

⁴³ H. W. Smith, C. Kronauge and C. Kronague, *The Politics of Abortion: Husband Notification Legislation, Self-Disclosure, and Marital Bargaining*, în *The Sociological Quarterly*, vol. 31, nr. 4, 1990, pp. 585-598.

⁴⁴ *York vs. Jones*, 1989, disponibilă la adresa web: <https://embryo.asu.edu/pages/york-v-jones-1989>, accesată online la data de 22. 11. 2020.

⁴⁵ *X v. U.K.*, Decizia nr. 8416/78. Pentru alte cazuri privitoare la copiii nenăscuți, a se vedea A. Grubb și D. Pearl, *Protecting the Life of the Unborn Child*, în *Law Quarterly Review*, 1987, p. 340.

⁴⁶ *Cour d'appel Bordeaux, civ. 1^{er}, 1 octobre 1991, N° de pourvoi: 89-19405*, disponibilă la adresa web: <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-19911009-8919405>, accesată online la data de 22.11. 2020.

⁴⁷ *Cour d'appel Montpellier, civ. 1^{er}, 9 octobre 1994*, disponibilă la adresa web: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007220940>, accesată online la data de 19. 11. 2020.

⁴⁸ P. Verdier, *L'accouchement «sous X» en question*, în *Cahiers de Maternologie*, vol. 5, 1995, p. 70.

în lumea nouă a lui Huxley. Desigur, există și decizii ale instanțelor franceze, prin intermediul cărora s-a statuat faptul că, va fi în interesul superior al copilului, ca acesta să-și cunoască originile. Ne referim aici la hotărârea emisă în pricina *Mandet c. Franței*, pronunțată pe data de 14 ianuarie 2016, în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului a specificat faptul că: „reprezintă interesul superior al copilului ca acesta să-și cunoască tatăl biologic”⁴⁹. Această decizie reprezintă un semnal puternic, în favoarea protecției interesului superior al copilului, dincolo de dorința adulților.

Dar ce se întâmplă atunci când femeia dorește să apeleze la tehnicile de reproducere umană asistată? Potrivit recomandărilor, se va avea în vedere protejarea vieții persoanelor, în speță a mamei și a copilului. Totodată, procedura medicală asistată a fost proiectată, pentru a veni în ajutor femeilor sterile, în lipsa unor soluții terapeutice. În Germania, pot apela la o astfel de procedură doar cuplurile, indiferent că există sau nu o căsătorie. Totodată, pentru tehnica reproducerii umane, va fi necesar consimțământul persoanelor implicate⁵⁰. În situația în care bărbatul nu-și oferă consimțământul, vor fi admise acțiunile în tăgada paternității sau în contestarea ei. Totuși, indiferent dacă acțiunea în instanță are sau nu succes, bărbatul va fi ținut, în continuare să execute sarcinile părintești, deoarece donatorul nu poate fi obligat în acest sens. Prin urmare, singura modalitate de a fi exonerat de sarcinile părintești este ca acesta să-și retragă consimțământul, înainte de executarea tehnicii medicale⁵¹.

În dreptul francez, similar dreptului german, au acces la astfel de tehnici doar cuplurile, iar consimțământul partenerului mamei va fi vital⁵². În dreptul englez, regulile privitoare la reproducerea umană asistată diferă puțin, față de cele prezentate până acum. Potrivit normelor engleze, femeile celibatate vor avea acces la tehnica reproducerii. Totodată, li se permite accesul și cuplurilor formate din două femei⁵³. Ca atare, termenul tată va fi înlocuit, în interiorul certificatului de naștere al copilului, cu sintagma *second parent*. Tot în Anglia este permisă și practica mamelor surogat. În fine, similar celorlalte două sisteme de drept analizate, filiația față de tată va fi stabilită în urma consimțământului oferit pentru realizarea tehnicii.

În sistemul juridic român, legiuitorul nu permite practica mamelor surogat, iar referitor la reproducerea umană asistată medical, au fost elaborate

⁴⁹ A se consulta speța *Mandet c. France*, disponibilă la adresa web: https://www.cncdh.fr/sites/default/files/affaire_mandet_c._france.pdf, accesată online la data de 30. 11. 2020.

⁵⁰ J. A. Robertson, *Reproduction in Germany and the United States: An essay in Comparative Law and Bioethics*, University of Texas Law Schools, bepress Legal series, 2004, p. 226, disponibil online la adresa web: <http://law.bepress.com/expresso/eps/226>, accesată la data de 10.03.2019, p. 16.

⁵¹ *Idem*.

⁵² V. Wilhemin, *Insémination artificielle avec donneur*, Editura IDS, Neuchâtel, 1996, p. 30.

⁵³ H. Haker, *Ethics of genetic in human procreation*, Editura Revivals, Londra, 2018, p. 78.

patru proiecte de lege, în mod succesiv⁵⁴. Ultimul dintre acestea a fost propus în anul 2013 și a suscitat multiple controverse⁵⁵.

Cu toate că românii nu beneficiază de o lege, care să reglementeze reproducerea umană asistată medical, au fost depuse cereri în instanță, legate de acest aspect. Una dintre pricini se numește *Knecht c. României* și, în urma sesizării instanțelor europene, s-a decis faptul că, statul nostru a procedat corect în acest caz, deoarece a întreprins toate măsurile necesare, în vederea realizării transferului materialului genetic, de la o clinică de fertilizare către alta⁵⁶. O speță similară este cea intitulată *Nedescu c. României*. Și în acest caz, curtea a oferit câștig de cauză României, deoarece solicitarea soților de a utiliza embrionii criogenizați nu era prevăzută în legislația autohtonă⁵⁷.

3. Cine va exercita autoritatea părintească asupra copilului?

Potrivit legiuitorului european, autoritatea părintească este exercitată în interesul superior al copilului, de către ambii părinți, până la momentul dobândirii capacității de exercițiu. Egalitatea implică puterea autonomă a fiecărui soț, de a efectua toate actele referitoare la persoana și bunurile copilului, fără consultarea prealabilă a celuilalt? Pentru a creiona rolul actual al tatălui, în procesul de educare și de creștere a copilului, vom expune, în mod succesiv, normele privitoare la autoritatea părintească din state precum Franța, Germania, Anglia sau România. De pildă, legiuitorul francez consideră că, finalitatea autorității părintești este reprezentată de către interesul superior al copilului. Totodată, acesta prevede regula cogenității, în procesul de instruire și de protejare a copilului⁵⁸. Legat de rolul tatălui, legiuitorul francez favorizează principiul codeciziei, evitând să realizeze o listă a actelor care necesită un acord al

⁵⁴ A. Popescu, *Memorandum privind propunerea legislativă, referitoare la reproducerea umană asistată medical*, 15 noiembrie 2013, disponibilă la adresa web: <https://7676076fde29cb34e26d-759f611b127203e9f2a0021aa1b7da05.ssl.cf2.rackcdn.com/eclj/memorandum-privind-propunerea-legislativa-ruam-2013.pdf>, accesată online la data de 19. 11. 2020.

⁵⁵ Pentru detalii, a se consulta pagina web: <https://www.mediafax.ro/social/asociatia-sos-infertilitatea-romania-este-singura-tara-din-ue-care-nu-are-o-lege-a-fertilizarii-in-vitro-17812095>, accesată online la data de 28.11. 2020.

⁵⁶ *Knecht c. României*, disponibilă la adresa web: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-113291"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), accesată online la data de 28. 11. 2020.

⁵⁷ *Nedescu c. României*, disponibilă la adresa web: <http://ier.gov.ro/wp-content/uploads/cedo/Nedescu-impotriva-Romaniei.pdf>, accesată online la data de 10. 06. 2020.

⁵⁸ *Code civil français*, art. 371-1: „L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. L'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité”.

soților. În cadrul art. 372-2 din *Code Civil Français*, se prevede faptul că, fiecare soț poate să încheie un act obișnuit cu un terț, care să-l privească pe copil, fără acordul celuilalt. Așadar, legiuitorul francez folosește numai sintagma de acte obișnuite, uzuale. Tocmai în această sintagmă regăsim contrastul căci, puține legislații europene fac distincția între acte importante și acte uzuale, pentru a decide cu privire la copil. În literatura juridică franceză, s-a discutat mult asupra acestor acte uzuale. Prin ele înțelegem îngrijirile și procedurile care să nu privească viitorul copilului, cum sunt înscrierile la lecții de înot sau de pian, ori chiar intervenția chirurgicală simplă, care să nu presupună riscuri pentru copil. Principiul co-deciziei se va referi doar la actele importante, unde riscul unui dezacord este destul de mare⁵⁹.

Legiuitorul german discută despre autoritatea părintească, în cadrul art. 1626 din *Bürgerliches Gesetzbuch*⁶⁰. El le conferă soților o putere simetrică față de copil. Potrivit art. 1627 din *Bürgerliches Gesetzbuch*, părinții au ultimul cuvânt de spus, în ceea ce-i privește pe copii. De asemenea, dacă părinții nu sunt în măsură să ajungă la un acord, asupra unei chestiuni importante care-l privește pe copil, atunci instanța va putea transfera decizia, numai în sarcina unuia dintre ei.

În dreptul englez, legiuitorul preferă utilizarea termenului de responsabilitate părintească, pentru a scoate în evidență detașarea de tot ceea ce înseamnă putere asupra copilului. Pentru aceste motive, părinților le sunt conferite drepturi și îndatoriri egale, astfel încât să fie exercitată o activitate de îndrumare eficientă. Deși susține încheierea acordurilor între părinți, legiuitorul englez distinge între copiii născuți în cadrul căsătoriei și copiii născuți în afara ei. Inegalitatea pe care o prevede legiuitorul englez, va produce efecte în funcție de statutul tatălui. Prin urmare, dacă nașterea are loc în afara căsătoriei, responsabilitatea părintească nu poate fi atribuită tatălui natural, ci aceasta va fi stabilită în sarcina exclusivă a mamei. Cu alte cuvinte, stabilirea juridică a legăturii de filiație paternă, în afara căsătoriei, nu va implica, în mod automat, atribuirea comună a responsabilității părintești. Deși teoreticienii și practicienii au solicitat, îndelung, modificarea legislației engleze, până în prezent nu a fost adoptată nici o reformă⁶¹. Legat de rolul tatălui, în *Children Act* din anul 1989,

⁵⁹ D. Duval-Arnould, *Le corps de l'enfant au regard du droit*, Librairie Générale du Droit et Jurisprudence, Paris, 1994, p. 19.

⁶⁰ *Bürgerliches Gesetzbuch*, art. 1626: „Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge). (2) Bei der Pflege und Erziehung berücksichtigen die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln. Sie besprechen mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge und streben Einvernehmen an. (3) Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen. Gleiches gilt für den Umgang mit anderen Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt, wenn ihre Aufrechterhaltung für seine Entwicklung förderlich ist”.

⁶¹ A se consulta *Children Act*, Section 8.

legiuitorul a prevăzut anumite cazuri, în care va fi necesar acordul său. Ne referim aici la consimțământul pentru căsătoria minorilor mai mari de șaisprezece ani, la adopție și la posibilitatea de deplasare cu minorul mai mic de șaisprezece ani, în afara teritoriului englez⁶².

În România, față de copii sau de bunurile lor, părinții au îndatoriri similare⁶³, iar deciziile care vizează interesul superior al copilului trebuie să fie caracterizate de regula codeciziei⁶⁴, indiferent dacă părinții sunt căsătoriți, concubini sau adoptatori. Acesta menționează, în cadrul art. 486, din *Codul civil* următoarele: „ori de câte ori există neînțelegeri între părinți, cu privire la exercițiul drepturilor sau la îndeplinirea îndatoririlor părintești, instanța de tutelă, după ce îi ascultă pe părinți și luând în considerare concluziile raportului referitor la ancheta psihosocială, hotărăște potrivit interesului superior al copilului. Ascultarea copilului este obligatorie, dispozițiile art. 264 fiind aplicabile”.

Din analiza normelor europene și a celor autohtone, desprindem faptul că, puterea părintească specifică bărbatului a suferit modificări, astfel că, în prezent el trebuie să o împartă cu femeia, sub denumirea de autoritate părintească. Viziunea legiuitorului de a oferi prerogative egale celor două sexe presupune, însă, un cost. Prin urmare, viața conjugală poate deveni o negociere permanentă, o sursă de conflicte și de frustrări, iar atunci când discuția ajunge la confruntări, conflictul devine cu atât mai dificil de depășit, întrucât există întotdeauna o amenințare de divorț care, potrivit susținătorilor, nu mai reprezintă o simplă patologie a cuplului, ci un mod de gestionare a conflictului.

Dacă părinții ajung să trăiască separat, atunci colaborarea dintre aceștia riscă să fie afectată de vicii de comunicare și de încredere. Prin urmare, exercitarea autorității ar putea fi acordată unui singur părinte, acest lucru neafectându-i vocația părintească a celuilalt. Dacă părinții divorțează, instanța va ține cont de interesul superior al copilului. Deși nu există o regulă în acest sens, instanța îi încredințează mamei copilul, în peste 90% dintre cazuri. În Franța, autoritatea părintească poate fi exercitată în comun de către ambii părinți dacă aceștia depun o declarație comună în fața instanței de tutelă. Totuși, există o prezumție în favoarea mamei, deoarece aceasta trebuie să-și ofere consimțământul, în vederea exercitării autorității părintești, împreună cu partenerul ei. Totodată, declarația comună nu prevede ca părinții să indice cu cine

⁶² *Ibidem*, Section 12.

⁶³ *Codul civil român*, art. 483: „(1) Autoritatea părintească este ansamblul de drepturi și îndatoriri care privesc atât persoana, cât și bunurile copilului și aparțin în mod egal ambilor părinți. (2) Părinții exercită autoritatea părintească numai în interesul superior al copilului, cu respectul datorat persoanei acestuia, și îl asociază pe copil la toate deciziile care îl privesc, ținând cont de vârsta și de gradul său de maturitate. (3) Ambii părinți răspund pentru creșterea copiilor lor minori”.

⁶⁴ *Ibidem*, art. 503: „(1) Părinții exercită împreună și în mod egal autoritatea părintească. (2) Față de terții de bună-credință, oricare dintre părinți, care îndeplinește singur un act curent pentru exercitarea drepturilor și îndeplinirea îndatoririlor părintești, este prezumat că are și consimțământul celuilalt părinte”.

va locui minorul. Ca atare, se subînțelege faptul că, legiuitorul îi acordă preferință mamei. În Germania, dacă părinții nu depun o declarație în vederea exercitării în comun a autorității părintești, atunci copilul va fi încredințat exclusiv mamei. În România, potrivit art. 505 din *Codul civil*, „dacă filiația a fost stabilită concomitent sau, după caz, succesiv față de ambii părinți, autoritatea părintească se exercită în comun și în mod egal de către părinți, dacă aceștia conviețuiesc”. Dacă părinții copilului din afara căsătoriei nu conviețuiesc, modul de exercitare a autorității părintești se stabilește de către instanța de tutelă, fiind aplicabile prin asemănare dispozițiile privitoare la divorț”.

Cum au influențat deciziile instanțelor europene jurisprudența din România? Dacă, în conformitate cu vechiul Cod al familiei, instanța de judecată era obligată să acorde custodia doar unuia dintre cei doi părinți, odată cu intrarea în vigoare a noului Cod civil, instanța de judecată trebuie să acorde custodia, de regulă, ambilor părinți. Prin urmare, cazurile în care doar unul dintre părinți este investit cu autoritate părintească reprezintă excepția. Totodată, remarcăm tendința instanțelor române de a acorda custodie exclusivă și tatălui, în situația în care acesta demonstrează existența unor garanții morale și materiale suficiente pentru creșterea armonioasă a copilului. La aceste decizii au contribuit și studiile din alte domenii, unde s-a demonstrat faptul că, absența tatălui din viața copilului va conduce către instabilitate emoțională, către lipsa ideii de autoritate și către dezechilibru pe plan social. Un exemplu care atestă schimbarea atitudinii judecătorilor români este reprezentat de Sentința civilă nr. 5842/18.05.2017 a Judecătoriei Constanța. Deși, inițial, părinții divorțaseră prin intermediul unui acord notarial, ulterior tatăl a reușit să obțină schimbarea reședinței copilului, pe baza probatoriului⁶⁵.

Concluzii

Potrivit unei vechi aforism, atunci când se naște un copil, alături de el se vor naște și părinții⁶⁶. Afirmăm acest lucru pentru că, înainte de apariția copilului, părinții erau numai soți, sau simpli parteneri de viață. După stabilirea legăturii de filiație, părinții dobândesc o misiune față de copil. Ei vor deține dreptul și obligația de a pune bazele intelectuale și emoționale în viața copiilor și de a-i ajuta să se dezvolte armonios, conform sistemului propriu de valori.

Prin intermediul studiului de față am atras atenția asupra rolului patern în procesul de creștere și de instruire a copiilor. De altfel, potrivit studiilor din diverse domenii, implicarea tatălui și principiul codeciziei sunt asociate, în mod pozitiv, cu calitatea relației pe care partenerii o au, imediat după nașterea unui

⁶⁵ Detalii despre acest proces, pe site-ul <https://avocatalexgalan.com/2017/07/24/divort-custodie-minor-am-castigat-pentru-tata-copilul-minor-prin-modificarea-acordului-notarial/>, accesat online la data de 19. 11. 2020.

⁶⁶ Osho: „The moment a child is born, the mother is also born. She never existed before. The woman existed, but the mother, never. A mother is something absolutely new”, disponibil la adresa web: <https://www.goodreads.com/quotes/33588-the-moment-a-child-is-born-the-mother-is-also>, accesată online la data de 19. 06. 2020.

copil. Referitor la autoritatea părintească, remarcăm faptul că, în prezent, aceasta nu mai este atribuită pe criteriul puterii, ci *patria potestas* s-a transformat într-o responsabilitate pentru părinți. Mai mult decât atât, rolul tatălui poate fi restricționat de către legiuitor, dacă situația vizează dreptul mamei de a dispune de propriul corp. Cu toate acestea, atunci când analizăm problemele ce țin de dreptul familiei, trebuie să privim către vârful piramidei, adică spre copil. În acest sens, instanțele europene au decis faptul că, fiecare copil beneficiază de dreptul fundamental de a avea o viață de familie normală, adică de dezvoltarea relații personale cu ambii părinți.

În cadrul unei familii, tatăl poate reprezenta pentru copil un protector, iar pentru mamă un partener sau un furnizor. Deși rolul său este unul vital, adesea, acesta a fost trecut cu vederea de către legiuitorul european. În ciuda deciziilor controversate, emise de către instanțele europene, menționăm faptul că, un tată nu va înceta niciodată să fie părinte, fie că vorbim despre concepție, despre perioada de sarcină, ori despre anii care urmează. Ca atare, implicarea acestuia în diverse situații reprezintă o ingerință. Pentru că legea acționează asupra realității, prin modificarea modalității de gândire, propunem ca, prin intermediul ei, să-l reinventăm pe tată și să-l salvăm de prejudecăți. Această sarcină nu va fi dedicată exclusiv bărbaților, ci și femeilor, pentru că, în prezent, încă mai avem nevoie de un bărbat și de o femeie pentru a procrea.

Implicații ale dreptului Uniunii Europene asupra reformelor sistemului judiciar. Succint comentariu al Opiniei Avocatului General din 23 septembrie 2020 în cauzele reunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19

Impact of the European Union law on judicial reforms. Brief remarks on the Advocate General's Opinion of 23 September 2020 in joined cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19

Carmen Moldovan¹

Rezumat: Prezenta lucrare își propune să analizeze de manieră obiectivă argumentele pentru care Avocatul General Bobeck a apreciat că modificările legislative naționale asupra organizării sistemului judiciar în România sunt contrare dreptului Uniunii Europene. O atenție deosebită va fi acordată aspectelor privind clarificarea naturii juridice și efectelor rapoartelor Mecanismului de Cooperare și Verificare, precum și funcționarea Secției pentru investigarea infracțiunilor din justiție. Chiar dacă opinia Avocatului General nu are forță juridică obligatorie, are un rol important în interpretarea aspectelor cu care este sesizată Curtea de Justiție, examinarea conținutului motivării în acest caz prezintă interes teoretic și practic în contextul dezbaterii generale asupra acestor subiecte și al mai multor sesizări formulate de instanțele naționale.

Cuvinte-cheie: principiul independenței; MCV; secția specială de investigare a infracțiunilor din justiție

Abstract: This paper aims to objectively analyse the arguments for which Advocate General Bobeck considered that national legislative reforms on the judiciary system in Romania are contrary to the European Union law. Particular attention will be given to issues concerning the legal nature of the reports of the Cooperation and Verification Mechanism and the functioning of the Special prosecution section. Even if the Advocate General's opinions are not legally binding, they play an important role in the interpretation of the issues before the Court. Analysing the content of this Opinion presents a theoretical and practical interest in the context of the general debate on these topics and the requests formulated by several national courts.

Keywords: judicial independence; CVM; special prosecution section

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

1. Aspecte preliminare

Opinia Avocatului General² a fost emisă urmare a înregistrării pe rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene în anul 2019, a mai multor cereri cu întrebări fie similare fie cu strânsă legătură între ele, formulate de instanțe din România (Tribunalul Mehedinți, Curtea de Apel Alba Iulia, Curtea de Apel București, Curtea de Apel Brașov), în contextul mai multor modificări aduse actelor normative numite generic „legile justiției”, în perioada 2018-2019, unele dintre acestea fiind evaluate în sens negativ prin rapoartele MCV cu privire la România. Prezenta lucrare va avea în vedere prezentarea celor mai importante aspecte: caracterul obligatoriu al mecanismului special de cooperare, natura juridică a rapoartelor întocmite în cadrul acestui mecanism, efectele înființării secției specializate pentru investigarea infracțiunilor din justiție.

Având în vedere caracterul similar al unora dintre întrebările adresate Curții de Justiție,

Cauzele C-83/19, C-127/19 și C-195/19 au fost conexe prin decizia președintelui Curții, au fost respinse cererile de soluționare conform procedurii accelerate, dar s-a dispus judecarea cu prioritate, potrivit Regulamentului de procedură³.

În ceea ce privește excepțiile de inadmisibilitate invocate în cursul procedurii, cu privire la întrebările adresate Curții, opinia Avocatului General este în sensul respingerii acestora, motivat în principal de faptul că întrebările adresate Curții beneficiază de o prezumție de relevanță, iar instanța de la Luxembourg are, în principiu, obligația de a se pronunța atunci când acestea privesc interpretarea dispozițiilor dreptului Uniunii Europene.⁴

2. Analiza referitoare la Mecanismul de Cooperare și Verificare (MCV)

Avocatul General a constatat că mai multe dintre deciziile de trimitere au ridicat probleme cu privire la caracterul, valoarea juridică și efectele Deciziei

² Concluziile Avocatului General Domnul Michal Bobek prezentate la 23 septembrie 2020 în Cauzele conexe C-83/19, C-127/19 și C-195/19 Asociația „Forumul Judecătorilor din România” împotriva Inspecției Judiciare și Asociația „Forumul Judecătorilor din România”, Asociația „Mișcarea pentru Apărarea Statutului Procurorilor” împotriva Consiliului Superior al Magistraturii și PJ împotriva QK, Cauza C-291/19 SO împotriva TP și alții, Cauza C-355/19 Asociația „Forumul Judecătorilor din România”, Asociația „Mișcarea pentru Apărarea Statutului Procurorilor”, OL împotriva Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Procurorul General al României, document disponibil la adresa: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=231502&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3800454> (accesată la 10 octombrie 2020).

³ Paragraful 68 din Concluziile Avocatului General.

⁴ Paragraful 83 din Concluziile Avocatului General.

2006/928/EC (Decizia MCV)⁵, precum și a rapoartelor adoptate în temeiul acesteia. În concret, chestiunile ce urmează a fi lămurite sunt următoarele: dacă Decizia MCV și rapoartele adoptate în temeiul său constituie acte le instituțiilor Uniunii Europene în sensul articolului 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE)⁶, ce pot fi supuse controlului Curții, caracterul cerințelor MCV și al rapoartelor Comisiei și dacă statul român are, în temeiul articolului 2 din Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE), obligația de a se conforma cerințelor din rapoartele MCV ca parte a obligației de a respecta statul de drept⁷.

În ceea ce privește Decizia MVC și rapoartele emise în temeiul acesteia, opinia Avocatului General a fost formulată foarte direct și fără echivoc în sensul că ambele constituie acte ale Uniunii Europene. Astfel, potrivit dispozițiilor articolului 288 paragraful 4 TFUE⁸, Decizia MCV este o decizie, adoptată de

⁵ Decizia Comisiei din 13 decembrie 2006 de stabilire a unui mecanism de cooperare și de verificare a progresului realizat de România în vederea atingerii anumitor obiective de referință specifice în domeniul reformei sistemului judiciar și al luptei împotriva corupției (denumită „Decizia MCV”), JO 2006, L 354, p. 56, Ediție specială, 11/vol. 51, p. 55; Articolul 1 din Decizia MCV menționează că, în fiecare an, România prezintă Comisiei un raport privind progresele realizate în vederea atingerii fiecăruia dintre obiectivele de referință enumerate în anexa la această decizie. În conformitate cu articolul 2, Comisia va transmite, pentru prima dată în luna iunie 2007, Parlamentului European și Consiliului comentariile și concluziile sale privind raportul prezentat de România, iar ulterior, în funcție de evoluția situației și cel puțin o dată la fiecare șase luni. Articolul 3 prevede că Decizia MCV „intră în vigoare numai sub rezerva și la data intrării în vigoare a Tratatului de aderare”. Potrivit articolului 4, Decizia MCV se adresează statelor membre.

⁶ Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390. Articolul 267 TFUE (ex-articolul 234 TCE) prevede: „Curtea de Justiție a Uniunii Europene este competentă să se pronunțe, cu titlu preliminar, cu privire la: (a) interpretarea tratatelor; (b) validitatea și interpretarea actelor adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile Uniunii; În cazul în care o asemenea chestiune se invocă în fața unei instanțe dintr-un stat membru, această instanță poate, în cazul în care apreciază că o decizie în această privință îi este necesară pentru a pronunța o hotărâre, să ceară Curții să se pronunțe cu privire la această chestiune.

În cazul în care o asemenea chestiune se invocă într-o cauză pendinte în fața unei instanțe naționale ale cărei decizii nu sunt supuse vreunei căi de atac în dreptul intern, această instanță este obligată să sesizeze Curtea.

În cazul în care o asemenea chestiune se invocă într-o cauză pendinte în fața unei instanțe judecătorești naționale privind o persoană supusă unei măsuri privative de libertate, Curtea hotărăște în cel mai scurt termen”.

⁷ Paragrafele 121-122 din Concluziile Avocatului General.

⁸ Articolul 288 TFUE (ex-articolul 249 TCE) prevede: „Pentru exercitarea competențelor Uniunii, instituțiile adoptă regulamente, directive, decizii, recomandări și avize.

Regulamentul are aplicabilitate generală. Acesta este obligatoriu în toate elementele sale și se aplică direct în fiecare stat membru.

Comisie în temeiul articolelor 37⁹ și 38¹⁰ din Actul privind condițiile de aderare a Republicii Bulgaria și a României¹¹, astfel încât aceasta și rapoartele sale constituie acte ale Uniunii Europene ce pot fi supuse controlului Curții¹².

Directiva este obligatorie pentru fiecare stat membru destinat cu privire la rezultatul care trebuie atins, lăsând autorităților naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele.

Decizia este obligatorie în toate elementele sale. În cazul în care se indică destinatarii, decizia este obligatorie numai pentru aceștia.

Recomandările și avizele nu sunt obligatorii.”

⁹ Articolul 37 din Actul de aderare prevede:

„În cazul în care Bulgaria sau România nu și-a îndeplinit angajamentele asumate în contextul negocierilor de aderare, determinând o perturbare semnificativă a bunei funcționări a pieței interne, inclusiv orice angajamente asumate în cadrul politicilor sectoriale care privesc activități economice cu efecte transfrontaliere, ori pericolul iminent al unei atare perturbări, Comisia poate să adopte măsurile corespunzătoare până la împlinirea unui termen de cel mult trei ani de la data aderării, la cererea motivată a unui stat membru sau din proprie inițiativă.

Măsurile sunt proporționale și se acordă prioritate aceloră dintre ele care perturbă cel mai puțin funcționarea pieței interne și, după caz, aplicării mecanismelor sectoriale de salvagardare în vigoare. Asemenea măsuri de salvagardare nu pot fi utilizate ca mijloace arbitrare de discriminare sau de restrângere disimulată a comerțului dintre statele membre. Clauza de salvagardare poate fi invocată chiar și înainte de aderare în temeiul concluziilor urmăririi îndeplinirii angajamentelor asumate în negocieri, iar măsurile adoptate intră în vigoare la data aderării, cu excepția cazului în care acestea prevăd o dată ulterioară. Măsurile nu pot fi menținute mai mult decât este strict necesar și, în orice caz, sunt revocate la data la care angajamentul corespunzător este îndeplinit. Măsurile pot fi totuși aplicate dincolo de termenul prevăzut la alineatul de mai sus atât timp cât angajamentele corespunzătoare nu au fost îndeplinite. Ca răspuns la progresele realizate de noul stat membru în cauză în îndeplinirea angajamentelor sale, Comisia poate adapta în mod corespunzător măsurile luate. Comisia informează Consiliul cu suficient timp înaintea revocării regulamentelor și deciziilor europene prin care sunt stabilite măsurile de salvagardare și ține seama de orice observații formulate în acest sens de către Consiliu.”

¹⁰ Articolul 38 din Actul de aderare prevede:

„În cazul în care, în Bulgaria sau în România, există deficiențe semnificative sau un risc iminent privind apariția unor asemenea deficiențe în transpunerea, stadiul aplicării sau asigurarea respectării deciziilor-cadru sau a oricăror altor angajamente, instrumente de cooperare și decizii privind recunoașterea reciprocă în domeniul dreptului penal în conformitate cu titlul VI al Tratatului UE, precum și a directivelor și regulamentelor privind recunoașterea reciprocă în domeniul dreptului civil în conformitate cu titlul IV din Tratatul CE, Comisia poate să adopte, până la împlinirea unui termen de cel mult trei ani de la data aderării, la cererea motivată a unui stat membru sau din proprie inițiativă și după consultarea statelor membre, măsurile corespunzătoare și să precizeze condițiile și modalitățile în care aceste măsuri intră în vigoare.

Măsurile pot lua forma suspendării provizorii a aplicării dispozițiilor și hotărârilor corespunzătoare în relațiile dintre Bulgaria sau România și oricare alt ori alte state

A fost avut în vedere contextul de adoptare a Deciziei MCV respectiv, existența unor riscuri iminente pentru funcționarea pieței interne și a spațiului de libertate, securitate și justiție ca urmare a deficiențelor constatate în sistemul judiciar și în lupta împotriva corupției din România, obiectiv în conformitate cu articolele 37 și 38 din Actul de aderare.¹³

Decizia MVC este calificată drept o reglementare obligatorie a Uniunii Europene, având acest statut atât în contextul specific de preaderare, când au fost fixate obiective de referință pentru statul român, cât și în perioada post aderare, moment din care constituie „o decizie care impune obligații specifice, a căror încălcare poate da naștere unor consecințe juridice” în cazul în care nu este respectată, manifestate inclusiv în ceea ce privește posibilitatea pentru statul român de a participa la piața internă și asupra spațiului de libertate, securitate și justiție¹⁴.

O clarificare importantă este realizată cu privire la conținutul obligațiilor ce revin României în temeiul Deciziei MCV. Contrar susținerilor inițiale formulate de către statul român, potrivit cărora obligația ce derivă din mecanismul de cooperare constă doar în prezentarea de rapoarte către Comisie, în temeiul articolului 1 din Decizia MCV¹⁵, Avocatul General realizează o interpretare mai extinsă a obligațiilor ce rezultă din această dispoziție, punând accentul pe progresele realizate în atingerea obiectivelor de referință din anexa Deciziei MCV, obligația României nefiind în sensul prezentării „în mod mecanic, a unor rapoarte prin care să se arate că lucrurile continuă să fie mai mult sau mai puțin neschimbate.”¹⁶ Sub acest aspect, Avocatul General menționează că

membre, fără să aducă atingere continuării cooperării judiciare strânse. Clauza de salvagardare poate fi invocată chiar și înainte de aderare în temeiul concluziilor urmăririi îndeplinirii angajamentelor asumate în negocieri, iar măsurile adoptate intră în vigoare la data aderării, cu excepția cazului în care acestea prevăd o dată ulterioară. Măsurile nu pot fi menținute mai mult decât este strict necesar și, în orice caz, sunt revocate la data la care deficiențele sunt remediate. Măsurile pot fi totuși aplicate dincolo de termenul prevăzut la alineatul (1) atât timp cât aceste deficiențe subzistă. Ca răspuns la progresele realizate de noul stat membru în cauză în remedierea deficiențelor identificate, Comisia poate adapta în mod corespunzător măsurile luate, după consultarea statelor membre. Comisia informează Consiliul cu suficient timp înaintea revocării măsurilor de salvagardare și ține seama întocmai de orice observații formulate în acest sens de către Consiliu.”.

¹¹ Actul privind condițiile de aderare a Republicii Bulgaria și a României, JO 2005, L 157, p. 203.

¹² Paragrafele 124-125 din Concluziile Avocatului General.

¹³ Paragraful 135 din Concluziile Avocatului General.

¹⁴ Paragraful 155 din Concluziile Avocatului General.

¹⁵ Articolul 1 din Decizia MCV prevede: „În fiecare an, până la 31 martie cel târziu, iar în primul an la 31 martie 2007, România prezintă Comisiei un raport privind progresele realizate în vederea atingerii fiecăruia dintre obiectivele de referință enumerate în anexă”. Există, așadar, o obligație de a prezenta rapoarte.

¹⁶ Paragraful 149 din Concluziile Avocatului General

obligația României de atingere a obiectivelor de referință nu încetează odată cu trimiterea acestora și subliniază obligația statului de a atinge obiectivele de referință stabilite¹⁷, precum și de a depune „toate eforturile posibile pentru a se conforma obiectivelor de referință prevăzute în anexa la Decizia MCV”¹⁸.

În termeni specifici dreptului internațional public, o astfel de obligație se încadrează în categoria obligațiilor de rezultat, nu de diligență (*due diligence*)¹⁹, astfel încât în cazul neîndeplinirii lor, poate fi antrenată răspunderea internațională a statului, ceea ce se înscrie în logica dispozițiilor articolului 37 din Tratatul de aderare.

Un alt aspect relevant din argumentarea Avocatului General este sublinierea legăturii dintre obiectivele stabilite prin MCV și condițiile prealabile aderării, de a respecta statul de drept (cerință stabilită de articolul 2 TUE²⁰) și la care face trimitere articolul 49 TUE²¹, aceasta fiind o valoare centrală a ordinii juridice a Uniunii Europene, ce trebuie respectată de către statele membre.

Obligația asumată de către statul român este calificată în mod tranșant ca una imperativă în următoarea formulare:

„În plus, caracterul imperativ al obligației de a se conforma progresiv obiectivelor de referință enumerate în anexa la Decizia MCV este subliniat în mod clar prin poziția acesteia din urmă în cadrul obligațiilor care decurg din Tratatul de aderare. Decizia MCV a făcut posibilă aderarea în pofida preocupărilor persistente și serioase legate de deficiențe fundamentale în privința reformei judiciare și a luptei împotriva corupției în România. Prin urmare, nu ne poate mira că Decizia MCV cuprinde o obligație specifică a României de a atinge

¹⁷ Paragraful 148 din Concluziile Avocatului General.

¹⁸ Paragraful 156 din Concluziile Avocatului General.

¹⁹ C. Moldovan, *Drept internațional public. Principii și instituții fundamentale*, ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2019, p. 43.

²⁰ Tratatul privind Uniunea Europeană (versiunea consolidată), OJ C 326, 26.10.2012, p. 13–390;

Articolul 2 TUE prevede: „Uniunea se întemeiază pe valorile respectării demnității umane, libertății, democrației, egalității, statului de drept, precum și pe respectarea drepturilor omului, inclusiv a drepturilor persoanelor care aparțin minorităților. Aceste valori sunt comune statelor membre într-o societate caracterizată prin pluralism, nediscriminare, toleranță, justiție, solidaritate și egalitate între femei și bărbați.”

²¹ Articolul 49 TUE prevede: „Orice stat european care respectă valorile prevăzute la articolul 2 și care se angajează să le promoveze poate solicita să devină membru al Uniunii. Parlamentul European și parlamentele naționale sunt informate cu privire la această cerere. Statul solicitant adresează cererea sa Consiliului, care se pronunță în unanimitate după consultarea Comisiei și după aprobarea Parlamentului European, care se pronunță cu majoritatea membrilor din care este constituit. Criteriile de eligibilitate aprobate de Consiliul European se iau în considerare. Condițiile admiterii și adaptările impuse de aceasta tratatelor pe care se întemeiază Uniunea fac obiectul unui acord între statele membre și statul solicitant. Acest acord se supune ratificării de către toate statele contractante, în conformitate cu normele lor constituționale.”

obiectivele de referință enumerate în anexă. Departate de a fi concepută ca o simplă recomandare, Decizia MCV a fost adoptată, în temeiul articolelor 37 și 38 din Actul de aderare, ca măsură de salvagardare, care a fost indispensabilă pentru a permite aderarea la 1 ianuarie 2007.²²

În privința forței juridice a rapoartelor MCV, interpretarea este nuanțată, dar concluzia este una clară în sensul că acestea nu au forță juridică obligatorie, deci nu pot fi valorificate în fața Curții de Justiție sau a instanțelor naționale, însă ele reprezintă mai mult decât niște recomandări „tradiționale”²³, constituie instrumente de evaluare²⁴ și au un caracter pur persuasiv²⁵, ce trebuie corelat cu principiul cooperării loiale menționat în articolul 4 alineatul (3) TUE²⁶, în temeiul căruia statul român are obligația de a respecta rapoartele Comisiei.²⁷

O consecință importantă a lipsei forței juridice obligatorii al rapoartelor MCV, menționată și de către Avocatul General este aceea că nu pot fi folosite de către instanțele naționale pentru a înlătura aplicarea dispozițiilor legale interne pe care le consideră contrare.²⁸

În legătură cu rapoartele MCV a fost pusă în discuție valoarea juridică a recomandărilor formulate de GRECO²⁹ și Comisia de la Veneția³⁰ deoarece sunt deseori menționate în rapoarte ale Comisiei³¹ și dacă modificările legislative în domeniul justiției din România trebuie să fie în conformitate cu acestea. În opinia Avocatului General, raportat la dreptul Uniunii, acestea reprezintă „o sursă de informare utilă și oferă orientări cu caracter persuasiv cu privire la standardele

²² Paragraful 150 din Concluziile Avocatului General.

²³ Paragraful 160 din Concluziile Avocatului General.

²⁴ Paragraful 160 din Concluziile Avocatului General.

²⁵ Paragraful 167 din Concluziile Avocatului General.

²⁶ Articolul 4 alin. (3) TUE prevede:

„În temeiul principiului cooperării loiale, Uniunea și statele membre se respectă și se ajută reciproc în îndeplinirea misiunilor care decurg din tratate.

Statele membre adoptă orice măsură generală sau specială pentru asigurarea îndeplinirii obligațiilor care decurg din tratate sau care rezultă din actele instituțiilor Uniunii.

Statele membre facilitează îndeplinirea de către Uniune a misiunii sale și se abțin de la orice măsură care ar putea pune în pericol realizarea obiectivelor Uniunii.”

²⁷ Paragraful 162 din Concluziile Avocatului General.

²⁸ Paragraful 168 din Concluziile Avocatului General.

²⁹ GRECO/The Group of States against Corruption – Grupul Statelor împotriva Corupției a fost înființat în anul 1996 de Consiliul Europei pentru a monitoriza respectarea de către state a standardelor anti corupție ale organizației. Detalii cu privire la activitatea acestui organism sunt disponibile la adresa: <https://www.coe.int/en/web/greco> (accesată la 20 noiembrie 2020).

³⁰ Comisia Europeană pentru Democrație prin Drept (cunoscută și sub denumirea Comisia de la Veneția) este organul consultativ al Consiliului Europei în materie constituțională, creat la 10 mai 1990. Detalii cu privire la activitatea acestui organism sunt disponibile la adresa: <https://www.venice.coe.int/> (accesată la 20 noiembrie 2020).

³¹ Paragraful 170 din Concluziile Avocatului General.

relevante pentru evaluarea conformității cu obiectivele de referință ale MCV³², deci nu au forță juridică obligatorie, din perspectiva dreptului Uniunii Europene, însă nu există un impediment pentru a se acorda acestora o altă semnificație prin legislația constituțională națională, pentru îndeplinirea altor obligații internaționale asumate în mod autonom.³³

Ulterior acestei analize a urmat lămurirea unei alte întrebări, respectiv dacă măsurile interne incidente – modificarea legilor justiției – intră în domeniul de aplicare al Deciziei MCV. În această privință, opinia Avocatului General este în sens afirmativ, având în vedere obiectivele de referință (primul, al treilea și al patrulea) din Decizia MCV ³⁴. Primul obiectiv de referință este considerat a fi foarte extins și că ar putea încadra „toate problemele legate de structura instituțională a puterii judecătorești în formularea’ garantarea unui proces judiciar mai transparent și mai eficient”³⁵, prin urmare și dispozițiile referitoare la numirea în posturile de conducere din cadrul Inspecției Judiciare și cele referitoare la funcționarea Secției pentru investigarea infracțiunilor din justiție, dispoziții introduse prin modificări aduse unor aspecte esențiale al legilor justiției³⁶.

Înființarea Secției pentru investigarea infracțiunilor din justiție se circumscrie în primul rând celui dintâi obiectiv de referință din anexa la Decizia MCV, deoarece are implicații asupra regimului răspunderii penale a judecătorilor, care „împreună cu procedurile disciplinare aplicabile judecătorilor, este nu numai intrinsec legat de răspunderea magistraților, ci și susceptibil să fie asociat cu eficiența procesului judiciar”³⁷, precum și obiectivelor 3 și 4, având în vedere preocuparea autorităților naționale referitoare la efectele pe care această secție le poate produce asupra Direcției Naționale Anticorupție³⁸.

3. Analiza principiului independenței judecătorilor

Avocatul General a realizat analiza incidența principiului independenței judecătorilor în primul rând prin prisma dispozițiilor articolului 47 din Carta

³² Paragraful 170 din Concluziile Avocatului General.

³³ Paragraful 172 din Concluziile Avocatului General.

³⁴ Paragrafele 174-176 din Concluziile Avocatului General. Obiectivele de referință considerate relevante sunt următoarele: (1) „garantarea unui proces judiciar mai transparent și mai eficient totodată, în special prin consolidarea capacităților și a responsabilizării [CSM] [...]”, (3) „continuarea, în baza progreselor realizate deja, a unor cercetări profesionale și imparțiale cu privire la acuzațiile de corupție la nivel înalt” și (4) „adoptarea unor măsuri suplimentare de prevenire și combatere a corupției, în special în cadrul administrației locale”.

³⁵ Paragraful 177 din Concluziile Avocatului General.

³⁶ Paragraful 178 din Concluziile Avocatului General.

³⁷ Paragraful 180 din Concluziile Avocatului General.

³⁸ Paragraful 181 din Concluziile Avocatului General.

drepturilor fundamentale a Uniunii Europene³⁹ (în continuare „Carta”) și în subsidiar a avut în vedere dispozițiile articolului 19 alineatul (1) TUE⁴⁰, care au fost menționate de mai multe dintre cererile preliminare. Aplicabilitatea Cartei măsurilor naționale de modificare a legilor justiției este determinată de aplicabilitatea Deciziei MCV și a Tratatului de aderare.⁴¹ După expunerea punctelor de vedere ale statelor, Avocatul General subliniază existența diferențelor între cauzele de la nivel național în care au fost formulate cererile preliminare și că invocarea Cartei nu este făcută ca izvor de drepturi subiective pentru justițiabili determinați, ci „drept criteriu obiectiv pentru controlul de constituționalitate cu privire la gama admisă de soluții normative adoptate de un stat membru în cadrul punerii în aplicare a obligațiilor lui în temeiul dreptului Uniunii, care decurg din Decizia MCV și din Actul de aderare.”⁴²

Avocatul General a analizat contextul modificărilor aduse în perioada 2018-2019 legilor justiției din România, care au fost adoptate în cadrul negocierilor de aderare a României la Uniunea Europeană⁴³ și legătura cu monitorizarea în temeiul MCV, recomandările finale făcute de către Comisie în anul 2017, care ar fi putut determina încheierea MCV⁴⁴, iar argumentarea sa a continuat cu relevarea faptului că nici articolul 47 din Cartă și nici articolul 19 alineatul (1) TUE nu prevăd un model specific de organizare a sistemelor disciplinare pentru magistrați⁴⁵. Este însă necesară existența garanțiilor specifice cerinței de independență, pentru evitarea riscului de utilizare a unui astfel de regim ca sistem de control politic. În acest sens, o astfel de procedură trebuie să respecte condițiile prevăzute de articolele 47 și 48 din Cartă, în mod special

³⁹ Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, OJ C 326, 26.10.2012, p. 391–407; *Articolul 47 din Cartă, cu denumirea „Dreptul la o cale de atac eficientă și la un proces echitabil” prevede:*

„Orice persoană ale cărei drepturi și libertăți garantate de dreptul Uniunii sunt încălcate are dreptul la o cale de atac eficientă în fața unei instanțe judecătorești, în conformitate cu condițiile stabilite de prezentul articol.

Orice persoană are dreptul la un proces echitabil, public și într-un termen rezonabil, în fața unei instanțe judecătorești independente și imparțiale, constituită în prealabil prin lege. Orice persoană are posibilitatea de a fi consiliată, apărută și reprezentată.

Asistența juridică gratuită se acordă celor care nu dispun de resurse suficiente, în măsura în care aceasta este necesară pentru a-i asigura accesul efectiv la justiție.”

⁴⁰ Articolul 19 alin. (1) TUE prevede: „(1) Curtea de Justiție a Uniunii Europene cuprinde Curtea de Justiție, Tribunalul și tribunale specializate. Aceasta asigură respectarea dreptului în interpretarea și aplicarea tratatelor.

Statele membre stabilesc căile de atac necesare pentru a asigura o protecție jurisdicțională efectivă în domeniile reglementate de dreptul Uniunii.”

⁴¹ Paragraful 190 din Concluziile Avocatului General.

⁴² Paragraful 198 din Concluziile Avocatului General.

⁴³ Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară și Legea nr. 317/2004 privind CSM.

⁴⁴ Paragrafele 250-251 din Concluziile Avocatului General.

⁴⁵ Paragraful 265 din Concluziile Avocatului General.

privind dreptul la apărare⁴⁶, ceea ce implică aplicarea acestor dispoziții și a standardelor pe care le-au stabilit, procedurilor disciplinare împotriva magistraților.

Nu este de neglijat faptul că Avocatul General nu a analizat funcționarea Inspecției Judiciare în sine, cu rol esențial în cadrul procedurii disciplinare, prin efectuarea anchetei preliminare⁴⁷, organul disciplinar fiind Consiliul Superior al Magistraturii⁴⁸, ci sistemul de numire interimară a conducerii Inspecției Judiciare stabilit prin Ordonanța de urgență nr. 77/2018 și posibilitatea numirii în funcția de inspector șef al acestei instituții a unei persoane al cărei mandat a expirat deja.

Folosind exprimarea „Diavolul nu se ascunde în detalii, ci în context”⁴⁹, propunerea Avocatului General este de a se interpreta articolul 47 din Cartă și articolul 19 alineatul (1) al doilea paragraf TUE în sensul că se opun unor dispoziții naționale prin care guvernul adoptă, prin derogare de la normele juridice aplicabile în mod normal, un sistem pentru numirea interimară în posturile de conducere ale organului însărcinat cu efectuarea cercetărilor disciplinare în cadrul puterii judecătorești al cărui efect practic este reintegrarea în funcție a unei persoane al cărei mandat a expirat deja⁵⁰.

4. Analiza implicațiilor înființării și funcționării Secției pentru investigarea infracțiunilor din justiție

În examinarea compatibilității dispozițiilor de înființare a unei secții specializate în investigarea infracțiunilor din justiție, Avocatul General menționează că statele membre nu au obligația de institui o anumită structură sau un anumit model instituțional al Ministerului Public, în temeiul dispozițiilor articolelor 47 din Cartă și 19 alineatul (1) paragraful 2 TUE.⁵¹

A fost reținută de asemenea, poziția guvernului român, că intenționează să desființeze această secție, singurul susținător rămânând Consiliul Superior al Magistraturii, care aduce ca motive necesitatea de a proteja magistrații, având în vedere rolul important pe care îl au în societate, contribuind la consolidarea independenței sistemului de justiție prin asigurarea protecției împotriva presiunilor și abuzurilor din sesizări și denunțuri arbitrare formulate împotriva magistraților⁵²; un alt motiv este reprezentat de excesele împotriva magistraților săvârșite de Direcția Națională Anticorupție, care „înainte de înființarea SIJ, anchetase mai mult de jumătate din judecătorii României, după cum a fost evidențiat într-un raport întocmit de Inspecția Judiciară și aprobat de CSM în luna octombrie a anului 2019”⁵³. De asemenea, în opinia Consiliului Superior al

⁴⁶ Paragraful 265 din Concluziile Avocatului General.

⁴⁷ Paragraful 267 din Concluziile Avocatului General.

⁴⁸ Paragraful 266 din Concluziile Avocatului General.

⁴⁹ Paragraful 274 din Concluziile Avocatului General.

⁵⁰ Paragraful 279 din Concluziile Avocatului General.

⁵¹ Paragraful 292 din Concluziile Avocatului General.

⁵² Paragraful 286 din Concluziile Avocatului General.

⁵³ Paragraful 287 din Concluziile Avocatului General.

Magistraturii, sunt stabilite garanții suficiente care să înlăture orice îndoială cu privire la independența sa în raport cu presiunile politice⁵⁴.

Având reprezentarea efectelor pe care le produce asupra percepției publice înființarea unei secții specializate de parchet pentru judecători⁵⁵, Avocatul General a realizat analiza sa aplicând trei criterii: (i) necesitatea înființării unei astfel de secții să corespundă unei justificări deosebit de importante, (ii) organizarea unei astfel de secții să se conformeze unor garanții de natură să evite riscul unor presiuni exterioare (iii) identificarea contextului relevant al înființării secției specializate și modul de exercitare al atribuțiilor.⁵⁶

Cu privire la existența unei justificări reale, lipsite de ambiguitate și accesibile, astfel încât să nu se aducă atingere încrederii justițiabililor în independența și imparțialitatea puterii judecătorești, Avocatul General reține că necesitatea protejării puterii judecătorești ar putea constitui un motiv legitim⁵⁷, însă aceasta nu fost adusă la cunoștința publicului într-o modalitate lipsită de ambiguitate și accesibilă.⁵⁸ Un factor determinant pentru această concluzie l-a reprezentat faptul că preambulul Legii nr. 207/2018⁵⁹ nu a explicat motivele înființării secției speciale, potrivit susținerilor din ședință ale Guvernului român, iar raportul Inspecției Judiciare privind excesele Direcției Naționale Anticorupție a fost adoptat după intrarea în vigoare a acestei legi.⁶⁰

În ceea ce privește caracterul real al justificării, aspectele relevante reținute au fost efectele negative sistematice asupra competenței celorlalte structuri de parchet (secția deține competență exclusivă pentru cauzele referitoare la magistrați și păstrează această competență chiar și în situația în care sunt cercetate și alte persoane)⁶¹ și crearea impresiei că înființarea acesteia este motivată de considerente politice⁶², iar imaginea generală care apare nu este de protecție a magistraților, ci de „structură atotputernică” care poate să influențeze și să controleze, ceea ce se constituie într-un paradox al întregii idei.⁶³

Analiza garanțiilor de natură să înlăture riscurile influențelor politice asupra compunerii și funcționării a relevat repetate modificări aduse prin ordonanțe de urgență dispozițiilor referitoare la procedura de selecție a procurorului șef și a procurorilor secției, cerințele privind compunerea comisiei de concurs, atribuțiile și structura instituțională a secției⁶⁴.

⁵⁴ Paragraful 288 din Concluziile Avocatului General.

⁵⁵ Paragraful 293 din Concluziile Avocatului General.

⁵⁶ Paragraful 291 din Concluziile Avocatului General.

⁵⁷ Paragraful 297 din Concluziile Avocatului General.

⁵⁸ Paragraful 300 din Concluziile Avocatului General.

⁵⁹ Legea 207/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, publicată în Monitorul Oficial cu numărul 636 din data de 20 iulie 2018.

⁶⁰ Paragraful 299 din Concluziile Avocatului General.

⁶¹ Paragraful 304 din Concluziile Avocatului General.

⁶² Paragraful 306 din Concluziile Avocatului General.

⁶³ Paragraful 307 din Concluziile Avocatului General.

⁶⁴ Paragrafele 311-314 din Concluziile Avocatului General.

În ceea ce privește criteriul contextului și al funcționării practice a secției speciale, în opinia Avocatului General nu este sarcina Curții de a se pronunța cu privire la aspectele de fapt menționate de unii dintre reclamanți (privind începerea unor anchete, închiderea lor și repunerea pe rol în cazul unor magistrați care s-au opus modificărilor legilor justiției, deschiderea de investigații în cazul unor procurori care au deschis anchete împotriva unor membri ai partidului de guvernământ, scurgeri de informații, divulgarea de informații eronate)⁶⁵, acestea revenind instanțelor naționale, pentru a confirma sau infirma riscurile unei influențe politice.⁶⁶

În consecință, răspunsul pe care îl propune Avocatul General este în sensul că „articolul 47 al doilea paragraf din Cartă, precum și articolul 19 alineatul (1) al doilea paragraf TUE trebuie interpretate în sensul că se opun înființării unei secții de parchet specifice cu competență exclusivă pentru infracțiunile săvârșite de magistrați dacă înființarea unei astfel de secții nu este justificată de motive reale și suficient de importante aduse la cunoștința publicului într-un mod lipsit de ambiguitate și accesibil și dacă ea nu este însoțită de garanții suficiente pentru a înlătura orice risc de influență politică asupra funcționării și compunerii sale. La examinarea aspectului dacă aceasta este într-adevăr situația, instanțele naționale sunt îndreptățite să ia în considerare elemente obiective cu privire la împrejurările în care a fost înființată o astfel de secție de parchet, precum și funcționarea sa practică ulterioară.”⁶⁷

O altă întrebare adresată Curții are ca scop lămurirea existenței unei incompatibilități între dispozițiile articolului 47 din Cartă care garantează dreptul la un proces echitabil, public și într-un termen rezonabil, și înființarea secției specializate, raportat la numărul redus de posturi al secției.⁶⁸

Aspectele avute în vedere de către instanța de trimitere sunt referitoare la existența unui număr mare de dosare (la momentul la care a devenit operațională erau înregistrate 1422 de dosare) și numărul redus de posturi – 15 - din care, la data de 5 martie, erau ocupate doar 6⁶⁹, faptul că anual se formulează mii de sesizări fictive împotriva magistraților, care trebuie instrumentate (datele furnizate în ședință au relevat că erau șapte posturi ocupate, 4000 de dosare înregistrate și doar 400 de dosare examinate în cursul anului 2019)⁷⁰.

Precizarea făcută de către Avocatul general este că sunt avute în vedere exclusiv drepturile procedurale ale magistraților, fără legătură cu independența și imparțialitatea lor.⁷¹ Semnificația noțiunii termen rezonabil din articolul 47 din Cartă este raportată la dispozițiile articolului 6 paragraful 1 al Convenției europene a drepturilor omului și a criteriilor de analiză folosite de Curtea

⁶⁵ Paragraful 318 din Concluziile Avocatului General.

⁶⁶ Paragraful 319 din Concluziile Avocatului General.

⁶⁷ Paragraful 332 din Concluziile Avocatului General.

⁶⁸ Paragraful 320 din Concluziile Avocatului General.

⁶⁹ Paragraful 321 din Concluziile Avocatului General.

⁷⁰ Paragrafele 322-323 din Concluziile Avocatului General.

⁷¹ Paragraful 324 din Concluziile Avocatului General.

Europeană a Drepturilor Omului (complexitatea cauzei, la comportamentul reclamantului și al autorităților competente, precum și la miza pentru reclamant)⁷², însă în speță, trebuie realizată o examinare *in abstracto* a criteriilor relevante, în mod particular, a comportamentului autorităților competente.⁷³ Opinia exprimată este în sensul că alineatul al doilea al articolului 47 din Cartă include obligația statelor membre de a-și organiza sistemele judiciare astfel încât să le facă să respecte cerințele legale privind durata rezonabilă a procedurilor și că această cerință se opune înființării unei structuri de parchet care nu dispune de un număr suficient de procurori, raportat la volumul de activitate, astfel încât funcționarea sa ar determina o durată nerezonabilă, inclusiv în ceea ce îi privește pe judecători.⁷⁴ Totodată, revine instanțelor de trimitere sarcina de a analiza, în funcție de toate elementele relevante de care dispun, dacă dispozițiile naționale referitoare la înființarea, compunerea și funcționarea Secției pentru investigarea infracțiunilor din justiție îndeplinesc aceste cerințe.⁷⁵

Concluzii

Opinia Avocatului General Bobeck și propunerile sale pentru Curtea de Justiție realizează o analiză aprofundată și destul de echilibrată a chestiunilor juridice puse în discuție în fața instanțelor naționale și sunt într-o destul de mare măsură previzibile. Întrebările adresate Curții de Justiție a Uniunii Europene se referă la instituții și noțiuni esențiale pentru buna funcționare a sistemului judiciar național. Lămurirea naturii juridice a Deciziei MCV și a rapoartelor Comisiei în cadrul acestui mecanism este fără îndoială extrem de utilă atât din punct de vedere teoretic cât și practic pentru instanțele naționale, iar stabilirea raportului dintre normele dreptului Uniunii Europene relevante și funcționarea Secției pentru investigarea infracțiunilor din justiție, cu trimitere la atribuțiile ce revin autorităților naționale, se poate dovedi de asemenea, utilă în tranșarea controverselor existente în acest domeniu, în cazul în care instanța de la Luxembourg va lua în considerare interpretarea Avocatului General. Cu alte cuvinte, discuțiile referitoare la problemele analizate nu sunt încă finalizate și vor putea fi reluate după pronunțarea hotărârii Curții.

⁷² Paragrafele 328-329 din Concluziile Avocatului General.

⁷³ Paragraful 330 din Concluziile Avocatului General.

⁷⁴ Paragraful 333 din Concluziile Avocatului General.

⁷⁵ Paragraful 333 din Concluziile Avocatului General.

Analiză privind prioritatea dreptului unional față de legislația națională. Prevalența dreptului unional asupra constituțiilor statelor membre

An overview on European law's priority over national law. The Preeminence of the European law over the Member States' Constitutions

Călin Ioan Rus¹

Rezumat: Lucrarea debutează cu o scurtă prezentare a principiului priorității dreptului unional și a obligațiilor judecătorului național. Ulterior, este analizată relația dintre dreptul unional și constituțiile statelor membre, motivându-se în sensul prevalenței dreptului Uniunii Europene. Se argumentează în sensul aplicării prioritare a dreptului european din perspectiva calității sale internaționale și se antamează eventualele critici privitoare la nivelul insuficient de protecție a drepturilor omului în cadrul Uniunii. Pentru demonstrarea prevalenței normelor unionale asupra legilor fundamentale din statele membre, sunt decelate principalele repere jurisprudențiale, lucrarea constituind o radiografie atentă a jurisprudenței din ultimii douăzeci de ani, incidente în materia intersectării dreptului unional cu cel intern, de natură constituțională. Capătă relevanță cauzele recente, *Global Starnet* și *Pisciotti*, aceasta din urmă menționând *expressis verbis* nevoia punerii în acord cu dreptul unional a normelor cu valoare constituțională. În final, se conchide în sensul nevoii de a recunoaște prevalența dreptului unional în fața oricăror norme naționale.

Cuvinte-cheie: prioritatea dreptului european unional; dreptul UE și dreptul constituțional; ierarhia normelor; drepturile omului; interpretare juridică

Abstract: The paper begins with a brief presentation of the principle of priority of the EU Law and the national judge's duties. Furthermore, the relationship between EU Law and the constitutions of the Member States is analysed, giving reasons for the preeminence of the EU Law. After that, it is argued for the priority of the EU Law as part of the international law system and possible criticisms in regard to the insufficient level of protection of Human Rights within the European Union are anticipated. In order to demonstrate the prevalence of EU Law over Member States' Fundamental Laws, the most relevant case law is identified, the research being a meticulous scan of the of the last twenty years' case law on the interferences between EU Law and constitutional-nature national laws. Recent cases, including *Global Starnet* and *Pisciotti*, begin to get more and more relevant in the context, the latter expressly stating the need for a reconciliation between a national constitutional law and the EU

¹, Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai”, email: calinioanrus@gmail.com.

Law. Finally, the paper concludes that there is a need to recognize the prevalence of EU Law over any domestic law.

Keywords: European law priority; EU law and constitutional law; legal norms hierarchy; human rights; legal interpretation

1. Introducere în prioritatea dreptului unional

1.1. Prioritatea dreptului unional

Prezenta lucrare își dorește o abordare pragmatică în căutarea unei soluții în eventualitatea unui conflict normativ între dreptul unional european și constituțiile statelor membre. Prin urmare, lucrarea se concentrează spre a găsi mai degrabă argumente ce au ca fundament izvoarele dreptului unional european, în special jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene. Lucrarea încearcă să devină o continuare punctuală și actualizată a doctrinei existente în materie,² prin analizarea jurisprudenței relevante din ultimele două decenii.

Prioritatea dreptului unional nu a fost consacrată prin intermediul tratatelor, astfel cum reiese și din doctrină,³ însă a fost decelată pe cale jurisprudențială și este menționată expres cu ocazia întâlnirilor instituționale.⁴ Conform art. 4 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (în continuare, „TFUE”),⁵ „Statele membre adoptă orice măsură generală sau specială pentru asigurarea îndeplinirii obligațiilor care decurg din tratate sau care rezultă din actele instituțiilor Uniunii. Statele membre facilitează îndeplinirea de către Uniune a misiunii sale și se abțin de la orice măsură care ar putea pune în pericol realizarea obiectivelor Uniunii”. Curtea de Justiție a Uniunii Europene (în continuare, „CJUE” sau „Curtea”) a statuat, în nenumărate cauze, că dreptul unional ar trebui să prevaleze legislațiilor statelor membre. În acest sens, cauza *Costa c. E.N.E.L.*⁶ stabilește pentru prima dată că dreptul unional are prioritate atunci când intră în contradicție cu dreptul național al statelor membre. Pe de altă parte, o eventuală aplicare diferită a dreptului național, în funcție de prevederile (constituționale) diferite ale statelor membre ar afecta conceptual principiile ce stau la baza creării Uniunii Europene și a pieței unice europene pentru că ar avea impact asupra procesului de armonizare legislativă, chestiune care reiese expres din cauza *Hauer*.⁷ Totuși, chemată fiind să se pronunțe expres cu privire la un conflict direct între dreptul unional și dreptul constituțional al statelor membre,

² A. Oppenheimer (coord.), *The relationship between European Community law and national law: the cases*, volumul 2, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

³ J. Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, ediția a 5-a, editura Montchrestien, Paris, 1995, 282.

⁴ *Declaration concerning primacy*, 'Opinion of the Council Legal Service din 22 iunie 2007, document disponibil la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12008E%2FAFI%2FDCL%2F17> (consultat în 23.07.2018, la 15:59).

⁵ *Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene*, 2012/C 326/01, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, C 326 , 26/10/2012, p. 0001 – 0390.

⁶ Hotărârea din 15 iulie 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, C-6/64, EU:C:1964:66.

⁷ Hotărârea din 13 decembrie 1979, *Hauer*, C- 44/79, EU:C:1979:290, punctele 13-16.

CJUE a părut mai degrabă ezitantă.⁸ Curtea a preferat să respingă ca inadmisibile întrebările preliminare care vizau direct supremația sau prioritatea dreptului unional în raport cu dreptul constituțional național, și nu să tranșeze clar această chestiune prin oferirea unui răspuns direct.⁹

Dreptul intern român precizează, prin dispozițiile art. 148 alin. (2) și (4) din Constituția României,¹⁰ că „prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne” și că „Parlamentul, Președintele României, Guvernul și autoritatea judecătorească garantează aducerea la îndeplinire a obligațiilor rezultate din actul aderării și din prevederile alineatului (2)”.

Ipoieza de la care plecăm este dacă această prioritate ar trebui să se aplice tuturor normelor juridice interne și actelor producătoare de efecte juridice, inclusiv normelor constituționale. Aceasta cu atât mai mult cu cât, uneori, chiar și doctrina s-a ferit să ofere răspunsuri tranșante, evaluând în special în perspectiva unor filosofii constituționaliste ce refuză o ierarhie a normelor.¹¹ Aceste argumente conceptuale sunt interesante și vor păstra mereu vie această dezbatere. Totuși, viziunea țărilor ce au un sistem constituțional mai rigid, ca o formă de exercitare a „legitimității democratice”,¹² este ușor diferită. Astfel, majoritatea statelor europene (în special fostele state comuniste), țări unde ierarhia normelor reprezintă mult mai mult decât un concept, creează nevoia unui răspuns neechivoc. Conform jurisprudenței,¹³ un stat nu poate recurge la prevederi constituționale pentru a nu aplica de îndată dreptul unional; spre exemplu, un stat nu poate suspenda un proces privitor la aplicarea unei sancțiuni din partea CJUE în așteptarea unui control de constituționalitate. În plus, un stat care ar avea o astfel de atitudine s-ar situa pe o poziție inegală față de celelalte state, dezvoltându-se astfel o aplicare discriminatorie a dreptului unional pentru

⁸ J.H.H. Weiler, *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

⁹ Hotărârea Marii Camere din 24 aprilie 2012, *Kamberaj*, C-571/10, EU:C:2012:233; Hotărârea Marii Camere din 5 decembrie 2017, *M.A.S. și M.B. (Taricco II)*, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936; Ordonanța Curții din 3 septembrie 2020, *S. A. D. Maler und Anstreicher OG*, C-256/19, ECLI:EU:C:2020:523.

¹⁰ Legea nr. 429/2003 de revizuire a Constituției României, publicată în Monitorul Oficial nr. 758 din 29 octombrie 2003.

¹¹ M. Kumm, V. F. C. Altneuland, *The EU Constitution in a Contextual Perspective The Future of Constitutional Conflict in the European Union: Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty*, Jean Monnet Working Paper 5/04, p. 475 și urm.

¹² Comisia Europeană pentru Democrație prin Drept (Comisia de la Veneția) în cooperare cu Curtea Constituțională a Lituaniei, „PRIMACY OR SUPREMACY OF INTERNATIONAL AND EU LAW IN THE CONTEXT OF CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL PLURALISM” prezentat în *“Present Tendencies of Constitutional Justice : The Relations between National and International Law”* cu ocazia celei de a 20-a aniversări a Curții Constituționale a Lituaniei, Vilnius, Lithuania, 5 septembrie 2013, p. 12.

¹³ Ordinul Curții din 22 iunie 1965, *San Michele SpA*, C-9/65, EU:C:1965:63.

un stat care, deși ar beneficia de exercițiul tuturor drepturilor, nu și-ar asuma toate obligațiile.¹⁴

1.2. Obligația judecătorului național în lumina dreptului unional

Putem deduce prioritatea dreptului unional și din principiul aplicabilității directe, cu precădere în ceea ce privește obligația judecătorului național de a înlătura *ex officio*¹⁵ norma de drept național ce vine în contradicție cu prevederile unui act juridic european, chiar fără a aștepta un control de constituționalitate¹⁶ sau chiar dacă normele naționale ar solicita un comportament contrar.¹⁷ Și alți autori consideră că preeminența dreptului european este strâns legată de efectul său direct și că ambele asigură o aplicare uniformă a dreptului unional.¹⁸ În consecință, având în vedere că norma constituțională este, la bază, tot o normă aparținând dreptului intern, aplicată de un judecător național, acesta din urmă ar avea obligația de a înlătura chiar și o normă constituțională pentru a da aplicare dreptului UE. În același sens se pronunță și CJUE prin hotărârea Winner Wetten,¹⁹ optica Curții fiind confirmată și recent, *expressis verbis*, „nu se poate admite ca norme de drept național, fie ele de ordin constituțional, să aducă atingere unității și eficacității dreptului Uniunii”.²⁰

2. Relația dreptului unional cu legile fundamentale din statele membre

În ce privește prevalența dreptului unional asupra dreptului constituțional național, doctrina nu are o poziție unitară.²¹ De asemenea, unele curți constituționale au recunoscut doar în parte prevalența dreptului unional asupra celui național. „Potrivit jurisprudenței instanței constituționale franceze, în raporturile dintre dreptul UE și dreptul național al statelor membre ar fi vorba despre o diviziune a suveranității în funcție de atribuirea distinctă a competențelor – o normă primează asupra alteia după cum competența este sau nu exclusivă într-un domeniu sau altul.”²² În continuare, soluția pe care înțelegem să o considerăm corectă este aceea că dreptul unional este prioritar dreptului național, fără a fi relevant dacă dreptul național în cauză este o normă juridică

¹⁴ P. Craig și G. De Burca, *EU Law. Text, cases and materials*, ed. a V-a, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 300.

¹⁵ În textul original, „*set aside*”, P. Craig și G. De Burca, *op.cit.*, p. 216.

¹⁶ Hotărârea din 9 martie 1978, *Simmenthal*, C-106/77, EU:C:1978:49.

¹⁷ Hotărârea din 19 iunie 1990, *Factorame I*, C-213/89, EU:C:1990:257.

¹⁸ M. Cocoșatu, *The Priority of European Law over National Law of EU Member States and the Direct Application of European Law*, *Acta Universitatis Danubius. Administratio*, vol. 6, nr. 2, 2014.

¹⁹ Hotărârea din 8 septembrie 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, EU:C:2010:503, § 61.

²⁰ Hotărârea din 4 decembrie 2018, *Minister for Justice and Equality și Commissioner of the Garda Síochána*, C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979, § 49.

²¹ P. Craig și G. De Burca, *op. cit.*, p. 297.

²² http://www.constcourt.md/public/files/file/conferinta_20ani/programul_conferintei/Razvan_Horatiu_Radu.pdf (accesat în 23.07.2018, la 12:19).

oarecare, o normă cu valoare constituțională sau chiar constituția unui stat membru.

2.1. Prioritatea Dreptului unional ca drept internațional

Pentru început, putem să avem în vedere Convenția de la Viena din 1969 (în continuare, „Convenția”),²³ unde se precizează, la art. 27, că „o parte nu poate invoca dispozițiile dreptului său intern pentru a justifica neexecutarea unui tratat”. Chiar dacă România nu este parte la Convenție, aceasta este pe deplin aplicabilă statului nostru deoarece face parte din dreptul internațional cutumiar.²⁴ Prin urmare, normele constituționale, parte a dreptului intern, vor trebui să fie interpretate de o asemenea manieră încât angajamentele internaționale asumate de statul român, inclusiv normele internaționale ce fac parte din dreptul Uniunii Europene, să fie respectate. Așadar, atât din perspectiva dreptului unional cât și a celui internațional al tratatelor, tratatele privind Uniunea Europeană (în continuare, „UE” sau „Uniunea”), TFUE, Tratatul privind Uniunea Europeană²⁵ (în continuare, „TUE”) și Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene (în continuare, „Carta”) – ce are valoare juridică egală cu cea a tratatelor²⁶ – ar trebui să prevaleze atunci când intră în contradicție cu o normă internă, fie aceasta chiar o lege fundamentală a unui stat membru.

2.2. Standardul de protecție a drepturilor omului

Interferența normelor ar putea apărea și atunci când, în aplicarea principiului Kompetenz-Kompetenz, Uniunea Europeană (prin instituțiile ei) ar acționa *ultra vires*. În această situație, doctrina vorbește despre o responsabilitate a CJUE și, în lipsa unei soluții satisfăcătoare, despre o reacție a curților naționale spre a cenzura actele Uniunii.²⁷ Considerăm că, în acest caz, încrederea în hotărârea instanței de la Luxemburg ar trebui să fie una deplină și, dacă interesele nu pot fi conciliate, soluția ar trebui să vină pe cale politică, nefiind legală, conform dreptului european (și nici măcar de bun augur) o hotărâre națională care să limiteze efectele unui act juridic unional.

Drepturile omului constituie, de principiu, locul de întâlnire al constituțiilor cu dreptul unional,²⁸ cu precădere în momentele în care o Lege fundamentală oferă o protecție sporită în raport cu dreptul unional sau

²³ *Convenția de la Viena cu privire la dreptul tratatelor*, încheiată la Viena, în 23 mai 1969, publicată în ediția oficială a Monitorului Oficial „Tratate Internaționale”, vol. 4, p. 53.

²⁴ V. Constantin, *Drept internațional*, editura Universul Juridic, București, 2010, p. 133.

²⁵ *Tratatul privind Uniunea Europeană*, 2012/C 326/01, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, C 326, 26/10/2012.

²⁶ *Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene*, 2012/C 326/01, publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, C 326, 26/10/2012.

²⁷ M. Kumm, V. F. C. Altneuland, *The EU Constitution in a Contextual Perspective...*, cit. *supra*, p. 475.

²⁸ *Ibidem*, p. 474.

viceversa.²⁹ Totuși, se militează pentru o încercare de prevenire a acestor conflicte de norme prin dialog interinstituțional și pentru o evitare a unui răspuns cert al priorității vreuneia dintre aceste izvoare de drepturi ale omului.³⁰ Un alt treilea punct important ar putea fi o interferență între dreptul european primar și constituțiile statelor membre.³¹

Este important de precizat și că, o dată cu apariția Cartei, nu se mai poate pune problema unui standard insuficient de ridicat al respectării drepturilor omului în cadrul Uniunii,³² chestiune criticată în trecut de curțile constituționale din Germania și Italia.³³ Bunăoară, de-a lungul timpului, importanța respectării drepturilor omului a fost decelată în diverse declarații ale statelor membre și ale instituțiilor unionale.³⁴ În plus, „trebuie să se sublinieze că, potrivit unei jurisprudențe constante, drepturile fundamentale fac parte integrantă din principiile generale de drept a căror respectare este asigurată de către Curte. În această privință, Curtea se inspiră din tradițiile constituționale comune statelor membre, precum și din indicațiile oferite de instrumentele internaționale privind protecția drepturilor omului la care statele membre au cooperat sau au aderat. În

²⁹ I. Dimitrakopoulos, *Conflicts between EU law and National Constitutional Law in the Field of Fundamental Rights*, disponibil la <http://www.ejtn.eu/PageFiles/17318/DIMITRAKOPOULOS%20Conflicts%20between%20EU%20law%20and%20National%20Constitutional%20Law.pdf> (accesat în 24.07.2018, la 09:31), p. 4.

³⁰ *Ibidem*, p. 11.

³¹ M. Kumm, V. F. C. Altneuland, *The EU Constitution in a Contextual Perspective...*, cit. *supra*, p. 475.

³² *Ibidem*, p. 485-486.

³³ http://www.constcourt.md/public/files/file/conferinta_20ani/programul_conferintei/Razvan_Horatiu_Radu.pdf (accesat în 24.07.2018, la 09:38).

³⁴ *Declarația comună a Parlamentului European, a Consiliului și a Comisiei privind drepturile fundamentale din 5 aprilie 1977* (*Recueil des traités*, 1995, p. 877); *Declarația comună a Parlamentului European, a Consiliului, a reprezentanților statelor membre reuniți în cadrul Consiliului și a Comisiei împotriva rasismului și a xenofobiei din 11 iunie 1986*, *Recueil des traités*, 1995, p. 889; *Rezoluția Consiliului și a reprezentanților guvernelor statelor membre reuniți în cadrul Consiliului din 29 mai 1990 cu privire la lupta împotriva rasismului și a xenofobiei*, J.Of. C 157, p. 1; *Rezoluția privind drepturile omului, democrația și dezvoltarea adoptată de Consiliu și de reprezentanții statelor membre reuniți în cadrul Consiliului din 28 noiembrie 1991*, *Bulletin des Communautés européennes* nr. 11/91, punctul 2.3.1 și *Concluziile cu privire la punerea în aplicare a acestei rezoluții adoptate de Consiliu și de statele membre la 18 noiembrie 1992*; De asemenea, se mai pot aminti declarațiile diverselor Consilii Europene, precum *Declarația privind identitatea europeană din 14 decembrie 1973*, *Bulletin des Communautés européennes* nr. 12/73, punctul 2501; *Declarația privind democrația din 8 aprilie 1978*; *Declarația privind rolul internațional al Comunității din 2 și din 3 decembrie 1988*, *Bulletin des Communautés européennes* nr. 12/88, punctul 1.1.10; *Declarația privind drepturile omului din 29 iunie 1991*, *Bulletin des Communautés européennes* nr. 6/91, anexa V și *Declarația privind drepturile omului din 11 decembrie 1993 cu ocazia celei de a 45-a aniversări a Declarației universale a drepturilor omului*, *Bulletin des Communautés européennes* nr. 12/93, punctul 1.4.12.

acest cadru, Curtea a subliniat semnificația specială a convenției (a se vedea în special Hotărârea din 18 iunie 1991, ERT, C-260/89, Rec., p. I-2925, punctul 41)³⁵. De asemenea, CJUE a subliniat în hotărârea Nold,³⁶ că „drepturile fundamentale fac parte integrantă din principiile generale ale dreptului, a căror respectare o asigură; că, protejând aceste drepturi, Curtea este obligată să se inspire din tradițiile constituționale comune statelor membre, astfel încât nu pot fi admise în Comunitate măsuri incompatibile cu drepturile fundamentale recunoscute de constituțiile acestor state; că instrumentele internaționale privind protecția drepturilor omului, la care statele membre au cooperat sau au aderat, pot furniza, de asemenea, indicații de care trebuie să se țină seama în cadrul dreptului comunitar. Această concepție a fost ulterior recunoscută prin Declarația comună a Parlamentului European, a Consiliului și a Comisiei, din 5 aprilie 1977, care, după ce a amintit jurisprudența Curții, se referă, pe de o parte, la drepturile garantate de constituțiile statelor membre și, pe de altă parte, la Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale din 4 noiembrie 1950 (JO 1977, C 103, p. 1)”³⁷.

În final, chiar și Curtea Europeană a Drepturilor Omului (în continuare, „CtEDO”) recunoaște că dreptul unional prezintă un standard suficient de protecție a drepturilor omului. Astfel, Instanța de la Strasbourg refuză să se pronunțe în cauze în care presupusa încălcare a drepturilor omului vine ca urmare a îndeplinirii obligațiilor impuse de dreptul european.³⁸ În consecință, în ceea ce privește protecția drepturilor omului, nu mai putem discuta despre un standard insuficient al Curții de la Luxemburg, deci nu mai există impedimente reale în a da prioritate normelor UE atunci acestea intră în contact cu cele constituționale.

3. Efectul dreptului unional asupra hotărârilor curților constituționale din statele membre

3.1. Hotărârile curților constituționale și dreptul european

Una dintre primele cauze în care s-a pus problema unei interferențe între dreptul unional și dreptul constituțional al unui stat membru este cauza Internationale Handelsgesellschaft,³⁹ unde CJUE a susținut că este competentă să verifice aplicarea dreptului unional, chiar și atunci când un stat membru invocă prevederi constituționale. Hotărârea europeană se suprapunea peste o hotărâre a Tribunalului Constituțional german și viza, pe de o parte, dreptul unional, iar pe de altă parte, drepturi fundamentale prevăzute de legi germane cu valoare constituțională. De aici putem trage pentru prima dată concluzia că CJUE poate

³⁵ Avizul 2/94 al Curții din 28 martie 1996, EU:C:1996:140, p. 33, punctul VII.33.

³⁶ Hotărârea din 14 mai 1974, Nold, *Recueil*, 1974, p. 491, EU:C:1974:51, p. 507-508.

³⁷ Hotărârea Hauer, *cit. supra*, punctul 15.

³⁸ CtEDO, hotărârea din 30 iunie 2005, *BOSPHORUS HAVA YOLLARI TURİZM VE TİCARET ANONİM ŞİRKETİ c. Irlanda*, cauza nr. 45036/98.

³⁹ Hotărârea din 17 decembrie 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, EU:C:1970:114.

poate verifica acte cu forță juridică constituțională. Totuși, această cauză deși antamează voalat acest efect, nu precizează *expressis verbis* supremația sau prioritatea dreptului unional asupra constituției unui stat membru. Similar, în cauza *Kreil*,⁴⁰ fără a preciza expres conflictul între dreptul unional și dreptul constituțional german, Curtea a dat prioritate dreptului unional atunci când acesta din urmă intra în contradicție cu un drept fundamental prevăzut și de art. 12 din Legea fundamentală a Germaniei. Mai recent, în cauza *Omega*,⁴¹ CJUE a analizat în ce măsură dreptul național, fie el de natura drepturilor omului, este în acord cu principiile generale și cu standardul de protecție existent la nivelul Uniunii, astfel cum acesta există în majoritatea statelor, conchizând că nivelul de protecție al drepturilor omului sugerat de autoritatea națională nu este compatibil cu dreptul la liberă circulație a mărfurilor.⁴²

De asemenea, Curtea de la Luxemburg a precizat, în cauza *Rheinmühlen*,⁴³ că instanțele naționale nu trebuie să respecte interpretarea dreptului unional astfel cum este dată de instanța supremă națională. Într-o astfel de ipoteză, judecătorul național trebuie întotdeauna să caute interpretarea dată de către CJUE, iar o obligație națională de a se adresa inițial unei curți constituționale ar fi neconformă dreptului unional.⁴⁴ În plus, chiar dacă o prevedere constituțională internă prevede că după o casare cu rejudecare instanța de fond ar trebui să respecte indicațiile instanței constituționale, în măsura în care dreptul unional este incident, acesta va avea prioritate și instanța de fond va trebui să sesizeze CJUE în măsura în care celelalte condiții sunt îndeplinite.⁴⁵ Prin urmare, dacă o instanță națională, instanța supremă dintr-un stat sau o curte constituțională,⁴⁶ nu este în măsură să interpreteze corespunzător dreptul unional, *a fortiori*, o instanță națională (curte constituțională) nu ar trebui să fie competentă să cenzureze actele juridice ale Uniunii Europene. În acest context, dacă o hotărâre a CJUE poate interpreta și poate cenzura dreptul european aplicabil într-un anumit stat membru independent de hotărârile instanțelor naționale (incluzând aici curțile constituționale), interpretarea CJUE va fi prioritară celei a unei instanțe naționale, fie ea o curte constituțională sau nu.

În plus, Curtea a hotărât în cauza *Melki*⁴⁷ că dreptul unional se opune existenței unei proceduri constituționale interne ce ar limita dreptul instanțelor

⁴⁰ Hotărârea din 11 ianuarie 2000, *Tanja Kreil*, C-285/98, EU:C:2000:2.

⁴¹ Hotărârea din 14 octombrie 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614.

⁴² *Ibidem*, §§ 37-41.

⁴³ Hotărârea din 16 ianuarie 1974, *Rheinmühlen*, C-166/73, EU:C: 1974:3.

⁴⁴ Hotărârea din 4 iunie 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14, EU:C:2015:354, punctul 34 și jurisprudența citată.

⁴⁵ Hotărârea din 15 ianuarie 2013, *Križan și alții*, C-416/10, EU:C: 1974:3.

⁴⁶ În unele legislații, precum cea germană, noțiunile sunt oarecum similare, întrucât Bundesverfassungsgericht este o instanță care verifică constituționalitatea, dar este și o instanță care judecă în al patrulea grad de jurisdicție.

⁴⁷ Hotărârea Marii Camere din 22 iunie 2010, *Aziz Melki (C-188/10) și Sélim Abdeli (C-189/10)*, EU:C:2010:363.

naționale de a trimite întrebări preliminare după o verificare a constituționalității. Aceeași cauză stabilește și că judecătorul național trebuie să aibă competența de a înlătura în orice moment o dispoziție legislativă națională contrară dreptului unional și că trebuie să poată adopta orice măsură necesară pentru asigurarea protecției jurisdicționale provizorii a drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii. Mai mult, în cauza *Kapferer*,⁴⁸ CJUE a susținut că o instanță ale cărei hotărâri nu mai pot fi cenzurate în plan intern (adică o instanță ce judecă în ultim grad de jurisdicție – o instanță supremă sau o curte constituțională) trebuie să trimită întrebări preliminare, atunci când cauza supusă dezbaterei privește interpretarea dreptului unional și sunt îndeplinite criteriile art. 267 TFUE. În subsidiar, trebuie să amintim că instanța europeană este singura în măsură să stabilească validitatea actelor juridice unionale.⁴⁹ În același sens s-a poziționat și Curtea Constituțională a României, care s-a considerat incompetentă să verifice validitatea unei norme naționale în raport cu normele prevăzute de tratatele constitutive ale UE.⁵⁰ Folosind un raționament de tip *a maiore ad minus*, dacă o curte constituțională nu este îndreptățită să interpreteze o normă unională astfel încât aceasta să poată fi aplicată pe teritoriul propriului stat, ci este necesară trimiterea de întrebări Curții de la Luxemburg pentru o soluție judicioasă, iar răspunsul CJUE este obligatoriu pentru instanța constituțională, cu atât mai mult acea curte constituțională (i) recunoaște indirect prioritatea interpretării CJUE, (ii) nu ar trebui să poată considera textul actului unional ca fiind neconstituțional și (iii) nu ar trebui să-i poată cenzura aplicarea.

Bunăoară, Avocatul General Yves Bot a afirmat în mod expres⁵¹ că o curte constituțională trebuie să țină seama de prevederile unionale atunci când verifică constituționalitatea unei norme, precizând că interpretarea textului național trebuie făcută în lumina dreptului UE incident și a Cartei. De aici rezultă că dreptul UE este esențial în fața instanței constituționale, instanță care este obligată să interpreteze constituția având ca reper normele unionale. Continuând raționamentul, instanța constituțională va trebui să dea prioritate dreptului unional în interpretare.

Pe de altă parte, hotărârile unei curți constituționale sunt superioare oricărei legi interne și, în anumite cazuri, pot interpreta inclusiv textul constituției, ceea ce înseamnă că, în anumite circumstanțe, hotărârile curții constituționale pot avea valoare juridică egală cu cea a constituției. În cauza *Global Starnet*,⁵² referitoare la licențierea operatorilor de jocuri online, întrebarea preliminară viza anumite condiții ce puneau probleme de previzibilitate și făceau

⁴⁸ Hotărârea din 16 martie 2006, *Kapferer*, C-234/04, EU:C:2006:178.

⁴⁹ Hotărârea din 22 octombrie 1987, *Foto-Frost*, C-314/85, EU:C:1987:452.

⁵⁰ Curtea Constituțională a României, Dec. nr. 1249 din 7 octombrie 2010, publicată în M. Of. nr. 764 din 16 noiembrie 2010, și Dec. nr. 137 din 25 februarie 2010, publicată în M. Of. nr. 182 din 22 martie 2010.

⁵¹ Concluziile Avocatului General Yves Bot prezentate la 2 octombrie 2012, în cauza C-399/11, EU:C:2012:600.

⁵² Hotărârea din 20 decembrie 2017, *Global Starnet*, C-322/16, EU:C:2017:985.

incident dreptul la o speranță legitimă – drepturi prevăzute atât la nivel național, în Legea fundamentală, cât și la nivel unional. În această cauză din Italia s-a precizat expres că o instanță națională este obligată să trimită o întrebare către Curte, dacă sunt îndeplinite condițiile unei întrebări preliminare, chiar dacă (i) curtea constituțională națională se poate pronunța cu privire la constituționalitatea normei juridice incidente, chiar dacă (ii) există o cerere în acest sens pe rolul curții constituționale și chiar în (iii) ipoteza în care normele constituționale și cele unionale ar fi similare sau identice.⁵³ Ca o observație suplimentară, este interesant și că instanța constituțională din Italia a decis să adreseze o întrebare preliminară în situația în care norma constituțională și cea unională erau similare, acceptând tacit o eventuală prioritate a interpretării dreptului unional. În plus, într-o altă cauză, CJUE s-a pronunțat în sensul că „o instanță națională care are îndoieli legate de compatibilitatea unei legislații naționale atât cu dreptul Uniunii, cât și cu Constituția statului membru respectiv nu este lipsită de posibilitatea și nici, dacă este cazul, nu este scutită de obligația de a sesiza Curtea cu întrebări privind interpretarea sau validitatea acestui drept din cauza faptului că o procedură incidentă de control al constituționalității aceleiași legislații se află pe rolul instanței naționale însărcinate cu exercitarea acestui control.”⁵⁴

Coroborând cele două teze, ajungem la concluzia că o hotărâre ce are valoare juridică constituțională nu are o valoare juridică corespunzătoare pentru a cenzura o normă de interes pentru dreptul UE, nici chiar în ceea ce privește aplicarea respectivei norme juridice unionale doar pe teritoriul statului membru din care provine curtea ce realizează controlul de constituționalitate. În completare, o curte constituțională va apela la interpretarea CJUE atunci când, deși există un text constituțional național, acesta este similar unei norme unionale. Continuând raționamentul, soluția la care ajungem este că un text cu valoare constituțională nu poate prevala atunci când intră în contradicție cu o interpretare a dreptului unional, dar, în același timp, interpretarea unui text unional va avea prioritate atunci când există o normă constituțională similară în dreptul național. Practic, norma unională ajunge să înlocuiască, prin text și prin interpretare, norma națională constituțională. Deci, conform acestei jurisprudențe, nu doar tratatele UE și Carta au forță juridică superioară constituțiilor (conform *supra*, pct. 2.1.), ci și alte norme europene sau chiar dreptul european derivat – hotărârile CJUE. Această soluție este întărită de faptul că judecătorul național care întâlnește o problemă juridică de interes pentru dreptul UE va trebui să aplice cu precădere dreptul unional și nu pe cel național, chiar dacă am avea în vedere o decizie de neconstituționalitate, deci o normă cu posibilă valoare constituțională. O interpretare diferită ar conduce la o acțiune în fața CJUE deoarece ar fi contrară unei mențiuni din dispozitivul unei hotărâri pronunțate de instanța de la Luxemburg, acțiune ce se va dovedi defavorabilă pentru stat. Pe de altă parte, CJUE a stabilit deja că, în interpretarea dreptului

⁵³ *Precit*, punctul 26.

⁵⁴ Hotărârea din 4 iunie 2015, *Kernkraftwerke*, C-5/14, EU:C:2015:354, punctul 107.

național, instanțele ar trebui să țină cont de prevederile existente la nivelul Uniunii și să încerce să evite un posibil conflict cu dreptul intern. Prin urmare, o curte constituțională chemată să interpreteze o anumită normă ar trebui să dea prioritate dreptului european în situații de conflict legislativ.⁵⁵

3.2. Răspunderea statului pentru aplicarea necorespunzătoare a dreptului unional

Statele membre răspund pentru orice aplicare necorespunzătoare a dreptului unional. A rezultat expres în urma hotărârii Köbler⁵⁶ că statul membru răspunde pentru greșita aplicare a dreptului unional de către o instanță ale cărei hotărâri nu mai pot fi atacate. În consecință, privind strict la acest nivel al răspunderii și având în vedere și hotărârea Melloni,⁵⁷ ce precizează expres că „invocarea de către un stat membru a unor dispoziții de drept național, fie ele de natură constituțională, nu poate afecta efectul dreptului Uniunii pe teritoriul acestui stat”,⁵⁸ trebuie să deducem că o legislație națională, chiar de natură constituțională, nu poate limita răspunderea statului. Concluzia este că, chiar în ipoteza în care o curte constituțională ar putea cenzura un act unional, efectul ar fi tot unul de răspundere a statului în fața instituțiilor europene, a Curții și a particularilor care au o speranță legitimă în ceea ce privește aplicabilitatea dreptului unional. Prin urmare, orice nerespectare a acestui dreptului unional de către un stat, chiar invocându-se norme constituționale, ar putea duce la condamnarea statului în cauză în fața CJUE și la obligarea sa la plata unor sume de bani considerabile.

4. Concluzii

În final, reiterăm argumentul conform căruia dreptul unional are prioritate atunci când intră în contradicție cu o normă juridică națională, fie ea o normă oarecare, o normă cu valoare constituțională sau chiar constituția unui stat membru. CJUE a precizat expres, într-o hotărâre recentă,⁵⁹ că o normă națională constituțională trebuie să fie conformă cu dreptul unional. Este vorba despre o trimitere preliminară din 2016, de la un Tribunalul Regional din Berlin, privind extrădarea unui cetățean italian către Statele Unite ale Americii. Cetățeanul italian se opune extrădării și contestă normele interne în fața Curții Constituționale Federale din Germania (în continuare „CCF Germania”), motivând că există neconcordanțe între interpretarea constituțională și prevederile dreptului european. CCF Germania argumentează în sensul inaplicabilității normelor unionale, motivând că principiile constituționale germane sunt suficiente și aprobă extrădarea. Cetățeanul italian formulează o nouă acțiune, în daune, în fața unui alt tribunal german, care sesizează CJUE cu o întrebare

⁵⁵ Hotărârea din 13 noiembrie 1990, *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395.

⁵⁶ Hotărârea din 30 septembrie 2003, *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513.

⁵⁷ Hotărârea Marii Camere din 26 februarie 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107.

⁵⁸ *Idem*, punctul 59 și jurisprudența citată.

⁵⁹ Hotărârea Marii Camere din 10 aprilie 2018, *Pisciotti*, C-191/16, EU:C:2018:222

preliminară. CJUE a stabilit că „aplicarea de către un stat membru (...) a unei norme privind refuzul extrădării incluse (...) [în cadrul] unei dispoziții din dreptul național, precum articolul 16 din Legea fundamentală, potrivit căreia niciun cetățean german nu este extrădat, trebuie să fie conformă cu Tratatul FUE, în special cu articolele 18 și 21 din acesta.”⁶⁰ (s.n.).

Nuanțând această afirmație, dreptul unional va fi aplicat în deplinătatea sa și va avea prioritate în toate cazurile în care tratatele atribuie Uniunii competență exclusivă într-un domeniu determinat, unde numai Uniunea poate legifera și adopta acte cu forță juridică obligatorie. În acest context, norma juridică unională ar putea să aibă prioritate chiar în fața unei norme naționale neconflictuale.⁶¹ În ceea ce privește competența partajată, dreptul național se va aplica doar în măsura în care Uniunea nu a legiferat deja în acel domeniu și doar cu privire la chestiunile care nu au fost deja stabilite la nivel unional, în caz contrar, dreptul UE având prioritate în fața oricăror norme interne. Cu referire la chestiunile ce țin strict de competența statelor membre, Curtea Constituțională din România a precizat în mod expres că norma națională va fi aplicată întotdeauna, într-o interpretare autohtonă,⁶² soluție pe care o considerăm incorectă, fiindcă instanțele naționale vor trebui să interpreteze dreptul în lumina principiilor și normelor de drept unional incidente.

Totuși, chiar după această hotărâre tranșantă, Pesciotti,⁶³ apare o nouă hotărâre interesantă în Germania. În 2018, este pronunțată hotărârea în cauza Weiss,⁶⁴ în urma unei trimiteri preliminare a CCF Germania. CJUE a stabilit atunci că dreptul UE permite Băncii Centrale Europene (în continuare, „BCE”) să impună statelor membre să achiziționeze active din sectorul public pentru a salva zona euro în contextul crizei economice din perioada 2008-2010. În luna mai anului 2020, CCF Germania⁶⁵ decide că este la latitudinea statului german, în funcție de interesul său, să decidă dacă permite sau nu BCE să acționeze în acord cu hotărârea Weiss. Practic, CCF Germania stabilește că statul german poate decide dacă dorește să respecte sau nu dispozitivul hotărârii din 2018. Prima reacție vine din partea unui grup substanțial de juriști europeni, ce semnează o

⁶⁰ *Idem*, punctul 43.

⁶¹ J. H. H. Weiler, *Despre ordini juridice, dreptul Uniunii Europene și judecătoria constituțională națională*, interviu publicat în Revista Romana de Drept European, nr. 2/2015.

⁶² Curtea Constituțională a României, *Decizia nr. 199/2012*, publicată în Monitorul Oficial al României, nr. 775 din 16 noiembrie 2012.

⁶³ Pesciotti, C-191/16, *cit. supra*.

⁶⁴ Hotărârea din 11 decembrie 2018, *Weiss și alții*, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000.

⁶⁵ Bundesverfassungsgericht, hotărârea celui de al doilea senat din 05 mai 2020 – 2 BvR 859/15, disponibilă la http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html (consultat în 28.11.2020, la 04:46).

poziție publică comună împotriva posibilității unei instanțe naționale de a condiționa aplicarea dreptului unional.⁶⁶

Reacția Curții de la Strasbourg este una promptă. O declarație de presă⁶⁷ a CJUE, care debutează cu o afirmație ușor ipocrită prin care Curtea de la Luxemburg ne anunță că nu va comenta niciodată o decizie a unei instanțe naționale, venind totodată cu o replică la trei zile de la hotărârea CCF Germania prin care subliniază că: (i) hotărârile privitoare la întrebările preliminare sunt obligatorii pentru instanța de trimitere, în forma în care au fost pronunțate; (ii) pentru aplicarea uniformă a dreptului UE doar CJUE are posibilitatea de a analiza validitatea unei norme unionale, iar hotărâri diferite ale statelor membre ar distruge unitatea ordinii juridice create de dreptul unional și ar afecta previzibilitatea juridică; (iii) la fel ca orice alte autorități naționale, și instanțele trebuie să se asigure efectul deplin al dreptului unional pentru a menține egalitatea între statele membre, în sensul motivării din hotărârea *Adeneler*.⁶⁸ Această replică vine ca o întărire a poziției ferme pe care CJUE încearcă să o ia în raport cu dreptul intern și curțile constituționale. Oricum, contextul hotărârilor este unul ușor bizar deoarece are în vedere soluții jurisprudențiale în problematici care țin mai degrabă de politica economică a statelor și a Uniunii, deci ar trebui să aibă o soluționare eminamente politică. Un eventual melanj de decizii judiciare și decizii politice sunt mai degrabă dăunătoare și ar trebui evitate, în spiritul separației funcției judiciare și a independenței celor trei puteri.

Pe de altă parte, nu trebuie să pierdem din vedere că a existat un proiect european de constituție⁶⁹ și că globalizarea legislativă și instituțională tinde să dezvolte un pluralism constituțional în cadrul Uniunii,⁷⁰ format din valorile statelor membre, dar și din valorile proprii ale uniunii. Probabil că, în acest context sau într-o eventuală viitoare federație europeană, o viziune unică ar fi dezirabilă.

Spre deosebire de dreptul internațional public, statele membre nu ar trebui să aibă o opțiune de „încălcare eficace”,⁷¹ ceea ce înseamnă că indiferent de justificarea încălcării sau neaplicării dreptului unional, statul va răspunde în fața particularilor, a instituțiilor Uniunii și/sau a Curții. În plus, pentru a putea vorbi despre o supremație perfectă, și nu doar despre una *de facto*, ar fi necesar să

⁶⁶ Kelemen et al., ‘National Courts Cannot Override CJEU Judgments’ 26 May 2020, disponibil la <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments/> (consultat în 28.11.2020, la 06:04).

⁶⁷ Disponibilă la <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058en.pdf> (consultat în 28.11.2020, la 04:50).

⁶⁸ Hotărârea din 04 iulie 2006, *Adeneler și alții*, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443.

⁶⁹ *Draft Treaty establishing a Constitution for Europe*, publicat în Official Journal C 169 , 18/07/2003 P. 0001-0105, disponibil la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52003XX0718%2801%29> (consultat în 29.11.2020, la 13:56).

⁷⁰ Comisia Europeană pentru Democrație prin Drept (Comisia de la Veneția) în cooperare cu Curtea Constituțională a Lituaniei, “*PRIMACY OR SUPREMACY...*”, cit *supra*, p. 3 și urm.

⁷¹ J. H. H. Weiler, *Despre ordini juridice, dreptul Uniunii Europene...*, cit. *supra*.

existe și o modalitate prin care Curtea de la Luxemburg să poată cenzura în mod direct normele de drept național contrare celor unionale. Acest aspect este soluționat momentan în mod indirect, cu ajutorul procedurilor de *infringement* și a instanțelor naționale, de aceea ne vom limita la afirma că dreptul unional are prioritate (sau „o supremație imperfectă”)⁷² atunci când intră în contact cu dreptul național.

Deși Curtea Constituțională Română a precizat că dreptul unional nu ar putea prevala Constituției României,⁷³ „*ratio decidendi*” enunțat anterior și de Curtea constituțională poloneză,⁷⁴ noua optică a Instanței de la Luxemburg este de a conferi o autoritate sporită dreptului european, chiar și atunci când intră în contact cu constituțiile sau cu hotărârile curților constituționale. O problemă demnă de menționat ar fi conflictul ce ar putea apărea între hotărârile CJUE și art. 11 alin. (3) din Constituția României. Una dintre soluții ar fi ca, datorită sistemului dualist aplicabil în România, prevederea menționată anterior să conducă la un blocaj juridic, la o imposibilitate de aplicare a normelor internaționale. Astfel, în cazul în care dreptul unional ar fi contrar Constituției, norma națională ar impune revizuirea Constituției și nu o aplicare prioritara a dreptului internațional unional. Totuși, credem că soluția corectă nu ar fi aceasta, ci o alta – dreptul european să înlăture prin însuși efectul său direct norma în întregime, deci chiar conceptul de sistem dualist și să se substituie dreptului național în text și în interpretare, atribuindu-și rolul unei norme ce este prioritara oricărei alte norme cu care intră în contradicție. În concluzie, soluția pe care o considerăm corectă ar trebui să fie o aplicare *de facto* a supremației dreptului european, sistemul juridic național fiind responsabil să ducă la îndeplinirea în bune condiții a obligațiilor izvorâte din dreptul Uniunii Europene.

De lege ferenda, ar fi recomandat ca Legea fundamentală română să își modifice forma într-un mod similar celei irlandeze și să precizeze supremația sau cel puțin prioritatea dreptului unional în raport cu Constituția. De asemenea, Curtea Constituțională Română ar trebui să-și schimbe optica și să recunoască, cel puțin pe cale jurisprudențială, prioritatea dreptului unional în raport cu Constituția. Fără o astfel de recunoaștere *de jure* a supremației sau priorității, instanțele naționale și autoritățile administrative vor avea ingrata responsabilitatea să aplice *de facto* prevalența dreptului UE în fața celui național ori de câte ori problema de drept va scoate în evidență un conflict între dreptul unional european și cel național, fie el chiar o normă constituțională.

Într-o notă personală, nerespectarea dreptului unional, chiar prin invocarea unor norme constituționale, ar echivala cu o sancțiune iminentă a statului din partea CJUE și, dacă îndârjirea națională ar persista, nu ar putea duce decât la

⁷² Pentru detalii despre aceste distincții, P. Ravlusevicius, *The Enforcement of the Primacy of the European Union Law: Legal doctrine and Practice*, Jurisprudencia, 2011, 18(4), 1369-1388.

⁷³ Curtea Constituțională a României, *Decizia nr. 80 din 16 februarie 2014*, publicată în M. Of. nr. 246 din 7 aprilie 2014, §§ 153-163.

⁷⁴ Tribunalul Constituțional al Republicii Polonia, *Hotărârea din 11 mai 2005*, K 18/04.

sanțiuni mai grave sau, în final, la ieșirea acelui stat membru din Uniunea Europeană. Într-adevăr, se poate vorbi despre un „deficit democratic”⁷⁵ al Uniunii Europene, dar, chiar în momentele acestea de euro-scepticism, o încredere în instituțiile și instanțele unionale ar putea aduce o revitalizare a relației între state și Uniune și, mai ales, între cetățeni și Uniune.

⁷⁵ M. Kumm, V. F. C. Altneland, *The EU Constitution in a Contextual Perspective...*, cit. *supra*, p. 486-491.

Chestiunea prejudicială în cadrul procedurilor de arbitraj

Preliminary Rulings in the Arbitral Procedures

Tudor-Matei Rusu¹

Rezumat: Prezentul articol analizează procedura trimiterilor preliminare (prevăzută în articolul 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, în continuare TFUE), mai exact, chestiunile prejudiciale care pot interveni în cadrul procedurilor de arbitraj. Sintetizând procedura trimiterilor preliminare, atunci când instanțele naționale se confruntă cu o problemă cu privire la interpretarea tratatelor Uniunii Europene sau cu privire la interpretarea și validitatea unor acte ale Uniunii, acestea au posibilitatea, iar uneori chiar obligația, de a solicita Curții de Justiție a Uniunii Europene pronunțarea unei hotărâri prejudiciale cu privire la acele probleme. În cadrul articolului vom analiza evoluția și rolul pe care îl au instanțele de arbitraj în aplicarea dreptului Uniunii Europene, raportându-ne la posibilitatea acestor instanțe de a solicita Curții de Justiție pronunțarea unei hotărâri prejudiciale.

Cuvinte-cheie: art. 267 TFUE; instanțe arbitrale; Curtea de Justiție a Uniunii Europene; trimiteri preliminare

Abstract: This article analyzes the preliminary rulings procedure (provided in the article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union), in particular, if the arbitral tribunals can request a preliminary ruling. Summarizing this procedure, when the national courts are facing a problem about the interpretation of the treaties of the European Union or about the interpretation and validity of some acts of the Union, they have the possibility, and sometimes even the obligation, to request a preliminary ruling from the Court of Justice of the European Union about those problems. In this article we will present the evolution and role of the arbitral tribunals when applying the European Union's legislation, focusing on their right to request a preliminary ruling.

Keywords: article 267 TFEU; arbitral tribunals; Court of Justice of the European Union; preliminary rulings procedure

Precizări introductive

Procedura trimiterilor preliminare a fost gândită ca o cooperare, un dialog continuu între Curtea de Justiție a Uniunii Europene (în continuare CJUE) și

¹ Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: tmrusu@gmail.com.

instanțele statelor membre, aceste două tipuri de instanțe trebuind să aibă încredere reciprocă una în cealaltă².

Procedura trimiterilor preliminare este reglementată prin art. 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (în continuare TFUE)³. Principalul scop al hotărârilor prejudiciale este acela de a asigura interpretarea și aplicarea uniformă a dreptului Uniunii Europene în toate statele membre. Normele de drept ale Uniunii Europene sunt aplicate în cazuri concrete de către instanțele naționale, CJUE neavând o astfel de competență. Conform art. 267 TFUE, instanțele naționale pot, iar uneori chiar au obligația, să solicite Curții pronunțarea unei hotărâri prejudiciale. Procedura prevăzută în art. 267 TFUE este singura acțiune în dreptul Uniunii Europene care presupune participarea atât a instanțelor naționale, cât și a Curții de Justiție, în luarea unei decizii.

Chestiunile prejudiciale invocate de către instanțele naționale pot fi atât în interpretare, cât și în validitate. Trimiterile preliminare în interpretare pot avea ca obiect atât normele de drept primar (tratatele Uniunii Europene⁴), cât și normele de drept derivat (regulamente, directive, decizii, recomandări și avize)⁵. Chestiunile prejudiciale în validitate pot avea ca obiect doar normele de drept derivat, de aici se poate observa că tratatele Uniunii Europene se bucură de o prezumție absolută de validitate, o instanță națională neputând să ceară CJUE pronunțarea unei hotărâri prejudiciale în validitate ce are ca obiect o normă de drept primar.

Articolul 267 TFUE face o distincție clară între organele cu atribuții jurisdicționale care pot solicita CJUE pronunțarea unei hotărâri prejudiciale și cele care sunt obligate să facă acest lucru. Astfel, instanțele naționale ale căror hotărâri nu sunt supuse vreunei căi de atac în dreptul intern au obligația să sesizeze Curtea în temeiul art. 267 TFUE. Prin instituirea acestei obligații,

² M. Bobek, *Learning to Talk: Preliminary Rulings, the Courts of the New Member States and the Court of Justice*, în *Common Market Law Review*, Vol. 45, 2008, p. 1612.

³ Art. 267 TFUE: „Curtea de Justiție a Uniunii Europene este competentă să se pronunțe, cu titlu preliminar, cu privire la: (a) interpretarea tratatelor; (b) validitatea și interpretarea actelor adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile Uniunii.

În cazul în care o asemenea chestiune se invocă în fața unei instanțe dintr-un stat membru, această instanță poate, în cazul în care apreciază că o decizie în această privință îi este necesară pentru a pronunța o hotărâre, să ceară Curții să se pronunțe cu privire la această chestiune.

În cazul în care o asemenea chestiune se invocă într-o cauză pendinte în fața unei instanțe naționale ale cărei decizii nu sunt supuse vreunei căi de atac în dreptul intern, această instanță este obligată să sesizeze Curtea.

În cazul în care o asemenea chestiune se invocă într-o cauză pendinte în fața unei instanțe judecătorești naționale privind o persoană supusă unei măsuri privative de libertate, Curtea hotărăște în cel mai scurt termen.”.

⁴ În momentul de față, sunt în vigoare următoarele: Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE), Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE) și Tratatul privind stabilirea Comunității Europene a Energiei Atomice (Euratom).

⁵ A. Kaczorowska, *European Union Law*, 3rd edition, Routledge, London, 2013, p. 342.

legiuitorul european a dorit să prevină crearea unei practici jurisprudențiale la nivel național neconforme dreptului Uniunii Europene⁶.

Cooperarea dintre instanța națională și CJUE nu se termină odată cu pronunțarea hotărârii prejudiciale. Această cooperare se sfârșește odată cu hotărârea dată de judecătorul național care a formulat trimiterea. Prin chestiunile prejudiciale nu se urmărește pronunțarea unei hotărâri definitive într-un caz concret de către CJUE, ci se urmărește interpretarea și aplicarea uniformă a dreptului comunitar de către instanțele naționale prin intermediul hotărârilor prejudiciale pronunțate de către CJUE.

1. Criteriile pe care trebuie să le îndeplinească o instanță pentru a putea solicita CJUE pronunțarea unei hotărâri prejudiciale

Prin intermediul art. 267 TFUE nu sunt stabilite și criteriile pe care un organ trebuie să le îndeplinească pentru a putea trimite întrebări preliminare către CJUE. Articolul precizează doar că, în cazul în care o chestiune cu privire la interpretarea tratatelor sau a normelor de drept derivat, precum și cu privire la validitatea normelor de drept derivat este invocată în fața unei instanțe dintr-un stat membru, aceasta poate (sau uneori trebuie) să solicite Curții pronunțarea unei hotărâri prejudiciale.

De cele mai multe ori, atunci când organul emitent este o instanță de judecată *stricto sensu*, nu trebuie purtată o astfel de discuție pentru a putea stabili dacă trimiterile preliminare formulate sunt sau nu admisibile, deoarece este clar că instituția emitentă îndeplinește condițiile pentru a putea fi considerată instanță în sensul art. 267 TFUE⁷. Dar, nu doar instanțele de judecată propriu-zise pot să solicite Curții pronunțarea unei hotărâri prejudiciale, acest lucru putând fi făcut și de către alte organe cu atribuții jurisdicționale.

Având în vedere multitudinea de legislații naționale, exista riscul ca o interpretare neuniformă a noțiunii de *instanță competentă să solicite Curții pronunțarea unei hotărâri prejudiciale* să pună în pericol chiar principalul scop al procedurii trimiterii preliminare, acela de a asigura interpretarea și aplicarea uniformă a dreptului Uniunii Europene în toate statele membre. Dacă era lăsat la latitudinea organelor naționale să stabilească ce instituții pot trimite întrebări preliminare, s-ar fi putut ajunge la situația în care două entități cu o competență identică să poată trimite întrebări preliminare într-un stat, iar în altul, nu⁸.

Astfel, CJUE a stabilit pe cale jurisprudențială care sunt criteriile pe care un organ cu atribuții jurisdicționale trebuie să le îndeplinească pentru a putea fi considerată instanță în sensul art. 267 TFUE.

⁶ P. Craig, G. de Búrca, *Dreptul Uniunii Europene: comentarii, jurisprudență și doctrină*, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 526.

⁷ B. Andreșan-Grigoriu, *Procedura hotărârilor preliminare*, Editura Hamangiu, București, 2010, p. 73.

⁸ F.P. Coutinho, *Tax Arbitration Courts and Preliminary References*, în *The Portuguese Tax Arbitration Regime*, 2015, p. 238.

În hotărârea *Vaassen Gobbels*⁹, CJUE a analizat pentru prima dată criteriile care trebuie îndeplinite de un organ emitent pentru ca trimerile sale preliminare să fie admisibile. Criteriile stabilite de Curte au fost confirmate și prin deciziile sale ulterioare, în funcție de complexitatea cauzei, CJUE dând importanță unor criterii în detrimentul altora. Aceste criterii, cunoscute în literatura de specialitate drept „*criteriile Vaassen*”, sunt următoarele: apartenența la un stat membru, instituirea instanței prin lege, caracterul permanent, aplicarea regulilor de drept, caracterul independent, caracterul obligatoriu al competenței organului emitent, procedura contradictorie și caracterul jurisdicțional al deciziei luate¹⁰.

1.1. *Apartenența la un stat membru*

Aceasta este singura condiție prevăzută în mod expres în cuprinsul art. 267 TFUE. Astfel, în cazul în care o chestiune legată de interpretarea sau validitatea unei norme de drept derivat sau o chestiune legată de interpretarea tratatelor este invocată în fața unei instanțe dintr-un stat membru, aceasta poate sau, în unele cazuri, trebuie să solicite Curții pronunțarea unei hotărâri prejudiciale.

Prin apartenența la un stat membru, organul emitent nu trebuie doar să fie stabilit pe teritoriul unui stat membru, el trebuie să și aparțină aceluia stat. Această distincție este importantă în cazul unor instanțe precum Curtea Europeană a Drepturilor Omului¹¹ sau Curtea Internațională de Justiție¹² care își au sediul pe teritoriul unor state membre ale Uniunii Europene, dar nu aparțin sistemului juridic al acelor state¹³.

1.2. *Instituirea instanței prin lege*

În cazul instanțelor judecătorești *stricto sensu*, acest criteriu nu prezintă probleme. Astfel, este suficient ca organul emitent să indice norma legală internă prin intermediul căruia a fost constituit pentru a demonstra îndeplinirea acestei condiții.

1.3. *Caracterul permanent*

Activitatea organului emitent al întrebării preliminare trebuie să fie una permanentă, nu temporară. La fel ca în cazul criteriului anterior, atunci când instanța emitentă este o instanță de judecată propriu-zisă, acest criteriu nu ridică semne de întrebare deoarece activitatea instanțelor de judecată are un caracter permanent.

⁹ Hotărârea din 30 iunie 1966, *Vaassen Gobbels* C-61/65, EU:C:1966:39.

¹⁰ B. Andreșan-Grigoriu, *op. cit.*, p. 75; A. Vlășceanu, T. Ștefan, A.N. Vlășceanu, *Procedura hotărârii preliminare: culegere de hotărâri ale Curții de Justiție a Comunităților Europene*, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 70.

¹¹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului are sediul la Strasbourg.

¹² Curtea Internațională de Justiție are sediul la Haga.

¹³ B. Andreșan-Grigoriu, *op. cit.*, p. 88.

Problemele cu privire la respectarea acestui criteriu apar în cazul procedurilor de arbitraj, mai exact, în cazul arbitrajului *ad-hoc*. Tribunalul arbitral este organizat exclusiv pentru un anumit litigiu, iar, odată cu soluționarea sa, arbitrajul *ad-hoc* încetează. Din această cauză, structura și procedura arbitrajului *ad-hoc* diferă de la un litigiu la altul. De partea cealaltă, arbitrajul instituționalizat se desfășoară în cadrul unor instituții permanente de arbitraj, având la bază un regulament propriu de organizare și funcționare¹⁴.

În cazul arbitrajului *ad-hoc*, instanțele arbitrale nu au o activitate permanentă și admisibilitatea unor întrebări preliminare trimise de acestea este analizată de la caz la caz, în funcție și de alte caracteristici ale speței.

1.4. Aplicarea regulilor de drept în soluționarea litigiului

Atunci când organul emitent soluționează litigiul la nivel național, el trebuie să aplice reguli de drept. La fel ca în situația criteriilor anterioare, o instanță de judecată *strico sensu* îndeplinește această cerință în toate cazurile.

Singura situație în care acest criteriu poate ridica probleme este întâlnită în cazul arbitrajului în echitate. În această situație, arbitrul soluționează litigiul făcând abstracție de legea aplicabilă contractului, bazându-se doar pe principiile morale și pe echitate¹⁵.

CJUE a decis în cauza *Almelo*¹⁶ că atunci când o instanță națională este investită să soluționeze o cerere prin care se urmărește anularea hotărârii arbitrale, aceasta are dreptul să solicite Curții pronunțarea unei hotărâri prejudiciale chiar dacă tribunalul arbitral a soluționat cauza în echitate, și nu aplicând norme de drept material.

1.5. Independența organului de trimitere

Instanța de trimitere trebuie să aibă independență atât față de organele administrației publice, cât și față de părțile din litigiu¹⁷. În ceea ce privește independența față de părțile din litigiul principal, CJUE a decis în cauza *Corbiau*¹⁸ că o instanță de trimitere, pentru a respecta criteriul independenței, nu trebuie să îi fie subordonată sau să aibă o legătură ierarhică cu autoritatea ce a adoptat actul ce stă la baza litigiului principal. Astfel, directorul autorității ce a emis un act nu poate să invoce chestiuni prejudiciale în fața Curții în cazul unei plângeri formulate împotriva deciziei autorității pe care o conduce¹⁹.

Cu privire la independența față de organele administrației publice, poziția CJUE a fost întotdeauna mai blândă. Începând cu hotărârea dată în cauza *Dorsch*

¹⁴ C.T. Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional*, Editura Hamangiu, București, 2018, p. 321.

¹⁵ *Idem*, p. 323.

¹⁶ Hotărârea din 27 aprilie 1994, *Almelo* C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171.

¹⁷ B. Andreșan-Grigoriu, *op. cit.*, p. 94.

¹⁸ Hotărârea din 30 martie 1993, *Corbiau* C-24/92, ECLI:EU:C:1993:118.

¹⁹ T. Tridimas, *Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*, în *Common Market Law Review*, Vol. 40, 2003, p. 28.

*Consult*²⁰, Curtea a stabilit, în ciuda opiniei Avocatului General, că organul de trimitere (*Comisia Federală de Supraveghere a atribuirii contractelor de achiziții publice din Germania*) îndeplinea criteriul independenței față de organele administrației publice în virtutea faptului că dispozițiile privitoare la numirea în funcție, înlocuirea și anularea numirii în funcție a magistraților erau aplicate și membrilor forului de trimitere, chiar dacă acest organ nu era o instanță de judecată *stricto sensu*²¹.

Ulterior, în cauza *Gabalfriș*²², CJUE a statuat că *Tribunalului Economic și Administrativ Regional din Catalonia* îndeplinea condițiile pentru a putea solicita Curții pronunțarea unei hotărâri prejudiciale, în ciuda faptului că membrii respectivei instanțe erau aleși din cadrul funcționarilor publici ce își exercitau funcția în cadrul autorităților fiscale regionale și că mandatul lor înceta printr-o decizie a Ministrului Regional al Economiei. Având în vedere modul de numire și de încetare a funcției membrilor instanței, existau serioase semne de întrebare legate de independența acestora, dar Curtea a stabilit că datorită modului de organizare al instituției, existau garanții clare că independența membrilor instanței nu era afectată²³.

1.6. Caracterul obligatoriu al competenței instituției emitente

Inițial, caracterul obligatoriu al competenței instanței de trimitere presupunea ca părțile din litigiul național să fie obligate să se adreseze instanței respective pentru soluționarea litigiului. Dar, odată cu hotărârea din cauza *Dorsch Consult*, Curtea a stabilit că pentru a fi respectat caracterul obligatoriu al competenței trebuie îndeplinite două cerințe: obligativitatea părților de a supune litigiul lor judecătii instanței respective și obligativitatea hotărârilor instanței de trimitere²⁴.

Cu privire la criteriul obligativității se impun a fi făcute câteva precizări. În primul rând, părțile trebuie să fie obligate să se adreseze acelui organ emitent, acesta nu trebuie investit doar în baza unui acord de voință al părților. Din acest punct de vedere, făcând o trimitere la instanțele de arbitraj, existența doar a unei convenții arbitrale prin care părțile stabilesc ca litigiul să fie soluționat pe calea arbitrajului nu este suficientă, trebuie să existe o obligație a părților în acest sens. În al doilea rând, hotărârile respectivei instanțe de trimitere trebuie să poată, la nevoie, să fie puse în executare prin apelare la forța de constrângere a statului.

1.7. Existența unei proceduri contradictorii

O procedură contradictorie presupune, în accepțiunea Curții, ca hotărârea dispusă să fie adoptată ca urmare a unei dezbateri contradictorii derulate în fața organului emitent. Astfel, trebuie să existe un conflict de interese între părțile din

²⁰ Hotărârea din 17 septembrie 1997, *Dorsch Consult* C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413.

²¹ T. Tridimas, *op. cit.*, p. 29.

²² Hotărârea din 21 martie 2000, *Gabalfriș* C-110/98, ECLI:EU:C:2000:145.

²³ T. Tridimas, *op. cit.*, p. 30.

²⁴ B. Andreșan-Grigoriu, *op. cit.*, p. 116.

litigiul principal și acestea trebuie să aibă oportunitatea să își susțină pretențiile una în fața celeilalte în cadrul unor discuții contradictorii²⁵.

Odată cu trecerea timpului și cu creșterea numărului trimerilor preliminare²⁶, poziția Curții s-a schimbat cu privire la necesitatea unei proceduri contradictorii. Astfel, CJUE a admis anumite întrebări preliminare ce erau invocate în cadrul unor proceduri necontradictorii sau într-o fază necontradictorie a unei proceduri contradictorii, cu condiția ca procedura respectivă să fi fost descrisă de o completă imparțialitate și independență a instanței de judecată²⁷.

Din moment ce procedura era una necontradictorie, neexistând un conflict de interese și un dialog continuu între părți, poate fi înțeleasă poziția Curții cu privire la admisibilitatea unor chestiuni prejudiciale și în astfel de proceduri. Astfel, s-a pus accent pe scopul principal al procedurii, acela de a asigura interpretarea și aplicarea uniformă a dreptului Uniunii Europene și, din moment ce caracterul independenței instanței era îndeplinit, au fost admise și trimiteri preliminare în cazurile în care procedura nu era una contradictorie.

1.8. Instanța de trimitere să pronunțe o decizie cu caracter jurisdicțional

Organul emitent al chestiunii prejudiciale trebuie să pronunțe o hotărâre cu caracter jurisdicțional, nu una cu caracter administrativ. Astfel, o instanță de trimitere nu poate să solicite Curții pronunțarea unei hotărâri prejudiciale în situația în care aceasta pronunță o decizie administrativă, prin care nu a fost soluționat un litigiu, în acest din urmă caz, instanța de trimitere neexercitând o funcție jurisdicțională²⁸.

2. Pot instanțele arbitrale să solicite CJUE pronunțarea unei hotărâri prejudiciale?

În cuprinsul art. 267 TFUE nu este făcută nicio precizare expresă cu privire la admisibilitatea chestiunilor prejudiciale invocate de către instanțele arbitrale. Astfel, atunci când o instanță de arbitraj se confruntă cu o problemă legată de interpretarea sau validitatea unei norme de drept comunitar, ea poate să solicite Curții pronunțarea unei hotărâri prejudiciale, asemenea instanțelor naționale. Mai departe, îi revine Curții dreptul de a decide dacă o astfel de trimitere preliminară este sau nu admisibilă. Din moment ce nu există nicio prevedere expresă în cuprinsul art. 267 TFUE, admisibilitatea unei chestiuni

²⁵ *Idem*, p. 125.

²⁶ Numărul trimerilor preliminare a crescut de-a lungul timpului din două considerente. În primul rând, datorită procesului de extindere a Uniunii Europene, tot mai multe instanțe au fost puse în poziția în care trebuiau să aplice norme de drept comunitar. În al doilea rând, au fost adoptate tot mai multe norme de drept derivat, în special regulamente și directive și, astfel, numărul litigiilor la nivel național care aveau legătură cu dreptul Uniunii Europene a crescut exponențial.

²⁷ B. Andreșan-Grigoriu, *op. cit.*, p. 126.

²⁸ P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, p. 524.

prejudiciale invocate de către o instanță arbitrală este analizată de la caz la caz, în funcție de specificul fiecărei proceduri. Practic, CJUE analizează dacă instanța arbitrală de trimitere îndeplinește „*criteriile Vaassen*”.

Din moment ce Curtea analizează de la caz la caz respectarea criteriilor stabilite pe cale jurisprudențială, este de așteptat să nu existe un răspuns unanim cu privire la admisibilitatea chestiunilor prejudiciale invocate de către instanțele de arbitraj. Poziția inițială a Curții a fost aceea de a considera inadmisibile întrebările preliminare ale instanțelor arbitrale, dar, odată cu trecerea timpului (nu neapărat doar datorită schimbării caracteristicilor instanțelor arbitrale de trimitere), CJUE și-a reconsiderat poziția legată de admisibilitatea unor astfel de trimiteri preliminare.

2.1. Poziția inițială a Curții – cauza *Nordsee*²⁹

Litigiul principal a izvorât în urma încălcării prevederilor dintr-un contract încheiat în anul 1973 între trei societăți germane de armatori. Contractul respectiv avea ca obiect repartizarea, între cele trei societăți, a ajutoarelor financiare primite din partea *Fondului European de Orientare și Garanție Agricolă* în cadrul unui program comun de construcție a treisprezece nave pentru pescuit, în așa fel încât fiecare navă să beneficieze de a treisprezecea parte din suma globală. Ulterior semnării contractului, cele trei societăți au trimis către autoritatea competentă cererea de ajutor financiar. Comisia a acceptat doar cererile de finanțare cu privire la șase nave, iar una dintre întreprinderi a solicitat celorlalte două plata sumelor care îi reveneau în temeiul contractului³⁰.

Din această cauză, între cele trei societăți a intervenit un diferend, acesta fiind supus arbitrajului deoarece contractul încheiat între ele conținea o clauză arbitrală care prevedea că, în situația unor neînțelegeri ulterioare, litigiul urma să fie soluționat de către un arbitru, orice cale de atac exercitată în fața instanțelor statale fiind exclusă. În cursul soluționării litigiului, întreprinderile pârâte s-au apărut invocând nulitatea contractului, din moment ce acesta prevedea modul de repartizare al ajutoarelor financiare care nu au mai fost acordate. Arbitrul investit cu soluționarea litigiului a solicitat Curții pronunțarea unei hotărâri prejudiciale dorind să afle dacă o repartizare a ajutoarelor financiare precum cea din cauză reprezintă o neregulă din punctul de vedere al reglementărilor comunitare³¹.

Primind întrebarea instanței de trimitere, Curtea a început prin a analiza dacă acea instanță respecta „*criteriile Vaassen*”. Aceasta a considerat că între arbitrul din cauză și o instanță statală există anumite asemănări. Astfel, arbitrul era investit să soluționeze cauza aplicând norme de drept, el nu era investit să judece în echitate și era independent față de părțile din litigiu. Totodată, procedura în cauză era una contradictorie și orice decizie luată de către instanță

²⁹ Hotărârea din 23 martie 1982, *Nordsee* C-102/81, ECLI:EU:C:1982:107.

³⁰ A. Vlășceanu, T. Ștefan, A.N. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 124.

³¹ *Idem*, p. 125.

urma să aibă autoritate de lucru judecat și, la nevoie, putea să fie pusă în executare prin intermediul forței de constrângere a statului³².

Dar, Curtea a considerat că acele asemănări nu erau suficiente pentru a-i da posibilitatea arbitrului să invoce o chestiune prejudicială. În primul rând, în momentul în care părțile au încheiat contractul nu exista vreo lege națională care să le oblige să apeleze la arbitraj pentru soluționarea ulterioarelor litigii, ele aveau posibilitatea de a alege fie o instanță statală, fie o instanță arbitrală³³. În al doilea rând, deși Curtea nu a mai analizat, instanța de trimitere nici nu avea o activitate permanentă, odată ce ar fi pronunțat hotărârea în cauza respectivă, organul emitent ar fi încetat să mai existe.

Concluzionând, Curtea a decis, în ciuda existenței unor asemănări, că arbitrul din cauză nu îndeplinea condițiile pentru a putea solicita pronunțarea unei hotărâri prejudiciale din moment ce părțile nu au recurs la arbitraj ca urmare a existenței unei obligații legale, simpla convenție arbitrală nefiind necesară³⁴.

2.2. Noua abordare a Curții – cauzele *Merck Canada*³⁵ și *Ascendi*³⁶

Anterior hotărârilor date de către CJUE în cauzele *Merck Canada* și *Ascendi*, abordarea unanimă era aceea conform căreia instanțele arbitrale nu erau considerate instanțe în sensul art. 267 TFUE, indiferent de asemănările dintre acestea și instanțele statale³⁷.

2.2.1. Cauza *Merck Canada*

În ceea ce privește litigiul în cauză, societatea farmaceutică *Merck Canada* era titulara unui brevet de invenții, în Portugalia, ce avea ca obiect o substanță regăsită în anumite produse farmaceutice. Întrucât acestei întreprinderi i-au fost încălcate drepturile conferite de către brevetul înregistrat, *Merck Canada* s-a adresat Tribunalului Arbitral din Portugalia, existând obligația ca litigiile legate de drepturile de proprietate industrială să fie soluționate pe această cale, fie că se alegea arbitrajul instituționalizat, fie că se alegea arbitrajul ad-hoc. Odată ce a fost investit cu soluționarea litigiului, Tribunalul Arbitral a solicitat CJUE pronunțarea unei hotărâri prejudiciale în interpretare, deoarece în speță era incident un articol din Regulamentul (CE) nr. 469/2009 al Parlamentului European și al Consiliului din 6 mai 2009 privind certificatul suplimentar de protecție pentru medicamente³⁸.

³² J. Basedow, *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*, în *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, 2015, p. 370.

³³ A. Vlășceanu, T. Ștefan, A.N. Vlășceanu, *op. cit.*, p. 126.

³⁴ J. Basedow, *op. cit.*, p. 370.

³⁵ Hotărârea din 13 februarie 2014, *Merck Canada* C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92.

³⁶ Hotărârea din 12 iunie 2014, *Ascendi* C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754.

³⁷ P. Paschalidis, *Arbitral Tribunals and Preliminary References to the EU Court of Justice*, în *Arbitration International*, 2016, p. 4.

³⁸ JO L 152 16.6.2009, p. 1-10.

Curtea a început prin a analiza dacă Tribunalul Arbitral îndeplinea condițiile pentru a putea fi considerat instanță în sensul art. 267 TFUE. În primul rând, instanța de trimitere a fost constituită prin lege. Chiar în Constituția Portugaliei era prevăzut faptul că instanțele arbitrale pot exercita o funcție jurisdicțională alături de instanțele ordinare. Astfel, era respectat primul criteriu, acela al instituirii organului prin lege.

În al doilea rând, recurgerea la o procedură arbitrală era obligatorie în cazul litigiilor referitoare la drepturile de proprietate industrială cu privire la medicamentele de referință și la medicamentele generice. Din acest punct de vedere, se poate observa că soluționarea litigiului de către Tribunalul Arbitral era obligatorie întrucât competența acestuia izvora din lege, nu doar dintr-o clauză arbitrală inserată în contract.

În al treilea rând, CJUE a considerat că arbitrii din cadrul instituției trebuiau să ofere aceleași garanții de imparțialitate și independență asemenea judecătorilor din cadrul instanțelor statale. Totodată, Tribunalul Arbitral soluționa cauzele aplicând norme de drept, fiind exclusă în mod expres judecata în echitate.

În ultimul rând, compunerea și normele de procedură ale instanței de trimitere puteau varia în funcție de alegerea părților și, totodată, tribunalul era dizolvat după pronunțarea deciziei. Aceste aspecte puteau aduce atingere caracterului permanent al organului de trimitere. Dar, Curtea a stabilit că atât timp cât entitatea în sine nu era condiționată și limitată la soluționarea acelui litigiu, ea continuând să își exercite atribuțiile și după ce cauza a fost soluționată, criteriul permanenței era îndeplinit. Nu a contat pentru Curte faptul că, odată soluționată cauza, puterile conferite arbitrilor încetau să mai existe³⁹.

Concluzionând, CJUE a stabilit că Tribunalul Arbitral îndeplinea criteriile jurisprudențiale pentru a putea fi considerat o instanță capabilă să invoce o chestiune prejudicială în temeiul art. 267 TFUE.

Se poate observa faptul că, spre deosebire de arbitrul din cauza *Nordsee*, Tribunalul Arbitral era investit tot prin voința părților, dar aceasta avea la baza inclusiv o obligație legală. Iar, în ceea ce privește permanența instanței, CJUE a decis să observe Tribunalul Arbitral ca un întreg, și nu să aibă în vedere doar respectivii arbitri investiți cu soluționarea cauzei.

2.2.2. Cauza *Ascendi*

În ceea ce privește litigiul de la nivel național, societatea *Ascendi* a solicitat autorității cu atribuții fiscale din Portugalia (*Autoridade Tributária e Aduaneira*) restituirea unor sume plătite de către întreprindere. Organul administrativ a respins cererea societății și aceasta a formulat o cerere de arbitrare în fața tribunalului arbitral constituit pentru cauze fiscale (*Tribunal Arbitral Tributário*). Instanța arbitrală a decis să trimită Curții o întrebare preliminară legată de interpretarea unor articole din Directiva 69/335/CEE a

³⁹ P. Paschalidis, *op. cit.*, p. 8.

Consiliului din 17 iulie 1969 privind taxele indirecte aplicate majorării capitalului⁴⁰ așa cum a fost modificată prin Directiva 85/303/CEE a Consiliului din 10 iunie 1985⁴¹.

La fel ca în cauza *Merck Canada*, CJUE a început prin a analiza dacă tribunalul arbitral îndeplinea criteriile jurisprudențiale pentru a putea solicita pronunțarea unei hotărâri prejudiciale în temeiul art. 267 TFUE. În primul rând, tribunalele arbitrale constituite pentru cauze fiscale aveau o origine legală. Asemenea situației instanței din cauza *Merck Canada* și faptul că organul emitent din această cauză exercită o funcție jurisdicțională, asemenea instanțelor naționale, era prevăzut în Constituția Portugaliei. Din acest punct de vedere, se poate observa că primul criteriu, acela al instituirii instanței prin lege, era respectat.

În al doilea rând, instanța de trimitere avea o activitate permanentă. Chiar dacă atribuțiile fiecărui arbitru în parte încetau odată cu soluționarea litigiului pentru care au fost investiți, completele de judecată fiind temporare, instanța văzută ca ansamblu continua să existe și, astfel, era respectat și criteriul permanenței⁴².

Cu privire la cel de-al treilea criteriu, acela al caracterului obligatoriu al competenței instanței, CJUE a decis că și acesta era respectat. Deși părțile nu aveau nicio obligație instituită prin lege de a recurge la arbitraj, conform legislației fiscale din Portugalia, acest mod de soluționare a litigiilor era văzut ca o alternativă. Totodată, legislația fiscală din Portugalia nu condiționa recurgerea la arbitraj de existența unei clauze arbitrale (ceea ce ar fi fost și imposibil având în vedere natura litigiului – între reclamant și autoritatea fiscală neexistând raporturi contractuale). Din acest punct de vedere, atunci când o societate avea anumite cereri față de autoritatea fiscală, ea putea să recurgă fie la instanțele statale, fie la tribunalul arbitral special constituit pentru acest lucru. Având în vedere aceste aspecte, Curtea a decis că instanțele de trimitere avea o competență obligatorie.

Cu privire la cel de-al patrulea criteriu, acela al independenței instanței de trimitere, Curtea a stabilit că arbitrii erau supuși principiilor imparțialității și independenței, asemenea judecătorilor din cadrul instanțelor statale. În același timp, era garantat faptul că tribunalul arbitral avea calitatea de terț raportat la autoritatea care a adoptat decizia ce făcea obiectul respectivului litigiu. Astfel, inclusiv criteriul independenței era respectat⁴³.

Totodată, Curtea a stabilit că tribunalul arbitral soluționează cauza printr-o procedură contradictorie, aplicând norme de drept, hotărârea sa având caracter jurisdicțional. Astfel, instanța de trimitere respecta și ultimele trei criterii.

⁴⁰ JO L 249, p. 25, Ediție specială, 09/vol. 1, p. 9.

⁴¹ JO L 156, p. 23, Ediție specială, 09/vol. 1, p. 75.

⁴² P. Paschalidis, *op. cit.*, p. 13.

⁴³ *Ibidem*.

Concluzionând, CJUE a stabilit că instanța de trimitere îndeplinea criteriile pentru a putea fi considerată instanță în sensul art. 267 TFUE și întrebarea sa preliminară era admisibilă.

Concluzii

Având în vedere că art. 267 TFUE nu face nicio precizare cu privire la condițiile pe care o instanță de trimitere trebuie să le îndeplinească pentru a putea solicita CJUE pronunțarea unei hotărâri prejudiciale, este de așteptat să nu existe uniformitate cu privire la noțiunea de instanță văzută în sensul art. 267 TFUE. Din acest punct de vedere, nici instanțele de arbitraj nu fac excepție, art. 267 TFUE neavând nicio prevedere cu privire la acestea.

Astfel, Curtea a stabilit pe cale jurisprudențială care sunt criteriile pe care o instanță trebuie să le îndeplinească pentru a putea invoca chestiuni prejudiciale în temeiul art. 267 TFUE. Dar, la fel cum aceste criterii au fost stabilite pe cale jurisprudențială, tot prin intermediul jurisprudenței ele pot fi și modificate sau se poate face abstracție de unele.

Din punctul nostru de vedere, trei factori au influențat admisibilitatea chestiunilor prejudiciale invocate de către instanțele arbitrale de-a lungul timpului. În primul rând, modul de constituire a completelor din cadrul CJUE poate determina apariția unei practici neunitare. În al doilea rând, realitatea socială s-a schimbat de la momentul adoptării deciziei din cauza *Nordsee* până în prezent, iar arbitrajul, văzut ca modalitate alternativă de soluționare a litigiilor, este în plină expansiune. Scopul art. 267 TFUE este acela de a asigura interpretarea și aplicarea uniformă a dreptului Uniunii Europene, iar dacă nu s-ar da posibilitatea instanțelor arbitrale să trimită întrebări preliminare Curții, s-ar aduce atingere scopului principal al procedurii. Nu în ultimul rând, fiind vorba de o interpretare de la caz la caz, este normal să nu existe unanimitate, deoarece și procedurile de arbitraj diferă una de cealaltă.

Concluzionând, considerăm că nu trebuie și nu poate fi dat un răspuns unanim cu privire la admisibilitatea unor chestiuni prejudiciale invocate de către instanțele arbitrale. Această admisibilitate trebuie analizată de la caz la caz, în funcție de specificul fiecărei instanțe.

Impactul jurisprudenței CEDO în materie de violență domestică

The Impact of the ECHR Case-law on the Domestic Violence Regulations

Snejana Sulima ¹

Rezumat: Violența domestică – un fenomen complex care poate îmbrăca o multitudine de forme, reprezintă în continuare o mare problemă pentru societatea românească, precum și pentru cele ale altor state europene. Curtea Europeană a Drepturilor Omului își asumă combaterea acestei forme de violență prin toate mijloacele disponibile în Convenția Europeană pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților fundamentale, calificând faptele în principal din perspectiva articolului 3 (interdicția tratamentelor inumane sau degradante), dar și din perspectiva articolului 8 (dreptul la respectarea vieții private și de familie), a articolului 2 (dreptul la viață), coroborate adesea cu interdicția discriminării, precum și a articolului 6 referitor la garantarea unui proces echitabil în fața jurisdicțiilor interne. În prezentul articol vom încerca să decelăm care este impactul jurisprudenței CEDO în această materie asupra reglementărilor interne referitoare la combaterea violenței domestice.

Cuvinte-cheie: violență domestică; CEDO; interdicția tratamentelor inumane sau degradante; obligații pozitive; nediscriminare

Abstract: Domestic violence, a complex phenomenon which can take multiple forms, represents a persistent problem for the Romanian society, as for many other European countries. The European Court of Human Rights takes a leading position in combating this form of violence with all available legal resources from the European Convention on Human Rights by qualifying the facts on the basis of the Article 3 (prohibition of inhuman or degrading treatment), as well as the Article 8 (right to private and family life) and 2 (right to life) corroborated with the prohibition of discrimination and with the Article 6 which guarantees the right to a fair trial before domestic judges. In this article we will try to disclose the impact of ECHR case-law on the internal regulations meant to combat domestic violence.

Keywords: domestic violence; ECHR; prohibition of inhuman or degrading treatments; positive obligations; non-discrimination

Considerații introductive asupra angajamentului Consiliului Europei în lupta împotriva violenței domestice

Pornind de la angajamentul Consiliului Europei cu privire la protecția drepturilor omului organizația a avut mai multe inițiative, încă de la începutul

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

anilor 1990, cu privire la combaterea violenței împotriva femeilor. Aceste inițiative s-au materializat inițial în semnarea unei Recomandări a Consiliului Europei² pentru statele membre cu privire la protecția femeilor împotriva multiplelor forme de violență și discriminare. Astfel, Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei invita statele să introducă, dezvolte și/ sau amelioreze politici naționale de combatere a violenței, fondate în principal pe: securitatea maximă și protecția victimelor, susținere și asistență, ajustarea dreptului penal și civil național, sensibilizare publică, formarea specializată a profesioniștilor care în virtutea activității lor profesionale trebuie să combată violența domestică și să participe la prevenirea acesteia. Pentru a da eficiență combaterii acestui fenomen la nivel național statele trebuie să asigure pentru toate victimele violenței posibilitatea de a se adresa în justiție. Totodată, legea internă trebuie să prevadă posibilitatea angajării unei acțiuni penale în fața jurisdicțiilor naționale la cererea ministerului public. Violența împotriva femeilor și a copiilor în cadrul familial trebuie să constituie factor agravant sau decisiv pentru angajarea urmărilor în interes public. Un alt element esențial se referă la necesitatea de a asigura o protecție eficientă a victimelor împotriva amenințărilor și riscurilor de răzbunare precum și să vegheze, prin măsuri specifice, la protecția drepturilor copiilor pe parcursul procedurilor.

În același sens, între anii 2006-2008 Consiliul Europei a desfășurat o campanie de combatere a violenței împotriva femeilor și a violenței domestice. Totodată, Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei a adoptat o serie de Rezoluții și Recomandări³ prin care se cerea adoptarea unor norme juridice constrângătoare din punct de vedere juridic de către statele membre cu privire la prevenirea, protecția și urmărirea penală în legătură cu aceste forme de violență.

Definirea conceptului de violență domestică în Convenția privind prevenirea și combaterea violenței împotriva femeilor și a violenței domestice

În continuarea eforturilor depuse de către Consiliul Europei s-a căutat adoptarea unor norme generale de prevenire și combatere a violenței domestice și a violenței împotriva femeilor printr-o convenție specializată, proiectul căreia a fost elaborat de către un Comitet ad-hoc (CAHVIO) creat de către Comitetul Miniștrilor în decembrie 2008. S-a ajuns la adoptarea Convenției Consiliului Europei privind prevenirea și combaterea violenței împotriva femeilor și a

² Comitetul Miniștrilor al Consiliului Europei, Recomandarea din 30 aprilie 2002, Rec(2002)5, privind protecția femeilor împotriva violenței.

³ Inițiativele APCE au început chiar mai înainte de 2006. Astfel, în prima etapă, printre documentele de luat în considerare în contextul luptei împotriva violenței domestice elaborate de APCE se numără: Recomandarea 1681 (2004); Recomandarea 1693(2005); Recomandarea 1712(2005); Rezoluția 1512 (2006); Recomandarea 1759 (2006); Rezoluția 1582(2007); Recomandarea 1817/2007).

violenței domestice, adoptată la 12 aprilie 2011⁴ și deschisă spre semnarea părților în sesiunea de la Istanbul.

Convenția de la Istanbul face distincție între conceptul de violență împotriva femeilor și cel de violență domestică. Pe de o parte, violența împotriva femeilor este definită ca fiind „o încălcare a drepturilor omului și o formă de discriminare împotriva femeilor și va însemna toate acțiunile de violență de gen care rezultă în, sau care sunt probabile a rezulta în vătămarea sau suferința fizică, sexuală, psihologică sau economică cauzată femeilor, inclusiv amenințările cu asemenea acțiuni, coerciția sau privarea arbitrară de libertate, indiferent dacă survine în public sau în viața privată” (art. 3 lit. a). Pe de altă parte, violența domestică se referă la „toate acțiunile de violență fizică, sexuală, psihologică sau economică, care survin în familie sau în unitatea domestică sau între foștii sau actualii soți sau parteneri, indiferent dacă agresorul împarte sau a împărțit același domiciliu cu victima” (art. 3 lit. b).

Având în vedere că în cea mai mare parte victimele violenței sunt femeile în prezentul articol vom lua în considerare ambele definiții pentru a decela complexitatea infracțiunilor caracteristice violenței în cadrul familial.

Grupul experților privind combaterea violenței împotriva femeilor și a violenței domestice

Ca urmare a semnării Convenției de la Istanbul a fost creat Grupul experților privind combaterea violenței împotriva femeilor și a violenței domestice (GREVIO)⁵ în baza articolului 66. Activitatea GREVIO implică pregătirea unui chestionar adresat statelor părți, pe baza căruia acestea prezintă Secretarului General al Consiliului Europei un raport cu privire la măsurile adoptate de ordin legislativ și alte măsuri ca efect al dispozițiilor Convenției de la Istanbul (art. 68). Raportul va fi examinat de GREVIO. Procedura ulterioară de evaluare este divizată în cicluri a căror durată este determinată de Grup și se

⁴ Convenția Consiliului Europei privind prevenirea și combaterea violenței împotriva femeilor și a violenței domestice a fost adoptată de către Comitetul Miniștrilor al Consiliului Europei la 7 aprilie 2011 (STCE nr. 210), deschisă spre semnare părților la 11 mai 2011 cu ocazia sesiunii sale de la Istanbul. După cea de-a zecea ratificare, de către Andora, la 22 aprilie 2014, Convenția a intrat în vigoare la 1 august 2014. România a semnat Convenția la 27/06/2014, a ratificat-o la 23/05/2016, după care aceasta a intrat în vigoare la 01/09/2016 cu câteva rezerve valabile între data de 01/09/2016 și 01/09/2021.

⁵ Competența participanților trebuie să asigure o multidisciplinaritate a expertizei în materia drepturilor omului, a egalității de genuri, a violenței împotriva femeilor și a violenței domestice sau în domeniul asistenței și protecției victimelor. Criteriile care stau la baza selectării membrilor se referă la integritate, competență, independență, disponibilitate și buna cunoaștere a limbii engleze sau franceze. Procedura de alegere a membrilor GREVIO este definită de Comitetul Miniștrilor al Consiliului Europei, conform Rezoluției Comitetului de Miniștri a Consiliului Europei, CM/Res(2014)43. Primii zece membri ai GREVIO au fost aleși la 4 mai 2015 pentru un mandat de patru ani și la 24 mai 2018 alți cinci membri suplimentari.

bazează pe chestionare și cereri de informații din partea statului cu privire la punerea în aplicare a prevederilor Convenției. GREVIO poate organiza în subsidiar și în cooperare cu autoritățile naționale și cu asistența unor experți naționali independenți vizite în țările în chestiune dacă informațiile primite sunt insuficiente. Procedura se încheie prin adoptarea unui raport de către GREVIO și a unor concluzii pe baza informațiilor primite și a comentariilor statului vizat. În cazul unor probleme cu caracter urgent care necesită reacții imediate, legate de violența împotriva femeilor, GREVIO poate desemna unul sau mai mulți dintre membrii săi pentru a conduce o anchetă și a prezenta un raport Grupului. În caz de necesitate și cu acordul statului parte vizat ancheta poate implica deplasarea în teritoriu.

GREVIO poate adopta recomandări generale cu privire la punerea în aplicare a Convenției de la Istanbul. Statele părți prezintă rapoartele GREVIO parlamentelor lor naționale, iar APCE va face bilanțul regulat cu privire la punerea în aplicare a Convenției. GREVIO nu este deci un organ jurisdicțional ci caută să acționeze împotriva violenței domestice prin colaborarea cu statele în ceea ce privește ameliorarea legislației interne pentru combatere acestui fenomen.

Protecția jurisdicțională europeană împotriva violenței domestice

Deși Convenția Europeană a Drepturilor Omului (în continuare Convenția Europeană) nu include expres un articol dedicat dreptului de a nu fi supus violenței domestice, prin activitatea sa Curtea de la Strasbourg a găsit mijloace eficiente de combatere jurisdicțională a acestui fenomen. Pe baza principiului interpretării evolutive care stă la baza activității sale, Curtea a identificat mijloace de constrângere jurisdicțională în acest scop în textul Convenției. Deși adoptată acum 70 de ani, într-un context social diferit, Convenția reprezintă un instrument juridic în continuă adaptare la condițiile societăților statelor membre prin interpretarea dată acesteia de către Curte Europeană a Drepturilor Omului. Astfel, manifestările violenței domestice sunt interpretate prin prisma mai multor articole din Convenție. Totodată, în pronunțarea hotărârilor în aceste cauze Curtea de la Strasbourg face trimitere la definițiile date în Convenția cadru de la Istanbul.

1. Axe principale urmate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în delimitarea și combaterea violenței domestice

Analiza jurisprudenței CEDO pronunțată în contextul combaterii violenței domestice relevă un angajament ferm al instanței strasbourgeze în acest sens prin devoalarea unui fenomen complex care poate îmbrăca o multitudine de forme variate. În funcție de situație, Curtea califică faptele prin prisma articolului 2 (dreptului la viață), a articolului 3 și a articolului 8, coroborate adesea cu interdicția discriminării (art. 14). De asemenea un loc important în jurisprudența Curții privind violența domestică este atribuit garanțiilor oferite dreptului la un proces echitabil de articolul 6 din Convenție.

1.1. Sinteză de jurisprudență: principii directe

În linii generale, jurisprudența Curții atestă diverse dificultăți în protejarea victimelor violenței domestice, de cele mai multe ori femei, dar și copii sau bărbați, care țin de probleme structurale, de lipsa punerii în aplicare sau punerea în aplicare defectuoasă a prevederilor legislației naționale în materie.

Conceptul de obligații pozitive⁶ dezvoltat de Curtea europeană se referă la apelul acesteia în cadrul hotărârilor sale de a întreprinde măsuri concrete pentru protejarea eficientă a drepturilor înscrise în Convenție în virtutea angajamentelor asumate de fiecare stat. Prin urmare, statul nu poate rămâne pasiv⁷ ci dimpotrivă, autoritățile naționale trebuie să adopte măsuri rezonabile și adecvate pentru a proteja drepturile în chestiune⁸. Chiar dacă, așa cum era firesc, Curtea Europeană s-a referit cel mai des la aplicarea particulară a conceptului de obligații pozitive în situații concrete, pornind de la circumstanțele unor cauze judecate, dincolo de aceste situații concrete, în timp, conceptul a dobândit o vocație generală⁹.

În ceea ce privește violența domestică, obligațiile pozitive implică atât adoptarea legislației eficiente pentru combaterea acestui fenomen cât și luarea unor măsuri concrete în situații particulare pentru protejarea eficientă a vieții și integrității corporale a victimelor. Drept urmare, utilizând acest concept Curtea interpretează Convenția Europeană în sensul obligației statelor de a crea un cadru legal și măsuri de protecție eficientă a victimelor violenței domestice (cauza *Volodina împotriva Rusiei*, nr. 41261/17). Totodată, judecătorii europeni au constatat că lipsa reactivității autorităților statale cu privire la violența domestică, care afectează cel mai adesea femeile, reprezintă o discriminare a acestora.

Un cadru legal adecvat în sensul jurisprudenței europene trebuie să permită definirea clară a cazurilor de violență domestică. Pe de o parte, pentru a decela eficient aceste situații statele trebuie să ia în considerare definițiile date de instrumentele internaționale în materie (în principal fiind vorba despre Convenția de la Istanbul). Pe de altă parte, vulnerabilitatea crescută a victimelor violenței domestice atrage sarcina statelor de a prevedea mecanisme de intervenție adaptate în aceste cazuri, mecanisme care să restrângă în mod real accesibilitatea agresorului la victimă.

Adesea motivul încălcării constatate ține de nerespectarea unor obligații procedurale care reies mai ales din interpretarea dată de Curte articolului 2 din Convenția Europeană. Anchetele desfășurate în contextul pericolului violenței domestice pentru viața victimei nu sunt întotdeauna efective, deși autoritățile cunosc situațiile în care se găsesc acestea un timp mai îndelungat. Cât despre calificarea faptelor legate de violență domestică din perspectiva articolului 3,

⁶ Conceptul a fost înaintat pentru prima dată în *Cauza lingvistică belgiană* (1968), fiind utilizat în sensul concretizării drepturilor garantate de Convenție a căror conținut era imprecis.

⁷ CEDO, *Airey împotriva Irlandei*, Eur Ct HR Ser A (1979): [1979] 2 E.H.R.R. 305.

⁸ A se vedea CEDO, *Lopez Ostra împotriva Spaniei*, nr. 16798/90.

⁹ J.-P. Marguénaud, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 4^e édition, Dalloz, 2008, p. 44.

Curtea caută să țină cont de intensitatea tratamentului negativ suportat de victime. Deși în multe dintre cauzele analizate judecătorii europeni au decis cu majoritate că este vorba despre tratamente inumane sau degradante, luând deci în considerare un grad intermediar al gravității, mulți dintre ei au avut tendința să facă opinii separate considerând că este vorba despre tortură. Argumentele celor care au făcut opinie separată trimit la necesitatea de a lua în considerare repetitivitatea violențelor, gravitatea acestora, dorința de intimidare a victimei, provocarea sentimentelor de frică pentru viață, dar mai ales intenționalitatea de a „pedepsi” și de a se „răzbuna” pe victimă. Calificarea din perspectiva torturii ar induce un nivel sporit de protecție a victimei, în timp ce calificarea din perspectiva unui tratament mai puțin grav atrage o reparație mai slabă a prejudiciilor suportate de aceasta.

În ceea ce privește cadrul legal adecvat, ținând cont de marja de apreciere a statelor judecătoria de la Strasbourg recomandă fie crearea unei infracțiuni specifice (cum este cazul Republicii Moldova de exemplu) sau proclamarea circumstanțelor agravante (cum este cazul Lituaniei, Croației sau al României). În orice caz, autoritățile statelor au obligația pozitivă de a ancheta orice pretenție de violență domestică în mod eficient, obligație care necesită adaptarea măsurilor luate la situația particulară a victimelor. Reacția autorităților trebuie să fie și rapidă având în vedere gradul mare de vulnerabilitate a victimelor, femei și copii de cele mai multe ori.

1.2. Analiza jurisprudenței privind România

Analiza jurisprudenței pronunțată de către CEDO împotriva României relevă înscrierea tendințelor constatate în țara noastră în problematica generală legată de violența domestică. Majoritatea cauzelor au la bază pretenții legate de insuficiențele anchetelor prin care sunt denunțate actele de acest tip (*E.M. împotriva României*, 2012; *D.M.D. împotriva României*, 2017; *Buturugă împotriva României*, 2020), dar și nepunerea în aplicare a mecanismelor interne existente pentru combatere violențelor din perspectivă materială (*Bălșan împotriva României*, 2017) sau din perspectiva garanțiilor procesuale (*D.M.D. împotriva României*).

În unele dintre cauze sunt direct sau indirect implicați copiii, ceea ce ar trebui să inducă o grijă sporită a autorităților interne, chiar și în absența unei plângeri formale din partea acestora. (*D.M.D.*, 2017). Astfel, atunci când victimele violenței domestice sunt copii Curtea amintește că statele membre trebuie să protejeze demnitatea minorilor în mod explicit și complet printr-un cadru juridic adaptat. Un astfel de cadru juridic trebuie să ofere copiilor – potențiale victime ale violenței în familie, o protecție sporită prin: a) prevenție eficientă, b) măsuri rezonabile de împiedicare a relelor tratamente despre care autoritățile aveau sau ar fi trebuit să aibă cunoștință, c) investigarea efectivă din moment ce individul afirmă prin pretenții credibile că a fost victima unor rele tratamente (*D.M.D.*, 2017). Durata anchetelor trebuie să fie una rezonabilă și nu excesivă. Statul este

obligat totodată să ofere posibilități de reparație adecvată a prejudiciilor suferite din cauza acestor violențe.

Mai mult decât atât, în lumina interesului superior al copilului, autoritățile interne nu sunt obligate să returneze copiii care ar putea fi supuși violențelor spre părintele care prezintă un risc din această perspectivă, în ciuda unor acorduri internaționale mutuale între statele europene și a dreptului Uniunii Europene în materie. Analiza faptelor prin prisma articolului 8 din Convenție poate duce la constatarea încălcării dreptului la viață privată și de familie atunci când copiii sunt returnați spre părinți violenți, fiind supuși unui risc grav de a suporta violențe domestice. Acest risc constituie deci excepție de la principiul dreptului internațional conform căruia minorul va fi returnat spre locul reședinței obișnuite (*O.C.I. și alții împotriva României*, 2019).

Un aspect important care atestă efectivitatea anchetelor desfășurate atunci când există suspiciuni de tratamente negative se referă la pedepsirea responsabililor identificați pentru aceste tratamente (*C.A.S. și C.S. împotriva României*, 2012 și *M. și C. împotriva României*, 2013). Tendința observată de către judecătorii europeni este de ignorare a acestei obligații de către autoritățile interne, astfel încât persoanele responsabile de acte de violență în familie nu ajung întotdeauna să suporte consecințele legale pentru faptele lor. Aceste tendințe anihilează credibilitatea angajamentului autorităților interne în sensul eficientizării combaterii acestor forme de violență, crescând substanțial vulnerabilitatea victimelor. Deși cadrul legislativ prevede cooperarea între diferitele autorități, precum și măsuri extra-judiciare care să identifice și să asigure urmărirea actelor de violență în familie, confirmate cel mai des prin probe ale reclamantelor, aceste elemente nu atrag pași concreți din partea autorităților competente pentru a garanta protecția victimelor și îndepărtarea responsabililor (*E.M. împotriva României*).

Din perspectiva garanțiilor oferite de procesul echitabil instanțele interne au obligația de a examina pe fond plângerile reclamantilor inclusiv privind neacordarea de despăgubiri, această obligație reiese în mod indubitabil și din legislația națională, mai ales atunci când în chestiune sunt afectate drepturile unui minor și chiar în lipsa unei cereri oficiale din partea victimei (*D.M.D. împotriva României*).

Curtea de la Strasbourg a precizat de curând într-o cauză împotriva României (*Buturugă*, 2020) că violența cibernetică este un aspect al violenței împotriva femeilor care se poate prezenta sub diverse forme precum violențele informatice asupra vieții private, intruziunea în mijloacele informatice ale victimei, luarea, partajarea și manipularea datelor și imaginilor victimei, inclusiv a datelor intime ale acesteia. Având în vedere aceste aspecte autoritățile au obligația de a examina plângerile prin care sunt exprimate pretenții de violare a secretului corespondenței electronice, în strânsă legătură cu plângerile pentru violență și de a proceda la anchete eficiente pentru revelarea acestor fapte.

Curtea a observat de asemenea o tendință de toleranță a tratamentelor negative și prin aceasta de discriminare a victimelor de sex feminin din partea

autorităților române. Astfel, într-o cauză relativ recentă, în care deși autoritățile trebuiau să fi fost pe deplin conștiente de abuzurile suportate de soție, având în vedere solicitările acestora de a primi asistență adresate atât poliției, cât și instanțelor, și în ciuda cadrului juridic național care îi permitea să se plângă de violența în familie și să solicite protecția autorităților, de care reclamanta a făcut uz pe deplin, autoritățile nu au aplicat corespunzător dispozițiile legale relevante în cazul său. Ceea ce este și mai grav, în această cauză autoritățile au ajuns până la a constata că reclamanta provocase actele de violență îndreptate împotriva sa și au considerat că nu erau suficient de grave pentru a intra în domeniul de aplicare a dreptului penal. Această abordare din partea autorităților private cadrul juridic național de scopul său fiind total incompatibilă cu standardele internaționale referitoare la violența împotriva femeilor la care România este parte. În consecință pasivitatea autorităților în cauză reflectă o atitudine discriminatorie față de reclamantele de sex feminin și demonstrează o lipsă de implicare în abordarea violenței în familie în general în această țară.

Concluzionând, constatăm că analiza jurisprudenței împotriva României relevă condamnări datorate în principal eșecului de a respecta obligațiile pozitive care țin de anchetarea eficientă a cazurilor de violență domestică sau violență împotriva femeilor și deci de a pune în aplicare cadrul legal destinat combaterii acestor forme de violență și mai puțin de deficiențe ale legislației naționale.

2. Influența reglementărilor internaționale asupra adaptării cadrului legal național pentru combaterea violenței domestice și a violențelor împotriva femeilor

În lumina Convenției de la Istanbul statele semnatare s-au angajat să ia diverse măsuri pentru combaterea acestor forme de violență prin adoptarea și/sau adaptarea legislației naționale care să răspundă în mod adecvat necesităților victimelor. Printre exemplele concrete de implementare a prevederilor Convenției se au în vedere introducerea unor noi definiții pentru hărțuire și hărțuire sexuală; schimbarea definiției violului, care să se bazeze în special pe lipsa consimțământului și nu neapărat pe dovezi privind folosirea forței; asigurarea de „răspunsuri comunitare coordonate” prin intermediul unor echipe multidisciplinare de asistență a victimelor; crearea de linii naționale 24/7, care să le îndrume pe femei către serviciile de consiliere cele mai apropiate; înființarea de adăposturi din fonduri publice acolo unde acestea nu sunt disponibile; formarea universitară în tematica legată de aceste forme de violență (drept, medicină, asistență medicală, psihologie, studii sociale, etc.); instruire specială pentru profesioniștii dreptului (judecători, procurori și avocați) cu scopul de a îmbunătăți accesul femeilor la protecție și soluții, etc.

La nivelul Uniunii Europene, în termeni generali, potrivit Cartei drepturilor fundamentale demnitatea umană trebuie respectată și protejată fiind inviolabilă (art. 1), dreptul la viață este garantat (art. 2), tratamentele inumane și degradante sunt interzise (art. 4), persoanele trebuie să se bucure de dreptul la nediscriminare (art. 21), beneficiind de un acces efectiv la justiție (art. 21).

Programul Stockholm¹⁰ propunea încă din 2010 o serie de standarde pentru protecția drepturilor unor grupuri vulnerabile printre care și victimele violenței domestice. În acest sens au fost adoptate o serie de reglementări la nivelul Uniunii direct aplicabile în statele membre, printre care Directiva 2011/99/UE privind ordinul european de protecție¹¹, Directiva 2012/29/UE de stabilire a unor norme minime privind drepturile, sprijinirea și protecția victimelor criminalității¹² sau Regulamentul UE nr. 606/2013¹³ pentru recunoașterea reciprocă a ordinelor de protecție naționale.

Preocupările Consiliului Europei în privința combaterii variatelor forme de violență în familie sunt mult mai vechi, încă din anii 1980, fiind materializate în numeroase Recomandări adoptate de către Comitetul de Miniștri și adresate statelor membre¹⁴. Aceste documente au avut menirea de a ajuta statele să-și adapteze cadrul legal și instituțional juridic pentru combaterea violențelor în familie care au drept victime în principal femeile și copiii, prin mijloace de drept penal și de procedură penală. Ținând cont de recomandările Consiliului Europei, la nivel național, legiuitorul român a adoptat Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie care a suportat mai multe revizui. În forma sa actuală Legea nr. 217/2003 definește violența domestică în următorii termeni: „orice inacțiune sau acțiune intenționată de violență fizică, sexuală, psihologică, economică, socială sau spirituală care se produce în mediul familial sau domestic ori între soți sau foști soți, precum și între actuali sau foști parteneri, indiferent dacă agresorul locuiește sau a locuit împreună cu victima”.

¹⁰ European Council, The Stockholm Programme – an open and secure Europe serving and protecting citizens (2010/C 115/01).

¹¹ Parlamentul European și Consiliul, Directiva 2011/99/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 decembrie 2011 privind ordinul european de protecție, J.O.U.E. din 21.12.2011.

¹² Directiva 2012/29/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2012 de stabilire a unor norme minime privind drepturile, sprijinirea și protecția victimelor criminalității și de înlocuire a Deciziei-cadru 2001/220/JAI a Consiliului.

¹³ Regulamentul (UE) nr. 606/2013 al Parlamentului European și a Consiliului din 12 iunie 2013 privind recunoașterea reciprocă a măsurilor de protecție în materie civilă.

¹⁴ Recommandation n° R (79) 17 concernant la protection des enfants contre les mauvais traitements, Recommandation n° R (85) 4 sur la violence au sein de la famille, Recommandation n° R (85) 11 sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale, Recommandation n° R (87) 21 sur l'assistance aux victimes et la prévention de la victimisation, Recommandation n° R (90) 2 sur les mesures sociales concernant la violence au sein de la famille, Recommandation n° R (91) 11 sur l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que sur le trafic d'enfants et de jeunes adultes, Recommandation n° R (93) 2 sur les aspects médico-sociaux des mauvais traitements infligés aux enfants, Recommandation n° R (2000) 11 sur la lutte contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle et Recommandation Rec(2001)16 sur la protection des enfants contre l'exploitation sexuelle, Recommandation Rec (2002)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des femmes contre la violence (adoptée par le Comité des Ministres le 30 avril 2002, lors de la 794e réunion des Délégués des Ministres.

Prin revizuirile succesive¹⁵ legiuitorul intern a căutat constant să răspundă în mod cuprinzător problematicii violențelor manifestate în cadrul familiei, aplicând standardele internaționale la nivel național în această materie.

2.1. Justificarea legiuitorului intern pentru revizuirea Codului penal

Prin statisticile prezentate inițiatorii revizuirii Codului penal din acest an punctează numărul foarte mare în mod persistent de victime ale violenței domestice (peste 500.000), dintre care 15.000 (adică 90%) sunt femei, numărul scăzut de victime care depun plângere și un procent foarte mic dintre aceste cauze care ajung în instanță. În sfârșit, se atrage atenția asupra faptului că, în ciuda legislației existente sunt emise anual un număr foarte mic de ordine de restricție (puțin peste 1000) de către autoritățile competente. Mai mult decât atât, în opinia inițiatorilor revizuirii, ordinul de restricție se dovedește a fi un instrument insuficient deoarece chiar dacă ajută în parte victimele, acestea pot fi atacate din nou de către aceiași agresori cu urmări foarte grave (vătămare corporală sau chiar ucidere).

Deputații inițiatori au căutat înlăturarea unor breșe legislative care, în opinia lor, în mod repetitiv ajută agresorii să scape de răspunderea penală pentru faptele săvârșite deoarece victimele renunță în timp să persevereze în demersurile lor juridice. Având în vedere prevederile din Codul penal (art. 199) împăcarea părților putea înlătura răspunderea penală ceea ce determina adesea exercitarea unor presiuni din partea abuzatorilor asupra victimei pentru retragerea plângerii. În realitate, majoritatea abuzatorilor în contextul violenței domestice continuă să-și intimideze victimele pentru ca aceasta să renunțe la continuarea procedurilor pentru descurajarea și pedepsirea agresorilor. Propunerea inițiatorilor revizuirii se referă deci la eliminarea din Codul penal a posibilității care permite ca agresorii să fie exonerati de răspunderea penală în caz de violență în familie prin modificarea articolului 199 din Legea 286/2009 privind Codul penal.

După examinarea inițiativei legislative cu motivele expuse și luând în considerare avizul Consiliului Legislativ și a punctului de vedere transmis de Guvern, membrii Comisiei juridice, de disciplină și imunități au hotărât cu unanimitate de voturi adoptarea proiectului de Lege pentru modificarea articolului 199 alin. (2) din Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, cu un amendament admis. Potrivit Raportului Comisiei juridice de disciplină și imunități din Camera deputaților (17.12.2018) asupra proiectului de modificare a acestui alineat „în cazul infracțiunilor prevăzute la art. 193 și art. 196 săvârșite asupra unui membru de familie, acțiunea penală poate fi pusă în mișcare și din oficiu”. Se precizează de asemenea că în formularea Senatului se lua în considerare și prevederea că „împăcarea nu înlătură răspunderea penală”. Cu toate acestea, textul trimis spre promulgare după adoptarea sa în Camera deputaților exclude ultima precizare astfel încât „în cazul infracțiunilor prevăzute

¹⁵ Legea nr. 217/2003 a fost revizuită prin: Ordonanța Guvernului nr. 6/2015, aprobată prin Legea nr. 160/2015; Legea nr. 272/2015; Legea nr. 351/2015; Legea nr. 35/2017; Legea nr. 174/2018; Legea nr. 212/2019; Legea nr. 106/2020; Legea nr. 162/2020.

în art. 193 și art. 196 săvârșite asupra unui membru de familie, acțiunea penală poate fi pusă în mișcare și din oficiu”. Potrivit inițiatorilor amendamentul propus ar trebui să ducă la o eficiență mai mare în combaterea violenței domestice.

Din analiza motivațiilor care au stat la baza revizuirii observăm că inițiatorii acesteia nu au făcut trimitere la date ale jurisprudenței supranaționale pentru a-și justifica inițiativa și nici deputații care au votat modificarea legii nu au căutat vreun suport în tendințele jurisdicționale ale instanțelor europene.

2.2. Perspectivă critică asupra revizuirii legislative recente

O perspectivă critică asupra demersurilor inițiatorilor revizuirii Codului penal român, expusă de curând de Prof. Valerian Cioclei¹⁶, devoalează un impact dublu discriminator al noilor prevederi legislative. Astfel, pentru a-și susține opinia, autorul ia în considerare două instituții diferite: cea a plângerii prealabile (art. 157 și 158, Cod penal) și cea a împăcării (art. 159, Cod penal). În timp ce Prof. Cioclei nu contestă realitatea pe care o trăiesc victimele violențelor domestice din cauza presiunilor suportate pentru a nu depune plângere prealabilă, el demonstrează că această tendință nu poate fi combătută prin „imposibilitatea împăcării”, deoarece împăcarea intervine, dacă este prevăzută de lege în mod expres, doar când acțiunea penală a fost pusă în mișcare din oficiu și nu ca urmare a plângerii prealabile. Motivația făcută de inițiatorii revizuirii se referă mai degrabă la fapte comise cu intenție prin „exercitarea de violențe” și „intimidarea persoanei” deci în aceste cazuri ar fi incidente cu precădere dispozițiile din articolului 193 (Cod penal) privind lovirea și alte violențe. Cu toate acestea, modificarea are însă impact și asupra articolului 196 (Cod penal) care privește vătămarea corporală din culpă.

Drept urmare, consecințele discriminatorii ale revizuirii reies din poziția diferită pe care o dă legea amendată victimelor vătămării corporale în funcție de circumstanțele în care survine vătămarea: în cadrul relațiilor de rudenie sau în afara unei legături de familie. Astfel, dacă victima unei loviri sau vătămări corporale din culpă nu este membru de familie în raport cu făptuitorul, aceasta beneficiază din plin de dreptul de dispoziție asupra acțiunii penale: ea poate să nu depună plângere prealabilă împotriva făptuitorului sau, dacă o depune, poate să o retragă în condițiile legii (cf. art. 158, Cod penal). În ambele cazuri răspunderea penală a făptuitorului este înlăturată. Dacă victima este membru de familie, dreptul de dispoziție al acesteia este anulat deoarece, în cazul în care dorește să depună plângere prealabilă împotriva făptuitorului, există posibilitatea ca acțiunea penală să fie pusă în mișcare din oficiu, contra voinței sale, și, în condițiile modificării, ea nu mai are posibilitatea să împiedice tragerea la răspundere penală a făptuitorului prin împăcare.

Un alt efect discriminator apare în cazul în care victima, membru de familie, depune plângere prealabilă pentru una din cele două infracțiuni

¹⁶ V. Cioclei, *Violența în familie, o nouă țintă a politicii penale populiste*, Universul Juridic.ro, 29 octombrie 2020, <https://www.universuljuridic.ro/violenta-in-familie-o-noua-tinta-a-politicii-penale-populiste/>.

menționate (art. 193 și art. 196 Cod penal) și tot ea o poate retrage. Astfel, „dacă organele de urmărire penală sunt sesizate cu o plângere prealabilă valabilă, acestea nu vor mai putea porni din oficiu acțiunea penală, manifestarea de voință a persoanei vătămate având prioritate”¹⁷. În schimb, dacă victima, membru de familie, nu ajunge să depună plângere prealabilă, iar organul de urmărire penală pune în mișcare acțiunea penală din oficiu, făptuitorul va putea fi tras la răspundere penală, chiar împotriva voinței victimei. Această diferență de tratament este deci discriminatorie și nu poate fi justificată.

În continuare, același autor atrage atenția asupra faptului că posibilitatea de a pune în mișcare acțiunea penală din oficiu, în condițiile articolului 199 alineat 2 reprezintă o protecție suplimentară pentru victimele violenței domestice. Această protecție însă nu trebuie să anihileze voința victimelor discriminându-le în raport cu alți cetățeni ci să rămână „un instrument în mâna victimei”¹⁸.

Concluzii privind impactul jurisprudenței CEDO asupra combaterii violenței domestice în România

În prezentul articol am căutat să decelăm, pe de o parte, dacă legislația internă în materie de combatere a violenței domestice se înscrie în standardele internaționale privind eficientizarea combaterii acestui fenomen și, pe de altă parte, dacă adaptările legii interne au intervenit sub impactul jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului în domeniu.

În ceea ce privește alinierea legislației interne la principiile promovate la nivel internațional pentru combaterea violențelor împotriva femeilor și a violenței domestice, observăm că prin subscrierea la documentele specializate în domeniu, în special prin semnarea și ratificarea Convenției de la Istanbul, statul român și-a asumat angajamente ferme pentru combaterea acestui fenomen pe teritoriul său. Analizând cadrul legislativ intern (Legea nr. 217/2003, Codul penal și Codul de procedură penală) observăm prezența unor garanții conforme standardelor internaționale. Cu toate acestea, punerea în practică defectuoasă a garanțiilor legislative duce la încălcarea acestor standarde, atrăgând totodată condamnări ale statului român la CEDO.

Nu putem nega rolul instituțiilor europene și impactul activității lor asupra dezvoltării și ameliorării cadrului legislativ de combatere a violenței domestice în statele membre. Sub imperiul obligațiilor pozitive pe care și le asumă statele odată cu semnarea Convenției Europene a Drepturilor Omului autoritățile naționale trebuie să ia toate măsurile pentru a da substanță drepturilor protejate, prin toate mijloacele necesare de natură legislativă și procedurală. Cu toate acestea, Curtea nu se poate substitui legiuitorului intern în determinarea metodelor potrivite pentru fixarea și aplicarea cadrului juridic în materia combaterii violenței în familie, statele dispunând de o marjă de apreciere în acest

¹⁷ I. Nedelcu, în G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglai, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.M. Vasile, *Codul penal. Comentariu pe articole*, ed. 2, C. H. Beck, 2016, p. 459, apud V. Cioclei, *op. cit.*, p. 5.

¹⁸ V. Cioclei, *op. cit.* p. 6.

sens. Instanța Europeană se limitează la examinarea cererilor admise căutând să constate dacă prin deciziile adoptate de autoritățile naționale acestea au acționat în vederea punerii în aplicare a obligațiilor lor pozitive care decurg din textul Convenției (în special în lumina art. 2, art. 3, art. 8 și art. 6, coroborate adesea cu art. 14). La modul general, în virtutea obligațiilor asumate în virtutea acestui instrument european statele trebuie să ia toate măsurile necesare pentru împiedicarea supunerii persoanelor de pe teritoriul lor la rele tratamente atât de către autorități cât și din partea particularilor (*Opuz împotriva Turciei*, 2009), ceea ce poate justifica, în circumstanțele violenței domestice, intervenția autorităților în viața privată sau de familie a agresorilor, intervenție necesară uneori pentru protecția sănătății sau și a drepturilor terților sau pentru prevenirea infracțiunilor penale. Deci statul trebuie să adapteze mecanismele adecvate printr-un cadru legal care să permită protecția împotriva actelor de violență și între particulari (*Sandra Janković împotriva Croației*, 2009; *A. împotriva Croației*, 2010, *mutatis mutandis*, *M.C. împotriva Bulgariei*, 2003.). În plus, vulnerabilitatea particulară a victimelor violenței în familie justifică o constrângere crescută a autorităților naționale sub imperiul obligațiilor pozitive expuse de judecătorul european.

În realitate, așa cum a subliniat în numeroase cauze, Curtea nu se poate substitui legiuitorului național, ea putând face doar recomandări statelor pentru a atinge scopul Convenției Europene. Utilizarea jurisprudenței CEDO în calitate de cheie de lectură privind situația combaterii fenomenului de violență domestică în România ne poate ajuta în continuare pentru a decela sincopile sistemului național și pentru căutarea unor mijloace juridice în vederea combaterii pasivității autorităților care au obligația de a pune în practică legea internă și, prin aceasta, de a proteja în mod real victimele violenței în familie.