

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

ȘTIINȚE JURIDICE

TOM LXIV

Nr. I - 2018

EDITURA UNIVERSITĂȚII “ALEXANDRU IOAN CUZA”
IAȘI

COLEGIUL DE REDACȚIE

Redactor-șef	Profesor dr. Tudorel TOADER
Director științific	Profesor dr. Carmen Tamara UNGUREANU
Consiliu editorial	Conferențiar dr. Septimiu Vasile PANAINTE
	Conferențiar dr. Marius Nicolae BALAN
	Conferențiar dr. Ioana Maria COSTEA
Dezvoltare pagină Web	Ciprian ICHIM

ISSN-L 1221-8464

CUPRINS

SILVIA LUCIA CRISTEA , Despre „garanțiile” fidejutorului, sau cum poate fi despăgubit fidejutorul-solvens.....	1
VEACESLAV PÎNZARI , Opinii cu privire la reglementarea efectelor declarării nulității căsătoriei ce vizează relațiile dintre persoanele care au fost căsătorite	9
DRAGOȘ LUCIAN RĂDULESCU , Aspecte privind clauzele abuzive în contractele bancare. Prezumția discriminării	23
COSMIN DĂRIESCU , Impactul Regulamentului (UE) 2016/1103 asupra normelor conflictuale românești privind regimul matrimonial	33
LUIZA CRISTINA GAVRILESCU , Modalități de remediere a nulității actului juridic civil.....	47
MIRELA CARMEN DOBRILĂ , Lumini și umbre în consimțirea unei vânzări: de la promisiune la pact de opțiune	65
VIORTEL BĂNULESCU , Standarde de evaluare a fuziunilor în dreptul american: <i>rule of reason</i> Și <i>per se</i>	89
CLAUDIA ANTOANELA SUSANU , Judecătorul național, primul judecător al dreptului Uniunii. Rolul său în interpretarea și aplicarea normelor de dreptul ale Uniunii, în scopul asigurării efectului deplin al acestora	97
DESPINA-MARTHA ILUCĂ , Limite și provocări în clasificarea întreprinderilor. Criterii europene și criterii naționale.....	123
VASILISA MUNTEAN , Semnificația doctrinară și legală a noțiunii „eroare judiciară”	137
IONELA-DIANA PĂTRAȘC-BĂLAN , Investitorul străin între dreptul internațional și dreptul UE. Cazul Micula	149
ANDREEA ȘERBAN , Transferul informațiilor fiscale în contextul protecției datelor cu caracter personal	185
ȘTEFAN RĂZVAN TĂTARU , Soluționarea prin mijloace alternative a litigiilor apărute în comerțul internațional cu produse farmaceutice	203
MARIA-IOANA MARCULESCU-MICHINICI, MIHAI DUNEA , Încotro duc unii pași actuali pe calea reformei penale (I)? Despre definiția infracțiunii continuate	223
IOANA MARIA COSTEA , <i>Non bis in idem</i> în materie fiscală prin prisma jurisprudenței CEDO/CJUE	241
CARMEN MOLDOVAN , Particularități ale limitării libertății de exprimare pe internet în cazul discursului urii (<i>hate speech</i>)	251

ANDRA IFTIMIEI , Protecția datelor cu caracter personal. Aspecte de drept european	273
GEORGE CLAUDIU PUPĂZAN , Considerații cu privire la statutul delegatului sătesc.....	287

TABLE OF CONTENTS

SILVIA LUCIA CRISTEA , About fidejussor 's warranties, or how can the fidejussor-solvens be liable	1
VEACESLAV PÎNZARI , Views on effects regulation of the declaration of invalidity/nullity of marriage concerning the relationships between people who have been married	9
DRAGOȘ LUCIAN RĂDULESCU , Aspects relating to abusive clauses in bank contracts. The presumption of discrimination	23
COSMIN DĂRIESCU , The impact of the Regulation (EU) 2016/1103 on the Romanian choice-of-law rules on matrimonial regime	33
LUIZA CRISTINA GAVRILESCU , Means to remedy the nullity of the civil legal act	47
MIRELA CARMEN DOBRILĂ , Lights and shadows when consenting to a sale contract: from the sale promise to the option agreement	65
VIOREL BĂNULESCU , Fusion evaluation standards in american law: <i>rule of reasons</i> and <i>per se</i>	89
CLAUDIA ANTOANELA SUSANU , National judge, first judge of EU law. Its role in the interpretation and application of EU law, in order to ensure its full effect	97
DESPINA-MARTHA ILUCĂ , Limits and challenges in the classification of enterprises. European criteria and Romanian criteria	123
VASILISA MUNTEAN , The doctrinary and legal significance of the notion "judicial error"	137
IONELA-DIANA PĂTRAȘC-BĂLAN , Foreign investor between international law and UE law. The Micula Case	149
ANDREEA ȘERBAN , Fiscal data flow in the context of personal data protection	185
ȘTEFAN RĂZVAN TĂTARU , Alternative dispute resolution in international trade with pharmaceutical products	203
MARIA-IOANA MARCULESCU-MICHINICI, MIHAI DUNEA , Where to...? Some current steps on road to criminal law reform in the Romanian justice system (I). About the definition of the continued offense	223
IOANA MARIA COSTEA , <i>Non bis in idem</i> in tax matters in the light of ECHR / CJEU case law	241
CARMEN MOLDOVAN , Particularities of limiting freedom of expression on	

the internet in the cases of hate speech	251
ANDRA IFTIMIEI , Protection of personal data. Aspects of European law	273
GEORGE CLAUDIU PUPĂZAN , Considerations regarding the status of the village delegate	287

DESPRE „GARANȚIILE” FIDEJUSORULUI, SAU CUM POATE FI DESPĂGUBIT FIDEJUSORUL-SOLVENS

ABOUT FIDEJUSOR 'S WARRANTIES, OR HOW CAN THE FIDEJUSOR-SOLVENS BE LIABLE

SILVIA LUCIA CRISTEA¹

Rezumat: Fidejusiunea este o instituție juridică utilizată în prezent cu precădere în materie bancară, dar nu numai. Consecințele renunțării de către fidejutor la beneficiul de discuțiune pot fi drastice pentru acesta, așa cum va reieși din speța analizată. Practica în afaceri impune o regândire a fidejusiunii ca instituție juridică.

Cuvinte-cheie: fidejusiune; fidejutor; debitor principal; drept de regres; daune-interese.

Abstract: Fidejussion is a legal institution currently used mainly in banking, but not only. The consequences of the renunciation by the fidejussor for the lawful claim of a surety for a preliminary distraint upon the principal debtor may be drastic for the fidejussor, as will be seen from the case under consideration. Business practice requires a rethinking of the fidejussion as a legal institution.

Keywords: fidejussion; fidejussor; principal debtor; right of recourse; damages.

Introducere

Dintre cele două fațete pe care le are obligația (dreptul creditorului și datoria debitorului), legea romană a conceput instituția juridică a garanției, prin care o altă persoană a fost responsabilă pentru îndeplinirea obligației în cazul în care persoana obligată nu a făcut-o. S-au născut astfel în dreptul roman² instituțiile juridice: „sponsio”, „fidepromissio” și „fideiussio”. Prin intermediul garanției, partea a treia (sponsor/garant, fidepromissor,

¹ Profesor univ. dr., Universitatea de Studii Economice din București, Departamentul de Drept și cercetător asociat la Institutul de Cercetări Juridice al Academiei Române, email: silvia_drept@yahoo.com, Professor Ph. D. at the University of Economic Studies of Bucharest, Law Department, and associate researcher at the Institute of Legal Research of the Romanian Academy

² Ș. Cocoș, *Drept roman*, ediția a IV-a, Editura Pro Universitaria, 2006.

fideiusor/garant) răspundea cu un capital anume, ce putea să constea în clădiri sau bunuri mobile.

În doctrina juridică de specialitate, întâlnim astăzi definiția garanțiilor personale ca fiind angajamentul pe care a altă persoană decât debitorul principal și-l asumă față de creditor, de a executa obligația, în cazul în care debitorul principal nu o face³, definiție ce acoperă în prezent fidejusiunea.

Într-o opinie pe care o împărtășim, fidejusiunea face parte din acea categorie de mijloace juridice puse la dispoziția creditorului, pentru ca, în ipoteza insolvabilității debitorului, creditorul să aibă ca garanție, în plus față de patrimoniul debitorului, și patrimoniul unei alte persoane⁴.

Dacă în reglementarea anterioară fidejusiunea era exclusiv un raport juridic cu titlu gratuit, Noul Cod civil⁵ aduce o chestiune relativ nouă în materia fidejusiunii, la art. 2280: aceasta poate fi fie cu titlu gratuit, fie cu titlu oneros. Astfel, conform art. 2280, „*Fidejusiunea este contractul prin care o parte, fidejutorul, se obligă față de cealaltă parte, care are într-un alt raport obligațional calitatea de creditor, să execute, cu titlu gratuit sau în schimbul unei remunerații, obligația debitorului dacă acesta din urmă nu o execută*”.

Motivația alegerii temei

Într-o soluție pronunțată în 2016⁶, al cărei conținut îl vom analiza în secțiunile următoare, nu se precizează cum va putea recupera fidejutorul ce a achitat datoria în locul debitorului principal. Ceea ce ne propunem să stabilim este cât de necesar este să se stipuleze acest aspect în chiar finalul deciziei instanței judecătorești, bineînțeles la cererea avocatului/apărătorului fidejutorului-solvens.

³ A se vedea C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ediția a IX-a revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2008, pp. 419.

⁴ A se vedea în acest sens R. Rizoiu, *Comentariile Codului Civil - Garanțiile personale, privilegiile și garanțiile reale-extras*, [Online] la: <http://www.inm-lex.ro/NCC/doc/BrosuraNoulCodCivil.pdf>, accesat la 22 martie 2018.

⁵ A se vedea Legea nr. 287/2009 privind codul civil român, publicată în Monitorul Oficial nr. 511 din 24 iulie 2009 și republicată în temeiul art. 218 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011.

⁶ Este vorba despre decizia civilă nr. 2693A, pronunțată de Judecătoria sectorului 6 din București-secția a III-a civilă, în ședința publică din 29 iunie 2016, [Online] la: <http://www.rolii.ro/>, accesat 18 martie 2018.

Caracterul accesoriu al contractului de fidejusiune

Conform art.2293 din Noul cod civil⁷, „*Fidejursorul nu este ținut să îndeplinească obligația debitorului decât dacă acesta nu o execută*”.Obligația fideiursorului este o obligație accesorie, așadar ea nu poate exista decât pentru o obligație principală, valabilă [art.2288 alin.(1)]. Caracterul accesoriu este reglementat și de art. 2293, potrivit căruia fidejursorul nu e ținut să îndeplinească obligația debitorului decât dacă aceasta nu o execută și de art. 2294-2295 coroborate cu art. 2298-2299, care reglementează beneficiile de discuțiune și de diviziune. Acestea fiind caracteristici ce țin de protecția terțului ce se obligă pentru altă persoană, nu se regăsesc la ipotecă⁸.

În speța prezentată mai înainte, datorită constatării insolvabilității debitorului principal (aflat în procedură de insolvență), creditorul a obținut un titlu executoriu împotriva garantului personal⁹. Acesta din urmă neavând bunuri la domiciliul declarat, s-a trecut la identificarea noului domiciliu și aici s-a identificat un bun imobil aflat în coproprietate în devălmășie cu soția. La cererea creditorului s-a trecut la partajul forțat al bunurilor comune, respectiv al imobilului, în vederea identificării părții ce i se cuvine soțului ce avea calitatea de debtor-fidejursor. Din datele speței rezultă că situația de fapt s-a petrecut anterior intrării în vigoare a noului cod civil român; așadar, legea aplicabilă este Codul civil român de la 1864 și Codul familiei.¹⁰ Astfel, potrivit dispozițiilor art. 33 alin. (1) C. fam., „*Bunurile comune nu pot fi urmărite de creditorii personali ai unuia dintre soți*”; de la acest principiu s-a prevăzut o excepție, la art. 33 alin. (2) C. fam., potrivit căreia „*după urmărirea bunurilor proprii ale soțului debtor, creditorul său personal poate cere împărțirea bunurilor comune, însă numai în măsura necesară pentru acoperirea creanței sale*”; rezultă că împărțirea bunurilor

⁷ Pe care îl vom scrie prescurtat de aici înainte „N.C.Civ”.

⁸ În acest sens, a se vedea S. L. Cristea, *Dreptul afacerilor*, ediția a III-a, revizuită și adăugită, Editura Universitară, București, 2012, pp. 319-321.

⁹ Din actele dosarului invocate în decizia nr. 2693A de mai sus reiese faptul că debitorul principal se afla în faliment, iar pentru creditoarea înscrisă la masa credală s-a încuviințat executarea silită a titlului executoriu-contract de credit nr. 164 din 14. 10. 2010, garantat prin contract de fidejusiune nr. 164/FID/01/14. 10. 2010.

¹⁰ Este vorba de Legea nr. 4/1953 privind codul familiei, republicată în Buletinul Oficial nr. 13 din 18 aprilie 1956, abrogată la data de 1 octombrie 2011, odată cu intrarea în vigoare a Noului cod civil român.

comune între soți poate fi cerută de creditorul personal al unuia dintre soți numai după ce creditorul a urmărit bunurile proprii ale soțului debitor¹¹.

Efectele fidejusiunii în raporturile dintre debitor și fidejutor

Regresul fidejutorului-solvens asupra debitorului este reglementat la art. 2305-2312 din N.C.Civ. Dacă fidejutorul plătește datoria debitorului principal, este de drept subrogat în toate drepturile pe care creditorul le avea împotriva debitorului (conform art. 2305 N.C.Civ).

Dreptul de regres al fidejutorului-solvens va putea fi valorificat fie pe calea unei acțiuni personale, fie pe calea acțiuni subrogatorii în drepturile creditorului. Se poate observa un dezavantaj pe care îl prezintă acțiunea în subrogație față de acțiunea personală, ce constă în aceea că fidejutorul ce invocă acțiunea în subrogație va putea cere debitorului numai ceea ce a plătit creditorului, păstrând și garanțiile pe care acesta din urmă le avea față de debitor, existând unele limitări în ceea ce privește dobânzile, cheltuielile și daunele-interese pentru repararea prejudiciului suferit datorită fidejusiunii.¹² Datorită faptului că fiecare acțiune prezintă atât avantaje, cât și dezavantaje, este de preferat ca fidejutorul-solvens să cumuleze cele două acțiuni, alegând acțiunea subrogatorie pentru recuperarea sumei la care era obligat debitorul principal, iar acțiunea personală pentru eventuale dobânzi sau despăgubiri¹³.

Cu alte cuvinte, ca și în reglementarea civilă anterioară, fidejutorul-solvens are dreptul să depună o cerere de chemare în judecată împotriva debitorului, cu solicitarea restituirii tuturor sumelor achitate creditorului. Ca urmare a acestui fapt, ar urma să fie pronunțată o hotărâre judecătorească care va putea fi executată silit prin intermediul executorului judecătoresc. S-ar ajunge astfel la vânzarea bunurilor debitorului, dacă acestea există, precum și la interdicții aplicate acestuia până la achitarea integrală a sumelor datorate.

¹¹ În ipoteza urmăririi bunurilor devălmășe legea nepermițând decât cu caracter de excepție (care este de strictă aplicare) partajarea bunurilor, transformarea lor din bunuri comune în bunuri proprii pentru ca ulterior să poată fi supuse urmăririi silite, așa cum rezultă din aceeași decizie.

¹² În acest sens, a se vedea I. Dojană, *Garanții personale. Cap. I. Dispoziții generale. Cap. II. Fidejusiunea*, în *Noul Cod Civil – Studii și comentarii – vol. III. Partea a II-a. Cartea a V-a (art. 1650-2499) Contracte speciale. Garanții*, coordonator M. Uliescu, editat sub patronajul Academiei Române, Institutul de Cercetări Juridice, Editura Universul Juridic, București, 2015, pp. 832-849.

¹³ A se vedea M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Petel, *Droit des sûretés*, Edition Litec, Paris, 2007, pp. 173.

Întinderea dreptului de regres al fidejursorului-solvens

Regresul fidejursorului contra debitorului-principal este de esența fidejusiunii¹⁴, întinderea acestuia depinzând după cum fidejusiunea s-a realizat cu sau fără consimțământul debitorului¹⁵. Pentru că în speța analizată, respectiv decizia nr.2693A/29iunie 2016, a există acordul debitorului, ne vom limita la analiza întinderii regresului fidejursorului doar în această ipoteză. Potrivit art. 2306 alin.(1) din N.C.Civ., în această situație fidejursorul poate recupera:capitalul, dobânzile și cheltuielile, precum și daunele-interese pentru repararea oricărui prejudiciu pe care acesta l-a suferit din cauza fidejusiunii¹⁶.

În cazul în speță, starea de insolvență a debitorului-principal¹⁷, coroborată cu obținerea de către creditor a unui titlu executoriu împotriva fidejursorului, dar și cu constatarea de către executor a faptului că fidejursorul nu are bunuri mobile urmăribile, ci doar a unui imobil, aflat în indiviziune cu soția de care a divorțat, conduc la declanșarea forțată a partajului acestui bun. Instanța a hotărât ieșirea din indiviziune, a stabilit cotele partajabile, și, atribuind în deplină proprietate și posesie fostei soții, o obligă pe aceasta la achitarea către fidejursorul-pârât a unei sulte, corespunzătoare contribuției fidejursorului la comunitatea de bunuri din timpul căsătoriei.

La pronunțarea sentinței, instanța l-a obligat pe fidejursorul-pârât la plata unor sume cu titlu de cheltuieli de judecată.

Problemele care ne preocupă, ce se nasc din rezolvarea dată de instanță, coroborate cu textul de lege, considerăm că sunt următoarele:

- Poate fidejursorul să-și scadă cheltuielile de judecată înainte de a face plata către creditorul care a declanșat partajul sau nu?

¹⁴ În acest sens a se vedea C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român, vol. II*, pp. 1051.

¹⁵ A se vedea C. Irimia în *Cartea a V-a, Titlul X. Garanții personale – Fidejusiunea*, în *Noul Cod civil – comentariu pe articole*, coordonator F. A. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, Editura C. H. Beck, București, 2012, pp. 2244.

¹⁶ Corespunde art. 1163 alin. (1) din Codul civil al Republicii Moldova, publicat în Monitorul Oficial nr. 82-86 din 22 iunie 2002.

¹⁷ În sensul că o astfel de garanție există și în sistemul de drept german sub denumirea de „Burgschaft” și „Burgschaft auf erstes Arfordern”, iar în dreptul englez sub denumirea de „contract of guarantee”. A se vedea D. Houtchieff, A. S. Barthez, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, dar și G. M. Andrews, R. Milet, *The Law of Guarantees*, Sweet & Maxwell, ediția a V-a, 2007, p. 5; J. Phillips, J. O’ Donovan, *The Modern Contract of Guarantee*, Sweet & Maxwell, 2004, pp. 88 și urm.

- Dacă își exercită regresul, poate invoca daune-interese pentru declanșarea forțată a partajului sau nu?

- Din banii obținuți ca sultă va plăti datoria, în locul debitorului-principal, dar, ținând cont de insolvența acestuia, mai poate să-și exercite dreptul de regres sau nu? Teoretic, subrogarea în drepturile creditorului îl îndreptățește să o facă, dar practic are vreo șansă de recuperare a sumelor achitate?

În loc de concluzii: răspunsul la întrebări

Considerăm că la prima întrebare răspunsul este: nu, fidejutorul nu poate să-și scadă datoria rezultată din cheltuielile de judecată din suma obținută ca sultă. Din caracterul solidar al obligației garantate rezultă prioritatea acoperirii creanței creditorului, și abia apoi, ca efect al subrogării în drepturile acestuia, recuperarea cheltuielilor (conform art.2306alin. (1) din N.C.Civ). Mai mult, considerăm că fără un titlu executoriu nu-și poate exercita dreptul de regres împotriva debitorului-principal.

La cea de-a doua întrebare, răspunsul este pozitiv: da, poate invoca daune-interese pentru declanșarea forțată a procedurii partajului. Chiar dacă ieșirea din indiviziune era necesară, declanșarea ei s-a produs ca efect a presiunii executorului judecătoresc, ce urma să valorifice bunurile soțului-fidejutor, și în lipsă, bunurile comune. Deși poziția de reclamant a soției fidejutorului pare să se constituie ca argument împotriva declanșării forțate a partajului, în realitate este un argument în favoarea acesteia. Soția nu ar fi declanșat partajul dacă nu era constrânsă de riscul iminent al vânzării imobilului – bun comun, în vederea acoperirii datoriei garantate. Prin acțiunea de partaj a obținut nu numai ieșirea din starea de devălmășie, dar și transferul proprietății imobilului, în schimbul unei sulte, soluție ideală pentru a-și îngriji și crește copilul minor.

În concluzie, fidejutorul va putea cere debitorului-principal nu doar suma plătită ca solvens, ci și cheltuielile de judecată achitate (conform art. 2306 alin. (1) din N.C.Civ).

Ca răspuns la ultima întrebare, din păcate, e posibil ca fidejutorul-solvens să nu poată recupera nimic din sumele achitate, dar acest risc și l-a asumat renunțând la beneficiul în diviziune, și devenind debitor-solidar alături de debitorul-principal. Poziția în care a ajuns, fără bunuri, lipsit de venituri și evacuat din casa pe care o împărțea cu familia, sunt consecințele propriilor decizii. Are la dispoziție doar alternativa de a se adresa

judecătorului-sindic pentru a căpăta o poziție în lista masei creditorilor și apoi un titlu executoriu împotriva debitorului insolvent.

Pendularea între dispozițiile Noului cod civil român și dispozițiile anterioare a fost posibilă, în prezentul articol, cu scopul unic de a servi demonstrației teoretice, mai degrabă filozofiei dreptului. În instanța de judecată această dedublare nu este admisibilă.

Analiza speței, dar și a dispozițiilor legii au avut ca scop evidențierea unei realități, și anume că practica curentă în afaceri dovedește faptul că instituția fidejusiunii trebuie regândită. În primul rând datorită faptului că fidejursorul poate opune creditorului toate apărările pe care le avea debitorul principal, în al doilea rând pentru că securitatea fidejursorului¹⁸ este asigurată de posibilitatea invocării beneficiului de discuțiune și a celui de diviziune. Aceste realități au impus o adaptare a instituției fidejusiunii în sensul renunțării de către garant la cele două beneficii, chiar de la momentul constituirii garanției, fapt ce atrage efectul solidarității datoriei. Practic, creditorul dobândește astfel doi debitori principali, creanța sa fiind mult mai bine protejată.

¹⁸ D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 10e éd. , n°34, 2015, p. 37.

**OPINII CU PRIVIRE LA REGLEMENTAREA EFECTELOR
DECLARĂRII NULITĂȚII CĂSĂTORIEI CE VIZEAZĂ RELAȚIILE
DINTRE PERSOANELE CARE AU FOST CĂSĂTORITE**

**VIEWS ON EFFECTS REGULATION OF THE DECLARATION OF
INVALIDITY/NULLITY OF MARRIAGE CONCERNING THE
RELATIONSHIPS BETWEEN PEOPLE WHO HAVE BEEN
MARRIED**

VEACESLAV PÎNZARI¹

Rezumat: În materia căsătoriei, ca de altfel și în alte materii, în cazul în care manifestarea de voință este făcută cu încălcarea normelor legale stabilite pentru validitatea acesteia, va interveni nulitatea ca sancțiune care, stabilită prin hotărârea instanței de judecată, nu se îndreaptă împotriva actului juridic ca atare, ci împotriva efectelor potrivit legii, produse pe fundalul viciat al actului. Deci, actul juridic sancționat cu nulitate, este lipsit de efectele juridice în vederea cărora a fost încheiat. În cadrul acestui demers vom efectua o analiză a efectelor pe care le produce sancțiunea nulității, asupra relațiilor între persoanele care au fost căsătorite, a căror căsătorie a fost desființată.

Cuvinte-cheie: căsătorie; nulitate; efecte nepatrimoniale; efecte patrimoniale; întreținere; moștenire.

Abstract: In matters of marriage, as well as in other matters, when the expression of will is made by violating legal norms, established for its validity, the invalidity/nullity will comes as a sanction, which, established by the court decision, is not directed against the legal act as such/by its very nature, but against the adverse effects of law, effects produced on the background of the tainted/corrupted act. Therefore, the legal act, sanctioned by nullity, is devoid of legal effects to which it was concluded. In this endeavor, we shall analyze the effects (that) the nullity sanction produces on the relationships between people who have been married, whose marriage was dissolved.

Keywords: marriage; nullity; non-patrimonial effects; patrimonial effects; maintenance; inheritance/legacy.

¹ Conferențiar univ. dr. , Universitatea de Stat „Alec Russo” din Bălți, v. m. pinzari@gmail. com

Căsătoria reprezintă actul juridic solemn, încheiat între un bărbat și o femeie, în scopul întemeierii unei familii. Încheierea actului juridic al căsătoriei presupune, ca de altfel și în cazul tuturor actelor juridice, în general, îndeplinirea unor condiții de fond și de formă, precum și, în particular, lipsa impedimentelor pentru încheierea acesteia. Îndeplinirea condițiilor de fond trebuie dovedită de către viitorii soți, iar lipsa piedicilor nu trebuie demonstrată, este suficient ca aceștia să declare că ele nu există. În acest sens, alin. 2 art. 10 Codul Familiei al Republicii Moldova prevede că: „În declarația de căsătorie, viitorii soți trebuie să indice că nu există nici un impediment legal la căsătorie”.

În cazul în care se constată nerespectarea condițiilor de validitate la căsătorie, prin hotărâre judecătorească operațiunea respectivă va fi desființată cu efect retroactiv (*ex tunc*). Drept consecință, declararea nulității căsătoriei va produce două mari categorii de efecte, care vor viza aspecte personale și patrimoniale și, anume:

1. cu privire la relațiile dintre persoanele care au fost căsătorite;
2. cu privire la relațiile dintre părinții și copiii rezultați din această căsătorie.

Indiferent de tipul nulității, atât cea absolută cât și cea relativă, deși sunt produse de cauze diferite, vor genera aceleași efecte și, anume: lipsirea de efecte juridice pentru viitor (*ex nunc*) a căsătoriei încheiate ignorând prevederile legale, dar și desființarea retroactivă a acesteia (*ex tunc*), ca și cum ea nu ar fi existat. Dar, o simplă preluare din dreptul comun a efectelor nulității actelor juridice în materia căsătoriei este imposibilă, având în vedere complexitatea efectelor pe care le produce actul respectiv care, până la rămânerea definitivă și irevocabilă a hotărârii judecătorești privind desființarea acestuia, a fost prezumat a fi valabil și a produs o serie de consecințe juridice pentru persoanele astfel căsătorite, consecințe care nu pot fi neglijate. În aceste condiții vom constata că, de la regula retroactivității efectelor nulității există și câteva excepții. Aceste excepții se referă la căsătoria putativă și situația copiilor născuți din căsătoria desființată.

În continuare, vom analiza efectele pe care le produce desființarea unei căsătorii în conformitate cu legislația Republicii Moldova.

1. Efectele declarării nulității căsătoriei cu privire la relațiile dintre persoanele care au fost căsătorite

1. 1. Efectele declarării nulității căsătoriei cu privire la relațiile

nepatrimoniale dintre persoanele care au fost căsătorite

Hotărârea judecătorească desființează căsătoria lovită de nulitate și, prin efectul său retroactiv, face ca persoanele care au fost căsătorite să fie repuse în situația anterioară încheierii acestui act juridic, adică, în situația ca și când ei nici nu l-ar fi încheiat vreodată. Astfel, dacă a rămas definitivă și irevocabilă hotărârea de desființare:

- căsătoria este considerată că nici nu a fost încheiată vreo dată;
- se consideră, că aceste persoane nu au fost căsătorite niciodată între ele, deci, nu au avut calitatea de soți și, pe cale de consecință, nu-i vom putea numi „*foști soți*”²;
- încetează pentru viitor (*ex nunc*) obligațiile de sprijin moral și de fidelitate conjugală³;
- persoana care și-a schimbat numele ca efect al căsătoriei, care ulterior a fost declarată nulă sau anulată, îl poate păstra și nu trebuie să revină obligatoriu la numele avut anterior încheierii acesteia. Dar, cu privire la numele persoanelor a căror căsătorie a fost desființată, trebuie făcute unele precizări. Astfel, în conformitate cu prevederile pct. 83 din Instrucțiunea cu privire la modul de înregistrare a actelor de stare civilă, „*Soțul care și-a schimbat numele la încheierea căsătoriei, luând numele a celui alt soț, în cazul recunoașterii nulității căsătoriei are dreptul să-și mențină acest nume, dacă în hotărârea instanței de judecată de recunoaștere a nulității căsătoriei este dispusă expres această acțiune.*

În acest caz anulând actul de căsătorie la rubrica „Mențiuni” se înscrie că după recunoașterea nulității căsătoriei, soțul menține numele obținut la înregistrarea căsătoriei.

² Legat de acest aspect, observăm că autorii în domeniu utilizează termenul „*soții*” sau sintagma „*foștii soți*”. Același lucru l-am făcut și noi anterior, dar, analizând legislația Republicii Moldova în această materie, ne-am revăzut punctul de vedere. Considerăm că utilizarea acestor termeni nu este adecvată în cazul desființării căsătoriei deoarece, calitatea de „*soț*” sau „*fost soț*” poate rezulta doar dintr-o căsătorie valabil încheiată și nu dintr-una desființată. Dacă avem în vedere caracterul retroactiv al nulității, în cazul desființării, se consideră că persoanele a căror căsătorie a fost lovită de nulitate nu au fost niciodată căsătorite între ele. Astfel, acestora nu le putem atribui nici calitatea de „*soți*”, dar nici pe cea de „*foști soți*”. Alta este situația căsătoriei putative unde, soțul sau soții de bună-credință au calitatea de „*soț*” până la rămânerea definitivă a hotărârii privind desființarea căsătoriei (*n. n. V. P.*).

³ În opinia noastră, în cazul obligațiilor de sprijin moral și de fidelitate conjugală, desființarea retroactivă este imposibil de obținut dar și este lipsită de vreo rațiune (*n. n. V. P.*).

În cazul în care în hotărârea instanței judecătorești privind recunoașterea nulității căsătoriei nu este expus expres că soțul care și-a schimbat numele în rezultatul căsătoriei respective, va purta și în continuare acest nume, în actele de identitate a persoanei vizate se va înscrie mențiunea „Buletinul de identitate (pașaportul) urmează a fi schimbat în termen de 1 lună”.

Din dispozițiile legale citate mai sus concluzionăm că, dacă prin hotărârea judecătorească nu se dispune expres păstrarea numelui, persoana care și l-a schimbat cu ocazia încheierii căsătoriei nule sau anulate va trebui să revină la numele avut anterior încheierii acesteia;

- cel care nu a împlinit vârsta de optsprezece ani, pierde capacitatea de exercițiu deplină dobândită în condițiile acordării dispensei de vârstă la căsătorie, potrivit dispozițiilor alin. 2 art. 20 C. Civ. ;

- în relațiile dintre persoanele care au fost căsătorite nu se suspendă cursul prescripției extinctive. Astfel, în conformitate cu dispozițiile lit. a) art. 275 C. Civ. : „*Cursul prescripției extinctive se suspenda: a) pentru cererile dintre soți - pe durata căsătoriei*”. Ținând cont de aceste dispoziții legale și având în vedere efectul retroactiv pe care-l produce nulitatea căsătoriei, dispăre calitatea de soți care ar justifica suspendarea cursului prescripției extinctive privind dreptul la acțiune în litigiile dintre ei și, de asemenea, nu poate fi vorba de „timp al căsătoriei” în care, cursul prescripției se suspendă. După rămânerea definitivă a hotărârii de desființare a căsătoriei, prescripția va fi calculată incluzând și timpul în care aceste persoane au fost căsătorite, deoarece nu au fost îndeplinite condițiile legale pentru suspendarea curgerii termenului prescripției, prevăzute la lit. a) art. 275 C. Civ.

1. 2. Efectele declarării nulității căsătoriei cu privire la relațiile patrimoniale dintre persoanele care au fost căsătorite

În literatura de specialitate, autorii precizează că nulitatea căsătoriei va produce efecte și asupra relațiilor patrimoniale stabilite între persoanele ale căror căsătorie a fost desființată. Aceste efecte privesc: 1. regimul matrimonial; 2. obligația legală de întreținere; 3. dreptul de moștenire⁴.

1. 2. 1. Efectele declarării nulității căsătoriei cu privire la regimul matrimonial

În ceea ce privește regimul matrimonial, indiferent că este vorba de cel

⁴ M. Avram, *Drept civil. Familia*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 102.

legal sau convențional, având în vedere faptul că acesta nu poate exista în afara căsătoriei și, ținând cont de efectul retroactiv al nulității, se va considera că el nu a existat. În acest caz, față de bunurile dobândite în comun de persoanele a căror căsătorie a fost desființată, se vor aplica dispozițiile art. 346 - 365 C. Civ. al Republicii Moldova, care reglementează proprietatea comună pe cote – părți deoarece, între aceste persoane nu putea să existe proprietate comună devălmașă, rezultată din alegerea regimului legal al bunurilor soților. În această materie, alin. 2 art. 44 Codul Familiei al Republicii Moldova prevede că: *„Bunurile procurate în comun de către persoanele a căror căsătorie a fost declarată nulă aparțin acestora cu drept de proprietate în diviziune, iar contractul matrimonial se consideră nul”*.

Legat de dispozițiile legale citate mai sus trebuie să facem următoarele precizări: *„sintagma „drept de proprietate pe cote-părți” este sinonimă cu termenul „coproprietate”. Coproprietatea se deosebește de indiviziune. Astfel, în timp ce coproprietatea are ca obiect un bun sau bunuri singulare, indiviziunea are ca obiect o universalitate de bunuri. Cu alte cuvinte, proprietatea pe cote-părți sau coproprietatea este o modalitate a dreptului de proprietate, iar indiviziunea constituie o modalitate a patrimoniului”*⁵. Din punctul nostru de vedere, în dispozițiile alin. 2 art. 44 Codul Familiei al Republicii Moldova, legiuitorul confundă termenul „indiviziune” cu cel de „coproprietate”. Este adevărat că în timpul căsătoriei, dacă vorbim de regimul legal al bunurilor soților, patrimoniul persoanelor căsătorite cunoaște două categorii de bunuri: *proprietate comună devălmașă* și *proprietate personală*. Bunurile proprietate comună devălmașă, formează patrimoniul comun al soților, adică o universalitate juridică ce se află în stare de indiviziune până la partaj. Deci, indiviziunea este o modalitate a patrimoniului, inclusiv o modalitate a patrimoniului persoanelor căsătorite. Având în vedere faptul că actul juridic al căsătoriei a fost desființat, iar în conformitate cu regula exprimată în adagiul *quod nullum est, nullum producit effectum* acesta nu poate produce efecte juridice, respectiv, nu poate fi vorba despre patrimoniul comun al soților, iar pe cale de consecință, aici vom avea în vedere bunurile dobândite în comun de către persoanele a căror căsătorie a fost desființată. În concluzie, considerăm că prima parte a alin. 2 art. 44 Codul Familiei al Republicii Moldova este inexactă și, în opinia noastră, poate fi redactată în felul următor: *„Bunurile dobândite în comun de către persoanele a căror căsătorie a fost declarată nulă aparțin acestora în coproprietate...”*.

⁵ L. Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, Editura Lumina Lex, București, 1996, p. 155.

În ceea ce privește efectele declarării nulității căsătoriei cu privire la contractul matrimonial, prevăzute în ultima parte a alin. 2 art. 44 Codul Familiei al Republicii Moldova după cum urmează: „... iar contractul matrimonial se consideră nul”, ținem să subliniem următoarele:

- în primul rând, „*deși există o legătură strânsă dintre căsătorie și convenția matrimonială, instituție pe care orice regim matrimonial, legal sau convențional, înțelege să o servească, aceasta nu înseamnă însă că cele două categorii juridice sunt sudate solidar. Fiecare dintre acestea are regimul său, căsătoria influențând convenția matrimonială și nu invers*”⁶;

- în al doilea rând, nulitatea contractului matrimonial nu va atrage nulitatea căsătoriei, în schimb, dacă este declarată nulă sau anulată căsătoria, efectele contractului matrimonial nu se vor mai produce nici ele⁷;

- în rândul al treilea, art. 41 Codul Familiei al Republicii Moldova se referă la cauzele de nulitate ale actului juridic al căsătoriei, nu și la cele ale contractului matrimonial, astfel că, de multe ori căsătoria, poate să fie încheiată cu nerespectarea condițiilor de fond sau formă prevăzute de lege, în schimb contractul matrimonial să fie încheiat valabil;

- în sfârșit, în cazul declarării nulității căsătoriei, contractul matrimonial nu va fi considerat nul, după cum prevede alin. 2 art. 44 Codul Familiei al Republicii Moldova, ci „va fi caduc”, pentru că a dispărut rațiunea existenței acestuia.

Concluzionând, având în vedere cele menționate anterior, considerăm că dispozițiile alin. 2 art. 44 Codul Familiei al Republicii Moldova sunt formulate cu anumite erori, ar trebui modificate și, în opinia noastră, ar putea avea următorul conținut: „*Bunurile dobândite în comun de către persoanele a căror căsătorie a fost declarată nulă sau anulată aparțin acestora în coproprietate, iar contractul matrimonial se va considera caduc*”.

1. 2. 2. Efectele declarării nulității căsătoriei cu privire la obligația legală de întreținere

După cum stabilește legislația în art. 82-85 Codul Familiei al Republicii Moldova, între soți și foști soți există obligația legală de întreținere. Având în vedere faptul că vorbim despre un act juridic lovit de nulitate, care nu poate da

⁶ P. Vasilescu, *Regimuri matrimoniale. Parte generală*, Editura Rosetti, București, 2003, p. 199.

⁷ Ibidem.

naștere efectelor proprii unei căsătorii, în conformitate cu regula de drept exprimată în adagiul *quod nullum est, nullum producit effectum*, între persoanele ale căror căsătorie a fost desființată nu poate fi vorba nici despre obligația legală de întreținere, deoarece acestea nu au avut calitatea de soți și, respectiv, nu pot avea calitatea de foști soți, după rămânerea definitivă și irevocabilă a hotărârii judecătorești de desființare a căsătoriei.

În opinia noastră, dacă în timpul căsătoriei ulterior desființate, unul dintre soți a prestat mijloace pentru întreținerea celuilalt, după rămânerea definitivă și irevocabilă a hotărârii privind declararea căsătoriei nule sau anulate, acesta poate cere restituirea cheltuielilor suportate, în temeiul îmbogățirii fără justă cauză⁸ reglementate de art. 1389-1397 C. Civ. al Republicii Moldova

Cu această ocazie trebuie neapărat menționat faptul că, nulitatea căsătoriei ar putea produce efecte și în privința obligației contractuale de întreținere. Astfel, dacă în timpul căsătoriei, care este declarată nulă sau anulată, soții au încheiat un contract prin care unul din ei sau ambii se obligă să acorde mijloace pentru întreținere, odată cu desființarea căsătoriei ar putea să dispară și cauza contractului de întreținere.

În literatura de specialitate se susține că, „în structura cauzei actului juridic civil intră două elemente: scopul imediat - *causa proxima* -, numit și scopul obligației, și scopul mediat - *causa remota* -, numit și scopul actului juridic. Scopul mediat constă în motivul determinant al încheierii unui act juridic civil; acest motiv se referă fie la însușirile unei prestații, fie la calitățile unei persoane”⁹. În speța noastră, credem că, de cele mai multe ori, motivul determinant al încheierii unui contract privind acordarea întreținerii, încheiat între persoane căsătorite, îl constituie calitatea de soț. Pierderea acestei calități, ar putea duce la dispariția cauzei pentru care a fost încheiat contractul de întreținere și, implicit, la desființarea acestuia. Ideile date au la bază prevederile alin. 1 art. 207 C. Civ. al Republicii

⁸ Cum susțin autorii în domeniu, „îmbogățirea fără justă cauză este faptul juridic licit prin care are loc mărirea patrimoniului unei persoane prin micșorarea corelativă a patrimoniului altei persoane, fără ca pentru acest efect să existe o cauză justă sau un temei juridic. Îmbogățirea fără justă cauză dă naștere unui raport obligațional între îmbogățit și însărăcit. Îmbogățitul este debitorul, însărăcitul este creditorul obligației de restituire. Restituirea trebuie să se facă, ori de câte ori este posibil, în natură. În toate celelalte cazuri se face prin echivalent bănesc”, L. Pop, *Teoria generală a obligațiilor*, Editura Lumina Lex, București, 2000, p. 143-146.

⁹ Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Ediția a VIII-a, revăzută și adăugită de M. Nicolae și P. Trușcă, Editura Universul Juridic, București, 2003, p. 168.

Moldova care dispun că: „Actul juridic civil încheiat fără cauză ori fondat pe o cauză falsă sau ilicită nu poate avea nici un efect”.

1. 2. 3. Efectele declarării nulității căsătoriei cu privire la dreptul de moștenire

Și legat de acest aspect ar trebui să ne întoarcem la regula de drept exprimată în adagiul *quod nullum est, nullum producit effectum*. Persoanele ale căror căsătorie a fost declarată nulă sau anulată, nu se pot prevala de efectele căsătoriei după rămânerea definitivă și irevocabilă a hotărârii judecătorești de desființare a acesteia. Deci, ele nu au avut calitatea de soți și, pe cale de consecință, în cazul decesului uneia dintre ele, cel care rămâne în viață nu poate avea calitatea de „soț supraviețuitor”, respectiv, nu are dreptul la succesiune legală și, după cum vom vedea în continuare, în conformitate cu prevederile art. 1503 C. Civ. al Republicii Moldova, pierde dreptul și la succesiunea testamentară. Codul civil al Republicii Moldova consacră, cu referire la drepturile succesoriale ale persoanelor a căror căsătorie a fost desființată, art. 1503 C. Civ. intitulat „Pierderea dreptului la succesiune în cazul declarării nulității căsătoriei”, care prevede că: „*Soțul supraviețuitor pierde dreptul la succesiune dacă au existat motive pentru declararea nulității căsătoriei și testatorul a intentat în acest sens o acțiune în instanța de judecată*”.

Prima observație care se cere a fi făcută legat de dispozițiile art. 1503 C. Civ. al Republicii Moldova citate mai sus este că, sintagma „soț supraviețuitor” în conținutul acestei norme legale, în opinia noastră este justificată deoarece, în cuprinsul ei vedem că legiuitorul statuează că „au existat motive pentru declararea nulității căsătoriei și testatorul a intentat în acest sens o acțiune în instanța de judecată”. Astfel, constatăm că nu este vorba de o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă de desființare a căsătoriei, deci, calitatea de soț nu a fost încă pierdută. Considerăm concluzia noastră justă deoarece nulitatea, în această materie, este judiciară și, cât timp nu există o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă de desființare a căsătoriei, aceasta se consideră valabilă și producătoare de efecte juridice.

Pentru a efectua o analiză a acestei dispoziții legale, ne vom referi de la început la comentariul de care a avut parte articolul dat: „*Dacă până la decesul defunctului¹⁰, ultimul¹¹ a intentat o acțiune în judecată cu scopul de*

¹⁰ Sintagma „*decesul defunctului*” este o construcție gramaticală extrem de nereușită, este

a declara căsătoria nulă, soțul supraviețuitor nu va mai avea vocație succesorală legală la moștenirea lăsată de soțul predecedat. Deși legiuitorul s-a referit doar la simpla intentare a acțiunii, existând motive pentru declararea nulității căsătoriei, totuși, vocația succesorală legală a soțului supraviețuitor va depinde de aprecierile instanței de judecată.

Potrivit articolului 41 din Codul familiei, căsătoria poate fi declarată nulă în următoarele cazuri:

- nu au fost respectate condițiile de fond pentru încheierea căsătoriei (articolele 11, 13, 14, 15 din Codul familiei);*
- căsătoria a fost încheiată când soții sau unul dintre ei nu au avut intenția de a crea familie (căsătorie fictivă).*

Căsătoria declarată nulă se consideră ca atare din momentul încheierii ei”¹².

În ceea ce ne privește, supunem criticii dispozițiile art. 1503 C. Civ. al Republicii Moldova și comentariul acestuia, din următoarele rațiuni:

- considerăm că denumirea acestui articol „Pierderea dreptului la succesiune în cazul declarării nulității căsătoriei” este inexactă. În legislația civilă și nu numai dar și în literatura de specialitate, se face o analiză a nulității în funcție de diferitele criterii de clasificare. Unul din aceste criterii este „în funcție de natura interesului ocrotit – general ori individual -, prin dispoziția legală încălcată la încheierea actului juridic civil, potrivit căruia nulitatea este de două feluri: absolută și relativă”¹³. Sub aspect terminologic, „nulitatea absolută este determinată, în legislație, practică și chiar doctrină, uneori, prin formulele: actul este „nul de drept” sau, „actul este nul” ori, „actul este nul de plin drept” sau „actul va fi nul”, iar nulitatea relativă este indicată prin formulele: „actul este anulabil”, „actul*

un pleonasm (moartea mortului). De aceea, „pentru a se evita aceasta în limbajul tehnic de specialitate, persoana decedată care lasă succesiunea se desemnează sub denumirea de „de cuius” termen care provine din prescurtarea locuțiunii latine „is de cuius succesiune agitur”, care desemnează pe „cel despre a cărui succesiune este vorba””, D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Editura „Rosetti”, București, 2003, p. 26.

¹¹ De ce „ultimul”? Din câte vedem, în această parte a comentariului se vorbește doar despre defunct, astfel că nu vedem necesitatea clasificării acestuia în *primul, cel de-al doilea sau ultimul* (n. n. V. P.).

¹² *Comentariul Codului Civil al Republicii Moldova*. Coordonatori: M. Buruiană, O. Efrim, N. Eșanu, Volumul II, Editura ARC, Chișinău, 2006, p. 1168.

¹³ Gh. Beleiu, op. cit., p. 220-221.

poate fi anulat”¹⁴. Această precizare am considerat-o necesară deoarece, în titlul art. 1503 C. Civ. al Republicii Moldova legiuitorul stabilește că dreptul la succesiune se va pierde doar „în cazul declarării nulității căsătoriei”, adică, doar în cazul nulității absolute a acesteia, în situația în care actul juridic al căsătoriei a fost încheiat cu nerespectarea unor condiții de fond sau de formă ce vizează un interes general, al întregii societăți. Să înțelegem că dacă suntem în prezența unor cazuri de nulitate relativă a căsătoriei, când se încalcă anumite condiții de fond sau de formă ce vizează un interes particular, soțul supraviețuitor nu va pierde dreptul la succesiunea testamentară? Este aceasta o scăpare sau legiuitorul a dorit să reglementeze anume așa situația dată? Considerăm că denumirea acestui articol ar trebuie să fie „*Pierderea dreptului la succesiune în cazul desființării căsătoriei*”.

- există o neconcordanță între denumirea articolului 1503 C. Civ. al Republicii Moldova și conținutul acestuia. Astfel, titlul articolului este: „*Pierderea dreptului la succesiune în cazul declarării nulității căsătoriei*”, iar în conținutul acestuia legiuitorul se referă la pierderea de către soțul supraviețuitor a dreptului la succesiunea testamentară. Această concluzie se trage din partea finală a art. 1503 C. Civ. al Republicii Moldova, ce prevede că, sancțiunea dată va interveni dacă „*testatorul a intentat în acest sens o acțiune în instanța de judecată*”. Într-adevăr, „*noțiunea de succesiune este susceptibilă de mai multe accepțiuni, dar în esență, aceasta desemnează transmiterea unui patrimoniu, fracțiune de patrimoniu sau a unor bunuri singulare de la o persoană fizică decedată la una sau mai multe persoane fizice sau juridice în ființă*”¹⁵. Deci, când spunem „succesiune”, în acest context, vom avea în vedere o transmisiune „mortis causa” prin care se transmit drepturi și obligații fără ca să specificăm că aceasta este una „legală” sau „testamentară”. Așadar, considerăm că, dacă prin dispozițiile art. 1503 C. Civ. al Republicii Moldova s-a dorit lipsirea soțului supraviețuitor de dreptul la succesiunea testamentară, denumirea trebuia să ne indice acest fapt explicit și articolul în cauză să se intituleze „*Pierderea dreptului la succesiune testamentară în cazul declarării nulității căsătoriei*”. Dacă, s-a avut în vedere, însă, că prin această prevedere legală soțul supraviețuitor pierde dreptul atât la succesiunea legală, cât și la cea testamentară, de ce legiuitorul stabilește că „testatorul” și nu „defunctul”

¹⁴ Idem, p. 221.

¹⁵ D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni*, Editura Lumina Lex, București, 1996, p. 3.

trebuia să fi intentat acțiunea de declarare a nulității căsătoriei?

- legiuitorul ne sugerează, prin modul de redactare a titlului articolului 1503 C. Civ. al Republicii Moldova „Pierderea dreptului la succesiune în cazul declarării nulității căsătoriei”, ideea că nulitatea căsătoriei este deja constatată și există o hotărâre judecătorească în sensul dat, cu toate că din cuprinsul dispoziției legale examinate rezultă că, soțul care a intentat abia o acțiune cu privire la declararea nulității căsătoriei, a decedat până la tranșarea pricinii. Aceasta, în opinia noastră, la fel reprezintă o neconcordanță între denumirea și conținutul articolului supus analizei;

- ce trebuie să înțelegem prin sintagma „*au existat motive pentru declararea nulității căsătoriei*”? Aceste motive au existat în legislația familială sau civilă, în opinia sau imaginația cui, a soțului supraviețuitor, a instanței care a fost sesizată etc. ?

- să înțelegem că depunerea cererii privind declararea nulității sau anularea căsătoriei echivalează cu o hotărâre judecătorească rămasă definitivă și irevocabilă în cazul în care reclamantul decedează? Codul de procedură civilă al Republicii Moldova, în alin. 1 și 2 art. 254 intitulat „Hotărârile judecătorești definitive și irevocabile”, prevede că: „(1) *Rămân definitive hotărârile judecătorești:*

- a) *emise în primă instanță fără drept de apel;*
 - b) *emise în primă instanță, supuse apelului, după examinarea pricinii în apel, în cazul în care apelul este respins;*
 - c) *emise în apel prin care s-a rezolvat fondul cauzei.*
- (2) *Rămân irevocabile hotărârile judecătorești:*
- a) *emise în primă instanță, după expirarea termenului de atac;*
 - b) *emise în primă instanță, atacate în apel sau recurs, după examinarea pricinii în recurs, în cazul în care recursul este respins;*
 - c) *emise în recurs, prin care s-a rezolvat fondul cauzei”.*

Din câte putem observa, Codul de procedură civilă nu prevede nimic în privința cererilor de declarare a nulității sau anulării căsătoriei depuse de către soțul reclamant, care a decedat după intentarea acțiunii în instanță, astfel, considerăm că în această situație trebuie aplicate prevederile art. 265 lit. f) C. proc. civ. al Republicii Moldova care statuează că: „*Instanța judecătorească dispune încetarea procesului în cazul în care: f) partea în proces persoană fizică decedează și raportul juridic litigios nu admite succesiunea în drepturi*”. Aceste dispoziții legale trebuie coroborate și cu prevederile alin. 1 art. 33 Codul Familiei al Republicii Moldova în

conformitate cu care: „Căsătoria încetează în urma decesului sau a declarării pe cale judecătorească a decesului unuia dintre soți”.

- de ce legiuitorul nu dă vreo soluție în privința soțului supraviețuitor care este de bună-credință¹⁶? Pierde și el dreptul la succesiunea defunctului său soț care a fost de rea-credință? Ce se întâmplă în situația în care soțul decedat a fost de bună-credință iar cel supraviețuitor este de rea-credință? Ce se întâmplă în situația în care ambii soți și cel în viață, dar și cel decedat au fost de bună - sau de rea-credință? Ce soluție se impune în situația când „au existat motive pentru declararea nulității căsătoriei”, dar acestea cad sub incidența art. 43 Codul Familiei care reglementează împrejurările ce înlătură nulitatea căsătoriei și soțul decedat a înaintat o acțiune în instanța de judecată?

- în comentariul articolului dat, autorul insistă asupra ideii potrivit căreia: „Deși legiuitorul s-a referit doar la simpla intentare a acțiunii, existând motive pentru declararea nulității căsătoriei, totuși, vocația succesorală legală a soțului supraviețuitor va depinde de aprecierile instanței de judecată”¹⁷. Considerăm eronată această concluzie deoarece, legiuitorul clar și imperativ prevede în art. 1503 C. Civ. al Republicii Moldova că: „Soțul supraviețuitor pierde dreptul la succesiune dacă au existat motive pentru declararea nulității căsătoriei și testatorul a intentat în acest sens o acțiune în instanța de judecată”. Dacă, în cazul art. 1502 C. Civ. al Republicii Moldova care reglementează pierderea dreptului la succesiune a soțului supraviețuitor în cazul divorțului, legiuitorul a lăsat la latitudinea instanței de judecată aprecierea admiterii sau nu la succesiune a soțului supraviețuitor, care a întrerupt relațiile de căsătorie în fapt cu *de cujus* prin formula, „Prin hotărâre judecătorească, un soț poate fi privat de dreptul la succesiune...”, aceeași posibilitate nu este prevăzută la art. 1503 C. Civ. al Republicii Moldova unde, legiuitorul prevede expres și imperativ că: „Soțul supraviețuitor pierde dreptul la succesiune...”. De aici trebuie să concluzionăm că, dacă a fost intentată o acțiune în instanța de judecată cu privire la declararea nulității căsătoriei și unul dintre soți a decedat, chiar dacă nu există o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă în acest caz, soțul supraviețuitor va fi lipsit de dreptul la succesiunea testamentară

¹⁶ Codul civil Quebec, prin dispozițiile art. 624 în această materie prevede: „L'époux ou le conjoint uni civilement de bonne foi succède à son conjoint si la nullité du mariage ou de l'union civile est prononcée après le décès”.

¹⁷ Comentariul Codului Civil al Republicii Moldova, Vol. II, op. cit. , p. 1168.

deoarece, legiuitorul nu mai lasă la latitudinea instanței posibilitatea aprecierii admiterii sau nu a acestuia la succesiunea defunctului său soț, instanța va constata doar dacă sunt sau nu întrunite condițiile prevăzute la art. 1503 C. Civ. al Republicii Moldova

- din câte putem observa la art. 1503 C. Civ. al Republicii Moldova, legiuitorul nu prevede nimic în privința modului prin care soțul supraviețuitor va fi lipsit de dreptul la succesiunea testamentară. Cum va opera această sancțiune, direct, prin efectul legii, sau trebuie cerută de către comoștenitorii soțului supraviețuitor ori, de către persoanele pentru care înlăturarea acestuia de la moștenire va produce efecte patrimoniale? Trebuie să se pronunțe vreo hotărâre judecătorească în acest sens sau nu? Codul civil al Republicii Moldova în alin. 3 art. 23 prevede: *„Nimeni nu poate fi limitat în capacitatea de folosință și în capacitatea de exercițiu decât în cazul și în modul prevăzut de lege”*. Înțelegem că ceea ce prevede Codul civil al Republicii Moldova în art. 1503, este un caz de limitare a capacității de folosință a persoanelor aflate în atare situație și, ar trebui să existe o hotărâre judecătorească în acest sens.

- trebuie sau pot fi aplicate aici prin analogie dispozițiile art. 1435 C. Civ. al Republicii Moldova intitulat: *„Decăderea din dreptul la succesiune”* care prevede că: *„Circumstanța care constituie temei pentru decădere din dreptul la succesiune trebuie constatată de instanța de judecată. Acțiunea poate fi intentată de persoana pentru care decăderea succesului nedemn din dreptul la succesiune are consecințe patrimoniale”*. Ce se întâmplă în situația în care comoștenitorii sau persoanele interesate nu doresc înlăturarea soțului supraviețuitor de la succesiunea defunctului său soț?

- ce se întâmplă în cazul în care soțul supraviețuitor este unicul moștenitor, iar procurorul cere privarea acestuia de dreptul la moștenirea testamentară? Cine va avea de câștigat în această situație? Va veni la moștenire statul?

Ținând cont de argumentele aduse anterior, considerăm că art. 1503 C. Civ. al Republicii Moldova trebuie exclus din Codul civil deoarece, în redactarea în care îl avem astăzi, este extrem de nereușit și poate ridica foarte multe probleme de aplicare în practică. În cazul în care există vreo rațiune a menținerii acestuia, el trebuie revăzut esențial, ca să nu ridice atare probleme de interpretare, dar nici de aplicare în practică.

Concluzionând, vom menționa faptul că legislația familială a

Republicii Moldova, care reglementează efectele pe care le produce desființarea căsătoriei în relațiile dintre persoanele care au fost căsătorite este defectuoasă și necesită o intervenție a legiuitorului, în vederea înlăturării curențelor strecurate.

**ASPECTE PRIVIND CLAUZELE ABUZIVE ÎN CONTRACTELE
BANCARE. PREZUMȚIA DISCRIMINĂRII**

**ASPECTS RELATING TO ABUSIVE CLAUSES IN BANK
CONTRACTS. THE PRESUMPTION OF DISCRIMINATION**

DRAGOȘ LUCIAN RĂDULESCU¹

Rezumat: Constatarea caracterului abuziv al clauzelor contractuale decurge din dreptul consumatorului de a invoca inegalitatea juridică a părților în privința contractelor de adeziune, precum și inexistența dreptului de a te prevala de efectul acestor clauze prevăzute în absența bunei-credințe, cu trimitere la normele imperative ce ocrotesc un interes general. Pe de altă parte, conceptul de discriminare se raportează la instituirea unor diferențieri în privința drepturilor fundamentale ale persoanelor, prin fapte directe sau aparent neutre, ce vor avea ca efect nerespectarea principiului tratamentului juridic egal. În jurisprudența CEDO au fost considerate ca având caracter de discriminare inclusiv faptele prin care se creează situații juridice identice, în cazul în care persoanele ce erau obiectul acestora nu erau aflate în situații comparabile, cu excluderea discriminării pozitive. Articolul detaliază aspecte privind elementele necesare constatării existenței clauzelor abuzive, raportarea la discriminare, cu trimitere la jurisprudența CEDO în materie.

Cuvinte-cheie: contract; credit; consumator; impreviziune; clauze.

Abstract: Ascertaining the abusiveness of contractual clauses arises from the consumer's right to invoke legal inequality of the parties with regard to the adhesion contracts as well as the inexistence of a right to rely on the effect of the existent clauses in the absence of good faith, with reference to imperative rules that protect a general interest. On the other hand, the concept of discrimination relates to the establishment of differences in the fundamental rights of individuals through direct or apparently neutral acts, which will have the effect of disregarding the principle of equal legal treatment. The ECHR case-law has also considered as discriminatory the acts creating identical legal situations, if the persons subject to them were not in

¹ Lector univ. dr., Universitatea Petrol și Gaze Ploiești, email : dragosradulescu@hotmail.com

comparable situations, with the exception of positive discrimination. The article details aspects of the elements necessary to establish the existence of abusive clauses, by reference to discrimination, with reference to ECHR jurisprudence in the matter.

Keywords: contract; credit; consumer; imprevision; clauses.

Introducere

Caracterul abuziv al clauzelor prevăzute în contractele de credit bancar², vizează modalitățile de instituire a ratei dobânzii curente cu posibilitatea modificării acesteia în funcție de evoluția pieței financiare, calcularea dobânzilor majorate, comisionul anual de administrare, comisionul anual de risc valutar, precum și aplicarea dobânzii majorate în cazul declarării scadenței anticipate a creditului prin actul unilateral de voință al băncii. Existența clauzelor abuzive, pe de altă parte, poate fi apreciată chiar și din punctul de vedere al instituției juridice a impreviziunii³, în cazul contractelor cu titlu oneros⁴, atunci când majorările de dobânzi nenotificate consumatorilor le crează acestora un prejudiciu imposibil de prevăzut la data semnării contractului.

Din punct de vedere al bazei legale aplicabile acțiunii în constatare a clauzelor abuzive, se au în vedere prevederile Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, precum și ale O.U.G. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, acte normative ce nu contravin principiului forței obligatorii a contractelor⁵.

Astfel, jurisprudența CJUE prin considerentele prevăzute la pct. 44 al Hotărârii C - 484/08 - Coja de Ahorros Y Monte de Piedad de Machid Piedad, "dispozițiile art. 4 alin. (2) și art. 8 din Directiva nr. 93/13CEE nu se opun unei reglementări (...) care autorizează un control jurisdicțional al caracterului abuziv al clauzelor contractuale....", ceea ce permite instanțelor naționale să se pronunțe asupra caracterului abuziv al clauzelor contractuale.

² C-tin. Acostioaei, *Elemente de drept pentru economiști*, Editura All Beck, București, 2001, pg.249;

³ A. Georgescu Banc, *Noul Cod Civil. Note și explicații*, Editura C.H.Beck, București, 2011, pg.478;

⁴ L. Stănciulescu, *Curs de drept civil. Contracte*, Editura Hamangiu, București, 2012, pg.24 ;

⁵ C-tin. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria general a obligațiilor*, Editura All Beck, București, 2000, pg.59.

Practic, în sensul susținerii CJUE, existența unui dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile cocontractanților prezumă existența clauzelor abuzive, chiar și în situația în care redactarea acestora în contract a fost realizată în mod clar și inteligibil.

Procedural, constatarea existenței clauzelor abuzive este permisă nu numai pe o cale directă în aplicarea Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, dar și prin intermediul unei contestații la executare împotriva titlului executoriu, contractul bancar, conform dispozițiilor art. 712 alin(2) din C.proc.civ.”se poate face contestație și în cazul în care sunt necesare lămuriri cu privire la înțelesul, întinderea sau aplicarea titlului executoriu”, iar potrivit art.713 alin.(2) ”în cazul în care executarea silită se face în temeiul unui alt titlu executoriu decât o hotărâre judecătorească, se pot invoca în contestația la executare și motive de fapt sau de drept privitoare la fondul dreptului cuprins în titlul executoriu”.

Astfel, deoarece pe calea contestației la executare se pot invoca aspecte de fond legate de titlul executoriu cu atât mai mult instanța poate aprecia și asupra clauzelor abuzive, deși revizuirea judiciară este limitată⁶, jurisprudența CJUE consfințind un drept specific al acestora în sens de protecție peste prevederile limitative ale Directiva nr. 93/2013, aspecte reținute în cauza C-484/2008, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios / Ausbanc.

Condițiile ale caracterului abuziv al clauzelor

Fundamentul acțiunii va fi astfel legat de caracterul de contracte de adeziune al contractelor de credit bancar, specificul acestora fiind raportat la lipsa negocierii directe a clauzelor cu consumatorul, în sensul redistribuirii riscurilor⁷, a încetării efectelor abuzive a contractului⁸, în interpretarea cauzelor⁹ de către judecător.

Ca urmare, existența unor clauze preformulate de bancă pe care consumatorul nu a avut dreptul să le negocieze, se va raporta la prevederile

⁶ F.A. Baias, E. Chebeleu, R. Constantinivici, I. Macovei, *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*, Editura C.H.Beck, București, 2012, pg.1649;

⁷ S.L. Cristea, *Dreptul afacerilor*, Editura Universitară, București, 2008, pg.275;

⁸ G. Boroi, L. Stănculescu, *Instituții de drept civil*, Editura Hamangiu, București, 2012, pg.181;

⁹ V.M. Ciobanu, G. Boroi, *Drept procesual civil*, Editura C.H.Beck, București, 2009, pg.21;

special ale Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori.

Astfel, în interpretarea dispozițiilor art. 1 alin.3 și 4 din Legea nr. 193/2000, clauzele privind modificarea dobanzii în mod unilateral, comisioanele de risc, comisioanele de administrare, precum și declararea scadenței anticipate a creditului nu sunt în mod real negociate, efectul acestora conducând la apariția unui dezechilibru între drepturile și obligațiile părților, ce prezumă fără echivoc o lipsă a cauzei ca urmare a fraudei la lege provocată de respectiva instituție bancară.

În acest sens, dispozițiile art. 1 alin. (1) și art.6 din Legea nr. 193/2000, permit constatarea cazului de nulitate absolută, raportate la dezechilibrul semnificativ creat între părți.

Condițiile impuse constatării existenței clauzelor abuzive se regăsesc, pe de altă parte, în prevederile 4 (1) din Legea nr. 193/2000, respectiv lipsa negocierii clauzei directe cu consumatorul, producerea unui dezechilibru semnificativ, precum și comportamentul unui profesionist cu nerespectarea principiului bunei-credințe.

Ca urmare, în ceea ce privește *lipsa negocierii cu consumatorul*, aceasta derivă din caracterul contractului de adeziune, respectiv preformularea înscrisului, contractul fiind standardizat conținând clauze prestabilite.

În acest sens, în cadrul art. 3 pct. 2 din Directiva nr. 93/13/CEE interpretează lipsa reală a dreptului consumatorului de a negocia, pe considerentul că “întotdeauna o clauză nu s-a negociat individual atunci când a fost redactată în prealabil, iar din acest motiv consumatorul nu a avut posibilitatea de a influența conținutul clauzei, în special în cazul contractelor de adeziune”.

Același sens al interpretării va fi regăsit în cadrul jurisprudenței C.J.U.E. în Hot. din 27 iunie 2000. Oceano Editorial si Solvat Editores si Hot. din 26 octombrie 2006. Mostaza Claro, consumatorul fiind considerat a fi într-o situație de inferioritate față de profesionist, în special din punct de vedere al posibilității reale a acestuia de a fi informat în cauză, dar și legat de puterea acestuia de a negocia împotriva unor clauze în prealabil redactate.

În ceea ce privește *dezechilibrul semnificativ*, definirea acestuia se regăsește în dispozițiile art. 4 (1) teza a II-a din Legea nr. 193/2000. Legea precizează că respectivul caracter abuziv decurge din efectul direct sau

indirect al unei astfel de clauze, dacă aceasta singură sau împreună cu altele, determină un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților.

Ca urmare, aplicarea dispozițiilor art. 4 (1) teza a II-a din Legea nr. 193/2000 determină caracterul abuziv al clauzei ce dă dreptul băncii de a revizui rata dobânzii în funcție de fluctuațiile pieței. În acest sens, dezechilibrul semnificativ decurge din faptul că, în contract nu sunt specificate în mod direct, spre a fi cunoscute de către consumator, care sunt aceste fluctuații ale pieței, ceea ce implică aplicarea inclusive a dispozițiilor art. 1 lit. a) din anexa la lege.

În doctrină se precizează și faptul că, o eventuală acțiune a băncii de a prezenta produsele sale financiare în mod comparativ, chiar anterior încheierii respectivului contract, nu are valoarea unei cunoașteri depline de către consumator a diferenței de efecte dintre cuantumul initial al dobânzii și o dobândă variabilă, lipsa negocierii efective fiind existentă implicit în cazul condițiilor contractuale standard de creditare.

În acest sens, caracterul de clauză abuzivă decurge, în sensul dispozițiilor art. 1 lit. a din anexa la Legea nr. 193/2000 din dreptul pe care profesionistului și-l arogă în mod total neîntemeiat de a modifica unilateral respectivele clauze contractuale, chiar și în absența informării consumatorului, dar și din imposibilitatea acestuia de a rezilia imediat contractul la apariția unei situații de dezechilibru dintre drepturi.

Practic, modificarea unilaterală a unei astfel de clauze ar avea temei legal numai condiționată de introducerea unei clauze ce nu poate fi interpretată în sensul neprecizării certe a unui motiv temeinic, ori astfel de motive prezentate ulterior încheierii contractului nu produc un astfel de efect. În acest sens, avem în vedere precizările Directivei 97/102 aplicate în cadrul Hotărârii Berliner Kindl Brauerei, ce denotă faptul că o clauza nedefinită poate să facă trimitere la orice situație externă contractului, fără existența niciunui element de referință pentru consumator.

O astfel de clauză, în lipsa elementelor de referință necesare va condiționa consumatorul și va implica un drept cu caracter discriminatoriu pe care și-l arogă instituția bancară, situație juridică ce creează un dezechilibru¹⁰, în paralel cu lipsa unui drept în opoziție de a rezilia

¹⁰ L. Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, București, 2012, pg.154.

contractual la apariția condiției externe, conducând astfel în mod direct la apariția dezechilibrului semnificativ între drepturile părților. Nu în ultimul rând putem constata neîndeplinirea condiției buneii-credițe a instituției bancare, ca o consecință a transferului în totalitate a riscurilor financiare cocontractantului, dezechilibrul rezultând din absența obligației băncii de a suporta în nume propriu o parte a acestor riscuri potențiale.

Pe de altă parte, în sensul dispozițiilor art.35 alin.(3) și 37 lit.d. din OUG nr.50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori și modalitatea de calcul al variației dobânzii constituie un element esențial dreptului instituției financiare de a modifica respectiva clauză. Conform ordonanței, profesionistul trebuie să indice în mod clar în contract periodicitatea și condițiile ce implică orice modificare de rată a dobânzii, chiar și în cazul reducerii acesteia. Obligația se extinde și la cea de informare a consumatorului, majorarea sau micșorarea costurilor creditului trebuind să fie în mod direct notificată consumatorul, de regulă în scris prin transmiterea unui grafic de rambursare sau prin altă modalitate negociată de părți.

În acest sens, conform dispozițiilor art. 14 lit.g, h și j și 50 din ordonanță, un profesionist va fi legat de obligația informării, în ceea ce privește dreptul oricărui consumator de a cunoaște impunerea unei modificări a ratei dobânzii, precum și noul cuantum al creditului acordat, situație raportată inclusiv la prevederea expresă a condițiilor ce permit aplicarea unei alte rate a dobânzii, modalitatea de calcul, procedura utilizată, precum și noua frecvență și ordinea plăților viitoare.

Sub acest aspect al modificării cuantumului dobânzilor, o altă condiție specifică existenței clauzelor abuzive se regăsește imperativ în Anexa - Lista cuprinzând clauzele considerate ca fiind abuzive din Legea nr. 93/2000, cu trimitere la prevederile contractuale ce obliga consumatorul la plata unor sume disproporționat de mari raportate la prejudiciul înregistrat de profesionist, în cazul neîndeplinirii obligațiilor contractuale.

Pe de altă parte, față de comisionul de administrare prevăzut în contract, caracterul de clauză abuzivă este impus de lipsa egalității contractuale a părților, în condițiile în care nu se poate identifica cu certitudine o contraprestație reală a profesionistului în favoarea consumatorului, ca temei al legalității comisionului.

Putem constata că, comisionul de administrare nu-și găsește justificarea în acțiuni specifice realizate de profesionist, având în vedere

faptul că dobânda percepută are ca temei operațiunile acestuia legate de realizarea obiectului respectivului contract.

În același sens, considerăm că și în situația existenței unui temei legal al existenței dreptului profesionistului de a percepe un astfel de comision, cuantumul acestuia nu poate să fie raportat la întregul cuantum al creditului acordat și nici să fie perceput ca o sumă globală anuală, în condițiile în care dacă ar fi existat activități de administrare acestea nu ar avea un caracter de continuitate lună de lună, cum ar fi diversele notificări adresate consumatorului.

Aceleași considerente se pot susține și în procesul de analiză a clauzei privind comisionul de risc, privită ca abuzivă în aplicarea dispozițiilor art. 4 alin. (1) și (6) din Legea nr. 193/2000. Caracterul de clauză abuzivă decurge în principal în acest caz din faptul existenței a două categorii de costuri ale creditului, neîntemeiate față de obiectul contractului, respectiv cel al dobânzii anuale și cel al comisionului de risc aplicat în lipsa unui temei juridic bine precizat și fără detalierea situațiilor ce ar determina necesitatea impunerii acestuia.

Sub cel de-al doilea aspect lipsa egalității contractuale între drepturile și obligațiile părților se regăsește în impunerea obligației plății comisionului de risc pentru întreaga perioadă de derulare a respectivului contract, în condițiile în care numai profesionistul beneficiază de această protecție, nu și consumatorul, acesta neavând dreptul ca în cazul în care dovedește inexistența apariției unui risc real de a beneficia de rambursarea ulterioară a sumei plătite.

Față de dreptul profesionistului de a declara scadența anticipată a creditului, chiar și în situația notificării prealabilă a respectivului consumator, se poate considera abuzivă în aplicarea dispozițiilor Legii nr. 193/2000. Caracterul abuziv în acest caz va fi raportat la declararea scadenței de către profesionist în temeiul apariției oricărui caz de culpă în respectarea de către consumator a obligațiilor sale contractuale, precum și legat de majorarea dobânzii în acest caz.

Fundamentul legal al aspectului de clauză abuzivă derivă din prevederile art. 1 lit. a din Anexa la Legea nr. 193/2000, respectiv dreptul profesionistului de a considera creditul ca fiind scadent anticipat în cazul apariției în opinia acestuia a unor situații neprevăzute nedetaliat în contract. Practic, profesionistul își acordă dreptul unilateral de a constata scadența anticipată la apariția oricărui caz de culpa a consumatorului, respectiv la

încălcarea oricăror obligații contractuale, în paralel cu aplicarea dobânzii majorate.

Chiar Înalta Curte în Decizia nr. 2665 din 24 septembrie 2014 referitoare la constatarea nulității absolute a unei clauze contractuale a precizat că limitarea caracterului abuziv va fi legat de descrierea existenței unui motiv întemeiat, respectiv a unor formulări contractuale certe și nediscreționare în acest sens.

În ceea ce privește *aprecierea bunei-credințe* a profesionistului, interpretarea va fi legată de inegalitatea în ceea ce privește reala forță de negociere a părților, aspect ce influențează semnificativ interesele legitime ale consumatorului.

În acest caz, poziția de inferioritate a părților în negocierea clauzelor contractuale regăsită în contractile de adeziune prezumă lipsa luării în considerare a intereselor legitime a consumatorului.

Aparența discriminării

Discriminarea este definită în legislația internațională și națională ca o modalitate de instituire a unor diferențieri privind drepturile fundamentale ale persoanelor aflate în situații comparabile, situație ce are ca scop sau efect nerespectarea principiului tratamentului egal.

Pe de altă parte, discriminare presupune și situația inversă, respectiv a tratării identice a unor persoane ce nu se află într-o situație diferită, cu excepția cazului discriminării pozitive.

Din punct de vedere al efectelor juridice, tratamentele diferențiate ce implică situații comparabile sau diferite în care se regăsesc potențialele victime ale discriminării vor conduce la diminuarea sau excluderea unor drepturi dobândite, fiind fundamentate pe diverse criterii de discriminare. Sub aspectul criteriilor de discriminare, reglementările internaționale ce au definit inițial conceptual conțineau criterii limitative legate de obiectul de reglementare al normelor în cauză, ulterior acestea fiind extinse prin procedee de tehnică legislativă la orice fapte ce includeau o potențial nerespectare a principiului tratamentului egal.

Aceasta a permis evoluția continuă a definirii conceptului de discriminare, în paralel cu implementarea de noi măsuri și programe de protecție specifice, ca urmare a nelimitării câmpului de acțiune al legii în materie. În acest context, au fost considerate ca făcând parte din aria discriminării și faptele ce aparent nu prezentau o legătură directă de

cauzalitate cu rezultatul produs în sens de discriminare, în condițiile în care scopul acestora se raporta la restrângerea drepturilor persoanelor ce constituiau obiectul acestora.

În acest sens, faptele cu aparență de neutralitate în aplicare, ce nu aveau la bază criterii de discriminare imperative precizate în lege, ce presupuneau inegalitatea, deveneau cu conținut de discriminare, raportat la efectele acestora legate de deosebire, excludere, restricție sau preferință. Totuși, nu întotdeauna discriminarea presupunea existența situațiilor comparabile, aspect regăsit în jurisprudența CJUE în cauza C-106/83.

Putem astfel constata că, poate fi apreciat ca o condiție a faptelor de discriminare orice criteriu, regăsit sau nu în norma de reglementare, dacă acesta implică existența unui tratament diferit și a condiției de inegalitate juridică.

Astfel, dacă discriminarea directă presupune aplicării tratamentului diferențiat în baza criteriilor de discriminare prevăzute distinct în lege, discriminarea directă constă în acte ale autorului neraportate direct la criterii, ce implică aceeași apariție a unei situații de excludere.

În acest sens, putem aprecia că prevederile O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, ce reprezintă reglementarea generală în materie de discriminare, sunt fundamentate pe garantarea valorilor supreme ale omului, liberei, în scopul excluderii privilegiilor și discriminării, cu includerea nelimitativă a criteriilor vizând apartenența la o anumită rasă, naționalitate, etnie, religie, categorie socială sau categorie defavorizată, convingeri, sex sau orientare sexuală.

În interpretarea legii, discriminarea indirectă este legată de prevederi, criterii sau practici aparent neutre ale autorului neraportate la anumite criterii limitative, ce determină crearea de efecte juridice ce prejudiciază anumite persoane. Ca urmare, conținerea în ordonanță a unor criterii nelimitative, susține opinia potrivit căreia existența discriminării poate fi extinsă inclusiv la contextual clauzelor abuzive, în condițiile în care nu există o justificare obiectivă din partea profesionistului legată de includerea acestora în contracte.

Faptul că, în prezent anumite instituții bancare au renunțat la perceperea comisionului de administrare, a comisionului de risc, precum și a altor asemenea clauze ce au un evident caracter abuziv ar susține ideea că acestea erau introduse în scopul limitării exercitării drepturilor și libertăților fundamentale ale consumatorilor, având efectele unor fapte indirecte de

discriminare, respectiv suprimarea existenței unor condiții de egalitate de tratament.

Impunerea diferențiată a unor astfel de clauze, în situația existenței unor persoane aflate în situații similare sau tratarea în mod identic a unor persoane aflate în situații diferențiate prin fapte aparent neutre, constituie astfel condiții necesare existenței discriminării, chiar dacă legislația națională în materie nu prevede expres un criteriu distinct aplicat contractelor de creditare.

Concluzii

În sensul precizat mai sus, în privința calificării faptelor de discriminare și în special al discriminării directe, dispozițiile nelimitative cuprinse în cadrul legislației naționale permit existența faptelor de discriminare chiar în prezența unor conduit aparent neutre ale autorilor.

Pe de altă parte, nu constituie discriminare situația în care respectivele cerințe aparent neutre impuse reprezintă cerințe reală și determinante raportului juridic dintre părți, sub condiția existenței în cauză a unui obiectiv legitim și proporțional.

Aceste dispoziții referitoare la justificarea obiectivă elimină din sfera discriminării prevederile, criteriile sau practicile autorului aparent neutre, dacă acestea presupun în realitate un scop legitim, scop ce va fi atins mijloace adecvate, cât și necesare.

În ceea ce privește caracterul contractelor bancare, interpretarea dispozițiilor Legii nr. 193/2000 și a O.U.G. nr. 50/2010 prezumă lipsa egalității de tratament în privința clauzelor privind modificarea dobânzii în mod unilateral, a comisioanele de risc, a comisioanele de administrare, a declarării scadenței anticipate, ce nu sunt în mod real negociate, având ca scop sau efect dezechilibrul semnificativ între drepturile și obligațiile părților, ce prezumă existența inclusiv a unei situații de discriminare.

Avem în vedere și prevederile Legii nr. 193/2000 în privința lipsei negocierii, a producerii unui dezechilibru semnificativ, precum și a nerespectării principiului bunei-credințe.

**IMPACTUL REGULAMENTULUI (UE) 2016/1103 ASUPRA
NORMELOR CONFLICTUALE ROMÂNEȘTI PRIVIND REGIMUL
MATRIMONIAL**

**THE IMPACT OF THE REGULATION (EU) 2016/1103 ON
THE ROMANIAN CHOICE-OF-LAW RULES ON MATRIMONIAL
REGIME**

COSMIN DARIESCU¹

Rezumat: Normele conflictuale cuprinse în Regulamentul (UE) 2016/1103 se deosebesc de cele prevăzute în Codul civil român (2011) în opt privințe: în domeniul legii aplicabile locuinței familiale, în privința legii pe care soții o pot desemna spre a le guverna regimul matrimonial, în ce privește legea aplicabilă condițiilor de formă, respectiv a condițiilor de fond ale acordului de desemnare a legii aplicabile, în privința legii aplicabile formei convenției matrimoniale, în determinarea legii aplicabile regimului matrimonial al soților în lipsa desemnării unei legi de către soți, în materia sferei de reglementare a legii aplicabile regimului matrimonial și în domeniul legii aplicabile opozabilității și publicității regimului matrimonial. Există temeiuri atât pentru includerea de către legiuitorul român a normelor conflictuale din regulamentul în Codul civil, cât și pentru păstrarea normelor conflictuale originale ale Codului civil în materia regimului matrimonial.

Cuvinte-cheie: norme conflictuale; regim matrimonial; Regulament (UE) 2016/1103; Codul civil român.

Abstract: The choice-of-law rules of Regulation (EU) 2016/1103 differ from those provided in the Romanian Civil Code (2011) in eight respects: the law applicable to the family residence, the law chosen by the spouses to govern their matrimonial regime, the law that governs the formal requirements as well as the merits of the agreement on the law applicable to the matrimonial regime, the law that governs the form of the matrimonial agreement, the law that governs the matrimonial regime in default of a chosen law, the domain of the law that governs the matrimonial regime and, finally, the law that governs the opposability and the publicity of the matrimonial regime. There are reasons both for compelling the Romanian legislator

¹ Conferențiar universitar dr. la Facultatea de Drept a Universității ”Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

to copy the choice-of-law rules of the regulation into the code and for maintaining the original choice-of-law rules of the Civil Code on the matrimonial regime.

Keywords: choice-of-law rules; matrimonial regime; Regulation (EU) 2016/1103; Romanian Civil Code.

Introducere

Prin Decizia (UE) 2016/954 a Consiliului², începând cu data de 9 iunie 2016 (Art. 2), s-a instituit o cooperare consolidată între optsprezece state-membre ale Uniunii Europene în materia competenței, legii aplicabile, recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești privind regimurile patrimoniale ale cuplurilor internaționale, incluzând atât regimurile matrimoniale cât și efectele patrimoniale ale parteneriatelor înregistrate (Art. 1). Cu alte cuvinte, în relațiile dintre Republica Austria, Regatul Belgiei, Republica Bulgaria, Republica Cehă, Republica Cipru, Republica Croația, Republica Elenă, Republica Finlanda, Republica Franceză, Republica Federală Germania, Republica Italiană, Marele Ducat al Luxemburgului, Malta, Republica Portugheză, Republica Slovenia, Regatul Spaniei, Regatul Suediei și Regatul Țărilor de Jos, raporturile juridice cu element de extraneitate privind efectele patrimoniale ale căsătoriilor și ale parteneriatelor civile vor fi reglementate de prevederile Regulamentului (UE) 2016/1103 al Consiliului, din 24 iunie 2016 de punere în aplicare a unei cooperări consolidate în domeniul competenței, legii aplicabile și al recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești în materia regimurilor matrimoniale³, respectiv de dispozițiile Regulamentului (UE) 2016/1104 al Consiliului, din 24 iunie 2016 de punere în aplicare a unei cooperări consolidate în domeniul competenței, legii aplicabile și al recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești în materia efectelor patrimoniale ale parteneriatelor înregistrate⁴. Estonia⁵ dorește să se alăture și ea cooperării extinse în aceste domenii, după adoptarea celor două regulamente.

² Publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L159/16 din 16 iunie 2016 și disponibilă la următoarea adresă web: <https://publications.europa.eu/ro/publication-detail/-/publication/287d1968-3386-11e6-969e-01aa75ed71a1/language-ro> (accesată pe 15 martie 2017).

³ Publicat în J.O. L 183 din 08.07.2016 și disponibil la următoarea adresă web: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1103&from=RO>, accesată pe 17 octombrie 2017.

⁴ Publicat în J.O. L 183 din 08.07.2016 și disponibil la următoarea adresă web: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R1104&from=RO>, accesată pe 17 octombrie 2017.

România nu participă la cooperarea extinsă deoarece, așa cum se deduce din art. 1 al Deciziei (UE) 2016/954 a Consiliului, aplicarea Regulamentului (UE) 2016/1103 trebuie acompaniată și de aplicarea Regulamentului (UE) 2016/1104. Ori, dreptul românesc nu cunoaște instituția parteneriatului înregistrat (adică regimul de viață în comun între două persoane, prevăzut de lege, a cărui înregistrare este obligatorie în temeiul respectivei legi și care îndeplinește formalitățile prevăzute de aceasta). Mai mult, art. 277 alin. (3) Cod civil⁶ interzice (cel puțin deocamdată, în condițiile contestării constituționalității sale⁷) recunoașterea unor parteneriate civile încheiate în străinătate.

În aceste condiții, pentru determinarea legii aplicabile regimului matrimonial al cuplurilor căsătorite, alcătuite din cetățeni ai statelor membre ai U. E. participante la cooperarea extinsă, autoritățile românești vor neglija normele conflictuale prevăzute în Capitolul al III-lea al Regulamentului (UE) 2016/1103 (aplicabile, conform art. 69 alin. 3 al regulamentulului în cazul căsătoriilor care, fie au fost încheiate după 29 ianuarie 2019, sau în care soții au desemnat legea aplicabilă regimului matrimonial după data menționată) și vor aplica, întotdeauna, fără vreo distincție, normele conflictuale cuprinse în articolele 2589 alin. 3 și 2590-2595 C. civil român. Vor fi înșelate așteptările legitime ale soților prin aplicarea unor norme conflictuale diferite de cele prevăzute în Regulamentul (UE) 2016/1103? Răspunsul depinde de

⁵ Conform comunicatului de presă din 23 iunie 2016, International divorces: new rules on whose courts settle property disputes, disponibil la <http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20160622IPR33203/international-divorces-new-rules-on-whose-courts-settle-property-disputes> (accesat pe 15 martie 2017).

⁶ Legea nr. 287/17 iulie 2009 privind Codul civil a fost publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 511/24 iulie 2009. A fost rectificată în două rânduri în iunie și iulie 2011 și a fost republicată în Monitorul Oficial nr. 505/15 iulie 2011, ca urmare a modificărilor introduse prin Legea nr. 71/2011 de punere în aplicare a Codului civil. Și republicarea a fost rectificată în Monitorul Oficial nr. 246/29 aprilie 2013.

⁷ A se vedea Dosarul nr. 78D/2016, unde Curtea Constituțională a României a formulat, pe 29 noiembrie 2016, o întrebare preliminară către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, privind calificarea conceptului de "soți" în contextul exercitării dreptului la liberă circulație al cetățenilor europeni, implicați în cupluri homosexuale, conform știrii disponibile la următoarea adresă web: <https://rodiagnusdei.wordpress.com/2016/11/29/curtea-constitucionala-a-decis-va-consulta-curtea-de-justitie-a-uniunii-europene-cjue-asupra-interpretarii-termenului-soti/> (accesată pe 15 martie 2017). Pe 30 martie 2017, Curtea Constituțională a României a amânat discutarea sesizării pentru 27 iunie a.c., conform Agerpres: <http://www.agerpres.ro/justitie/2017/03/30/ccr-discuta-sesizarea-privind-nerecunoasterea-casatoriilor-dintre-persoane-de-acelasi-sex-10-35-36> (accesată pe 30 martie 2017).

diferențele existente între normele conflictuale ale regulamentului menționat și cele din Codul civil românesc.

Cele opt diferențe dintre normele conflictuale din regulament și cele din Codul civil

Studiind normele conflictuale din Capitolul al III-lea ale regulamentului și comparându-le cu normele conflictuale românești (articolele 2589 alin. 3 și 2590-2595 C. civil), cititorul va observa existența atât a unor izbitoare asemănări în domeniul soluțiilor de principiu ale conflictelor de legi în materia regimului matrimonial dar și a unor însemnate deosebiri. Asemănările se datorează, fără îndoială, faptului că redactorii Cărții a VII-a a Codului civil român (Legea nr. 287/2009) s-au inspirat din *Cartea verde privind conflictele de legi în materia regimului matrimonial, incluzând chestiunea competenței și a recunoașterii reciproce - COM (2006) 400 final*⁸ și din răspunsurile date de statele-membre, întrebărilor din acest document. În orice caz, redactorii români doar au intuit unele soluții conflictuale, deoarece Proiectul actualului Regulament (UE) 2016/1103 a fost definitivat de Comisie pe 16 martie 2011 - sub numele de COM (2011)126 final⁹, deci la un an, șapte luni și douăzeci de zile de la publicarea Codului civil în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 511 din 24 iulie 2009. Menționăm că nici *Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil*, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011 nu aduce modificări normelor conflictuale din Codul civil. În paginile următoare ne vom concentra mai ales asupra deosebirilor existente între normele conflictuale ale regulamentului și normele conflictuale relevante ale Codului civil român.

Prima mare deosebire între cele două seturi de norme conflictuale apare între prevederile art. 21 al regulamentului ("Unitatea legii aplicabile") și art. 2589 alin. 3 C. civil ("Legea aplicabilă efectelor generale ale căsătoriei"). Conform articolului menționat din regulament, legea aplicabilă regimului matrimonial potrivit articolelor 22 ("Alegerea legii aplicabile") sau 26 ("Legea aplicabilă în absența alegerii acesteia de către părți") se va aplica tuturor bunurilor care se încadrează în respectivul regim, indiferent

⁸ Disponibilă la următoarea adresă web: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0400&from=EN> (accesat pe 16 martie 2017).

⁹ Disponibil la următoarea adresă web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0126:FIN:en:PDF> (accesat pe 16 martie 2017).

unde sunt situate bunurile. Prin urmare, regulamentul renunță la scindarea tradițională (depeçage) în materia legii aplicabile bunurilor soților (mobilele fiind guvernate de legea aleasă de soți, imobilele de legea situării lor), supunând atât mobilele cât și imobilele aceleiași legi determinate de normele conflictuale din articolele 22 sau 26. Din contra, Codul civil român menține scindarea tradițională în materia legii aplicabile bunurilor soților, supunând cel mai important imobil al soților (locuința familiei) și regimul juridic al actelor asupra acestei locuințe, legii locului unde acest imobil este situat (art. 2589 alin. 3 C. civil). Restul bunurilor soților, fie mobile sau imobile vor fi cârmuite, potrivit art. 2593 C. civil românesc ("Determinarea domeniului legii aplicabile regimului matrimonial"), de legile indicate în articolele 2590 ("Legea aplicabilă regimului matrimonial") sau 2592 ("Determinarea obiectivă a legii aplicabile regimului matrimonial"). Așadar, prin aplicarea art. 2589 alin. 3 C. civil, locuința familială a soților cetățeni ai unor state-membre participante la cooperarea extinsă în materia regimului matrimonial poate fi supusă unei legi neprevăzute de aceștia, în condițiile regulamentului (spre exemplu, în situația în care soții aleg ca lege aplicabilă regimului matrimonial, legea națională a unuia dintre ei, conform art. 22 al regulamentului, locuința familială va fi guvernată, potrivit reglementării românești de legea statului pe teritoriul căruia este situat imobilul).

Normele conflictuale privind cârmuirea regimului matrimonial al soților de legea aleasă de aceștia nu sunt nici ele identice! Comparând art. 22 din regulament cu art. 2590 C. civil, se observă că, în dreptul internațional privat românesc, se utilizează pe lângă punctele de legătură ale *reședinței obișnuite a unuia dintre soți la data alegerii și cetățenia oricărui dintre soți la data alegerii*, un punct de legătură în plus față de reglementarea europeană (este vorba de "prima reședință obișnuită comună după încheierea căsătoriei", prevăzut de lit. c a art. 2590 C. civil). Acest punct de legătură nu este determinat de momentul alegerii legii aplicabile regimului matrimonial ci doar de momentul celebrării căsătoriei. Prin urmare, acest punct de legătură nu este legat în mod necesar de actualitate. El poate fi legat la fel de bine de viitorul cuplului dar și de trecutul său. Punctul de legătură al *reședinței obișnuite a soților (sau a viitorilor soți)* utilizat în art. 22 alin. (1) lit. (a) al Regulamentul 2016/1103 are întotdeauna caracter actual la momentul alegerii legii aplicabile, fiind considerat de doctrina românească

mult mai ușor de stabilit și de dovedit¹⁰. Cu alte cuvinte, potrivit dreptului internațional privat românesc, viitorii soți, cetățeni ai statelor membre ale U. E. participante la cooperarea extinsă, pot să desemneze, înainte de căsătorie, ca lege aplicabilă regimului lor matrimonial legea statului pe teritoriul căruia își vor stabili reședința obișnuită comună după celebrarea mariajului. Această alegere anticipată nu le este permisă de prevederile art. 22 al regulamentului, decât în măsura în care unul dintre ei își are deja reședința obișnuită acolo.

Diferențe fundamentale există în reglementarea legii ce guvernează condițiile de formă ale acordului de alegere a legii aplicabile regimului matrimonial. Atât art. 23 al regulamentului ("Condițiile de formă ale acordului privind alegerea legii aplicabile") cât și art. 2591 Cod civil ("Convenția de alegere a legii aplicabile regimului matrimonial") sunt de acord asupra formei scrise, date și semnate de către soți¹¹. În vreme ce regulamentul precizează că sunt asimilate înscrisului semnat și datat de către soți și orice comunicare electronică care permite consemnarea durabilă a acordului, Codul civil românesc se referă doar la posibilitatea ca acest acord să rezulte neîndoiește din clauzele convenției matrimoniale. Legea ce guvernează condițiile de formă ale acordului de desemnare a legii aplicabile va fi determinată potrivit art. 23 al regulamentului în funcție de reședința obișnuită: comună a soților (sau viitorilor soți) - aliniatul (2), a oricăruia dintre ei (atunci când soții își au reședința obișnuită, fiecare, pe teritoriul altui stat-membru) - aliniatul (3), sau a celui soț care și-a stabilit centrul vital al vieții sale sociale, economice și politice pe teritoriul unui stat membru-aliniatul (4). Câteva observații sunt necesare asupra acestei norme conflictuale: se remarcă utilizarea în cascadă a punctelor de legătură, conceptul de reședință obișnuită comună a soților se referă doar la unicitatea statului-membru pe teritoriul căruia ambii soți își au reședința obișnuită și nu la unicitatea adresei de reședință, iar conceptul de "stat-membru" trebuie înțeles în sensul de "stat participant la cooperarea extinsă" și nu în sensul de "stat membru al Uniunii Europene". Codul civil român, în art. 2591 alin. (2),

¹⁰ C.-M. Crăciunescu, *Familia* în Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice, Departamentul de Drept Privat "Traian Ionașcu", M. Uliescu (coordonator), *Noul Cod Civil: studii și comentarii, Vol. al IV-lea: Cartea a VI-a, Prescripția extinctivă, Cartea a VII-a, Dispoziții de drept Internațional privat (art. 2500-2664)*, Editura Universul Juridic, București, 2016, p.329

¹¹ C.-M. Crăciunescu, *op.cit.*, pp.329-330.

supune condițiile de formă ale acordului fie legii aplicabile regimului matrimonial, fie legii locului încheierii acordului. Dacă legea română este aplicabilă, într-una din cele două ipostaze amintite, acordul de desemnare a legii aplicabile regimului matrimonial trebuie să respecte formalitățile necesare validității unei convenții matrimoniale (forma autentică notarială prevăzută de articolele 291 și 330 C. civil), ocrotindu-se, astfel, ordinea publică de drept internațional privat românesc¹². Așadar, legea reședinței obișnuite a soților, sau a unuia dintre ei, va guverna condițiile de formă ale acordului de alegere doar în măsura în care ea este și legea aplicabilă regimului matrimonial sau legea locului încheierii acordului. Remarcăm că cele două puncte de legătură utilizate de norma conflictuală românească nu sunt organizate în cascadă (adică nu sunt în relație de subsidiaritate).

Deosebiri există și în materia legii ce guvernează condițiile de fond ale acordului de desemnare a legii aplicabile regimului matrimonial, chiar dacă aceste diferențe nu sunt ușor de sesizat. Atât articolul 24 al regulamentului ("Consimțământul și condițiile de fond") cât și art. 2593 ("Domeniul legii aplicabile regimului matrimonial") alin. (1) lit. (a) C. civil supun condițiile de validitate ale acordului de alegere, cu excepția capacității soților, legii alese de soți, dacă acordul ar fi valid. Deoarece așa cum am arătat mai sus, există diferențe între art. 22 din regulament și art. 2590 Cod civil, pot exista diferențe și în privința legii ce guvernează condițiile de fond ale acordului de alegere. Potrivit dreptului internațional privat românesc, va fi valid acordul de alegere ce respectă condițiile de fond ale legii statului în care doi viitori soți, cetățeni ai statelor participante la cooperare extinsă își vor stabili după căsătorie prima reședință obișnuită comună, în vreme ce potrivit regulamentului acordul va fi nul. Deși textul art. 24 alin. (1) nu menționează expres excluderea capacității soților de sub imperiul legii aplicabile regimului matrimonial, așa cum face art. 2593 alin. (1) lit. (a) C. civil, acest lucru se deduce coroborând art. 24 cu art. 1 ("Domeniu de aplicare") alin. (2) lit. (a). Spre deosebire de reglementarea românească, art. 24 alin. (2) al regulamentului, supune existența consimțământului unuia dintre soți (deci toate chestiunile legate de viciile de consimțământ), legii statului pe teritoriul căruia soțul își are reședința obișnuită la momentul sesizării instanței. Această legătură suplimentară are un caracter de necesitate, activându-se doar în situația în care împrejurările cauzei reiese

¹² C.-M. Crăciunescu, *op.cit.*, p.330.

faptul că nu este rezonabil să se stabilească efectele juridice ale comportamentului soțului conform legii alese pentru reglementarea regimului matrimonial.

Normele conflictuale sunt diferite și în materia formei convenției matrimoniale. Astfel, conform art. 2594 C. civil ("Legea aplicabilă condițiilor de formă ale convenției matrimoniale"), condițiile de formă cerute pentru încheierea convenției matrimoniale sunt cele prevăzute de legea aplicabilă regimului matrimonial sau cele prevăzute de legea locului unde se încheie convenția. Observăm că legiuitorul român a ales aceeași soluție conflictuală ca în cazul validității formale a acordului de desemnare a legii aplicabile. Menționăm, totodată, că o regulă conflictuală identică era înscrisă în art. 20 alin. (1) al Proiectului de regulament COM (2011)126 final. Regulamentul (UE) 2016/1103 propune în art. 25 ("Condițiile de formă ale convenției matrimoniale") o normă conflictuală mult mai complexă. Astfel, conform alin. (1), convenția matrimonială trebuie să îmbrace forma unui înscris semnat și datat de către soți (incluzând, aici, comunicațiile electronice ce permit consemnarea durabilă a acordului de voință). Alin. (2) impune convenției matrimoniale să respecte condițiile suplimentare de formă impuse de legea reședinței obișnuite comune a soților, a oricăruia dintre ei (atunci când soții își au reședința obișnuită, fiecare, pe teritoriul altui stat-membru), sau a celui soț care și-a stabilit centrul vital al vieții sale sociale, economice și politice pe teritoriul unui stat membru. Alin. (3) supune convenția matrimonială și condițiilor suplimentare de formă solicitate de legea aplicabilă regimului matrimonial. Redactorii regulamentului nu ne lămuresc care este raportul dintre alin. (2) și alin. (3) al art. 25. Nu este clar dacă legea aplicabilă regimului matrimonial este subsidiară legii reședinței obișnuite în reglementarea condițiilor de formă ale convenției matrimoniale sau dacă ambele se aplică cumulativ, în situația în care legea aplicabilă regimului matrimonial este legea națională a unuia dintre soți. În opinia mea, cred că cele două legi se aplică cumulativ (în sensul respectării legii care impune formalitățile cele mai numeroase și mai stricte), ceea ce atrage complicații practice, impunând convenției matrimoniale o formă greoaie.

Divergențe mari există și în materia legii aplicabile regimului matrimonial al soților în lipsa desemnării unei legi de către soți. Astfel, art. 26 al regulamentului ("Legea aplicabilă în absența alegerii acesteia de către părți") precizează că regimul matrimonial al soților, va fi guvernat, în lipsa

unei alegeri exprese efectuate de soți, de legea statului primei reședințe obișnuite comune a soților după încheierea căsătoriei, sau, în lipsă, de legea cetățeniei comune a soților în momentul încheierii căsătoriei, sau în lipsă, de legea statului cu care soții au împreună cea mai strânsă legătură revelată de ansamblul circumstanțelor cauzei (alin. 1). Remarcăm organizarea în cascadă a celor trei legături. Aliniatul (2) prevede că în situația în care soții au mai multe cetățenii comune la momentul încheierii căsătoriei, regimul lor matrimonial va fi guvernat, în lipsa alegerii, fie de legea statului primei reședințe obișnuite comune, fie în lipsă de legea statului cu care soții au în comun cele mai strânse legături. Aliniatul (3) introduce o normă conflictuală inovatoare care nu se regăsește nici în proiectul de regulament COM (2011)126 final. Astfel, autoritatea competentă poate supune regimul matrimonial, la cererea oricăruia dintre soți, nu legii statului primei reședințe obișnuite comune a soților după încheierea căsătoriei, ci legii statului pe teritoriul căruia soții și-au avut ultima reședință obișnuită comună cel mai mult timp, lege pe care soții au avut-o în vedere atunci când și-au planificat sau stabilit relațiile patrimoniale. Această lege se va aplica de la încheierea căsătoriei, dacă ambii soți consimt. Dacă nu, legea reședinței obișnuite comune cele mai îndelungate se va aplica din momentul stabilirii reședinței în statul respectiv. Această lege excepțională nu poate afecta protecția drepturilor terților conferită de legea primei reședințe obișnuite comune de după căsătorie. De asemenea, dacă soții, înainte de mutarea lor, pe teritoriul statului celei mai îndelungate reședințe obișnuite comune au încheiat convenție matrimonială, legea excepțională nu se mai poate aplica regimului matrimonial, acesta fiind guvernat de legea convenției. Codul civil românesc reglementează determinarea obiectivă a legii aplicabile regimului matrimonial prin norma conflictuală din art. 2592. Dacă soții nu au ales legea aplicabilă regimului lor matrimonial, acesta este supus legii aplicabile efectelor generale ale căsătoriei (reglementată în art. 2589 C. civil). Cu alte cuvinte, în lipsa desemnării de către soți a unei legi, regimul lor matrimonial va fi supus legii reședinței obișnuite comune a soților, în lipsa reședinței obișnuite comune, legii cetățeniei comune a soților, iar, în lipsa acesteia, legii statului unde s-a celebrat căsătoria. Deși se folosește scara lui Kegel, soluțiile conflictuale ale art. 2592 coroborat cu art. 2589 C. civil, se deosebesc de cele propuse prin art. 26 al regulamentului sub aspecte ce vor fi explicate în cele ce urmează. În primul rând, reședința obișnuită comună nu

trebuie să aibă calitatea de cea dintâi de după căsătorie, legea ei aplicându-se regimului matrimonial ca regulă generală și nu în mod excepțional cum prevede regulamentul în art. 26 alin. (3). În al doilea rând, norma conflictuală românească utilizează punctul de legătură al locului celebrării căsătoriei. Deși potrivit art. 2589 alin. (3) C. civil românesc, locuința familială și actele juridice referitoare la ea vor fi supuse lui *lex rei sitae*, această lege va coincide cu legea reședinței obișnuite comune și actuale a soților. În cazurile în care soții nu au reședință obișnuită comună, nu se mai pune problema existenței unei locuințe familiale, deci norma conflictuală excepțională din art. 2589 alin. (3) C. civil este inaplicabilă¹³. În al treilea rând, doctrina românească subliniază faptul că reglementarea europeană, spre deosebire de cea românească, oferă soluții pentru situația în care soții au mai multe cetățenii comune în momentul încheierii căsătoriei, precum și posibilitatea autorității competente să supună regimul matrimonial, la cererea expresă a unui soț, altei legi decât celei prevăzute în art. 26 alin. (1)¹⁴, alături de reguli privind aplicarea în timp a legii astfel stabilite¹⁵.

În privința domeniului de reglementare al legii ce guvernează regimul matrimonial, diferența majoră între dispozițiile art. 27 din regulament și art. 2593 C. civil constă în scindarea pe care Codul civil român o realizează între împărțeala bunurilor comune ale soților (supusă legii aplicabile regimului matrimonial - potrivit alin. 1 lit. f al articolului menționat mai sus) și formarea loturilor și atribuirea acestora (supuse legii locului unde sunt situate bunurile comune de împărțit – conform alin. 2 al aceluiași articol). Așadar, potrivit regulamentului, formarea și atribuirea loturilor se va face conform legii aplicabile regimului matrimonial, în vreme ce conform Codului civil român, aceeași operațiune se va face potrivit legii locului unde se află bunurile. Aparent, textul art. 27 al regulamentului este mult diferit de prevederile art. 2593 C. civil. La o analiză atentă, se constată, însă, că toate prevederile acestui articol, cu excepția celor de la litera b) sunt incluse în dispoziția alin. (1) al art. 2593 C. civil. Spre exemplu, literele a), c) și d) ale art. 27 sunt incluse în litera e) a alin. (1) al art. 2593, în vreme ce literelor e), f) și g) ale art. 27 le corespund literelor f), d), respectiv b) ale alin. (1) al art. 2593. Litera b) a art. 27 al regulamentului supune legii ce

¹³ C.-M. Crăciunescu, *op.cit.*, p. 332.

¹⁴ Înlăturarea aceasta excepțională a legii aplicabile regimului matrimonial este interzisă expres, în dreptul internațional privat românesc, de prevederile art. 2565 alin. (2) C. civil.

¹⁵ C.-M. Crăciunescu, *op.cit.*, p. 332.

cârmuiește regimul matrimonial și transferul bunurilor soților dintr-o categorie într-alta. Considerăm că și acest transfer poate fi inclus, din perspectivă românească, în lit. e) a alin. (1) al art. 2593 C. civil care supune ”conținutul patrimoniului fiecăruia dintre soți, drepturile soților asupra bunurilor...” legii aplicabile regimului matrimonial. Categoriile de bunuri și transferul bunurilor dintr-o categorie într-alta formează esența componenței patrimoniului fiecăruia dintre soți. Din perspectiva alin. (1) al art. 2593 C. civil, prevederile grupate sub trei litere: a), c) și d) nu-și găsesc corespondent în prevederile art. 27 al regulamentului¹⁶. Însă, prevederile de la literele a) și d) se regăsesc în alin. (1) al art. 24 (”Consimțământul și condițiile de fond”), respectiv în art. 22 (”Alegerea legii aplicabile”) din regulament. Limitele alegerii regimului matrimonial, prevăzute la lit. c) a alin. (1) al art. 2593 C. civil are legătura mai degrabă cu clasificarea în diferite categorii a bunurilor aflate în proprietatea fiecărui soț sau a ambilor, în timpul și după căsătorie, clasificare menționată la lit. a) a art. 27 al regulamentului.

Deosebiri fundamentale există între prevederile Regulamentului (UE) 2016/1103 și cele ale Codului civil român în materia legii aplicabile opozabilității și publicității regimului matrimonial. Astfel, potrivit art. 28 al regulamentului (”Opozabilitatea față de terți”), opozabilitatea regimului matrimonial este guvernată fie de legea statului ce se aplică tranzacției dintre terț și soț, fie de legea statului unde se află bunurile imobile sau supuse înregistrării (alin. 3). Legea aplicabilă regimului matrimonial va cârmui opozabilitatea regimului matrimonial față de un terț doar în situația în care acesta a cunoscut-o sau ar fi trebuit să o cunoască, dacă ar fi acționat cu toată diligență –alin. (1) al art. 28 al regulamentului. Se prezumă că terțul cunoaște legea aplicabilă regimului matrimonial dacă aceasta coincide cu legea aplicabilă tranzacției dintre soț (soți) și terț, cu legea statului unde atât soțul contractant cât și terțul își au reședința obișnuită, sau cu legea statului unde este situat imobilul. Se prezumă de asemenea, că terțul cunoaște legea aplicabilă regimului matrimonial dacă oricare dintre soți a îndeplinit cerințele de publicitate sau de înregistrare a regimurilor matrimoniale prevăzute fie de legea statului a cărui lege se aplică tranzacției dintre soț și terț, fie de legea statului reședinței obișnuite atât a terțului cât și a soțului contractant, fie de legea statului unde este situat imobilul (alin. 2 al art. 28 al regulamentului). Art. 2595 C. civil prevede în aliniatul (1), regula conform

¹⁶ C.-M. Crăciunescu, *op.cit.*, p.334.

căreia publicitatea și opozabilitatea regimului matrimonial sunt guvernate de legea aplicabilă regimului matrimonial. În alin. (2), se introduce o excepție de la această regulă. Astfel, dacă soțul contractant și terțul își au reședința obișnuită pe teritoriul aceluiași stat, publicitatea și opozabilitatea vor fi guvernate de legea acestui stat și nu de legea aplicabilă regimului matrimonial. Totuși, legea statului reședinței obișnuite a soțului contractant și a terțului va ceda rolul conducător legii aplicabile regimului matrimonial, dacă una din următoarele trei condiții este îndeplinită: s-au respectat condițiile de publicitate și de înregistrare impuse de legea aplicabilă regimului matrimonial sau la data nașterii raportului juridic, terțul cunoștea legea aplicabilă regimului matrimonial sau a ignorat-o din culpa sa sau au fost respectate condițiile de publicitate imobiliară ale statului unde se află bunul imobil. Așadar, în temeiul regulamentului, opozabilitatea și publicitatea regimului matrimonial sunt cârmuite doar în mod excepțional de legea regimului matrimonial, în vreme ce, în condițiile Codului civil român, aceste materii sunt de regulă guvernate de legea aplicabilă regimului matrimonial.

Din cele de mai sus, se observă că între normele conflictuale ale Regulamentului (UE) 2016/1103 și normele conflictuale în materia regimului matrimonial din Codul civil român există opt deosebiri fundamentale: în domeniul legii aplicabile locuinței familiale, în privința legii pe care soții o pot desemna spre a le governa regimul matrimonial, în ce privește legea aplicabilă condițiilor de formă, respectiv a condițiilor de fond ale acordului de desemnare a legii aplicabile, în privința legii aplicabile formei convenției matrimoniale, în determinarea legii aplicabile regimului matrimonial al soților în lipsa desemnării unei legi de către soți, în materia sferei de reglementare a legii aplicabile regimului matrimonial și în domeniul legii aplicabile opozabilității și publicității regimului matrimonial.

Reformă sau status quo?

Legiuitorul român a croit Codul civil (Legea nr. 287/2009) utilizând legislația Uniunii Europene ca pe un far călăuzitor. Astfel, art. 1065 C. civil prevede aplicarea prioritară a normelor dreptului Uniunii Europene față de normele conflictuale ale codului, iar articolele 2612, 2640 și 2641 C. civil fac trimitere expresă la reglementările dreptului Uniunii Europene în materia determinării legii aplicabile obligației de întreținere, obligațiilor contractuale, respectiv extracontractuale. Mai mult, așa cum am arătat în

debutul prezentei lucrări, redactarea normelor conflictuale privind regimul matrimonial a avut în vedere răspunsurile date de statele membre ale Uniunii Europene *Cărții verzi privind conflictele de legi în materia regimului matrimonial, incluzând chestiunea competenței și a recunoașterii reciproce - COM (2006) 400*. În aceste condiții, pentru menținerea orientării inovatoare și deschiderii europene a Codului civil românesc, legiuitorul va trebui să înlocuiască actualele norme conflictuale în materia regimului matrimonial cu norme conflictuale copiate după articolele 20-28 ale regulamentului (UE) 2016/1103. S-ar realiza, astfel, o unificare a normelor conflictuale în materia regimului matrimonial destinate cetățenilor Uniunii Europene cu normele conflictuale destinate soților din state terțe. Numărul redus de norme conflictuale facilitează cunoașterea lor aprofundată și corecta lor aplicare. Totodată, așteptările soților cetățeni ai statelor participante la cooperarea extinsă în materia legii aplicabile relațiilor lor patrimoniale ar fi respectate!

Paradoxal, nevoia de simplitate și de predictibilitate pledează și în favoarea menținerii normelor conflictuale românești actuale în materia regimului matrimonial. Aceasta deoarece Regulamentul (UE) 2016/1103, deși îndelung chibzuit, propune soluții conflictuale mult mai complicate decât cele din Codul civil românesc în materiile condițiilor de formă și condițiilor de fond ale acordului de desemnare a legii aplicabile, a formei convenției matrimoniale și a legii aplicabile regimului matrimonial al soților în lipsa desemnării unei legi de către soți. De asemenea, pentru ignorarea normelor conflictuale uniforme propuse prin regulament pledează și lipsa reciprocității de tratament a soților români în statele participante la cooperarea extinsă în materia regimului matrimonial cât și neglijarea sensibilităților unor state membre prin condiționarea aplicării regulamentului în materia regimului matrimonial de aplicarea regulamentului în materia efectelor patrimoniale ale parteneriatelor civile. Astfel, soții cetățeni români vor fi supuși în materia regimului lor matrimonial, în statele participante la cooperarea consolidată, normelor conflictuale ordinare în materie și nu celor din regulament, deoarece România nu este parte la cooperarea consolidată. Este puțin probabil ca cercetările instanțelor din aceste state să fie atât de minuțioase încât să descopere eventuala adoptare unilaterală de către țara noastră a normelor conflictuale din regulament. Apoi, dacă Consiliul și Parlamentul Uniunii Europene ar fi dorit ca România (asemenea celorlalte opt state ce nu participă la cooperare) să aplice Regulamentul (UE)

2016/1103, ar fi separat reglementarea regimului matrimonial de reglementarea efectelor patrimoniale ale parteneriatelor civile, necondiționându-le. S-ar fi protejat, astfel, valorile juridice și religioase creștine și s-ar fi ocrotit particularitățile spirituale ale fiecărui popor.

Concluzii

Cântărind argumentele pro și contra (atât cele de mai sus cât și altele nementionate aici), legiuitorul român este singurul în măsură să decidă armonizarea normelor conflictuale cuprinse în articolele 2589-2595 C. civil cu cele din Regulamentul (UE) 2016/1103. Deocamdată, legiuitorul, asemeni lui Ulise, este unicul care are dreptul să asculte cântecul de sirenă al normelor conflictuale din Regulamentul (UE) 2016/1103.

MODALITĂȚI DE REMEDIERE A NULITĂȚII ACTULUI JURIDIC CIVIL

MEANS TO REMEDY THE NULLITY OF THE CIVIL LEGAL ACT

LUIZA-CRISTINA GAVRILESCU¹

Rezumat: Prin aplicarea remediilor concepute în vederea salvării actului juridic se urmărește înlăturarea sancțiunii nulității în sine. Aceste remedii se circumscriu conceptului de validare a contractului, prin care se urmărește consolidarea contractului în temeiul principiului general al salvagădării actului juridic civil. Aceste remedii de înlăturare a sancțiunii nulității sunt: confirmarea, refacerea, regularizarea, adaptarea, reducerea prestațiilor, conversiunea, aplicarea principiului răspunderii delictuale și aplicarea principiului validării aparenței în drept.

Cuvinte-cheie: nulitate; confirmare; refacere; regularizare; adaptare; reducerea prestațiilor; conversiune; răspundere delictuală; validarea aparenței în drept.

Abstract: By applying remedies designed to save the legal act, it is intended to remove the sanction of nullity itself. These remedies are circumscribed to the concept of contract validation, which seeks to strengthen the contract on the basis of the general principle of safeguarding the civil legal act. Remedies for removing the sanction of nullity are: confirmation, restoration, regularization, adaptation, reduction of benefits, conversion, application of the principle of tort liability and application of the principle of validation of the appearance in law.

Keywords: nullity; confirmation; restoration; adjustment; adaptation; reduction of benefits; conversion; tort liability; validation of the appearance in law.

1. Fundamentul nulității actului juridic civil

Actul juridic reprezintă principalul izvor al raportului juridic civil, întrucât reprezintă manifestarea de voință a părții, exprimată în vederea producerii anumitor efecte juridice, mai precis a nașterii, modificării sau stingerii unor drepturi și obligații. Pentru a produce aceste efecte juridice,

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

manifestarea de voință trebuie să întrunească cerințele prevăzute de lege. Normele care reglementează condițiile de validitate a actelor juridice sunt imperative, nerespectarea lor fiind sancționată cu nulitatea.

Nulitatea reprezintă sancțiunea specifică încălcării oricăreia din condițiile esențiale impuse pentru încheierea actului juridic civil. Nulitatea este considerată principala și cea mai vastă specie a ineficacității actului juridic civil. Ineficacitatea lipsește în totalitate sau în parte, temporar sau definitiv actul juridic de efectele urmărite de părți la încheierea sa.

Sediul materiei îl reprezintă prevederile art. 1.246-1.265 C. civ., care prezintă definiția, clasificările, regimul juridic, efectele nulității, precum și cauzele de înlăturare a acestei sancțiuni.

Instituirea sancțiunii nulității reprezintă o modalitate de control a respectării condițiilor structurale, care se aplică *post actum* și cenzurează efectele acestuia prin cântărirea validității sursei lor. În cazul în care se constată o nerespectare a condițiilor de formare a actului juridic, vor fi înlăturate atât consecințele sale, cât și operațiunea generatoare în sine.

Fundamentul nulității este justificat de funcțiile pe care aceasta le îndeplinește:

- funcția preventivă, care constă în avertizarea părților actului juridic să evite nerespectarea condițiilor de validitate;
- funcția sancționatorie, care presupune înlăturarea efectelor actului care sunt contrare legii;
- funcția de garanție a respectării condițiilor impuse de lege și care se realizează prin intermediul celorlalte două funcții.

Până la data desființării prin decizia instanței sau convenția părților, actul juridic invalid își produce efectele, fiind prezumat valabil încheiat. După ce această prezumție de legalitate este răsturnată și nulitatea declarată, efectele produse până la acea dată de actul nevalabil vor fi înlăturate, cu *efect retroactiv*.

2. Principiul salvagădării actului juridic civil

Una din regulile de interpretare a efectelor actului juridic civil prevede că dacă o clauză este susceptibilă de a primi două înțelesuri, ea se interpretează în *sensul în care poate produce efecte*, iar nu în sensul în care nu ar produce vreun efect – art. 1.268 alin. (3) C. civ. Prin această regulă se

evidențiază scopul creator de consecințe juridice al voinței părților, care trebuie menținut, fie și într-o măsură mai mică decât acestea și-au propus, în cazul în care consimțământul fusese exprimat într-o formulă nevalabilă.

Nulitatea poate să atragă desființarea întregului act, sau doar a clauzelor care încalcă normele imperative impuse de lege pentru realizarea sa. Pentru stabilirea concordanței sau neconcordanței cu legea a efectelor actului juridic, se apelează la finalitatea legii, în sensul că actul va fi lipsit numai de efectele contrarii scopului urmărit de dispoziția legală încălcată. Momentul în care se apreciază conformitatea actului juridic cu legea este acela al încheierii lui. În acest sens, se va avea în vedere și concordanța cu bunele moravuri.

Nulitatea parțială, prin care se desființează numai o parte dintre efectele actului juridic civil, este regula, iar nulitatea totală reprezintă excepția. Astfel, conform art. 1.255 alin. (1) C. civ., „clauzele contrare legii, ordinii publice sau bunelor moravuri și care nu sunt *considerate nescrise* atrag nulitatea contractului în întregul său numai dacă sunt, prin natura lor, esențiale sau dacă, în lipsa acestora, contractul nu s-ar fi încheiat”. Așadar, se va căuta întotdeauna menținerea actului juridic în ființă, prin înlăturarea elementelor lipsite de valabilitate, și numai atunci când aceasta nu este cu putință, actul va fi desființat în întregime. *Nulitatea parțială* poate interveni doar în cadrul unui act juridic cu un conținut complex, care produce mai multe efecte, deoarece numai într-o asemenea situație s-ar putea pune problema desființării unor efecte și a menținerii altor efecte. În situația în care clauza neconformă cu legea este una esențială, nulitatea va fi una totală, actul neputând subzista fără acea clauză. Chiar și în astfel de situații, menținerea actului este totuși posibilă prin aplicarea unor remedii de înlăturare a nulității actului juridic.

3. Mecanisme de validare a actului juridic

Mecanismele de validare a actului juridic sunt destinate salvării actului juridic de la sancțiunea nulității, pentru a se da eficiență principiului de interpretare a voinței părților în sensul producerii de efecte juridice. Acestea prezintă interes în ipoteza în care actul ar urma să fie desființat în întregime, fiind amenințat de nulitatea totală. Nu trebuie deci confundate aceste mecanisme cu menținerea actului prin aplicarea, atunci când este posibil, a nulității parțiale drept sancțiune preferabilă nulității totale.

Totodată, mecanismele remedii nu se confundă nici cu acele situații în care efectele actului sunt menținute ca urmare a aplicării unor excepții de la efectele nulității.

Excepțiile de la aplicarea efectelor nulității sunt acele situații în care, pentru anumite motive temeinice, efectele produse între momentul încheierii actului și acela al anulării sale sunt menținute.

Temeiul acestor excepții îl reprezintă întâietatea ce trebuie acordată altor principii, cum ar fi: ocrotirea bunei-credințe, protecția incapacabililor, protejarea drepturilor dobânditorilor subsecvenți, asigurarea securității circuitului civil.

Prin aplicarea remediilor concepute în vederea salvării actului juridic se urmărește înlăturarea sancțiunii nulității în sine. Aceste remedii se circumscriu conceptului de validare a contractului, consacrat de art. 1.261 C. civ., prin care se urmărește consolidarea contractului în temeiul principiului general al salvagădării actului juridic civil.

Aceste remedii de înlăturare a sancțiunii nulității sunt: confirmarea, refacerea, regularizarea, adaptarea, reducerea prestațiilor, conversiunea, aplicarea principiului răspunderii delictuale și aplicarea principiului validării aparenței în drept.

Rezultă deci că validarea nu reprezintă un mecanism juridic de sine stătător, ci un concept care înglobează în sfera sa diferite operațiuni juridice care au ca scop stingerea dreptului de a invoca nulitatea.

4. Confirmarea actului juridic

Confirmarea este actul juridic unilateral prin care partea care ar fi interesată să promoveze acțiunea în constatarea nulității sau să ridice excepția referitoare la nulitate, renunță la aceste prerogative.

Confirmarea actului anulabil este limitată în principal la cazurile de nulitate relativă. Potrivit art. 1.247 alin. (4) C. civ., „contractul juridic lovit de nulitate absolută nu este susceptibil de confirmare decât în cazurile prevăzute de lege”. O astfel de ipoteză de excepție este cea instituită de art. 1.010 C. civ., potrivit căruia, „confirmarea unei *liberalități de către moștenitorii universali ori cu titlu universal* ai dispunătorului atrage renunțarea la dreptul de a opune *viciile de formă sau orice alte motive de nulitate*, fără ca prin această renunțare să se prejudicieze drepturile terților”.

De asemenea, o excepție rezultă și din art. 303 C. civ., care reglementează *acoperirea nulității căsătoriei* încheiate cu nerespectarea dispozițiilor legale referitoare la *vârsta matrimonială*, care poate fi privită și ca un caz particular de confirmare tacită a nulității absolute a căsătoriei.

Nulitatea relativă *poate fi confirmată, expres sau tacit, de partea interesată* (sau de succesorii în drepturi ai acesteia).

Actul juridic anulabil este susceptibil de confirmare - art. 1.248 alin. (4) C. civ. Persoana interesată poate renunța la dreptul de a invoca nulitatea relativă, atât pe cale de acțiune, cât și pe cale de excepție, dacă apreciază că acest fapt este conform intereselor sale particulare. Renunțarea la un asemenea drept are ca efect acoperirea nulității relative, deci consolidarea actului juridic anulabil, care se realizează prin confirmare. Fiind un act de *formație unilaterală*, confirmarea nu necesită acceptul celeilalte părți și devine *irevocabilă* din momentul săvârșirii ei valabile. Dreptul de a renunța la anularea actului se poate exercita doar după încheierea actului nevalabil, prin confirmare, nu și anticipat, prin inserarea unei clauze în cadrul actului anulabil.

În cazul actelor consensuale, confirmarea poate să fie expresă sau tacită, în funcție de modul de exteriorizare a voinței părții.

Confirmarea expresă se concretizează într-un act juridic, o declarație care are indubitabil scopul de a confirma actul nul, chiar dacă nu se materializează într-un înscris.

Condițiile generale de valabilitate ale confirmării denumite și *condiții exterioare* și sunt menționate de art. 1.263 C. civ.:

- să provină de la *cel îndreptățit să invoce nulitatea relativă*;
- să fie făcută de o persoană cu *capacitate deplină de exercițiu*, fiind un act abdicativ (de renunțare la un drept, deci de dispoziție). Minorul, după ce devine major, poate confirma actul făcut singur în timpul minorității, când trebuia să fie reprezentat sau asistat – art. 48 C. civ.;
- să fie dată *în deplină cunoștință* de cauză, adică numai cunoscând cauza de nulitate, iar în caz de violență, numai după încetarea acesteia – art. 1.263 alin. (2) C. civ.;
- *viciul* care afecta actul juridic anulabil (cauza de nulitate relativă) *să fi încetat* în momentul confirmării (în caz contrar, însuși actul de confirmare este anulabil);
- să fie întrunite, la momentul confirmării, *toate celelalte condiții de validitate* (să nu apară o altă cauză de nulitate) – art. 1.263 alin. (1) C. civ.

În cazul confirmării exprese, în afara condițiilor generale, actul confirmativ trebuie să îndeplinească și următoarele *condiții speciale* denumite și *condiții inerente ale actului confirmativ*, fiind instituite de art. 1.264 C. civ.:

- să cuprindă *obiectul, cauza și natura obligației*, ceea ce reclamă conștientizarea caracterului abdicativ al actului;
- să facă mențiune despre *motivul acțiunii în anulare*, ceea ce evidențiază caracterul accesoriu al actului confirmativ față de actul anulabil;
- să exprime *intenția de a repara viciul* pe care se întemeiază acea acțiune, ceea ce reliefează faptul că este un mijloc de validare a actului;
- să îndeplinească *cerințele de formă ale actului principal* anulabil, datorită caracterului accesoriu al confirmării.

Confirmarea tacită rezultă din fapte concludente asupra intenției de acoperire a nulității relative.

Un mod elocvent de manifestare a unei voințe tacite de a confirma îl reprezintă *executarea voluntară* a unui act juridic lovit de nulitate relativă. În acest sens, art. 1.263 alin. (5) C. civ. prevede că: „în lipsa confirmării exprese, este suficient ca obligația să fie executată în mod voluntar la data la care ea putea fi valabil confirmată de către partea interesată”.

O altă ipostază a confirmării tacite era reprezentată de *neintentarea acțiunii în anulare în termenul de prescripție* extinctivă. S-a apreciat că această din urmă ipoteză generează o prezumție simplă, care poate fi răsturnată prin proba contrarie. În plus, pentru a putea fi reținută confirmarea tacită ca urmare a împlinirii termenului de prescripție al acțiunii în anulare, partea interesată va fi ținută să facă și dovada executării, întrucât invocarea nulității poate fi realizată oricând pe cale de excepție, conform art. 1.249 alin. (2) C. civ., ceea ce face ca actul să fie încă vulnerabil până la acea dată.

În toate cazurile, este necesar ca partea care confirmă tacit să fi cunoscut cauza de nulitate relativă și să fi acționat deliberat în acest sens.

Confirmarea se poate realiza *spontan*, din inițiativa părții îndreptățite să ceară anularea, sau poate *fi provocată* de cererea cocontractantului. Astfel, potrivit art. 1.263

alin. (6) C. civ., persoana care poate invoca nulitatea poate să fie *pusă în întârziere* printr-o *notificare* prin care partea interesată să îi solicite fie să confirme contractul anulabil, fie să exercite acțiunea în anulare, în termen de

6 luni de la notificare, sub sancțiunea decăderii din dreptul de a cere anularea contractului.

Efectele confirmării se deosebesc după cum acestea se produc între părți sau asupra terțelor persoane.

În raporturile *dintre părți*, confirmarea are drept efect validarea retroactivă (*ex tunc*) a actului anulabil, care se va socoti că produce efecte încă de la data încheierii sale. Astfel, „confirmarea își produce efectele din momentul încheierii contractului și atrage renunțarea la mijloacele și excepțiile ce puteau fi opuse, sub rezerva însă a drepturilor dobândite și conservate de terții de bunăcredință” potrivit art. 1.265 alin. (1) C. civ. În consecință, *față de terții* care ar fi afectați, în mod injust, de efectele confirmării, datorită relativității convențiilor, confirmarea produce efecte doar pentru viitor, *ex nunc*, începând cu data emiterii manifestării unilaterale de voință. Terții vor avea deci posibilitatea să-și apere drepturile dobândite în perioada dintre încheierea actului nul și aceea a confirmării sale, prin invocarea, pe cale de excepție, a nulității actului care le prejudiciază interesele. Sunt considerați terți în această privință doar *succesorii cu titlu particular*, care și-au conservat drepturile dobândite prin contract cu titlu oneros, subsecvent celui anulabil care a fost ulterior confirmat.

Față de succesorii universali ori cu titlu universal, precum și *față de creditorii chirografari*, actul confirmativ produce efecte întocmai ca și față de părți, în afară de cazul în care ar exista o fraudă.

Confirmarea este un act individual, astfel că dacă fiecare dintre părți poate invoca nulitatea contractului sau mai multe părți o pot invoca împotriva alteia, confirmarea nu împiedică invocarea nulității de către celelalte părți – art. 1.265 alin. (2) C. civ.

În cazul unui contract anulabil pentru vicierea consimțământului prin dol sau violență, confirmarea nu implică, prin ea însăși, renunțarea la dreptul de a cere daune interese – art. 1.263 alin. (3) C. civ. Aceasta se datorează faptului că, prin confirmare, nu se înlătură propriu-zis cauza de nulitate, ci se paralizează posibilitatea invocării nulității de către cel care a realizat confirmarea.

Confirmarea nu trebuie confundată cu *ratificarea*, aceasta fiind o modalitate de validare de către reprezentat a contractelor încheiate de reprezentant cu depășirea limitelor împuternicirii – art. 1.311-1.314 C. civ. – ori un mijloc de asumare de către gerat a actelor încheiate de gerant cu depășirea sferei gestiunii de afaceri – art. 1.340 C. civ. Se admite aplicarea

ratificării prin analogie și în alte situații de inopozabilitate, precum contractul de porte-forte. Ratificarea se apropie de regularizarea actului nul, dar se referă la contracte valide, care nu sunt afectate de vreo cauză de nulitate. Finalitatea ratificării este renunțarea la inopozabilitatea actului încheiat cu depășirea împluternicirii, pe când finalitatea confirmării este renunțarea la invocarea nulității relative.

Confirmarea se deosebește și de *actul recognitiv*, prin care se recunoaște un act juridic preexistent numai în privința existenței lui, iar nu și cu privire la validitatea sa, ceea ce înseamnă că persoana interesată nu renunță la dreptul de a invoca, dacă este cazul, nulitatea relativă a actului juridic preexistent. Actul recognitiv are drept scop probarea existenței titlului primordial, presupus ca valid. Confirmarea este privită ca o operațiune juridică de asanare a unui contract invalid, a cărui probă nu este pusă în discuție.

5. Refacerea actului nul

O altă modalitate de asanare a nulității o reprezintă *refacerea actului nul*, consacrată de prevederile art. 1.259 C. civ. În această ipoteză, părțile încheie un nou act juridic, identic cu cel nevalabil, care își va produce efectele din acel moment, numai pentru viitor, nu și retroactiv. Refacerea unui contract invalid se aseamănă cu reparația sa capitală, actul inițial fiind desființat și înlocuit cu un act civil nou. Refacerea actului presupune nepreluarea în cuprinsul noului act a cauzei de nulitate existente în cel inițial. Prin refacerea actului nevalabil se renunță implicit la dreptul de a invoca nulitatea actului inițial nevalabil.

Spre deosebire de confirmare, care este un act unilateral în toate cazurile, refacerea este un act unilateral sau bilateral, în funcție de felul actului refăcut. Tot ca o diferență, refacerea este un remediu prin care poate fi înlăturată nulitatea absolută, în timp ce confirmarea poate fi admisă de regulă doar pentru actele anulabile.

6. Regularizarea

Regularizarea desemnează corijarea cauzei de nulitate sau complinirea unei neregularități a actului juridic, realizate printr-o manifestare ulterioară de voință a părților, al cărei unic obiectiv este restabilirea legalității. Un exemplu de regularizare este obținerea autorizației

prealabile, ulterior încheierii unui act care reclamă existența acesteia ca o condiție de validitate. Spre deosebire de refacerea contractului, care presupune realizarea unui nou acord de voințe, analog celui inițial, dar neafectat de cauza de nulitate, regularizarea implică un acord de voință limitat la îndreptarea neregularității actului inițial. Diferența între aceste două remedii ale nulității se reflectă și sub aspectul efectelor: în cazul refacerii, noul act produce efecte doar pentru viitor, în timp ce regularizarea produce efecte retroactive, din momentul încheierii actului astfel regularizat.

7. Rectificarea

Rectificarea sau adaptarea contractului poate fi solicitată în baza art. 1.213 C. civ. de către partea împotriva căreia se putea invoca nulitatea. Prin adaptare, conținutul contractului va fi ajustat implicit, astfel încât să nu mai fie afectate interesele părții care ar fi putut solicita anularea. Adaptarea paralizează acțiunea în anulabilitate, care va fi respinsă ca lipsită de interes. Spre deosebire de confirmare, manifestarea de voință în cazul adaptării este formulată de partea căreia i se opune anularea actului. Rectificarea este un act unilateral de dispoziție și receptare și constă în exercitarea unui drept de autoritate, astfel că nu trebuie acceptată de către cealaltă parte. Astfel, după ce a fost informată asupra felului în care partea îndreptățită să invoce anulabilitatea a înțeles contractul și înainte ca aceasta să fi obținut anularea, cealaltă parte, care propune adaptarea contractului, trebuie ca, în maxim trei luni de la data notificării sau de când i s-a comunicat cererea de chemare în judecată, să declare că este de acord cu executarea sau să execute fără întârziere contractul, astfel cum a fost înțeles de partea aflată în eroare. Dacă declarația a fost făcută și comunicată părții aflate în eroare în acest termen sau contractul a fost executat, dreptul de a obține anularea este stins, iar notificarea în vederea anulării va fi considerată lipsită de efecte. În consecință, contractul se va considera încheiat așa cum l-a înțeles partea îndreptățită să invoce anulabilitatea.

În concluzie, în toate situațiile în care contractul nu a fost executat încă, *errans*-ul are obligația de a-l informa pe cocontractant asupra modului în care a înțeles contractul, cel mai târziu cu ocazia cererii de chemare în judecată în anulare, pentru ca acesta din urmă să-și poată manifesta dreptul de opțiune privind

adaptarea contractului în conformitate cu maniera de reprezentare a *errans*-ului. Cu toate că adaptarea prin executare este facultativă pentru cocontractant, din momentul în care acesta a comunicat declarația de executare sau a executat contractul, adaptarea este obligatorie pentru *errans*, în sensul paralizării acțiunii în anulare.

Așadar, efectul adaptării este înlăturarea nulității, dar și modificarea indirectă a actului, în sensul avut în vedere de cel care solicitase anularea. Limita modificării prestației celui care a greșit este dată de faptul că fundamentul contractual trebuie să rămână cel gândit la origine, altfel ar fi o propunere contractuală, care, prin acceptare, ar duce la înlocuirea contractului inițial cu un altul. Adaptarea se deosebește de confirmare prin aceea că, în anumite cazuri (în materia leziunii) ea este dispusă de către instanță, la cererea părții interesate. Deși dreptul de a adapta contractul este recunoscut expres doar în materie de eroare, se apreciază că, prin analogie, soluția este aplicabilă și dolului, care este o formă de eroare.

8. Reducerea prestațiilor

Reducerea prestațiilor reprezintă o formă de sancțiune civilă care poate fi instituită în cazul vicerii consimțământului prin dol sau violență, fiind așadar aplicată drept o măsură alternativă anulării. În cazul în care se preferă menținerea contractului, partea îndreptățită să ceară anularea, anume victima dolului sau a violenței, poate opta pentru reducerea prestației sale cu valoarea daunelor-interese la care ar fi îndreptățit, conform art. 1.257 C. civ. În mod similar, în cazul leziunii, conform art. 1.222 alin. (3) C. civ., instanța poate să mențină contractul dacă cealaltă parte oferă, în mod echitabil, o reducere a propriei creanțe sau, după caz, o majorare a propriei obligații.

Reducerea prestațiilor nu trebuie confundată cu *acordarea de daune-interese*, solicitată ca o măsură complementară acțiunii în anulare. Ambele măsuri își au temeiul în prevederile art. 1.257 C. civ., dar se aplică în ipoteze distincte. În timp ce reducerea prestațiilor se acordă în cazul în care se dorește menținerea contractului, daunele-interese se solicită pentru acoperirea prejudiciului victimei viciului dolului sau violenței, care optează pentru anularea contractului. Fundamentul comun al ambelor măsuri îl reprezintă natura duală a violenței și a dolului: vicii de consimțământ și delict civile.

Dacă anularea actului poate fi sau nu însoțită de acordarea de daune-interese, menținerea actului prin intermediul remediului reducerii prestațiilor implică în sine acordarea de daune-interese. Un alt element de distincție între cele două măsuri este reprezentat și de întinderea obligației de despăgubire ce revine autorului viciului de consimțământ. Astfel, dacă victima solicită anularea contractului, va putea pretinde totodată obligarea autorului viciului la o despăgubire care să acopere ceea ce este necesar pentru a o repune în situația anterioară încheierii contractului, pe când în cazul în care victima optează pentru menținerea contractului, cuantumul daunelor interese se apreciază în raport cu prejudiciul care a fost cauzat și se acordă indirect, prin reducerea prestației asumate de victimă.

9. Conversiunea actului juridic

Prin conversiunea actului juridic se înțelege reconsiderarea manifestării de voință exprimate în actul nul, în sensul în care ar reprezenta un act juridic valabil. Conversiunea presupune, în esență, înlocuirea, din punct de vedere juridic, a contractului nul, privit ca *negotium iuris*, cu un alt contract valabil, fără a opera schimbări materiale cu privire la cuprinsul contractului, în sens de *instrumentum probationis*. Mecanismul prin care se va realiza această transformare constă în interpretarea actului nul, în sensul în care el ar produce efecte juridice, conform regulii stabilite în materia interpretării contractelor – art. 1.268 alin. (3) C. civ. La baza acestei operațiuni stă prezumția că părțile care au încheiat actul în vederea producerii anumitor efecte acceptă ca acestea să fie înlocuite cu altele, care pot fi generate de structura extrasă din actul inițial, în condițiile în care cele preconizate inițial au fost înlăturate din cauza nulității. Astfel, ca urmare a conversiunii, actul nul va produce efectele specifice unui alt act, pe care părțile, deși nu l-au avut în vedere la încheierea actului, nu l-au exclus din scopurile caracteristice actului inițial, prin stipulație expresă sau tacită. Caracterul ipotetic, abstract, al voinței părților deosebește conversiunea de simulație.

Condițiile de operare a conversiunii:

- să existe un element de diferență între actul nul și actul valabil, existând, de regulă, identitate de părți; acest element de diferență poate privi: natura celor două acte juridice (spre exemplu, primul este un contract, iar cel de-al doilea un act juridic unilateral), conținutul acestora (în sensul că

drepturile și obligațiile ce s-ar naște din cele două acte sunt diferite), efectele sau forma celor două acte;

- nulitatea care afectează actul originar să fie totală, deoarece în caz de nulitate parțială, actul nevalabil continuă să își producă o parte din efecte;

- actul socotit valabil să întrunească toate condițiile de valabilitate, iar aceste condiții să se regăsească în chiar cuprinsul actului anulat – art. 1.260 alin. (1) C. civ.;

- din manifestarea de voință a părților să nu rezulte inadmisibilitatea conversiunii deoarece, potrivit art. 1.260 alin. (2) C. civ., conversiunea nu se va aplica dacă intenția de a exclude aplicarea conversiunii este stipulată în contractul lovit de nulitate sau reiese, în chip neîndoielnic, din scopurile urmărite de părți la data încheierii contractului.

Prin aplicarea conversiunii se obține salvarea fragmentară a actului nul, care va fi transformat într-un alt act, subsecvent și valid.

Nu suntem în prezența conversiunii în cazurile în care se realizează:

- anularea doar a unor clauze ale actului, în acest caz operând o nulitate parțială;

- denumirea greșită a actului atribuită de părți, *error in nomine negotii*; într-un asemenea caz, va interveni calificarea corectă a actului juridic, în funcție de voința reală a părților și de natura clauzelor actului juridic. Practic, părțile au intenționat să încheie un anumit act juridic, pe care l-au încheiat valabil, dar l-au denumit greșit;

- anularea doar a unui act dintre două încheiate concomitent sau succesiv, celălalt fiind menținut;

- refacerea actului juridic nul – art. 1.259 C. civ. – care presupune încheierea de către părți a unui nou act, valabil, care să-l înlocuiască pe cel anterior nevalabil;

- validarea actului juridic prin confirmare, sau prin îndeplinirea ulterioară a cerinței legale nerespectate la încheierea lui (în acest caz, ca și în cel anterior, nu este îndeplinită cea de-a treia condiție menționată mai sus) ori prin alte moduri anume prevăzute de lege – art. 1.261 C. civ.;

- novația, care presupune existența unei obligații anterioare valabile, ceea ce nu se regăsește în cazul conversiunii; de asemenea, novația este întotdeauna expresă, pe când, în cazul conversiunii, cel de-al doilea act juridic se deduce din voința prezumată a părții sau a părților.

Reprezintă aplicații ale conversiunii:

- cazul în care un act de înstrăinare este lovit de nulitate, dar este valabil ca act de revocare a legatului încheiat anterior având ca obiect același bun – art. 1.068 alin. (3) C. civ.;

- cazul în care un testament autentic, nul absolut pentru lipsa formei, poate fi convertit într-un testament olograf – art. 1.050 C. civ.;

- cazul în care moștenitorul înstrăinează un bun din masa succesorală, deși actul de înstrăinare este nul, de exemplu, pentru incapacitatea dobânditorului, însă manifestarea de voință exprimată de transmitătorul moștenitor valorează ca act de acceptare a succesiunii – art. 1.110 alin. (2) C. civ.;

- cazul în care manifestarea de voință nulă ca vânzare (datorită lipsei formei solemne) poate valora drept antecontract de vânzare.

Aplicabilitatea conversiunii nu este restrânsă la cazurile de nulitate absolută, ipotezele indicate de textele de lege neconstituind o enumerare limitativă. Totodată, operațiunea conversiunii poate viza nu doar actul în sens de *negotium*, ci și actul în sens de *instrumentum*. Astfel, un act autentic, nul pentru lipsă de formă, poate fi convertit într-un înscris sub semnătură privată – art. 271 C. pr. civ.

10. Principiul răspunderii civile delictuale

Posibilitatea invocării principiului răspunderii civile delictuale drept remediu în

materia nulității nu are la bază o reglementare directă, fiind dedusă din diverse prevederi legale, iar aplicarea sa împiedică, în principiu, efectele nulității relative.

Principiul răspunderii civile delictuale poate conduce, în anumite cazuri, la menținerea

efectelor unui act juridic civil lovit de nulitate. Ipoteza presupune că partea vinovată de cauza de nulitate solicită anularea actului juridic civil, însă cealaltă parte contractantă ar urma să sufere un prejudiciu tocmai din cauza anulării actului respectiv, prejudiciu care va trebui să fie reparat de cel culpabil. Aprecierea oportunității aplicării acestui remediu revine, în toate cazurile, instanței de judecată investite cu cererea de anulare a actului.

Înlăturarea nulității ca urmare a aplicării principiului răspunderii civile delictuale privește cazul persoanei puse sub interdicție judecătorească sau al minorului care, cu ocazia încheierii actului juridic, ar săvârși un delict

civil, creând, prin manopere dolosive, o aparență înșelătoare că este capabil sau major. Într-o asemenea ipoteză, incapabilul nu va putea cere anularea actului respectiv, deoarece cealaltă parte ar fi prejudiciată. Partea care a săvârșit fapta ilicită (aceeași care ulterior solicită anularea actului juridic pentru incapacitate) va trebui să îl despăgubească pe cel care a fost prejudiciat prin acea faptă (cealaltă parte contractantă).

În condițiile în care prejudiciul invocat ar proveni tocmai ca urmare a anulării actului juridic respectiv, se poate considera că cea mai potrivită formă de reparare a prejudiciului este menținerea actului juridic ca valabil. Astfel, în baza principiului executării în natură a obligațiilor și a principiului reparării în natură și integrale a pagubelor, actul lovit de nulitate va fi menținut, întrucât reprezintă cea mai bună reparare a prejudiciului ce s-ar putea produce cocontractantului prin fapta ilicită a minorului (persoanei puse sub interdicție judecătorească).

În asemenea cazuri, principiul ocrotirii persoanei fără capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă, instituit de art. 45 teza I C. civ., potrivit căruia „simpla declarație că este capabil să contracteze, făcută de cel lipsit de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă, nu înlătură anulabilitatea actului”, este anihilat de principiul răspunderii civile delictuale; în acest sens, art. 45 teza a II-a C. civ. dispune că: „dacă însă a folosit manopere dolosive, instanța, la cererea părții induse în eroare, poate menține contractul atunci când apreciază că aceasta ar constitui o sancțiune civilă adecvată”.

S-a propus ca această construcție juridică să fie extinsă și la alte situații în care cauza de nulitate este în legătură cu un delict civil imputabil părții care a solicitat desființarea actului juridic, cum ar fi chiar cazul nulității pentru eroare imputabilă părții care a avut, nejustificat, o falsă reprezentare asupra realității.

11. Principiul validării aparenței în drept

Se mai numește și „principiul *error communis facit ius*”; acest principiu înlătură nulitatea unui act încheiat într-o situație de eroare comună, obștească, invincibilă. Teoria aparenței în drept este o excepție generală de la principiile de drept, o sursă autonomă de obligații. Mecanismul aparenței în drept este mijlocul prin care, luând în considerare realitatea sau

circumstanțele concrete, se asigură preeminența securității dinamice a raporturilor sociale și juridice față de securitatea statică.

Remediul *error communis facit ius* este consacrat de prevederile art. 17 C. civ., care, după ce în alin. (1) instituie regula potrivit căreia „nimeni nu poate transmite sau constitui mai multe drepturi decât are el însuși”, prin alin. (2) admite și o excepție: „când cineva, împărtășind o credință comună și invincibilă, a considerat că o persoană are un anumit drept sau o anumită calitate juridică, instanța judecătorească, ținând seama de împrejurări, va putea hotărî că actul încheiat în această stare va produce, față de cel aflat în eroare, aceleași efecte ca și când ar fi valabil, afară de cazul în care desființarea lui nu i-ar cauza niciun prejudiciu”.

Existența erorii comune și invincibile nu se prezumă, ci va trebui să fie dovedită de cel interesat, conform art. 17 alin. (3) C. civ. Excepția menționată nu este aplicabilă în materie de carte funciară și nici în alte materii în care legea reglementează un sistem de publicitate – art. 17 alin. (4) C. civ.

O aplicație a validării aparenței în drept este instituită în materia actelor de stare civilă. Astfel, potrivit art. 102 C. civ., „actele de stare civilă întocmite de o persoană care a exercitat în mod public atribuțiile de ofițer de stare civilă, cu respectarea tuturor prevederilor legale, sunt valabile, chiar dacă acea persoană nu avea această calitate, afară de cazul în care beneficiarii acestor acte au cunoscut, în momentul întocmirii lor, lipsa acestei calități”.

Pentru a se putea extinde aplicarea și în alte situații a teoriei validității actelor juridice încheiate cu subdobânditorul de bună-credință cu proprietarul aparent, trebuie întrunite cumulativ trei condiții:

- *buna-credință a cumpărătorului*, constând în convingerea sa că ar fi dobândit de la adevăratul proprietar, condiție care se apreciază în concret, în funcție de persoana subdobânditorului și de împrejurările în care s-a încheiat contractul;

- *caracterul comun al erorii* în care s-a aflat subdobânditorul: trebuie să se rețină că toate sau majoritatea persoanelor cu interese asupra bunurilor în litigiu aveau credința că toate înstrăinările acelor bunuri au fost legale. În concret, se va avea în vedere aparența creată de titlul de proprietate prezentat, publicitatea dreptului, conduita proprietarului față de bun, durata de timp în care proprietarul aparent a stăpânit anterior bunul, percepția publică față de bunul deținut de proprietarul aparent și modul în

care toate aceste împrejurări contribuie la formarea convingerii greșite a subdobânditorului;

- *caracterul invincibil* (de neînlăturat) *al erorii*, care presupune cercetarea cauzei erorii, urmând a se stabili dacă un om capabil, în contextul realităților existente la data contractării, ar fi putut sau nu descoperi viciul titlului aparent. Astfel, aprecierea acestei condiții se face în abstract, prin raportare la o persoană diligentă, spre deosebire de buna-credință, care se apreciază în concret, în raport de circumstanțele individuale ale subiectului. Astfel, subdobânditorul va trebui să facă dovada că a întreprins toate demersurile posibile pentru a verifica existența dreptului autorului său, iar în lipsa acestor diligențe, subdobânditorul neglijent nu se poate prevala de eroarea sa pentru a beneficia de efectul creator de drepturi, în detrimentul recunoașterii dreptului adevăratului proprietar.

Concluzii

Mecanismele de validare a actului juridic sunt destinate salvării actului juridic de la sancțiunea nulității, pentru a se da eficiență principiului de interpretare a voinței părților în sensul producerii de efecte juridice. Mecanismele remediu nu se confundă cu cazurile în care efectele actului sunt menținute ca urmare a aplicării unor excepții de la efectele nulității. Validarea nu reprezintă un mecanism juridic de sine stătător, ci un concept care înglobează în sfera sa diferite operațiuni juridice care au ca scop stingerea dreptului de a invoca nulitatea.

Confirmarea este actul prin care partea care ar fi interesată să invoce nulitatea renunță la acest drept și validează retroactiv contractul. Refacerea unui contract invalid constă în înlocuirea actului inițial nevalid cu un act civil nou valabil, întocmit ulterior. Regularizarea desemnează corijarea cauzei de nulitate sau complinirea unei neregularități a actului juridic, printr-o manifestare ulterioară de voință a părților. Rectificarea sau adaptarea contractului poate fi solicitată de către partea împotriva căreia se putea invoca nulitatea și presupune ajustarea contractului astfel încât să nu mai fie afectate interesele părții care ar fi putut solicita anularea. Reducerea prestațiilor poate fi solicitată de către partea îndreptățită să ceară anularea, datorată dolului sau a violenței și constă în micșorarea prestației sale cu valoarea daunelor-interese la care ar fi îndreptățită. Prin conversiunea actului juridic se înțelege reconsiderarea manifestării de voință exprimate în

actul nul, în sensul în care ar reprezenta un act juridic valabil. Principiul răspunderii civile delictuale presupune că dacă partea vinovată de cauza de nulitate solicită anularea actului juridic civil, cealaltă parte ar urma să sufere un prejudiciu tocmai din cauza anulării actului respectiv, încât menținerea contractului se consideră a fi cea mai bună reparație. Principiul validării aparenței în drept înlătură nulitatea unui act încheiat într-o situație de eroare comună, obștească, invincibilă.

LUMINI ȘI UMBRE ÎN CONSIMȚIREA UNEI VÂNZĂRI: DE LA PROMISIUNE LA PACT DE OPȚIUNE

LIGHTS AND SHADOWS WHEN CONSENTING TO A SALE CONTRACT: FROM THE SALE PROMISE TO THE OPTION AGREEMENT

MIRELA CARMEN DOBRILĂ¹

Rezumat: Articol urmărește să evidențieze reglementarea din Noul Cod civil român (Legea nr. 287/2009) cu privire la promisiunea unilaterală de vânzare/de cumpărare și promisiunea bilaterală de vânzare. Se observă că Noul Cod civil (NCC) păstrează în linii mari viziunea existentă anterior intrării sale în vigoare asupra promisiunii unilaterale de vânzare, asupra promisiunii unilaterale de cumpărare, precum și asupra promisiunii bilaterale de vânzare. Se observă că legiuitorul a intervenit prin introducerea unor reglementări clare cu privire la aceste instituții (art. 1279 NCC, art. 1669 NCC, 1670 NCC), fiind recunoscută expres posibilitatea instanței de a pronunța o hotărâre care ține loc de contract de vânzare, iar acțiunea în pronunțarea unei hotărâri care ține loc de contract este supusă unui termen special de prescripție de 6 luni. În articol se urmărește evidențierea viziunii NCC asupra pactului de preferință; în prezent atunci când vorbim despre pactul de preferință facem referire la dreptul de preempțiune convențional, care poate fi exercitat conform dispozițiilor din art. 1730 și urm. NCC. Articolul pune în discuție aspectele privind reglementarea unei instituții noi, pactul de opțiune privind contractul de vânzare, ca instituție de sine stătătoare, trăsături proprii, diferită atât față de antecontracte, cât și față de contractul de vânzare.

Cuvinte-cheie: contract de vânzare; antecontract; promisiune unilaterală de vânzare/cumpărare; promisiune bilaterală de vânzare; pact de preferință; pact de opțiune.

Abstract: The paper aims at emphasizing the regulation from the New Civil Code (Law no.287/2009) concerning the unilateral promise to buy/ to sell and the bilateral sale promise(pre-contracts). We notice that the New Civil Code (NCC) broadly preserves the perspective existing before its entering into force concerning the

¹ Asistent univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza Iași, email: mirela.dobrilă@uaic.ro.

unilateral promise to buy/to sell, as well as the bilateral sale promise. It is noted that the legislator expressly and clearly regulates these institutions (article 1279 NCC, article 1669 NCC, article 1670 NCC). The code regulates now the possibility of the court, faced with promissory's refusal to conclude the sale contract (promissory buyer/seller), to decide (upon the request of the beneficiary of the sale promise) that the sale contract is concluded by substituting the consent of the refusing party (the judgement decision being the deed of sale) and the court could rule on the matter only within the specific limitation period of 6 months. In this paper, we emphasize the perspective of NCC referring to the first option choice agreement; at present, when we refer to the option agreement, we take into account the conventional preemption right, which can be exercised based on the provisions in article 1730 and the following of NCC. The paper discusses aspects concerning the regulation of a new institution, the option agreement, related to sale contract, as an institution in its own right, with its own features, different from the sale promises as pre-contracts and from the sale contract.

Keywords: sale contract; pre-contract; unilateral promise to buy/to sell; bilateral sale promise; first option choice agreement; option agreement- conventional preemption right.

Considerații introductive

În Noul Cod civil există dispoziții exprese cu privire la promisiunea unilaterală de vânzare, promisiunea unilaterală de cumpărare, precum și cu privire la promisiunea bilaterală de vânzare, atât dispoziții generale, cât și dispoziții speciale cu privire la contractul de vânzare, care sunt de interes.

Cu privire la pactul de preferință (care nu se limitează doar la contractul de vânzare), deși nu există un articol care să poată această denumire marginală (doar în cazul art. 1828 NCC privind dreptul de preferință al chiriașului la închiriere), considerăm că la contractul de vânzare legiuitorul are în vedere dreptul de preempțiune convențional, care poate fi exercitat conform dispozițiilor din art. 1730 și urm. NCC.

Ca instituție nouă, pactul de opțiune pune unele probleme de delimitarea față de promisiunea de vânzare sau față de oferta de vânzare, fiind situat de fapt între promisiunea unilaterală de vânzare și contractul de vânzare, cu diferențe față de ambele instituții. Prin pactul de opțiune, o parte se obligă față de o altă persoană, numită beneficiar, să își mențină declarația de voință în mod irevocabil pentru un termen, beneficiarul având posibilitatea de a opta fie în sensul acceptării efectelor contractului, fie să renunțe la acesta, ceea ce înseamnă că prin acceptarea opțiunii de către

beneficiar pactul de opțiune devine contract de vânzare, lucru posibil deoarece conține toate elementele cerute pentru contractul de vânzare, inclusiv forma.

I. Promisiunea unilaterală (de vânzare sau de cumpărare)

Promisiunea unilaterală de vânzare reprezintă un antecontract prin care o parte, numită promitent, se obligă față de cealaltă parte, numită beneficiar, să îi vândă un anumit bun pe care îl are în proprietate, la un preț determinat, beneficiarul rezervându-și posibilitatea de a-și manifesta ulterior voința de a cumpăra bunul. Promisiunea unilaterală (de cumpărare) reprezintă un antecontract prin care o parte, numită promitent, se obligă față de cealaltă parte, numită beneficiar, să cumpere un anumit bun, la un preț determinat, beneficiarul rezervându-și posibilitatea de a-și manifesta ulterior voința de a vinde bunul².

Sediul materiei pentru promisiunile unilaterale de vânzare și de cumpărare este reprezentat de art. 1279 NCC și art. 1669-1670 NCC.

Astfel, conform art. 1279 NCC, promisiunea de a contracta trebuie să conțină toate acele clauze ale contractului promis, în lipsa cărora părțile nu ar putea executa promisiunea. În caz de neexecutare a promisiunii,

²A se vedea Fr. Deak, *Tratat de drept civil, Contracte speciale*, Editura Universul Juridic, București, p.23 și urm.; D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale, Vol. I Vânzarea și schimbul*, Editura CH Beck, București, 2008, p. 159 și urm.; C. Macovei, *Contracte civile*, Editura Hamangiu, București, 2006, p. 20 și urm.; I. Dogaru, E. G. Olteanu, L. B. Săuleanu, *Bazele dreptului civil, Vol. IV Contracte speciale*, Editura CH Beck, București, 2009, p. 43 și urm.; Răzvan Dincă, *Contracte civile speciale în Noul Cod civil*, Note de curs, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 51 și urm.; M. L. Belu Magdo, *Contractul de vânzare în Noul Cod civil*, Editura Hamangiu, București, p. 102 și urm.; Ghe. Gheorghiu în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, coordonatori Fl.-A. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, Editura CH Beck, 2012, pp. 1749 și urm.; C. Zamșa în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, op. cit., pp. 1338 și urm.; Marcel Gavriș în *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, Vol III, Colectiv, Editura Hamangiu, 2012, București, p. 30; G. Boroi & Colectiv, *Fișe de drept civil*, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 549 și urm.; Oliviu Puie, *Contractele civile*, Editura Universul Juridic, București, p. 65 și urm.; G. Boroi, L. Stănciulescu, *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2012, pp.337 și urm.; Tema prezentului articol a fost prezentată în cadrul Sesiunii de comunicări științifice de la Facultatea de Drept, Universitatea Al. I. Cuza Iași „Dimensiuni europene și naționale ale științei și practicii dreptului”, din 27 octombrie 2017, <https://laws.uaic.ro/ro/evenimente/dimensiuni-europene-si-naionale-ale-stiinei-si-practicii-dreptului>.

beneficiarul are dreptul la daune-interese. De asemenea, dacă promitentul refuză să încheie contractul promis, instanța, la cererea părții care și-a îndeplinit propriile obligații, poate să pronunțe o hotărâre care să țină loc de contract, atunci când natura contractului o permite, iar cerințele legii pentru validitatea acestuia sunt îndeplinite; aceste prevederi nu sunt aplicabile în cazul promisiunii de a încheia un contract real, dacă prin lege nu se prevede altfel. Convenția prin care părțile se obligă să negocieze în vederea încheierii sau modificării unui contract nu constituie promisiune de a contracta.

Conform art. 1669 NCC, când una dintre părțile care au încheiat o promisiune unilaterală de vânzare sau o promisiune unilaterală de cumpărare sau o promisiune bilaterală de vânzare refuză, nejustificat, să încheie contractul promis, cealaltă parte poate cere pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract, dacă toate celelalte condiții de validitate sunt îndeplinite. Dreptul la acțiune se prescrie în termen de 6 luni de la data la care contractul trebuia încheiat. În cazul promisiunii unilaterale de cumpărare a unui bun individual determinat, dacă, mai înainte ca promisiunea să fi fost executată, creditorul său înstrăinează bunul ori constituie un drept real asupra acestuia, obligația promitentului se consideră stinsă.

Ca trăsături specifice promisiunii unilaterale de vânzare sau promisiunii unilaterale de cumpărare se identifică următoarele aspecte.

Se observă că NCC evită folosirea expresiei „antecontract” în articolele referitoare la reglementarea promisiunii unilaterale de vânzare, a promisiunii unilaterale de cumpărare sau a promisiunii bilaterale de vânzare-cumpărare, deși folosirea acesteia pentru promisiunile de la vânzare este de tradiție.

Totuși există patru locuri în NCC unde legiuitorul folosește această expresie (o dată la art. 902 NCC și de trei ori la art. 906 NCC). Mai întâi, se observă o primă folosire a acestui termen la art. 902 NCC (actele sau faptele supuse notării în cartea funciară), unde se prevede că sunt supuse notării în cartea funciară „antecontractul și pactul de opțiune”, de unde rezultă clar trimiterea la promisiunea unilaterală de vânzare, la promisiunea unilaterală de cumpărare sau la promisiunea bilaterală de vânzare.

În doctrină, în aceeași accepțiune se mai folosesc termenii de precontract, contract preliminar, contract provizoriu³.

³ G. Boroi, L. Stănciulescu, *Instituții...*, *op. cit.*, p. 338.

Se observă că legiuitorul nu include pactul de opțiune în categoria „antecontractelor”. Considerăm acest lucru justificat deoarece pactul de opțiune, așa cum este acesta reglementat de NCC, nu este un antecontract, o promisiune de a contracta în sensul art. 1279 NCC, ci este un contract în cadrul căruia o parte (de exemplu vânzătorul, care nu este doar un simplu promitent-vânzător) nu se obligă ca va încheia contractul în viitor, cu posibilitatea beneficiarului de a-și manifesta ulterior voința de a cumpăra bunul, ci această parte deja și-a dat acordul pentru contractul de vânzare, nu există o obligație de a încheia contractul de vânzare deoarece deja și-a dat acordul pentru acest contract, fiind obligată să mențină declarația de voință în mod irevocabil un anumit termen.

Mai mult, pactul de opțiune este privit ca o instituție mai eficientă decât promisiunea de vânzare⁴.

Apoi, se observă folosirea expresiei la art. 906 NCC (privind notarea antecontractelor și a pactelor de opțiune), unde se arată că promisiunea de a încheia un contract având ca obiect dreptul de proprietate asupra imobilului sau un alt drept în legătură cu acesta se poate nota în cartea funciară, dacă promitentul este înscris în cartea funciară ca titularul dreptului care face obiectul promisiunii, iar antecontractul, sub sancțiunea respingerii cererii de notare, prevede termenul în care urmează a fi încheiat contractul. Notarea se poate efectua oricând în termenul stipulat în antecontract pentru executarea sa, dar nu mai târziu de 6 luni de la expirarea lui.

Din toate acestea, chiar dacă nu folosește în mod direct noțiunea de „antecontract” în definirea promisiunii unilaterale de vânzare, a promisiunii unilaterale de cumpărare sau a promisiunii bilaterale de vânzare, considerăm că este îndreptățită utilizarea în continuare a expresiei „antecontract” în cazul promisiunilor de a contracta la vânzare, acesta fiind de tradiție, fiind clară și intenția legiuitorului NCC în această direcție.

Promisiunea unilaterală de vânzare (sau cea de cumpărare) reprezintă un act de formație bilaterală, un contract unilateral, ceea ce înseamnă că trebuie verificată respectarea condițiilor generale de valabilitate specifice contractelor. Ca efecte, promisiunea unilaterală dă naștere unui drept de creanță și unei obligații corelative de a face.

Promisiunea unilaterală de vânzare (sau cea de cumpărare) reprezintă un antecontract care naște obligații doar în sarcina promitentului,

⁴ G. Boroi, L. Stănciulescu, *Instituții...*, *op. cit.*, p. 338.

care este obligat să încheie contractul de vânzare în cazul în care beneficiarul promisiunii de vânzare sau de cumpărare își va manifesta voința în acest sens.

Există posibilitatea ca promisiunea unilaterală de vânzare (sau cea de cumpărare) să devină bilaterală, adică se pot naște obligații și în sarcina beneficiarului, cum ar fi stabilirea obligației de plată a unei indemnizații de imobilizare sau plata refuzului de a-și manifesta voința de a cumpăra bunul, sau chiar plata dreptului de opțiune. Totuși, promisiunea unilaterală de vânzare sau de cumpărare cu obligații și în sarcina beneficiarului nu devine promisiune bilaterală de vânzare-cumpărare, deoarece beneficiarul promisiunii nu se obligă să contracteze la rândul său, ci păstrează posibilitatea de a-și manifesta ulterior voința în sensul contractării.

Referitor la prețul promisiunii, în lipsă de stipulație contrară, sumele plătite în temeiul unei promisiuni de vânzare reprezintă un avans din prețul convenit - art. 1670 NCC.

Promisiunea unilaterală de vânzare (sau cea de cumpărare) nu constituie un contract de vânzare, ci un antecontract; părțile nu vând, respectiv nu cumpără, ci o parte, promitent vânzător se obligă să vândă un anumit bun, iar cealaltă parte își rezervă posibilitatea de a-și manifesta ulterior voința de a cumpăra bunul (respectiv promitentul cumpărător se obligă față de beneficiar, să cumpere un anumit bun, la un preț determinat, iar beneficiarul își rezervă posibilitatea de a-și manifesta ulterior voința de a vinde bunul). Promisiunea unilaterală de vânzare (sau cea de cumpărare) nici nu devine contract de vânzare prin manifestarea opțiunii beneficiarului promisiunii, ci rămâne act distinct, fiind necesară o manifestare de voință nouă în senul încheierii contractului de vânzare.

Promisiunea unilaterală de vânzare este un acord de voință între promitent și beneficiar, dar acest acord nu reprezintă acordul dat pentru încheierea contractului de vânzare, ci pentru asumarea de către promitent a obligației de a-i vinde un bun beneficiarului pentru un anumit preț dacă acesta va voi să-l cumpere; consimțământul dat la vânzare diferă față de consimțământul dat la promisiune⁵.

Promisiunea unilaterală de vânzare (sau cea de cumpărare) nu se confundă cu oferta de vânzare care este un act unilateral; promisiunea unilaterală de vânzare este un contract, fiind necesar acordul de voință dintre

⁵ R. Dincă, *op. cit.*, p. 51.

promitent și beneficiar, este un act bilateral, în timp ce oferta de vânzare provine de la ofertantul vânzător, ca act unilateral.

Promisiunea unilaterală de vânzare (sau cea de cumpărare) nu se confundă cu contractul de vânzare și nu are caracter translativ de proprietate/drepturi, ci dă naștere unui drept de creanță și unei obligații corelative de a face.

Trebuie făcută distincția între promisiunea unilaterală de vânzare care implică obligația promitentului vânzător de a încheia contractul de vânzare și contractul de vânzare în cazul căruia poate să existe obligația vânzătorului de a transmite proprietatea, așa cum este prevăzută în mod expres în art. 1672 NCC (de exemplu vânzarea bunului altuia, vânzarea bunurilor viitoare, amânarea momentului transmiterii proprietății etc.).

Atât la promisiunea unilaterală de vânzare, cât și la promisiunea unilaterală de cumpărare, precum și la promisiunea bilaterală de vânzare, obligațiile asumate se transmit *inter vivos* și *mortis causa*. Astfel, în cazul decesului promitentului vânzător, obligația de a încheia contractul de vânzare se va transmite către moștenitorii săi, existând posibilitatea ca beneficiarul să solicite pronunțarea unei hotărâri judecătorești care să țină loc de contract de vânzare față de aceștia, în cazul în care nu execută voluntar acest lucru.

Referitor la termenul de valabilitate în cazul promisiunii unilaterale de vânzare (sau de cumpărare), dacă părțile au stipulat un termen pentru manifestarea intenției de a cumpăra/de a vinde, obligațiile părților trebuie îndeplinite în termenul stipulat, soluție aplicabilă atât anterior intrării în vigoare a NCC, cât și după intrarea în vigoare a NCC. Dacă părțile nu au stabilit un termen, conform reglementării anterioare intrării în vigoare a NCC, obligațiile părților trebuie îndeplinite în termenul de 3 ani de la data încheierii contractului, corespunzător termenului general de prescripție, soluție aplicabilă la fel în NCC.

Ca particularitate și ca noutate în NCC, din interpretarea *ad litteram* a art. 1669 alin. (2) NCC raportat la (1) rezultă că doar acțiunea în pronunțarea unei hotărâri care ține loc de contract este supusă unui termen special de prescripție de 6 luni calculat de la data încheierii contractului sau de la data expirării termenului, ca termen specific doar reglementării din NCC.

Dovada promisiunii unilaterale de vânzare (sau de cumpărare) se face conform regulilor generale de probă indiferent de tipul de contract proiectat.

Referitor la forma *ad validitatem*, în prezent nu există reglementări care să adreseze această condiție de formă; raportat însă la conținutul alin. 3 al art. 1279 sunt posibile interpretări extensive în privința condițiilor de validitate care să înglobeze și forma: prin urmare, pentru un contract care trebuie încheiat într-o anumită formă *ad validitatem* și antecontractul trebuie încheiat sub aceeași formă sub sancțiunea imposibilității admiterii acțiunii prin care se solicită o hotărâre cere să țină loc de contract de vânzare.

Nu suntem de acord cu această opinie. Ca argumente, mai întâi trebuie observat că prin Decizia Curții Constituționale nr. 755 din 16 decembrie 2014, s-a admis excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 17/2014, arătându-se că persoanele care au încheiat antecontracte de vânzare în formă autentică și persoanele care au încheiat antecontracte de vânzare fie sub forma unui înscris sub semnătură privată, fie sub forma unui înscris atestat de către un avocat, având ca obiect terenuri agricole situate în extravilan, se află în aceeași situație juridică. În plus se arată că natura juridică a actului - antecontract de vânzare, efectele produse de acesta - obligația de a încheia în viitor contactul de vânzare, precum și momentul încheierii antecontractelor - anterior intrării în vigoare a Legii nr. 17/2014, sunt identice. Singura diferență ce poate fi reținută între aceste două categorii de persoane se referă la forma încheierii antecontractului, aspect care nu este de natură de a crea situații juridice diferite pentru părțile acestor două tipuri de antecontract având în vedere faptul că, indiferent de forma acestuia, efectele produse sunt aceleași.

Prin Legea nr. 127/2013 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 121/2011 pentru modificarea și completarea unor acte normative, M. Of., Partea I, nr. 246 din 29 aprilie 2013, a fost introdusă obligativitatea încheierii în formă autentică a promisiunii de a încheia un contract având ca obiect dreptul de proprietate asupra imobilului sau un alt drept real în legătură cu acesta, sub sancțiunea nulității absolute. Ulterior, art. II din Legea nr. 221/2013 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 12/2013 pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale și prorogarea unor termene și de modificare și completare a unor acte normative, M. Of., Partea I, nr. 434 din 17 iulie 2013, a abrogat în mod expres această obligație. Totuși, în perioada 2 mai-19 iulie 2013 a

existat obligația încheierii în formă autentică a antecontractelor de vânzare, sub sancțiunea nulității absolute a actului.

Pentru a rezolva problema legată de existența unei practici neunitare referitoare la această chestiune, în Ședința din 3 aprilie 2017, Înalta Curte de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie civilă, prin Decizia nr. 23 în dosarul nr.3996/1/2016, a admis sesizarea formulată de Tribunalul Alba – Secția I civilă privind pronunțarea unei hotărâri prealabile și a stabilit că: „În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 1.279 alin. (3) teza întâi și art. 1.669 alin. (1) din Codul civil, nu este obligatorie forma autentică la încheierea promisiunii de vânzare a unui bun imobil, în vederea pronunțării unei hotărâri care să țină loc de act autentic”.⁶

⁶ În cadrul procesului în care s-a pus în discuție problema menționată mai sus în această decizie, au fost susțineri în sensul că în baza art. 1.279 alin. (3) teza întâi și ale art. 1.669 alin. (1) teza finală NCC, antecontractul trebuia încheiat în forma autentică, deoarece acesta prefigurează încheierea unui contract având ca obiect transmiterea unui drept real imobiliar; „art. 1.179 alin. (2) din Codul civil dispune că, în măsura în care legea prevede o anumită formă a contractului, aceasta trebuie respectată, sub sancțiunea prevăzută de dispozițiile legale aplicabile. Art. 1.244 din Codul civil prevede că, în afara altor cazuri prevăzute de lege, trebuie să fie încheiate prin înscris autentic, sub sancțiunea nulității absolute, convențiile care strămută sau constituie drepturi reale care urmează a fi înscrise în cartea funciară. Deci, în cazul în care se urmărește pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de act autentic, trebuie îndeplinite toate condițiile de validitate cu privire la contractul respectiv. Astfel, trebuie subliniat faptul că necesitatea îndeplinirii condițiilor de validitate (formă și fond) nu este o exigență generală pentru încheierea promisiunii de vânzare și/sau cumpărare, ci se face exclusiv acolo unde legea recunoaște dreptul creditorului de a obține o hotărâre care să țină loc de contract de vânzare. Un antecontract încheiat sub forma unui înscris sub semnătură privată rămâne valabil, însă dacă se urmărește obținerea unei hotărâri care să țină loc de contract de vânzare, cum este și cazul în speță, este necesar ca antecontractul să fi fost încheiat în formă autentică. Practic, forma autentică nu este o cerință de validitate pentru antecontract, ci o cerință care, dacă este îndeplinită, permite să se ajungă la pronunțarea hotărârii care să țină loc de contract de vânzare.” Tribunalul a arătat că promisiunea bilaterală de vânzare nu este act de înstrăinare și nu produce efecte translativ de proprietate, ci generează obligația personală de a face, respectiv de a încheia contractul de vânzare-cumpărare promis. În privința formei pe care trebuie să o îndeplinească promisiunea de a vinde și/sau de a cumpăra, legea, respectiv Codul civil, nu prevede forma autentică ad validitatem. Tribunalul a apreciat că sintagma "dacă toate celelalte condiții de validitate sunt îndeplinite" se referă la condițiile esențiale pentru validitatea unui contract, conform art. 1.179 alin. (1) NCC. În decizia indicată s-a constatat că „forma autentică la încheierea unui antecontract de vânzare nu este impusă de Codul civil, nefiind prevăzută expres, așa cum impune art. 1.242 alin. (1) din Codul civil, potrivit căruia <<Este lovit de nulitate absolută

contractul încheiat în lipsa formei pe care, în chip neîndoielnic, legea o cere pentru încheierea sa valabilă>>”. „Interpretarea propusă de Institutul Național al Magistraturii în sensul că un antecontract încheiat sub forma unui înscris sub semnătură privată rămâne valabil, însă, dacă se urmărește obținerea unei hotărâri care să țină loc de contract de vânzare, este necesar ca antecontractul să fi fost încheiat în formă autentică nu poate fi primită, întrucât încheierea valabilă a unui contract, de principiu, se verifică prin prisma îndeplinirii condițiilor de fond și formă necesare în funcție de natura sa, iar scopul urmărit este o componentă a cauzei contractului(

http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_175/Unificarea%20practicii%20neunitare%20Dispozitiile%20noului%20Cod%20civil.pdf”.

„Obținerea unei hotărâri care să țină loc de contract de vânzare asigură executarea silită a obligației de a face, legal asumată prin promisiunea de vânzare, și nu împrumută natura juridică a contractului de vânzare-cumpărare. <<Prin hotărârea pronunțată de instanță se valorifică dreptul creditorului (promitent-cumpărător) de a obține în natură executarea obligației de a încheia contractul apt să transmită dreptul de proprietate, asumată de debitor (promitent-vânzător), hotărârea judecătorească neputând fi confundată cu însuși contractul de vânzare, în sens de negotium>>, așa cum reține Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul competent să judece recursul în interesul legii, prin Decizia nr. 12/2015, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 678 din 7 septembrie 2015, privind examinarea recursului în interesul legii formulat de Colegiul de conducere al Curții de Apel Suceava referitor la admisibilitatea acțiunii privind validarea promisiunii de vânzare-cumpărare a unui bun imobil determinat, în situația în care promitentul-vânzător are doar o cotă-parte ideală din dreptul de proprietate asupra acestuia”. „S-a subliniat că promisiunea de contract este un act juridic consensual, independent de faptul că actul juridic promis este unul solemn sau nu, din moment ce, în privința ei, legiuitorul nu a înțeles să deroge de la regula consensualismului impusă prin art. 1.178 din Codul civil. Astfel, art. 1.279 alin. (1) din Codul civil, text normativ ce are vocația de a contura condițiile de valabilitate a promisiunii, nu face nicio trimitere la necesitatea îndeplinirii vreunei solemnități pentru perfectarea ei valabilă, ceea ce reclamă aplicarea în ceea ce o privește a principiului consensualismului. Dacă forma este indiferentă pentru încheierea valabilă a promisiunii, situația este diferită atunci când în discuție este accesul părților la remediul executării promisiunii în forma pronunțării unei hotărâri care ține loc de contract.” Înalta Curte a reținut: „Raportat la cele arătate în precedent, în interpretarea art. 1.279 alin. (3) teza întâi și art. 1.669 alin. (1) din Codul civil, se apreciază că nu este obligatorie forma autentică la încheierea promisiunii bilaterale de vânzare a unui bun imobil, în vederea pronunțării unei hotărâri care să țină loc de act autentic de vânzare, pentru următoarele considerente: Potrivit ambelor texte de lege, când una dintre părțile care au perfectat o promisiune bilaterală, în cazul de față, de vânzare, refuză încheierea contractului promis, cealaltă parte, care și-a îndeplinit toate obligațiile rezultând din promisiune, poate solicita instanței pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract, condiționat de întrunirea tuturor cerințelor de validitate ale vânzării. În consecință, la momentul pronunțării unei asemenea hotărâri, condițiile pentru valabilitatea contractului de vânzare trebuie îndeplinite, atât cele de fond, cât și cele de formă (pentru ipoteza din speță, care vizează un imobil teren). În ceea ce privește condițiile esențiale și de fond, promisiunea de vânzare, fiind ea însăși un contract, trebuie să îndeplinească condițiile de validitate aplicabile contractelor în general [art. 1.179 alin. (1) din Codul civil].” Înalta Curte arată că,

În cazul în care beneficiarul promisiunii de vânzare își manifestă voința de a cumpăra bunul, iar promitentul refuză să vândă, conform regulilor existente anterior intrării în vigoare a NCC, se aplica sancțiunea specifică neexecutării obligațiilor de a face, și anume obligarea promitentului la plata de daune-interese (art. 1075 VCC). În ipoteza în care bunul promis spre vânzare se mai afla în proprietatea promitentului, exista și posibilitatea promovării unei acțiuni prin care beneficiarul promisiunii să solicite instanței pronunțarea unei hotărâri judecătorești care să țină loc de contract de vânzare, o astfel de hotărâre fiind fundamentată pe principiul executării în natură a obligațiilor (art. 1073 și 1077 VCC) și producând efecte constitutive de drepturi de la data rămânerii ei definitive și irevocabile.

Conform NCC, dacă promitentul refuză să vândă, soluțiile sunt: rezoluțiunea cu plata de daune interese; solicitarea ca instanța să pronunțe o hotărâre care să țină loc de contract de vânzare, dacă toate celelalte condiții de validitate sunt îndeplinite și dacă lucrul se mai găsește în patrimoniul promitentului-vânzător.

În doctrină se arată că antecontractul de vânzare cumpărare reprezintă o promisiune de a vine sau/și de a cumpăra, un acord de voințe care precede încheierea unui contract de vânzare menit să confere părților certitudinea că nu vor capitula de la intenția realizării contractului proiectat⁷. Totuși, și aici există posibilitatea introducerii unor clauze de răzgândire, o eventuală plata a refuzului sau chiar o neexecutare a contractului, sancționată.

II. Promisiunea bilaterală de vânzare-cumpărare (antecontractul de vânzare-cumpărare)

referitor la forma contractului de vânzare pentru un imobil teren, cum este și cel din speța care a generat întrebarea preliminară, legea impune, *ad validitatem*, forma autentică, potrivit dispozițiilor art. 1.244 din Codul civil, dar formalitatea respectivă se referă însă la contractul de vânzare, ale cărui condiții de valabilitate trebuie îndeplinite pentru pronunțarea hotărârii care ține loc de contract, iar nu la promisiunea de vânzare, care urmează regulile principiului consensualismului. Pe de altă parte, separat de valoarea autentică, conferită de lege, hotărârii judecătorești și care determină îndeplinirea condiției de autenticitate a contractului de vânzare, cerută de art. 1.279 alin. (3) teza întâi și art. 1.669 alin. (1) din Codul civil, însuși legiuitorul enumeră, printre modurile de dobândire a dreptului de proprietate, și hotărârea judecătorească.

⁷ L. Stănciulescu, *Curs de drept civil. Contracte*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 104.

Promisiunea bilaterală de vânzare-cumpărare reprezintă un antecontract prin care, pentru viitor, o parte se obligă să vândă un anumit bun în schimbul unei sume determinate de bani, plătită cu titlu de preț, iar cealaltă parte se obligă să îl cumpere⁸.

Sediul materiei pentru promisiunea bilaterală de vânzare-cumpărare este reprezentat de art. 1279 NCC și art. 1669-1670 NCC, la fel ca la promisiunea unilaterală de vânzare și cea de cumpărare.

Sub aspectul trăsăturilor specifice, se observă că există unele similare cu cele de la promisiunea unilaterală de vânzare sau de cumpărare.

Spre deosebire de promisiunea unilaterală de vânzare, promisiunea bilaterală de vânzare-cumpărare dă naștere la drepturi și obligații în sarcina ambelor părți contractante.

Promisiunea bilaterală de vânzare-cumpărare reprezintă un act de formație bilaterală, un contract bilateral, ceea ce înseamnă valabilitatea promisiunii sinalagmatice de vânzare-cumpărare va fi apreciată în raport de condițiile generale de validitate prevăzute de legiuitor în materia convențiilor.

La promisiunea bilaterală de vânzare-cumpărare promitentul vânzător se obligă să vândă un bun, iar promitentul cumpărător se obligă să îl cumpere. Pe lângă aceste obligații, se pot stabili și alte obligații și în sarcina părților, cum ar fi stabilirea obligației de plată a unei indemnizații de imobilizare sau plata refuzului de a-și manifesta voința în sensul încheierii contractului, sau chiar plata dreptului de opțiune. Există posibilitatea denunțării unilaterale a promisiunii bilaterale prin introducerea unei clauze de dezicere. Referitor la prețul promisiunii, în lipsă de stipulație contrară, sumele plătite în temeiul unei promisiuni de vânzare reprezintă un avans din prețul convenit - art. 1670 NCC.

Atunci când promitentul-cumpărător a preluat bunul care formează obiectul derivat al antecontractului, deținerea lui, cu acordul promitentului-vânzător, echivalează cu recunoașterea dreptului acestuia.

⁸ A se vedea F. Deak, *op. cit.*, p. 25 și urm.; C. Macovei, *op. cit.*, p. 22 și urm.; D. Chirică, *op. cit.*, p. 168 și urm.; I. Dogaru, E. G. Olteanu, L. B. Săuleanu, *op. cit.*, p. 52; R. Dincă, *op. cit.*, p. 61; M. L. Belu Magdo, *op. cit.*, p. 105 și urm.; G. Gheorghiu în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, *op. cit.*, pp. 1749 și urm.; C. Zamșa în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, *op. cit.*, pp. 1338 și urm.; M. Gavriș în *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, *op. cit.*, p. 30; G. Boroș & Colectiv, *Fișe de drept civil*, *op. cit.*, p. 549 și urm.; O. Puie, *op. cit.*, p. 68 și urm.; G. Boroș, L. Stănciulescu, *Instituții...*, *op. cit.*, p. 340 și urm.

Recunoașterea posibilității de a pronunța o hotărâre care să țină loc de contract de vânzare a avut la baza art. 5 alin. (2) din Titlul X al Legii nr. 247/2005 care prevedea că: „În situația în care după încheierea unui antecontract cu privire la teren, cu sau fără construcții, una dintre părți refuză ulterior să încheie contractul, partea care și-a îndeplinit obligațiile poate sesiza instanța competentă care poate pronunța o hotărâre care să țină loc de contract”, dispoziții care aveau în vedere inițial această posibilitate doar în cazul terenurilor, dar care ulterior au fost extinse și în cazul altor bunuri.

În cazul în care părțile au încheiat un contract de vânzare-cumpărare, dar acesta este lovit de nulitate absolută, manifestarea de voință a părților poate valora promisiune bilaterală de vânzare-cumpărare dacă, evident, sunt îndeplinite condițiile necesare pentru a opera principiul conversiunii. Astfel, conform art. 1260 NCC privind conversiunea contractului nul, un contract lovit de nulitate absolută va produce totuși efectele actului juridic pentru care sunt îndeplinite condițiile de fond și de formă prevăzute de lege. Cu toate acestea, nu se aplică conversiunea contractului nul dacă intenția de a exclude aplicarea conversiunii este stipulată în contractul lovit de nulitate sau reiese, în chip neîndoielnic, din scopurile urmărite de părți la data încheierii contractului.

Referitor la notarea antecontractelor și a pactelor de opțiune în cartea funciară, conform art. 906 NCC, promisiunea de a încheia un contract având ca obiect dreptul de proprietate asupra imobilului sau un alt drept în legătură cu acesta se poate nota în cartea funciară, dacă promitentul este înscris în cartea funciară ca titularul dreptului care face obiectul promisiunii, iar antecontractul, sub sancțiunea respingerii cererii de notare, prevede termenul în care urmează a fi încheiat contractul. Notarea se poate efectua oricând în termenul stipulat în antecontract pentru executarea sa, dar nu mai târziu de 6 luni de la expirarea lui. Promisiunea se va putea radia, dacă cel îndreptățit nu a cerut instanței pronunțarea unei hotărâri care să țină loc de contract, în termen de 6 luni de la trecerea termenului fixat pentru încheierea lui sau dacă, între timp, imobilul a fost definitiv adjudecat în cadrul vânzării silite de către un terț care nu este ținut să răspundă de obligațiile promitentului. Radierea se va dispune din oficiu, dacă, până la expirarea termenului de 6 luni, n-a fost cerută înscrierea dreptului care a făcut obiectul promisiunii, cu excepția cazului când cel îndreptățit a cerut notarea în cartea funciară a acțiunii menționate. De asemenea, promisiunea se va radia din oficiu în toate cazurile când, până la încheierea contractului amintit mai sus ori până la

soluționarea definitivă a acțiunii menționate, imobilul a fost definitiv adjudecat în cadrul vânzării silite de către un terț care nu este ținut să răspundă de obligațiile promitentului. Aceste reguli se aplică prin asemănare și pactelor de opțiune notate în cartea funciară. În aceste cazuri, dacă, până la expirarea termenului stipulat în contract pentru exercitarea opțiunii, beneficiarul pactului nu solicită, în baza declarației de opțiune și a dovezii comunicării sale către cealaltă parte, intabularea dreptului ce urmează a fi dobândit, se va dispune din oficiu radierea pactului înscris în folosul său.

III. Pactul de preferință

Anterior intrării în vigoare a NCC, pactul de preferință era analizat ca un antecontract prin care o parte, numită promitent, se obligă ca în cazul în care va vinde un bun al său să îi acorde preferință celeilalte părți, numită beneficiar, în condiții egale și la preț egal. Ex.: locatorul-proprietar se obliga către chiriaș ca în ipoteza în care va vinde bunul, să acorde îi acorde preferință în condiții egale sau la un preț egal⁹.

Deși prezenta similitudini cu promisiunea unilaterală de vânzare, pactul de preferință era diferit de aceasta prin condiționarea nașterii dreptului beneficiarului de două elemente: hotărârea promitentului de a vinde bunul și preferarea promitentului în condiții egale și la preț egal. Prin urmare, dreptul de creanță devine actual numai în momentul în care proprietarul vinde bunul și numai dacă ceilalți potențiali cumpărători nu oferă un preț mai bun sau condiții mai avantajoase; iar la pactul de preferință, capacitatea de a dispune se aprecia la momentul exercitării dreptului de preferință¹⁰.

În trecut au existat discuții privind aplicarea art. 1010 VCC, referitor la faptul că obligația este nulă când s-a contractat sub o condiție potestativă din partea celui ce se obligă; totuși condiția era privită ca fiind simplă potestativă.

Pornind de la ideea că antecontractul de vânzare-cumpărare reprezintă o promisiune de a vinde sau/și de a cumpăra, un acord de voințe care precede încheierea unui contract de vânzare menit să confere părților certitudinea că nu vor capitula de la intenția realizării contractului proiectat,

⁹ A se vedea F. Deak, *op. cit.*, p. 27 și urm.; C. Macovei, *op. cit.*, p. 25; D. Chirică, *op. cit.*, p. 162 și urm.; I. Dogaru, E. G. Olteanu, L. B. Săuleanu, *op. cit.*, p. 51; M. L. Belu Magdo, *op. cit.*, p. 113 și urm.

¹⁰ C. Macovei, *op. cit.*, p. 25.

în doctrină se arată că uneori promisiunea asumată prin antecontract nu tinde în mod direct la certificarea încheierii în viitor a contractului, ci prin ea este angajată o obligație a cărei existență depinde esențial de un viitor contract a cărui perfectare este incertă, cum este situația pactului de preferință¹¹.

Există și viziunea că pactul de preferință este o varietate a promisiunii unilaterale, care are o aplicație restrânsă la contractele de vânzare și cele de închiriere și poate fi definit, generic, ca fiind promisiunea pe care și-o asumă una dintre părți, promitentul, ca în cazul în care se va decide să încheie contractul avut în vedere de cealaltă parte, să acorde preferință beneficiarului la contractare la preț egal. Se arată că pactul de preferință este o promisiune valabilă afectată doar de o condiție simplă potestativă, deoarece depinde și de voința promitentului și de împrejurări exterioare ce l-ar putea determina să vândă¹². Avem rezerve cu privire la această viziune asupra pactului de preferință. Chiar și anterior intrării în vigoare a NCC, se făcea delimitarea dintre pactul de preferință și promisiunea unilaterală de vânzare.

În baza NCC, a operat o schimbare de viziune asupra reglementării privind dreptul de preempțiune, care poate fi legal sau convențional. Astfel, în prezent atunci când vorbim despre pactul de preferință facem referire la dreptul de preempțiune convențional, care poate fi exercitat conform dispozițiilor din art. 1730 și urm. NCC.

În doctrină s-a arătat că un pact de preferință reprezintă un contract prin care părțile ar stabili un drept prioritar la cumpărare sau la vânzare, deci un drept convențional de preempțiune¹³.

IV. Pactul de opțiune privind contractul de vânzare

Pactul de opțiune este un contract prin care una dintre părți, *vânzător/cumpărător*, se obligă față de o altă persoană, numită beneficiar, să își mențină declarația de voință în mod irevocabil pentru un termen, beneficiarul având posibilitatea de a opta fie în sensul acceptării efectelor contractului, fie să renunțe la acesta. Se recunoaște existența atât a unui pact de opțiune de vânzare, cât și a unui pact de opțiune de cumpărare.

¹¹ L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 104.

¹² L. Stănciulescu, *op. cit.*, pp. 109-110.

¹³ G. Boroș & Colectiv, Fișe de drept civil, *op. cit.*, p. 555; În același sens, O. Puie, *op. cit.*, p. 83; G. Gheorghiu în Noul Cod civil. Comentariu pe articole, *op. cit.*, pp. 1781 și urm;

Sediul materiei pentru pactul de opțiune la contractul de vânzare este art. 1278 NCC și art. 1668 NCC¹⁴. Astfel, conform Art. 1278 NCC (pactul de opțiune), atunci când părțile convin ca una dintre ele să rămână legată de propria declarație de voință, iar cealaltă să o poată accepta sau refuza, acea declarație se consideră o ofertă irevocabilă și produce efectele prevăzute la art. 1191. Dacă părțile nu au convenit un termen pentru acceptare, acesta poate fi stabilit de instanță prin ordonanță președințială, cu citarea părților. Pactul de opțiune trebuie să conțină toate elementele contractului pe care părțile urmăresc să îl încheie, astfel încât acesta să se poată încheia prin simpla acceptare a beneficiarului opțiunii. Contractul se încheie prin exercitarea opțiunii în sensul acceptării de către beneficiar a declarației de voință a celeilalte părți, în condițiile convenite prin pact. Atât pactul de opțiune, cât și declarația de acceptare trebuie încheiate în forma prevăzută de lege pentru contractul pe care părțile urmăresc să îl încheie.

Conform art. 1668 NCC, în cazul pactului de opțiune privind un contract de vânzare asupra unui bun individual determinat, între data încheierii pactului și data exercitării opțiunii sau, după caz, aceea a expirării termenului de opțiune nu se poate dispune de bunul care constituie obiectul pactului. Atunci când pactul are ca obiect drepturi tabulare, dreptul de opțiune se notează în cartea funciară. Dreptul de opțiune se radiază din oficiu dacă până la expirarea termenului de opțiune nu s-a înscris o declarație de exercitare a opțiunii, însoțită de dovada comunicării sale către cealaltă parte.

Ca trăsături specifice, se observă că la pactul de opțiune privind contractul de vânzare declarația de voință a vânzătorului/cumpărătorului este asimilată, sub aspectul efectelor sale, ofertei irevocabile – art. 1278. Acest lucru nu înseamnă că este o ofertă sau o specie de ofertă așa cum s-a susținut uneori în doctrină¹⁵. Motivul este dat de faptul că partea care rămâne legată de propria declarație de voință, în mod irevocabil, nu face o simplă ofertă de vânzare, ci deja și-a dat acordul pentru încheierea contractului, singura opțiune care mai există fiind cea a beneficiarului care are posibilitatea de a opta fie în sensul acceptării efectelor contractului, fie să renunțe la acesta.

¹⁴ G. Gheorghiu în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, op. cit., pp. 1668 și urm.; C. Zamșa în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, op. cit., pp. 1338 și urm.

¹⁵ Fl. Moșiu, *Contractele speciale în Noul Cod civil*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 2011, p. 25.

Acesta este și motivul pentru care în cazul pactului de opțiune nu există posibilitatea recunoscută de art. 1279 NCC și de art. 1669 NCC de a pronunța o hotărâre care ține loc de contract de vânzare, adică tocmai faptul că există deja un consimțământ și nu poate fi vorba de o neexecutare a obligației de a încheia contractul de vânzare.

În doctrină s-a susținut că pactul de opțiune este o varietate a promisiunii unilaterale de vânzare pornind de la ideea că numai una dintre părți, pe care autorul o numește promitent (deși avem rezerve cu privire la această formulare deoarece partea nu se obligă la încheierea contractului, deja și-a manifestat voința în mod irevocabil) se angajează ferm să vândă, fiind posibil să se încheie sau nu vânzarea¹⁶. S-a susținut și faptul că nu există diferențe, ca natură juridică, între promisiunea unilaterală de vânzare și pactul de opțiune, chiar dacă regimul lor nu este identic în NCC sau chiar că ar exista o similaritate perfectă între pact de opțiune și promisiunea unilaterală de vânzare¹⁷. Avem rezerve față de aceste susțineri. Pactul de opțiune privind contractul de vânzare este un contract de sine stătător, nu o varietate a promisiunii unilaterale de vânzare¹⁸, fiind de observat și diferențele mari dintre cele două instituții, de la nivel de structură; în plus dacă legiuitorul ar fi urmărit acest lucru, ar fi arătat expres ținând cont de tehnica pe care o aplică pentru reglementarea pentru antecontracte și separat pentru pact de opțiune.

Un alt argument în sensul că pactul de opțiune nu este o varietate a promisiunii unilaterale este dat de faptul că legiuitorul consacră articole separate în NCC pentru cele două instituții, atât în partea generală, cât și în capitolul privind contractul de vânzare (art. 1228, 1229, 1668, 1669 NCC).

Totuși uneori în doctrină se arată că pactul de opțiune se formează ca o promisiune de vânzare și se poate finaliza printr-un contract de vânzare¹⁹, deși considerăm discutabil acest punct de vedere exact cu argumentul adus de susținătorul opiniei indicate, adică chiar faptul că pactul de opțiune prezintă elemente ale unei promisiuni de vânzare dar și ale unui contract de

¹⁶ G. Boroî, L. Stănciulescu, *Instituții...*, *op. cit.*, p. 339; L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 107; Dumitru Florescu, *Contracte civile*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 23.

¹⁷ F. Moțiu, *op. cit.*, pp.26-27.

¹⁸ G. Boroî & Colectiv, *Fișe de drept civil*, *op. cit.*, p. 553.

¹⁹ G. Boroî, L. Stănciulescu, *Instituții...*, *op. cit.*, p. 339.

vânzare, cu întrebarea dacă pactul de opțiune este o promisiune de vânzare, o vânzare cu drept de opțiune, un contract nenumit sau altceva.²⁰

În doctrină se arată că, spre deosebire de promisiunea unilaterală de vânzare, pactul de opțiune exprimă chiar consimțământul promitentului la vânzarea ce face obiectul pactului; pentru formarea contractului de vânzare mai este nevoie numai de consimțământul beneficiarului; spre deosebire de promitent, consimțind la pact beneficiarul nu consimte la vânzare și nu se obligă să încheie pe viitor, ci consimte numai ca promitentul să mențină la dispoziția sa o ofertă de vânzare irevocabilă pe durata pactului²¹.

Există și opinia în sensul că în practică promisiunea unilaterală de vânzare este de cele mai multe ori un pact de opțiune stabilit în favoarea promitentului cumpărător²².

În timp ce la o promisiune unilaterală de vânzare există obligația promitentului de a încheia contractul proiectat, la un pact de opțiune privind contractul de vânzare nu există o obligație de a încheia contractul pentru vânzătorul care își menține declarația de voință în mod irevocabil pentru un termen deoarece din perspectiva acestuia contractul s-a încheiat, nu mai are posibilitatea de a se răzgândi, de a nu executa obligația de a încheia contractul, deja și-a dat acordul pentru încheierea contractului de vânzare iar momentul de la care se vor produce efectele este dat de momentul la care beneficiarul își manifestă intenția în sensul acceptării efectelor pactului.

Considerăm discutabil faptul că uneori în doctrină la pactul de opțiune se arată că o persoană numită promitent se obligă față de beneficiar să vândă sau să cumpere un bun pentru un preț determinat sau determinabil, dacă acesta din urmă se va decide să cumpere/ să vândă într-un anumit termen²³, deoarece la pactul de opțiune nu se poate spune că există un promitent vânzător sau un promitent cumpărător ca la promisiunea de vânzare sau ca la promisiunea de cumpărare, ci această parte chiar vinde în mod irevocabil, dar sub condiția acceptării din partea beneficiarului.

Pactul de opțiune privind contractul de vânzare este un contract și nu poate fi revocat unilateral, dar dacă părțile își dau acordul, poate fi revocat prin manifestarea de voință comună a părților, pe baza principiului *mutuus*

²⁰ *Ibidem*.

²¹ R. Dincă, *op. cit.*, p. 58.

²² M. Gavriș în Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență, *op. cit.*, p. 28.

²³ G. Boroș, L. Stănculescu, *Instituții...*, *op. cit.*, p. 338.

consensus, mutuus dissensus. Astfel, vânzătorul care își menține declarația de voință în mod irevocabil pentru un termen nu poate revoca unilateral contractul, ci doar pe baza acordului de voință cu beneficiarul pactului de opțiune.

Fiind un contract, pactul de opțiune presupune un acord de voințe.

Pe lângă manifestarea de voință a vânzătorului care își menține declarația de voință în mod irevocabil pentru un termen, este necesar un act de acceptare a contractului din partea beneficiarului pactului de opțiune în sensul acceptării efectelor contractului.

În doctrină s-a arătat că acceptarea vânzării de către beneficiar nu se confundă cu acordul dat la încheierea pactului de opțiune²⁴. În mod clar este necesar un acord al beneficiarului pentru încheierea pactului de opțiune, care este un contract, dar nu trebuie confundat cu acordul dat de beneficiar cu privire la acceptarea efectelor contractului, adică acceptarea manifestării de voință a vânzătorului, moment la care pactul de opțiune devine contract de vânzare și se produc efectele vânzării.

Acesta este și motivul pentru care pactul de opțiune trebuie să conțină toate elementele contractului de vânzare pe care părțile urmăresc să îl încheie pentru a fi posibilă încheierea contractului prin simpla acceptare a beneficiarului opțiunii. Se observă deosebirea față de promisiunile unilaterale și bilaterale de vânzare, în cazul cărora nu se cere *ad validitatem* forma autentică în cazul în care ar fi cerută de lege forma autentică pentru validitatea contractului de vânzare.

În doctrină se arată că formarea vânzării nu retroactivează de la formarea pactului; din momentul ridicării opțiunii, intervine perfectarea contractului și transferul dreptului de proprietate deoarece pactul vizează doar bunuri individual determinate, deși textul nu o spune²⁵. Avem rezerve cu privire la această limitare, mai ales în condițiile în care legiuitorul nu o face. Mai mult, din interpretarea normei pare să rezulte tocmai contrariul, deoarece particularitatea privind indisponibilizarea bunului există doar în cazul pactului de opțiune privind un contract de vânzare asupra unui bun individual determinat, între data încheierii pactului și data exercitării opțiunii sau, după caz, aceea a expirării termenului de opțiune, când nu se poate dispune de bunul care constituie obiectul pactului (dispoziție prevăzută firesc

²⁴ L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 106.

²⁵ M. L. Belu Magdo, *op. cit.*, p. 101.

doar pentru un bun individual determinat); totuși de aici nu rezultă că doar aceste bunuri pot face obiectul unui pact de opțiune privind contractul de vânzare.

Tocmai faptul că pactul de opțiune conține în mod obligatoriu toate elementele contractului de vânzare pe care părțile urmăresc să îl încheie permite încheierea contractului de vânzare prin simpla acceptare a beneficiarului opțiunii, adică prin exercitarea opțiunii în sensul acceptării, fără alte formalități. Astfel, pactul de opțiune, prin simpla acceptare din partea beneficiarului, devine contract de vânzare. Deci, pentru a fi posibil acest lucru, pactul de opțiune conține toate elementele specifice contractului de vânzare, inclusiv obligațiile din contractul de vânzare. Deși sunt stabilite obligațiile din contractul de vânzare, nu poate avea loc executarea acestora, deoarece efectele contractului se produc doar de la momentul la care beneficiarul optează în sensul acceptării efectelor contractului.

La pactul de opțiune privind contractul de vânzare, pentru o parte drepturile din contractul de vânzare sunt sub condiția suspensivă a acceptării din partea celeilalte părți.

Se observă și aici o diferență față de promisiunile unilaterale și bilaterale de vânzare, care în ipoteza în care se încheie contractul de vânzare, rămân distincte de contractul de vânzare, care presupune o manifestare de voință distinctă de cea manifestată în cazul antecontractului inițial.

Pactul de opțiune privind contractul de vânzare este un contract unilateral, pentru vânzător (la pactul de opțiune de vânzare, respectiv la cumpărător la pactul de opțiune de cumpărare) contractul de vânzare s-a încheiat, și-a manifestat voința, în timp ce beneficiarul pactului poate să-și exprime opțiune privind încheierea contractului.

Ca particularitate, în cazul pactului de opțiune privind un contract de vânzare, pe durata pactului de opțiune, adică pe perioada între data încheierii pactului și data exercitării opțiunii sau, după caz, aceea a expirării termenului de opțiune, nu se poate dispune de bunul individual determinat care constituie obiectul pactului – art. 1668 NCC.

Pactul de opțiune la contractul de vânzare se poate încheia cu titlu gratuit sau cu titlu oneros, deoarece legiuitorul nu distinge. Totuși avem rezerve cu privire la încheierea unui astfel de contract: care ar putea fi motivul sau utilitatea pentru care o parte vânzător să fi dispus să își dea acordul la încheierea unui contract de vânzare, fiind obligat să își mențină declarația de voință în mod irevocabil pentru un termen, perioadă în care

bunul său să fie indisponibilizat, adică între data încheierii pactului și data exercitării opțiunii sau, după caz, aceea a expirării termenului de opțiune, să nu poată dispune de bunul individual determinat care constituie obiectul pactului, eventual să piardă în această perioadă o posibilitate de a încheia un contract de vânzare în condiții avantajoase, pentru ca eventual la exprimarea termenului de opțiune, beneficiarul să opteze în sensul renunțării la încheierea contractului?! Singura justificare pentru o astfel de ipoteză ar fi cea în care beneficiarul ar fi dispus să plătească o sumă de bani pentru această opțiune, ceea ce înseamnă că probabil, de cele mai multe ori, pactul de opțiune privind contractul de vânzare va fi cu titlu oneros.

În doctrină s-a arătat că pactul de opțiune privind contractul de vânzare ar fi o instituție mai eficientă decât promisiunile de vânzare²⁶. deși avem îndoieli asupra acestui lucru: în timp ce la promisiunea de vânzare există o obligație de a încheia contractul de vânzare, la pactul de opțiune pentru vânzător deja s-a încheiat contractul de vânzare, nu se mai poate răzgândi, ceea ce este nu neapărat mai eficient, ci diferit ca instituție în sine și ca mod de încheiere a contractului.

Suma plătită în temeiul pactului de opțiune privind contractul de vânzare va fi considerată avans din prețul convenit, cu excepția cazului în care s-a convenit încheierea unui pact de opțiune cu titlu oneros, caz în care suma plătită poate fi considerată ca preț al pactului, al opțiunii, pentru menținerea bunului la dispoziția beneficiarului deoarece nu se poate dispune de acesta pe durata pactului etc.

Concluzii

În baza prevederilor din NCC, promisiunea unilaterală de vânzare este privită ca un antecontract prin care o parte, numită promitent, se obligă față de cealaltă parte, numită beneficiar, să îi vândă un anumit bun pe care îl are în proprietate, la un preț determinat, beneficiarul rezervându-și posibilitatea de a-și manifesta ulterior voința de a cumpăra bunul. Promisiunea unilaterală (de cumpărare) este privită un antecontract prin care o parte, numită promitent, se obligă față de cealaltă parte, numită beneficiar, să cumpere un anumit bun, la un preț determinat, beneficiarul rezervându-și posibilitatea de a-și manifesta ulterior voința de a vinde bunul. Iar promisiunea bilaterală de vânzare-cumpărare este analizată ca un

²⁶ L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 105.

antecontract prin care, pentru viitor, o parte se obligă să vândă un anumit bun în schimbul unei sume determinate de bani, plătită cu titlu de preț, iar cealaltă parte se obligă să îl cumpere. Se observă că legiuitorul a conferit o reglementare proprie și distinctă pentru aceste instituții, cu prevederi atât în partea generală, ca reguli generale, cât și cu prevederi speciale aplicabile în cazul contractului de vânzare, ca o soluție firească pentru un legiuitor organizat.

De observat că trebuie făcută distincția între promisiunea unilaterală de vânzare care implică obligația promitentului vânzător de a încheia contractul de vânzare și contractul de vânzare în cazul căruia poate să existe obligația vânzătorului de a transmite proprietatea, ca obligație prevăzută în NCC în mod expres pentru vânzător (art. 1672 NCC), deși la nivel de principiu regulile rămân la fel ca în perioada de dinaintea intrării în vigoare a NCC; această soluție vine doar să sublinieze clar că vânzătorul va avea obligația de a transmite proprietatea în cazul în care acest lucru nu se poate realiza de drept la momentul încheierii contractului.

De observat că este rezolvată problema legată de existența unei practici neunitare cu privire la forma în care trebuie încheiat un antecontract pentru ca instanța să poată pronunța o hotărâre care să țină loc de contract. Astfel, în Ședința din 3 aprilie 2017, Înalta Curte de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie civilă, prin Decizia nr. 23 în dosarul nr.3996/1/2016, a admis sesizarea formulată de Tribunalul Alba – Secția I civilă privind pronunțarea unei hotărâri prealabile și a stabilit că: „În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 1.279 alin. (3) teza întâi și art. 1.669 alin. (1) din Codul civil, nu este obligatorie forma autentică la încheierea promisiunii de vânzare a unui bun imobil, în vederea pronunțării unei hotărâri care să țină loc de act autentic”.

Conform NCC, dacă promitentul refuză să vândă, soluțiile sunt: rezoluțiunea cu plata de daune interese; solicitarea ca instanța să pronunțe o hotărâre care să țină loc de contract de vânzare, dacă toate celelalte condiții de validitate sunt îndeplinite și dacă lucrul se mai găsește în patrimoniul promitentului-vânzător, posibilitatea pronunțării unei hotărâri fiind prevăzută expres de lege.

Anterior intrării în vigoare a NCC, pactul de preferință era analizat ca un antecontract prin care o parte, numită promitent, se obligă ca în cazul în care va vinde un bun al său să îi acorde preferință celeilalte părți, numită beneficiar, în condiții egale și la preț egal. în prezent atunci când vorbim

despre pactul de preferință facem referire la dreptul de preempțiune convențional, care poate fi exercitat conform dispozițiilor din art. 1730 și urm. NCC.

Pactul de opțiune, ca instituție nouă pentru dreptul nostru, este un contract prin care una dintre părți, *vânzător/cumpărător*, se obligă față de o altă persoană, numită beneficiar, să își mențină declarația de voință în mod irevocabil pentru un termen, beneficiarul având posibilitatea de a opta fie în sensul acceptării efectelor contractului, fie să renunțe la acesta. Se recunoaște existența atât a unui pact de opțiune de vânzare, cât și a unui pact de opțiune de cumpărare. De observat că pactul de opțiune este diferit față de oferta de vânzare, este diferit față de promisiunea de vânzare, nu reprezintă un antecontract și nu există o obligație de a încheia contractul de vânzare așa cum există la antecontracte. Motivul este dat de faptul că vânzătorul deja și-a manifestat voința în sensul încheierii contractului de vânzare, deja sunt stabilite obligațiile părților, vânzătorul nu se mai poate răzgândi și este obligat să își mențină în mod irevocabil manifestarea de voință pe un anumit termen, iar contractul de vânzare se încheie prin simpla acceptare din partea beneficiarului. Acest lucru este posibil deoarece pactul de opțiune privind contractul de vânzare trebuie să conțină toate elementele contractului de vânzare și să fie încheiat și în forma cerută pentru validitatea contractului proiectat deoarece prin manifestarea de voință a beneficiarului în sensul acceptării efectelor, pactul de opțiune devine contract de vânzare.

STANDARDE DE EVALUARE A FUZIUNILOR ÎN DREPTUL AMERICAN: *RULE OF REASON* ȘI *PER SE*

FUSION EVALUATION STANDARDS IN AMERICAN LAW: RULE OF REASONS PER SE

VIOREL BĂNULESCU¹

Rezumat: *Rule of reason* și *Per se* reprezintă două standarde utilizate în dreptul Statelor Unite ale Americii pentru a stabili dacă o practică sau comportament produce o afectare a libertății comerțului. Deși prin utilizarea celor două principii se urmărește același scop, analizarea practicii în cauză se realizează din perspective diferite. Prezentul articol va analiza comparativ cele două standarde, cu scopul de a reliefa avantajele și dezavantajele fiecăruia.

Cuvinte-cheie: antitrust; practică anticoncurențială; partajarea pieței; *rule of reason*; *per se*; fuziune.

Abstract: *Rule of reason* and *Per se* are two standards used in US law to determine whether a practice or behavior is detrimental to the freedom of trade. Although the same purpose is pursued by using the two principles, the analysis of the practice in question is carried out from different perspectives. This article will compare the two standards in order to highlight the advantages and disadvantages of each.

Keywords: antitrust; anti-competitive practice; market sharing; rule of reason; per se; merger.

Considerații introductive

În acest studiu vom analiza principiile: *Rule of reason* și *Per se*, evidențiind aspectele comune, diferențele esențiale, precum și implicațiile aplicării acestor două principii asupra practicii judiciare. În mod tradițional se consideră² că apariția principiului *rule of reason* este rezultatul adoptării

¹ Doctorand Academia de Studii Economice, București/Phd student Academy of Economic Studies Bucharest, viorel_banulescu@yahoo.co.uk.

² D. Fasquelle, *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, Joly édition, 1993, p. 46.

Legii Sherman, deși, în realitate este o creație a instanțelor engleze de common law. Principiul *rule of reason* reprezintă un standard acceptat utilizat pentru a determina dacă o anumită practică încalcă dispozițiile cuprinse în secțiunea 1 a Legii Sherman. Principiul *Per se* a fost adoptat pentru a desemna anumite comportamente și practici ca fiind nerezonabile și anticoncurențiale în contradicție cu dispozițiile Legii Sherman, evitându-se astfel realizarea unor analize suplimentare care presupun costuri economice ridicate.

Principiul *Rule of reason*

Principiul *rule of reason* este un standard utilizat pentru a stabili dacă o practică suspectată că încalcă dispozițiile secțiunii 1 din Legea Sherman produce o restricționare a comerțului. Este de notorietate faptul că acest principiu a fost adoptat sub influența³ Școlii de la Chicago, care era promotoarea⁴ unui curent de opinie potrivit cu care o înțelegere nu afectează libertatea comerțului în măsura în care efectele favorabile concurenței predomină în raport cu efectele anticoncurențiale. Încercarea de conturare a principiului *rule of reason* a fost făcută de judecătorul White în cauza⁵ *Trans Missouri Freight*, care a susținut că interpretarea și aplicarea dispozițiilor cuprinse în secțiunea 1 a Legii Sherman trebuie realizată⁶ într-o manieră rezonabilă.

Astfel, în evaluarea înțelegerii în cauză elementul decisiv nu a fost inexistența restricționării comerțului, ci faptul că această afectare a avut un caracter rezonabil. Principiul *rule of reason* a fost adoptat și utilizat de Curtea Supremă a S. U. A. în cauza⁷ *Standard Oil* și ulterior în cauza *American Tobacco*⁸. Analizând conținutul deciziei pronunțate în cauza *Standard Oil* observăm, pe de o parte, faptul că nu există niciun fel de

³ R. Van der Bergh, P. D. Camasasca, *European Competition Law and Economics: A comparative perspective*, Editura Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 41.

⁴ H. Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago* [1985] Univ. Mich. L. R., pp. 213- 226.

⁵ *United States v. Trans-Missouri Freight Ass*, n. 166 U. S. 290(1897).

⁶ M. J. Sklar, *Sherman Antitrust Act Jurisprudence and Federal Policy-Making in the Formative Period, 1890-1914*, 5 N. Y. L. SCH. L. REv. 791(1990).

⁷ R. I. Peritz, *The 'Rule of Reason' in Antitrust Law: Property Logic in Restraint of Competition*.

⁸ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* 221 U. S. 1(1911); D. Encaoua, R. Guesnerie, *Politiques de la concurrence, la Documentation française, les rapports du Conseil d'analyse économique*, juin 2006, p. 25.

precizări referitoare la conținutul concret al principiului *rule of reason*, iar pe de altă parte, că se face apel la concepte cum⁹ ar fi intenția și scopul de a exclude pe alții de la competiția pe piața în cauză, precum și obiectivul de a-și extinde puterea pe piața industriei petrolului. Aspectul comun al acestor decizii este faptul că instanța investită cu soluționarea cauzei precizează că atunci când se face evaluarea unui acord sau practici suspectată că afectează libertatea comerțului, este necesară o abordare¹⁰ echilibrată¹¹ a tuturor aspectelor privitoare la cauză, atât cele favorabile competiției, cât și cele care afectează comerțul.

Potrivit acestei reguli, instanța sesizată va examina toate circumstanțele în care se realizează operațiunea în cauză pentru a putea determina și a se pronunța în mod corect asupra legalității sau ilegalității tranzacției¹². Răspunsul la întrebarea dacă o practică/un comportament sunt ilegale se poate da în conformitate cu principiul *rule of reason* doar după o analiză detaliată a efectelor generate, atât cele care restricționează competiția, cât și cele favorabile acesteia.

În măsura în care efectele defavorabile desfășurării libere a comerțului sunt preponderente în raport cu cele favorabile, respectivul acord/practică poate fi declarat ilegal. Analizând deciziile instanței supreme federale, trebuie să observăm că, deși trusturile au fost considerate ilegale și sancționate în consecință, operațiunile prin intermediul cărora s-au constituit acestea, cum ar fi preluările ostile sau promovarea unei politici de prețuri agresive nu au fost considerate ilegale în sine și nu au fost sancționate.

Judecătorul care a pronunțat decizia în cauza¹³ Standard Oil și-a motivat soluția în sensul că politica de prețuri promovată de pârâtă și acțiunile de limitare excesivă a concurenței reprezintă o situație care afectează interesul public. Putem considera că opinia judecătorului White, din conținutul deciziei pronunțate în cauza Standard Oil, reprezintă punctul

⁹ *Merger Standards Under Antitrust Laws*, A. B. A. sec. antitrust, monograph, No. 7 at 5 (1981).

¹⁰ *National Soc'y of Prof'l Eng'rs v. United States*, 435 U. S. 678, 687-690 (1978).

¹¹ *Texaco Inc. v. Dagher*, 126 S. Ct. 1276, 1279 (2006).

¹² *Davric Maine Corp v. Rancourt*, 216 f. 3d 143 (1st 2000); *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, INC.*, et. al., 504 US 451 (1992); *Polygram Holding Inc. v. F. T. C.* 416 F3d 29, 33-34 (DC Cir 2005); *United States v. Topco Associates Inc.*, 405U. S. 596 (1972).

¹³ D. Fasquelle, *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, Joly éditions, 1993, pp. 27 -36.

de plecare al interpretării moderne a Legii Sherman. Deși principiul *rule of reason* a fost utilizat¹⁴ și anterior consacrării sale exprese prin decizia pronunțată în cauza Standard Oil, acesta a fost momentul reținut ca punct de plecare al aplicării acestui principiu în analiza legalității acordurilor și practicilor cu potențial anticoncurențial.

În cauza Copperweld, Curtea descrie principiul¹⁵ *rule of reason* ca un proces de evaluare a puterii de piață și a structurii pieței pentru a determina¹⁶ efectul de restricționare al competiției. În cauza Discon Inc. v. Nynex Corp, Curtea Supremă a decis că achiziția unui furnizor de pe piața relevantă nu poate justifica interzicerea operațiunii, în baza regulii *per se*. În măsura în care reclamantul dovedește că această tranzacție ar induce¹⁷ efecte restrictive asupra desfășurării libere a comerțului pe piața în cauză se poate dispune interzicerea ei. Constatând că reclamanta nu a putut dovedi o diminuare a concurenței, ce ar fi indus o creștere a prețurilor și astfel nu s-a produs o încălcare a dispozițiilor cuprinse în secțiunea 1 a Legii Sherman, Curtea a respins acțiunea introdusă de compania Discon Inc.

În consecință, putem concluziona, ținând seama de deciziile pronunțate în cauzele citate mai sus, că în ipoteza în care se utilizează principiul *rule of reason* pentru a determina dacă un acord este anticoncurențial, trebuie analizate foarte detaliat acordul în cauză, efectele pro, respectiv anticoncurențiale, precum și situația anterioară, respectiv ulterioară realizării acordului incriminat.

Principiul (regula) *per se*

Logica legislației antitrust americane, în perioada inițială de aplicare, a fost aceea că deținerea sau crearea unei poziții de monopol prin modalitățile descrise în lege reprezintă o crimă. Monopolul, în sine, era considerat o amenințare, deoarece în mod inevitabil cel care îl deține va sfârși prin a controla și manipula piața. Aceasta logică a avut o influență determinantă în formularea și aplicarea regulii *per se*. Percepția simplistă

¹⁴ P. Areeda, *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*, Boston, Little Brown, 3rd ed. 1981, p. 140.

¹⁵ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U. S. 752 (1984).

¹⁶ Tot în acest sens, a se vedea decizia în cauza *Alvord-Polk Inc. v. F. Schumacher & Co.*, 37 F. 3d 996, 1000 (3d Cir. 1994).

¹⁷ *Nynex Corp. v. Discon Inc.* 525, U. S. 128 (1998).

asupra naturii și efectelor generate de monopol asupra pieței a evoluat, astfel încât s-a trecut de la regula *per se* la principiul *rule of reason*.

În spiritul regulii *rule of reason*, atunci când se analizează legalitatea unei operațiuni de fuziune/achiziție, primul aspect examinat este acela dacă acordul în cauză generează o restricționarea comerțului¹⁸. Aceasta regulă a fost aplicată pentru prima dată în cazul soluționării cauzei¹⁹ *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.* În cauză, pârâta, împreună cu alte companii mari din industria de rafinare a petrolului, au conspirat pentru a menține prețurile la petrol ridicate în condițiile crizei economice din anii 1930. Curtea a decis că o astfel de practică este ilegală *per se*, indiferent de faptul că pârâta deținea sau nu o putere de piață ce i-ar fi permis să afecteze libertatea comerțului prin menținerea prețului petrolului la un nivel artificial.

În cauza *United States v. Northern Pacific Railways* s-a făcut un inventar al comportamentelor care sunt considerate ilicite, afectând competiția pe piață și care pot fi interzise *per se*. În conținutul deciziei pronunțate, instanța face referire la fixarea prețurilor, partajarea pieței, boicotul, vânzarea condiționată (legată)²⁰. Crearea regulii *per se* a avut ca scop asigurarea unei certitudine juridice în ceea ce privește desfășurarea liberă comerțului și, în același timp, evitarea unei activități destul de laborioase și complicate care consta în evaluarea piețelor relevante, respectiv identificarea și evaluarea comportamentelor ilegale, care afectează competiția pe piață.

Precizăm că, în esență, regula *per se* stabilește că anumite practici sau comportamente, din cauza efectelor nocive induse asupra comerțului, sunt interzise *per se* (prin obiect), fără a mai fi necesară o evaluare concretă a efectelor sau prejudiciilor, pe care le generează.²¹

¹⁸ *E.U. and U.S. Competition Law: Divided in Unity? The Rule on Restrictive Agreements and Vertical Intra-Brand Restraints*, Farnham, Ashgate Publishing, 2013 pp. 94-99; *Times Picayune Publishing Co. v. US*, 345 U. S. 594 (1953); *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc.* 551 U. S. 877 (2007); *Fashions Originators Guild of America v. FTC*, 312 U.S. 457 (1941).

¹⁹ *United States v. Socony-Vacuum Oil Co. Inc.*, 310 U.S. 150 (1940).

²⁰ *Northern Pacific R. Co. v. United States* 356 U. S. 1 (1958); *Radiant Burners Inc v. Peoples Gas, Light & Coke Co.*, 364 U.S. 656 (1961); *Klor's Inc. v. Broadway-Hale Stores Inc.*, 359 U.S. 207 (1959).

²¹ *Arizona v. Maricopa County Med. Soc'y*, 457 U. S. 334-45; *NCAA v. Boards of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U. S. 85 (1984); *United States v. Topco Associates*, 405 U. S. 596, 607 (1972).

Utilizarea celor două principii, *rule of reason*, respectiv *per se*, în soluționarea cauzelor din materia controlului concentrărilor economice a generat anumite probleme de ordin practic.

Abordarea total diferită a unui litigiu, utilizând una sau alta dintre cele două reguli a creat în rândul judecătorilor sau avocaților percepția că cele două metode de evaluare a practicilor/comportamentelor cu potențial antitrust, fiind divergente, vizează categorii antitrust diferite. Instanțele de judecată trec de aparenta ireconciliabilitate a celor două reguli utilizate în controlul antitrust și abordează o linie de mijloc.

În cauza²² *Carter v. Variflex Inc.*, reclamantul a susținut că a existat un complot, în care au fost implicați concurenții săi pentru a-și repartiza clientela și pentru a monopoliza piața relevantă. Astfel, reclamantul a precizat că între concurenții săi a existat o înțelegere prin care s-au pus de acord să schimbe între ei brevete sau licențe, dar și să-și partajeze piața și clienții. În consecință, reclamantul a susținut că în cauză există condițiile aplicării regulii *per se*. Curtea sesizată cu soluționarea cauzei a reținut că reclamantul nu a reușit să demonstreze existența unor efecte nefavorabile asupra prețurilor.

Pe de altă parte, Curtea a constatat că intrarea pe piața relevantă a unor noi concurenți se realizează cu ușurință, astfel că dispariția unui concurent nu poate produce o afectare a concurenței de natură să impună aplicarea regulii *per se*. Argumentul pentru care considerăm că regula *per se* este eronată prin însăși natura ei constă în aceea că anumite practici, care se justifică atât din perspectivă logică, dar și din punct de vedere economic, sunt considerate în sine ca reprezentând o încălcare a legislației antitrust americane. În acest sens, stabilirea cotelor de producție, respectiv reglementarea nivelului prețurilor, care reprezintă aspecte normale ale unei economii planificate, sunt în mod simplist și irațional prohibite.

Concluzii

Spre deosebire de regula *per se*, care condamnă un număr limitat de practici prin aplicarea unei prezumții de efecte anticoncurențiale, principiul *rule of reason* are o arie de aplicare mult mai largă și presupune realizarea unor analize și evaluări specifice fiecărui caz în parte. Putem constata că instanțele au preferat utilizarea principiului *rule of reason* în

²² *Carter v. Variflex Inc.*, 101 F. Supp. 2d 1261(C. D. Cal. 2000).

defavoarea regulii *per se*, deoarece acesta se dovedește mai flexibil și mai adaptat pentru a ține ritmul cu piețele economice în plină expansiune la aceea dată.

O primă critică adusă principiului *rule of reason* a fost aceea că metodele economice folosite în analiza acordurilor suspectate de restricționarea concurenței au un caracter ambiguu. Acest caracter ambiguu, la care se adaugă faptul că analiza de fond a unui acord diferă de la caz la caz, împreună cu absența unor criterii simple și clare, creează toate premisele nașterii unei incertitudini juridice. Din această perspectivă, putem constata că regula *per se* poate caracterizată ca fiind mai clară, mai precisă, mai previzibilă și în consecință mai ușor de aplicat.

Pe de altă parte, putem observa o evoluție în ceea ce privește modul de evaluare de către instanțe a unor comportamente care o perioadă îndelungată au fost interzise, apelându-se în mod nediferențiat la regula *per se*. Astfel, de exemplu, în ceea ce privește restricțiile de preț verticale care au fost interzise *per se* mai bine de un secol, în practica mai recentă se apreciază că evaluarea acestei practici trebuie făcută ținând seama de puterea de piață a entității suspectate de comportamente anticoncurențiale.

O altă concluzie, pe care o putem trage referitor la sistemul de control al concentrărilor economice din S.U.A., este că s-a trecut de la abordarea dihotomică specifică regulii *per se* la analiză mult mai elaborată care presupune examinarea unor valori economice sociale și chiar politice asociate principiului *rule of reason*.

**JUDECĂTORUL NAȚIONAL, PRIMUL JUDECĂTOR AL DREPTULUI
UNIUNII. ROLUL SĂU ÎN INTERPRETAREA ȘI APLICAREA
NORMELOR DE DREPTUL ALE UNIUNII, ÎN SCOPUL ASIGURĂRII
EFECTULUI DEPLIN AL ACESTORA**

**NATIONAL JUDGE, FIRST JUDGE OF EU LAW. ITS ROLE IN THE
INTERPRETATION AND APPLICATION OF EU LAW, IN ORDER TO
ENSURE ITS FULL EFFECT**

CLAUDIA ANTOANELA SUSANU¹

Rezumat: Judecătorul național trebuie să interpreteze legislația națională în conformitate cu dispozițiile constituției statului său. În plus, acesta are obligația de a interpreta legislația internă astfel încât să nu încalce obligațiile impuse de dreptul UE sau de CEDO. Judecătorul național, în calitate de prim judecător al dreptului Uniunii sau al Convenției, are misiunea de a aplica, în cadrul competenței sale, dispozițiile de drept ale UE având obligația de a asigura efectul deplin al acestor norme, respectiv de a pune în aplicare reglementările Convenției, în dreptul intern. În consecință, el poate înlătura, dacă este necesar, din oficiu aplicarea oricărei dispoziții contrare a legislației naționale, chiar ulterioare, fără a fi necesar să solicite sau să aștepte înlăturarea prealabilă a acestora pe cale legislativă sau prin orice alt procedeu constituțional.

Cuvinte-cheie: supremația dreptului european; judecător național; trimitere preliminară; legislație națională contrară dreptul UE; asigura efectul deplin al normelor UE.

Abstract: The national judge must interpret national law in accordance with the provisions of his constitution. In addition, it has the duty to interpret national legislation so as not to breach the obligations imposed by EU or ECHR law. The national judge, as the first judge of Union law or the Convention, has the task of applying, within the scope of his competence, the provisions of EU law with the obligation to ensure the full effect of those rules, namely to enforce regulations Of the Convention, in domestic law. Consequently, it may, if necessary, of course, remove the application of any contrary provision to national law, even subsequently, without the need to request or to await its prior removal by legislative means or by any other constitutional process.

Keywords: the supremacy of European law; national judge; preliminary reference; national legislation contrary to EU law; ensure the full effect of EU rules.

¹ Judecător dr., Curtea de Apel Iași, email: claudiasusanu@yahoo.com

1. Considerații generale

Instanțele judecătorești, indiferent de gradul de jurisdicție, au obligația să aplice normele de drept al Uniunii Europene, având competențe depline sub acest aspect, în acord cu dispozițiile constituționale.

În acest sens, art. 148 din Constituția României, cu titlul marginal „Integrarea în Uniunea Europeană” prevede, la alineatul (2), că: „urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare (în prezent, dreptul UE) cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare”. Pe de altă parte, art. 20 alin. 2 din Constituția României stipulează că: „dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care România este parte și legile interne au prioritate reglementările internaționale”.

În acord cu dispozițiile Constituționale, principiul priorității este consacrat atât pentru dreptul UE cât și pentru tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care România este parte.

Aceste drepturi și libertăți fundamentale sunt conținute atât de Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene² cât și de Convenția Europeană a Drepturilor Omului³.

În aplicarea art. 20 alin. 2 și art. 148 alin. 2 din Constituția României, judecătorul național are nu doar dreptul dar și obligația asigurării aplicării reglementărilor și jurisprudenței europene, revenindu-i rolul de a aprecia asupra priorității tratatelor privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care

² Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, a fost publicată în JO al UE C326/26.10.2012, prevăzând în Preambul următoarele: „Conștientă de patrimoniul său spiritual și moral, Uniunea este întemeiată pe valorile indivizibile și universale ale demnității umane, libertății, egalității și solidarității; aceasta se întemeiază pe principiile democrației și statului de drept. Uniunea situează persoana în centrul acțiunii sale, instituind cetățenia Uniunii și creând un spațiu de libertate, securitate și justiție. Uniunea contribuie la păstrarea și la dezvoltarea acestor valori comune, respectând diversitatea culturilor și tradițiilor popoarelor Europei, precum și identitatea națională a statelor membre și organizarea autorităților lor publice la nivel național, regional și local; Uniunea caută să promoveze o dezvoltare echilibrată și durabilă și asigură libera circulație a persoanelor, serviciilor, mărfurilor și capitalurilor, precum și libertatea de stabilire. În acest scop, este necesară consolidarea protecției drepturilor fundamentale, făcându-le mai vizibile prin cartă, în spiritul evoluției societății, a progresului social și a dezvoltărilor științifice și tehnologice.” Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene este disponibilă online la adresa: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT>.

³ Convenția pentru Protecția Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale, cunoscută și sub denumirea de Convenția Europeană a Drepturilor Omului, este un catalog al drepturilor fundamentale elaborat de Consiliul Europei, semnat pe 4 noiembrie 1950 la Roma și intrat în vigoare pe 3 septembrie 1953. A fost ratificată de România prin Legea nr. 30 din 18 mai 1994 privind ratificarea Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și a protocoalelor adiționale la aceasta convenție, publicată în Monitorul Oficial nr. 135 din 31 mai 1994.

România este parte, precum și cu privire la compatibilitatea și concordanța normelor din dreptul intern cu reglementările ce vizează dreptul comunitar (în prezent, dreptul UE) sau drepturile omului.

În calitate de prim judecător al dreptului Uniunii Europene⁴ sau al Convenției Europene a Drepturilor Omului⁵, judecătorul național are obligația de a asigura efectul deplin al normelor conținute de aceste acte internaționale, fără să fie nevoie să aștepte abrogarea normei interne de către legiuitor sau declararea neconstituționalității acesteia.

Potrivit doctrinei interpretării conforme, judecătorul național trebuie să aleagă, dintre diferitele interpretări posibile ale normei interne, una care să nu ducă la un conflict cu normele UE sau cu Convenția. Această îndatorire rezultă din principiul priorității dreptului UE asupra dreptului intern și din punerea în aplicare a Convenției în dreptul intern.

În consecință, instanțele naționale - soluționând conflictul dintre interpretările date de instanțele interne și cele europene - trebuie să își adapteze jurisprudența la normele UE și la prevederile Convenției, în conformitate cu interpretarea efectuată de către cele două instanțe europene.

Judecătorii naționali s-ar putea confrunta cu probleme atunci când un drept fundamental care este prevăzut atât de constituția națională, cât și de dreptul UE/CEDO, este interpretat de către curtea constituțională sau cea supremă într-o manieră care contravine interpretării date de CJUE sau de CEDO.

Instanțele de drept comun dispun de libertatea de a alege o modalitate de interpretare conformă cu dreptul UE/CEDO potrivită cu interpretarea pe care o consideră în concordanță cu acestea din urmă⁶.

⁴ A se vedea CJUE, Cauza C- 106/77, Simmenthal: „instanța națională care trebuie să aplice, în cadrul competenței sale, dispozițiile de drept comunitar are obligația de a asigura efectul deplin al acestor norme, înlăturând, dacă este necesar, din oficiu aplicarea oricărei dispoziții contrare a legislației naționale, chiar ulterioare, fără a fi necesar să solicite sau să aștepte înlăturarea prealabilă a acesteia pe cale legislativă sau prin orice alt procedeu constituțional;”. În plus, „în temeiul principiului supremației dreptului comunitar, dispozițiile tratatului și actele instituțiilor direct aplicabile au ca efect, în raporturile lor cu legislația națională a statelor membre, prin simplul fapt al intrării lor în vigoare, nu numai de a determina inaplicabilitatea de drept a oricărei dispoziții contrare a legislației naționale existente, ci și – în măsura în care aceste dispoziții și acte fac parte integrantă, cu rang superior normelor interne, din ordinea juridică aplicabilă pe teritoriul fiecărui stat membru – de a împiedica adoptarea valabilă a unor noi acte normative naționale, în măsura în care acestea ar fi incompatibile cu norme comunitare”.

⁵ Cauza Dumitru Popescu împotriva României, Hotărârea din 26 aprilie 2007, publicată în Monitorul Oficial nr. 830 din 5.12.2007 în care Curtea europeană a reținut că: „judecătorul național este un prim judecător al Convenției Europene a Drepturilor Omului și are obligația de a „asigura efectul deplin al normelor acesteia, asigurându-i preeminenta față de orice altă prevedere contrară în legislația națională, fără să fie nevoie să aștepte abrogarea acesteia de către legiuitor”.

⁶ A se vedea CJCE, Cauza C- 416/10, Križan și Others, Hotărârea 15 ianuarie 2013.

Într-o decizie, Curtea Constituțională a României⁷ având a analiza raportul dintre forța juridică a unei norme comunitare (la acest moment norma UE) și cea națională, reține următoarele: "*De altfel, instanțelor judecătorești le revine sarcina de aplicare directă a legislației comunitare, atunci când legislația națională este în contradicție cu aceasta.*"

Învestită cu soluționarea unui recurs în interesul legii, Înalta Curte⁸ a tranșat asupra limitelor în care intervine controlul de convenționalitate efectuat de Curtea Constituțională și în ce măsură acesta poate fi obligatoriu pentru judecătorul național.

În speța la care am făcut trimitere a reținut Înalta Curte că: „în sistemul de drept românesc nu există nicio prevedere legală expresă care să atribuie Curții Constituționale exclusivitatea unui control de convenționalitate, după cum nimic nu validează punctul de vedere potrivit căruia, odată ce Curtea Constituțională a confirmat aptitudinea abstractă a unei legi de a fi compatibilă cu Convenția, instanțele de drept comun nu ar mai fi îndreptățite să analizeze nemijlocit convenționalitatea acelei norme și a efectelor ei concrete asupra părților cauzei din litigiul cu care sunt sesizate, în raport cu circumstanțele fiecărei spețe.

Din analiza jurisprudenței anexate sesizărilor adresate Înaltei Curți se constată că instanțele judecătorești, în mod cvasiunanim, au considerat că evaluarea de convenționalitate este permisă în fiecare cauză în parte, chiar dacă, prin Decizia nr. 871 din 25 iunie 2010, Curtea Constituțională a constatat că Legea nr. 119/2010 nu are aptitudinea generală, abstractă, de a produce efecte contrare Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, din perspectiva art. 1 din Protocolul adițional nr. 1 sau art. 14 din Convenție raportat la art. 1 din Protocolul adițional nr. 1 la Convenție.

În consecință, față de cele anterior arătate, Înalta Curte reține că deciziile și considerentele deciziilor Curții Constituționale sunt obligatorii în ceea ce privește constatările conformității sau neconformității atât cu Constituția, cât și cu

⁷ Decizia nr. 1.344 din 9 decembrie 2008 a Curții Constituționale a României, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 866 din 22 decembrie 2008.

⁸ Decizia nr. 29 din 12 decembrie 2011 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție – recurs în interesul legii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 925 din 27 decembrie 2011. În considerentele deciziei în discuție, Înalta Curte a mai reținut și că : " (...) are în vedere și considerentele Deciziei nr. 1.344 din 9 decembrie 2008 a Curții Constituționale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 866 din 22 decembrie 2008, prin care s-a reținut: "*De altfel, instanțelor judecătorești le revine sarcina de aplicare directă a legislației comunitare, atunci când legislația națională este în contradicție cu aceasta.*"

Deși considerentele respective vizează preeminența dreptului comunitar, raționamentul este aplicabil mutatis mutandis și în materia drepturilor fundamentale ale omului, în considerarea dispozițiilor art. 20 alin. (2) din Constituție, care prevăd aplicarea prioritară a reglementărilor internaționale, în cazul în care există neconcordanțe între acestea și legile interne (...)."

Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

Însă, dacă instanța de contencios constituțional a constatat convenționalitatea unei legi sau norme, o atare constatare este una *in abstracto* (dat fiind caracterul de control obiectiv al legii exercitat de Curtea Constituțională), iar aceasta nu împiedică instanțele de drept comun să evalueze în concret, în fiecare cauză în parte, în raport cu circumstanțele fiecărei spețe, dacă aplicarea aceleiași norme nu antrenează pentru reclamant consecințe incompatibile cu Convenția, protocoalele ei adiționale sau jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului."

Trebuie evidențiat că, interpretarea unei hotărâri CJUE sau CEDO astfel cum este făcută de către curtea constituțională ori curtea supremă nu este obligatorie din punct de vedere legal pentru o instanță de drept comun, în cazul în care acest lucru ar determina-o pe aceasta din urmă să comită o încălcare a dreptului UE sau a Convenției.

Uneori aceeași hotărâre a instanței supranaționale CEDO în cauza *Schalke și Kopf*⁹, chiar dacă este pusă în aplicare de instanțele naționale pe baza unei tehnici de interpretare conformă, a dus la rezultate diferite în plan național.

Este cazul disputelor ce au avut loc în Italia și Polonia referitoare la drepturile cuplurilor de același sex, în cadrul cărora judecătorii instanțelor de drept comun și ai celor supreme s-au confruntat adesea cu două școli de gândire diferite: pe de o parte, tradiția constituțională națională, conform căreia cuplurile de același sex nu sunt considerate neapărat ca beneficiind de aceleași drepturi ca și cuplurile heterosexuale și, pe de altă parte, abordarea CJUE și a CEDO, care condamnă în general discriminarea bazată pe orientare sexuală.

Instanțele din Italia¹⁰, Spania¹¹, Germania¹² și Polonia¹³, ca urmare a hotărârii CEDO pronunțată în cauza *Schalke și Kopf*, Curțile Constituționale din

⁹ A se vedea CEDO, *Schalke și Kopf* împotriva Austriei, Hotărârea din 24 iunie 2010.

¹⁰ Tribunalul din Milano, Sentința din 9 august 2007; Curtea de Casație, Secția de Muncă (Sezione Lavoro), 3 martie 2008, nr. 5749; Curtea Constituțională, Sentința nr. 138/2010 din 14 aprilie 2010, Tribunalul din Pisa, 6 mai 2010, Curtea de Casație, Secția Penală (I), Sentința nr. 1328 din 19 ianuarie 2011, Tribunalul din Reggio Emilia, Sentința nr. 1401 din 13 februarie 2012, Curtea de Casație, Sentința nr. 4184/12 din 15 martie 2012, Curtea de Apel din Milano, Secția de Muncă (Sezione Lavoro), Sentința nr. 7176 din 31 august 2012.

¹¹ Curtea Constituțională, Sentința 198/2012, 6 noiembrie 2012, disponibilă la adresa <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23106>, Curtea Constituțională, Sentința 41/2006, 13 februarie 2006, disponibilă la adresa <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5643>.

¹² Curtea Constituțională Federală a Germaniei, Hotărârea din 11 ianuarie 2011, 1 BvR 3295/07.

¹³ Curtea Supremă, Sentința IV CSK 301/07 din 6 decembrie 2007; CEDO, *Kozak v Polonia* (nr. 312102/02), 2 martie 2010; Curtea Supremă, Secția Civilă, Sentința nr. III CZP 65/12 din 28

Italia, Franța și Polonia au interpretat hotărârea ca permițând statelor contractante o marjă de apreciere în a recunoaște sau nu căsătoriile între persoane de același sex încheiate pe teritoriul altor state UE și, în cele din urmă au decis să nu recunoască astfel de uniuni și nici drepturile la asigurări sociale care rezultă din astfel de uniuni.

În schimb, Curtea Constituțională din Spania și instanțele constituționale federale din Germania au interpretat hotărârea CEDO ca pe un semn că instituția căsătoriei heterosexuale este pe cale de dispariție și că reglementările naționale care împiedică înregistrarea acestor uniuni sunt discriminatorii și neconstituționale.

2. Prioritatea ordinii juridice Uniunii Europene asupra dreptului național

2.1. Principiul supremației dreptului european

Conform principiului supremației, dreptul european are o valoare superioară față de legislațiile naționale ale statelor membre. Principiul supremației este valabil pentru toate actele europene care au caracter obligatoriu. Statele membre nu pot așadar să aplice o normă națională care ar fi contrară dreptului european.

În consecință, judecătorul național în fața căruia se ridică chestiunea incompatibilității dintre o normă internă și o normă de drept european (primară sau secundară) trebuie să o rezolve direct, în sensul de a acorda prioritate normei europene, indiferent de rangul normei interne în ierarhia normelor naționale¹⁴.

Principiul supremației nu a fost menționat în Tratat, ci a fost consacrat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, pe cale jurisprudențială¹⁵.

În această cauză, *Costa v. Enel* Curtea a analizat conflictul dintre dreptul comunitar (în prezent, dreptul UE) și o lege italiană posterioară, referitoare la naționalizarea electricității. Curtea Constituțională italiană, care se pronunțase asupra acestui conflict de legi anterior, aplicase teza dualistă, specifică dreptului internațional clasic și ordinii juridice italiene, soluționând conflictul în favoarea normei celei mai recente, în speță, legea națională.

În considerentele hotărârii pronunțate în cauză Curtea a reținut următoarele: „întrucât provine dintr-un izvor autonom, dreptului născut din tratat

noiembrie 2012 (A. K. și Fundația Helsinki pentru Drepturile Omului vs. orașul W.), disponibilă la adresa <http://www.sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/III%20CZP%2065-12.pdf>.

¹⁴ B. Andrieșan-Grigoriu, *Procedura hotărârilor preliminare*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 39.

¹⁵ A se vedea CJCE, C-6/64 *Flaminio Costa -v- Ente Nazionale per l'Energia Elettrica*, 1964, ECR 585.

nu i s-ar putea opune, aşadar, în considerarea naturii sale specifice, originale, pe cale judiciară, un text intern, indiferent de natura acestuia, fără a-şi pierde caracterul comunitar şi fără a fi pus în discuţie fundamentul juridic al Comunităţii înseşi”.

Raţionamentul Curţii de Justiţie în această cauză se bazează pe trei argumente complementare: aplicabilitatea directă şi imediată a dreptului Uniunii, atribuirea de competenţe Uniunii, atribuire prin care se limitează în mod corespunzător drepturile suverane ale statelor membre şi necesitatea asigurării uniformităţii aplicării dreptului UE în întreg spaţiul acesteia.

Curtea de Justiţie constată natura specifică a Comunităţii (în prezent înlocuită de Uniunea Europeană) ca entitate creată pentru o durată nelimitată, înzestrată cu atribuţii proprii, cu personalitate şi capacitate juridică proprie, cu capacitate de reprezentare internaţională şi, mai ales, cu puteri reale izvorâte dintr-o limitare a competenţei statelor membre sau dintr-un transfer al atribuţiilor statelor către Uniune.

Pornind de la această natură particulară, care deosebeşte Uniunea de orice altă entitate clasică de drept internaţional, Curtea de Justiţie deduce că statele membre au ales să limiteze, în anumite domenii determinate, drepturile lor suverane şi au creat astfel un corp de norme aplicabile atât resortisanţilor acestora, cât şi lor.

Acest fenomen al transferului de suveranitate este esenţial pentru fundamentarea principiului supremaţiei şi pentru înţelegerea consecinţelor sale imediate. Astfel, statele membre nu mai au competenţa de a legifera în domeniile în care acest transfer de suveranitate operează prin atribuirea de competenţe Uniunii¹⁶.

Ordinea juridică nou creată de tratatele fondatoare şi modificatoare se integrează în ordinea juridică a statelor membre. Ca urmare, tratatele ar fi lipsite de efecte dacă s-ar admite ca o măsură naţională ulterioară să prevaleze asupra dreptului izvorât din tratate. Orice altă soluţie ar aduce atingere uniformităţii dreptului Uniunii deoarece câmpul de aplicare al acestuia ar varia în funcţie de opţiunile legislative ulterioare ale fiecărui stat membru.

¹⁶ A se vedea pentru mai multe detalii articolul: *Prioritatea ordinii juridice UE asupra dreptului naţional*, R. H. Radu, Agent al Guvernului României pentru Curtea de Justiţie şi Tribunalul UE disponibil la [adresa \[http://www.constcourt.md/public/files/file/conferinta_20ani/programul_conferintei/Razvan_Horatiu_Radu.pdf\]\(http://www.constcourt.md/public/files/file/conferinta_20ani/programul_conferintei/Razvan_Horatiu_Radu.pdf\)](http://www.constcourt.md/public/files/file/conferinta_20ani/programul_conferintei/Razvan_Horatiu_Radu.pdf).

2.2. Cooperarea directă între instanțele naționale și Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Trimiterea preliminară

2.2.1. Considerații generale privind pronunțarea hotărârii preliminare

Curtea de Justiție a Uniunii Europene are unul dintre cele mai importante roluri în interpretarea și aplicarea dreptului european în statele membre, prin mecanismul prevăzut de Tratatul privind funcționarea Uniunii Europe, anume acela al întrebării prealabile. Hotărârile preliminare pronunțate de Curte au reprezentat de-a lungul timpului un reper pentru judecătorul național, competent să soluționeze cauza dedusă judecății în litera și spiritul dreptului unional, dar, în același timp, au fost luate în considerare la elaborarea și modificarea legilor interne și a actelor europene.

Procedura trimiterii preliminare reprezintă un mecanism fundamental al dreptului Uniunii Europene, care permite cooperarea directă între o instanță națională și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, fiind menit să confere instanțelor statelor membre mijloacele de a asigura o interpretare și o aplicare uniforme a acestui drept în cadrul Uniunii.

Potrivit articolului 19 alineatul (3) litera (b) din Tratatul privind Uniunea Europeană (denumit în continuare „TUE”) și articolului 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (denumit în continuare „TFUE”), Curtea de Justiție a Uniunii Europene este competentă să se pronunțe cu titlu preliminar cu privire la interpretarea dreptului Uniunii și cu privire la validitatea actelor adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile Uniunii.

În consecință, Curtea are doar competența de a decide cu privire la interpretarea și validitatea normelor UE, fără ca aceasta să aibă posibilitatea de a anula o normă internă sau de a furniza o interpretare cu privire la o normă națională.

Trimiterea preliminară este o tehnică de interacțiune care implică asistență externă din partea CJUE, sens în care această instanță supranațională a emis o Recomandare în atenția instanțelor naționale, referitoare la modalitatea concretă de efectuare a trimiterii preliminare¹⁷.

¹⁷ Conform art. 5 a Recomandărilor în atenția instanțelor naționale, referitoare la efectuarea trimiterii preliminare: „Întrucât procedura preliminară se bazează pe colaborarea dintre Curte și instanțele statelor membre, este util, pentru a asigura deplina eficacitate a acestei proceduri, să se furnizeze instanțelor menționate recomandările care urmează”. Pe de altă parte în art. 6 din Recomandări este evidențiată și forța juridică a acestora: „Aceste recomandări, lipsite de forță obligatorie, au drept scop să completeze titlul III din Regulamentul de procedură al Curții (articolele 93-118) și să orienteze instanțele statelor membre cu privire la oportunitatea efectuării unei trimiteri

2.2.2. Rolul Curții de Justiție în cadrul procedurii preliminare

Atribuțiile preliminare ale Curții de Justiție constau în dezlegarea unei probleme de drept a Uniunii Europene care se pune în cazul soluționării unui litigiu *pendinte* pe rolul instanțelor naționale. Cum soluționarea chestiunii în cauză trebuie să aibă loc în prealabil, de ea depinzând soluționarea litigiului, cererea se numește preliminară sau prejudicială, iar atribuțiile Curții poartă numele de atribuții preliminare sau prejudiciale¹⁸.

Problema unei acțiuni prealabile a apărut din necesitatea interpretării uniforme a dreptului european, iar o regulă internă nu putea fi invocată contra unei norme din tratat. Tocmai că interpretarea și aplicarea normelor europene trebuie să țină cont de principiul eficacității și priorității dreptului comunitar (în prezent dreptul UE), potrivit cărora o normă națională contrară Tratatelor și a dreptului derivat direct aplicabil trebuie să fie înlăturată de la aplicare¹⁹.

Odată cu aplicarea sa, mecanismul hotărârilor preliminare s-a dovedit extrem de util în dezvoltarea dreptului european și a principiilor care au stat la baza acestuia și delimitării domeniului de aplicare a normelor unionale de cel al normelor naționale. În multe sale hotărâri, Curtea a dezvoltat concepte ca supremația dreptului european și efectul direct. De asemenea, a reprezentat o bună modalitate de verificare a validității actelor instituțiilor, organelor, oficiilor, agențiilor Uniunii Europene²⁰.

Procedura reglementată de art. 267 TFUE, conferă instanțelor naționale posibilitatea ca, în cadrul unui litigiu *pendinte* și anterior pronunțării soluției în respectivul caz, să adreseze întrebări Curții de Justiție privind interpretarea sau validitatea unei norme comunitare.

În consecință, rolul Curții în cadrul procedurii preliminare este acela de a oferi o interpretare a dreptului Uniunii sau de a se pronunța cu privire la validitatea acestuia, iar nu de a aplica acest drept la situația de fapt care face obiectul procedurii principale. Acest rol revine instanței naționale și, prin urmare, Curtea nu este competentă să se pronunțe cu privire la probleme de fapt ivite în cadrul

preliminare, precum și să furnizeze indicații practice în ceea ce privește forma și efectele unei astfel de trimeri”, a se vedea JO C 338/2012, p. 2. Recomandările sunt disponibile online la adresa: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:338:FULL:RO:PDF>.

¹⁸ A se vedea C. Lazăr, *Dreptul Uniunii Europene*, ediția a II-a, Editura Fundației pentru studii europene, Cluj-Napoca, 2013, p. 267.

¹⁹ A se vedea D.A. Rohnean, *Dreptul Uniunii Europene. Ordinea juridică proprie, integrată în sistemele de drept ale statelor membre*, Ed. Hamangiu, 2011, p. 93.

²⁰ A se vedea P. Craig, G. De Búrca, *Dreptul Uniunii Europene. Comentarii, jurisprudență și doctrină*, trad. G. Marcovschi, B. Andreșan –Grigoriu, ediția a IV-a, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 577.

litigiului principal și nici să soluționeze eventuale divergențe de opinii în interpretarea sau aplicarea normelor de drept național.

În exercitarea atribuțiilor care îi revin în această materie, Curtea, atunci când se pronunță asupra interpretării sau validității dreptului Uniunii, va încerca să ofere un răspuns util pentru soluționarea litigiului principal.

Curtea de Justiție nu are rolul unei curți supreme federale, nu are competențe de control asupra hotărârilor pronunțate, nu va soluționa în concret litigiul dedus judecării în fața instanțelor naționale, ci se va raporta strict la întrebarea adresată, în ceea ce privește interpretarea Tratatelor și validitatea sau interpretarea actelor instituțiilor Uniunii Europene²¹.

Jurisdicția națională de trimitere este cea căreia îi revine sarcina de a deduce consecințele concrete din răspunsul Curții, înlăturând, dacă este cazul, aplicarea normei naționale în discuție.

2.2.3. Cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare

2.2.3.1. Autorul solicitării adresate CJUE

Potrivit articolului 267 TFUE, atribuția de a investi CJUE cu o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare aparține oricărei instanțe a unui stat membru, în măsura în care trebuie să se pronunțe în cadrul unei proceduri menite să conducă la o decizie cu caracter jurisdicțional.

În această materie noțiunea de „instanță de judecată”²² constituie o noțiune autonomă a dreptului Uniunii, ea având un alt înțeles decât cel pe care îl regăsim în sistemele de drept ale statelor membre.

Din ansamblul jurisprudenței Curții s-au desprins o serie de elemente cu ajutorul cărora se poate aprecia dacă o instanță care a formulat sesizarea are calitatea de „instanță de judecată”, Curtea ținând seama, în această privință, de un ansamblu de factori, precum originea legală a organului care a sesizat-o, caracterul său permanent, caracterul obligatoriu al competenței sale, caracterul contradictoriu al procedurii, aplicarea de către acel organ a normelor de drept, precum și independența sa.

În temeiul criteriilor de mai sus, Curtea a recunoscut calitatea de organ jurisdicțional care poate solicita pronunțarea unei hotărâri preliminare, următoarelor autorități: Comisia federală de supraveghere a achizițiilor publice din Germania²³; Comisia de contestații a numirilor în învățământul superior din Suedia

²¹ A se vedea P. Craig, G. De Búrca, *op. cit.*, p. 627.

²² A se vedea P. Craig, G. De Búrca, *op. cit.*, p. 580.

²³ CJUE, C-54/9, 17.09.1997, *Dorsch*, p. 23-38.

competentă în materia contestațiilor împotriva deciziilor referitoare la angajarea în universități și școli superioare²⁴; „Immigration Adjudicator”, autoritate competentă în materia litigiilor privind intrarea și sejurul cetățenilor străini pe teritoriul Angliei²⁵; Tribunalul Economico-Administrativ Regional din Catalonia competent în materia plângerilor economico-administrative²⁶; Comisia de contestații în domeniul medicinei constituită de către un organism profesional (Asociația Regală olandeză pentru practicarea medicinei)²⁷; Comisia de contestații în materia asigurărilor obligatorii împotriva maladiilor și invalidității din Belgia²⁸; Consiliul de Stat din Italia, atunci când emite un aviz, în cadrul unei proceduri administrative, ce reprezintă proiectul deciziei ce urmează a fi ulterior dispusă de către autoritatea competentă²⁹.

Decizia de sesizare a Curții cu titlu preliminar aparține în exclusivitate instanței naționale, indiferent dacă părțile din litigiul principal au înțeles sau nu să formuleze, în fața instanței naționale o atare solicitare.

Cu toate acestea, este posibil ca una dintre părți să fi ridicat respectiva chestiune în fața instanței naționale care a decis că este oportună adresarea întrebării preliminare.

2.2.3.2. Tipuri de trimiteri preliminare

A. Trimiterea în interpretare

a) *Opțiunea de a adresa o trimitere preliminară către CJUE*

În conformitate cu dispozițiile articolului 267 TFUE, orice instanță dispune de prerogativa de a adresa Curții o cerere de decizie preliminară referitoare la interpretarea unei norme a dreptului Uniunii în cazul în care apreciază că o astfel de decizie îi este necesară pentru soluționarea litigiului cu care a fost sesizată.

Categoria de tratate, ca obiect al interpretării în cadrul procedurii preliminare, cuprinde nu numai TFUE, TUE și Tratatul CEEA³⁰, ci și anexele și

²⁴ CJUE, C- 407/98, 6 iulie 2000, Abrahamsson & Andresson , p. 29-30.

²⁵ CJUE, C- 416/96, 2 martie 1999, Eddine El-Yasni, p. 17-22.

²⁶ CJUE, C-110/98-C-147/98, 21 martie 2000, Gabalfria.

²⁷ CJUE, C-246/80, 6 oct. 1981, Beekmeulen, p. 17.

²⁸ CJUE, C-32/70, 1 dec. 1970, Union nationale des mutualités socialistes /La Marca, Rec. 1970, p. 987.

²⁹ CJUE, C-69/96, C-79/96, 16 oct. 1997, Garofalo, p. 19, cu referire la avizul emis de către Consiglio di Stato Italiano, în cadrul procedurii recursului extraordinar privind anularea unui act administrativ.

³⁰ A se vedea P. Craig, G. De Búrca, *op. cit.*, p. 579.

protocoalele atașate, tratatele succesive de modificare a acestora³¹, tratatele de aderare a noilor state membre.

Este posibil ca, o cerere în interpretarea unei prevederi a tratatelor să vizeze problema dacă prevederea însăși întrunește condițiile pentru a fi invocată în cauză în scopul de a întemeia pretențiile (având efect direct) sau dacă este posibil să i se atribuie conținutului ei o interpretare sau alta, cu scopul determinării conținutului unor drepturi conferite sau a acurateții transpunerii³².

Instanța a cărei hotărâre poate face obiectul unei căi de atac, are libertate deplină în a decide dacă trimite o cerere preliminară sau nu, caz în care va soluționa pricina pe cont propriu. Așadar instanțele care nu judecă în ultim grad nu au nicio obligație de trimitere, lăsând instanței de control, care judecă în ultim grad de jurisdicție, să aprecieze oportunitatea unei atare trimiteri a cererii preliminare³³.

Într-o cauză³⁴ CJUE a arătat că „în cazul în care dreptul comunitar devine aplicabil în baza dispozițiilor din dreptul național, numai judecătorul național este cel care poate aprecia necesitatea aplicării dreptului comunitar. Dacă acesta consideră că este oportună aplicarea unei dispoziții comunitare la situația internă care stă la baza litigiului ce i-a fost dedus, judecătorul național poate sesiza Curtea cu o întrebare prealabilă în condițiile prevăzute la art. 177. Cu toate acestea, competența Curții este limitată numai la interpretarea dreptului comunitar. Curtea nu poate ține cont de economia generală a dispozițiilor din dreptul intern care au făcut posibilă aplicarea dreptului comunitar”.

Mai mult decât atât, CJUE nu are competența de a interpreta compatibilitatea legislației naționale prin prisma dreptului UE, ci competența sa este limitată la interpretarea dreptului UE³⁵.

b) Obligația de a adresa o trimitere preliminară către CJUE

În cazul în care instanța națională este o instanță a cărei decizie nu (mai) poate fi supusă niciunei căi de atac în dreptul intern, aceasta este obligată să sesizeze Curtea cu o astfel de cerere, cu excepția cazului în care dispoziția UE este suficient de clară sau există deja o jurisprudență în materia respectivă (iar în contextul eventual nou nu există nicio îndoială reală cu privire la posibilitatea de a

³¹ A se vedea R.M. Popescu, *Introducere în dreptul Uniunii Europene*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 236.

³² B. Andrieșan-Grigoriu, *op. cit.*, p. 221.

³³ A se vedea P. Craig, G. De Búrca, *op. cit.*, p. 583; C. Lazăr, *op. cit.*, p. 274.

³⁴ CJUE, C-297/88, Dzodzi -v- Belgia, hotărârea din 18.10.1990, ECR 1990, p.I-3763.

³⁵ CJUE, C-307/95, Max Mara, [1995] ECR I-5083.

aplica în speță această jurisprudență), fie a ipotezei în care interpretarea corectă care trebuie dată normei de drept în cauză este evidentă³⁶.

Instanța care pronunță o hotărâre ce nu mai poate forma obiectul unei căi de atac trebuie să manifeste o atenție particulară atunci când ajunge la concluzia că nu mai este necesar să trimită o cerere preliminară întrucât este sigură cu privire la modul de soluționare al problemei.

Instanța națională trebuie să constate că respectiva problemă de drept constituie un *acte clair*, în conformitate cu principiile stabilite de CJUE în hotărârea Cilfit³⁷.

Potrivit hotărârii pronunțate de Curte în cauza Cilfit aceasta presupune că:

„ (...) În cele din urmă, aplicarea corectă a dreptului comunitar se poate impune în mod atât de evident încât să nu lase loc niciunei îndoieli rezonabile privind modul de rezolvare a întrebării adresate. Înainte de a concluziona că este vorba de o astfel de situație, instanța națională trebuie să fie convinsă că acest aspect se impune într-un mod la fel de evident și instanțelor naționale ale celorlalte state membre și Curții de Justiție. Numai în cazul în care aceste condiții sunt îndeplinite, instanța națională va putea să se abțină să trimită această întrebare Curții de Justiție și să își asume responsabilitatea de a o soluționa ea însăși (pct. 16).

Cu toate acestea, existența unei astfel de posibilități trebuie să fie evaluată în funcție de caracteristicile dreptului comunitar și de dificultățile specifice pe care le prezintă interpretarea acestuia (pct. 17).

În primul rând, trebuie să se țină seama de faptul că textele de drept comunitar sunt redactate în mai multe limbi și că diversele versiuni lingvistice sunt deopotrivă autentice; astfel, o interpretare a unei prevederi de drept comunitar implică o comparare a versiunilor lingvistice (pct. 18).

De asemenea, trebuie să se observe că dreptul comunitar utilizează o terminologie proprie, chiar și atunci când există o concordanță deplină a versiunilor lingvistice. De altfel, trebuie subliniat că noțiunile juridice nu au în mod necesar același conținut în dreptul comunitar și în dreptul național al diferitelor state membre (pct. 19).

³⁶ A se vedea cauzele conexe, CJUE, C-171/94 and C-172/94, Mercks și Neuhuys v. Ford Motors, [1996] ECR I-1253.

³⁷ CJUE, C-283/81, Cilfit S.R.L. și Lanificio di Gavardo SpA v. Ministerul Sănătății, hotărârea din 2 octombrie 1982.

În sfârșit, fiecare prevedere de drept comunitar trebuie plasată în contextul său și interpretată în lumina ansamblului dispozițiilor acestui drept, a finalităților și a stadiului evoluției acestuia la data la care respectiva prevedere trebuie să fie aplicată (pct. 20). ”

Astfel, o instanță națională poate, în special în situația în care se consideră suficient de lămurită de jurisprudența Curții, să decidă ea însăși cu privire la interpretarea corectă a dreptului Uniunii și cu privire la aplicarea acestuia la situația de fapt pe care o constată. Cu toate acestea, o trimitere preliminară se poate dovedi deosebit de utilă atunci când se ridică o nouă problemă de interpretare care prezintă un interes general pentru aplicarea uniformă a dreptului Uniunii sau atunci când jurisprudența existentă nu pare a fi aplicabilă unei situații de fapt inedite.

Pentru a permite Curții să identifice corect obiectul litigiului principal și chestiunile ridicate de acesta, este util ca instanța națională să expună, pentru fiecare dintre întrebările adresate, motivele pentru care interpretarea solicitată este necesară pentru soluționarea cauzei cu care a fost învestită.

Curtea poate refuza să se pronunțe asupra unei întrebări trimise în vederea obținerii unei hotărâri preliminare de către instanțele naționale numai atunci când este extrem de evident faptul că interpretarea dreptului Uniunii Europene care se urmărește nu are nici o legătură cu faptele reale ale acțiunii principale sau cu scopul acesteia, când problema este una ipotetică sau când Curtea nu dispune de elementele de fapt și drept necesare pentru a furniza un răspuns util la întrebările primite³⁸.

În mod excepțional, au fost și situații în care CJUE a acceptat să pronunțe o hotărâre preliminară în pofida absenței contextului faptic și legal național³⁹.

În cauza Crispoltoni (Nr. 2), Curtea cunoștea deja contextul de fapt și de drept al cauzei, datorită unei trimiteri anterioare transmisă de aceeași instanță italiană și referitoare la același producător.⁴⁰ Prin urmare, fiind deja avizată asupra contextului faptic și legal național, aceasta era pregătită să pronunțe o hotărâre.

B. Trimiterea în aprecierea validității

Cel de-al doilea tip de trimitere preliminară este reglementat la litera (b) a Articolului 267 alineat (1) TFUE.

³⁸ A se vedea cauzele conexe, CJUE, C-222-225/05 Van der Weerd și alții [2007] ECR I-4233, paragr. 22.

³⁹ A se vedea cauzele conexe, CJUE, C-133/93, C-300/93 și C-362/93, Crispoltoni (nr. 2), [1994] ECR I-4863.

⁴⁰ CJUE, C-368/89, Crispoltoni (No. 1), [1991] ECR I-36950.

Deși instanțele statelor membre au posibilitatea de a respinge motivele de nevaliditate invocate în fața lor, doar Curtea este, în schimb, competentă să declare nevalid un act al unei instituții, al unui organ, al unui oficiu sau al unei agenții a Uniunii.

În consecință, orice instanță națională trebuie, așadar, să adreseze Curții o cerere de decizie preliminară în situația în care are îndoieli cu privire la validitatea unui asemenea act, indicând motivele pentru care apreciază că acel act ar putea fi lovit de nevaliditate.

Cu toate acestea, atunci când are îndoieli serioase cu privire la validitatea unui act al unei instituții, al unui organ, al unui oficiu sau al unei agenții a Uniunii pe care se întemeiază un act intern, instanța națională poate în mod excepțional să suspende cu titlu temporar aplicarea acestuia din urmă sau să ia orice altă măsură provizorie în privința sa. În această situație, instanța națională este obligată să adreseze Curții întrebarea privind aprecierea validității, indicând motivele pentru care consideră că actul menționat nu este valid.

Într-o cauză⁴¹ în care Curtea a fost investită să analizeze validitatea și interpretarea actelor adoptate de instituțiile Comunității (în prezent instituțiile UE), aceasta a statuat următoarele: „(...) Chiar dacă articolul 177 conferă posibilitatea instanțelor naționale ale căror hotărâri pot face obiectul unei căi de atac în dreptul intern să adreseze Curții întrebări preliminare privind interpretarea sau validitatea unor acte, acesta nu clarifică aspectul competenței acestor instanțe de a constata ele însele lipsa de validitate a unor acte ale instituțiilor comunitare. (pct. 13)

Aceste instanțe pot să analizeze validitatea unui act comunitar și, în cazul în care consideră nefondate motivele privind lipsa de validitate invocate de părți, pot să respingă aceste motive, concluzionând că actul în cauză este pe deplin valid. Printr-o asemenea acțiune, instanțele nu contestă existența actului comunitar. (pct. 14)

Pe de altă parte, aceste instanțe nu au competența de a declara actele adoptate de instituțiile comunitare ca fiind lipsite de validitate. Astfel cum s-a subliniat în Hotărârea din 13 mai 1981 (International Chemical Corporation, 66/80, Cul. p. 1191), competențele recunoscute Curții în temeiul articolului 177 vizează în principal asigurarea aplicării uniforme a dreptului comunitar de către instanțele naționale. Aceasta cerință de uniformitate este absolut necesară atunci când este vorba de validitatea unui act comunitar. Divergențele dintre instanțele statelor membre cu privire la validitatea actelor comunitare ar fi de natură să

⁴¹ CJUE, C-314/85 Foto-Frost, CJUE hotărârea din 22 oct. 1987, Rec. 1987, p. 4199.

compromită însăși unitatea ordinii juridice comunitare și ar aduce atingere cerinței fundamentale a securității juridice (pct. 15) ”.

Instanțele naționale pot apela la procedura trimiterii preliminare în legătură cu acte neobligatorii, cum ar fi recomandările.

2.2.4. Condițiile pe care trebuie să le îndeplinească o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare

Astfel cum s-a evidențiat și în literatura de specialitate⁴², se remarcă o larghețe a CJUE în acceptarea cererilor de pronunțare a unei hotărâri preliminare.

Actul procedural prin care instanța unui stat membru adresează Curții una sau mai multe întrebări preliminare poate să îmbrace orice formă admisă de dreptul național în materia incidentelor procedurale, se arată în „*Recomandările*”⁴³ în atenția instanțelor naționale, referitoare la efectuarea trimiterii preliminare”.

„Recomandările” conțin informații practice, fiind lipsite de forță obligatorie, care vin în sprijinul instanțelor de trimitere, ghidându-le cu privire la formularea și prezentarea întrebărilor adresate Curții.

Este deosebit de important ca instanța de trimitere să aibă în vedere că actul de trimitere este cel care va sta la baza procedurii derulate în fața Curții și că aceasta din urmă trebuie să aibă la dispoziție elementele care să îi permită formularea unui răspuns util pentru instanța de trimitere.

Pe de altă parte, cererea de decizie preliminară este singurul act care se comunică părților din litigiul principal și celorlalte persoane interesate prevăzute la articolul 23 din Statut, în special statele membre, pentru a obține eventualele observații scrise ale acestora.

Curtea⁴⁴ a subliniat necesitatea unei redactări simple, clare și precise, cu evitarea detaliilor inutile, în scopul de a facilita traducerea cererii de decizie preliminară în toate limbile oficiale ale Uniunii Europene. Se apreciază că sunt suficiente aproximativ 10 pagini pentru a expune în mod adecvat contextul unei cereri de decizie preliminară. Păstrându-și caracterul succint, această cerere trebuie totuși să fie suficient de completă și să conțină toate informațiile pertinente pentru a permite Curții, precum și subiectelor îndreptățite să depună observații să își facă o idee clară cu privire la cadrul factual și juridic al cauzei principale.

⁴² A se vedea I. P. Filipescu; A. Fuerea, *Drept instituțional comunitar european*, Editura Actami, București, 2000, p. 147.

⁴³ Conform art. 20 a Recomandărilor în atenția instanțelor naționale, referitoare la efectuarea trimiterii preliminare, a se vedea JO C 338/2012, p. 3. Recomandările sunt disponibile online la adresa: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:338:FULL:RO:PDF>.

⁴⁴ A se vedea art. 21-22 din Recomandările în atenția instanțelor naționale, referitoare la efectuarea trimiterii preliminare.

În conformitate cu articolul 94 din Regulamentul de procedură, pe lângă textul întrebărilor adresate Curții cu titlu preliminar, cererea de decizie preliminară trebuie:

- să cuprindă o expunere sumară a obiectului litigiului, precum și a faptelor pertinente, astfel cum au fost constatate de instanța de trimitere, sau cel puțin o expunere a circumstanțelor factuale pe care se întemeiază întrebările preliminare;
- să redea conținutul dispozițiilor naționale care ar putea fi aplicate în speță și, dacă este cazul, jurisprudența națională pertinentă⁴⁵;
- să conțină o expunere a motivelor care au determinat instanța de trimitere să aibă îndoieli cu privire la interpretarea sau validitatea anumitor dispoziții ale dreptului Uniunii, precum și legătura pe care instanța de trimitere o stabilește între aceste dispoziții și legislația națională aplicabilă litigiului principal.

Dispozițiile dreptului Uniunii pertinente în speță ar trebui să fie identificate cât mai precis posibil în cererea de decizie preliminară care conține, dacă este cazul, un scurt rezumat al argumentelor pertinente ale părților din litigiul principal.

În sfârșit, instanța de trimitere poate, dacă apreciază că este în măsură să o facă, să își expună succint punctul de vedere cu privire la răspunsul care trebuie să fie dat la întrebările adresate cu titlu preliminar. O astfel de expunere se dovedește utilă pentru Curte, în special în cazul în care este chemată să se pronunțe asupra cererii în cadrul unei proceduri accelerate sau al unei proceduri de urgență.

Întrebările preliminare trebuie să figureze într-o parte distinctă și în mod clar individualizată a deciziei de trimitere, preferabil la începutul sau la sfârșitul acesteia. Ele trebuie să fie inteligibile ca atare, fără a face referire la expunerea de motive a cererii, care va oferi însă contextul necesar pentru o înțelegere adecvată a implicațiilor cauzei⁴⁶.

2.2.5. Efectele trimiterii preliminare asupra procedurii naționale

Natura procedurii trimiterilor preliminare este cea a unui incident procedural, putând interveni doar dacă instanța națională este sesizată cu o pricină⁴⁷.

În consecință, în eventualitatea în care instanța națională decide să trimită CJUE o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare, ea trebuie să dispună

⁴⁵ Instanța de trimitere este invitată, în această privință, să indice referințele exacte ale acestor texte și ale publicării lor, precum pagina unui jurnal oficial sau a unui anumit repertoriu de jurisprudență ori trimiterea la un site internet.

⁴⁶ A se vedea art. 26 din Recomandările în atenția instanțelor naționale, referitoare la efectuarea trimiterilor preliminare.

⁴⁷ B. Andrieșan-Grigoriu, *op. cit.*, p. 52.

suspendarea judecății în cauza respectivă până la momentul la care Curtea se pronunță.

S-a apreciat că ar fi vorba despre un caz particular de *suspendare legală de drept* a judecății instituit prin norma comunitară, care funcționează ca lege specială față de norma internă, aplicându-se cu prioritate⁴⁸.

Cu toate acestea, instanța națională rămâne competentă în ceea ce privește luarea de măsuri asigurătorii, mai ales în cadrul unei trimiteri în aprecierea validității.

În vederea bunei desfășurări a procedurii preliminare în fața Curții și pentru a menține efectul său util, revine instanței de trimitere sarcina de a avertiza Curtea în legătură cu orice incident procedural susceptibil să aibă o incidență asupra sesizării sale și în special cu privire la admiterea unor noi părți în procedura națională⁴⁹.

2.2.6. Soluțiile care se pot pronunța de Curte într-o cerere preliminară

Prin hotărârile sale, Curtea are competența de a admite sau de a respinge cererea în pronunțarea unei hotărâri preliminare, în întregul său sau numai în parte⁵⁰.

Potrivit art. 92 alin. (1) din Regulamentul de procedura, Curtea se pronunță prin ordonanță motivată când:

a) Curtea este în mod vădit incompetentă (adică obiectul întrebărilor nu intră în domeniul de aplicare a dreptului Uniunii, cu alte cuvinte litigiul este pur intern, deci Curtea nu are competența materială să se pronunțe);

b) cererea preliminară este vădit inadmisibilă.

Astfel se conturează trei soluții pe care CJUE le poate pronunța într-o cerere preliminară: ordonanță motivată de respingere a cererii pe motiv de incompetență a Curții sau de inadmisibilitate manifestă, ordonanță motivată și hotărârea preliminară.

2.2.6.1. Ordonanță motivată de respingere a cererii pe motiv de incompetență a Curții sau de inadmisibilitate manifestă

⁴⁸ G. Răducan, C.M. Niță, *Regulamentul (CE) nr. 44/2001 al Consiliului, din 22 decembrie 2000, privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială (Bruxelles I)*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 20.

⁴⁹ A se vedea art. 30 din Recomandările în atenția instanțelor naționale, referitoare la efectuarea trimiterilor preliminare.

⁵⁰ Diaconu, *Dreptul Uniunii Europene. Tratat*, ediția a II-a, Editura Lumina Lex, București, 2011, p. 275.

De-a lungul timpului au fost conturate mai multe cauze de inadmisibilitate a unei cereri preliminare, astfel cum au fost acestea interpretate de către Curtea de Justiție în scopul unei mai bune desfășurări a procedurii preliminare⁵¹:

- cererea preliminară nu cuprinde o descriere adecvată a situației de fapt și de drept;
- instanța de trimitere nu explică adecvat de ce îi este necesar răspunsul Curții pentru soluționarea litigiului⁵²;
- întrebările nu sunt pertinente pentru soluționarea litigiului dedus judecării instanței de trimitere sau sunt ipotetice;
- organismul de trimitere nu întrunește criteriile pentru a constitui instanța de trimitere în sensul art. 267 TFUE;
- faptele din litigiul principal s-au petrecut înaintea aderării la UE a statului membru căruia îi aparține instanța de trimitere⁵³;
- litigiul nu este autentic, ci creat artificial în scopul de a provoca o trimitere preliminară.

În jurisprudența bogată a Curții sunt numeroase cererile preliminare care au fost trimise de instanțe din statele membre și au fost respinse, în tot sau în parte, pentru unul sau mai multe dintre motivele anterior enunțate.

2.2.6.2. Ordonanță motivată de respingere a cererii

În situația în care cererea întrunește toate condițiile de admisibilitate, Curtea se poate pronunța tot prin ordonanță motivată, temeiul constituindu-l dispozițiile art. 104 alin. (3) din Regulament, în trei ipoteze, care au fost dezvoltate în mod explicit în hotărârea de referință *Cilfit SRL*⁵⁴, acestea fiind cunoscute generic ca ”teoria actului clar”:

- întrebarea preliminară este identică cu o întrebare asupra căreia Curtea s-a pronunțat deja (așa-numitul ”*acte éclairé*”);
- răspunsul la întrebarea preliminară poate fi în mod clar dedus din jurisprudență (”*acte éclairé*”);
- răspunsul la întrebarea preliminară nu lasă loc niciunei îndoieli rezonabile (”*acte clair*”).

⁵¹ A se vedea B. Andrieșan-Grigoriu, *op. cit.* p. 324-325; L. Brînzoiu, *Examen de jurisprudență a Curții de Justiție a Comunităților Europene în materia admisibilității trimiterilor preliminare*, RRDC, 2008, nr.6, p. 82.

⁵² CJUE, C- 244/80 Foglia/Novello, Hot. din 16 dec. 1981, Rec., p.3053.

⁵³ CJUE, C- 321/97 Andersson, Hot. din 15 iunie dec. 1999, Rec., p. I-3551.

⁵⁴ CJUE, C-283/81, *Cilfit S.R.L. și Lanificio di Gavardo SpA v. Ministerul Sănătății*, hotărâre din 2 octombrie 1982,

Cele două tipuri de soluții au fost edictate în scopul soluționării rapide și eficiente a cauzelor în care se aplică dreptul UE de către instanțele naționale și pentru a se recurge la procedura preliminară numai atunci când instanța națională are îndoieli cu privire la interpretarea corectă a normelor UE aplicabile în cauză.

2.2.6.3. Hotărârea preliminară

Pronunțarea unei hotărâri preliminare intervine atunci când Curtea constată că cererea întrunește toate condițiile de admisibilitate și întrebarea sau întrebările preliminare pun o problemă relativ nouă sau ceva mai complexă, care prezintă aspecte aparte sau este de mare importanță pentru aplicarea uniformă și eficientă a normelor UE, respectiv dacă răspunsul la chestiunea de drept nu reiese tranșant din jurisprudența anterioară a Curții, va fi pronunțată o hotărâre preliminară.

Răspunsul Curții va îmbrăca forma unei hotărâri preliminare în care va interpreta dreptul comunitar (în prezent dreptul UE) sau se va pronunța asupra validității legislației secundare, precizând și criteriile de interpretare, pentru a permite instanțelor naționale să valorifice conformitatea dreptului național cu dreptul european⁵⁵.

În această prezentare vom analiza soluția pronunțată de CJUE în cauza C-4/14 Christophe Bohez împotriva Ingrid Wiertz în care Curtea a analizat dacă executarea penalității cu titlu cominatoriu, stabilită printr-o decizie privind dreptul de vizită, intră sub incidența Regulamentul (CE) nr. 44/2001 sau a Regulamentul (CE) nr. 2201/2003⁵⁶.

În această cauză, dl Bohez și dna Wiertz s-au căsătorit în Belgia în 1997, iar în 2005 au divorțat, dna Wiertz mutându-se în Finlanda.

Cum din căsătoria părților au rezultat doi copii, la data de 28.03.2007, Judecătoria Gent, Belgia, a pronunțat o hotărâre referitoare la încredințare, reședință, dreptul de vizită și pensia alimentară cu o penalitate cu titlu cominatoriu menită să garanteze respectarea dreptului de vizită acordat dlui Bohez: 1000 de euro/copil/zi de neprezentare, suma maximă a penalității cu titlu cominatoriu fiind fixată la 25000 de euro.

⁵⁵ I. E. Rusu, G. Gornig, *Dreptul Uniunii Europene*, ediția a 3-a, Editura C.H. Beck, București, 2009, p. 156.

⁵⁶ A se vedea, pentru un comentariu detaliat al hotărârii: *Buletinului Rețelei Judiciare Române în materie civilă și comercială nr. 2/2016*, în Colectivul redacțional coordonat de Viviana Onaca, director Direcția Drept Internațional și cooperare judiciară, Ministerul Justiției și Ioana Burduf, consilier Ministerul Justiției, ș.a. Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 85-89.

În fața Judecătoriei din Finlanda, dl Bohez a solicitat ca dna Wiertz să fie obligată să îi plătească penalitatea sau ca această hotărâre să fie declarată executorie arătând că nu beneficiase de dreptul de vizită, fiind atins cuantumul maxim al penalității. Având în vedere că, în dreptul belgian, recuperarea penalității este asigurată direct de autoritățile însărcinate cu executarea hotărârilor judecătorești, fără să fie necesară o nouă procedură judiciară, dl Bohez a apreciat că trebuie să se considere că cererea sa are ca obiect recuperarea unei creanțe pecuniare exigibile și că intră în domeniul de aplicare al Regulamentului nr. 44/2001.

Dna Wiertz a susținut că obligația de plată nu a fost confirmată definitiv de instanța belgiană, că hotărârea din 28.03.2007 nu este executorie și nicio autoritate nu ar fi stabilit existența unor deficiențe care să dea naștere obligației de a plăti penalitatea cu titlu cominatoriu.

Prin hotărârea din 08.03.2012, Judecătoria din Finlanda a constatat că cererea dlui Bohez nu privește executarea unei hotărâri judecătorești referitoare la dreptul de vizită, ci numai executarea unei penalități cu titlu cominatoriu impuse pentru a garanta respectarea hotărârii, care intră în domeniul de aplicare al Regulamentului nr. 44/2001. Arătând însă că hotărârea belgiană prevede, contrar cerințelor de la art. 49 din Regulament, numai o penalitate periodică al cărei cuantum definitiv nu a fost stabilit, instanța finlandeză a declarat inadmisibilă cererea. Sesizată cu apelul dlui Bohez, Curtea de Apel din Helsinki a confirmat inadmisibilitatea cererii, apreciind însă că cererea se înscrie în cadrul executării unei hotărâri de vizită, sub incidența Regulamentului nr. 2201/2003 și că potrivit art. 47 alin. 1, procedura de executare ar fi determinată de dreptul finlandez. Dl Bohez a declarat recurs la Curtea Supremă, în fața căreia a solicitat anularea hotărârii pronunțate de Curtea de Apel.

Curtea Supremă a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții o serie de întrebări preliminare: dacă art. 1 din Regulamentul nr. 44/2001 trebuie interpretat în sensul că acesta se aplică în privința executării unei penalități dispuse printr-o hotărâre privind încredințarea și dreptul de vizită, în scopul de a asigura respectarea dreptului de vizită de către titularul dreptului de încredințare; să se stabilească dacă recuperarea acestei penalități trebuie considerată că face parte din procedura de executare a dreptului de vizită, care, potrivit art. 47 alin. 1 din Regulamentul nr. 2201/2003, este guvernată de dreptul național, sau că are același regim precum dreptul de vizită pe care îl garantează și că, în acest temei, trebuie să fie declarată executorie potrivit normelor din Regulamentul nr. 2201/2003; să se stabilească dacă, în cadrul Regulamentului nr. 2201/2003, hotărârile judecătorești străine prin care se dispune plata unor penalități cu titlu cominatoriu sunt executorii

în statul membru solicitat numai dacă suma ce urmează să fie plătită a fost stabilită definitiv de instanțele din statul membru de origine.

Cu privire la prima întrebare Curtea a stabilit că penalitatea cu titlu cominatoriu a cărei executare se solicită în cauza principală este o măsură accesorie menită să asigure protecția unui drept care nu intră în domeniul de aplicare al Regulamentului nr. 44/2001, ci în cel al Regulamentului nr. 2201/2003.

Curtea a reținut că domeniul de aplicare al Regulamentului nr. 44/2001 este limitat doar la „materia civilă și comercială”, determinat de elementele care caracterizează natura raporturilor juridice dintre părțile în litigiu sau obiectul acestuia⁵⁷. Apartenența măsurilor provizorii la domeniul de aplicare al Regulamentului nr. 44/2001 este determinată nu de natura lor, ci de natura drepturilor a căror protecție o asigură⁵⁸. În ceea ce privește executarea unei obligări la plata unei amenzi, aplicată de o instanță pentru a asigura respectarea unei interdicții, Curtea a precizat că natura acestui drept depinde de cea a dreptului subiectiv a cărui încălcare a determinat dispunerea executării⁵⁹. În speță, din art. 1385 bis din Codul judiciar belgian reiese că această măsură se analizează ca obligarea, la cererea unei părți, a celeilalte părți la plata unei sume de bani în ipoteza în care aceasta din urmă nu își va îndeplini obligația principală care îi revine. Penalitatea prezintă un caracter accesoriu în raport cu această obligație principală, având are drept obiectiv să garanteze eficiența dreptului de vizită acordat, prin aceeași decizie, de instanța de origine, urmărind exercitarea unei presiuni financiare asupra persoanei căreia îi este încredințat copilul pentru ca aceasta să coopereze la punerea în aplicare a unui astfel de drept de vizită. Or, art. 1 alin. 2 lit. a) din Regulamentul nr. 44/2001 exclude expres din domeniul de aplicare starea persoanelor fizice, noțiune care cuprinde exercitarea răspunderii părintești față de un copil. Regulamentul nr. 1347/2000 a fost modificat succesiv de Regulamentul nr. 2201/2003, tocmai pentru a include și dreptul de vizită (art. 1 alin. 2 lit. a) din Regulamentul nr. 2201/2003).

Cu privire la a treia întrebare Curtea a stabilit că recuperarea acestei penalități are același regim de executare precum decizia privind dreptul de vizită pe care îl garantează și că penalitatea trebuie să fie declarată executorie potrivit normelor definite de Regulamentul nr. 2201/2003. Argumentele Curții au fost acelea că Regulamentul nr. 2201/2003, prin considerentul 2, art. 26, art. 28 alin. 1 și art. 41 alin. 1, aplică hotărârilor de vizită un regim specific de executare simplificat

⁵⁷ CJUE, C-406/09, EU:C:2011:668, pct. 39 și jurisprudența citată.

⁵⁸ CJUE, C-406/09, EU:C:2011:668, pct. 40 și jurisprudența citată.

⁵⁹ CJUE, C-406/09, EU:C:2011:668, pct. 42.

automat, bazat pe principiul încrederii reciproce, acestea neputând fi revizuite pe fond. Regulamentul nr. 44/2001, Regulamentul nr. 2201/2003 și predecesorul său, Regulamentul nr. 1347/2000, nu cuprind nicio normă privind penalitatea cu titlu cominatoriu. Cu toate acestea, nu se deduce că se exclude executarea penalității din domeniul de aplicare al acestor regulamente. Întrucât contribuie la respectarea hotărârilor de vizită, o asemenea măsură se înscrie în obiectivul de eficiență pe care îl urmărește Regulamentul nr. 2201/2003. Penalitatea prezintă numai un caracter accesoriu în raport cu obligația principală pe care o garantează.

Executarea acestei penalități este legată direct atât de existența respectivei obligații principale, cât și de existența unei neîndepliniri a acesteia.

În consecință, penalitatea dispusă printr-o hotărâre de vizită nu poate fi analizată izolat ca reprezentând o obligație autonomă, ci trebuie analizată indisociabil de dreptul de vizită a cărui protecție o asigură. În acest temei, recuperarea penalității trebuie să aibă același regim de executare precum dreptul de vizită care trebuie garantat, și anume normele prevăzute la art. 28 alin. 1 și la art. 41 alin. 1 din Regulamentul nr. 2201/2003.

Cu privire la ultima întrebare, Curtea a apreciat că, în cadrul Regulamentului nr. 2201/2003, hotărârile judecătorești străine prin care se dispune plata unei penalități sunt executorii în statul membru solicitat numai dacă suma ce urmează să fie plătită a fost stabilită definitiv de instanțele din statul membru de origine. Argumentele Curții au fost acelea că penalitatea a cărei executare este solicitată în cauza principală a fost stabilită de instanța din statul de origine la 1000 de euro/nerespectare a dreptului de vizită, cu un quantum maxim de 25 000 de euro. Conform art. 1385 quater din Codul judiciar belgian⁶⁰, beneficiarul penalității

⁶⁰ În dreptul belgian, penalitatea cu titlu cominatoriu este guvernată de art. 1385 bis-1385 nonies din Codul judiciar. Potrivit arti. 1385 bis din acest cod: „La cererea unei părți, instanța poate obliga cealaltă parte la plata unei sume de bani, denumită penalitate cu titlu cominatoriu, în cazul în care aceasta nu își îndeplinește obligația principală, fără a aduce atingere despăgubirilor, în cazul în care acestea se impun. [...]”

Potrivit art. 1385 ter din codul menționat: „Instanța poate fixa penalitatea cu titlu cominatoriu fie sub forma unei sume unice, fie sub forma unei sume determinate în funcție de unități de timp sau de încălcare. În aceste din urmă două situații, instanța poate stabili de asemenea un quantum dincolo de care obligarea la plata penalităților cu titlu cominatoriu nu va mai produce efecte.”

Conform art. 1385 quater din același cod, întrucât titlul executoriu care permite recuperarea penalității cu titlu cominatoriu este reprezentat de hotărârea judecătorească prin care aceasta este pronunțată, beneficiarul nu trebuie să obțină, prealabil executării, lichidarea penalității cu titlu cominatoriu.

Beneficiarului penalității cu titlu cominatoriu îi revine sarcina probei cu privire la îndeplinirea condițiilor de exigibilitate a acesteia. În cazul în care debitorul contestă, respectivul beneficiar trebuie să prezinte dovada pretinselor încălcări. În acest caz, revine instanței de executare sarcina de a aprecia dacă sunt îndeplinite condițiile penalității cu titlu cominatoriu.

nu trebuie să solicite instanței să stabilească valoarea definitivă a penalității cu titlu cominatoriu înaintea executării acesteia.

Dreptul belgian se diferențiază cu privire la acest aspect de normele în vigoare în alte state membre, în special de dreptul finlandez⁶¹, potrivit căruia, conform art. 19 alin. 1 și 2 din legea finlandeză, beneficiarul trebuie să solicite instanței să stabilească valoarea definitivă a penalității cu titlu cominatoriu înainte să solicite executarea acesteia. În dreptul român executorul judecătoresc calculează suma datorată. Pentru a remedia dificultățile care ar putea rezulta din divergențele dintre legislațiile statelor membre cu privire la acest aspect, la art. 43 din Convenția din 1968 de la Brxl (preluată la art. 49 din Regulamentul nr. 44/2001) a fost inserată norma potrivit căreia hotărârea străină prin care se dispune plata unor penalități cu titlu cominatoriu este executorie în statul membru solicitat numai dacă suma ce urmează să fie plătită a fost stabilită definitiv de instanțe din statul membru de origine⁶². Regulamentul nr. 2201/2003 și, înaintea acestuia, Regulamentul nr. 1347/2000 nu cuprind nicio normă echivalentă. Cu toate acestea, cerința, în cadrul Regulamentului nr. 2201/2003, a unei lichidări a penalității cu titlu cominatoriu înaintea executării sale se conciliază cu caracterul sensibil al dreptului de vizită, importanța acestui drept, esențial pentru a proteja dreptul copilului, fiind înscris la art. 24 alin. 3 din Cartă, de a întreține relații personale și

⁶¹ În dreptul finlandez, penalitatea cu titlu cominatoriu aplicată pentru a asigura respectarea dreptului de vizită este reglementată de Legea privind executarea hotărârilor judecătorești în materia încredințării și a dreptului de vizită (lapsen huolto ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanosta annettu laki, denumită în continuare „TpL”), precum și de Legea privind penalitățile cu titlu cominatoriu (uhkasakkolaki).

Conform art. 16 alin. 2 din TpL, instanța care, după pronunțarea unei hotărâri judecătorești privind dreptul de vizită, este sesizată cu o cauză privind executarea acestui drept poate obliga debitorul să se conformeze hotărârii, sub sancțiunea unei penalități cu titlu cominatoriu.

Potrivit art. 18 alin. 1 și 2 din TpL, penalitatea cu titlu cominatoriu se stabilește în principiu ca sumă unică. Dacă împrejurările o justifică, cuantumul acesteia poate fi însă stabilit și sub forma unor sume cumulative.

Penalitatea cu titlu cominatoriu se plătește întotdeauna statului, iar nu beneficiarului.

În temeiul art. 19 alin. 1 și 2 din TpL, în cazul unei noi cereri, instanța poate să dispună plata penalității cu titlu cominatoriu impuse dacă consideră că această cerere este justificată. Nu se poate dispune plata penalității cu titlu cominatoriu dacă partea obligată demonstrează că a avut un motiv întemeiat pentru a nu executa obligația sau dacă obligația a fost executată între timp.

Art. 11 din Legea privind penalitatea cu titlu cominatoriu permite instanței să reducă valoarea penalității cu titlu cominatoriu care urmează a fi plătită în raport cu ceea ce s-a stabilit inițial dacă obligația principală a fost îndeplinită în cea mai mare parte, atunci când capacitatea de plată a persoanei obligate s-a degradat semnificativ sau dacă există un alt motiv valabil.

⁶² Raportul elaborat de domnul Schlosser cu privire la Convenția din 9 octombrie 1978 privind aderarea Regatului Danemarcei, a Irlandei și a Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord la Convenția privind competența judiciară și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială, precum și la protocolul privind interpretarea acesteia de către Curtea de Justiție (JO 1979, C 59, p. 71, pct. 213)

contacte directe cu ambii părinți⁶³. Dacă titularul unui drept de vizită conferit într-un stat membru, invocând nerespectarea acestui drept, solicită executarea în alt stat membru a unei penalități al cărei quantum definitiv nu a fost stabilit de instanța de origine, ar fi contrar sistemului instituit de Regulamentul nr. 2201/2003 să se permită instanței din statul de executare să intervină în stabilirea sumei finale care trebuie achitată de persoana care, întrucât îi este încredințat copilul, avea obligația de a coopera la punerea în aplicare a dreptului de vizită. Astfel, această stabilire implică un control al nerespectărilor invocate de titularul dreptului de vizită. Un asemenea control, de o importanță capitală pentru interesul superior al copilului, nu implică numai constatarea numărului de neprezentări ale copilului, ci și aprecierea motivelor care se află la originea acestor nerespectări. Or, numai instanța din statul de origine, ca instanță competentă să se pronunțe pe fond, este abilitată să facă aprecieri de această natură.

2.2.7. Efectele hotărârii preliminare asupra litigiului național

În cazul acțiunii în solicitarea interpretării unei norme, după primirea hotărârii preliminare, judecătorul național este obligat să se conformeze dispozițiilor ce reies din cuprinsul ei, să soluționeze litigiul prin aplicarea dreptului european în conformitate cu interpretarea dată de Curte.

În ceea ce privește acțiunea pentru stabilirea validității unui act juridic, hotărârea preliminară este adoptată în urma unui control obiectiv de legalitate, ceea ce-i conferă autoritate absolută⁶⁴.

Dacă acțiunea este respinsă, instanța națională va fi obligată să aplice respectiva normă pentru soluționarea litigiului, iar admiterea acțiunii și constatarea invalidității actului va avea efecte nu numai asupra normei europene, care nu va mai fi aplicată în cauză, dar și asupra normei naționale adoptate în baza actului provenind de la instituțiile Uniunii Europene⁶⁵.

Se afirmă despre hotărârea preliminară în interpretare că are efect *erga omnes* limitat, iar despre hotărârea preliminară în stabilirea validității unui act provenind de la o organism al Uniunii că are efect *erga omnes* larg⁶⁶. Deși hotărârea preliminară în interpretare va avea efecte cu privire la situația pentru care

⁶³ Ordinile juridice naționale ale Statelor Membre sunt în măsură să furnizeze o protecție echivalentă și efectivă a drepturilor fundamentale recunoscute la nivelul Uniunii, în special de cartă (Hotărârea Aguirre Zarraga, C-491/10 PPU, EU:C:2010:828, pct. 70), și exclude orice formă de revizuire a hotărârii judecătorești pronunțate de instanța din statul de origine.

⁶⁴ A se vedea C. Lazăr, *op. cit.*, p. 277.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ I. E. Rusu, G. Gornig, *op. cit.*, p. 156.

este pronunțată, fiind obligatorie, și celelalte instanțe care se vor confrunta cu o problemă similară vor fi obligate să țină cont de ea.

Hotărârea preliminară în stabilirea validității unui act juridic al Uniunii Europene nu va avea autoritate de lucru interpretat, ea va constata nelegalitatea acelui act, iar efectul este obligația judecătorului național de a înlătura acel act în soluționare litigiului.

Hotărârea nu se va adresa numai judecătorului pentru care a fost pronunțată, ea va fi aplicată, în mod obligatoriu de către toate instanțele naționale din toate statele membre, iar lipsa de validitate a unui act care a stat la baza adoptării unei norme naționale va avea ca efect și invalidarea normei respective⁶⁷.

⁶⁷ N. Diaconu, *op. cit.*, p. 277-278.

LIMITE ȘI PROVOCĂRI ÎN CLASIFICAREA ÎNȚREPRINDERILOR. CRITERII EUROPENE ȘI CRITERII NAȚIONALE

LIMITS AND CHALLENGES IN THE CLASSIFICATION OF ENTERPRISES. EUROPEAN CRITERIA AND ROMANIAN CRITERIA

DESPINA-MARTHA ILUCĂ¹

Rezumat: Prezentul studiu își propune identificarea și analizarea unor limite în clasificarea întreprinderilor, privite atât singular, cât și în grupuri de societăți, întrucât de corecta calificare juridico-economică a acestora depinde și accesul la unele scheme de finanțare. Am ales ca punct de referință legislația europeană reprezentată de Recomandarea Comisiei din 6 mai 2003 privind definirea microîntreprinderilor și a întreprinderilor mici și mijlocii și legislația română corespodentă, Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării întreprinderilor mici și mijlocii, care preia cu modificări – criticabile, în opinia noastră – definițiile legiuitorului european. Partea finală a demersului suprapune perspectiva fiscală a temei, dată fiind „problema afilierii” societăților și consecințele sale.

Cuvinte-cheie: IMM; întreprindere autonomă; întreprinderi partenere; întreprinderi legate; persoane afiliate.

Abstract: The present study aims to identify and analyze challenges in classifying enterprises, both as individual entities and as groups of companies, since having access to some funding schemes is directly dependent on the correct assessment of a company's type and size. We have chosen as a point of reference the Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises and the corresponding Romanian legislation, consisting of Law no. 346/2004 regarding the stimulation to establish small and medium enterprises, and it is our opinion that it transposes the European legislation with criticizable alterations. The final part of our inquiry overlaps the tax perspective of the subject, given the enterprises' "affiliation problem" and its consequences.

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

Keywords: SME; autonomous enterprise; partner enterprises; linked enterprises; affiliated entities.

Actorii comerțului internațional pun în mișcare operațiunile de comerț internațional, principalul motor de dezvoltare a economiei mondiale, pe care se grevează un întreg ansamblu de instituții juridice, angrenate între ele. În mod clasic, în doctrină se discută despre două categorii de operatori de comerț internațional: statul și operatorii privați. Deși contractele încheiate de state² în calitate de operatori de comerț internațional au, de regulă, valori foarte mari (privite *ut singuli*) și sunt intens mediatizate datorită interesului public implicat, marea majoritate a contractelor au ca părți operatori privați, mai exact, societăți³.

Societățile pot fi privite ca o expresie a libertății de asociere în comerțul internațional, în scopul de a câștiga noi piețe, idee care alimentează conceptul societăților „de intrare”, în jurul cărora s-au construit diverse teorii⁴. Interesul de a accede la o nouă piață sau chiar de a exploata piața deja existentă se citește și în cheia accesării unor scheme de finanțare.

O preocupare deosebită în acest sens se poate observa la nivelul Uniunii Europene, în special cu privire la întreprinderile mici și mijlocii (în continuare, IMM-uri), considerate a fi „motorul economiei europene”⁵, întrucât reprezintă 99% din numărul întreprinderilor din spațiul comunitar și generează 85% din locurile de muncă noi⁶.

² În privința acestor contracte, a se vedea C.T. Ungureanu, *Contractul internațional de investiții: contractul de stat*, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru Ioan Cuza”*, Tomul LXIII, Științe Juridice, nr. 2/2016, pp. 5-21, [Online] la http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2016/volii/2016_ii_1.1_ungureanu.pdf, accesat 29.12.2017.

³ „comerciale”; *n.a.* vom evita utilizarea termenului de „societate comercială” având în vedere modificările aduse Legii nr. 31/1990 (privind societățile) prin noul Cod civil, însă cu precizarea că în vorbirea curentă din mediul de afaceri noțiunea este încă adesea folosită.

⁴ Pentru o sistematizare a acestor teorii, a se vedea M. Sakr, A. Jordaan, *Emerging multinational corporations: Theoretical and conceptual framework*, Economic Research Southern Africa, working paper 574, 2016, pp. 5-14, [Online] la https://www.econrsa.org/system/files/publications/working_papers/working_paper_574.pdf, accesat 29.12.2017.

⁵ traducerea noastră; în exprimarea originală, “the backbone of Europe’s economy”, pe pagina Comisiei Europene dedicată Creșterii economice – Piață Internă, Industrie, Antreprenoriat și IMM-uri – secțiunea Antreprenoriat și IMM-uri, [Online] la https://ec.europa.eu/growth/smes_ro, accesat 29.12.2017.

⁶ În acest sens este declarația președintelui Comisiei Europene, Jean-Claude Juncker, „Vom avea din nou locuri de muncă, creștere și investiții în Europa numai dacă elaborăm cadrul de reglementare adecvat și dacă promovăm un climat de spirit antreprenorial și de

Pe de cealaltă parte, preocuparea legiuitorului fiscal este de a identifica în cadrul libertății de asociere societățile pe care le califică drept afiliate datorită raporturilor existente între ele și cărora le impune obligația specifică de a tranzacționa la prețuri de transfer.

I. Calificarea juridico-economică a societății (unice)

Pornind de la ideea interesului de a obține o formă de finanțare din surse publice, rezultă în mod evident și interesul calificării juridice, în contextul în care plasarea unei societăți într-o anumită categorie o poate face eligibilă sau neeligibilă pentru o anumită finanțare ori determină plafonul sumelor posibil a fi obținute.

În prezent, nu există un instrument internațional care să ofere o clasificare imperativă a tipurilor de societăți, acest aspect rămânând în deplina putere legislativă a statelor. În mod similar, nici la nivelul Uniunii Europene reglementarea nu este imperativă, existând doar Recomandarea Comisiei din 6 mai 2003 privind definirea microîntreprinderilor și a întreprinderilor mici și mijlocii⁷ (în continuare, Recomandarea).

Articolul 2 al Recomandării prevede numărul de angajați și plafoanele financiare care determină categoriile de întreprinderi, după cum urmează:

1. Categoria microîntreprinderilor și a întreprinderilor mici și mijlocii (IMM-uri) este alcătuită din întreprinderi care angajează mai puțin de 250 de persoane și care au o cifră de afaceri anuală care nu depășește 50 de milioane de euro și/sau un bilanț contabil anual care nu depășește 43 de milioane de euro.

2. În cadrul categoriei IMM-urilor, o întreprindere mică este definită ca o întreprindere care angajează mai puțin de 50 de persoane și a cărei cifră

creare de locuri de muncă. Nu trebuie să sufocăm inovarea și competitivitatea cu reglementări prea prescriptive și prea detaliate, în special în ceea ce privește întreprinderile mici și mijlocii (IMM-uri). IMM-urile constituie coloana vertebrală a economiei noastre, creând peste 85% din noile locuri de muncă din Europa, și trebuie să le scutim de reglementări împovărătoare.”, în Manualul utilizatorului pentru definiția IMM-urilor, Comisia Europeană, Oficiul pentru Publicații al Uniunii Europene, Luxemburg, 2015, p. 3.

⁷ Recomandarea Comisiei din 6 mai 2003 privind definiția microîntreprinderilor și a întreprinderilor mici și mijlocii (notificată cu document numărul C(2003) 1422), text cu relevanță pentru SEE, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L124, 20.05.2003, 0036-0041.

de afaceri anuală și/sau al cărei bilanț contabil anual nu depășește 10 milioane de euro.

3. În cadrul categoriei IMM-urilor, o microîntreprindere este definită drept o întreprindere care angajează mai puțin de 10 persoane și a cărei cifră de afaceri și/sau al cărei bilanț contabil anual nu depășește 2 milioane de euro.

Definițiile date de Comisie în Recomandare se bazează pe instituirea unor praguri maxime – doar maxime (!) – raportate la numărul de salariați și la cifra de afaceri (sau la totalul bilanțului anual), criteriile fiind cumulative. În fiecare dintre cele trei categorii de întreprinderi, raționamentul „matematic” care pare să stea în spatele clasificării se sistematizează în ideea conform căreia „un salariat generează 200.000 euro anual în cifra de afaceri a societății”. În aceste condiții, apreciem că legiuitorul european instituie o prezumție absolută în sensul celor indicate mai sus, întrucât proba contrară nu ar putea în niciun caz conduce la încadrarea întreprinderii într-o categorie inferioară. Cel mult, este posibilă clasificarea în categorii superioare atunci când unul dintre plafoane este depășit.

În ceea ce privește transpunerea Recomandării Comisiei în legislația din România, arătăm că aceasta s-a făcut prin Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării întreprinderilor mici și mijlocii⁸. Pentru evidențierea modului în care au fost definite⁹ aceste societăți, expunem textul art. 4 alin. (1) din Legea nr. 346/2004:

„Întreprinderile mici și mijlocii se clasifică, în funcție de numărul mediu anual de salariați și de cifra de afaceri anuală netă sau de activele totale pe care le dețin, în următoarele categorii:

a) microîntreprinderi – au până la 9 salariați și realizează o cifră de afaceri anuală netă sau dețin active totale de până la 2 milioane euro, echivalent în lei;

⁸ Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării întreprinderilor mici și mijlocii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 681/29.07.2004, cu modificările și completările ulterioare.

⁹ În acest sens, a se vedea și C. Stoica, S. Cristea, *Reglementarea în legislația română a noțiunii de întreprindere, fond de comerț și patrimoniu de afectare*, în revista „Curierul Judiciar” nr. 9/2009, p. 498.

b) întreprinderi mici – au între 10 și 49 de salariați și realizează o cifră de afaceri anuală netă sau dețin active totale de până la 10 milioane euro, echivalent în lei;

c) întreprinderi mijlocii – au între 50 și 249 de salariați și realizează o cifră de afaceri anuală netă de până la 50 milioane euro, echivalent în lei, sau dețin active totale care nu depășesc echivalentul în lei a 43 milioane euro”.

Analizând textul normativ național prin raportare la dispozițiile dreptului Uniunii Europene, apreciem că legiuitorul român a dat dovadă de „creativitate legislativă”, instituind și un prag minim pentru fiecare criteriu de clasificare. În aceste condiții, o serie de societăți „scapă” clasificării, fiind imposibil a se determina din ce categorie fac parte, având trăsături din două categorii.

Cu titlu de exemplu teoretic – deși mai puțin plauzibil – (i) o societate cu 30 de salariați și cifră de afaceri anuală netă de 12 milioane euro va fi considerată întreprindere mică sau mijlocie? În egală măsură, ne întrebăm care este calificarea corectă în optica legiuitorului român, dar și echitabilă din punct de vedere economic, pentru (ii) societatea cu 100 de salariați și cifră de afaceri anuală netă de 8 milioane euro. Sau, mai controversat și poate mai aproape de realitatea economică din spațiul românesc, (iii) o societate cu 60 de salariați și cifră de afaceri de 1,8 milioane euro, în ce categorie de întreprindere se va încadra conform Legii nr. 346/2004?

În mod cert, societatea din primul exemplu este imposibil de calificat în baza criteriilor statuate de Legea nr. 346/2004. Numărul de salariați o încadrează obligatoriu în categoria întreprinderii mici, însă cifra de afaceri este aferentă unei întreprinderi mijlocii. Dacă nu s-ar fi prevăzut și acel (inutil și inoportun, în opinia noastră) prag inferior de 50 de salariați pentru întreprinderea mijlocie, atunci această societate ar fi fost considerată întreprindere mijlocie, astfel cum ar rezulta și din criteriile Recomandării.

În privința celorlalte două exemple, la o primă vedere, ambele societăți s-ar încadra în categoria întreprinderilor mijlocii chiar și numai în considerarea numărului de salariați, deși cifra de afaceri nu depășește plafonul întreprinderii mici și nici măcar al microîntreprinderii pentru cel din urmă caz. Astfel, un examen de detaliu ridică întrebarea dacă cifra de afaceri

într-adevăr ar trebui considerată criteriul subsidiar față de criteriul numărului salariaților.

Juristul aflat în fața acestor întrebări – la care este dificil de dat un răspuns la adăpost de orice critici – va trebui să apeleze la orice alte resurse utile pe care le poate identifica. În aceste condiții, am interpellat¹⁰ entitatea competentă cu aplicarea noii definiții a IMM-urilor de la nivelul Comisiei Europene¹¹ în încercarea de a primi clarificări pentru problemele expuse anterior.

Răspunsul primit a fost că în aplicarea textului Recomandării este prioritar a se analiza numărul salariaților, astfel cum se precizează și la punctul (4) din considerentele Recomandării: *„Criteriul numărului personalului (criteriul numărului de angajați) rămâne fără îndoială unul dintre cele mai importante și trebuie respectat ca și criteriu principal; introducerea unui criteriu financiar constituie însă o completare necesară pentru a percepe scala reală și performanța unei întreprinderi, precum și poziția acesteia în comparație cu concurenții săi. Cu toate acestea, nu este de dorit utilizarea cifrei de afaceri ca unic criteriu financiar, în special deoarece întreprinderile din domeniul comerțului și distribuției au prin natura lor valori ale cifrei de afaceri mai ridicate decât întreprinderile din sectorul manufacturier. Astfel, criteriul cifrei de afaceri trebuie combinat cu cel al bilanțului contabil total, un criteriu care reflectă prosperitatea pe ansamblu a unei afaceri, cu posibilitatea depășirii unuia dintre aceste două criterii”*.¹²

În același răspuns s-a precizat că temeiul acestei decizii este unul statistic și anume că datele colectate de Comisie au arătat că peste 99% din întreprinderile din UE se încadrează în criteriile trasate¹³.

Este adevărat că în 2003, atunci când a fost redactată Recomandarea, România nu era membră a Uniunii Europene, astfel că datele colectate nu au

¹⁰ Printr-o serie de email-uri transmise în perioada iunie – iulie 2015 pe adresa grow-sme-definition@ec.europa.eu.

¹¹ Directorate-Generale for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Unit H1 – COSME Programme, SME Envoys and Relations with EASME (Direcția Generală Piață internă, industrie, antreprenoriat și IMM-uri).

¹² Sublinierile în text ne aparțin.

¹³ În varianta originală, “The colleagues who wrote the SME definition years ago were aware that any ceiling that was set would always be arbitrary and up for discussion. However there was need to set the ceilings somewhere and data collection showed that over 99% of all enterprises in the EU fall under the SME definition”.

inclus și societăți din țara noastră, însă apreciem că plafoanele respective nu reflectă realitățile economice din România.

Într-o notă personală, ne asumăm nuanțat poziția Comisiei și suntem cel puțin rezervați cu privire la prezumția instituită, conform căreia fiecare salariat poate genera 200.000 euro în cifra de afaceri a unei societăți în România. În 2016, populația activă ocupată în România era de 8.449.000 persoane¹⁴. Chiar dacă nu este o analogie corectă din punct de vedere economic cu ipoteza din prezumția indicată mai sus, dacă ar fi să împărțim produsul intern brut (PIB) al României din 2016 – 186,76 miliarde dolari¹⁵ – la populația activă ocupată, rezultatul ar fi aproximativ 22.000 dolari/persoană. Abia compania clasată din punct de vedere al veniturilor pe primul loc în topul Fortune Global 500 în 2016¹⁶ – Walmart – care a avut o cifră de afaceri de 485,873 miliarde dolari la un număr de 2.300.000 salariați, are raportul dintre cele două valori de aproximativ 211.000 (dolari/salariat).

Față de aceste exemple, ne menținem întrebarea dacă la nivelul României indicatorul prioritar al dimensiunii unei companii și al capacității sale economice nu este mai degrabă cifra de afaceri și nu numărul de salariați.

Revenind la aspectul interesului calificării juridice a societății unice, pentru a sublinia importanța acestuia, ne putem imagina următoarea situație: societatea S are 50 de salariați și o cifră de afaceri anuală netă de 2,1 milioane euro. Apreciind că cifră de afaceri este mai relevantă pentru determinarea dimensiunii companiei, societatea declară că se încadrează în categoria întreprinderilor mici și aplică pentru obținerea unei finanțări europene, cu un raport al contribuției de 70-30 (70% finanțatorul, 30% beneficiarul). Contractul de finanțare se semnează în aceste condiții, deși finanțatorul putea să verifice la un control de suprafață corectitudinea declarației. În cursul verificării cererii de rambursare, finanțatorul recalifică beneficiarul ca fiind o întreprindere mijlocie, care ar fi fost de asemenea

¹⁴ Comunicatul de presă al Institutului Național de Statistică nr. 98/18.04.2017, [Online] la http://www.insse.ro/cms/sites/default/files/com_presa/com_pdf/somaj_2016r.pdf, accesat 29.12.2017.

¹⁵ Banca Mondială, Raport de țară, [Online] la http://databank.worldbank.org/data/Views/Reports/ReportWidgetCustom.aspx?Report_Name=CountryProfile&Id=b450fd57&tbar=y&dd=y&inf=n&zm=n&country=ROU, accesat 29.12.2017.

¹⁶ [Online] <http://fortune.com/global500/walmart/>, accesat 29.12.2017.

eligibilă pentru respectiva schemă de finanțare, însă cu un raport al contribuției de 60-40. În consecință, se constată o neregulă și se aplică societății beneficiare o corecție pentru a restabili raportul contribuțiilor¹⁷. Într-o atare situație, beneficiarul ar putea aprecia că a avut loc o alterare a cauzei actului juridic, întrucât dacă ar fi cunoscut *ab initio* posibilitatea recalificării, nu ar mai fi încheiat actul juridic.

Aspectele semnalate de noi în cele de mai sus au făcut obiectul unor cercetări practice încă de la apariția Recomandării Comisiei. În anul 2005, în cadrul unei întâlniri de lucru a Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OCDE) având ca temă „*Towards better Structural Business and SME Statistics*”, s-a pus în discuție definirea după criterii calitative a IMM-urilor¹⁸.

Studiul realizat argumentează că acele criterii cantitative prevăzute de Recomandare ar trebui să se completeze și cu particularitățile care rezultă din activitatea economică desfășurată de întreprindere: o societate care furnizează bunuri are nevoie de o cantitate mult mai mare de produse decât o societate prestatoare de servicii, astfel că va avea o cifră de afaceri crescută; în mod corelativ, prestatorii de servicii angajează un număr mai mare de salariați pentru a ajunge la cifra de afaceri a unui furnizor de bunuri. Nici criteriul bilanțului contabil anual (activelor totale) nu este de preferat, dat fiind faptul că valoarea acestora poate fluctua din motive care nu țin neapărat de dimensiunea companiei.

Mai mult decât atât, se arată în studiu că o întreprindere cu 245 de salariați nu își va schimba realmente caracterul dacă va mai angaja alte 10 sau 20 de persoane. De asemenea, o societate cu peste 500 de salariați poate avea trăsăturile faptice ale unei întreprinderi mici sau mijlocii, după cum este de asemenea posibil ca o companie cu 200 de angajați să fie condusă ca o întreprindere mare și să manifeste trăsăturile specifice acesteia. În aceste condiții, studiul conchide că plafoanele stabilite prin definiția cantitativă a întreprinderilor din Recomandarea Comisiei nu ar trebui privite atât de strict.

¹⁷ Pentru detalieri, a se vedea I.M. Costea, *Despre măsuri și sancțiuni administrative în materia fondurilor europene*, în *Analele Științifice ale Universității “Alexandru Ioan Cuza” Iași*, Tomul LXIII, Științe Juridice, nr. 2/2016, pp. 271-288, [Online] la http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2016/volii/2016_ii_3.2.costea.pdf, accesat 29.12.2017.

¹⁸ H.E. Hauser, *A qualitative definition of SME*, [Online] la <https://www.oecd.org/std/business-stats/35501496.pdf>, accesat 29.12.2017.

De altfel, autorul studiului respectiv era un cercetător al Institut für Mittelstandsforschung (institut pentru cercetarea IMM-urilor) din Bonn, Germania, entitate care are propria sa definiție pentru aceste tipuri de întreprinderi¹⁹. Dacă în privința microîntreprinderilor și a întreprinderilor mici, Institutul din Bonn a îmbrățișat definiția din Recomandare, în scop de armonizare, întreprinderile mijlocii sunt considerate cele care au până la 499 de salariați inclusiv și o cifră de afaceri anuală netă de până la 50 milioane euro, pentru a se reflecta distribuția specifică a dimensiunii societăților germane.

II. Calificarea juridico-economică a grupurilor de societăți

Grupurile de societăți suscită un interes deosebit în contextul temei de studiu alese, motiv pentru care urmează a fi tratate din două perspective: cea a accesului la finanțare – fundamentul legislativ al acestui demers regăsindu-se din nou în Legea nr. 346/2004 – și perspectiva de drept fiscal ce are ca punct de referință normativă Codul fiscal. Astfel, vom trece de la analiza întreprinderii autonome la cea a întreprinderilor partenere/legate, pentru a suprapune în final și planul fiscalității, concretizat prin noțiunea de persoane afiliate.

II.1. Perspectiva accesului la finanțare. Întreprindere autonomă vs. întreprinderi partenere/legate

Interesul de a obține o formă de finanțare din surse publice, despre care am făcut vorbire și în prima parte a studiului, se regăsește în egală măsură și în dinamica activităților unui grup de societăți, atât în ceea ce privește grupurile formale, cât și cele informale²⁰, în cadrul cărora entitățile componente sunt legate fie prin legături juridice, fie prin legături de sorginte faptică²¹. În multiple scheme de finanțare, un prim criteriu analizat este cel al autonomiei beneficiarului ori al apartenenței sale la un grup.

În acest sens, Recomandarea Comisiei, preluată în această privință de Legea nr. 346/2004, definește trei noțiuni distincte, în funcție de

¹⁹ *SME-definition of IfM Bonn*, [Online] la <https://en.ifm-bonn.org/definitions/sme-definition-of-ifm-bonn/>, accesat 29.12.2017.

²⁰ Pentru clasificarea grupurilor de societăți în grupuri formale și grupuri informale, a se vedea I.M. Costea, *Optimizarea fiscală. Soluții. Limite. Jurisprudență*, Editura C.H.Beck, București, 2011, pp. 260-263.

²¹ În acest sens, a se vedea I.M. Costea, *Optimizarea fiscală...*, p. 265.

dependența sau independența unei societăți, raportată la capitalul sau la drepturile de vot deținute ori la dreptul de a exercita o influență dominantă, noțiunile fiind de: întreprindere autonomă, întreprinderi partenere și întreprinderi legate.

A) Întreprinderea autonomă

Întreprinderea autonomă este definită de art. 4² din Legea nr. 346/2004 prin metoda „diferenței”, în sensul că este autonomă o întreprindere care nu este clasificată ca întreprindere legată sau ca întreprindere parteneră. În clarificare și chiar anticipare a definiției întreprinderilor partenere, alin. (2) al aceluiași articol precizează că „o întreprindere este autonomă dacă deține mai puțin de 25% din capitalul social sau din drepturile de vot (oricare dintre acestea este mai mare) în una ori în mai multe întreprinderi sau dacă una ori mai multe întreprinderi nu dețin mai mult de 25% din capitalul social sau din drepturile de vot ale întreprinderii în cauză”.

Excepțiile de la această definiție sunt prevăzute în art. 4² alin. (3), în sensul că o întreprindere este considerată tot autonomă și nu are nicio întreprindere parteneră, chiar dacă pragul de 25% din ipoteză este atins sau depășit de o serie de categorii de investitori:

a) societăți publice de investiții, societăți de capital de risc, persoane fizice sau grupuri de persoane fizice care realizează, conform declarației anuale de venit, venituri majoritare din activitatea de investiții în capital de risc (*business angels*) și care investesc fonduri proprii în societăți necotate la bursă, cu condiția ca investiția totală a acestor investitori în aceeași întreprindere să nu depășească echivalentul în lei a 1.250.000 euro;

b) universități sau centre de cercetare fără scop lucrativ;

c) investitori instituționali, inclusiv fonduri de dezvoltare regională;

d) autorități ale administrației publice locale, respectiv consilii locale ale unităților administrativ-teritoriale cu un buget anual mai mic de echivalentul în lei a 10 milioane euro și cu o populație mai mică de 5.000 de locuitori.

Se impune totuși un criteriu suplimentar (și suntem de părere că în mod justificat), ca acești investitori să nu fie legați – în sensul art. 4⁴, pe care urmează să îl tratăm – individual sau în comun, de întreprinderea în cauză.

B) Întreprinderile partenere

După cum am văzut deja *per a contrario* din definiția întreprinderii autonome și, din nou, prin metoda diferenței și a definiției anticipate, întreprinderile partenere sunt toate întreprinderile care nu sunt clasificate ca întreprinderi legate și între care există următoarea relație: întreprinderea din amonte deține, individual sau în comun cu una ori mai multe întreprinderi legate, 25% sau mai mult din capitalul social ori din drepturile de vot ale unei alte întreprinderi din aval.

C) Întreprinderile legate

În final, art. 4⁴ alin. (1) din Legea nr. 346/2004 definește întreprinderile legate ca fiind acelea „între care există oricare dintre următoarele raporturi:

a) o întreprindere deține majoritatea drepturilor de vot ale acționarilor sau ale asociaților celeilalte întreprinderi;

b) o întreprindere are dreptul de a numi sau de a revoca majoritatea membrilor consiliului de administrație, de conducere ori de supraveghere a celeilalte întreprinderi;

c) o întreprindere are dreptul de a exercita o influență dominantă asupra celeilalte întreprinderi, în temeiul unui contract încheiat cu această întreprindere sau al unei clauze din statutul acesteia;

d) o întreprindere este acționară sau asociată a celeilalte întreprinderi și deține singură, în baza unui acord cu alți acționari ori asociați ai acelei întreprinderi, majoritatea drepturilor de vot ale acționarilor sau asociaților întreprinderii respective”.

Întrucât sintagma „influență dominantă” este susceptibilă de apreciere subiectivă, legea instituie o nouă prezumție în privința investitorilor care constituiau excepțiile de la întreprinderile partenere, respectiv cei prevăzuți la art. 4² alin. (3), expus în cele de mai sus, în sensul că nu există o influență dominantă dacă acei investitori nu sunt implicați direct sau indirect în conducerea întreprinderii respective, fără ca drepturile pe care le dețin în calitate lor de acționar sau asociat să fie prejudiciate.

Suntem de părere că această calificare își găsește rațiunea în legătura juridică dintre societățile care compun grupul, întrucât textul de lege cere a se analiza raporturile dintre întreprinderi pe baza unor criterii predominant obiective, de drept societar, care își au originea în înscrisuri formalizate, de tipul statutului sau actului constitutiv. Vom vedea în secțiunea următoare

(II.2) că în privința calificării de drept fiscal, criteriul „controlului exercitat în mod efectiv” este însă mai flexibil.

În altă ordine de idei, pentru a preîntâmpina eludarea textului normativ prin construcții societare cu interpuși și prin combinarea ipotezelor de lucru, legea consideră că sunt întreprinderi legate și întreprinderile între care există oricare dintre raporturile descrise la art. 4⁴ alin. (1) prin intermediul uneia ori mai multor întreprinderi sau prin oricare dintre investitorii prevăzuți la art. 4² alin. (3).

Mai mult decât atât, întrucât s-ar putea imagina un astfel de mecanism cu interpuși persoane fizice pentru a evita calificarea societăților ca legate, Legea nr. 346/2004 statuează următoarea regulă: întreprinderile între care există oricare dintre raporturile descrise la art. 4⁴ alin. (1) prin intermediul unei persoane fizice sau al unui grup de persoane fizice care acționează de comun acord, sunt, de asemenea, considerate întreprinderi legate, dacă își desfășoară activitatea sau o parte din activitate pe aceeași piață relevantă ori pe piețe adiacente, piața adiacentă fiind cea piață a unui produs sau a unui serviciu situată direct în amonte ori în aval pe piața în cauză.

Înșuși textul de lege pune în perspectivă problema societăților care, în considerarea unor criterii care țin de participarea la capitalul social sau de controlul exercitat, se angajează în diferite tranzacții. Întrucât astfel de operațiuni pot genera consecințe de ordin fiscal, acestea nu au rămas străine legiuitorului, astfel cum vom vedea în partea următoare a prezentului studiu.

II.2. Perspectiva Codului fiscal. Întreprinderi partenere/legate vs. „întreprinderi” afiliate

Codul fiscal²² definește persoanele afiliate după criterii și în mod similar definițiilor prevăzute de Legea nr. 346/2004 pentru întreprinderile partenere și cele legate, astfel²³ (art. 7, pct. 26, lit. c) și d) C.fisc.):

„ (...) c) persoană juridică este afiliată cu altă persoană juridică dacă cel puțin aceasta deține, în mod direct sau indirect, inclusiv deținerile persoanelor afiliate, minimum 25% din valoarea/numărul titlurilor de participare sau al drepturilor de vot la cealaltă persoană juridică ori dacă controlează în mod efectiv acea persoană juridică;

²² Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare, ultima modificare adusă prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 79/2017 din 08.11.2017.

²³ În scopul prezentului studiu ne vom referi doar la definiția privind persoanele juridice.

d) persoană juridică este afiliată cu altă persoană juridică dacă o persoană deține, în mod direct sau indirect, inclusiv deținerile persoanelor afiliate, minimum 25% din valoarea/numărul titlurilor de participare sau al drepturilor de vot la cealaltă persoană juridică ori dacă controlează în mod efectiv acea persoană juridică.”

Normele metodologice de aplicare a Codului fiscal²⁴ aduc o serie de binevenite clarificări ale definițiilor citate anterior, în special cu privire la criteriul controlului, care este de apreciere subiectivă, comparativ cu criteriul obiectiv al participației. Astfel, în scopul aplicării prevederilor art. 7 pct. 26 din Codul fiscal, se consideră că „o persoană controlează în mod efectiv o persoană juridică dacă se stabilește faptul că, atât din punct de vedere faptic cât și legal, prin utilizarea informațiilor și/sau a documentelor, administratorul ori personalul de conducere are capacitatea de decizie asupra activității persoanei juridice vizate, prin încheierea de tranzacții cu alte persoane juridice care sunt sub controlul aceluiași administrator ori personal de conducere sau că persoana de conducere din cadrul persoanei juridice este acționar sau administrator în cadrul persoanei juridice vizate”. Pentru atribuirea caracteristicii de „controlul exercitat în mod efectiv”, textul de lege ia în considerare contractele încheiate între persoanele vizate, precum și drepturile atribuite prin: acte constitutive ale persoanelor juridice, procuri, contracte de muncă sau de prestări de servicii.

În ceea ce privește art. 7 pct. 26 lit. d) C.fisc., normele metodologice lămuresc faptul că această prevedere stabilește o relație de afiliere între două persoane juridice pentru cazul în care o persoană terță deține, în mod direct sau indirect, inclusiv deținerile persoanelor sale afiliate, minimum 25% din valoarea ori numărul titlurilor de participare sau al drepturilor de vot atât la prima persoană juridică, cât și la cea de-a doua.

Consecința de ordin fiscal a acestei calificări – de persoane afiliate – este prevăzută în teza finală a art. 7 pct. 26 C.fisc., care notează că între persoane afiliate prețul la care se transferă bunurile corporale sau necorporale ori se prestează servicii reprezintă preț de transfer²⁵.

²⁴ Hotărârea de Guvern nr. 1/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare, ultima modificare adusă prin Hotărârea Guvernului nr. 284/2017.

²⁵ Pentru explicarea modului în care ar trebui abordate prețurile de transfer din punct de vedere conceptual, recomandăm D.Pătroi, F.Cuciureanu, R.Vigi, *Prețurile de transfer. Între*

În loc de concluzii, propunerea unei cercetări viitoare

Incipient antamată în prezentul studiu, cercetarea în continuare a politicilor de management care determină alegerea unei anumite metode de stabilire a prețurilor de transfer ar permite clarificarea problemelor care decurg din transferul profiturilor, erodarea bazei impozabile²⁶, evaziune fiscală, toate acestea în ansamblul fenomenului complex de globalizare. Un astfel de studiu ar plasa prețurile de transfer într-un context social, politic și organizațional mai larg, demonstrând cum o serie de profesioniști (ai dreptului sau economiei) utilizează toate resorturile disponibile pentru distribuirea direcționată a profiturilor²⁷.

Până la acel moment însă, apreciem că se impune o intervenție promptă a legiuitorului român pentru corectarea problemelor de calificare juridico-economică a întreprinderilor expuse în prima parte a cercetării de față. Într-un astfel de demers, ar trebui avută în vedere cu prioritate înlăturarea limitelor inferioare din definițiile IMM-urilor, corelată eventual cu adaptarea acestor plafoane la realitățile mediului de afaceri din România, după modelul Institutului din Bonn.

optimizare fiscală și evaziune transfrontalieră, ediția a 2-a, Editura C.H.Beck, București, 2013.

²⁶ În acest sens, a se vedea și I.M. Costea, *Fiscalitate europeană. Note de curs*, Editura Hamangiu, București, 2016, pp. 25-28.

²⁷ P. Sikka, H. Willmott, *The Dark Side of Transfer Pricing: Its Role in Tax Avoidance and Wealth Retentiveness*, 2010, [Online] la <https://repository.essex.ac.uk/8098/1/WP2010-1%20-%20PSikka%20Transfer%20Pricing%20Paper.pdf>, accesat 29.12.2017.

SEMNIFICAȚIA DOCTRINARĂ ȘI LEGALĂ A NOȚIUNII „EROARE JUDICIARĂ”

THE DOCTRINARY AND LEGAL SIGNIFICANCE OF THE NOTION "JUDICIAL ERROR"

VASILISA MUNTEAN¹

Rezumat: În cadrul cercetării se efectuează o analiză din perspectivă doctrinară și legală a conceptului de eroare juridică. Autorul oferă o definiție proprie a conceptului abordat și evidențiază principalele cauze și condiții de apariție a erorilor judiciare.

Cuvinte-cheie: eroare judiciară; instanța de judecată; judecător; proces penal; hotărâre.

Abstract: The article analyzes the different perspectives on the concept of judicial error. The author offers his own definition of the term and highlights the causes and conditions of committing a judicial error.

Keywords: judicial error; court; judge; criminal trial; judgment.

Activitatea instanțelor de judecată, în calitate de organe statale delegate cu atribuții de îndeplinire a justiției, este guvernată de un singur scop: apărarea drepturilor, libertăților și intereselor legitime ale persoanelor. Realizarea acestui scop se manifestă prin pronunțarea unor acte judecătorești legale.

De regulă, examinarea unei cauze se finalizează cu adoptarea unei hotărâri, prin care instanța se expune referitor la temeinicia rechizitoriului înaintat de parte acuzării ori a pretențiilor formulate de către reclamant. În calitate de act jurisdicțional, hotărârea judecătorească trebuie să întrunească anumite condiții de valabilitate referitor la legalitatea și temeinicia acesteia.

Modul în care este reglementată desfășurarea procesului penal și pregătirea profesională a celor care concură la îndeplinirea justiției, exclud, în principiu, riscul producerii unor erori judiciare. Având însă în vedere că

¹ Judecător la Judecătoria Chișinău, sediul Buiucani (Republica Moldova), Doctorandă la Universitatea de Studii Politice și Economice Europene „Constantin Stere” (Republica Moldova).

actul de justiție este opera unor oameni și că orice activitate umană este supusă greșelii, este posibil ca și în procesul înfăptuirii justiției penale să se producă, uneori, erori judiciare².

Art. 53 alin. (2) din Constituția R. M.³ stabilește că *statul răspunde patrimonial, potrivit legii, pentru prejudiciile cauzate prin erorile săvârșite în procesele penale de către organele de anchetă și instanțele judecătorești*. Reieșind din conținutul acestei norme constituționale, putem trage concluzia că temeiul apariției dreptului la repararea prejudiciului cauzat prin erori judiciare este admiterea erorii în activitatea organelor de urmărire penală și a instanțelor judecătorești.

Ce înțelegem prin eroare? Eroarea este o falsă reprezentare a realității faptelor. Dacă să ne referim la problema care ne interesează, prin eroare judiciară înțelegem pedepsirea sau aplicarea constrângerii procesual penale față de o persoană nevinovată de săvârșirea infracțiunii. Autorul rus *T. Beker* menționa că oricât de bine ar fi fost pregătiți judecătorii, oricât de responsabilă și de atentă ar fi fost atitudinea lor față de executarea obligațiilor, oricum ei nu sunt garantați împotriva abaterilor și erorilor⁴. Existența erorilor judiciare sabotează întreaga activitate jurisdicțională, contribuind astfel la știrbirea imaginii întregului sistem judecătoresc. Mai mult ca atât, hotărârea nu poate fi considerată ca fiind una corectă și echitabilă, iar protecția judiciară – completă și eficientă, în cazul în care a fost admisă o eroare judiciară⁵.

În literatura de specialitate, în privința semnificației noțiunii eroare judiciară nu există unanimitate de păreri. Conform opiniei doctrinarilor din Federația Rusă, eroarea judiciară reprezintă o greșeală admisă de către instanța judecătorească, manifestată prin încălcarea normelor de drept procedural și/sau de drept material, care vine în contradicție cu scopul procesului civil, în urma căreia actul justiției devine ilegal⁶. Conform unei

² Popescu G., *Repararea pagubei materiale sau a daunei morale în cazul condamnării pe nedrept sau al privării ori restrângerii de libertate în mod nelegal*. În: EIRP Proceedings. Danubius University of Galati, 2011, p. 229.

³ Constituția R. M. din 29. 07. 1994. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1994, nr. 1.

⁴ Беккер Т. А. Установление истины как основа предотвращения судебных ошибок в уголовном производстве: автореферат диссертаций кандидата юридических наук. Томский государственный университет, 2017, p. 17.

⁵ Терехова Л. А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. Москва: WoltersKluwer, 2007, p. 6.

⁶ Терехова Л. А. , op. cit. , p. 19.

alte păreri, eroarea judiciară reprezintă unul dintre obstacolele care stau în calea scopului procesului civil⁷. Astfel, autorul *I. M. Zaițev* include în categoria erorilor judiciare orice încălcări pe care le admit judecătorii la diferite etape de examinare a cauzei⁸. Într-o altă opinie, se susține că definirea noțiunii eroare judiciară necesită a fi succintă, pentru a nu crea dificultăți în procesul de înțelegere a esenței⁹.

Apreciem că suntem în prezența erorii judiciare, ori de câte ori o persoană a fost condamnată definitiv pentru o faptă prevăzută de legea penală, ca infracțiune, indiferent dacă pedeapsa aplicată, ori măsura educativă privativă de libertate a fost pusă sau nu în aplicare, sub condiția ca o asemenea hotărâre să fie ulterior desființată sau anulată prin intermediul căilor extraordinare de atac (revizuirea), iar în rejudecare să se pronunțe o hotărâre definitivă de achitare a persoanei în cauză, pentru un fapt nou sau recent descoperit, care dovedește că s-a produs o eroare judiciară.¹⁰

Cercetătorul rus *A. A. Ustiugov* ajunge la concluzia că eroare judiciară se manifestă prin eșecul de a ajunge la scopul procedurii. Eroarea judiciară se distinge printr-o serie de caracteristici: 1) devine vizibilă din momentul pronunțării hotărârii judecătorești; 2) poartă caracter intenționat; 3) constatarea și înlăturarea erorii judiciare se face de către un subiect împuternicit, în ordinea unei proceduri speciale; 4) natura specifică a probelor; 5) survine independent de vinovăția judecătorului care a adoptat hotărârea¹¹.

Motivele apariției erorilor judiciare pot fi diverse, precum: sarcina excesivă asupra judecătorilor, criza de personal, nivelul insuficient de instruire și educație a judecătorilor, lipsa unui grafic adecvat de lucru al judecătorilor, ceea ce conduce la o analiză pripită și superficială a cazurilor,

⁷ Блазомирская И. В. Исправление судебной ошибки в гражданском процессе как составная часть права на судебную защиту // Журнал. Историческая и социально-образовательная мысль (Federația Rusă), 2014, nr. 6, p. 222.

⁸ Скрипина С. В. Понятие, виды и причины судебных ошибок в гражданском процессе. În: Отечественная юриспруденция (Federația Rusă), 2017, nr. 5, p. 64.

⁹ Анишина Д. И., Файзулина Г. С. Судебная ошибка в гражданском судопроизводстве: понятие, проблемы, предупреждение. În: „Журнал Наука. Общество. Образование” (Federația Rusă), 2017, nr. 3, p. 67.

¹⁰ Barac L. Câteva considerații cu privire la procedura reparării pagubei materiale sau a daunei morale în caz de eroare judiciară sau în caz de privare nelegală de libertate ori în alte cazuri, 25 iunie 2017, www.juridice.ro/382615/ (vizitat 13. 08. 2017).

¹¹ Устюгов А. А. Судебные ошибки: проблемы, интерпретации, понятия // Молодой ученый (Federația Rusă), 2013, nr. 5, p. 556-557.

nivelul inadecvat de salarizare a judecătorilor, dotarea tehnico-materială insuficientă a instanțelor judecătorești, deficiențele existente în mecanismul de selecție a candidaților la funcția de judecător cu accent pe dimensiunile morale și etice, complexitatea sporită a unor cauze penale și contravenționale¹², lipsa de specializare a judecătorilor în domeniile penal și contravențional, lipsa de uniformizare a practicii judiciare, actualizarea permanentă a legislației, imperfecțiunea dreptului procedural și contradicția multora dintre prevederile sale, existența unor termene de efectuare a acțiunilor procedurale, examinarea superficială de către instanța de fond a cauzelor complexe, cu scopul de a finaliza mai rapid examinarea acestora, calitatea slabă a serviciilor poștale, atitudinea iresponsabilă a unor judecători etc.

Unii autori au divizat motivele apariției erorilor judiciare în motive de ordin obiectiv, cum sunt: volumul de lucru, imperecțiunea legislației și motive de ordin subiectiv: nivelul de pregătire și calitățile morale ale magistraților, atitudinea superficială în exercitarea atribuțiilor de serviciu etc.¹³

În literatura de specialitate din România, eroarea judiciară este definită ca fiind situația care se manifestă prin condamnarea sau arestarea pe nedrept a unei persoane nevinovate, ca urmare a unor greșeli intervenite în procesul de înlăptuire a justiției penale¹⁴. Eroarea judiciară poate proveni din necunoașterea unor fapte sau împrejurări esențiale de către instanța de judecată, folosirea unor probe denaturate (prin mijlocirea unor activități infracționale), corupția organelor judiciare care au cercetat sau judecat cauza, existența unor hotărâri contradictorii¹⁵.

Într-o altă definiție, eroare judiciară este greșeala comisă la judecarea unei cauze, constând în greșita stabilire a faptelor, ceea ce a avut ca urmare, în procesul penal, condamnarea definitivă sau arestarea pe nedrept a unei

¹² Степанова Н. А. Классификация ошибок, допускаемых при производстве по уголовным делам. În: Юридическая наука и правоохранительная практика (Federația Rusă), 2016, nr. 1, p. 45.

¹³ Майорова Л. В. , Назаров А. Д. Следственные и судебные ошибки, связанные с неправильным применением уголовного закона и нарушениями его запретов. În: Сибирский юридический вестник (Federația Rusă), 2016, nr. 3, p. 28.

¹⁴ Olteanu A. Analiza cazurilor de revizuire în reglementarea procesual penală, http://old.mpublic.ro/jurisprudenta/publicatii/analiza_cazurilor_de_revizuire.pdf (vizitat 14. 08. 2017).

¹⁵ Юрова К. И. , Аликумов В. В. Виды следственных и судебных ошибок в уголовном процессе. În: Журнал „Инновационная наука” (Federația Rusă), 2016, nr. 5, p. 32.

persoane nevinovate sau exonerarea de răspundere a unei persoane vinovate de săvârșirea unei infracțiuni¹⁶. Erorile judiciare sunt greșeli de judecată săvârșite de judecători sau procurori în cursul unei proceduri judiciare. Erorile judiciare constituie temei pentru exercitarea căilor ordinare sau extraordinare de atac. Ele pot genera și o obligație de indemnizare corespunzătoare a victimelor¹⁷. S-a menționat și opinia că eroarea judiciară se referă la un anumit viciu procedural, care este atât de fundamental, încât invalidează în întregime hotărârea judecătorească definitivă și odată cunoscut, poate să determine o altă soluție judiciară diametral opusă celei afectate de acest viciu¹⁸.

Erorile judiciare se împart în: *erori procesuale*, care există atunci când prin sentința judiciară nu se soluționează sarcina de bază a procedurii penale, ce se referă la faptul infracțiunii și la persoana ce a săvârșit-o, și *erori penale*, ce țin de calificarea faptei incriminate și stabilirea pedepsei¹⁹.

Pentru a determina în prezența căror condiții acțiunile persoanelor cu funcții de răspundere din cadrul organelor de urmărire penală și a instanțelor de judecată pot fi calificate ca erori judiciare, se propune de a utiliza două criterii interdependente: etic și juridic. Esența primului criteriu se referă la echitate, principiu suprem care guvernează raporturile dintre oameni și care se răsfrânge și asupra coraportului stat-cetățean, societate-personalitate. Fiind după natura sa o categorie etică, echitatea iese în afara relațiilor morale și constituie un început pentru drept, legalitate, justiție²⁰.

În opinia cercetătorului I. Caraman, una din condițiile primordiale ale apariției erorilor judiciare reprezintă conduita participanților la proces, în special al părților care deseori manifestă o lipsă de bună-credință în exercitarea drepturilor sale procedurale și urmăresc inducerea în eroare a judecătorului, pentru a obține o hotărâre favorabilă. Pentru combaterea

¹⁶ Степанова Н. А. , op. cit. , p. 43.

¹⁷ Ciuncan D. Dicționar de procedură penală. București: Universul Juridic, 2015, p. 101.

¹⁸ Studiu cu privire la crearea mecanismului național de remediere și compensare pentru erorile judiciare și vicii de procedură, <http://agent.gov.md/wp-content/uploads/2016/12/Studiu-eroare-judiciara-.pdf> (vizitat 13. 08. 2017).

¹⁹ Salas D. L’erreur judiciaire. Paris: Dalloz, 2015, p. 45.

²⁰ Caraman I. Erorile judiciare și puterea lucrului judecat (res judicata) // Conferința științifică națională cu participare internațională Integrare prin cercetare și inovare, 28-29 septembrie 2016. Rezumatul comunicărilor, Volumul I, Chișinău: CEP USM, 2016, p. 213.

oricăror abuzuri din partea părților litigante, este necesară o bună pregătire teoretică și practică a judecătorilor²¹.

Constatarea și înlăturarea erorilor judiciare poate fi efectuată prin utilizarea căilor de atac (apel, recurs, revizuire) de către participanții la proces. Există însă situații în care căile de atac nu își au efectul scontat. Astfel, în opinia autorului *V. Daghe*, de multe ori, hotărârile pronunțate în urma utilizării căilor de atac, nu sunt cu nimic mai bune decât cele atacate, iar uneori hotărârile greșite înlocuiesc pe cele corecte, trecând irevocabil în puterea lucrului judecat²².

Prezintă interes că în Codul de Procedură Penală²³, Codul de Procedură Civilă²⁴ și în Codul contravențional²⁵, legiuitorul utilizează trei sintagme apropiate ca înțeles: „eroare judiciară”, „eroare de drept” și „viciu fundamental”.

În Codul de Procedură Penală, noțiunea „eroare judiciară” este utilizată de două ori, dar fără ca legiuitorul să explice semnificația acestui termen. Prima referință la noțiunea eroare judiciară o găsim în art. 23 din Cod, intitulat „Asigurarea drepturilor victimei în urma infracțiunilor, abuzurilor de serviciu și *erorilor judiciare*”. Deși în denumirea articolului nominalizat sintagma eroare judiciară există, în conținutul articolului legiuitorul nu mai face trimitere la noțiunea respectivă.

În cea de-a doua situație, termenul eroare judiciară este utilizat în contextul indicării temeiurilor de rejudecare a cauzei. Astfel, potrivit art. 435 alin. (2) lit. (c) din Codul de Procedură Penală, la examinarea recursului, dacă se constată că *eroarea judiciară* nu mai poate fi corectată, instanța de recurs poate dispune ca pricina să fie rejudecată în instanța de apel.

O situația aparte se constată în Codul contravențional al R. M. , care exclude din uz sintagma „eroare judiciară” și operează în mod exclusiv cu noțiunile *viciu fundamental care a afectat hotărârea de încetare a procesului contravențional* (art. 380 alin. (1)) și *eroare de drept* (art. 466). Astfel, potrivit art. 380 alin. (1) din Cod, reluarea procesului contravențional

²¹ Caraman I. , op. cit. , p. 212-213.

²² Daghe V. Căile de atac de reformare în procesul civil. București: Național, 1997, p. 11.

²³ Codul de Procedură Penală al R. M. nr. 122 din 14. 03. 2003. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2003, nr. 104-110.

²⁴ Codul de Procedură Civilă al R. M. nr. 225 din 30. 05. 2003. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2003, nr. 111-115.

²⁵ Codul contravențional al R. M. nr. 218 din 24. 10. 2008. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2009, nr. 3-6.

care a încetat poate avea loc doar în cazul descoperirii unor noi circumstanțe sau *în cazul depistării unui viciu fundamental, care a afectat hotărârea de încetare a procesului contravențional*.

Termenul *eroare de drept* este utilizat în art. 466 lit. (a)-(l) din Codul contravențional. Potrivit normei vizate, hotărârile judecătorești contravenționale emise de instanțele de fond, pot fi atacate cu recurs, pentru a se repara *erorile de drept*. Efectuând o examinare a temeiurilor prevăzute la art. 466 lit. (a)-(l) din Codul contravențional, putem constata că acestea sunt foarte variate și au drept consecință, transmiterea dosarului la rejudecare, din cauza existenței erorilor de drept. Cu titlu de exemplu, menționăm câteva dintre erorile de drept: nu au fost respectate dispozițiile privind competența; ședința de judecată nu a fost publică; cauza a fost judecată fără citarea legală a unei părți; hotărârea atacată nu cuprinde motivele pe care se întemeiază soluția; nu au fost întrunite elementele constitutive ale contravenției; contravenientul a fost sancționat pentru o faptă neprevăzută de cod; s-au aplicat sancțiuni în alte limite decât cele prevăzute de lege; contravenientul a fost supus anterior răspunderii contravenționale pentru această faptă; faptei săvârșite i s-a dat o încadrare juridică greșită; a intervenit o lege mai favorabilă contravenientului; Curtea Constituțională a declarat neconstituțională prevederea legii aplicate etc.

Cu regret, Codul contravențional nu reglementează procedura de despăgubire în cazul depistării unor vicii fundamentale. În aceste condiții, s-ar crea impresia că din punct de vedere formal, legiuitorul a exclus posibilitatea înaintării acțiunilor în despăgubire pentru viciile de procedură (erorile judiciare) depistate în procedurile contravenționale. Totuși, luând în considerație prevederile art. 382 alin. (6) și art. 384 alin. (6) din Codul contravențional, care face trimitere directă la aplicarea normelor legislației procesual-penale cu ocazia examinării cauzelor contravenționale, conchidem că dreptul la despăgubire pentru viciile de procedură în procesele contravenționale este posibilă, prin aplicarea directă a dispozițiilor Codului de Procedură Penală. Concluzia respectivă este consolidată și de evoluția jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, în care nu se face o distincție între procedurile contravenționale și cele penale, dar se indică asupra faptului că ambele proceduri necesită a fi guvernate de garanțiile unui proces echitabil (*Fomin vs. Moldova, nr. 36755 din 11. 10. 2011, Guțu vs. Moldova nr. 20289 din 07. 09. 2007* etc.).

Mai multe detalii privind corelația dintre noțiunile eroare judiciară și eroare de drept găsim în Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție nr. 9 din 30. 10. 2009 „Cu privire la judecarea recursului ordinar în cauza penală”²⁶. Deși Curtea Supremă de Justiție nu definește noțiunea care ne interesează, totuși, putem deduce că în vizunea instanței supreme, noțiunile *eroare judiciară* și *eroare de drept* ar fi în raporturi de sinonimie. Astfel, conform pct. 31 din HPCSJ nr. 9 din 30. 10. 2009, în situația în care instanța de recurs stabilește o *eroare de drept* comisă de instanța de fond, va arăta în ce constă caracterul ilegal al activității instanței de fond, prin ce se exprimă încălcarea de lege comisă, precum și mijloacele privind repararea ei prin analiza materiei reglementării și jurisprudenței. Dacă decizia atacată este insuficient motivată, dar soluția este legală, instanța de recurs va corecta această *eroare judiciară*.

În Codul de Procedură Penală al R. M. legiuitorul preferă a opera cu o noțiune de alternativă, numită *viciu fundamental în cadrul procedurii precedente care a afectat hotărârea pronunțată*. Astfel, în art. 6 pct. 44 din Cod, expresia *viciu fundamental în cadrul procedurii precedente care a afectat hotărârea pronunțată* este definită ca fiind o încălcare esențială a drepturilor și libertăților garantate de Convenția pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, de alte tratate internaționale, de Constituția R. M. și de alte legi naționale. Cu alte cuvinte, un viciu se numește fundamental, deoarece se referă la încălcarea unor drepturi fundamentale ale persoanei în cursul desfășurării procedurilor judiciare.

În lumina Codului de Procedură Penală, descoperirea unui viciu fundamental în cadrul procedurii precedente constituie temei pentru aplicarea căilor extraordinare de redeschidere a procedurilor penale finalizate, atât la etapa de urmărire penală, cât și la etapa judiciară. Astfel, constatarea unui viciu fundamental la etapa de urmărire penală poate constitui temei pentru reluarea urmăririi penale (art. 287 alin. (4)), punerea repetată sub învinuire, punerea sub o învinuire mai gravă sau stabilirea unei pedepse mai aspre pentru aceeași persoană în comiterea aceleiași fapte (art. 22 alin. (3)).

Descoperirea unui viciu fundamental acordă persoanei posibilitatea de a ataca o hotărâre devenită irevocabilă. În conformitate cu art. 453 alin. (1)

²⁶ Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a R. M. nr. 9 din 30. 10. 2009 „Cu privire la judecarea recursului ordinar în cauza penală”, http://jurisprudenta.csj.md/search_hot_expl.php?id=46 (vizitat 12. 08. 2017).

din Codul de Procedură Penală, hotărârile irevocabile pot fi atacate cu recurs în anulare în scopul reparării *erorilor de drept* comise la judecarea cauzei, în cazul în care *un viciu fundamental în cadrul procedurii precedente a afectat hotărârea atacată*.

În doctrina de specialitate s-a menționat că viciu fundamental este o încălcare cu caracter procedural, care poate sau nu să afecteze o hotărâre sau o soluție judecătorească, dar nu neapărat pe fondul cauzei. Un viciu poate evolua într-o eroare judiciară, atunci când afectează fondul cauzei. De exemplu, constituie viciu procedural folosirea probelor obținute în mod coercitiv, prin acte de tortură și care poate afecta echitatea procesului, dar nicidecum fondul cauzei, adică soluția întregului proces²⁷. Există un viciu fundamental și în situația în care hotărârile instanțelor ierarhic inferioare conțin grave erori de drept, prin faptul că nu cuprind motivele pe care se întemeiază soluțiile pronunțate, încalcă prevederile art. 2 și 6 ale Convenției Europene a Drepturilor Omului, afectează drepturile părții vătămate²⁸.

Menționăm că noțiunea *eroare judiciară* există și în legislația procesual-civilă, dar fără a fi definită în mod expres. Astfel, în conformitate cu art. 445 lit. (c) din Codul de Procedură Civilă, eroarea judiciară constituie temei pentru instanța de recurs de a trimite pricina la rejudecare.

O reglementare mai amplă a modului de reparare a prejudiciului cauzat prin erori judiciare și de urmărire penală este redată în Legea privind modul de reparare a prejudiciului cauzat prin acțiunile ilicite ale organelor de urmărire penală, ale procuraturii și ale instanțelor judecătorești nr. 1545 din 25. 02. 1998²⁹. În Lege, legiuitorul întrebunțează expresia *acțiuni ilicite ale organului împuternicit să examineze cazurile cu privire la contravenții, ale organului de urmărire penală sau ale instanței de judecată*, cu titlu de echivalent pentru noțiunea eroare judiciară. Art. 3 alin. (1) al Legii nr. 1545 din 25. 02. 1998 stabilește lista acțiunilor ilicite pentru care prejudiciu material și moral poate fi reparat: reținerea ilegală, aplicarea ilegală a

²⁷ Studiu cu privire la crearea mecanismului național de remediere și compensare pentru erorile judiciare și vicii de procedură, <http://agent.gov.md/wp-content/uploads/2016/12/Studiu-eroare-judiciara-.pdf> (vizitat 13. 08. 2017).

²⁸ Furdui S. Sinteză de soluții motivate cu privire la judecarea recursului în cazul semnalării unui viciu fundamental în cadrul procedurii precedente, ce afectează hotărârea pronunțată. În: Revista Națională de Drept, 2012, nr. 5, p. 28.

²⁹ Legea privind modul de reparare a prejudiciului cauzat prin acțiunile ilicite ale organelor de urmărire penală, ale procuraturii și ale instanțelor judecătorești, nr. 1545 din 25. 02. 1998. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1998, nr. 50-51.

măsurilor preventive sub formă de arest, declarație de a nu părăsi localitatea sau țara, tragere ilegală la răspundere penală, condamnare ilegală, confiscare ilegală a averii, supunere ilegală la muncă neremunerată în folosul comunității etc.

În sistemul Convenției Europene a Drepturilor Omului (Convenția) și în jurisprudența dezvoltată pe marginea sa, noțiunea de eroare judiciară, ca regulă generală, este asociată materiei penale. Ea decurge din ideea de eroare de fapt săvârșită de instanța care, fiind chemată de a se pronunța asupra temeiului unei acuzații penale, pronunță condamnarea unei persoane nevinovate.

Concluzii și recomandări. Generalizând cele expuse, ajungem la concluziile că:

1) Eroarea judiciară este un concept strâns legat de fondul cauzei. În legislația națională, eroarea judiciară nu are o reglementare coerentă. Atât Codul de Procedură Penală, Codul contravențional, cât și Codul de Procedură Civilă se rezumă la reproducerea secvențială a sintagmei eroare judiciară, dar fără a acorda acestei noțiuni o definiție corespunzătoare. Pe de altă parte, Legea nr. 1545 din 25.02.1998 enumeră o serie de încălcări a drepturilor fundamentale în cadrul procesului penal, în legătură cu aplicarea măsurilor speciale de constrângere (arestul, rețineri, percheziții etc.) și a măsurilor speciale de asigurare (sechestrări, percheziții, ridicări etc.), dar nu se referă la încălcările de ordin procedural, care să afecteze fondul cauzei. În consecință, ajungem la concluzia că în legislația națională, nu există o delimitare clară în privința încălcărilor procedurale care s-ar atribui la categoria erori judiciare.

2) Între conceptele *eroare judiciară* și *eroare de drept* există diferențe. Astfel, eroarea judiciară este o încălcare gravă, categorică, care afectează fondul cauzei și modifică soluția întregului proces de judecată. De exemplu, nu s-a ținut cont de expirarea prescripției pentru tragere la răspundere penală și persoana a fost condamnată.

Eroarea de drept se manifestă prin acțiuni preliminare, care pot influența buna desfășurare a procesului de judecată, dar nu afectează soluția finală. Spre exemplu, constituie o eroare de drept necitarea unei părți în proces, aplicarea eronată a unei măsuri preventive sau nerespectarea dispozițiilor privind competența. Erorile de drept nu sunt într-atât de grave, ca să modifice soluția finală a procesului. Ele pot fi corectate

prin casarea (retractarea) hotărârii de instanța superioară și nu tot timpul au ca consecință acordarea dreptului la repararea prejudiciului.

Eroarea judiciară nu trebuie confundată cu eroarea materială admisă în conținutul actului judecătoresc, mecanismul de corectare al căreia este prevăzut de art. 249 din Codul de Procedură Civilă.

3) Conchidem că la temelia apariției erorii judiciare se află o circumstanță de fapt, numită viciu fundamental și care din cauza gravității sale, poate să influențeze decisiv hotărârea instanței de judecată. La prima vedere, fiind necunoscut, acest viciu cu caracter fundamental afectează fondul cauzei și cu greu poate fi depistat.

În scopul uniformizării terminologiei juridice, recomandăm modificarea dispozițiilor Codului de Procedură Penală și a Codului contravențional, prin substituirea expresiilor: *viciu fundamental în cadrul procedurii precedente, care a afectat hotărârea pronunțată prevăzută* (art. 6 pct. (44) din Codul de Procedură Penală), *viciu fundamental în cadrul urmăririi precedente care a afectat hotărârea respective* (art. 287 alin. (4) din Codul de Procedură Penală) și *viciu fundamental, care a afectat hotărârea de încetare a procesului contravențional* (art. 380 din Codul contravențional), cu sintagma *eroare judiciară*.

4) După natura sa juridică, instituția reparării prejudiciului cauzat prin erori judiciare ține de dreptul civil. Faptul că prejudiciul apare în cadrul derulării procedurii penale, nu afectează natura juridică a acestei instituții. Natura juridică civilă a raporturilor care apar în procesul reparării prejudiciului cauzat persoanelor prin erori judiciare este determinat de faptul că aceste raporturi sunt patrimoniale, apar din inițiativa persoanei vătămate și sunt reglementate de norme ce se conțin în legislația civilă. Metoda de reglementare a relațiilor sociale privind repararea prejudiciului cauzat prin erori judiciare este dispozitivă, deoarece aceste raporturi pot lua naștere numai din inițiativa persoanei reabilitate.

INVESTITORUL STRĂIN ÎNTRE DREPTUL INTERNAȚIONAL ȘI DREPTUL UE. CAZUL MICULA

FOREIGN INVESTOR BETWEEN INTERNATIONAL LAW AND UE LAW. THE MICULA CASE

IONELA-DIANA PĂTRAȘC-BĂLAN¹

Rezumat: Acest articol își propune o prezentare a dificultăților ivite cu ocazia punerii în executare a hotărârii arbitrale prin care investitor străin a obținut despăgubiri împotriva statului gazdă, membru al Uniunii Europene, ca urmare a nerespectării unui Tratat bilateral de investiții. Despăgubirile considerate de către Comisia Europeană ca fiind incompatibile cu normele uniunii și obligarea statului la recuperarea sumelor achitate, a adus în prim plan raportul dintre dreptul internațional și dreptul UE, relație asupra căreia sunt chemate să se pronunțe acum instanțele europene.

Cuvinte-cheie: investitor; TBI intra-UE; hotărâre arbitrală; despăgubiri; ajutor nou.

Abstract: This article aims at presenting the difficulties encountered in the enforcement of the arbitration award by which a foreign investor has obtained compensation against the host State, member of the European Union as a result of non-compliance with a Bilateral Investment Treaty. The damages considered by the European Commission to be incompatible with the rules of the union and the obligation on the state to recover the sums paid, have brought to the forefront the relationship between international law and EU law, a relationship on which the European courts are now called upon.

Keywords: investor; intra-UE BIT; arbitration award; compensation; new aid

Introducere

Punerea în executare a hotărârii prin care tribunalul arbitral a obligat statul gazdă să plătească despăgubiri pentru nerespectarea unui Tratat bilateral de investiții încheiat între state membre ale Uniunii Europene (TBI

¹ Doctorand, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, email: dianapat27@yahoo.com.

intra-UE) și intervenția Comisiei Europene în această procedură, a plasat investitorii străini beneficiari ai despăgubirilor (frații Micula și grupul de societăți pe care îl dețin) pe un teritoriu plin de incertitudine, aflat la interferența dintre dreptul internațional și dreptul UE și a determinat inițierea unor demersuri judiciare, naționale și internaționale a căror finalitate este dificil de anticipat în prezent.

Divergențele legate de TBI intra-UE semnate cu state înainte de aderarea la UE nu au fost pe deplin prevăzute la început, acordarea competenței de soluționare a litigiilor izvorâte din această categorie de tratate instanțelor arbitrale ridicând la executare o problemă aparte legată de statutul special al acestor sentințe care nu sunt supuse controlului judecătoresc național.

Dobândirea competenței exclusive în materia politicii comerciale comune (din care fac parte și investițiile străine directe) de către Uniunea Europeană prin Tratatul de la Lisabona a adus în prim plan relația dintre dreptul uniunii și TBI intra-UE, precum și interacțiunea dintre dreptul internațional și dreptul european, subliniată în special prin poziția constantă a Comisiei Europene care a susținut inaplicabilitatea TBI intra-UE după acest moment.

Departate de a fi pur doctrinară, disputa constituie un subiect de actualitate, cu consecințe importante și complexe atât pentru ordinea juridică internațională, cât și pentru cea a uniunii și prezintă importanță din cel puțin două puncte de vedere: al statului gazdă obligat să își respecte angajamentele în calitate de membru UE, dar și pe cele de semnatar al unei convenții internaționale, și al investitorului străin care riscă să nu poată executa sentința arbitrală pe teritoriul statului gazdă din cauza acestui dezacord.

Acest studiu își propune o analiză critică a *Cazului Micula* din perspectiva procedurilor inițiate de către investitorii străini pentru executarea hotărârii arbitrale în statul gazdă, a intervenției Comisiei Europene, precum și a demersurilor legislative și procesuale făcute în acest context de către statul român, încercând în final o anticipare a soluției instanței uniunii chemate să se pronunțe asupra diferendului legat de executarea hotărârii arbitrale considerată de către Comisia Europeană ca fiind contrară dreptului UE.

1. Cazul Micula

Prin O.U.G. nr. 24/1998 privind regimul zonelor defavorizate², au fost acordate o serie de facilități societăților comerciale cu capital majoritar privat, persoane juridice române, precum și întreprinzătorilor particulari sau asociațiilor familiale care își aveau sediul și își desfășurau activitatea într-o zonă defavorizată³.

Acesta a fost și cazul grupului de firme (format din S.C. European Food SA, S.C. Starmill S.R.L., S.C. Multipack) administrat de frații Ioan și Viorel Micula, investitori suedezi de origine română, care a beneficiat de sistemul de facilități acordate de către statul român pentru dezvoltarea mediului de afaceri în zone defavorizate din zona minieră Ștei-Nucet, județul Bihor⁴.

În anul 2002, între Guvernul României și Guvernul Suediei a fost semnat Acordul privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor⁵, fiecare parte contractantă obligându-se să promoveze potrivit politicii sale generale în domeniu, investițiile efectuate pe teritoriul său de către investitorii celeilalte părți contractante și să asigure un tratament just și echitabil.

Conform acordului, investitorilor străini le erau aplicabile tratamentul național și tratamentul națiunii celei mai favorizate, însemnând faptul că fiecare parte contractantă aplica investițiilor efectuate pe teritoriul său de către investitori ai celeilalte părți contractante un tratament nu mai puțin favorabil decât cel acordat investițiilor efectuate de proprii investitori sau de investitorii unui stat terț, oricare era mai favorabil pentru acestea⁶.

Necesitatea finalizării negocierilor în vederea aderării României la Uniunea Europeană (în continuare UE) și închiderea capitolului privind politica în domeniul concurenței⁷ a determinat statul gazdă să elimine treptat

² Publicată în M. Of. nr. 378, 2.10.1998.

³ Art. 6 din O.U.G. nr. 24/1998.

⁴ Prin H.G. nr. 194/1999, publicată în M. Of. nr. 134, 1.04.1999, zona minieră Ștei - Nucet, județul Bihor a fost declarată zonă defavorizată pentru o perioadă de 10 ani.

⁵ Aprobat prin Legea nr. 651/2002 pentru ratificarea Acordului dintre Guvernul României și Guvernul Regatului Suediei privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Stockholm la 29 mai 2002, publicată în M. Of. nr. 901, 12.12.2002.

⁶ În ceea ce privește evoluția ulterioară a TBI, este de notat faptul că prin Legea nr. 18/2017 pentru aprobarea încetării valabilității acordurilor privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor încheiate de către România cu statele membre ale Uniunii Europene, Acordul între Guvernul României și Guvernul Regatului Suediei și-a încetat valabilitatea.

⁷ A se vedea expunerea de motive a proiectului de Lege pentru aprobarea O.G. nr. 94/2004, online la <http://www.cdep.ro/proiecte/2004/500/60/7/em567.pdf>, accesat 3.01.2018.

toate formele de ajutor de stat existente în legislația națională incompatibile cu *acquis-ul comunitar*⁸.

Ca urmare a anulării stimulentei, invocând încălcarea principiului tratamentului just și echitabil prevăzut în Tratatului bilateral de investiții încheiat între România și Suedia (în continuare TBI), reclamanții frații Ioan și Viorel Micula și societățile S.C. European Food SA, S.C. Starmill S.R.L. și S.C. Multipack au sesizat Centrul Internațional pentru Reglementarea Diferendelor relative la Investiții (în continuare CIRDI) cu o cerere în despăgubiri.

Prin hotărârea pronunțată în 11 decembrie 2013 în Cauza CIRDI nr. ARB/-5/20, tribunalul arbitral a obligat statul român la plata unor despăgubiri de aproximativ 82 milioane euro la care se adăugau dobânzi calculate până la punerea în executare, hotărâre ce a fost contestată fără succes de către pârât prin promovarea acțiunii în anulare în fața unui Comitet *ad-hoc*.

Reclamanții au sesizat instanța națională cu o cerere de încuviințare a executării sentinței arbitrale, cerere admisă de către Tribunalul București care a autorizat creditorii să pună în executare hotărârea prin toate mijloacele prevăzute de lege.

Executarea silită a fost contestată de către statul român, acțiune respinsă în primă instanță, dar suspendată ulterior în calea de atac.

Din despăgubirea acordată, o parte a sumei (aproximativ 76 milioane euro) a fost compensată de către autoritățile române cu taxe și impozite datorate statului român de unul dintre reclamanți, iar o alta, (aproximativ 10 milioane euro) a fost executată prin poprirea conturilor Ministerului de Finanțe de către executorul judecătoresc.

Prin Decizia (UE) 2015/1470, Comisia europeană a stabilit că plata despăgubirilor acordate de către tribunalul arbitral constituie ajutor de stat incompatibil cu piața internă, a obligat România să nu mai plătească niciun astfel de ajutor și să recupereze sumele plătite cu acest titlu, cu dobânzi de la

⁸ Facilitățile acordate prin O.U.G. nr. 24/1998, cu modificările și completările ulterioare au fost abrogate prin adoptarea următoarelor acte normative: cele prevăzute la lit. a) au fost abrogate prin Legea nr. 345/2002 privind taxa pe valoarea adăugată, lit. c), prin Legea nr. 414/2002 privind impozitul pe profit, restul facilităților acordate au fost abrogate prin O.G. nr. 94/2004 privind reglementarea unor măsuri financiare aprobată prin Legea nr. 507/2004.

data la care au fost puse la dispoziția beneficiarilor până la recuperarea lor efectivă.

Modificarea cadrului legislativ prin adoptarea O.U.G. nr. 77/2014⁹ a permis statului român să dispună măsuri asiguratorii și popriri pe conturile investitorilor în vederea recuperării despăgubirilor plătite, acte contestate de către beneficiarii despăgubirilor în cadrul acțiunilor promovate pe rolul instanțelor naționale.

În același timp, reclamanții au acționat în judecată Comisia Europeană în fața Tribunalului Uniunii prin cererile ce fac obiectul cauzelor T-694/15 și T-704/15, solicitând anularea deciziei prin care despăgubirile obținute în temeiul hotărârii arbitrale au fost calificate ca fiind ajutor de stat incompatibil cu piața internă și prin care statul român a fost obligat la recuperarea sumelor plătite. Ambele cauzele sunt pendinte.

2. Hotărârea arbitrală și punerea în executare

2.1. Hotărârea arbitrală

Mecanismele de soluționare a litigiilor în materia investițiilor oferă beneficiarilor străini dreptul la revendicarea directă a pretențiilor de compensare a unei daune rezultată din încălcarea angajamentelor investiționale de către țara gazdă¹⁰ și posibilitatea de a alege între diferitele tipuri de acțiuni.

În literatura de specialitate¹¹, s-a arătat că arbitrajul ocupă un loc privilegiat în reglementarea diferendelor în legătură cu dreptul internațional al investițiilor.

⁹ Publicată în M. Of. nr. 893, 09.12.2014.

¹⁰ Pentru detalii referitoare la tipurile de acțiuni pe care un investitor le poate introduce împotriva statului gazdă, a se vedea C.T. Ungureanu, *Contractul internațional de investiții: Contractul de stat*, în *Analele Științifice ale Universității "Alexandru Ioan Cuza" Iași*, Tomul LXIII, Științe Juridice, 2016, nr. II, pp. 16-20; J.O. Voss, *The impact of investment treaties on contracts between host states and foreign investors*, Editura Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2011, pp. 160-178; A.J. Belohlavek, *Protecția investițiilor străine directe în Uniunea Europeană*, Editura C.H. Beck, București, 2011, pp. 68-71.

¹¹ Pentru aspecte procedurale privind reglementarea diferendelor referitoare la investiții a se vedea A. De Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Editions A.Pedone, Paris, 2017, pp. 229-234; C. Kessedjian, *Droit du commerce international*, Editura Presse Universitaires de France, Paris, 2013, p. 459 și p. 473; A. Năstase, I. Gâlea, *Drept internațional economic*, Editura C.H. Beck, București, 2014, pp. 355-363.

Părțile semnatare ale Acordului de investiții intervenit între România și Suedia au ales ca modalitate de soluționare a litigiilor ivite în legătură cu interpretarea și executarea TBI arbitrajul internațional¹².

În acest context, reclamanții Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.A. și S.C. Multipack S.A. (în continuare reclamanții) au sesizat CIRDI¹³ cu o cerere împotriva României¹⁴.

Deși obiectul inițial al cauzei înregistrate la data de 2.08.2005 l-a constituit cererea de *restitutio in integrum*, vizând acordarea retroactivă a facilităților conform vechilor prevederi, prin modificarea obiectului acțiunii s-a solicitat obligarea statului la plata despăgubirilor reprezentând pierderile suferite ca urmare a anulării ajutorului de stat¹⁵.

În temeiul art. 25 din Convenția CIRDI (în continuare Convenția)¹⁶ și a art. 7 din TBI, tribunalul arbitral s-a pronunțat asupra obiecțiilor statului pârât cu privire la competența de soluționare a diferendului prin Decizia asupra competenței și admisibilității din 24.09.2008¹⁷, prin care a reținut competența *ratione personae* ca derivând din naționalitatea reclamanților persoane fizice, de cetățenie suedeză și a persoanelor juridice aparținând

¹² Art. 7 al. 2 din TBI.

¹³ CIRDI reprezintă instituția ce concentrează cea mai mare parte a litigiilor din domeniul investițiilor și a luat naștere prin Convenția de la Washington din 18 martie 1965 pentru reglementarea diferendelor relative la investiții între state și persoane ale altor state, Convenție ratificată de România prin Decretul nr. 62/1975, publicat în Buletinul Oficial nr. 56, 7.06.1975.

¹⁴ Detaliiile procedurii online la <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/05/20>, accesat 8.01.2018.

¹⁵ Apud Belohlavek A. J., *op. cit.*, p. 97.

¹⁶ Art. 25 din Convenție: "(1) Competența centrului cuprinde diferendele de ordin juridic între un stat contractant (sau o anumită colectivitate publică sau un anume organism dependent de acesta și pe care-l desemnează centrul) și persoana unui alt stat contractant, care sunt în relație directă cu o investiție, diferende pe care părțile au consimțit în scris să le supună centrului. Atunci când părțile și-au dat consimțământul, nici una dintre ele nu va putea să-l retragă în mod unilateral. ... (3) Consimțământul unei colectivități publice sau al unui organism depinzând de un stat contractant nu poate fi dat decât după aprobarea zisului stat, afară de cazul în care acesta indică centrului că aprobarea nu este necesară. (4) Orice stat contractant poate, în momentul ratificării, acceptării sau aprobării convenției sau la orice dată ulterioară, să facă cunoscute centrului categoria sau categoriile de diferende pe care le consideră că pot sau nu pot să fie supuse competenței centrului. Secretarul general transmite imediat notificarea tuturor statelor contractante. Aceasta notificare nu constituie consimțământul cerut în temeiul alin. 1."

¹⁷ Online la <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0530.pdf>, accesat 8.01.2018.

unui stat membru al Convenției, competența *rationae materiae* având în vedere calitatea de investitor al reclamanților precum și a investițiilor realizate de aceștia în statul gazdă, *rationae temporis* competența Tribunalului impunându-se având în vedere că disputa dintre părți a apărut după intrarea în vigoare a TBI-ului.

În ceea ce privește procedura desfășurată în fața tribunalului arbitral, se cuvine a fi subliniată intervenția Comisiei Europene în calitate de *amicus curiae*¹⁸.

Amicus curiae (sau *amici curiae*), noțiune din limba latină însemnând prietenul curții (sau prietenii curții), este o procedură ce permite unui terț interesat să intervină într-un proces în desfășurare și să își prezinte argumentele juridice referitoare la chestiuni aflate în dispută, poziția exprimată nefiind obligatorie pentru instanță.

În procedurile desfășurate în fața tribunalului în cadrul CIRDI această formă de intervenție este prevăzută de art. 44 din Convenție¹⁹ și art. 37 al. 2 din Regulamentul de arbitraj, admisibilitatea sa fiind supusă îndeplinirii cumulative a condițiilor referitoare la utilitatea obiectivă a propunerii pentru soluționarea litigiului și cea privind calitatea persoanei sau a instituției care dorește să intervină, analiza îndeplinirii celor două condiții fiind lăsată la aprecierea arbitrilor²⁰.

Printre beneficiile pe care le-ar putea aduce intervenția Comisiei Europene în cadrul procedurilor de arbitraj a fost subliniat potențialul de interpretare consecventă a dreptului comunitar, intervenția putând veni în ajutorul arbitrilor pentru a garanta că sentința de arbitraj este executorie și nu contravine expertizei juridice din fața instanțelor statelor membre²¹.

¹⁸ Pentru detalii referitoare la intervenția *amicus curiae* în arbitrajul investițional a se vedea F. Grisel, J.E. Vinuales, *L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement*, în ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, pp. 380-432, disponibil online la https://www.academia.edu/25150737/Lamicus_curiae_dans_larbitrage_dinvestissement, accesat 24.01.2018.

¹⁹ Art. 44: "Întreaga procedură de arbitraj se desfășurează în conformitate cu prevederile prezentei secțiuni și, sub rezerva acordului contrar al părților, cu acelea ale regulamentului de arbitraj în vigoare la data la care părțile au consimțit la arbitraj. Dacă se pune o problemă de procedură neprevăzută de prezenta secțiune sau de regulamentul de arbitraj sau de orice altă reglementare adoptată de către părți, ea va fi soluționată de către tribunal."

²⁰ A se vedea A. De Nanteuil, *op. cit.*, p. 273; C. Kessedjian, *op. cit.*, p. 477.

²¹ A se vedea A. J. Belohlavek, *op. cit.*, p. 240.

Cazul Micula este unul dintre litigiile aduse în fața tribunalului arbitral în care Comisiei Europene i-a fost admisă intervenția în calitate de *amicus curiae* și i-au fost primite observațiile cu privire la raportul dintre dreptul Uniunii Europene și dreptul internațional al investițiilor, în cazul particular al TBI.

În intervenția sa, Comisia a arătat că stimulentele prevăzute de O.U.G. nr. 24/1998 erau incompatibile cu normele comunitare privind ajutoarele regionale, în special, împrejurarea că stimulentele nu respectau cerințele dreptului comunitar în ceea ce privește costurile eligibile și mărimea ajutorului. În plus, facilitățile au constituit un ajutor de exploatare, care nu este permis în temeiul normelor privind ajutoarele regionale.

Comisia a observat că orice hotărâre care reinstituie privilegiile anulate de către România sau care acordă compensări reclamanților pentru pierderea acestor privilegii ar antrena acordarea unui nou ajutor ce nu ar fi compatibil cu dreptul uniunii.

Comisia a semnalat tribunalului arbitral că executarea hotărârii prin care se impune României să restabilească schemele de investiții care au fost declarate incompatibile cu piața internă pe parcursul negocierilor de aderare poate să nu aibă loc dacă ar fi contrară normelor politicii UE privind ajutoarele de stat.

Primind observațiile Comisiei, Tribunalul a arătat că în aprecierea sa²² nu există un conflict real între tratate, având în vedere perioada relevantă pentru dispută, dreptul internațional relevant aplicabil între România și Suedia fiind Acordul European (care a intrat în vigoare la 1.02.1995) și TBI (care a intrat în vigoare la 25.04.2005), Tratatul de aderare al României la UE intrând în vigoare la data de 1.01.2007, astfel încât între 1.02.1995 și 1.01.2007 dreptul UE nu era direct aplicabil României.

Plecând de la această constatare, Tribunalul arbitral a încercat să răspundă întrebării dacă dreptul UE joacă un rol în interpretarea TBI, având în vedere că acesta din urmă nu conține nicio referință în acest sens, arătându-se că nu se poate concluzia că, doar în baza cronologiei intrării în vigoare a Tratatelor, România sau Suedia ar fi putut amenda, modifica sau s-ar fi putut sustrage de la aplicarea TBI încheiat.

²² Paragraful nr. 319 și urm. din Decizia arbitrală, online la www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf, accesat 8.01.2018

Tribunalul a concluzionat sub acest aspect că în interpretarea TBI trebuie luat în considerare întreg contextul general al aderării României la UE²³, aceste circumstanțe putând juca un rol determinant în a stabili dacă România și-a încălcat obligațiile asumate față de investitorii străini și dacă a acționat rezonabil, de o manieră echitabilă sau dacă așteptările reclamanților erau legitime.

Hotărârea pronunțată în 11 decembrie 2013 de către instanța arbitrală asupra fondului diferendului a constatat că prin abrogarea O.U.G nr. 24/1998 România a încălcat încrederea legitimă a reclamanților cu privire la disponibilitatea stimulentei întrucât nu a reușit să asigure un tratament just și echitabil al investițiilor în sensul art. 2 al. 3 din TBI și a obligat statul gazdă la plata de despăgubiri.

Această hotărâre s-a înscris în linia jurisprudențială arbitrală dezvoltată în jurul conceptului de *tratament just și echitabil al investițiilor*, identificat ca fiind o noțiune autonomă ce excede sferei de aplicare a noțiunii de standard minim și care trebuie analizată și prin raportare la noțiunile de transparență și așteptări legitime ale investitorului²⁴.

2.2. Decizia în anulare

La data de 9.04.2014, România a înaintat Secretarului general al CIRDI o cerere în anularea hotărârii arbitrale întemeiată pe dispozițiile art. 52 din Convenție²⁵ și art. 50 din Regulile de procedură.

România a solicitat totodată și suspendarea executării hotărârii în temeiul art. 52 al. 5 din Convenție și art. 54 al. 2 din Regulile de procedură.

În cuprinsul hotărârii pronunțate²⁶, Comitetul ad-hoc sesizat a arătat că mecanismul anulării este o procedură specială și nu constituie un remediu împotriva unei hotărâri incorecte.

²³ Paragraful nr. 327 din Decizie.

²⁴ Pentru detalii referitoare la principiul tratamentului just și echitabil în practica arbitrală a se vedea A. De Nanteuil, *op. cit.*, pp. 334-358; J.O. Voss, *op. cit.*, pp. 197-215; A. J. Belohlavek, *op. cit.*, pp. 53-59; A. Năstase, I. Gălea, *op. cit.*, p. 138, C. Butacu, *Ajutorul de stat și principiul protecției așteptărilor legitime*, în *Revista Română de Drept european (comunitar)*, nr. 4/2015.

²⁵ Art. 52 al. 1: "Oricare dintre părți poate să ceară, în scris, secretarului general anularea sentinței pentru unul dintre motivele următoare: a) viciu în constituirea tribunalului; b) abuz de putere evident al tribunalului; c) coruperea unui membru al tribunalului; d) încălcarea gravă a unei reguli fundamentale de procedură; e) lipsă de motive."

²⁶ Decizia în anulare a Comitetului ad-hoc din 26.02.2016, Online la www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw_7161.pdf, accesat 8.01.2018.

Prin Decizia pronunțată din 26.02.2016, Comitetul ad-hoc a respins cererea statului gazdă, arătând că nu s-a făcut dovada îndeplinirii condițiilor cerute pentru procedura în anulare inițiată de România în temeiul art. 52 din Convenție.

2.3. Punerea în executare a hotărârii arbitrale

Executarea sentinței pronunțată de tribunalului arbitral este supusă dispozițiilor art. 54 din Convenția de la Washington²⁷.

Regula instituită de art. 54 din Convenție se aplică numai litigiilor referitoare la investiții, este unică printre toate convențiile internaționale²⁸, asimilând complet sentința arbitrală unei hotărâri pronunțate de o instanță internă și exonerând partea interesată de parcurgerea procedurii exequatorului, fiind executorie de plin drept²⁹.

Soluția reglementată prin Convenție a fost justificată având la bază existența unui al doilea grad de jurisdicție, echivalentul unei căi de atac în același cadru convențional, hotărârea arbitrală dobândind astfel valoarea juridică a unei sentințe naționale definitive³⁰.

După pronunțarea hotărârii arbitrale, reclamanții au inițiat o serie de proceduri interne în vederea punerii în executare, Tribunalul București³¹ încuviințând executarea silită a hotărârii la cererea creditorilor S.C. Multipack S.R.L., S.C. Starmill S.R.L., S.C. European Food S.A. și Micula Ioan, privind pe debitorul Statul Român, reprezentat de Ministerul Finanțelor

²⁷ Art. 54: "1) Fiecare stat contractant recunoaște orice sentință dată în cadrul prezentei convenții ca fiind obligatorie și asigură executarea pe teritoriul său a obligațiilor pecuniare pe care sentința le impune, ca și când ar fi vorba de o judecată definitivă a unui tribunal funcționând pe teritoriul zisului stat. (...) (2) Pentru a obține recunoașterea și executarea unei sentințe pe teritoriul unui stat contractant, partea interesată trebuie să prezinte o copie certificată, pentru conformitate, de către secretarul general tribunalului național competent sau oricărei alte autorități pe care zisul stat contractant o va desemna în acest scop. Fiecare stat contractant face cunoscute secretarului general tribunalului competent sau autoritățile pe care le desemnează în acest scop, informându-l asupra eventualelor schimbări. (3) Executarea este reglementată de legislația privind executarea hotărârilor judecătorești în vigoare în statul pe teritoriul căruia se aplică o asemenea procedură."

²⁸ A se vedea C.T. Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional, Contracte de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 230.

²⁹ A se vedea I. Macovei, *Tratat de drept al comerțului internațional*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 665; A. De Nanteuil, *op. cit.*, p. 289.

³⁰ A se vedea C. Kessedjian, *op. cit.*, p. 487.

³¹ Încheierea de ședință din 24.03.2014, pronunțată în dosarul nr. 9261/3/2014, Secția a IV a civilă, online la http://portal.just.ro/3/SitePages/Dosar.aspx?id_dosar=300000000575817&id_inst=3, accesat 9.01.2018.

Publice, în toate formele de executare prevăzute de lege, autorizând creditorii să treacă la executarea silită a obligației cuprinse în titlul executoriu.

Ca urmare a declanșării executării silite, Statul român a sesizat Tribunalul București cu o cerere de contestație la executare și suspendarea executării hotărârii până la pronunțarea instanței asupra fondului cauzei³². Prin sentința pronunțată la 24.11.2014, instanța a respins contestația la executare ca neîntemeiată și cererea de suspendare ca rămasă fără obiect, obligând contestatorul la plata cheltuielilor de judecată.

Instanța de control judiciar, Curtea de Apel București a dispus la 24.02.2015 admiterea căii de atac, schimbarea în tot a încheierii apelate în sensul admiterii cererii și suspendării executării silite a hotărârii arbitrale până la soluționarea definitivă a contestației la executare³³.

În cadrul dosarului având ca obiect apelul promovat împotriva sentinței civile prin care s-a respins contestația la executare, prin încheierea din 10.06.2015, instanța a dispus sesizarea Curții Constituționale cu excepția de neconstituționalitate a art. I pct. 16 și 17 și a art. II din Legea nr. 20/2015, iar prin încheierea din 3.02.2017 a respins cererea de sesizare a Curții de Justiție a Uniunii Europene (în continuare CJUE), a prorogat analiza și rezolvarea neconvenționalității art. 1 pct. 16 din Legea 20/2015 la momentul soluționării fondului apelului, dispunând în temeiul art. 413 pct. 1 C. pr. civ. suspendarea judecării până la soluționarea acțiunii în anularea Deciziei Comisiei Europene din 30 martie 2015³⁴. Această încheiere nu a fost recurată.

La data de 5 ianuarie 2015 executorul judecătoresc a executat suma de 36.484.232 lei (aproximativ 8,1 milioane de euro) de la Ministerul Finanțelor, iar ulterior în perioada 5.02.2015 și 25.02.2015 a executat prin poprire 9.197.482 lei (aproximativ 2 milioane de euro).

³² Dosarul nr. 15755/3/2014 al Tribunalului București. Prin încheierea din 13.10.2014, instanța a respins cererea de sesizare a Curții de Justiție a Uniunii Europene, online la http://portal.just.ro/3/SitePages/Dosar.aspx?id_dosar=300000000584382&id_inst=3., accesat 9.01.2018,

³³ Dosarul nr. 15755/3/2014/ al Curtea de Apel București, online la http://portal.just.ro/2/SitePages/Dosar.aspx?id_dosar=300000000609428&id_inst=2, accesat 9.01.2018.

³⁴ Dosarul nr. 15755/3/2014 Curtea de Apel București, online la <http://infodosar.ro/d.php?dosar=15755/3/2014&submit=Cauta>, accesat 9.01.2018.

După suspendarea executării silite dispuse de către Curtea de Apel București, la 9.03.2015 Ministerul Finanțelor Publice a transferat voluntar diferența de sumă datorată în baza sentinței arbitrale, aproximativ 106,5 milioane de euro, într-un cont blocat deschis pe numele reclamanților, suma putând fi eliberată numai în ipoteza în care Comisia va decide că ajutorul de stat acordat în baza hotărârii arbitrale este compatibil cu piața comună, măsură luată ca urmare a modificărilor legislative intervenite prin O.U.G nr. 77/2014³⁵.

2.4. Intervenția Comisiei Europene în executarea hotărârii arbitrale

În procedura națională derulată în vederea punerii în executare a hotărârii arbitrale, precum și în contestația la executare, Comisia Europeană a prezentat observațiile sale *amicus curiae* în temeiul art. 23a(2) al Regulamentului (CE) nr. 659/1999 al Consiliului din 22 martie 1999 de stabilire a normelor de aplicare a art. 108 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (în continuare TFUE)³⁶.

Intervenția Comisiei în dosarul privind cererea de încuviințare a executării silite a hotărârii arbitrale formulată de către reclamanți³⁷, precum și în cauza privind contestația la executare promovată de către Statul Român prin Ministerul Finanțelor Publice³⁸ a reafirmat poziția sa constantă cu privire la problema de drept existentă, respectiv a supremației dreptul european și a conflictului cu TBI în materia ajutorului de stat.

În plus față de considerentele Deciziei (UE) 2015/2014, în aceste cazuri argumentele cu privire la existența unui nou ajutor de stat au fost extinse și asupra hotărârilor judecătorești pe care instanțele naționale le-ar pronunța în cazul admiterii cererii de executare a hotărârii arbitrale și, respectiv în cazul respingerii contestației la executare.

Comisia a considerat că hotărârea arbitrală ar fi contrară obligațiilor României ca stat membru UE și că nu poate fi pusă în executare datorită supremației dreptului UE, întrucât ar reprezenta un ajutor nou în sensul art.

³⁵ Conform scrisorii autorităților române de informare a Comisiei Europene, menționată la pct. 11 din Decizia (UE) 2015/1470.

³⁶ JOL 83, 27.3.1999, p. 1.

³⁷ Intervenția Comisiei în Dosarul Tribunalului București nr. 3456/3/2014, on line la http://ec.europa.eu/competition/court/tribunalul_bucuresti_2_ro.pdf, accesat 13.01.2018.

³⁸ Intervenția Comisiei în Dosarul Tribunalului București nr. 15755/3/2014, online la http://ec.europa.eu/competition/court/tribunalul_bucuresti_1_ro.pdf, accesat 13.01.2018.

107 al. 1 din TFUE, ajutor ce trebuie notificat Comisiei conform art. 108 al. 3 din TFUE.

S-a mai argumentat că în virtutea prevederilor din dreptul european, Tribunalul București nu ar putea pune în executare o hotărâre judecătorească definitivă și irevocabilă care ar da naștere unui ajutor de stat, atât timp cât Comisia nu l-a declarat compatibil cu piața internă, iar nepunerea în executare a hotărârii arbitrale de către instanța națională nu ar încălca art. 54 din Convenție deoarece o hotărâre judecătorească definitivă care dă naștere unui ajutor de stat nu poate fi pusă în executare în niciun caz.

Deși în ambele cauze Comisia a invitat instanțele să uzeze de procedura întrebării preliminare și să se adreseze CJUE în temeiul art. 267 TFUE, judecătorii naționali au respins solicitarea intervenientei.

Conform normelor convenționale, executarea sentinței arbitrale străine pronunțate sub Convenția de la Washington din 1965 este reglementată de legislația privind executarea hotărârilor judecătorești în vigoare pe teritoriul statului român.

Recunoașterea oricărei sentințe date în temeiul Convenției ca fiind obligatorie și asigurarea executării sale ca fiind o hotărâre definitivă a unei instanțe interne are drept consecință împrejurarea că hotărârii arbitrale astfel pronunțate îi este aplicabil regimul național de executare.

Conform Raportului directorilor executivi la Convenția CIRDI: *"Articolul 54 cere Statelor Contractante să echivaleze hotărârea arbitrală adoptată în baza Convenției cu hotărârile judecătorești ale tribunalelor sale. Convenția nu impune obligații suplimentare și nu impune punerea în executare a hotărârilor arbitrale adoptate în temeiul Convenției în cazul în care înseși hotărârile judecătorești definitive nu pot fi puse în executare"*.

La data promovării cererii având ca obiect încuviințarea executării silite, legislația națională prevedea încuviințarea executării silite în temeiul unui titlu executoriu (art. 632 C. pr. civ.), reprezentat de hotărâri executorii (art. 633 C. pr. civ.), hotărâri definitive (art. 634 C. pr. civ.), sau alte înscrisuri care, potrivit legii pot fi puse în executare.

Art. 665 al. 5 C. pr. civ. reglementează cazurile în care poate fi respinsă cererea de executare silită:

" 1. cererea de executare silită este de competența altui organ de executare decât cel sesizat;

2. hotărârea sau, dupa caz, înscrisul nu constituie, potrivit legii, titlu executoriu;

3. înscrisul, altul decât o hotărâre judecătorească, nu întrunește toate condițiile de formă cerute de lege sau alte cerințe în cazurile anume prevăzute de lege;

4. creanța nu este certă, lichidă și exigibilă;

5. debitorul se bucură de imunitate de executare;

6. titlul cuprinde dispoziții care nu se pot aduce la îndeplinire prin executare silită;

7. există alte impedimente prevăzute de lege. "

Având în vedere prevederile art. 665 al. 5 pct. 7 C.pr.civ., rezultă că instanța poate respinge cererea de încuviințare a executării silite atunci când nu sunt îndeplinite orice condiții de fond sau de formă prevăzute de lege pentru declanșarea executării silite, impedimentele la executare trebuind însă, a fi reglementate de norme de ordine publică³⁹.

Tribunalul București a respins cererea privind formularea unei trimiteri preliminare motivând: "*Prin cererea de trimitere a celor două întrebări preliminare se dorește a se dovedi faptul că Statul Român este în imposibilitate de a executa hotărârea arbitrală pronunțată în baza unei Convenții ratificate, și deci recunoscută de către România, invocând natura obligației stabilită prin hotărârea respectivă și anume aceea de ajutor de stat.*" și "*Divergențele de opinii în interpretarea naturii obligatorii stabilite prin hotărârea arbitrală pot face obiectul analizei în cadrul acțiunii în anulare, procedură prevăzută de Convenția din 1965 și care, de altfel a fost declanșată de către contestator.*"

În această situație nu se poate reține obligativitatea sesizării Curții atâta timp cât pe de o parte există o procedură specială prevăzută de Convenția din 1965, iar pe de altă parte hotărârea ce urmează a fi pronunțată în cauza de față este susceptibilă de exercițiul căii de atac prevăzută de dreptul intern"⁴⁰.

³⁹ A se vedea G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Editura Hamangiu, București, 2017, p. 1105.

⁴⁰ Încheierea de ședință din 13.10.2014, pronunțată în dosarul nr. 15755/3/2014, nepublicată.

Opinăm în sensul în care argumentele instanței cu privire la respingerea cererii de sesizare a CJUE prin mecanismul prevăzut de art. 267 TFUE⁴¹ nu sunt străine de orice critică.

Sub un prim aspect, acțiunea în anularea hotărârii arbitrale este limitată la motivele expres și limitativ prevăzute de art. 52 din Convenția CIRDI, printre care nu se regăsesc și cele referitoare la modalitatea în care tribunalul arbitral a interpretat caracterul obligației stabilite în sarcina statului prin sentința atacată.

În al doilea rând, trimiterea preliminară este o procedură exercitată în fața CJUE ce permite unei instanțe naționale să o consulte cu privire la interpretarea dreptului comunitar într-un litigiu în care aceasta este sesizată. Împrejurarea că încheierea pronunțată de prima instanță este susceptibilă de apel (obligativitatea trimiterii existând doar pentru instanțele de ultim grad de jurisdicție) nu poate constitui un motiv pentru respingerea cererii de sesizare, atunci când instanța națională apreciază că interpretarea normelor uniunii îi este necesară pentru soluționarea cauzei.

Încuviințarea executării silite a fost acordată de către Tribunalul București în temeiul art. 655 C. pr. civ., prevedere legală ce permite judecătorului în baza al. 5 pct. 7 din acest articol să refuze încuviințarea executării silite când există impedimente de ordine publică prevăzute de lege.

Art. 107 și art. 108 din TFUE sunt direct aplicabile în ordinea juridică internă.

În ceea ce privește caracterul de ordine publică a acestor norme, conform jurisprudenței comunitare (*Cauza C126/97, Eco Swiss*⁴²), normele

⁴¹ 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... "

⁴² Cauza C126/97, *Eco Swiss China Time Ltd et Benetton International NV*, online la <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44616&pageIndex=0&doclang=FR&m ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1429137>, accesat 24.01.2018.

în domeniul concurenței, cărora li se subsumează problematica ajutoarelor de stat sunt de ordine publică.

Mai mult decât atât, regulile privind ajutoarele de state sunt aplicabile și plăților de daune acordate de o hotărâre arbitrală, astfel cum a reținut CJUE în *Cauza C-369/07, Comisia/Grecia*:

“Reiese din această hotărâre că tribunalul arbitral s-a pronunțat, printre altele, în sensul că Olympic Airways a suferit prejudicii financiare din cauza expulzării premature de la aeroportul Elliniko, a mutării obligatorii la noul aeroport Spata, a construirii unor instalații în acest aeroport, a costurilor suplimentare și speciale de funcționare a acelui aeroport, precum și din cauza imobilizării unor fonduri.

Sub rezerva aplicării dispozițiilor comunitare în materie de ajutoare de stat, trebuie, așadar, constatat, pentru necesitățile acestei proceduri, că Republica Elenă a dovedit existența unei creanțe exigibile în beneficiul Olympic Airways care se ridică la 601 289 003 euro, această sumă fiind cu mult mai mare decât valoarea totală a ajutoarelor de stat în cauză.”⁴³.

Motivat de faptul că hotărârea arbitrală acorda despăgubiri apreciate de către Comisia Europeană ca fiind ajutor de stat incompatibil cu piața comună și că punerea sa în executare ar putea reprezenta o încălcare a unor norme de ordine publică prevăzute în legislația uniunii, apreciem că se impunea utilizarea mecanismului trimiterii preliminare în contextul în care legislația națională a unui stat membru, în speță legislația română, permite instanței naționale să refuze încuviințarea executării silite a unei hotărâri dacă există anumite impedimente la executare, de ordine publică prevăzute de lege.

Având în vedere competența exclusivă a CJUE de interpretare a normelor comunitare, inițierea dialogului cu instanța uniunii ar fi permis judecătorului național obligat să asigure efectul deplin al normelor UE (înlăturând, dacă este necesar, din oficiu aplicarea oricărei dispoziții contrare a legislației naționale), să obțină opinia curții asupra întrebării dacă despăgubirile acordate în baza unei hotărâri arbitrale ca urmare a încălcării unui TBI intra-UE pot fi considerate ajutor de stat incompatibil cu piața

⁴³ Cauza C-369/07, Comisia/Greciei, EU:C:2009:428, Online la <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=ro&num=C-369/07>, accesat 24.01.2018.

comună și dacă dreptul UE se opune punerii în executare a unei astfel de hotărâri.

În jurisprudența sa (*Cauza C-119/05, Lucchini*⁴⁴), CJUE a statuat: *”Dreptul comunitar se opune aplicării unei dispoziții a dreptului național care urmărește să consacre principiul autorității de lucru judecat, precum articolul 2909 din Codul civil italian (codice civile), în măsura în care aplicarea acesteia împiedică recuperarea unui ajutor de stat care a fost acordat cu încălcarea dreptului comunitar și a cărui incompatibilitate cu piața comună a fost constatată printr-o decizie a Comisiei Comunităților Europene care a devenit definitivă.”*

Deși la data la care instanțele naționale s-au pronunțat în primă instanță asupra încuviințării executării silite și ulterior au respins contestația la executare nu exista o decizie definitivă a Comisiei Europene de declarare a ajutorului de stat ca fiind incompatibil cu normele UE, sesizarea CJUE ar fi fost utilă prin prisma jurisprudenței amintite.

Respingerea contestației la executare promovată de către Statul Român a fost pronunțată de către Tribunalul București, cu următoarele motive: *“În ceea ce privește argumentele contestatorului referitoare la natura despăgubirilor acordate de ICSID drept ajutor de stat și ca atare existența unei pretese incompatibilități cu dreptul Uniunii europene, tribunalul apreciază că acestea de fapt vizează temeinicia hotărârii arbitrale pronunțată de CIRDI situație ce contrazice disp. art. 50, art. 51 și art. 52 din convenție. Potrivit acestor prevederi hotărârea arbitrală nu poate fi supusă decât unei cereri de interpretare sau unei cereri de revizuire, respectiv unei cereri în anulare care de altfel a și fost formulată de către contestator. În atare situație aspectele referitoare la natura despăgubirilor urmând a fi analizate în cadrul acțiunii în anulare, conturarea hotărârii arbitrale nefiind posibilă în cadrul unei contestații la executare având în vedere prevederile legale menționate.*

Apărățile contestatorului referitoare la procedura executării voluntare menționate în cererea completatoare sunt invocate tot în raport de natura despăgubirilor, respectiv faptul că ar fi ajutor de stat având în vedere

⁴⁴ Cauza C-119/05, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato împotriva Lucchini SpA, fostă Lucchini Siderurgica SpA, EU:C:2007:434, Online la <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=ro&num=C-119/05>., accesat 24.01.2018.

observațiile Comisiei Europene în calitate de amicus curiae motiv pentru care vor fi înlăturate pentru aceleași considerente reținute anterior.”⁴⁵

Disputa asupra naturii juridice a despăgubirilor acordate reclamanților nu privește, astfel cum a reținut instanța națională, temeinicia hotărârii arbitrale, ci ține de modalitatea de interpretarea a normelor UE în materia ajutorului de stat aplicate acestei categorii de despăgubiri și astfel, de raportul dintre dreptul UE și dreptul comerțului internațional.

De altfel, pe tărâmul dreptului național, dacă titlul executoriu este o hotărâre judecătorească sau una arbitrală, debitorul nu ar putea invoca pe calea contestației la executare apărări de fond referitoare la existența, întinderea și valabilitatea creanței sale⁴⁶.

Stabilirea compatibilității ajutorului de stat intră în competența exclusivă a Comisiei Europene, iar verificarea conformității actului Comisiei cu actele primare și secundare ale UE este realizată de către instanțele acestora (Tribunalul Uniunii și CJUE).

Din această perspectivă, interpretarea solicitată de către Comisia Europeană prin întrebarea dacă dreptul european (art. 107 și art. 108 din TFUE), interzice autorităților unui stat membru să pună în executare o hotărâre arbitrală CIRDI având ca scop acordarea de daune pentru abrogarea prematură a unui ajutor de stat a cărui încetare Comisia Europeană a cerut-o în timpul negocierilor de aderare deoarece era incompatibil cu piața internă, ar fi fost de natură a ajuta instanța națională în soluționarea contestației la executare și de a preveni introducerea litigii ce au fost ulterior promovate atât în fața instanțelor naționale cât și a celor din uniune.

2.5. Procedurile naționale în domeniul ajutorului de stat adoptate în timpul executării silite

2.5.1. Intervenția legislativă și efectele sale

Executarea hotărârii arbitrale a intrat într-o nouă etapă prin adoptarea O.U.G. nr. 77/2014 privind procedurile naționale în domeniul ajutorului de stat, precum și pentru modificarea și completarea Legii concurenței nr. 21/1996⁴⁷, aprobată cu modificări prin Legea nr. 20/2015⁴⁸.

⁴⁵Sentința civilă nr.1556/24.11.2014 pronunțată de Tribunalul București în dosarul nr. 15755/3/2014, nepublicată.

⁴⁶A se vedea G. Boroi, M. Stancu, *op. cit.*, p. 1168.

⁴⁷Publicată în M. Of. nr. 893, 09.12.2014.

⁴⁸Publicată în M. Of. nr.160, 06.03.2015.

Prin dispozițiile art. 38² - 38⁹ din O.U.G nr. 77/2014, emitentul actului normativ a reglementat procedura internă în cazul în care Comisia declanșează procedura de investigație privind acordarea unui presupus ajutor de stat ilegal prevăzând instituirea de către furnizorul ajutorului de stat a măsurilor asiguratorii în condițiile C.pr.f., asupra activelor beneficiarului/beneficiarilor de ajutor de stat, într-un cuantum echivalent cu valoarea ajutorului de stat ilegal analizat de Comisia Europeană precum și interdicția declanșării executării silită a titlului executoriu ce constă într-o hotărâre judecătorească sau arbitrală, de la data comunicării deciziei Comisiei Europene privind declanșarea procedurii de investigație către furnizor sau, după caz, suspendarea de drept a executării⁴⁹.

Prin art. II din Legea nr. 20/2015 legiuitorul a arătat că dispozițiile art. 38² - 38⁹ din O.U.G nr. 77/2014 se aplică și ajutoarelor de stat aflate, la data intrării în vigoare a legii, în procedură de investigație derulată de Comisia Europeană, executările silită aflate în derulare împotriva furnizorilor urmând a fi suspendate de drept la data intrării în vigoare a legii.

În aplicarea prevederilor legale menționate, furnizorul ajutoarelor de stat a emis decizii de instituire a măsurilor asiguratorii, contestate de către beneficiarii despăgubirilor printr-o serie de contestații la executare promovate pe rolul instanțelor naționale. Acțiunile contestatorilor au fost soluționate fie prin respingerea definitivă⁵⁰, fie prin suspendarea soluționării cererilor sau a căilor de atac până la soluționarea acțiunii în anulare a Deciziei Comisiei Europene din 30 martie 2015⁵¹.

În cadrul contestațiilor la executare prin care s-a dispus instituirea măsurilor asiguratorii, contestatorii-creditori au invocat excepții de neconstituționalitate ale dispozițiilor art. 38², art. 38³ alin. (1), (3) și (5), art. 38⁹ și art. 41¹ din O.U.G nr. 77/2014 prin raportare la art.1 al. 3 și al. 4 din Constituția României privind statul de drept, respectiv principiul separației și echilibrului puterilor în stat, art. 11 al. 1 referitor la dreptul internațional și dreptul intern, art. 15 al. 2 potrivit căruia *"Legea dispune numai pentru*

⁴⁹ Pentru o analiză critică a noilor reglementări, a se vedea Puie O., *Ajutorul de stat și procedura de executare a hotărârilor judecătorești și a altor titluri executorii din materia ajutorului de stat, în contextul dreptului intern și a normelor Uniunii Europene*, în *Revista Română de Jurisprudență* nr. 1/2016, pp. 132-142.

⁵⁰ Dosarele nr. 641/187/2015 și nr. 643/187/2015 ale Judecătoriei Beiuș.

⁵¹ Dosarul nr. 5188/271/2015 al Judecătoriei Oradea, dosarele nr. 642/187/2015 și nr. 1099/187/2015 ale Judecătoriei Beiuș.

viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile", art. 21 al. 1 - 3 privind accesul liber la justiție și dreptul la un proces echitabil și art. 44 al. 1 potrivit căruia "Dreptul de proprietate, precum și creanțele asupra statului, sunt garantate. Conținutul și limitele acestor drepturi sunt stabilite prin lege" și art. 126 al. 1 potrivit căruia "Justiția se realizează prin Înalta Curte de Casație și Justiție și prin celelalte instanțe judecătorești stabilite de lege".

2.5.2. Poziția Curții Constituționale

Noile dispoziții contestate pe calea excepțiilor de neconstituționalitate au fost apreciate de către instanța de contencios constituțional ca fiind în concordanță cu prevederile Constituției în raport de criticile formulate⁵².

Curtea Constituțională a respins toate excepții invocate, arătând printre altele că: "Aderând la ordinea juridică a Uniunii Europene, România a acceptat ca, în domeniile în care competența exclusivă aparține Uniunii Europene, indiferent de tratatele internaționale pe care le-a încheiat, implementarea obligațiilor rezultate din acestea să fie supusă regulilor Uniunii Europene"⁵³.

Totodată, "...necesitatea reglementării unei proceduri unitare și coerente pentru gestionarea obligațiilor ce revin României în temeiul art. 108 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene nu poate fi calificată ca fiind o încălcare a dreptului de proprietate privată, din contră, prin măsurile asigurătorii dispuse în privința furnizorului se garantează aducerea la îndeplinire a obligațiilor acestuia în măsura în care Comisia Europeană stabilește compatibilitatea ajutorului de stat cu piața comună"⁵⁴.

Curtea Constituțională nu a primit nici susținerea încălcării principiului neretroactivității legii, apreciind că procedura de executare silită aflată în curs și care se suspendă de drept ca urmare a intrării în vigoare a legii, precum și dispunerea măsurilor asigurătorii prevăzute de lege în privința ajutoarelor de stat aflate, la data intrării în vigoare a legii, în procedură de investigație derulată de Comisia Europeană nu vădește o aplicare retroactivă a legii, respectiv aplicarea acesteia unor situații calificate drept *facta praeterita*, ci unor situații pendinte aflate în curs de executare la

⁵² Decizia C. C. nr. 887/2015 publicată în M. Of. nr. 191, 15.03.2016.

⁵³ Pct. 75 din Decizia C.C. nr. 887/2015.

⁵⁴ Pct. 83 din Decizia C.C. nr. 887/2015

momentul intrării în vigoare a legii, legea acționând în domeniul său propriu de aplicare, fiind de imediată aplicare și acestor situații⁵⁵.

O remarcă se cuvine a fi făcută cu privire la soluția instanței de contencios constituțional asupra criticii de neconstituționalitate referitoare la încălcarea principiului separației puterilor în stat prin intervenția statului în cadrul unei executări silite, soluție pe care o apreciem cel puțin discutabilă privită din prisma jurisprudenței aceleiași instanțe.

Intervenția legislativă a statului român prin O.U.G. nr. 77/2014 astfel cum a fost aprobată prin Legea nr. 20/2015, în baza căreia au fost emise decizii de instituire a măsurilor asigurătorii și de suspendare de drept a executărilor silite a avut loc după declanșarea executării silite solicitate de creditorii în baza hotărârii arbitrale (asimilată unei hotărâri judecătorești definitive), o astfel de inițiativă normativă în timpul executărilor silite fiind apreciată prin decizii anterioare de către Curtea Constituțională ca aducând atingere principiului prevăzut la art. 1 al. 4 din Constituția României.

Prin Decizia nr. 6/1992⁵⁶ Curtea Constituțională a arătat: *”În virtutea principiului separației puterilor în stat, Parlamentul nu are dreptul să intervină în procesul de realizare a justiției. Dreptul de control al Parlamentului se exercită și asupra modului cum funcționează organele puterii judecătorești, el stabilind, în acest scop, regulile după care se desfășoară activitatea de judecată. Potrivit Constituției, acest drept, însă, se poate exercita numai cu respectul autorității lucrului judecat și fără a împiedica instanțele judecătorești de a-și exercita misiunea lor, prevăzută de art. 125 din Constituție, de realizare a justiției. O imixtiune a puterii legislative care ar pune autoritatea judecătorească în imposibilitatea de a funcționa, chiar dacă numai cu referire la o anumită categorie de cauze și pentru o anumită perioadă de timp, ar avea drept consecință ruperea echilibrului constituțional dintre aceste autorități. De aceea, o dispoziție legală prin care se suspendă cursul judecății sau executarea hotărârilor judecătorești definitive referitoare la anumite cauze determinate este neconstituțională”*.

Cele arătate nu exclud posibilitatea autorităților judecătorești ca, în condițiile legii, să suspende judecata sau executarea unei hotărâri

⁵⁵ Pct. 94 din Decizia C.C. nr. 887/2015.

⁵⁶ Publicată în M. Of. nr. 48, 4.03.1993.

judecătorești, precum și, în cazul exercitării căilor de atac, să desființeze sau să modifice o hotărâre care nu ar fi legală sau temeinică”.

Aceeași linie jurisprudențială a fost păstrată și prin Decizia nr. 50/2000 a Curții Constituționale⁵⁷: *“Curtea constată, de asemenea, că o prevedere legală, prin care s-ar interzice - fie și numai temporar - executarea unei hotărâri judecătorești ar reprezenta o imixtiune a puterii legislative în procesul de realizare a justiției, fiind contrară principiului constituțional al separației puterilor în stat”.*

Soluția avansată de instanța de contencios constituțional prin Decizia nr. 6/1992, suspendarea judecării sau a executării hotărârii sau în cazul exercitării căilor de atac, desființarea sau modificarea hotărârii care nu ar fi fost legală sau temeinică de către instanțele de judecată se impunea a fi adoptată, intervenția legislativă a statului într-o executare în curs, în care deține calitatea de debtor ridicând probleme atât de convenționalitate, cu referire la art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, cât și de constituționalitate, din prisma art. 1 al. 4 din Constituția României.

3. Decizia (UE) 2015/2014 a Comisiei europene privind recuperarea despăgubirilor

Prin Decizia (UE) 2015/1470 a Comisiei Europene din 30 martie 2015 privind ajutorul de stat SA.38517 (2014/C)⁵⁸ s-a stabilit că plata despăgubirilor acordate de tribunalul arbitral constituit pe lângă CIRDI prin hotărârea arbitrală din 11 decembrie 2013 în cauza nr. ARB/05/20 *Micula și alții/România* reprezintă ajutor de stat în sensul art. 107 al. 1 din TFUE incompatibil cu piața internă, impunând României să nu îl plătească și să recupereze sumele deja executate⁵⁹.

⁵⁷ Publicată în M. Of. nr. 277, 20.06.2000.

⁵⁸ Online la <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A32015D1470>, accesat 7.01.2018.

⁵⁹ Prin scrisoarea din 31.01.2014, Comisia a informat autoritățile române că orice punere în aplicare sau executare a hotărârii ar constitui un ajutor nou și ar trebui să facă obiectul unei notificări adresate Comisiei. La 26.05. 2014, Comisia a informat România cu privire la decizia sa de a emite un ordin de suspendare în temeiul art. 11 al. 1 din Regulamentul (CE) nr. 659/1999, obligând România să suspende orice acțiune care poate duce la punerea în aplicare sau executarea acelei părți din suma prevăzută în hotărâre care nu a fost încă plătită, până în momentul adoptării de către Comisie a unei decizii finale cu privire la compatibilitatea ajutorului de stat respectiv cu piața internă.

Prin scrisoarea din 1 octombrie 2014, Comisia a informat România în legătură cu decizia sa de a iniția procedura prevăzută la art. 108 al. 2 din TFUE în ceea ce privește punerea în

Decizia prezintă argumentele Comisiei Europene cu privire la natura despăgubirilor acordate reclamanților prin prisma îndeplinirii condițiilor de existență a ajutorului de stat, astfel cum sunt prevăzute în legislația UE și dezvoltate prin jurisprudența CJUE.

3.1. Criteriile de identificare a ajutoarelor de stat consacrate prin normele UE și dezvoltate în jurisprudența CJUE

Domeniu de reglementare exclusiv al Uniunii, potrivit prevederilor art. 3 din TFUE, politica concurenței este esențială pentru o piață internă solidă și competitivă. Parte a politicii concurenței, ajutorul de stat își găsește consacrarea la art. 107-109 din TFUE, norme prin care se instituie caracterul incompatibil al oricărui ajutor și excepțiile de la această regulă, conceptul de ajutor de stat și principiile generale aplicabile controlului măsurilor de ajutor adoptate în cadrul Uniunii, precum și competența exclusivă de control a Comisiei Europene în colaborare cu statele membre.

Conform art. 107 al. 1 din TFUE: *„sunt incompatibile cu piața internă ajutoarele acordate de state sau prin intermediul resurselor de stat, sub orice formă, care denaturează sau amenință să denatureze concurența prin favorizarea anumitor întreprinderi sau a producerii anumitor bunuri, în măsura în care acestea afectează schimburile comerciale dintre statele membre”*.

Noțiunea de ajutor de stat are caracter juridic și este un concept definit în mod direct în TFUE, impunându-se a fi interpretată pe baza unor elemente obiective.

Conform unei jurisprudențe constante a CJUE⁶⁰, criteriul decisiv pentru a se stabili dacă o anumită măsură constituie ajutor de stat, nu îl reprezintă intențiile sau justificările prezentate de statele membre la momentul acordării respectivului ajutor, ci efectele măsurii în cauză.

Clarificări privind principalele repere referitoare la *noțiunea de ajutor de stat*, astfel cum este menționată la art. 107 al. 1 din TFUE au fost

aplicare parțială de către România a hotărârii la începutul anului 2014, precum și în ceea ce privește orice punere în aplicare sau executare ulterioară a hotărârii.

Decizia Comisiei de a iniția procedura a fost publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene la 7.11. 2014, părțile interesate fiind invitate să își trimită observațiile.

⁶⁰ Cauza C-478/06, British Aggregates/Comisia, EU:C:2008:757, pct. 85, Hotărârea din 29 februarie 1996, Belgia/Comisia, C-56/93, pct. 79, Hotărârea Franța/Comisia, pct. 20, Hotărârea din 17 iunie 1999, Belgia/Comisia, pct. 25, online la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73226&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=626965>, accesat 4.01.2018.

sintetizate prin *Comunicarea Comisiei privind noțiunea de ajutor de stat astfel cum este menționată la articolul 107 alineatul (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene*⁶¹.

Astfel, o măsură constituie ajutor de stat dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

- a) măsura trebuie să fie imputabilă statului și finanțată din resurse de stat;
- b) măsura trebuie să ofere unei întreprinderi un avantaj economic selectiv;
- c) măsura trebuie să denatureze sau să amenințe să denatureze concurența;
- d) măsura trebuie să aibă potențialul de a afecta schimburile comerciale dintre statele membre.

3.1.a) Măsura trebuie să fie imputabilă statului și finanțată din resurse de stat

Acordarea unui avantaj direct sau indirect prin intermediul resurselor de stat și imputabilitatea unei astfel de măsuri în sarcina statului constituie două condiții separate și cumulative pentru existența ajutorului de stat, care sunt adesea luate în considerare împreună atunci când se evaluează o măsură în temeiul art. 107 al. 1 din TFUE, întrucât ambele se referă la originea publică a măsurii în cauză⁶².

Noțiunea de stat a fost interpretată extensiv, incluzându-se nu numai ajutoarele acordate direct de stat, ci și de organisme publice sau private prin intermediul cărora statul administrează operațiunea⁶³.

În cazul în care o autoritate publică acordă un avantaj unui beneficiar, măsura este prin definiție imputabilă statului, chiar dacă autoritatea în cauză beneficiază de autonomie juridică față de alte autorități publice. Același lucru este valabil și în cazul în care o autoritate publică

⁶¹ Online la [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=RO](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=RO), accesat 4.01.2018.

⁶² Cauza C-482/99, Franța/Comisia (Stardust), EU:C:2002:294, punctul 24, online la <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47344&pageIndex=0&doclang=FR&m ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=638933>, accesat 4.01.2018.

⁶³ Mihai E., *Ajutoare de stat și politici publice europene*, Editura C. H. Beck, București, 2008, pp. 14-15.

desemnează un organism privat sau public pentru administrarea unei măsuri care conferă un avantaj⁶⁴.

Din jurisprudența dezvoltată de CJUE, Comisia a reținut ca fiind posibili indicatori ai imputabilității faptul că organismul în cauză nu putea adopta decizia contestată fără a ține seama de cerințele autorităților publice, statutul juridic al întreprinderii (dacă aceasta este reglementată de dreptul public sau de dreptul comun al întreprinderilor), deși simplul fapt că o întreprindere publică a fost constituită sub forma unei societăți de capitaluri de drept comun nu poate fi considerat drept un motiv suficient pentru a exclude imputabilitatea, având în vedere autonomia pe care o astfel de formă juridică este susceptibilă să i-o confere, intensitatea tutelei exercitate de autoritățile publice asupra administrării întreprinderii, precum și orice alt indicator care să evidențieze o implicare a autorităților publice sau improbabilitatea neimplicării lor în adoptarea unei măsuri, având în vedere amploarea, conținutul acestuia sau condițiile pe care le presupune⁶⁵.

În ceea ce privește *noțiunea de resurse de stat*, aceasta a fost definită ca incluzând toate resursele din sectorul public⁶⁶, resursele entităților intrastatale (descentralizate, federale, regionale sau de altă natură) și, în anumite circumstanțe, resursele organismelor private, fiind irelevant dacă o instituție din sectorul public este autonomă sau nu, transferul resurselor de stat putând lua multiple forme: subvenții directe, împrumuturi, garanții, investiții directe în capitalul întreprinderilor sau prestații în natură.

În jurisprudența sa, CJUE a reținut că renunțarea la venituri care altfel ar fi fost plătite statului constituie un transfer de resurse de stat⁶⁷ și că un „deficit” în veniturile fiscale și de securitate socială datorat exonerării sau reducerilor la plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale acordate de către statul membru sau scutirilor de la obligația de a plăti

⁶⁴ Cauza C-156/98, Republica federală Germania/Comisia, EU:C:2000:467, online la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45644&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=642211>, accesat 4.01.2018.

⁶⁵ Cauza C-482/99, Franța/Comisia (Stardust), Cauza C-242/13, Commerz Nederland, C-242/13, EU:C:2014:2224, online la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157804&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=647311>, accesat 4.01.2018.

⁶⁶ Cauza T-358/94, Air France/Comisia, EU:T:1996:194, online la file:///C:/Users/Matey/Downloads/DOC_1.fr.pdf, accesat 4.01.2018.

⁶⁷ Cauza C-83/98 P, Franța/Ladbroke Racing Ltd și Comisia, EU:C:2000:248, online la <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45273&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=657868>, accesat 4.01.2018.

amenzi sau alte sancțiuni pecuniare îndeplinește cerința privind resursele de stat prevăzută la art. 107 al. 1 din TFUE⁶⁸.

3.1.b) *Măsura trebuie să ofere unei întreprinderi un avantaj economic selectiv*

Un avantaj, în sensul art. 107 al. 1 din TFUE, este orice beneficiu economic pe care întreprinderea nu l-ar fi putut obține în condiții normale de piață în absența intervenției statului⁶⁹.

Acordarea beneficiului poate apărea sub forma unei norme fiscale atunci când statul scutește sau taxează mai puțin produsele naționale, acestea fiind beneficiarul unui avantaj prin diminuarea pasivului fiscal⁷⁰.

Avantajul oferit poate fi total sau parțial, actual sau potențial (garantarea de către stat a unui împrumut bancar), direct (transfer de fonduri către întreprinderea beneficiară, reșalonarea datoriilor, abandonarea creanțelor statului, conversia datoriilor în capital) sau indirect (acceptarea de către stat a unor condiții anormale de tranzacționare), permanent sau temporar⁷¹.

CJUE a statuat că doar efectul măsurii asupra întreprinderii este relevant, iar nu cauza sau obiectivul intervenției statului. Ori de câte ori situația financiară a unei întreprinderi este îmbunătățită ca rezultat al intervenției statului în condiții care diferă de condițiile normale de piață, există un avantaj. Pentru a evalua acest aspect, ar trebui să fie comparată situația financiară a întreprinderii în urma punerii în aplicare a măsurii cu situația financiară a acesteia în cazul în care măsura nu ar fi fost adoptată⁷².

⁶⁸ Cauza C-200/97, Ecotrade, EU:C:1998:579, online la <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61997CJ0200&from=RO>, accesat 4.01.2018 și Cauzele conexate C-399/10 P și C-401/10P, Bouygues și Bouygues Télécom/Comisia și alții, EU:C:2013:175, online la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=135222&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=658692>, accesat 4.01.2018.

⁶⁹ Cauza C-39/94, SFEI și alții, EU:C:1996:285, online la <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99563&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=660384>, accesat 4.01.2018 și Cauza C-342/96, Spania/Comisia, EU:C:1999:210, online la <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61996CJ0342&from=EN>, accesat 4.01.2018.

⁷⁰ I.M. Costea, *Fiscalitatea europeană. Note de curs*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 94.

⁷¹ Mihai E., *op. cit.*, pp. 17-19.

⁷² Cauza 173/73, Italia/Comisia, EU:C:1974:71, online la <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88673&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=664897>, accesat 4.01.2018.

Pentru a determina dacă ajutorul conferă sau nu un avantaj economic întreprinderii nu prezintă relevanță forma exactă a măsurii, întrucât nu doar acordarea avantajelor economice pozitive este relevantă pentru noțiunea de ajutor de stat, ci și scutirea de sarcinile economice poate să constituie un avantaj. Această categorie este una largă și cuprinde orice reducere a sarcinilor economice incluse în mod normal în bugetul unei întreprinderi, referindu-se la toate situațiile în care operatorii economici sunt scutiți de costurile inerente activităților economice pe care le desfășoară⁷³.

3.1.c) Măsura trebuie să denatureze sau să amenințe să denatureze concurența

Se consideră că o măsură acordată de stat denaturează sau amenință să denatureze concurența în cazul în care aceasta este susceptibilă să amelioreze poziția concurențială a beneficiarului în comparație cu celelalte întreprinderi cu care acesta concurează⁷⁴.

În practică, s-a reținut că există o denaturare a concurenței în sensul art. 107 al. 1 din TFUE atunci când statul acordă un avantaj financiar unei întreprinderi într-un sector liberalizat în care există sau ar putea exista concurență⁷⁵.

3.1. d) Măsura trebuie să aibă potențialul de a afecta schimburile comerciale dintre statele membre

Sprijinul public pentru întreprinderi constituie ajutor de stat în temeiul art. 107 al. 1 din TFUE doar în măsura în care acesta „afectează schimburile comerciale dintre statele membre”, nefiind necesar să se stabilească faptul că ajutorul are un efect real asupra schimburilor comerciale dintre statele membre, ci doar dacă ajutorul este susceptibil să afecteze aceste schimburi comerciale⁷⁶.

Cu toate acestea, un efect asupra schimburilor comerciale dintre statele membre nu poate fi doar ipotetic sau presupus. Trebuie să se

⁷³ Cauza C-126/01, GEMO SA, EU:C:2003:622, online la <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48413&pageIndex=0&doclang=FR&m ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=667266>, accesat 4.01.2018.

⁷⁴ Cauza 730/79, Philip Morris, EU:C:1980:209, online la <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61979CJ0730&from=EN>, accesat 4.01.2017.

⁷⁵ Cauza C-280/00, Altmark Trans, EU:C:2003:415, online la <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48533&pageIndex=0&doclang=FR&m ode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=669476>, accesat 4.01.2018.

⁷⁶ Cauza C-518/13, Eventech/The Parking Adjudicator, EU:C:2015:9, online la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=161376&doclang=RO>, accesat 4.01.2018.

stabilească motivul pentru care măsura denaturează sau amenință să denatureze concurența și este susceptibilă să aibă un efect asupra schimburilor comerciale dintre statele membre, pe baza efectelor previzibile ale măsurii⁷⁷.

Comisia a analizat în ce măsură plata despăgubirilor acordate prin hotărârea arbitrală reprezintă un ajutor nou, incompatibil cu piața internă aplicând criteriile de existență ale noțiunii de ajutor de stat expuse în precedent.

3.2. Despăgubiri sau ajutor de stat?

În esență, Comisia a constatat împrejurarea că frații Micula și cele trei societăți reclamante formează împreună o singură unitate economică care constituie o întreprindere în sensul aplicării art. 107 al. 1 din TFUE, argumentele vizând în primul rând faptul că frații Micula dețin, în mod direct sau indirect, dreptul de proprietate aproape exclusiv asupra celor trei societăți reclamante, demonstrând astfel o participație care asigură controlul asupra societăților în cauză, iar sub un al doilea aspect, că societățile reclamante fac parte dintr-un grup mai mare de societăți, European Food and Drinks Group („EFDG”), reclamanții înșiși bazându-și cererea de despăgubire pe presupusele pierderi suferite de EFDG în ansamblu, iar tribunalul acceptând această abordare a permis reclamanților să solicite despăgubiri pentru pierderile suferite de EFDG în ansamblu.

Comisia a mai arătat că descrierea fraților Micula și a societăților lor ca fiind o singură unitate economică este susținută și de modalitatea prin care hotărârea le-a acordat despăgubiri, admitând fiecărui reclamant să recupereze întreaga valoare a despăgubirilor acordate și, ulterior, să împartă despăgubirile respective după cum consideră adecvat, indiferent de daunele efectiv suferite de fiecare dintre aceștia.

În ceea ce privește existența avantajului economic, Comisia a procedat la examinarea elementelor pe baza cărora tribunalul a stabilit, în hotărârea corespunzătoare, că reclamanților ar trebui să li se acorde despăgubiri, respectiv că despăgubirile trebuie să fie acordate pe baza principiului că „reclamantul trebuie să fie repus în situația în care ar fi fost «după toate probabilitățile» dacă n-ar fi existat delictul la nivel internațional” și că numai pierderile cauzate de actul care constituie delictul la nivel

⁷⁷ Cauza 730/79, Philip Morris.

internațional ar putea fi compensate prin acordarea unor despăgubiri, toate încălcările TBI pretinse de reclamanți rezultând din același fapt: revocarea prematură a stimulentei care sunt în legătură directă cu aceasta.

Concluzia Comisiei a fost aceea că punerea în aplicare sau executarea hotărârii le oferă reclamanților un avantaj economic de care nu ar dispune pe piață prin alte mijloace, întrucât costurile materiilor prime, ca factori necesari pentru realizarea produselor finite, constituie cheltuieli uzuale de exploatare ale întreprinderilor, iar scutirea întreprinderilor de o parte din cheltuielile lor uzuale de exploatare le-ar conferi acestora un avantaj net la fel ca și acordarea de despăgubiri reclamanților pentru pierderile de profit, având în vedere că aceștia au fost nevoiți să își suporte propriile cheltuieli de exploatare.

Și acordarea către reclamanți a dobânzii la plățile pretins datorate în trecut ar trebui să fie calificate ca reprezentând un avantaj, întrucât conferă un avantaj suplimentar și distinct.

Comisia a subliniat că: "... în condiții de piață normale și în lipsa hotărârii, întreprinderea ar fi trebuit să își suporte propriile cheltuieli uzuale de exploatare, nu ar fi generat profitul despre care se pretinde că a fost pierdut și, prin urmare, nu ar fi fost în măsură să genereze o dobândă la acest capital. De fapt, prin abrogarea schemei prevăzute de OUG nr. 24, România a restabilit condiții normale de concurență pe piața pe care reclamanții își desfășoară activitatea, iar orice încercare de a despăgubi reclamanții pentru consecințele revocării stimulentei prevăzute de OUG nr. 24 conferă un avantaj care nu ar fi fost disponibil în condiții de piață normale."⁷⁸

Întrucât despăgubirea le-a fost acordată reclamanților în temeiul unui TBI intra-UE considerat ca lovit de nulitate de la data aderării României la UE, Comisia și-a exprimat în mod consecvent opinia potrivit căreia tratatele bilaterale de investiții intra-UE, precum TBI pe care reclamanții își întemeiază pretențiile contravin dreptului Uniunii, întrucât sunt incompatibile cu dispozițiile tratatelor.

În ceea ce privește criteriul selectivității, Comisia a reținut că hotărârea le acordă despăgubiri doar reclamanților, prin urmare, prin plata respectivelor despăgubiri, fie prin punerea în aplicare, fie prin executarea

⁷⁸ Pct. 96 din Decizia (UE) 2015/1470 a Comisiei.

hotărârii, România le acordă un avantaj doar reclamantilor, măsura fiind astfel selectivă.

Comisia invocând jurisprudența CJUE în *Cauzele conexate C-106/87 - C-120/87, Asteris*⁷⁹ a arătat că despăgubirile pentru prejudiciile suferite nu oferă beneficii în mod selectiv unei singure întreprinderi decât în măsura în care despăgubirea în cauză decurge din aplicarea unei norme generale a dreptului răspunderii statale pe care fiecare persoană o poate invoca, astfel încât ea exclude posibilitatea ca orice despăgubire acordată să acorde un beneficiu selectiv anumitor categorii sociale, iar măsura contestată, care decurge din aplicarea prevederilor TBI, nu respectă această cerință⁸⁰.

Și condițiile acordării ajutorului economic din resursele de stat și al imputabilității au fost constatate a fi îndeplinite întrucât România a procedat la punerea în aplicare parțială a hotărârii, prin compensarea unei părți din despăgubirile acordate reclamantilor de tribunal cu taxele și impozitele datorate statului român de unul dintre reclamanti⁸¹.

Comisia a mai arătat că în conformitate cu art. 108 al. 3 din TFUE, un stat membru trebuie să notifice Comisiei orice proiect de modificare sau de acordare de ajutoare și să nu pună în aplicare măsura preconizată înainte de adoptarea de către Comisie a unei decizii finale cu privire la compatibilitatea respectivei măsuri cu piața internă.

Analizând condițiile pronunțării hotărârii arbitrale, Comisia a reținut că plata despăgubirilor acordate acestora de către tribunal, indiferent dacă a fost efectuată prin punerea în aplicare sau prin executarea hotărârii, reprezintă un „ajutor nou” și este supusă integral mecanismului de control al ajutoarelor de stat prevăzut la art. 107 și art. 108 din TFUE.

Ajutorul trebuie considerat ca fiind acordat în momentul în care dreptul necondiționat de a-l primi îi este acordat beneficiarului în temeiul regimului juridic național aplicabil⁸², reclamantii primind un drept necondiționat la despăgubirile respective pe care l-au putut invoca împotriva României numai după ce tribunalul a constatat prin hotărârea pronunțată la

⁷⁹ *Cauzele conexate C-106/87 - C-120/87, Asteris AE și alții împotriva Republicii Elene și a Comunității Economice Europene*, online la <http://www.ier.ro/sites/default/files/traduceri/61987J0106.pdf>, accesat 30.01.2018.

⁸⁰ Pct. 110-111 din Decizia (UE) 2015/1470 a Comisiei.

⁸¹ Pct. 116-117 din Decizia (UE) 2015/1470 a Comisiei.

⁸² Pct. 133 din Decizia (UE) 2015/1470 a Comisiei.

11 decembrie 2013 încălcarea art. 2 al. 3 din TBI în coroborare cu dreptul intern românesc care conferă acestei hotărâri un efect juridic în ordinea juridică internă a României.

Comisia a nu a primit apărarea reclamațiilor cu privire la caracterul compatibil al ajutorului regional cu prevederile art. 107 al. 3 lit. a) și c) din TFUE, întrucât aplicând criteriile de evaluare cuprinse la punctele 76, 77 și 79 din Liniile directe privind ajutoarele de stat regionale pentru perioada 2007-2013 ajutorul de exploatare care rezultă din plata în cauză nu este menit să contribuie la obiectivul comun privind echitatea, astfel cum se prevede la art. 107 al. 3 lit. a), ci doar la despăgubirea beneficiarului pentru pierderile suportate ca urmare a revocării O.U.G. nr. 24/1998 înainte de data planificată a expirării acesteia, fără niciun impact pozitiv asupra dezvoltării regiunii, având și un caracter temporar.

Analiza Comisiei Europene cu privire la caracterul despăgubirilor acordate prin hotărârea arbitrală subliniază odată în plus problema raportului dintre dreptul UE și dreptul internațional al investițiilor, în speță a valabilității TBI intra-UE după momentul adoptării TFUE și a extinderii competenței UE în materia pieții interne comune.

Chestiunea stabilirii imputabilității statului român aduce în prim plan situația deloc confortabilă a statului gazdă aflat acum între obligația de punere în executare a unei hotărâri arbitrale în calitate de stat ce a ratificat Convenția de la Washington din 1965 și obligația de respectare a dreptul UE ca membru al uniunii, poziții juridice ce par a nu se concilia.

Comisia a reținut împrejurarea că ceea ce a creat condițiile propice ale avantajului selectiv a fost decizia României de a încheia TBI și ulterior, decizia statului gazdă de a executa în mod voluntar hotărârea prin plata parțială a despăgubirilor, continuată de acțiunile instanțelor naționale și ale executorilor judecătorești de a încuviința și de a dispune punerea în executare a sentinței arbitrale.

Poziția României în tot acest parcurs a fost caracterizată ca fiind una plină de erori rezultate din imposibilitatea de a evalua consecințele generate de conflictul de interese dintre sferele jurisdicționale naționale, internaționale și europene⁸³.

⁸³ Pentru detalii a se vedea E. Matei, *Limitele impuse în dreptul concurenței în materie de scutiri fiscale adoptate în scopul promovării investițiilor*, în *Curierul fiscal*, nr. 4/2015, pp. 143-148.

Existența Deciziei Consiliului Concurenței⁸⁴ de declarare a incompatibilității ajutoarelor de stat de natură a atrage concluzia că eliminarea ajutoarelor era previzibilă chiar din momentul adoptării deciziei, având în vedere obligațiile asumate de statul român în procesul aderării la UE a fost adusă ca argument suplimentar în analiza compartamentului statului român⁸⁵ care nu a amendat legislația aplicabilă în sensul acestei decizii.

3.3. Acțiunea în anularea Deciziei (UE) 2015/2014

Prin acțiunea introdusă la 3 noiembrie 2015, Micula/Comisia (Cauza T-694/15)⁸⁶, reclamantul Ioan Micula a solicitat Tribunalului în contradictoriu cu pârâta Comisia Europeană anularea Deciziei (UE) 2015/1470 sau cu titlu subsidiar, anularea deciziei în măsura în care îl privește pe reclamant, împiedică România să se conformeze hotărârii și obligă statul să recupereze orice ajutor incompatibil.

În motivarea acțiunii, se invocă și se susțin ca principale argumente împrejurarea că decizia este afectată de eroare întrucât art. 351 TFUE și principiile generale de drept nu sunt corect aplicate în speță și de un abuz de putere întrucât se dispune recuperarea pretinsului ajutor, se încalcă principiul protecției încrederii legitime și normelor fundamentale de procedură, în special dreptul de a fi ascultat, art. 108 al. 3 din TFUE și a art. 6 al. 1 din Regulamentul nr. 659/1999.

Prin acțiunea introdusă la 28 noiembrie 2015 – Micula și alții/Comisia (Cauza T-704/15)⁸⁷, reclamantii Viorel Micula și European Drinks SA, Rieni Drinks SA, Transilvania General Import-Export SRL, West Leasing International SRL, au solicitat Tribunalului anularea Deciziei (UE) 2015/1470 a Comisiei, cu titlu subsidiar, anularea deciziei atacate, în măsura în care îl identifică pe Viorel Micula drept o „întreprindere” și, prin

⁸⁴ Decizia Consiliului Concurenței nr. 244/2000 din 15.05.2000, prin care se constata că mai multe stimulente oferite în temeiul O.U.G. nr. 24/1998 au denaturat concurența și prin care Consiliul a acordat o autorizație condiționată pentru proiectul de O.U.G. nr. 75/2000, menționată la pct. 16 din Decizia (UE) 2015/2014.

⁸⁵ A se vedea C. Butacu, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁶ On line la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=177073&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=492147>, accesat 9.01.2018.

⁸⁷ Online la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=174525&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=493506>, accesat 9.01.2018.

urmare, parte a unei singure entități economice care este beneficiara ajutorului, identifică beneficiarul ajutorului de stat ca unică entitate economică ce include Viorel Micula, Ioan Micula, S.C. European Food SA, S.C. Starmill S.R.L., S.C. Multipack, European Drinks SA, Rieni Drinks SA, Scandic Distilleries SA, Transilvania General Import-Export SRL, și obligă la rambursarea în solidar a ajutorului de stat primit de oricare reclamanți.

Motivele invocate privesc în esență lipsa de competență și abuzul de putere, reclamanții susținând că prin calificarea greșită a hotărârii arbitrale drept ajutor de stat în sensul art. 107 al. 1 TFUE, Comisia își valorifică competențe în mod retroactiv privind perioada de preaderare, iar Decizia nu demonstrează existența unui avantaj economic atunci când califică executarea/implementarea hotărârii drept ajutor de stat incompatibil.

Alte argumente vizează încălcarea art. 351 TFUE, a principiilor generale de drept și existența unor erori în recuperare întrucât decizia determină în mod incorect beneficiarii pretinsului ajutor, aceasta dispunând recuperarea de la persoane și societăți care nu sunt beneficiari ai pretinsului ajutor.

Un ultim argument este întemeiat pe încălcarea unei cerințe procedurale esențiale (dreptul de a fi ascultat), decizia de inițiere a procedurii oficiale de investigație nementionând reclamantele European Drinks, Rieni Drinks, West Leasing și Transilvania General Import-Export.

4. Concluzii

Deși este dificil de anticipat soluția ce urmează să fi pronunțată în acțiunea în anulare promovată împotriva Deciziei Comisiei (UE) 2015/2014, formularea unei concluzii cu privire la problema în dezbatere ar putea avea ca punct de plecare cadrul normativ UE în materia analizată, precum și jurisprudența CJUE.

Regulamentul privind stabilirea unor dispoziții tranzitorii pentru acordurile bilaterale de investiții încheiate între state membre și țări terțe, Regulamentul (UE) nr. 1219/2012 a Parlamentului European și Consiliului din 12 decembrie 2012⁸⁸, Regulamentul "*Grandfathering*" pornește de la premisa că Uniunea este exclusiv competentă de a încheia acorduri de investiții⁸⁹.

⁸⁸ Publicat în JO, nr. L 350/40, 12.12.2012.

⁸⁹ Art. 3 al. 1 lit. e).

Acest regulament permite menținerea în vigoare numai a TBI încheiate între statele membre UE cu state terțe.

În ceea ce privește TBI intra-UE, Comisia Europeană și-a manifestat în mod constant poziția în sensul de a le considera incompatibile cu dreptul UE și de a le susține inaplicabilitatea având în vedere tratamentul național și clauza națiunii celei mai favorizate care se suprapun cu interdicția discriminării pe motiv de cetățenie în UE (art. 18-19 TFUE) și soluționarea pe calea arbitrajului a problemelor legate de piața comună ce vine în contradicție cu obligația statelor membre de a soluționa orice diferend privind dreptul UE în fața CJUE (art. 344 TFUE)⁹⁰.

Art. 351 din TFUE⁹¹ invocat de către reclamanți în susținerea acțiunii în anulare nu își găsește aplicabilitatea având în vedere că TBI ce a stat la baza cererii arbitrale este încheiat între două state membre ale Uniunii, România și Suedia și nu între un stat membru și o țară terță⁹².

Interacțiunea dintre dreptul internațional și dreptul UE a fost analizată de CJUE în *Cauza C-459/03, Usine Mox*⁹³, statuându-se că în litigiile dintre statele membre primează dreptul european și nu dreptul internațional. Având în vedere temeiul diferit al acțiunii față de *Cauza*

⁹⁰ A se vedea A. Năstase, I. Gâlea, *op. cit.*, p. 76.

⁹¹ Art. 351 TFUE: "Drepturile și obligațiile care decurg din acordurile încheiate înainte de 1 ianuarie 1958 sau, pentru statele aderente, înainte de data aderării lor, între unul sau mai multe state membre, pe de o parte, și una sau mai multe țări terțe, pe de altă parte, nu sunt afectate prin dispozițiile tratatelor.

În măsura în care astfel de acorduri nu sunt compatibile cu tratatele, statul sau statele membre în cauză iau toate măsurile necesare pentru a elimina incompatibilitățile constatate. Dacă este necesar, statele membre își acordă reciproc asistență și, dacă este cazul, adoptă o atitudine comună.

În aplicarea acordurilor menționate la primul paragraf, statele membre iau în considerare faptul că avantajele acordate în temeiul tratatelor de către fiecare stat membru fac parte integrantă din înființarea Uniunii și, prin urmare, sunt inseparabil legate de crearea unor instituțiilor, atribuirea de competențe acestora și acordarea aceluiași avantaj de către toate celelalte state membre."

⁹² Pentru detalii privind sfera de aplicare a art. 351 TFUE, a se vedea Belohlavek A. J., *op. cit.*, pp. 50-53; A. Toma-Bianov, *Aplicarea art. 351 TFUE tratatelor încheiate de statele membre cu state terțe înainte de aderare. Adnotări pe marginea Deciziei Comisiei Europene din 30 martie 2015*, în Revista Afaceri Juridice Europene-iauder.ro, nr. 8/2016, online la <http://iauder.ro/?p=4397>, accesat 30.01.2018.

⁹³ Cauza-459/03, Comisia Comunităților Europene împotriva Irlandei, EU:C:2006:345, online la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=57551&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=27995>, accesat 29.01.2018.

Micula, rămâne de urmărit dacă acest aspect va determina o altă abordare a raportului dintre dreptul UE și dreptul internațional.

În plan doctrinar⁹⁴ s-a arătat că dificultatea articulării dispozițiilor TBI intra-UE cu dreptul uniunii vizează atât dispoziții de drept material, cât și de drept procesual, soluțiile posibile propuse în ceea ce privește primul plan fiind colaborarea Comisiei Europene cu instanțele arbitrale investite cu soluționarea litigiilor izvorâte din TBI intra-UE prin procedura *amicus curiae* și interpretarea armonioasă, posibil a fi realizată atunci când arbitri, pe deplin conștienți de consecințele deciziei lor, ar pronunța o hotărâre care să țină cont de celelalte sisteme juridice în care sentința poate avea consecințe.

În ceea ce privește latura jurisdicțională, s-a arătat că aceasta nu este mai puțin importantă și rezultă din faptul că CJUE deține competența exclusivă de interpretare a normelor UE, competență pe care CJUE o va exercita pe deplin și în cazul acțiunii privind anularea Deciziei (UE) 2015/2014.

Dincolo de dimensiunea internațională a *Cazului Micula* și implicațiile sale în ordinea juridică internațională și a UE, modalitatea în care instanțele statului gazdă vor valorifica hotărârea CJUE în procedurile naționale, cu precădere în cadrul contestației la executare în care s-a invocat nelegalitatea încuviințării executării silite a hotărârii arbitrale reclamantă a fi contrară normelor UE, va deschide o nouă orientare jurisprudențială în materia executării hotărârilor arbitrale pronunțate în domeniile de competență ale Uniunii.

Măsura suspendării judecării apelului la contestația la executare promovată de către statul român, până la soluționarea acțiunii ce are ca obiect anularea Deciziei (UE) 2015/2014 reflectă orientarea instanței naționale către poziția Comisiei Europene de afirmare a supremației a dreptului UE, orientare ce va fi confirmată în cazul respingerii acțiunii în anulare promovată de investitori.

În ceea ce îi privește pe investitorii străini, pentru a putea beneficia de despăgubirile acordate prin sentința CIRDI în cazul în care Decizia Comisiei din 30 martie 2015 nu va fi anulată, aceștia pot avea deschisă calea punerii în executare a hotărârii într-un stat non-UE, contractant al Convenției

⁹⁴ A se vedea A. De Nanteuil, *op. cit.*, pp. 460-468.

CIRDI și mutarea activelor în afara spațiului UE pentru a împiedica o eventuală acțiune de recuperare a despăgubirilor.

TRANSFERUL INFORMAȚIILOR FISCALE ÎN CONTEXTUL PROTECȚIEI DATELOR CU CARACTER PERSONAL

FISCAL DATA FLOW IN THE CONTEXT OF PERSONAL DATA PROTECTION

ANDREEA ȘERBAN¹

Rezumat: Prezentul studiu abordează o temă destul de sensibilă, fiind un subiect de interes pentru resortisanții statelor membre ale Uniunii Europene și anume: transferul datelor fiscale cu caracter personal în contextul adoptării unui nou Regulament privind protecția datelor cu caracter personal și a adoptării unor direcții inedite în politica fiscal-economică europeană. Se urmărește, de asemenea, modul în care au fost percepute și prelucrate datele fiscale înainte de abrogarea Directivei nr. 95/46 și o reinterpretare a conceptelor privind informațiile fiscale observate în practică din perspectiva noii reglementări în materia protecției datelor personale.

Cuvinte-cheie: date fiscale; cauza Bara; regulamentul general privind protecția datelor.

Abstract: This study addresses a fairly sensitive topic, being a matter of concern for the nationals of the Member States of the European Union, namely the transfer of personal tax data in the context of adoption of a new Regulation on the protection of personal data and the adoption of novel direction in the European fiscal and economic policy. This study also takes a look at how the tax data has been understood and processed before the repeal of the Directive no. 95/46 and how certain situations raised in practice can be reinterpreted from the perspective of the new privacy protection Regulation.

Keywords: fiscal data; case Bara; general data protection regulation.

1. Aspecte introductive privind transferul datelor personale

Schimbul de informații reprezintă un aspect important pentru creșterea eficienței economiei actuale și a productivității, iar transferul de date oferă entităților posibilitatea de a progresa, pe baza colaborărilor, la

¹ Doctorand, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, email: andreeaserban20@yahoo.com.

realizarea unor statistici care să privească datele consumatorilor și utilizatorilor serviciilor oferite pentru a stabili viitoarele direcții și altele².

Reglementarea datelor cu caracter personal a ridicat numeroase probleme în practică în ultimii ani, mai ales în ceea ce privește transferul datelor de la o entitate la alta și/sau dintr-un stat în altul. Instituțiile Uniunii Europene au arătat un interes deosebit pentru informațiile cetățenilor statelor membre, controlul pe care fiecare dintre noi îl are asupra datelor sale și evidenta lipsă de mijloace pentru o eficientă apărare a dreptului la viață privată și alte drepturi auxiliare care privesc datele noastre cu caracter personal.

După ce în cauza Schrems³ Curtea de Justiție a Uniunii Europene (în continuare, CJUE) s-a confruntat cu situația transmiterii informațiilor despre cetățenii statelor membre către alte entități din țări care, după caz, nu asigură măsurile necesare protejării datelor cu caracter personal, modul în care viața privată a fost văzută s-a schimbat radical. Astfel, Directiva 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date⁴ (în continuare, Directiva) a fost considerată insuficientă și neaplicabilă în anumite domenii de interes referitoare la informații personale și s-a hotărât adoptarea unui regulament care să trateze aceste domenii. În 2016, a fost adoptat Regulamentul Parlamentului European și al Consiliului privind protecția datelor cu caracter personal⁵ (în continuare RGPD), urmând ca, după o „perioadă de grație” în care toți cei implicați în acțiuni privind datele personale (și anume autoritatea națională de supraveghere, operatorul

² Pentru detalierea efectelor schimbului de informații în mediul economic, a se vedea: *Business Without Borders: the importance of cross-border data transfers to global prosperity*, Camera de Comerț a Statelor Unite ale Americii și Hunton&Williams, [Online] la www.hunton.com/images/content/3/0/v2/3086/Business_without_Borders.pdf, accesat la 16.01.2018.

³ CJUE, Hotărârea din 6 octombrie 2015, C-362/14 *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*, [Online] la www.curia.europa.eu, accesat 16.01.2018.

⁴ Directiva 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 24 octombrie 1995 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date, publicată în J. O. L 281 din 23.11.1995.

⁵ Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), publicat în J.O., L 119 din 4 mai 2016.

de date, persoana vizată etc.) să se adapteze noilor modificări, să le aplice direct începând cu luna mai a anului 2018.

Prezentul studiu urmărește modul în care anumite aspecte privind transferul datelor fiscale cu caracter personal este văzut prin prisma noilor reglementări în domeniu și limitele observate în prelucrarea acestor date la nivel european.

2. Transferul datelor fiscale cu caracter personal între entitățile din România

În anul 2015, jurisprudența CJUE s-a îmbogățit cu o hotărâre referitoare la transferul de date fiscale cu caracter personal de către o autoritate națională către o altă autoritate publică în vederea prelucrării acestora. În partea incipientă a cauzei Bara⁶, Curtea de Apel Cluj, instanța de trimitere care s-a adresat CJUE, a fost sesizată cu o acțiune prin care legalitatea transferului datelor fiscale privind veniturile reclamanților a fost contestată, aceștia susținând că datele au fost prelucrate în alt scop decât pentru cel comunicat inițial către Agenția Națională de Administrare Fiscală (în continuare, ANAF), fără să fie informați în prealabil sau să își fi dat consimțământul în acest sens. Din litigiul principal a reieșit că ANAF a transmis către Casa Națională de Asigurări de Sănătate (în continuare, CNAS) date privind veniturile declarate ale reclamanților care au obținut venituri din activități independente. Transmiterea datelor a fost motivată în temeiul Legii nr. 95/2006⁷, entitățile publice fiind abilitate să transmită date cu caracter personal către casele de asigurări de sănătate, acestea din urmă având posibilitatea astfel de a stabili calitatea de asigurat a persoanelor vizate. Noțiunea de date, în acest caz, a fost interpretată prin informații care permiteau identificarea persoanelor – nume, prenume, cod numeric personal, adresă, veniturile obținute nefiind incluse în această categorie. În speță, Curtea de Apel Cluj a trebuit să stabilească în ce măsură prelucrarea datelor de către CNAS depindea de informarea prealabilă a persoanelor ale căror date au fost utilizate, de identitatea operatorului și scopul prelucrării și dacă

⁶ CJUE, Hotărârea din 1 octombrie 2015, C-201/14, *Smaranda Bara și alții c. Președintele Casei Naționale de Asigurări de Sănătate, Agenției Naționale de Administrare Fiscală (ANAF)*, [Online] la www.curia.europa.eu, accesat 12.12.2017.

⁷ Legea nr. 95 din 14 aprilie 2006 privind reforma în domeniul sănătății, publicată în M.Of. nr. 372/28.04.2006.

prevederile Protocolului din 2007⁸, invocat ca fiind un instrument în baza căruia datele puteau fi transferate între cele două entități, contraveneau dispozițiilor Directivei nr. 95/46⁹.

Primele trei întrebări preliminare adresate Curții de Justiție de către instanța de trimitere din România au pus problema interpretării articolului 124 TFUE¹⁰ din perspectiva statutului de instituție financiară a autorității naționale fiscale. Judecătorul de la Curtea de Apel Cluj a considerat¹¹ că trebuie lămurit dacă transferul informațiilor către o instituție a unui stat membru al Uniunii Europene a fost realizat în conformitate cu aplicarea corectă a dreptului UE sau dacă această modalitate este de fapt un *acces preferențial*. De asemenea, instanța din Cluj a cerut și lămurirea noțiunii de *considerent de ordin prudential*, întrebându-se dacă transferul bazei de date către o instituție beneficiară – CNAS în cazul de față, realizat pentru a stabili în sarcina cetățenilor a unor obligații de plată cu titlu de contribuție socială¹² poate fi definit ca fiind un astfel de considerent. Articolul nr. 124 TFUE are în vedere interzicerea măsurilor neîntemeiate pe *considerente de ordin prudential* și care stabilesc *accesul preferențial la instituțiile financiare al instituțiilor, [...], al autorităților administrațiilor publice, [...] al celorlalte autorități publice sau al altor organisme ori întreprinderi publice din statele membre*. Curtea a susținut că aceste întrebări nu au legătură cu obiectul litigiului principal care privește protecția datelor, ci cu politica economică și monetară a Uniunii Europene¹³.

În schimb, cea de-a patra întrebare a pus problema interpretării dispozițiilor Directivei referitoare la transferul datelor la CNAS și a

⁸ Protocolul nr. P 5282/26.10.2007/95896/30.10.2007 încheiat între CNAS și ANAF, anulat în urma hotărârii CJUE.

⁹ CJUE, Hotărârea din 1 octombrie 2015, C-201/14, cauza *Bara*, pct. 15-17.

¹⁰ Art. 124 (Ex-articolul 102 TCE): „Se interzice orice măsură care nu se întemeiază pe considerente de ordin prudential și care stabilește accesul preferențial la instituțiile financiare al instituțiilor, organelor, oficiilor sau agențiilor Uniunii, al autorităților administrațiilor publice centrale, al autorităților regionale sau locale, al celorlalte autorități publice sau al altor organisme ori întreprinderi publice din statele membre.”

¹¹ Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, încheiere, ședința publică din data de 31 martie 2014, disponibilă [Online] la <http://www.euroquod.ro/ue/files/pubs/bara.pdf>, accesată la 3.02.2018.

¹² *Idem*.

¹³ CJUE, Hotărârea din 1 octombrie 2015, C-201/14, cauza *Bara*, pct. 19-23.

prelucrării datelor personale de către o autoritate căreia nu i-au fost destinate datele, cauzând prin această operațiune prejudicii patrimoniale¹⁴.

Pentru a înțelege relevanța speței prezentate în contextul modificărilor legislative privind protecția datelor cu caracter personal, este necesară delimitarea unor noțiuni și stabilirea dacă datele fiscale cu caracter personal intră în categoria de date protejate de RGPD. De asemenea, vom urmări în același context și ce se înțelege prin conceptul de *prelucrare a datelor* și modul în care persoana ale căror informații sunt utilizate de către entități este informată de prelucrarea datelor sale.

2.1. Noțiunea de date fiscale cu caracter personal

Noțiunea de date cu caracter personal este vastă¹⁵. Definiția nu a fost modificată prin Regulament, acestea însemnând orice informație referitoare la o persoană fizică identificată sau identificabilă (persoana vizată), conform art. 4, pct. 1. În speță, ANAF obține informații despre persoanele vizate *ca urmare a activităților desfășurate de organele fiscale în vederea administrării creanțelor fiscale, depunerii declarațiilor fiscale [...] de către contribuabili [...]*, iar, cu titlul de exemplu, datele prelucrate au în vedere codul numeric personal sau numărul de identificare fiscală, numele, informațiile din cartea de identitate, date de contact, date privind categoria veniturilor din activități independente, salarii, investiții, pensii și altele, date financiare (conturi bancare, rulaje/solduri ale conturilor bancare deținute, casete de valori), date privind activele¹⁶. De asemenea, în Codul de procedură fiscală, art. 11, alin. (2) face trimitere la secretul fiscal, considerând că acesta se referă la informații precum: *datele de identificare, natura și cuantumul obligațiilor fiscale, natura, sursa și cuantumul veniturilor, natura, sursa și valoarea bunurilor, plăți, conturi, rulaje, transferuri de numerar [...] sau orice fel de informații obținute din declarații ori documente prezentate de către contribuabil/plătitor sau terți*.

¹⁴ *Ibidem*, pct. 18, 27.

¹⁵ Pentru o prezentare *in extenso* a definițiilor conceptului de date cu caracter personal în instrumente internaționale, a se vedea C.T.U., *Protecția datelor cu caracter personal în contractele internaționale*, în *Analele Științifice ale Universității „Al. I. Cuza” Iași*, Tomul LXIII, Științe Juridice 2017, Nr. II, p. 138, disponibil [Online] pe www.pub.law.uaic.ro, accesat la 3.01.2018.

¹⁶ A se vedea *Reguli privind prelucrarea datelor cu caracter personal la nivelul Agenției Naționale de Administrare Fiscală*, disponibil [Online] pe www.anaf.ro, accesat la 4.01.2018.

Cauza Bara nu este prima situație în care o instanță a fost pusă să constate că și anumite informații fiscale sunt date cu caracter personal. Din hotărârea dată în cauza *Tietosuojavaltuutettu*¹⁷ a reieșit că datele care privesc numele și prenumele unor persoane fizice ce obțin venituri care depășesc o anumită limită și cuantumul veniturilor acestora din muncă și din capital constituie date cu caracter personal în sensul Directivei, acestea fiind informații care se referă la o persoană fizică identificată sau identificabilă.

Există o categorie de date considerate de instrumentele juridice ca fiind speciale. Conform Convenției nr. 108¹⁸ pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea automată a datelor cu caracter personal, semnată la nivelul Consiliului Europei, aceste date se referă la informații privind originea rasială, opiniile politice ori religioase și date privind sănătatea¹⁹. În sensul acestei convenții, datele financiare nu sunt date sensibile, prelucrarea acestora necesitând anumite măsuri de protecție pentru a fi asigurate acuratețea și securitatea informațiilor²⁰, însă deseori instanțele s-au confruntat cu nevoia de a stabili dacă aceste informații au caracter sensibil sau nu. De exemplu, în cauza *CEDO G.S.B. c. Elveției*²¹, reclamantul a pretins că dreptul la viața privată, conform art. 8 al Convenției europene a drepturilor omului (în continuare, CEDO) care prevede dreptul la respectarea vieții private și de familie, a fost încălcat întrucât banca elvețiană UBS SA (în continuare UBS) a transmis informațiile sale bancare către Internal Revenue Service (în continuare, IRS) din Statele Unite ale Americii fără consimțământul său. Trebuie menționate succint următoarele aspecte relevante din speță: IRS a descoperit că un număr semnificativ de contribuabili americani dețineau conturi bancare nedeclarate deschise la UBS; statul american a cerut băncii să îi remită informațiile bancare ale celor

¹⁷ CJUE, Hotărârea din 16 decembrie 2008, C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, [Online] la www.curia.europa.eu, accesat 16.01.2018.

¹⁸ *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, nr. 108, Strasbourg, 1981, [Online] la www.coe.int.

¹⁹ Articolul nr. 6 din Convenția nr. 108 integral: *Personal data revealing racial origin, political opinions or religious or other beliefs, as well as personal data concerning health or sexual life, may not be processed automatically unless domestic law provides appropriate safeguards. The same shall apply to personal data relating to criminal convictions.*

²⁰ Agenția pentru Drepturi Fundamentale a Uniunii Europene, Consiliul Europei, *Manual de legislație europeană privind protecția datelor*, 2014, p. 187.

²¹ CEDO, Hotărârea din 22 decembrie 2015, *G.B.S. c. Elveției*, [Online] la [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-159732\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\).

aproximativ 52.000 contribuabili americani; guvernele american și elvețian au încheiat un acord pentru a răspunde cererii formulate de IRS²². Într-un final, Curtea a statuat că dreptul reclamantului la viață privată nu a fost încălcat prin transmiterea informațiilor bancare către IRS. De asemenea, în hotărârea Curții s-a menționat că, în general, aceste date sunt protejate în conformitate cu art. 8, CEDO, iar o imixtiune în dreptul la viață privată în acest sens este justificată cât timp îndeplinește unele condiții, precum: legalitatea, legitimitatea scopului și a necesității într-o societate democratică. Curtea a considerat că informațiile bancare transmise nu intrau în categoria datelor sensibile precum, de exemplu, datele medicale, iar interesul public a prevalat asupra interesului privat al reclamantului²³.

2.2. Prelucrarea datelor fiscale cu caracter personal și informarea persoanei vizate - contribuabilul

Nici în ceea ce privește noțiunea de prelucrare a datelor, Regulamentul privind protecția datelor nu modifică semnificativ definiția. Prin prelucrare se înțelege operațiunea sau operațiunile realizate asupra informațiilor personale, prin utilizarea sau neutilizarea mijloacelor automatizate precum: *colectarea, înregistrarea, organizarea, structurarea, stocarea, adaptarea sau modificarea, extragerea, consultarea, utilizarea, divulgarea prin transmitere, diseminarea sau punerea la dispoziție în orice alt mod, alinierea sau combinarea, restricționarea, ștergerea sau distrugerea*, conform RGPD.

Având ca punct de referință speța premisă, *Bara*, trebuie menționate următoarele: conform Legii nr. 95/2006, art. 315, *datele necesare pentru stabilirea calității de asigurat vor fi transmise în mod gratuit caselor de asigurări de către autoritățile, instituțiile publice și alte instituții pe bază de protocol*. Pornind de la acest articol, ne-am întrebat, în primul rând, care sunt datele necesare pentru a stabili calitatea de asigurat. Conform dispozițiilor

²² *Ibidem*, pct. 19-28.

²³ D. Rietiker și A.-M. Beliveau, *G.S.B. v. Switzerland (European Court of Human Rights): Data Transfer in Tax Evasion Matters Did Not Violate Human Rights*, în *Suffolk University Law Review Online*, vol. V/2017, p. 20-21, [Online] pe <http://suffolklawreview.org/wp-content/uploads/2017/03/FINAL-3-5-17-Rietiker-and-Beliveau.pdf>.

Ordinului președintelui CNAS nr. 617/2007²⁴, dovada calității de asigurat, fără plata contribuției, în sistemul de asigurări sociale de sănătate este realizată prin documente justificative, acestea fiind determinate în funcție de calitatea asiguratului. Conform prevederilor Ordinului nr. 581/2014²⁵, documentele justificative pentru persoanele asigurate care obțin venituri din salarii sau a celor asimilate acestora și pentru persoanele fizice care obțin venituri impozabile sunt actul de identitate și adeverința de salariat eliberată de angajator, respectiv documentul care justifică plata contribuției.

Actul de identitate prezintă informații cu caracter personal precum: nume, cod numeric personal, adresă, informații care identifică persoana vizată după definiția dată de Directivă și RGPD. Adeverința de salariat²⁶ oferă informații personale precum: nume, domiciliu, informații prevăzute în actul de identitate și mențiunea că asiguratul este salariat, fără să fie necesare informații privind venitul acestuia.

Revenind la speța premisă, în cauza Bara, ANAF avea obligația, în temeiul articolului menționat anterior al Legii nr. 95/2006, să transmită caselor de asigurări informații pentru stabilirea calității de asigurat a persoanelor care obțin venituri din activități independente. Însă, raportându-se și la explicațiile instanței de trimitere, judecătorii de la CJUE au observat că informațiile necesare pentru stabilirea calității de asigurat nu au în vedere și veniturile obținute, ținând cont că poate avea calitatea de asigurat și persoana care nu obține venituri impozabile²⁷. Acestea fiind spuse, obligația de informare a persoanelor vizate de către operator nu poate fi încălcată.

Prin operator se înțelege, în sensul Directivei, definiție preluată și de RGPD, *persoana fizică sau juridică, autoritatea publică, agenția sau orice*

²⁴ Ordinul președintelui Casei Naționale de Asigurări de Sănătate nr. 617 din 13 august 2007 pentru aprobarea Normelor metodologice privind stabilirea documentelor justificative pentru dobândirea calității de asigurat, respectiv asigurat fără plata contribuției, precum și pentru aplicarea măsurilor de executare silită pentru încasarea sumelor datorate la Fondul național unic de asigurări sociale de sănătate, publicat în M.Of. nr. 649 din 24 septembrie 2007.

²⁵ Ordin nr. 581 din 8 septembrie privind aprobarea Normelor metodologice pentru stabilirea documentelor justificative privind dobândirea calității de asigurat, publicat în M. Of. nr. 685 din 19 septembrie 2014.

²⁶ Un model de adeverință de salariat poate fi consultat [Online] la <http://www.cnas.ro/casvn/media/pageFiles/ADEVERINTA%20DE%20SALARIAT%20-%20model.pdf>.

²⁷ CJUE, Hotărârea din 1 octombrie 2015, C-201/14, cauza *Bara*, pct. 36-37.

alt organism care, singur sau împreună cu altele, stabilește scopurile și mijloacele de prelucrare a datelor cu caracter personal [...]. Regulamentul extinde lista actorilor în materia protecției datelor, definind și persoana împuternicită de operator ca fiind acea persoană fizică sau juridică care prelucrează datele în numele operatorului, destinatarul – persoana fizică sau juridică căreia îi sunt divulgate informațiile și partea terță ca fiind persoana fizică sau juridică alta decât cele menționate anterior, care prelucrează datele cu caracter personal. În cauza premisă, ANAF are rolul de operator de date, fiind instituția care prelucrează informațiile. Dacă în vechea reglementare, CNAS păstra același statut de operator de date, în situația în care speța ar fi reinterpretată din perspectiva RGPD, această instituție s-ar defini ca un destinatar, fiind acel organism căruia i-au fost transmise datele cu caracter personal. Având în vedere dispozițiile Codului de procedură fiscală, putem încadra entitatea CNAS în categoria prevăzută de punctul d) al art. 11, alin. (3) și anume: orice solicitant căruia organul fiscal îi poate transmite datele deținute, nefiind aplicabile următoarele puncte: a) *autorităților publice, în scopul îndeplinirii obligațiilor prevăzute de lege*, b) *autorităților fiscale ale altor țări, în condiții de reciprocitate, în baza unor instrumente juridice internaționale semnate de România și care cuprind prevederi privind cooperarea administrativă în domeniul fiscal și/sau recuperarea creanțelor fiscale* – acest punct se referă la aspectul extrateritorial, nefiind în mod evident relevant în cazul de față, c) *autorităților judiciare competente* – nefiind, de asemenea, aplicabil, întrucât CNAS nu este o astfel de entitate sau e) *alte cazuri prevăzute expres de lege* – însă nu găsim o lege ale cărei dispoziții să reglementeze expres transferul de date de către ANAF către altă entitate. Această prevedere subliniază și importanța consimțământului persoanei vizate ale cărei informații au fost solicitate – contribuabilul sau plătitorul, transmiterea având loc doar cu acordul scris al acestuia.

Așadar, CJUE a statuat că articolul 315 din Legea nr. 95/2006, menționat anterior, nu reprezintă o informație prealabilă care se subsumează articolului 10 din Directiva nr. 95/46²⁸. Acesta din urmă se referă la informațiile furnizate persoanei vizate de către operatorul de date. Aceste informații au în vedere identitatea operatorului, scopul prelucrării, date suplimentare, după caz, precum destinatarii informațiilor transmise, existența dreptului de acces la datele care privesc persoana vizată și posibilitatea de a

²⁸ CJUE, Hotărârea din 1 octombrie 2015, C-201/14, cauza *Bara*, pct. 38.

rectifica informațiile. RGPD extinde categoriile de informații furnizate persoanei vizate, fiind necesară și comunicarea temeiului juridic al prelucrării și datele de contact ale responsabilului cu protecția datelor, precum și informații suplimentare pe care operatorul are obligația de a le comunica la momentul obținerii datelor, printre altele: (i) perioada de păstrare a acestora, (ii) existența dreptului persoanei vizate de a solicita accesul, rectificarea sau ștergerea informațiilor, (iii) dacă furnizarea datelor este o obligație legală sau contractuală. Conform alin. (3) al art. 10 din Directivă, prelucrarea ulterioară a datelor în alt scop decât cel pentru care colectarea a avut loc, se poate face dacă operatorul comunică persoanei vizate informații suplimentare relevante.

Cerința informării persoanei vizate este necesară pentru ca persoanele vizate – contribuabilii să își exercite drepturile care decurg din protecția datelor cu caracter personal și anume: dreptul de acces și de rectificare a informațiilor²⁹, respectiv dreptul de opoziție³⁰ al contribuabilului față de prelucrare întrucât, dacă acesta nu știe de prelucrarea informațiilor despre sine, nu va putea să invoce aceste drepturi față de operator. Prin exercitarea dreptului la opoziție, persoana vizată se opune oricărei forme de prelucrare a datelor sale, iar transmiterea datelor către un alt organ devine ilicită. Problema ridicată în cauza Bara a fost faptul că cele două entități – ANAF și CNAS – au presupus că persoanele vizate aveau cunoștință de existența Protocolului din 2007 încheiat între cele două organe. De asemenea, aceste entități au presupus și că persoanele vizate erau informate în legătură cu dispoziția care oferea posibilitatea ca ANAF să transmită către CNAS în format electronic baza de date privind veniturile persoanelor, urmând ca acestea să fie actualizate trimestrial. Însă acest protocol nu a fost publicat în Monitorul Oficial, iar contribuabilii nu au fost informați că datele lor sunt prelucrate cu un scop pentru care ei nu și-au dat acordul.

Am stabilit anterior că CNAS reprezintă în speța de față, conform dispozițiilor Codului de procedură fiscală, un solicitant. Același articol, nr. 11, care statuează acest lucru, mai spune la alin. (6) că doar anumite autorități – cele publice în vederea îndeplinirii obligațiilor prevăzute de lege și cele judiciare competente – pot încheia un astfel de protocol care să reglementeze transferul de informații cu ANAF. Așadar, transmiterea datelor

²⁹ A se vedea art. 12 din Directiva Parlamentului European și a Consiliului 95/46.

³⁰ A se vedea art. 14 din Directiva Parlamentului European și a Consiliului 95/46.

către CNAS nu intră sub incidența acestor excepții nici în reglementarea actuală.

Desigur, ne punem întrebarea dacă există vreun interes economic sau financiar important care să predomină. Nu considerăm că CNAS avea nevoie de informații precum veniturile contribuabililor pentru a stabili calitatea de asigurat, având în vedere că pentru acest lucru este nevoie doar de o adeverință care să ateste calitatea de salariat, respectiv că persoana în cauză se numără printre categoriile asiguraților care nu obțin venituri impozabile. Mai mult decât atât, orice limitare care restrânge drepturile persoanei vizate – în situația dată neputința acesteia de a se opune prelucrării datelor, mai ales pentru motivul existenței unui interes național superior, ar trebui justificat prin elaborarea unor măsuri legislative, asigurarea publicității și cu siguranță nu printr-un protocol care nu a făcut obiectul publicării oficiale, concluzii la care au ajuns și judecătorii CJUE³¹.

Trebuie reținut că noile prevederi ale Regulamentului au în vedere faptul că furnizarea informațiilor trebuie să aibă loc într-un termen rezonabil de la momentul obținerii datelor, limitând totuși acest termen la o lună. Persoana vizată trebuie să aibă, de asemenea, cunoștință despre intenția operatorului de a transmite datele către un alt destinatar; comunicarea trebuie, în acest caz, să aibă loc până la momentul divulgării pentru prima dată.

Având în vedere că nu avem o practică în protecția datelor conform noii reglementări, este dificil de spus momentan cum va fi aplicat Regulamentul raportat la datele fiscale cu caracter personal. Deja se poate observa că Regulamentul este ușor restrictiv, nu doar din perspectiva aplicabilității sale directe și imediate, ci și datorită detalierii atribuțiilor și competențelor organelor implicate în procesul de prelucrare a datelor cu caracter personal. Rămâne de văzut cum va percepe persoana vizată – contribuabilul în raportul fiscal – seria de drepturi pe care le deține pentru protecția datelor sale și ce acțiuni va întreprinde în acest sens.

3. Transmiterea datelor între entitățile din cadrul Uniunii Europene și cooperarea administrativă în domeniul fiscal prin prisma protecției datelor cu caracter personal

³¹ CJUE, Hotărârea din 1 octombrie 2015, C-201/14, cauza *Bara*, pct. 39-41.

Prelucrarea datelor cu caracter personal între entitățile din cadrul Uniunii Europene prezintă câteva aspecte care ridică anumite probleme, mai ales în contextul adoptării RGPD raportat la modificarea actelor europene și adaptarea acestora la noile prevederi restrictive ale acestui Regulament. În ceea ce privește datele fiscale, considerăm că acestea pot fi prelucrate prin transfer astfel încât acest proces de prelucrare să nu determine identificarea persoanei vizate. După cum am menționat anterior, Regulamentul privind protecția datelor reglementează într-un mod mai restrictiv anumite aspecte ale protecției vieții private și noutățile aduse față de Directivă determină anumite situații de inconsecvență în aplicarea altor acte normative. Ne vom referi în continuare la impactul pe care noul Regulament îl are asupra cooperării administrativ-fiscale în Uniunea Europeană.

La nivelul Uniunii, Directiva 2011/16 a Consiliului³² reglementează cooperarea administrativă în domeniul fiscal, având ca obiect, conform art. 1 al prezentului act, schimbul de informații relevant pentru administrarea și aplicarea legilor interne ale statelor membre în privința taxelor și impozitelor.

În ceea ce privește procedura aplicabilă, prin această Directivă se instituie anumite limite ale comunicării de informații în sensul că autoritățile naționale sunt autorizate să refuze această solicitare, dacă schimbul de informații are loc la cerere. O limitare evidentă și un refuz al statului solicitat, prin raportare la domeniul nostru de interes în cazul de față, este furnizarea informațiilor care ar putea conduce la divulgarea secretului de afaceri, profesional, industrial sau informații care ar fi contrare ordinii publice. De asemenea, prin această Directivă s-a instituit condiția ca autoritatea solicitantă să fi epuizat căile de obținere a informațiilor de la sursele uzuale, fără a periclita atingerea scopul urmărit³³.

În ceea ce privește schimbul automat obligatoriu de informații, putem observa că, potrivit art. 8 al acestei Directive, acest schimb are loc prin transferul (sau comunicarea) unor informații precum: veniturile din muncă, remunerații, pensii, proprietatea asupra bunurilor imobile și altele. În

³² Directiva 2011/16/UE a Consiliului din 15 februarie 2011 privind cooperarea administrativă în domeniul fiscal și de abrogare a Directivei 77/799/CEE, publicată în J. O. L 64/1 din 11.03.2011.

³³ Pentru detalii și o prezentare *in extenso* a Directivei privind cooperarea administrativă în domeniul fiscal, a se vedea I. Costea, *Fiscalitate europeană. Note de curs*, ed. Hamangiu, 2016, p. 329-333.

această situație, ne întrebăm dacă nu cumva dispozițiile acestei directive contravin noilor reglementări în materia protecției datelor. Ținem cont de faptul că deja am stabilit că veniturile din muncă sunt date cu caracter personal, iar prelucrarea acestor informații, indiferent că procedura de prelucrare are loc prin transmitere sau comunicare, nu poate avea loc fără consimțământul persoanei vizate – contribuabilul – persoana care dobândește veniturile respective. Legiuitorului european din anul 2011 i-a fost mai ușor să limiteze anumite drepturi și obligații prevăzute de Directiva 95/46, considerând, potrivit considerentului numărul 27 al Directivei 2011/16, că *această limitare este necesară și proporțională, având în vedere pierderile potențiale de venituri pentru statele membre și importanța crucială a informațiilor care fac obiectul prezentei directive în combaterea eficientă a fraudei*.

De asemenea, chiar dacă noul Regulament prevede în art. 95 că *trimiterile la directiva abrogată se interpretează ca trimiteri la prezentul regulament*, trebuie să observăm că acest nou act european privind protecția datelor va avea un impact semnificativ asupra colaborării fiscale și economice. Nu doar că Regulamentul extinde numărul drepturilor persoanei vizate, ca mijloc de protejare a datelor sale, dar prin caracterul său obligatoriu și direct aplicabil, va determina adaptarea multor acte normative tocmai pentru a se alinia noii direcții europene. Limita menționată de Directiva privind cooperarea administrativă în domeniul fiscal și anume limitarea domeniului de aplicare a drepturilor și obligațiilor prevăzute de Directiva nr. 95/46 pentru a aplica corect dispozițiile acesteia ar trebui revizuită, având în vedere atât jurisprudența CJUE privind stabilirea ca date cu caracter personal a anumitor informații avute în vedere și de actul privind cooperarea administrativă în domeniul fiscal – anume veniturile contribuabililor, cât și noile direcții adoptate în abordarea datelor cu caracter personal și a mijloacelor de protecție de care persoanele vizate dispun.

Nu considerăm că este necesară prelucrarea informațiilor privind veniturile obținute, însă nu observăm, momentan, niciun impediment în a prelucra informații referitoare la stabilirea că persoanele vizate obțin venituri, cât timp prin aceste date nu sunt identificate sau cel puțin identificabile. Considerăm că pseudonimizarea datelor trebuie valorificată în acest caz, mai ales fiind vorba de un schimb de informații între autorități din state diferite. Prin pseudonimizare, avem în vedere *prelucrarea datelor cu*

caracter personal într-un asemenea mod încât acestea să nu mai poată fi atribuite unei persoane vizate fără a se utiliza informații suplimentare, cu condiția ca aceste informații suplimentare să fie stocate separat și să facă obiectul unor măsuri de natură tehnică și organizatorică care să asigure neatribuirea respectivelor date cu caracter personal unei persoane fizice identificate sau identificabile, conform definiției date în articolul 4 din Regulamentul privind protecția datelor cu caracter personal.

Dispoziții privind schimbul de informații se regăsesc și în Regulamentul nr. 904/2010 al Consiliului³⁴, Regulamentul nr. 389/2012 al Consiliului³⁵ și Directiva 2010/24 a Consiliului³⁶. Deși poate la o primă vedere nu observăm legătura dintre aceste acte și protecția datelor cu caracter personal, trebuie să amintim că orice informație intră în categoria datelor protejate dacă prin prelucrarea acesteia este identificată o persoană³⁷.

Putem observa că Regulamentul nr. 904 și Regulamentul nr. 389 prevăd, pentru o aplicare corectă și eficientă, aceeași limitare a domeniului de aplicare al Directivei 95/46 privind protecția datelor cu caracter personal. Ne întrebăm astfel ce impact va avea Regulamentul privind protecția datelor de la momentul aplicării sale?

Vom menționa, în continuare, anumite aspecte ce privesc prelucrarea datelor avute în vedere de aceste acte ale Uniunii Europene. În primul rând, în Regulamentul nr. 904 s-au reglementat două modalități de schimb de informații între autorități din state membre diferite: (1) schimbul de informații la cerere și (2) schimbul de informații fără cerere prealabilă. Conform prevederilor Regulamentului de punere în aplicare nr. 79/2012 al Comisiei³⁸, art. 2, categoriile de informații vizează *comercianții nestabiliți*

³⁴ Regulamentul (UE) nr. 904/2010 al Consiliului din 7 octombrie 2010 privind cooperarea administrativă și combaterea fraudei în domeniul taxei pe valoarea adăugată, publicat în J.O. L 268/1 din 12.10.2010.

³⁵ Regulamentul (UE) nr. 389/2012 al Consiliului din 2 mai 2012 privind cooperarea administrativă în domeniul accizelor și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 2073/2004, publicat în J.O. L 121/1 din 8.05.2012.

³⁶ Directiva 2010/24/UE a Consiliului din 16 martie 2010 privind asistența reciprocă în materie de recuperare a creanțelor legate de impozite, taxe și alte măsuri, publicată în J.O. L 84/1 din 31.03.2010.

³⁷ G. Zafir, Protecția datelor personale. Drepturile persoanei vizate, Editura C.H.Beck, București 2015, p. 23.

³⁸ Regulamentul de punere în aplicare (EU) nr. 70/2012 al Comisiei din 31 ianuarie 2012 de stabilire a normelor de punere în aplicare a anumitor dispoziții ale Regulamentului (UE) nr.

sau informații privind noile mijloace de transport. Așadar, informațiile – obiect al schimbului în temeiul Regulamentului nr. 904/2010, enunțate în Regulamentul de aplicare nr. 70/2012, la articolul 3, ce privesc, alin. (1) pct. a), *alocarea numerelor de identificare în scopuri de TVA persoanelor impozabile* ori b) *rambursările de TVA către persoanele impozabile care nu sunt stabilite în statul membru de rambursare*, alin. (2) pct. a) *informații referitoare la livrările scutite [...] efectuate de persoane considerate persoane impozabile [...]*, b), respectiv c) *livrările scutite [...] efectuate de persoane impozabile [...]*, pot fi date cu caracter personal în sensul Directivei 95/46, respectiv Regulamentului privind protecția datelor. Aceste informații transmise în baza Regulamentului nr. 904/2010 pot fi utilizate pentru a stabili baza de impozitare, perceperea sau controlul administrativ al impozitelor, precum și pentru evaluarea altor prevalări³⁹.

În ceea ce privește procedura de informare a persoanei impozabile – persoana vizată, art. 7 din Regulamentul de punere în aplicare prevede că *statele membre furnizează informațiile [...] prin intermediul portalului web creat de Comisie*. Informațiile suplimentare ce pot fi publicate, pot privi informații cu privire la stocarea facturilor [...], informațiile suplimentare codificate transmise electronic, solicitate de statele membre [...] și altele.

În al doilea rând, având în vedere Regulamentul nr. 389/2012, în cazul schimbului de informații privind autorizațiile de operator economic și antrepozite fiscale, observăm că, potrivit art. 19 din prezentul Regulament, *fiecare stat membru întreține o bază de date electronică ce conține următoarele registre: (1) un registru al operatorilor economici (antrepozitarii autorizați, destinatarii înregistrați ori expeditorii înregistrați), (2) un registru al sediilor autorizate ca antrepozite fiscale*. Fiecare dintre aceste registre, în sensul alin. (2) al art. 19, trebuie să conțină următoarele informații: (a) *codul unic de acciză emis de autoritatea competentă pentru operatorul economic sau sediile în cauză; (b) numele și adresa operatorului economic sau ale sediilor; (d) identificarea biroului central de legătură pentru accize sau a biroului pentru accize de la care pot fi obținute informații suplimentare; (e) data de la care autorizația este valabilă [...]; (f) pentru antrepozitarii autorizați, antrepozitul fiscal sau lista cu antrepozitele*

904/2010 al Consiliului privind cooperarea administrativă și combaterea fraudei în domeniul taxei pe valoarea adăugată (reformare), publicat în J.O. L 29/3 din 1.02.2012.

³⁹ A se vedea I. Costea, *op. cit.*, p. 322.

fiscale [...]; (j) pentru antrepozitele fiscale, antrepozitarul direct sau lista cu antrepozitarii autorizați pentru a căror utilizare este autorizat antrepozitul fiscal. Același articol menționează și faptul că informațiile conținute de registrele naționale respective (cele prezentate anterior), care se referă la operatorii economici implicați [...] fac obiectul unui schimb automat prin intermediul unui registru central.

Nu în ultimul rând, în Directiva 2010/24 a Consiliului este reglementat schimbul de informații: autoritatea solicitată furnizează informații relevante pentru autoritatea solicitantă, pentru recuperarea creanțelor sale. Autoritatea solicitată, în schimb, nu are obligația de a furniza informațiile, printre altele, ar divulga un secret comercial, industrial sau profesional ori dacă divulgarea ar aduce atingere securității statului solicitat sau ar fi contrare ordinii publice a acestuia⁴⁰. Referitor la asistența pentru notificarea documentelor, cererea de notificare a anumitor documente referitoare la creanțe, conform art. 8 al Directivei, *este însoțită de un formular-tip care conține cel puțin următoarele informații: (a) numele, adresa și alte date relevante pentru identificarea destinatarului* – menționăm că noțiunea de *alte date relevante* este o noțiune prea vastă, care ar putea fi interpretată în sensul contrar Regulamentului privind protecția datelor cu caracter personal, având în vedere că nu sunt specificate ce alte date sunt considerate de legiuitor ca fiind relevante în acest caz; *(b) scopul notificării și termenul în care ar trebui efectuată notificarea; (c) o descriere a documentului anexat, a naturii și a valorii creanței în cauză; (d) numele, adresa și alte date de contact cu privire la biroul responsabil [...], respectiv biroul la care se pot obține informații suplimentare privind documentul notificat.* De asemenea, nu sunt menționate care ar putea fi aceste informații suplimentare și care sunt condițiile sau criteriile ce trebuie îndeplinite pentru a primi astfel de informații.

Tocmai având aceste limite prevăzute, nu putem să nu ne întrebăm cât de eficient va fi Regulamentul privind protecția datelor asupra transferului de date între entitățile din Uniunea Europeană? Prin acest Regulament se urmărește protejarea intereselor persoanei vizate indiferent de locul unde sunt transferate informațiile sau doar protejarea în situațiile de transmitere către state terțe?

⁴⁰ A se vedea I. Costea, *op. cit.*, p. 335.

În loc de concluzii

Transferul de date cu sau fără caracter personal reprezintă o modalitate de prelucrare care determină apariția unor controverse, mai ales pentru că este dificil de verificat modul în care informațiile sunt stocate și prelucrate ulterior. Desigur, noul Regulament reglementează și răspunde multor situații și întrebări ridicate în practică, însă, după cum am menționat, rămâne la latitudinea persoanei vizate cum apreciază încălcarea drepturilor pe care acest act le reglementează.

Cel mai probabil, o practică judiciară în materie fiscală se va forma după data de 25 mai 2018 când Regulamentul privind protecția datelor va fi aplicat, iar entitățile vor fi trebuit să se adapteze noilor cerințe privind prelucrarea datelor în calitate de operatori de date.

**SOLUȚIONAREA PRIN MIJLOACE ALTERNATIVE A
LITIGIILOR APĂRUTE ÎN COMERȚUL INTERNAȚIONAL CU
PRODUSE FARMACEUTICE**

**ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN INTERNATIONAL
TRADE WITH PHARMACEUTICAL PRODUCTS**

ȘTEFAN RĂZVAN TĂTARU¹

Rezumat: Prezentul studiu analizează oportunitatea utilizării mijloacelor amiabile de soluționare a litigiilor între companiile din industria farmaceutică, domeniu complex ce prezintă multiple particularități. Complexitatea litigiilor apărute în comerțul internațional cu produse farmaceutice, valorile ridicate ale acestora, dorința părților de a continua cooperarea și avantajele mijloacelor amiabile de soluționare, determină părțile să le ia în considerare și să recurgă la ele în detrimentul instanțelor de judecată. Studiul cuprinde analiza principalelor mijloace amiabile de soluționare a litigiilor din domeniul farmaceutic, reliefând avantajele și dezavantajele utilizării acestora.

Cuvinte-cheie: soluționarea amiabilă a litigiilor, SAL, dreptul comerțului internațional, industria farmaceutică.

Abstract: This study examines the opportunity of using alternative dispute resolution procedures among the companies in the pharmaceutical industry, complex field that displays multiple particularities. The complexity of disputes arising from international trade of pharmaceuticals, their high values, the parties' desire to maintain the business relationship as well as other advantages of alternative dispute resolution, encourages the parties to take them into consideration and to choose them to the detriment of courts. The study contains an analysis of the major alternative dispute resolutions procedures used in the pharmaceutical industry, highlighting their advantages and disadvantages.

Keywords: alternative dispute resolution, ADR, international trade law, pharmaceutical industry.

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

I. Privire de ansamblu asupra mijloacelor alternative de soluționare a litigiilor

1.1. Ce sunt mijloacele alternative de soluționare a litigiilor în comerțul internațional?

Soluționarea amiabilă este varianta dezirabilă în cazul neînțelegerilor sau litigiilor din afaceri. Aceasta poate interveni înainte sau în timpul judecării litigiului în fața unei instanțe statale sau arbitrale și poate fi deseori facilitată de o terță persoană ce acționează în conformitate cu anumite reguli simple².

Noțiunea de moduri alternative de soluționare a litigiilor include negocierea, consilierea, medierea și alte moduri, indiferent de natura lor judiciară sau extrajudiciară, respectiv cele în virtutea cărora părțile, cu sau fără ajutorul unui terț, participă personal la căutarea unei soluții amiabile a litigiului lor, confruntându-și punctele de vedere și pretențiile lor³.

Indiferent de modul în care sunt denumite acestea, ele au ca scop stabilirea sau restabilirea comunicării între părțile aflate în conflict, aspect de o deosebită importanță în mediul economic, unde interesul pentru păstrarea relațiilor existente anterior nașterii litigiului este major⁴.

La nivel internațional, mijloacele alternative de soluționare a litigiilor sunt cunoscute sub denumirea de *Alternative Dispute Resolutions* – *ADR*, iar în România, ca mijloace de Soluționare Alternativă a Litigiilor – *SAL*⁵, denumire ce o vom folosi pe parcursul prezentului studiu.

Mijloacele SAL nu ar trebui privite ca o oportunitate de a înlocui instanțele judecătorești, ci mai degrabă ca o unealtă ce ajută părțile în rezolvarea neînțelegerilor dintre ele într-un timp scurt, la costuri reduse și într-o manieră transparentă. Mecanismele SAL pot îmbunătăți eficiența sistemelor judiciare prin decongestionarea activității instanțelor de

² International Chamber of Commerce, *ADR Rules*, Paris, 2001, p. 6.

³ A. Roșu, *Medierea – mijloc alternativ de soluționare a litigiilor comerciale internaționale*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 123.

⁴ *Idem*, p. 121.

⁵ Denumirea este preluată din 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 (Directiva privind SAL în materie de consum), publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L165 din 18 iunie 2013 și transpusă în legislația națională prin Ordonanța Guvernului nr. 38/2015 privind soluționarea alternativă a litigiilor dintre consumatori și comercianți, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 654 din 28 august 2015.

judecată⁶. Modalitățile SAL nu sunt o alternativă la justiție, ele fiind chiar rezultatul reglementărilor juridice ce permit soluționarea litigiilor într-un mod amiabil.

Metodele SAL au fost utilizate de părți și integrate în majoritatea sistemelor de drept ca un prim pas spre rezolvarea litigiului. La nivel internațional există unele state care încurajează sau impun utilizarea unui mijloc SAL, de obicei medierea, înainte de a demara acțiunile la instanțele naționale. De exemplu, în Statele Unite ale Americii multe societăți de avocatură și multinaționale aleg utilizarea mijloacelor SAL înaintea instanțelor de judecată⁷.

La nivel european, au fost adoptate măsuri prin care se încurajează utilizarea procedurilor extra-judiciare, precum Directiva 2008/52/CE⁸ privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială⁹.

Studiile în materie¹⁰ constată că rata de succes a mijloacelor SAL la nivel internațional este de 85-90%, rata de îndeplinire voluntară a obligațiilor stabilite prin actul de soluționare amiabilă a litigiilor fiind deasemenea ridicată.

Atunci când sunt utilizate în detrimentul instanțelor naționale, mijloacele SAL prezintă un set de beneficii, oferind părților un mai mare control asupra soluției litigiului și, implicit, satisfacție în ceea ce privește rezultatul¹¹.

Rezolvarea unui litigiu prin mijloace SAL este, în general, mult mai puțin costisitoare decât arbitrajul și procesul în fața instanțelor de judecată,

⁶ E. Bosio, S. Daadouche, C. De la Medina Soto, M. Iavorskyi, *Enforcing contracts – Measuring good practices in the judiciary*, în *Doing Business 2016*, Report by World Bank Group, p. 96, material disponibil online la adresa: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/22771>.

⁷ D. Carneiro, P. Novais, J. Neves, *Conflict Resolution and its Context*, Editura Springer International Publishing, Elveția, 2014, p. 21

⁸ Directiva 2008/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 mai 2008 privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L136/3 din data de 24 mai 2008.

⁹ E. Sussman, *Final Step: Issues in enforcing the mediation settlement agreement* în *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Fordham Papers 2008, Editura Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 343.

¹⁰ C. Esplugues, L. Marquis, *New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives* în *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Editura Springer International Publishing, Austria, 2015, p. 74.

¹¹ E. Bosio, S. Daadouche, C. De la Medina Soto, M. Iavorskyi, *op.cit.*, p. 96.

dar succesul acestor proceduri este condiționat de motivația părților de a ajunge la un acord¹².

Sub umbrela mijloacelor SAL putem include, în mod neexhaustiv, următoarele proceduri: negocierea, medierea, concilierea, mijloace hibride ale medierii și arbitrajului sub forma Med-Arb sau Arb-Med, mini-procesul, consultarea unui expert neutru, dispute board.

În doctrina comerțului internațional există opinii separate în ceea ce privește includerea arbitrajului în cadrul mijloacelor SAL. Ne raliem la opinia¹³ conform căreia, arbitrajul, datorită caracterului instituțional din ce în ce mai pregnant, a modului de soluționare a litigiului și a naturii actului de soluționare, nu poate fi considerat un veritabil mijloc de soluționare amiabilă a litigiilor, ci o formă tradițională de soluționare a litigiilor.

1.2. Mijloacele de soluționare alternativă a litigiilor utilizate în comerțul internațional

1.2.1. Negocierea

Negocierea constituie prin excelență mijlocul prin care majoritatea litigiilor sunt rezolvate și soluționate. Este un proces direct care implică, de obicei, numai părțile în litigiu. Negocierea nu este supusă niciunui proces formal sau prescrist, fiind de la sine înțeles că aceasta nu se opune la parcurgerea altor proceduri de soluționare, inclusiv recurgerea la instanțele de judecată. Uneori negocierile se pot desfășura în paralel cu acțiunile în instanță, fapt ce ar putea exercita presiuni pentru închiderea cazului¹⁴.

Negocierea este un proces colaborativ și informal prin intermediul căruia părțile comunică și, fără nicio influență externă, încearcă să ajungă la un rezultat satisfăcător tuturor părților în litigiu¹⁵. Este un proces ce nu

¹² M. Smith, *Dispute Resolution: Mediation, Arbitration and Litigation* în *Agency Sales Magazine*, January 2016, p. 55.

¹³ D. Richbell, *Mediation of Construction Disputes*, Editura Blackwell Publishing, Oxford, 2008, p. 17, material disponibil online la adresa: [https://books.google.ro/books?id=pZi2PJa6SwMC&printsec=frontcover&hl=ro#v=onepage&q&f=false;Z.Șuștac, C.Ignat, Modalități alternative de soluționare a conflictelor \(ADR\), Editura Universitară, București, 2008, p. 62.](https://books.google.ro/books?id=pZi2PJa6SwMC&printsec=frontcover&hl=ro#v=onepage&q&f=false;Z.Șuștac, C.Ignat, Modalități alternative de soluționare a conflictelor (ADR), Editura Universitară, București, 2008, p. 62.)

¹⁴ I. Stamatoudi, *op.cit.*, p. 439-440.

¹⁵ A. Fiadjoe, *Alternative Dispute Resolution: a developing world perspective*, Editura Cavendish Publishing Limited, Londra, 2004, p. 22.

crează obligații între părți, acestea nefiind obligate legal să se conformeze rezultatului negocierilor¹⁶.

Un aspect important în cazul acestui mijloc SAL îl constituie identificarea și justificarea intereselor fiecărei părți, astfel încât fiecare dintre acestea să le cunoască și să le înțeleagă. Dacă există bună credință și părțile înțeleg mutual pozițiile și implicit interesele, se poate ajunge facil la soluționarea problemelor intervenite. Procesul de negociere conduce părțile spre rezolvarea conflictului prin *win-win* (victorie-victorie), ce dă satisfacție ambelor părți¹⁷.

Conform doctrinei, procesul de negociere cuprinde patru faze principale, însă dat fiind caracterul informal și flexibil al procedurii acestea pot varia. Identificarea intereselor fiecărei părți reprezintă prima etapă, continuând cu definirea scenariilor alternative, neluate în considerare de părți, dar care ar putea soluționa neînțelegerile. A treia fază a negocierii constă în îmbunătățirea scenariilor alternative identificate, astfel încât acestea să corespundă cât mai bine intereselor părților. Procedura se încheie prin alegerea celui mai bun scenariu pentru soluționarea litigiului¹⁸.

1.2.2. Medierea/Concilierea

Medierea reprezintă *“un proces structurat, indiferent cum este denumit sau cum se face referire la acesta, în care două sau mai multe părți într-un litigiu încearcă, din proprie inițiativă, să ajungă la un acord privind soluționarea litigiului dintre ele, cu asistența unui mediator”*¹⁹.

Medierea este percepută ca instrumentul de bază al mijloacelor SAL. În susținerea acestei opinii ne bazăm pe Regulile ADR²⁰ elaborate de Camera Internațională de Comerț de la Paris care, în art. 5 alin. (2) menționează că *în lipsa unui acord al părților cu privire la mijlocul ADR ales, în soluționarea litigiului se va utiliza medierea*.

“Medierea poate asigura o soluționare extrajudiciară eficientă din perspectiva costurilor și rapidă a litigiilor în materie civilă și comercială prin intermediul unor proceduri adaptate nevoilor părților. Este mai

¹⁶ D. Carneiro, P. Novais, J. Neves, *op.cit.*, p. 22.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Idem*, p. 24.

¹⁹ Definiție a medierii, conform art. 1 din Directivei 2008/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială.

²⁰ International Chamber of Commerce, *op.cit.*, p. 11.

*probabil ca acordurile rezultate din mediere să fie respectate voluntar și să mențină o relație amiabilă și durabilă între părți. Aceste avantaje sunt și mai pronunțate în situațiile care prezintă elemente de extraneitate*²¹.

Principalul avantaj al medierii constă în însăși flexibilitatea procedurii, ce permite părților abordarea unor pretenții mai diversificate, de interes pentru acestea, respectând o procedură acceptată de comun acord.²² Mai mult decât atât, acordul rezultat din mediere nu este un act impus de către o parte terță, ci rezultatul liberei voințe a părților, fiind mutual acceptat²³.

Unii autori²⁴ susțin că esența medierii constă în “înlesnirea negocierilor către un acord, în condiții de confidențialitate”. Mediatorul încearcă să îndrepte interesul părților către natura litigiului, facilitând ajungerea la un acord avantajos mutual, acestea din urmă protejându-și relațiile de cooperare economică²⁵. Acest lucru trebuie realizat prin menținerea atenției părților pe obiectul litigiului, precum și prin facilitarea interacțiunilor și comunicării dintre ele. Mediatorii sunt, prin urmare, persoane cheie, de a căror abilități și aptitudini depinde succesul sau eșecul procedurii²⁶.

Părțile ce apelează la soluționarea litigiului prin mediere au multiple avantaje, din care enumerăm: procedura informală, celeritate, costuri reduse, concentrarea pe interesele și problemele părților, încurajarea părților de a găsi propriile soluții, implicarea părților în procedură, confidențialitate și rata de succes a medierii. În același timp, părțile trebuie să ia în calcul următoarele dezavantaje: natura consensuală a procedurii, posibilitatea ca partea mai puternică să o influențeze pe cea mai slabă către un anumit rezultat, lipsa obiectivismului în cadrul procedurii²⁷.

1.2.3. Consultarea unui expert neutru (*Expert Review*)

²¹ Conform pct. 7 din preambulul Directivei 2008/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială.

²² Pentru similitudine a se vedea C. Esplugues, L. Marquis, *op.cit.*, p. 4 și p. 60-61.

²³ I. Stamatoudi, *op.cit.*, p. 439.

²⁴ J. Seitler, *Alternative Dispute Resolution* în *EstatesGazete* nr. 9 iulie 2016, p. 94.

²⁵ I. Carr, P. Stone, *op.cit.*, p. 611; A. Fiadjoe, *op.cit.*, p. 23; A. Masson, M.J. Shariff, *Legal Strategies: How Corporations Use Law to Improve Performance*, Editura Springer-Verlag, Berlin, 2010, p. 134.

²⁶ D. Carneiro, P. Novais, J. Neves, *op.cit.*, p. 24.

²⁷ A. Fiadjos, *op.cit.*, p. 23.

Evaluarea expertului este procedura SAL în care un litigiu dintre părți este supus, pe baza acordului acestora, spre analiză unui expert ce se pronunță asupra acestuia. Decizia expertului este obligatorie, dacă părțile nu prevăd altfel²⁸.

Clauzele de soluționare a posibilelor litigii cu ajutorul unui expert se regăsesc, în general, în contracte al căror obiect prezintă complexitate și elemente tehnice, precum contractele din industria farmaceutică sau domeniul construcțiilor.

În funcție de acordul părților, decizia expertului poate avea valoarea unei decizii finale asupra litigiului sau poate avea caracterul unei opinii consultative, a unei recomandări. Ambele variante pot fi avantajoase pentru părți, în funcție de circumstanțele și natura litigiului. Procedura permite părților evitarea costurilor și a timpului necesar “educării” judecătorului cu privire la specificul și particularitățile tehnice ale domeniului.²⁹

1.2.4. Dispute Board

Dispute Board sau forumurile pentru litigii, reprezintă un alt mod de soluționare amiabilă a litigiilor în comerțul internațional, fiind utilizat cu precădere în cadrul cooperărilor complexe de tip *joint-venture* sau în domenii precum construcții, cercetare și dezvoltare științifică.

Dispute Board este un comitet de experți independenți, creat în momentul încheierii contractului, al cărui rol este, ca pe toată durata executării contractului, să anticipeze conflictele care pot să apară între părți, soluționând dezacordurile dintre acestea astfel încât să nu degeneze în litigii³⁰.

Forumurile pentru litigii sunt compuse din unul, trei sau mai mulți membri, experți în domeniul conflictelor și care cunosc foarte bine împrejurările complexe ale încheierii contractului³¹.

Spre deosebire de restul mijloacelor SAL care iau naștere ulterior conflictului, Dispute Board își începe activitatea în momentul încheierii contractului, având, așa cum am enunțat anterior, rolul de a preîntâmpina și

²⁸ Definiție dată de Organizația Mondială a Proprietății Intelectuale, disponibilă la adresa: <http://www.wipo.int/amc/en/expert-determination/what-is-exp.html>. Pentru similitudine a se vedea și I. Carr, P. Stone, *op.cit.*, p. 610.

²⁹ P. Jabaly, *op.cit.*, p. 734.

³⁰ C.T. Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional – Contracte de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 149.

³¹ C.T. Ungureanu, *op.cit.*, p. 149; A. Roșu, *op.cit.*, p.131.

soluționa litigiile³². Funcționarea lui și atingerea obiectivului de prevenire a litigiilor depinde de cooperarea dintre părți și cooperarea părților cu Dispute Board.

Regulile³³ Dispute Board elaborate de Camera Internațională de Comerț de la Paris clasifică forumurile pentru litigii în: Dispute Review Board (DRB), Dispute Adjudicatory Board (DAB) și Combined Dispute Board (CDB). DRB are rolul de a oferi recomandări părților, ADB are competență adjudecatoare, emițând decizii ce au natură contractuală, iar CDB are o competență mixtă, având posibilitatea de a da recomandări și/sau decizii³⁴.

Spre deosebire de mediere, conciliere, arbitraj și chiar instanțele de judecată, Dispute Board poate influența comportamentul viitor al părților aflate în cooperare economică internațională. Medierea și celelalte mijloace SAL nu oferă părților acest avantaj, deoarece acestea evaluează comportamentul anterior al părților, pe când Dispute Boards oferă opțiuni pentru acțiunile viitoare³⁵.

1.2.5. Mini-procesul (Mini-Trial)

Mini-procesul este modalitatea SAL la îndemâna oricărei părți contractante ce dorește soluționarea litigiului cât mai repede și eficient posibil, astfel încât să își poată continua relația de colaborare cu cealaltă parte. Mini-procesul este un fel de proces simulat, care se desfășoară după o procedură simplă, flexibilă, privată și consensuală în care părțile fac o prezentare sumară în fața managerilor operatorilor de comerț internațional.

Părțile participă în mod direct la procedură, din moment ce fiecare dintre ele trebuie să desemneze un manager în calitate de factor de decizie în

³² A se vedea A. Roșu, *op.cit.*, p. 131.

³³ International Chamber of Commerce, *Dispute Board Rules*, Editura Imprimerie Port Royal, Paris, 2015, material disponibil online la adresa: <http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Business-Services/Dispute-Resolution-Services/Dispute-Boards/Dispute-Board-Rules/2015-Dispute-Board-Rules-English-version/>

³⁴ Pentru detalii a se vedea art. 4, art. 5 și art. 6 din ICC Dispute Board Rules sau International Trade Center, *Settling Business Disputes: Arbitration and Alternative Dispute Resolution*, ed. a II-a, Editura International Trade Center, Geneva, 2016, p. 14-16, material disponibil online la adresa: http://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Publications/Arbitration_English_Full%20A4_Low-res.pdf.

³⁵ D.B. Mastin, *Dispute Review Boards to the Rescue* în Under Construction, Vol. 15, nr. 4, 2013, articol disponibil online la adresa: http://www.americanbar.org/publications/under_construction/2013/november_2013/dispute_boards_to_the_rescue.html.

cadrul comitetului mini-trial³⁶. Procedura debutează cu prezentarea sumară a litigiului și a poziției fiecărei părți, realizată de avocații acestora, ca și cum s-ar afla în fața unui tribunal, în fața managerilor operatorilor de comerț internațional. Prezentarea se face într-un loc privat, fără respectarea unor reguli stricte de procedură sau probatoriu. După prezentare, managerii încearcă să ajungă la o soluție, conștientizând, în fața argumentelor care le-au fost prezentate, interesul lor comun de a pune capăt conflictului în mod rapid și puțin costisitor³⁷.

Utilizarea mini-procesului conduce la soluționarea litigiului, deoarece acesta oferă managerilor informații actualizate cu privire la litigiu, prezentate din puncte de vedere diferite. Informarea permite factorilor de decizie a părților să aibă o perspectivă mult diferită și o înțelegere mai largă a litigiului, comparativ cu cele oferite de studierile raportelor interne realizate de proprii angajați sau profesioniști independenți³⁸.

Dacă ne raportăm la factorul timp, procedura mini-trial este limitată, în general, la trei sau patru ore, iar în cazurile complexe la o zi, maxim două. După ce managerii au luat act de cele prezentate, aceștia realizează că: rezolvarea litigiului fundamentată pe aspecte comerciale va elimina costurile de judecată, fiecare parte are propriile argumente pentru a-și susține poziția și ambele părți prezintă riscuri de pierdere al litigiului. Or, mini-trial permite părților să obțină o privire de ansamblu asupra cazului, la costuri reduse și cu puține prejudicii aduse relației de cooperare sau a reputației companiilor³⁹.

1.2.6. Alte mijloace de soluționare alternativă a litigiilor: Mediere-Arbitraj, Arbitraj-Mediere, Mediation and last offer arbitration

Procedurile Mediere-Arbitraj (Med-Arb), Arbitraj-Mediere (Arb-Med) și Mediation and last offer arbitration (Medaloo) sunt forme hibride ale

³⁶ Pentru similitudine a se vedea L.D. Barr, *Whose Dispute Is this Anyway: The Propriety of the Mini-Trial in Promoting Corporate Dispute Resolution* în *Journal of Dispute Resolution*, volumul 1987, p. 137, articol disponibil online la adresa: <http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol1987/iss/11/>.

³⁷ C.T. Ungureanu, *op.cit.*, p. 150.

³⁸ T.J. Klitgaard, W.E. Mussman III, *High Technology Disputes: The Minitrial As the Emerging Solution*, în *Santa Clara High Technology Law Journal*, vol. 8, Ianuarie 1992, p. 3.

³⁹ *Idem*, p. 3-4.

mijloacelor SAL în cadrul cărora sunt combinate tehnici ale arbitrajului și medierii⁴⁰.

Medierea-Arbitraj (Med-Arb) constă în începerea procedurii de soluționare prin mediere, urmând ca în cazul în care se ajunge la o soluție, însă părțile doresc să-i ofere forță executorie sau nu se ajunge la o soluție pe această cale, părțile să apeleze la procedura arbitrală⁴¹.

Arbitrajul-Mediere (Arb-Med) se aseamănă cu procedura Med-Arb, însă începe cu investirea arbitrului care, dacă consideră că litigiul ar putea fi soluționat prin mediere, va îndeplini rolul unui mediator⁴².

Mediation and last offer arbitration – Medaloo este modalitatea SAL, concepută și dezvoltată de Robert Coulson⁴³, fost președinte al Asociației Americane de Arbitraj, ce constă în alegerea făcută de un arbitru între ultimele propuneri de soluționare realizate de părți în cadrul unei proceduri de mediere. În cadrul acestei proceduri părțile sunt încurajate să formuleze oferte de soluționare care să poată fi luate în considerare. În cazul în care ofertele sunt nerealiste, sau plasate mult prea departe de așteptările celeilalte părți, terțul poate sugera soluții intermediare, ajungând în final să aleagă dintre ultimele propuneri avansate⁴⁴. Spre deosebire de medierea simplă, există garanția unei soluții finale și obligatorii, indiferent dacă respectivul caz se soluționează prin mediere sau prin alegerea făcută de arbitru⁴⁵.

Există o multitudine de forme hibride ale mijloacelor SAL, toate fiind fundamentate pe consensul părților și obiectivul de a soluționa rapid și eficient litigiul dintre acestea. Un caz mai aparte de soluționare a litigiului printr-o metoda SAL hibridă este *Avista Management vs. Wausau Underwriters Insurance Co.*, în care o instanță din Florida a hotărât ca

⁴⁰ J. Karton, *Beyond the "Harmonious Confucian": International Commercial Arbitration and the Impact of Chinese Cultural Values* în *Legal Thoughts between the East and the West in the Multilevel Legal Order*, Editura Springer Nature, Singapore, 2016, p. 531.

⁴¹ A. Roșu, *op.cit.*, p. 132.

⁴² *Idem*, p. 133.

⁴³ Pentru detalii a se vedea R. Coulson., *MEDALOA: Practical Technique for Resolving International Business Disputes*, în *Journal of International Arbitration*, Volumul 2, Editura Kluwer Law International, 1994, p. 111–113.

⁴⁴ A. Roșu, *op.cit.*, p. 134.

⁴⁵ G. Friedman, *On the 1st day of Christmas/Chanukah/Kwanzaa, My True Love Gave to me...A New Form of ADR*, p. 1, articol disponibil online pe website-ul Arbitration Resolution Services Inc. la adresa: <https://www.arbresolutions.com/1st-day-christmaschanukahkwanzaa-true-love-gave-me-a-new-form-adr/>.

soluționarea neînțelegerii, privitoare la locația unde se va desfășura procedura de ascultare a martorilor, să fie realizată printr-un joc “Piatră, hârtie, foarfecă”⁴⁶.

II. Utilizarea mijloacelor alternative de soluționare a litigiilor în comerțul internațional cu produse farmaceutice

2.1. Ce înseamnă produse farmaceutice?

Prin “*produse farmaceutice*” înțelegem orice material sau produs destinat uzului uman sau veterinar, prezentat sub formă de doză finită sau materie primă pentru utilizare într-o astfel de formă de dozare, care este supus controlului de către legislația specifică domeniului în statul exportator și / sau statul importator⁴⁷.

*Produsele farmaceutice sunt produse obținute din substanțe active de origine naturală, sinteză chimică, biosinteză sau prin alte tehnologii cu sau fără substanțe auxiliare, fabricate industrial sau în farmacie și distribuite pe piață în forma și în ambalajul prevăzut de producător, inclusiv: a) vaccinuri, seruri, imunoglobuline specifice și alergeni; b) produse din sânge și plasmă stabile; c) produse pentru diagnostic și tratament, conținând substanțe radioactive; d) produse dietetice cu indicații terapeutice; e) antidoturi; f) produse de contrast și alți agenți de diagnostic administrați la om*⁴⁸.

Importanța reglementării produselor farmaceutice este evidentă în contextul în care consecințele consumului lor poate fi, literalmente, o chestiune de viață și de moarte pentru cel căruia îi sunt administrate. Datorită acestui motiv, comerțul cu asemenea produse este reglementat atât prin norme legale, cât și prin diverse instrumente *softlaw* ce impun

⁴⁶ G. Friedman, *op.cit.*, p. 1; Pentru detalii referitoare la cazul în discuție a se vedea: <https://dockets.justia.com/docket/florida/flmdce/6:2006cv00055/177800> și http://archive.fortune.com/2006/06/07/magazines/fortune/judgerps_fortune/index.htm.

⁴⁷ Conform definiției oferite de Organizația Mondială a Sănătății în WHO Technical Report Series, No. 908, 2003 – Annex 4, material disponibil online la adresa: http://apps.who.int/prequal/info_general/documents/TRS908/WHO_TRS_908-Annex4.pdf

⁴⁸ Definiție preluată din Ordonanță de Urgență nr.152 din 14 octombrie 1999 privind produsele medicamentose de uz uman, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 508 din 20 octombrie 1999, în prezent abrogată. Definiția nu a fost preluată și în Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 652 din 28 august 2015, care în art. 699 definește conceptele de: medicament, substanță activă, excipient și altele.

trasabilitatea⁴⁹ medicamentelor, materiilor prime utilizate și a contractelor ce stau la baza relațiilor comerciale și de cooperare dintre companiile farmaceutice și alte părți.

2.1. Specificul comerțului internațional cu produse farmaceutice. Mijloace alternative de soluționare a litigiilor adecvate acestui domeniu

Mijloacele de soluționare alternativă a litigiilor au devenit forumul ales pentru majoritatea litigiilor din domeniul medical-farmaceutic. Aceste litigii apar atât la nivel național cât și internațional, și pot implica sume de ordinul milioane de dolari. Litigiile din domeniul medical-farmaceutic se extind mult față de clasicele procese între pacienți și prestatorii de servicii medicale, ajungând la conflicte între marile companii farmaceutice. Complexitatea litigiilor din domeniul farmaceutic, dorința părților de a continua cooperarea și multe alte avantaje ale mijloacelor SAL, determină părțile să le aleagă în detrimentul instanțelor de judecată⁵⁰.

Contractele de comerț internațional cu produse farmaceutice conțin, în general, o clauza compromisorie, părțile stabilind că orice litigiu viitor va fi soluționat prin arbitraj însă, există și contracte ce prevăd două etape, medierea și, ulterior, arbitrajul⁵¹.

Principalele mijloace SAL utilizate în litigiile apărute din comerțul internațional cu produse farmaceutice sunt negocierea, medierea, arbitrajul-mediere, consultarea unui expert neutru și mini-procesul⁵².

Domeniul farmaceutic este foarte bine reglementat, existând atât norme de drept internațional⁵³, regional⁵⁴ și național, fapt ce

⁴⁹ Trasabilitatea, principiu ce guvernează industria farmaceutică, reprezintă capacitatea de reconstituire a drumului parcurs de produsul farmaceutic de la primul proces de fabricație a materiilor prime farmaceutice și până la beneficiarul final al medicamentului, pacientul, pe baza înregistrărilor.

⁵⁰ K. Benesch, *Why ADR and not litigation for healthcare disputes?* în *Dispute Resolution Journal*, nr. August/October 2011, p. 1, material disponibil online la adresa: https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_014003.

⁵¹ *Idem*, p. 2.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ De exemplu, Organizația Mondială a Sănătății (World Health Organisation) emite norme concepute pentru gestionarea unor probleme de sănătate la nivel mondial, care după adoptare intră în vigoare în toate statele membre ale organizației.

⁵⁴ De exemplu, în Uniunea Europeană reglementările privind industria farmaceutică au fost codificate în EudraLex (http://ec.europa.eu/health/documents/eudralex/index_en.htm). Prin comparație, în Statele Unite ale Americii domeniul farmaceutic este reglementat la nivel

determină complexitatea litigiilor apărute în această industrie. Aceste corpuri de legi și reglementări sunt tehnice, complexe și dificil de înțeles, chiar și de un avocat experimentat. Fiind un domeniu dinamic, politicile naționale de sănătate și reglementările legislative sunt în continuă schimbare⁵⁵.

În general, contractele de comerț internațional cu produse farmaceutice cuprind clauze privind transferul, utilizarea și protejarea drepturilor de proprietate intelectuală, acestea fiind legate de brevete de invenție sau mărcile sub care produsele vor fi comercializate. În cazul unor litigii cu privire la aceste drepturi de proprietate intelectuală, părțile se pot adresa centrelor SAL organizate în jurul organizațiilor internaționale precum Centrul de Mediere al Organizației Mondiale a Proprietății Intelectuale⁵⁶. Dată fiind natura complexă a litigiilor din domeniul proprietății intelectuale, majoritatea își găsesc soluționarea prin mijloace SAL. Cu cât un caz este mai complex, cu atât este mai avantajoasă utilizarea mijloacelor SAL deoarece: mediatorii sunt experți în domeniul din care provine litigiul, nu se pune în discuție calificarea sau specializarea acestora, nu există riscul neadmisibilității unei probe sau lipirii de validitate a unui experiment⁵⁷ sau model utilizat ca probă demonstrativă⁵⁸.

Cauzele generatoare ale litigiilor din comerțul internațional cu produse farmaceutice pot fi determinate de nerespectarea clauzelor contractuale în care sunt implicate companiile farmaceutice sau alte părți cu activitate în acest domeniu (laboratoare de analiză, furnizori echipamente etc.), neînțelegeri apărute în activitatea de cercetare farmaceutică sau în studiile clinice ale medicamentelor, încălcarea drepturilor de proprietate intelectuală.

Probele utilizate în aceste litigii constau deseori în contracte specifice (contracte de furnizare, de licență, de confidențialitate, de *know-how*, *joint-venture*), registre medicale, rapoarte științifice, studii clinice, certificate de

federal prin normele emise de U.S. Food & Drug Administration (<http://www.fda.gov/RegulatoryInformation/default.htm>).

⁵⁵ K. Benesch, *op.cit.*, p. 4.

⁵⁶ Pentru detalii privind Centrul de arbitraj și mediere al Organizației Mondiale a Proprietății Intelectuale și avantajele utilizării acestuia a se vedea: <http://www.wipo.int/amc/en/>.

⁵⁷ Conform art. 50 din *WIPO Mediation, Arbitration, Expedited Arbitration and Expert Determination Rules and Clauses*, 2016, material disponibil online la adresa: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_446.pdf.

⁵⁸ P. Jabaly, *IP litigation or ADR: costing out the decision* în *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 5, nr. 10, Editura Oxford University Press, 2010, p. 730.

analiză, specificații de produs, rapoarte financiare, strategii de marketing, brevete de invenție, toate acestea fiind considerate documente confidențiale de o importanță crescută pentru companiile farmaceutice. Mai mult decât atât, analiza și înțelegerea acestor documente poate fi anevoioasă, generând costuri cu expertize și, indirect, amânarea soluționării.

Industria farmaceutică și cea a biotehnologiei au reprezentat întotdeauna un teren fertil pentru litigii. Acest fapt este determinat de multiple motive, dintre care amintim costurile ridicate necesare descoperirii și dezvoltării unui medicament, completate de beneficiile generate de lansarea unui medicament inovator pe piață. Disputele între concurenți și chiar între colaboratori sunt întâlnite frecvent în industria farmaceutică⁵⁹.

Companiile farmaceutice pot soluționa eficient neînțelegerile prin moduri SAL, înainte de trimiterea în judecată sau în faza incipientă a procesului. Prezentarea pretențiilor și a apărărilor fiecărei părți crește șansele ca acestea să ajungă la consens și să încheie o tranzacție.⁶⁰

2.3. Avantajele și dezavantajele utilizării mijloacelor de soluționare alternativă a litigiilor în domeniul farmaceutic

Printre factorii ce au determinat acceptarea la nivel mondial a mijloacelor SAL ca modalitate de soluționare, atât a litigiilor simple, cât și a celor complexe din domeniul farmaceutic menționăm: durata și costul redus a procesului, posibilitatea de alegere a mediatorilor specializați sau experților, flexibilitatea procedurilor, limitarea divulgărilor – confidențialitate, menținerea relațiilor contractuale sau de cooperare economică⁶¹.

Mijloacele alternative de soluționare a litigiilor prezintă, atât avantaje, cât și dezavantaje, urmând a fi analizate în cele ce urmează.

2.3.1. Avantaje

Instanțele de judecată nu sunt întotdeauna suficient de bine pregătite pentru a gestiona litigii provenite din comerțul internațional cu produse

⁵⁹ Financier Worldwide, *Commercial disputes in the biotech and pharma sector* în Financier Worldwide – TalkingPoint – Litigation&Dispute Resolution, Februarie 2012, p. 2, articol disponibil online la adresa: <https://www.financierworldwide.com/commercial-disputes-in-the-biotech-and-pharma-sector/#.WF1NbXuLRPY>.

⁶⁰ *Idem*, p. 4.

⁶¹ K. Benesch, *op.cit.*, p. 3-6.

farmaceutice, iar rezultatul este deseori incert și inflexibil, fapt ce înseamnă că nu au fost luate în calcul particularitățile domeniului. Așadar, folosirea mijloacelor SAL poate fi mai eficientă, procedura fiind suficient de flexibilă pentru a lua în calcul atât aspectele legale, dar și cele comerciale, etice, sociale și științifice⁶².

Celeritate și costuri reduse

Litigiile în domeniul farmaceutic sunt considerate de către instanțele judecătorești, drept “litigii complexe”. Și asta deoarece un asemenea proces poate dura ani de zile până la soluționare, de la introducerea acțiunii la judecata propriu zisă și apoi căile de atac. Totodată, procesele în fața instanțelor se pot prelungi și datorită timpului necesar prezentării și înțelegerii reglementărilor complexe din industria farmaceutică, a terminologiei de specialitate și a altor informații cu care judecătorii nu sunt familiarizați⁶³.

În ceea ce privește costurile soluționării neînțelegerilor prin mijloace SAL este greu să ne pronunțăm, deoarece fiecare litigiu are specificul lui, pornind de la natura acestuia până la valoarea pretențiilor părților. Spre exemplu, procedura medierii este considerată mai puțin costisitoare decât arbitrajul⁶⁴. În susținerea acestei afirmații putem realiza o comparație între costurile generate de soluționarea unui litigiu, fie la Curtea de Arbitraj din cadrul Camerei Internaționale de Comerț de la Paris, fie la Centrul SAL al aceleiași organizații. În situația în care pretențiile sunt evaluate la 1 milion de dolari, iar litigiul este analizat de un singur mediator sau arbitru, costurile administrative în cazul arbitrajului vor fi limitate la maximum 21.000USD⁶⁵ iar în cazul mijloacelor SAL la 10.000USD⁶⁶.

⁶² I. Stamatoudo, *Alternative Dispute Resolution and Insights on Cases of Greek Cultural Property* în *International Journal of Cultural Property*, 2016, p. 435.

⁶³ K. Benesch, *op.cit.*, p. 3.

⁶⁴ N. Alexander, *International and Comparative Mediation – Legal perspectives*, Editura Kluwer Law International, Olanda, 2009, p. 49.

⁶⁵ Informații obținute în urma utilizării simulatorului de costuri ale procedurii de arbitraj, disponibil pe website-ul Camerei Internaționale de Comerț la adresa: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Cost-and-payment/Cost-calculator/>.

⁶⁶ International Chamber of Commerce, *op.cit.*, p. 14. Website-ul Camerei Internaționale de Comerț pune la dispoziție un simulator de costuri ale mijloacelor SAL, accesibil la adresa: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/costs-and-payment/>

Specialiștii⁶⁷ în domeniu susțin că succesul mijloacelor SAL la nivel internațional este datorat, pe lângă alte avantaje, costurilor reduse pentru soluționarea litigiului.

Menținerea relațiilor comerciale

Multe companii și participanți la comerțul internațional cu produse farmaceutice își doresc continuarea relațiilor comerciale, chiar dacă a existat sau există un litigiu între acestea. Având în vedere acest deziderat comun, părțile nu doresc soluționarea litigiilor într-o modalitate ostilă și contradictorie ce ar afecta posibilitatea de a coopera pe viitor⁶⁸. Dorința părților de a menține relația comercială nu se bazează numai pe cooperarea îndelungată ci și pe alți factori precum: costurile de înlocuire a părții cu un alt furnizor⁶⁹, dificultatea sau imposibilitatea de a identifica un alt furnizor pentru aceleași produse farmaceutice.

Procedurile SAL au tendința, în general, de a conserva relația de cooperare comercială dintre părți. Prin ascultarea și înțelegerea poziției celeilalte părți, și acceptând posibilitatea validității a cel puțin unei susțineri, părțile sunt îndemnate să lucreze împreună, încercând astfel consolidarea relației și nu erodarea cooperării⁷⁰.

Utilizarea mijloacelor SAL este ideală pentru părțile ce își doresc continuarea relațiilor contractuale. Aceasta le oferă posibilitatea de a reevalua relația de cooperare, care este reglementată prin contract, și le permite să observe dacă prevederile acestuia au avut succes sau nu. Mijloacele SAL dau părților oportunitatea de a gestiona contractul, de a menține prevederile ce au funcționat și de a le înlătura sau modifica pe cele ce nu au fost eficiente, și de a găsi soluții pentru dezvoltarea relației în beneficiul tuturor celor implicați⁷¹.

⁶⁷ M. Tarrazón, *A Note on Institutional and Ad Hoc Mediation* în *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Fordham Papers 2007, Editura Martinus Nijhoff Publishers, Olanda, 2008, p. 315.

⁶⁸ K. Benesch, *op.cit.*, p. 4.

⁶⁹ Orice entitate intervine în procesul de producție-distribuție a produselor farmaceutice este supusă unor procese de autorizare (auditare facilitare producție, auditare documentație etc.), conform normelor aplicabile, activități ce implică costuri considerabile.

⁷⁰ T.J. Klitgaard, W.E. Mussman III, *op.cit.*, p. 4; P. Jabaly, *IP litigation or ADR: costing out the decision* în *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 5, nr. 10, Editura Oxford University Press, 2010, p. 731.

⁷¹ P. Jabaly, *op.cit.*, p. 732.

Alegerea mediatorului/expertului

Unul din principalele avantaje ale SAL îl constituie posibilitatea părților de a alege terțul ce va analiza, media și / sau “judeca” litigiul. Astfel, aceștia pot desemna persoane specializate în domeniul medical-farmaceutic, având cunoștințe temeinice privind reglementările aplicabile la nivel național și internațional. Desemnarea unor experți în domeniul farmaceutic, ce cunosc terminologia specifică, uzanțele industriei precum și cadrul legislativ va influența pozitiv încrederea părților în mijlocul SAL ales și va scurta timpul necesar înțelegerii și soluționării cazului⁷².

Confidențialitatea

Afacerile cu produse farmaceutice implică secrete comerciale, secrete de fabricație, strategii de marketing și alte informații confidențiale, de mare valoare pentru companie, a căror divulgare neautorizată este susceptibilă a crea prejudicii însemnate. În acest sens, un litigiu dintre două sau mai multe companii farmaceutice nu ar putea fi gestionat de manieră confidențială de către o instanță judecătorească.

Companiile farmaceutice preferă să utilizeze un mijloc SAL pentru soluționarea conflictului, beneficiind de respectarea confidențialității informațiilor divulgate, precum și de secretul procedurii și al soluției. Natura privată a mijloacelor SAL nu conferă soluției valoarea de precedent judiciar în litigiile viitoare⁷³.

Industria farmaceutică beneficiază de mediatizare vigilentă tocmai datorită importanței avute în economia națională și a scopului social urmărit. În acest context, SAL reprezintă o opțiune viabilă, având în vedere neaplicarea principiului publicității, așa cum se întâmplă în cazul litigiilor aflate pe rolul instanțelor de judecată.

Cu alte cuvinte, mijloacele alternative de soluționare a litigiilor sunt atractive pentru participanții la comerțul internațional cu produse farmaceutice, în detrimentul instanțelor statale, unde informațiile confidențiale și secretele comerciale ar putea fi divulgate necontrolat către public⁷⁴.

Domeniul de aplicare a confidențialității în mijloacele SAL se învârtă în cele din urmă în jurul tensiunii dintre acordurile private, explicate

⁷² K. Benesch, *op.cit.*, p. 3.

⁷³ *Idem*, p. 4.

⁷⁴ K. Benesch, *op.cit.*, p. 6.

sau implicite, pentru păstrarea informațiilor private și secrete și, apetitul tradițional pentru informare și transparență în cadrul procedurilor judiciare⁷⁵. Dat fiind specificul comerțului internațional cu produse farmaceutice, părțile, înainte de a începe orice corespondență, negociere sau transfer de informații, încheie acorduri de confidențialitate cu scopul de a preveni orice divulgare neautorizată. În acest sens, asemenea acorduri rămân lipsite de eficiență în situația în care, pentru a rezolva un litigiu, părțile apelează la instanțele de judecată guvernate de principiul publicității.

2.3.2. Dezavantaje

Printre dezavantajele utilizării mijloacelor SAL menționăm că acestea nu pot prevedea cu exactitate rezultatele unui proces, și se pot dovedi a fi o risipă de timp și bani, în cazul în care nu se ajunge la o înțelegere⁷⁶. Lipsa constatării clare și publice a părții câștigătoare, dezvăluirea probatoriului, forța juridică a actului de soluționare reprezintă alte minusuri ale soluționării amiabile a litigiilor.

Nu în ultimul rând, există posibilitatea ca părțile să nu obțină rezultatul scontat, deoarece anumite proceduri SAL implică negociere și compromis, și, prin urmare, rezultatul global poate fi mai redus decât cel obținut în instanță.

Posibilitatea de a nu se ajunge la soluționarea litigiului

Procesele de soluționare amiabilă a litigiilor nu conduc întotdeauna la o soluție. Așadar există posibilitatea ca părțile să investească timp și bani în încercarea de a rezolva litigiul în afara instanței și, în cele din urmă, să sfârșească prin a fi nevoite să continue litigiul în fața unui judecător.

Dezvăluirea probatoriului

În cazul în care procedura amiabilă eșuează, o mare parte din probatoriul fiecărei părți ar fi deja expus părții adverse, devenind astfel mult mai puțin util în procesul ce va urma. Procedura SAL este lipsită de protecția procedurală și garanțiile constituționale ce se regăsesc în fața instanțelor de judecată. Utilizarea SAL între părți de niveluri diferite de putere și care au

⁷⁵ J.M. Richardson, *How Confidential is Mediation Confidentiality?* în *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Fordham Papers 2008, Editura Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 273.

⁷⁶ A. Fiadjoe, *op.cit.*, p. 29.

resurse diferite, ar putea duce la o soluționare inechitabilă, partea mai slabă fiind influențată de partea adversă.

Dat fiind caracterul flexibil al procedurilor SAL, acestea nu dispun de reguli privind probele și administrarea acestora. Neexistând un proces formal, în cazul în care una dintre părțile la litigiu nu poate face dovada actelor sau faptelor juridice fără a primi mai întâi informații de la cealaltă parte, nu există nicio modalitate de a obliga partea adversă la prezentarea acestor dovezi. În cadrul procedurilor amiabile, partea care solicită trebuie să se bazeze în schimb pe buna-credință a părții adverse, fapt cunoscut este întotdeauna suficient.

Părțile trebuie să aibă în vedere că probele ce au fost prezentate în cadrul procedurilor SAL intră sub incidența obligației de confidențialitate. Aceasta din urmă impune menținerea secretă și privată a tuturor discuțiilor, conținutul documentelor dezvăluite și informațiile furnizate în timpul procedurii amiabile.

Forța juridică a actului de soluționare a litigiului

În ciuda expansiunii mijloacelor SAL la nivel internațional, dezavantajul acestora constă în natura lor consensuală ce privește atât clauza contractuală ce stabilește soluționarea litigiilor prin mijloace amiabile, cât și a actului rezultat în urma parcurgerii acestor proceduri⁷⁷. Caracterul consensual al structurii mijloacelor SAL nu reprezintă neapărat un dezavantaj, deoarece însăși această caracteristică le determină să fie eficiente⁷⁸. În cazul hotărârilor judecătorești, respectarea acestora este obligatorie, și neconformarea este urmată de sancțiuni. Nu în ultimul rând, hotărârea asupra litigiului este definitivă, neexistând riscul unui nou proces între părți, având același obiect, în special dacă s-au parcurs toate gradele de jurisdicție⁷⁹. Spre deosebire de hotărârile unei instanțe, soluțiile date în urma parcurgerii unei proceduri SAL nu sunt întotdeauna obligatorii pentru părți și nici nu reprezintă autoritate de lucru judecat⁸⁰.

⁷⁷ I. Schwenzer, Y.M. Atamer, P. Butler, *Current Issues in the CISG and Arbitration*, în *International Commerce and Arbitration*, Editura Eleven International Publishing, Olanda, 2014, p. 6.

⁷⁸ T.J. Klitgaard, W.E. Mussman III, *op.cit.*, p. 7.

⁷⁹ A. Fiadjoe, *op.cit.*, p. 29.

⁸⁰ *Idem*, p. 31.

Înțelegerea părților ca rezultat al finalizării cu succes a unei modalități SAL se materializează într-un înscris ce are natura juridică a unui contract. Forța juridică a acordului dintre părți reprezintă cel mai mare dezavantaj, deoarece fiind considerat un contract, acestuia îi vor fi aplicabile regulile din materia contractelor. Acordul ce constată înțelegerea părților nu are forța executorie a unei hotărâri arbitrale sau a unei hotărâri statale, neputând fi pusă în executare prin forța coercitivă a statului⁸¹.

Părțile au posibilitatea să solicite instanței statale recunoașterea acordului, printr-o hotărâre de expedient, constituind act autentic cu dată certă și dobândind forță executorie⁸². Chiar dacă acordul capătă forță executorie prin hotărârea de consfințire, înțelegerea părților nu va avea autoritate de lucru judecat.

Concluzii

Pentru a rezista într-un climat de afaceri complex ce poate genera schimbări imediate și radicale, relațiile internaționale de colaborare trebuie să fie structurate și puse în aplicare într-un mod conceptual diferit de acordurile comerciale fără element de extraneitate. În loc să se bazeze în primul rând pe caracterul executoriu al obligațiilor contractuale, părțile ar trebui să țină cont de primatul interesului comun. Pașii spre soluționarea oricărui litigiu trebuie făcuți având în vedere atât procedurile judiciare clasice cât și mijloacele SAL. Părțile trebuie să analizeze circumstanțele litigiului și să ia în considerare avantajele și dezavantajele fiecărei metode SAL propuse de partea adversă.

Concluzionând, putem afirma că mijloacele SAL, în ciuda diferențelor dintre ele, au același obiectiv, de a fi o cale mai eficientă pentru soluționarea unui conflict în afara sălilor de judecată. În ceea ce privește utilizarea acestor mijloace pentru soluționarea litigiilor apărute în comerțul internațional cu produse farmaceutice, considerăm că avantajele prezentate oferă toate motivele pentru a alege SAL în detrimentul instanțelor judecătorești și chiar a arbitrajului.

⁸¹ C.T. Ungureanu, *Punerea în executare a acordului rezultat din mediere în litigiile de comerț internațional*, în *Uniformizarea dreptului. Efecte juridice și implicații sociale, politice și administrative*, Editura Hamangiu, București, 2014, p. 284-286.

⁸² A. Roșu, *op.cit.*, p. 313.

ÎNCOTRO DUC UNII PAȘI ACTUALI PE CALEA REFORMEI PENALE (I)? DESPRE DEFINIȚIA INFRAȚIUNII CONTINUATE ¹

WHERE TO...? SOME CURRENT STEPS ON ROAD TO CRIMINAL LAW REFORM IN THE ROMANIAN JUSTICE SYSTEM (I). ABOUT THE DEFINITION OF THE CONTINUED OFFENSE

MARIA-IOANA MĂRCULESCU-MICHINICI ²
MIHAI DUNEA ³

Rezumat: Instituția infracțiunii continuate s-a aflat în preocuparea constantă a legiuitorului nostru penal, fiind reglementată și în fostul (1968) și în actualul Cod penal (2009), dar potrivit unor viziuni normative (inițiale) parțial diferite. Pornind de la definiția legală originară a acesteia (conform Codului penal actual), trecând prin normele explicative / interpretative ulterior configurate cu referire la aceasta (prin legea de punere în aplicare a Codului penal), precum și prin jurisprudența obligatorie (recentă) a instanței de contencios constituțional, reglementarea acesteia tinde a descrie un cerc (vicios?) – ca de altfel numeroase alte direcții (vizionare?) pe care legiuitorul noului Cod penal a încercat să le acrediteze în dreptul pozitiv. Materialul de față urmărește pașii acestei deveniri (și re-deveniri) a infracțiunii continuate în dreptul penal român contemporan.

Cuvinte-cheie: infracțiune continuată [art. 35 alin. (1) C. pen.]; unitate de subiect pasiv (împotriva aceluiași subiect pasiv); decizia C.C.R. nr. 368/2017; art. 238 din Legea nr. 187/2012.

¹ Prezentul articol reprezintă o dezvoltare punctuală (într-un context particular, de actualitate) a unor idei legate de materia corespunzătoare infracțiunii continuate – cu focalizare pe definiția acestei forme sub care se prezintă unitatea legală de infracțiune – astfel cum a fost aceasta tratată (în parte) într-una dintre secțiunile lucrării „Drept penal. Parte generală. Curs teoretic în domeniul licenței (I)”, elaborată (în coautorat) de semnatarii prezentului articol.

² Conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru I. Cuza” din Iași, e-mail: mimichinici@yahoo.com.

³ Lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru I. Cuza” din Iași, e-mail: mihai.dunea@uaic.ro.

Abstract: The Romanian criminal legislator manifested a constant concern for the institution of the continued offense, regulating it in the former Criminal Code (1968) as well as in the current Criminal Code (2009) - however, according to a somewhat partially different initial vision. Starting from the original legal definition (according to the current Criminal Code), passing through the subsequent interpretative rules with reference to it (provided by the law for implementing the Criminal Code), and arriving to the recent (mandatory) jurisprudence of the Constitutional Court of Romania, the regulation of the continued offense tends to describe a (vicious?) circle – as many other innovative directions outlined by the legislator of the new Criminal Code. This material follows the steps of this becoming (and re-becoming) of the continued offense definition in the contemporary Romanian criminal law

Keywords: continued offense (article 35 par. 1 of the Romanian Criminal Code); the unity of the passive subject / offense committed against the same passive subject; decision no. 368/2017 of the Romanian Constitutional Court; article 238 from the Law no. 187/2012 (the law for implementing the Criminal Code).

Pasul 1

(Definiție – activă începând cu 1 februarie 2014): Codul penal⁴ definește această formă de unitate infracțională legală în art. 35 alin. (1), potrivit căruia: „Infracțiunea este continuată când o persoană săvârșește la diferite intervale de timp, dar în realizarea aceleiași rezoluții și împotriva aceleiași subiect pasiv, acțiuni sau inacțiuni care prezintă, fiecare în parte, conținutul aceleiași infracțiuni” [subl. ns.].

Deloc de neglijat sunt mențiunile referitoare la înscrierea condiției vizând unitatea de subiect pasiv în cazul infracțiunii continuate, așa cum rezultă din prima *Expunere de motive a proiectului Codului penal*⁵ (care nu au mai fost, însă, integral preluate, în cuprinsul celei de-a doua expuneri de motive⁶), din care înțelegem să reproducem în continuare următorul extras:

„În materia unității de infracțiune o primă modificare se referă la definiția legală a infracțiunii continuate în care a fost introdusă o nouă condiție și anume unitatea de subiect pasiv. Dreptul comparat oferă trei

⁴ Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în Monitorul Oficial nr. 510/2009.

⁵ Documentul se poate consulta în format electronic, on-line, la adresa de internet (verificată la data de 24 noiembrie 2017):

<https://www.avocatnet.ro/articles/download/27594dd98162e6a0f16f508136c53140> .

⁶ Documentul se poate consulta în format electronic, on-line, la adresa de internet (verificată la data de 24 noiembrie 2017): <http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf>

soluții în privința compatibilității unității infracțiunii continuate cu pluralitatea de subiecți pasivi – incompatibilitate totală, compatibilitate totală și respectiv compatibilitate limitată la categoria infracțiunilor contra patrimoniului. Este preferabilă prima dintre aceste soluții, la care se raliază și proiectul, căci infracțiunea continuată a fost creată ca o excepție de la aplicarea tratamentului sancționator prevăzut pentru concursul de infracțiuni, și trebuie să rămână o excepție. Acceptarea compatibilității infracțiunii continuate cu pluralitatea subiecților pasivi deschide calea extinderii nejustificate a domeniului de incidență al acesteia în cazuri în care este în mod vădit vorba despre un concurs de infracțiuni, așa cum se întâmplă în prezent. O astfel de tentație va fi cu atât mai mare în viitor, în condițiile înăsprii tratamentului sancționator prevăzut de lege pentru concursul de infracțiuni, astfel că soluția propusă de proiect își găsește pe deplin justificarea”.⁷

Doctrina de specialitate – potrivit opiniei contrare celei pe care s-a fundamentat concepția ilustrată de noua reglementare în materie – nu a întârziat să reacționeze. Astfel, s-a opinat: „Modul în care noul cod penal definește infracțiunea continuată prin adăugarea condiției ca fapta să se comită împotriva aceluiași obiect [*subiect!* – *n.n.*] pasiv este discutabil. O atare cerință ar fi fost justificată dacă ar fi fost vorba de o infracțiune continuată contra persoanei deoarece în acest caz doctrina penală, cu mici excepții, consideră că există un concurs de infracțiuni și nu o infracțiune continuată dacă fapta se comite față de mai mulți subiecți pasivi (vor fi tot atâtea infracțiuni contra persoanei câți subiecți pasivi au existat). Soluția este însă controversată când este vorba de infracțiuni contra patrimoniului. După unii autori va exista și în acest caz o infracțiune continuată și nu un concurs de infracțiuni (...). Fiind vorba de o chestiune în care există serioase controverse în doctrină și multiple soluții contradictorii în practica judiciară acesta chestiune (unitate sau pluralitate de subiecți pasivi) nu ar fi trebuit să fie menționată ca o trăsătură constitutivă a infracțiunii continuate sugerând ideea că soluția s-ar bucura de o adeziune a întregii doctrine. Sub acest aspect soluția legii penale în vigoare [*referirea vizează concepția ilustrată de reglementarea anterioară - subl. ns.*] care definește infracțiunea

⁷ *Expunere de motive (I) a noului Cod penal*, pct. 2.10 (p. 12, 13).

continuată fără să adauge trăsătura menționată ni se pare mai corectă decât aceea a noului cod penal”.⁸

Pasul 2

Prin dispozițiile **art. 238 din Legea nr. 187/2012**⁹ s-a prevăzut că: *„În aplicarea dispozițiilor art. 35 alin. (1) din Codul penal, condiția unității subiectului pasiv se consideră îndeplinită și atunci când: a) bunurile ce constituie obiectul infracțiunii se află în coproprietatea mai multor persoane; b) infracțiunea a adus atingere unor subiecți pasivi secundari diferiți, dar subiectul pasiv principal este unic”*.

În conformitate cu aceste dispoziții interpretative, s-a putut concluziona că, de fapt, pluralitatea de subiecți pasivi nu va conduce, în mod automat, la excluderea reținerii săvârșirii în mod continuat a unei (singure) infracțiuni. În doctrină au continuat să se manifeste soluții divergente cu referire la aptitudinea pluralității de subiecți pasivi de a menține sau, dimpotrivă, de a rupe unitatea infracțională, în cazul anumitor categorii de fapte penale.

Astfel, de pildă, în literatura de specialitate s-a arătat: „Chiar dacă această condiție se consideră, prin voința legiuitorului (art. 238 din Legea nr. 287/2012), îndeplinită și atunci când bunurile ce constituie obiectul infracțiunii se află în coproprietatea mai multor persoane, precum și în cazul în care infracțiunea a adus atingere unor subiecți pasivi secundari diferiți, dar subiectul pasiv principal este unic, cel puțin în ultima sa ipoteză normativă, inechivocă, ea va da naștere unor **soluții inechitabile** (de pildă, lovirea, în condițiile prevăzute în art. 35 alin. (1), a mai multor persoane, va fi încadrată drept concurs de infracțiuni de lovire sau alte violențe, dar lovirea mai multor funcționari publici care îndeplinesc o funcție ce implică exercițiul autorității de stat, aflați în exercitarea atribuțiilor de serviciu, în aceleași condiții, va fi încadrată ca infracțiune continuată de ultraj) [autorul citează, însă – în sens contrar acestei soluții - și puncte de vedere care susțin

⁸ G. Antoniu, *Observații critice cu privire la noul Cod penal*, în *Analele Universității „C-tin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice*, Nr. 2/2010, p. 15. A se vedea, în același sens – C-tin Duvac, în: G. Antoniu (coord.), C. Bulai, C-tin Duvac, I. Griga, Ghe. Ivan, C-tin Mitache, I. Molnar, I. Pascu, V. Pașca, O. Predescu, *Explicații preliminare ale noului Cod penal. Vol. I. Articolele 1-52*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 309.

⁹ Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în Monitorul Oficial nr. 757/2012 (rectificată în M. Of. nr. 117/2013).

rezolvarea opusă în caz de ultraj] în cazul infracțiunilor al căror subiect pasiv secundar este persoana umană împreună cu atributele sale. Prin urmare, *de lege lata*, **infracțiunea va rămâne unică** (cu toată injustețea unei astfel de soluții) dacă există o pluralitate de subiecți pasivi secundari, de exemplu, în cazul infracțiunilor de: tâlhărie (când a fost prejudiciată o singură persoană, dar violențele au fost comise asupra mai multor persoane), ultraj, inducerea în eroare a organelor judiciare, favorizarea făptuitorului, tănuire, influențarea declarațiilor, mărturie mincinoasă, răzbunare pentru ajutorul dat justiției, compromitere a intereselor justiției, încălcarea solemnității ședinței, ultraj judiciar, cercetare abuzivă, supunere la rele tratamente, tortură, represiune nedreaptă etc.”¹⁰

Realitatea este că, deși textul art. 238 din Legea nr. 187/2012 face referire expresă la ipoteza infracțiunilor care se comit (pe caz concret) în mod continuat, dispoziția cuprinsă la lit. b) a normei juridice în cauză furnizează (furniza?)¹¹, implicit, o regulă de soluționare a ipotezelor de săvârșire, chiar și în mod ne-continuat, a unor infracțiuni complexe (în situația în care, pe caz concret, acestea ar prezenta un subiect pasiv principal unic și subiecți pasivi secundari diferiți, dacă activitatea infracțională ar fi unitară, desfășurată deodată, de principiu în aceleași condiții de timp și de loc).¹² Astfel, ar fi absurd să se aprecieze că soluția expres acreditată prin norma în cauză nu s-ar aplica infracțiunilor complexe (de tipul celor la care s-a făcut referire) chiar și atunci când acestea nu s-ar comite în mod continuat. Ar fi inadmisibilă opinia că ar exista unitate de infracțiune (complexă și continuată) atunci când activitatea infracțională respectivă s-ar

¹⁰ C-tin Duvac, în: G. Antoniu, T. Toader (coord.), G. Antoniu, C. Bulai, B.N. Bulai, C-tin Duvac, I. Griga, I. Ifrim, Ghe. Ivan, C-tin Mitrache, I. Molnar, I. Pascu, V. Pașca, O. Predescu, *Explicațiile noului Cod penal. Vol. I. Articolele 1-52*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 371, 372.

¹¹ Se poate discuta în ce măsura soluția astfel acreditată (implicit) se va menține valabilă și pentru viitor, ulterior pronunțării deciziei nr. 368/2017 a C.C.R. (la care vom face referire în continuare), din moment ce în cuprinsul acesteia s-a specificat expres că „prevederile art. 238 din Legea nr. 187/2012 (...) rămân fără obiect de reglementare” (pct. 30).

¹² De exemplu, în cazul unei tâlhării, în cadrul căreia sunt amenințate / lovite mai multe persoane fizice, cu atribuții de pază, pentru a se sustrage bunuri aparținând unei instituții (persoană juridică), rezultă că infracțiunea rămâne unică și atunci când activitatea este reluată la diferite intervale de timp, în baza aceleiași rezoluții infracționale (paznicii lezați fiind diferiți, dar titularul patrimoniului fiind același), dar (desigur) și atunci când evenimentul se desfășoară o singură dată.

relua la diferite intervale de timp, în baza aceleiași rezoluții infracționale, asupra unor subiecți pasivi diferiți, dar cu menținerea subiectului pasiv principal, dar că ar exista o pluralitate de infracțiuni atunci când aceeași activitate s-ar desfășura o singură dată, asupra acelorași subiecți pasivi (principal – unic, secundari – diferiți)...

Pasul 3

Prin **Decizia nr. 368/2017**¹³, **Curtea Constituțională** a admis excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 35 alin. 1 C. pen. și a constatat că «sintagma „și împotriva aceluiași subiect pasiv” din cuprinsul dispozițiilor art. 35 alin. (1) din Codul penal este neconstituțională». Din considerentele deciziei instanței de contencios constituțional, înțelegem să reproducem unele paragrafe de interes (principal):

«(23.) Curtea constată că imposibilitatea reținerii infracțiunii în formă continuată — dacă nu este îndeplinită condiția unității subiectului pasiv în cazul săvârșirii de către o persoană la diferite intervale de timp, dar în realizarea aceleiași rezoluții, a unor acțiuni sau inacțiuni care prezintă, fiecare în parte, conținutul aceleiași infracțiuni —, având drept consecință obligarea instanței de judecată la aplicarea regulilor concursului de infracțiuni, creează discriminare între autorul faptei și o persoană care săvârșește la diferite intervale de timp, în realizarea aceleiași rezoluții, acțiuni sau inacțiuni care prezintă, fiecare în parte, conținutul aceleiași infracțiuni ca și în cazul primului făptuitor, însă cu îndeplinirea condiției unității subiectului pasiv. Curtea observă că persoanele în cauză se află în situații similare, din perspectiva gravității faptei săvârșite și a pericolozității făptuitorului, indiferent dacă este sau nu îndeplinită condiția unității subiectului pasiv. Cu toate acestea, autorii faptelor menționate beneficiază de un tratament juridic diferit, ce are efect asupra regimului sancționator aplicabil. Tratatamentul diferențiat nu își găsește însă nicio justificare obiectivă și rezonabilă, având în vedere că unitatea subiectului pasiv poate fi un element necunoscut făptuitorului și, prin urmare, aleatoriu și exterior voinței acestuia, astfel încât nu poate constitui un criteriu legal/obligatoriu de diferențiere între infracțiunea continuată și concursul de infracțiuni. Astfel, în timp ce unitatea rezoluției infracționale este un criteriu obiectiv, intrinsec, care ține de procesul cognitiv specific comportamentului infracțional, fiind,

¹³ Publicată în M. Of. nr. 566/2017.

implicit, controlabil de către subiectul activ, unitatea subiectului pasiv constituie un criteriu exterior voinței făptuitorului, independent de acesta, și, pentru acest motiv, nejustificat. (...)

(28.) Consecința constatării de către Curte a neconstituționalității sintagmei „și împotriva aceluiași subiect pasiv” din cuprinsul dispozițiilor art. 35 alin. (1) din Codul penal este, practic, revenirea la soluția adoptată de practica judiciară sub reglementarea Codului penal din 1969, în sensul existenței unei compatibilități limitate între infracțiunea continuată și pluralitatea de subiecți pasivi, compatibilitate ce urmează a fi reținută de la caz la caz de instanțele judecătorești, în virtutea rolului constituțional al acestora de a asigura înfăptuirea justiției. În acest sens, Curtea observă că, potrivit practicii judiciare cristalizate sub imperiul Codului penal din 1969, pentru a stabili dacă toate acțiunile sau inacțiunile au fost comise în realizarea aceleiași rezoluții infracționale sau dacă își au sursa în rezoluții distincte este indispensabilă examinarea tuturor împrejurărilor de fapt și a condițiilor în care au fost săvârșite, putând fi avută în vedere, printre alte elemente, și identitatea persoanei vătămate. De asemenea, alte criterii de stabilire a existenței infracțiunii continuate ar putea fi: săvârșirea la intervale de timp relativ scurte a acțiunilor componente; comiterea acțiunilor asupra unor bunuri de același fel; folosirea acelorași metode, procedee, mijloace; comiterea acțiunilor în aceleași împrejurări sau condiții, precum și unitatea de scop. Fiind chemată să se pronunțe asupra unui recurs în interesul legii, Înalta Curte de Casație și Justiție a apreciat că „diferența de obiect sau de subiect pasiv al infracțiunii nu poate determina pulverizarea unei acțiuni unice sau repetate în timp, îndeplinite în realizarea aceleiași rezoluții, în tot atâtea infracțiuni autonome concurente câte bunuri sau persoane au făcut obiectul acelei acțiuni” [Decizia nr. XLIX (49) din 4 iunie 2007, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 775 din 15 noiembrie 2007].

(29.) Așadar, ca urmare a constatării neconstituționalității sintagmei „și împotriva aceluiași subiect pasiv” din cuprinsul dispozițiilor art. 35 alin. (1) din Codul penal, unitatea subiectului pasiv încetează să mai fie o condiție esențială a infracțiunii continuate și redevine un simplu criteriu de stabilire a unității rezoluției infracționale, lăsat la aprecierea organelor judiciare.

(30.) Tot ca efect al constatării neconstituționalității sintagmei „și împotriva aceluiași subiect pasiv” din cuprinsul dispozițiilor art. 35 alin. (1) din Codul penal, prevederile art. 238 din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare

a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 757 din 12 noiembrie 2012, prevederi ce delimitează sfera de aplicare a condiției unității subiectului pasiv, rămân fără obiect de reglementare».

Astfel, consecutiv acestei decizii a C.C.R., cu privire la *subiectul pasiv* al unei infracțiuni continuate, reiese că acesta poate fi, după caz, *unic sau multiplu*. În măsura în care subiectul pasiv este unic, atunci va putea exista, fără dubiu, infracțiune continuată. Spre exemplu, *în cazul unor infracțiuni contra patrimoniului* (de pildă: furt, înșelăciune, distrugere), *ori al unor infracțiuni contra persoanei* (de pildă: lovirea, vătămarea corporală, violul).

Considerăm că și în materia infracțiunii continuate, relativ la subiectul pasiv al acesteia, *s-ar putea ridica problema menținerii sau scindării unității infracționale, în cazul pluralității de subiecți pasivi, în funcție de diverse categorii infracționale*. Astfel, de pildă, *în materia infracțiunilor contra patrimoniului*, reținerea unei infracțiuni comise în formă continuată este, de principiu, posibilă, chiar și în ipoteza unei pluralități de subiecți pasivi (ca efect al deciziei C.C.R. pre-citate). Suntem de opinie că referirea din cuprinsul Deciziei nr. 368/2017 a Curții Constituționale, în sensul invalidării (rămânerii fără obiect) a reglementării din art. 238 din Legea nr. 187/2012 (ca efect al constatării neconstituționalității limitării infracțiunii continuate doar la situația unui subiect pasiv unic), este de natură a conduce la *renașterea controverselor referitoare la menținerea unității infracționale legale* (inclusiv sub forma infracțiunii continuate), *în cazul săvârșirii împotriva unor subiecți pasivi diferiți a unor infracțiuni complexe contra patrimoniului, care absorb în conținutul lor activități infracționale contra persoanei* (precum tâlhăria). Problema este extrem de nuanțată, de controversată (de ... complexă), implicând o ieșire din sfera strictă a infracțiunilor contra patrimoniului, astfel încât apreciem că *nu se poate generaliza o soluție unică*, vizând ample dezbateri care privesc aspecte tratate pe terenul dreptului penal – partea specială.

În materia infracțiunilor contra persoanei, se poate argumenta, ca și în cazul altor forme de unitate infracțională (originare / primare, pe premisa căroră se grefează, de altfel, săvârșirea în formă continuată), că *pluralitatea de victime ar trebui să conducă la reținerea unei pluralități corespunzătoare*

de infracțiuni. Apreciem că ar fi cel puțin illogic a susține soluția potrivit căreia pluralitatea subiecților pasivi conduce la o pluralitate de infracțiuni în cazul unor infracțiuni contra persoanei comise în formă ne-continuată, optând însă pentru menținerea unității infracționale legale, în ipoteza comiterii acestora împotriva unor subiecți pasivi diferiți, în condițiile infracțiunii continuate.

Astfel, reținem inclusiv mențiunea inclusă în cuprinsul Deciziei nr. 368/2017 a Curții Constituționale (pct. 28), potrivit căreia: «Consecința constatării de către Curte a neconstituționalității sintagmei „și împotriva aceluiași subiect pasiv” din cuprinsul dispozițiilor art. 35 alin. (1) din Codul penal este, practic, revenirea la soluția adoptată de practica judiciară sub reglementarea Codului penal din 1969, în sensul existenței unei compatibilități limitate între infracțiunea continuată și pluralitatea de subiecți pasivi, compatibilitate ce urmează a fi reținută de la caz la caz de instanțele judecătorești, în virtutea rolului constituțional al acestora de a asigura înfăptuirea justiției».

Pasul 4

La data de **15 noiembrie 2017**, **Guvernul României** a adoptat un **proiect de lege** pentru modificarea și completarea (și a) Legii nr. 286/2009 privind Codul Penal¹⁴, conform căruia alineatul (1) al articolului 35 C. pen. se modifică și va avea următorul cuprins: „Infracțiunea este continuată când o persoană săvârșește la diferite intervale de timp, dar în realizarea aceleiași rezoluții, acțiuni sau inacțiuni care prezintă, fiecare în parte, conținutul aceleiași infracțiuni”.¹⁵

În aprecierea noastră, acest demers (deja tardiv, căci termenul de 45 de zile de la momentul publicării deciziei C.C.R. în M. Of. – la data de 17 iulie 2017 – , moment la care dispoziția legală a cărei neconstituționalitate a

¹⁴ Comunicatul de presă referitor la adoptarea acestui proiect de lege poate fi consultat on-line, la adresa de internet (verificată pe 24 noiembrie 2017): <http://gov.ro/ro/guvernul/sedinte-guvern/modificarile-la-legislatia-penala-i-procesual-penala-adoptate-in-edinta-de-guvern> .

¹⁵ Documentul poate fi consultat on-line, în format electronic, la adresa de internet (verificat la data de 24 noiembrie 2017): <https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2017/11/Proiect-24.pdf> .

fost constatată și pronunțată iese din vigoare / își încetează activitatea¹⁶, a fost împlinit încă de la sfârșitul lunii august a anului 2017) este unul firesc, pentru deplina și indiscutabila întregire a legalității în cadrul ordinii de drept. Dincolo de acest aspect, opinăm în sensul că, și în absența demersului în cauză (respectiv, de la sfârșitul lunii august a anului 2017 și până la concretizarea proiectului normativ de modificare expresă, în sensul indicat, a Codului penal), rezolvarea atrasă ca efect al pronunțării deciziei C.C.R. (dispariția condiției de existență a infracțiunii continuate constând în necesitatea unității subiectului pasiv) se impune în dreptul pozitiv, urmând a i se da efect direct, de către instanțele penale, în temeiul deciziei nr. 368/2017 a C.C.R. Altfel, ar reieși că hotărârea instanței de contencios constituțional rămâne lipsită de conținut și de aplicabilitate efectivă în practică, fără o reacție corespunzătoare a legiuitorului, ceea ce este inadmisibil, în raport de caracterul general obligatoriu al acestor decizii¹⁷ și de rolul / poziția Curții Constituționale în sistemul de drept.¹⁸

Ce rezultă? Infracțiunea continuată, în reglementarea actuală (art. 35 alin. 1 C. pen., interpretat și aplicat prin prisma deciziei nr. 368/2017 a C.C.R. / respectiv modificat în acest sens, în perspectivă legislativă) = art. 41 alin. (2) Cod penal anterior¹⁹ (activ între 1 ianuarie 1969 și 31 ianuarie 2014), anume: „Infracțiunea este continuată când o persoană săvârșește la

¹⁶ Conform art. 147 alin. 1 din Constituția României (revizuită) și art. 31 alin. 3 din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, republicată în M. Of. nr. 807/2010.

¹⁷ Art. 147 alin. 4 din Constituție.

¹⁸ Este adevărat că raționamentul și soluția astfel avansate conduc la o situație de fapt similară (în realitate, ca efecte concrete) celei în care textul legal ar fi fost practic modificat prin intermediul deciziei C.C.R., fiind aparent încălcată prohibiția cuprinsă în art. 3 alin. 2 din Legea nr. 47/1992 (potrivit căreia prin jurisprudența C.C.R. nu se pot modifica prevederile legale analizate). Pe de altă parte, este de observat că, formal, textul normativ nu este propriu-zis modificat, ci, rămânând prevăzut expres ca atare în Codul penal (până la intervenția legiuitorului organic), trebuie interpretat și aplicat efectiv în practică prin prisma și în limita constituționalității trasate prin hotărârea obligatorie a Curții Constituționale. De altfel, consecința constatării neconstituționalității sintagmei *și împotriva aceluiași subiect pasiv*, din cuprinsul art. 35 alin. (1) C. pen. a fost expres și explicit (clar) indicată (tot cu putere general obligatorie) prin chiar cuprinsul deciziei nr. 368/2017 a C.C.R. la pct. 28.

¹⁹ Legea nr. 15/1968, publicată în Buletinul Oficial nr. 79 – 79 bis / 1968, republicat (ultima dată) în Monitorul Oficial nr. 65/1997, cu modificări și completări.

diferite intervale de timp, dar în realizarea aceleiași rezoluții, acțiuni sau inacțiuni care prezintă, fiecare în parte, conținutul aceleiași infracțiuni”.

*

De reținut că, în **materia infracțiunii continuate**, de-a lungul timpului (potrivit legislației imediat anterioare – Codul penal din 1968 – și actuale, de până în prezent) s-a configurat și o **practică penală obligatorie**, reprezentată de decizii pronunțate de completele specializate ale instanței supreme, la care se adaugă decizia - deja indicată - a Curții Constituționale a României. Parte dintre aceste decizii, pronunțate ca soluții jurisprudențiale obligatorii, și-au păstrat (în mod indiscutabil) acest caracter până în prezent, spre deosebire de altele. În raport de unele dintre acestea din urmă, se poate discuta, însă, în lumina actualului *status-quo*, despre o potențială revitalizare a caracterului lor obligatoriu, ori, dimpotrivă, despre o pierdere a acestuia (prin rămânere fără obiect). Le vom puncta, în cele ce urmează:

I. Decizii pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție, ca hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală (în rezolvarea unor situații tranzitorii):

1) Prin *Decizia nr. 5/2014* (M. Of. nr. 470 din 26 iunie 2014), Înalta Curte de Casație și Justiție, *Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală*, a admis sesizarea formulată de către Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția penală, prin care se solicită pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea de principiu a problemei de drept vizând aplicarea legii penale mai favorabile în cazul infracțiunii în formă continuată, respectiv, dacă infracțiunea în formă continuată reprezintă o instituție autonomă față de instituția pedepsei. S-a stabilit: „În aplicarea art. 5 din Codul penal, se are în vedere criteriul aprecierii globale a legii penale mai favorabile. Constată că nu este permisă combinarea prevederilor din legi succesive în stabilirea și aplicarea legii penale mai favorabile cu privire la condițiile de existență și sancționare ale infracțiunii în formă continuată”.

2) Prin *Decizia nr. 7/2014* (M. Of. nr. 471 din 26 iunie 2014), Înalta Curte de Casație și Justiție, *Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală*, a admis sesizarea formulată de Curtea de Apel Oradea - Secția penală și pentru cauze cu minori prin și sesizarea formulată de Curtea de Apel București - Secția I penală, în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea în principiu a problemei de drept dacă

în aplicarea legii penale mai favorabile potrivit art. 6 din noul Cod penal, în cazul infracțiunilor continuate, prin sintagma „maxim special prevăzut de legea nouă pentru infracțiunea săvârșită” se înțelege, maximul pedepsei prevăzut de lege pentru infracțiunea săvârșită, sau și sporul facultativ prevăzut de aceeași lege pentru sancționarea acestei forme a unității legale de infracțiune. S-a stabilit: *«În aplicarea legii penale mai favorabile, potrivit art. 6 din Codul penal, în cazul infracțiunilor continuate, prin sintagma „maxim special prevăzut de legea nouă pentru infracțiunea săvârșită” se înțelege maximul special prevăzut de lege pentru infracțiune, fără luarea în considerare a cauzei de majorare a pedepsei prevăzută pentru infracțiunea continuată»*.

3) Prin *Decizia nr. 13/2016* (M. Of. nr. 457 din 21 iunie 2016), Înalta Curte de Casație și Justiție, *Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală*, a admis sesizarea formulată de Curtea de Apel Galați – Secția penală și pentru cauze cu minori, prin care s-a solicitat pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea chestiunii de drept: „dacă, în aplicarea prevederilor art. 6 din Codul penal, în cazul unei infracțiuni în formă continuată care, potrivit legii penale noi nu mai îndeplinește condițiile de reținere a unității infracționale continuate, ci pe cele ale unui concurs de infracțiuni, se are în vedere maximul special prevăzut de legea nouă pentru infracțiunea săvârșită sau pedeapsa maximă ce ar rezulta în urma aplicării dispozițiilor referitoare la concursul de infracțiuni”. S-a stabilit: *„În aplicarea dispozițiilor art. 6 din Codul penal, în cazul unei infracțiuni în formă continuată care potrivit legii penale noi nu mai îndeplinește condițiile de existență ale infracțiunii continuate, ci condițiile concursului de infracțiuni, instanța se raportează la maximul special prevăzut de legea nouă pentru infracțiunea săvârșită, iar nu la pedeapsa maximă ce ar rezulta prin aplicarea dispozițiilor referitoare la concursul de infracțiuni conform legii penale noi”*.

Apreciem că, pe viitor, după expirarea termenului de 45 de zile de la publicarea în Monitorul Oficial a deciziei nr. 368/2017 a Curții Constituționale, soluția impusă prin decizia H.P. 13/2016 a Comp. D.C.D. pen. din cadrul Î.C.C.J. devine inaplicabilă (rămâne fără obiect de aplicare), din moment ce premisa sa (ipoteza unei activități infracționale care, în calificarea fostului Cod penal, se încadra drept infracțiune continuată, iar în calificarea actualului Cod penal s-ar încadra drept concurs de infracțiuni) nu

mai este de actualitate. Practic, în urma deciziei ante-indicate pronunțată de C.C.R., ipoteza analizată se va replea pe premisa corespunzătoare deciziei H.P. nr. 7/2014 (anterior menționată) pronunțată de Comp. D.C.D. pen. din cadrul Î.C.C.J.

4) Prin *Decizia nr. 20/2016* (M. Of. nr. 927 din 17 noiembrie 2016), Înalta Curte de Casație și Justiție, *Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală*, a admis sesizarea formulată de Curtea de Apel Timișoara, Secția Penală, prin care s-a solicitat pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea de principiu a problemei de drept dacă „în cazul infracțiunii de proxenetism prevăzută de art. 213 Cod penal - în modalitatea înlesnirii practicării prostituției, dacă faptele sunt săvârșite față de o persoană majoră și de una minoră, sunt realizate elementele constitutive ale unei singure infracțiuni prev. de art. 213 alin. (1) și (3) Cod penal cu aplicarea art. 35 alin. (1) Cod penal sau două infracțiuni aflate în concurs, respectiv art. 213 alin. (1) Cod penal și art. 213 alin. (3) Cod penal, ambele cu aplicarea art. 38 Cod penal”. S-a stabilit: «În cazul în care infracțiunea de proxenetism, în varianta înlesnirii practicării prostituției, se săvârșește asupra a două sau mai multe persoane vătămate majore și minore, în „aceeași împrejurare”, se va reține o singură infracțiune de proxenetism, prev. de art. 213 alin. (1) și (3) Cod penal, în formă simplă. Ori de câte ori infracțiunea de proxenetism, în varianta înlesnirii practicării prostituției, se săvârșește asupra a două sau mai multe persoane vătămate majore și/sau minore, fără legătură între ele, se va reține un concurs de infracțiuni, prev. de art. 213 alin. (1), art. 213 alin. (3) sau art. 213 alin. (1) și (3) Cod penal, după caz, cu reținerea dispozițiilor art. 38 alin. (1) Cod penal».

5) Prin *Decizia nr. 3/2017* (M. Of. nr. 259 din 13 aprilie 2017), Înalta Curte de Casație și Justiție, *Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală*, a admis sesizarea formulată de Curtea de Apel București, Secția a II-a penală, în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea chestiunii de drept: „atunci, când o persoană comite, în aceeași împrejurare, una sau mai multe acțiuni care pot constitui elementul material conform enumerării din art. 2 alin. (1) din Legea nr. 143/2000 având ca obiect material mai multe categorii de droguri, prevăzute în tabele diferite (de risc și de mare risc) ne aflăm în prezența unui concurs de infracțiuni prevăzut de art. 2 alin. (1) din Legea nr. 143/2000 și art. 2 alin.

(2) din aceeași lege cu aplicarea art. 38 din Codul penal, sau a unei unități legale de infracțiuni sub forma infracțiunii continuate, prevăzută de art. 2 alin. (1) și (2) din Legea nr. 143/2000 cu aplicarea art. 35 alin. (1) din Codul penal, ori a infracțiunii complexe prevăzută de art. 2 alin. (1) și (2) din Legea nr. 143/2000 cu aplicarea art. 35 alin. (2) din Codul penal”. S-a stabilit: *„În interpretarea dispozițiilor art. 2 din Legea nr. 143/2000 privind prevenirea și combaterea traficului și consumului ilicit de droguri, republicată cu modificările și completările ulterioare, săvârșirea, în aceeași împrejurare, a unei singure acțiuni dintre cele enumerate în alineatul (1) al acestui articol, care are ca obiect atât droguri de risc, cât și droguri de mare risc, reprezintă o infracțiune simplă, ca formă a unității naturale de infracțiune, prevăzută de art. 2 alin. (1) și (2) din același act normativ”*.

II. Decizii pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție în soluționarea unor recursuri în interesul legii

1) Prin *Decizia nr. XIV / 2006* (M. Of. nr. 6 din 4 ianuarie 2007), Înalta Curte de Casație și Justiție – Secțiile Unite, a admis recursul în interesul declarat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, cu privire la stabilirea caracterului de „consecințe deosebit de grave” la care se referă art. 146 din Codul penal [anterior, din 1968 – n.n.], în cazul infracțiunii continuate. S-a stabilit: *«În cazul infracțiunii continuate, caracterul de „consecințe deosebit de grave” se determină prin totalizarea pagubelor materiale cauzate tuturor persoanelor fizice sau juridice, prin toate acțiunile sau inacțiunile prin care se realizează elementul material al laturii obiective a infracțiunii»*.

Apreciem că decizia își menține valabilitatea, *mutatis mutandis*, și de lege lata.

2) Prin *Decizia nr. XLIX (49) / 2007* (M. Of. nr. 775 din 15 noiembrie 2007), Înalta Curte de Casație și Justiție – Secțiile Unite, a admis recursul în interesul declarat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, cu privire la încadrarea juridică a faptei de trafic de persoane, comisă asupra mai multor persoane, în aceleași condiții de loc și de timp. S-a stabilit: *«Traficul de persoane incriminat prin dispozițiile art. 12 și 13 din Legea nr. 678/2001, comis asupra mai multor subiecți pasivi, în aceleași condiții de loc și de timp, constituie o infracțiune unică, în formă continuată, iar nu mai multe infracțiuni aflate în concurs»*.

Apreciem că, între data de 1 februarie 2014 și până la declararea neconstituțională a sintagmei „și împotriva aceluiași subiect pasiv” din cuprinsul dispozițiilor art. 35 alin. (1) din Codul penal, era indiscutabilă invalidarea acestei soluții de jurisprudență obligatorie, prin efectul intrării în vigoare a Codului penal actual. Este însă de observat că noua configurație, (re)impusă infracțiunii continuate prin decizia nr. 368/2017 a C.C.R., ridică problema re-activării soluției din decizia nr. XLIX (49) / 2007 a S.U. ale Î.C.C.J., cu atât mai mult cu cât însăși Curtea Constituțională s-a referit, în cuprinsul deciziei pre-citate, la această hotărâre – R.I.L. – a instanței supreme (a se vedea pct. 28 al deciziei C.C.R.).

3) Prin *Decizia nr. 2 / 2008* (M. Of. nr. 859 din 19 decembrie 2008), Înalta Curte de Casație și Justiție – Secțiile Unite, a admis recursul în interesul declarat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, referitor la încadrarea juridică a primului act de tănuire și a celor ulterioare dacă, după primul act, tănuitorul a lăsat să se înțeleagă că va asigura mai departe valorificarea bunurilor sustrate. S-a stabilit: „În situația existenței unui prim act de tănuire, urmat de o altă acțiune a aceluiași tănuitor care promite că va asigura valorificarea în continuare și a altor bunuri sustrate, sunt întrunite elementele constitutive ale complicității la infracțiunea de furt în formă simplă sau continuată, după caz, în concurs real cu infracțiunea de tănuire, chiar dacă promisiunea anticipată de tănuire a bunurilor nu a fost îndeplinită”.

Apreciem că decizia își menține valabilitatea, *mutatis mutandis*, și de lege lata.

4) Prin *Decizia nr. 17 / 2008* (M. Of. nr. 866 din 22 decembrie 2008), Înalta Curte de Casație și Justiție – Secțiile Unite, a admis recursul în interesul declarat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, în legătură cu stabilirea încadrării juridice a pluralității de acte sexuale săvârșite în realizarea aceleiași rezoluții infracționale atunci când victima este membru al familiei, prin constrângerea acesteia sau profitând de imposibilitatea ei de a se apăra ori de a-și exprima voința, atât înainte, cât și după ce aceasta a împlinit 15 ani. S-a stabilit: „1. Raportul sexual săvârșit în realizarea aceleiași rezoluții infracționale, atunci când victima este membru al familiei, prin constrângerea acesteia sau profitând de imposibilitatea ei de a se apăra ori de a-și exprima voința, atât înainte, cât și după ce aceasta a împlinit 15 ani, întrunește elementele

constitutive ale infracțiunii de viol prevăzute de art. 197 alin. 1 raportat la alin. 2 lit. b¹) și alin. 3 teza I, cu aplicarea art. 41 alin. 2 din Codul penal. [Referirile sunt efectuate la textele Codului penal anterior, referitoare la: art. 197 alin. 1 – infracțiunea de viol, forma-tip; art. 197 alin. 2 lit. b¹) – infracțiunea de viol agravat, atrasă de calitatea de membru de familie a victimei (sensul noțiunii de membru de familie era reglementat în art. 149¹); art. 197 alin. 3 teza I – infracțiunea de viol agravat, atrasă de împrejurarea că victima era un minor mai mic de 15 ani; art. 41 alin. 2 – definiția infracțiunii continuate – n.n.]. 2. Infracțiunea de viol, în modalitatea raportului sexual, prevăzută de art. 197 alin. 1 din Codul penal raportat la alin. 2 lit. b¹) și alin. 3 teza I din Codul penal, cu aplicarea art. 41 alin. 2 din Codul penal, se va reține în concurs cu infracțiunea de incest prevăzută de art. 203 din Codul penal, cu aplicarea art. 41 alin. 2 din Codul penal”.

Este de menționat că, între data de 1 februarie 2014 și până la modificarea Codului penal actual prin O.U.G. nr. 18/2016²⁰, era indiscutabilă invalidarea acestei soluții de jurisprudență obligatorie, prin efectul intrării în vigoare a Codului penal actual. Astfel, Codul penal în vigoare, prin dispozițiile privind formele agravate ale violului (art. 218 C. pen.), precum și ale agresiunii sexuale (art. 219 C. pen.), respectiv ale infracțiunii de act sexual cu un minor (art. 220 C. pen.), conducea la absorbția incestului în conținutul agravat al acestor infracțiuni, cu titlu de element circumstanțial agravant (forma de unitate infracțională existentă fiind, așadar, infracțiunea complexă în / pe conținut agravat). După cum am mai precizat și cu altă ocazie²¹, ca efect al modificărilor aduse Codului penal prin O.U.G. 18/2016, s-a menținut în incriminarea formei agravate a violului și a agresiunii sexuale referirea la victima „rudă în linie directă, frate sau soră” (ceea ce

²⁰ Publicată în M. Of. nr. 389/2016.

²¹ M. Dunea, „Observații referitoare la impactul produs asupra unor instituții generale ale dreptului penal de modificările apportate prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 18/2016”, în *Analele Științifice ale Universității „Alexandru I. Cuza” din Iași*, seria *Științe Juridice*, tomul LXII, nr. I / 2016, p. 88 ș.u. – articolul poate fi consultat on-line, în format electronic, la adresa de internet (verificată pe 24 noiembrie 2017): http://pub.law.uaic.ro/files/articole/2016/voli/2016_i_2.1_dunea.pdf); a se vedea și: V. Cioclei, «Din nou despre modificările Codului penal prin O.U.G. nr. 18/2016 sau „Mircea, fă-te că legiferezi (în penal)”», articol consultabil on-line, în format electronic, la adresa de internet (verificată la data de 24 noiembrie 2017): <https://www.universuljuridic.ro/din-nou-despre-modificarile-codului-penal-prin-o-u-g-nr-182016-sau-mircea-fa-te-ca-legiferezi-penal/>.

asigură o strictă absorbție a incestului), dar s-a schimbat raportarea, în cazul actului sexual cu un minor, făcându-se referire, în forma agravată, la victima „membru de familie” [atât în art. 220 alin. 4 lit. a) C. pen., cât și prin adăugarea acestei forme de agravare variantei modificate din alin. 3 al aceluiași articol, tot la lit. a)]. Referirea include sfera persoanelor față de care poate lua naștere și incestul, dar o depășește pe aceasta. În acest fel, credem că legiuitorul (re)deschide (permutată însă în materia actului sexual cu un minor), controversa existentă în fosta legislație, în materie de viol, referitor la raportul de absorbție sau concurență cu incestul, ceea ce implică și problema unei posibile reactivări parțiale (*mutatis mutandis*), a soluției și efectelor deciziei nr. 17/2008 a Secțiilor Unite ale instanței supreme.

*

În loc de concluzii: Este necesar ca procesul de reformă să fie ... continuat, dar (înaintând pe „drumul inaugurat la data de 1 februarie 2014”) fără biletul dus-întors (*căci, în cazul călătoriilor dus-întors, stația de destinație pentru călătoria de dus trebuie să fie aceeași cu stația de plecare pentru călătoria de întors*). Desigur, relativitatea acestei observații (impusă de caracterul permutabil al perspectivei de pe pozițiile căreia este abordat domeniul juridico-penal) reiese din împrejurarea că, în final, numeroase soluții *inovatoare* inaugurate de către noul legiuitor penal (și mai ales de cel procesual-penal) – din 2009 – au fost deja infirmate (revenindu-se la anumite soluții anterior consacrate). Alte asemenea prevederi au generat și continuă să întrețină controverse, interpretări neunitare, critici și propuneri *de lege ferenda* (din care nu puține sunt, de fapt, propuneri de revenire la stadiul *de lege praevia*). (Și) Sub acest aspect, evoluția (!?) reformei penale în curs rămâne de urmărit, căci ea tinde a se desfășura, sub numeroase aspecte ... în continuare (chiar dacă nu neapărat *în baza unei unice rezoluții ... de reglementare*).

***NON BIS IN IDEM* ÎN MATERIE FISCALĂ PRIN PRISMA
JURISPRUDENȚEI CEDO/CJUE**

***NON BIS IN IDEM* IN TAX MATTERS IN THE LIGHT OF ECHR /
CJEU CASE LAW**

IOANA MARIA COSTEA¹

Rezumat: Prezentul studiu pune în discuție o problemă dinamică și evolutivă, cea a concursului de proceduri fiscale și penale în combaterea ilicitului fiscal. Cheia de boltă este desigur preocuparea pentru respectarea principiului *non bis in idem*, mai ales în ipoteza în care ambele proceduri tind fie să aplice sancțiuni, fie să emită titluri de creanță pentru același prejudiciu. Studiu preia repere recente de jurisprudență a Curții Europene a Drepturilor Omului și a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Cuvinte-cheie: evaziune fiscală; sancțiune fiscală; sancțiune penală.

Abstract: The present study raises a dynamic and evolutionary problem, that of the competition of fiscal and criminal procedures in the fight against fiscal illicit. The keystone is of course the concern to respect the principle of *non bis in idem*, especially when both proceedings tend to apply sanctions or issue debt securities for the same damage. The study takes up recent benchmarks in the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union.

Keywords : tax evasion ; fiscal sanction ; penal sanction.

În mod tradițional, în materie de protecție a intereselor financiare europene ori naționale sunt congruente instrumente juridice multiple, cu naturi juridice diferite, de drept administrativ-fiscal și de drept penal. Acest spectru larg de măsuri juridice, de combatere a unor forme de ilicit fiscal se justifică prin cumulara unor interese juridice distincte și a unor proceduri cu avantaje diferite.

Raportat la elementul interes, observăm că o procedură fiscală de administrare a unei creanțe în sensul de identificare și colectare se

¹ Conferențiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea "Alexandru Ioan Cuza" din Iași, ioana.costea@uaic.ro

fundamentează pe preocuparea majoră a creditorului de a recupera avantajul patrimonial. Întreaga procedură fiscală tinde spre acest scop esențial; procedurile declarative, formele de control fiscal, măsurile de colectare voluntară sau silită; sancțiuni proprii cum ar fi penalitatea de nedeclarare. Specifică este forța plenară a creditorului în administrarea creanței, dimensiunea unilaterală a procedurii *in extremis*. Astfel, prin mecanisme cum sunt recalificarea, stabilirea creanței sub rezerva verificării ulterioare, stabilirea creanței din oficiu, creditorul fiscal, entitate publică beneficiază de o serie de instrumente caracterizate prin forță juridică extremă, prin celeritate, prin derulare administrativă fără mecanisme judiciare cu scopul de a remedia colectarea resurselor publice. Subliniem că procedurile fiscale, în majoritatea sistemelor de drept, inclusiv în dreptul român au propriile mecanisme sancționatorii – majorări, penalități care se calculează de regulă procentual, la valoarea creanței principale.

În acest dinamism, procedura penală nu justifică o forță suplimentară și nici nu domină elementele de răspundere civilă (fiscală). Procedurile penale sunt reduse ca interes la funcția pur penală, sancționatorie raportat la registru intens al faptelor care prezintă un anumit grad de pericol social², învederat de legiuitor ca relevant penal. Subliniem că în procedurile privind infracțiuni de evaziune fiscală, procedurile penale apar ca reacții *ex post* față de procedurile fiscale; astfel în mecanismul de identificare a creanței fiscale autoritatea fiscală este cea care tinde de cele mai multe ori, ca prin mecanisme de drept fiscal (civil, în sensul de non-penal) să determine existența unui comportament ilicit, urmat de stabilirea unei eventuale creanțe fiscale (subliniem că *per se* infracțiunea de evaziune fiscală nu este infracțiune de rezultat și că nu implică întotdeauna subzistența unui prejudiciu).

Problema concursului dintre cele două proceduri nu debutează la momentul identificării "ilicitului", de vreme ce comunicarea neregulii poate veni dintre autoritatea penală spre autoritatea fiscală ori invers. Problema concursului apare în momentul în care ambele autorități, sesizate reciproc ori paralel, decid că sunt competente (de fapt, doar autoritatea penală ar putea da o soluție de limitare a naturii "ilicitului" la un ilicit fiscal) și derulează proceduri paralele de identificare și aplicare a unor consecințe

² T. Toader, *Infracțiunile prevăzute în legile speciale - reglementare, doctrină, decizii ale Curții Constituționale, jurisprudență*, Editura Hamangiu, 2012.

respectivului comportament. Astfel, procedura fiscală tinde spre încasarea creanței; procedura penală tinde spre aplicarea sancțiunii.

1. CEDO și *non bis in idem* în materie fiscală

În acest cadru principial, vom invoca soluția jurisprudențială a CEDO, din cauza A și B contra Norvegiei privind cererile nr. 24130/11 și nr. 29758/11. Fondul cauzei privește doi contribuabili, care au derulat tranzacții pentru care nu au depus declarațiile fiscale, fapt relevant conform legislației norvegiene ca infracțiune de evaziune fiscală³. Soluțiile în procedurile privind cei doi contribuabili au fost stabilirea bazei impozabile și aplicarea unei majorări de 30%⁴, urmată de condamnare penală la 1 an închisoare pentru evaziune fiscală (pentru reclamantul A); stabilirea bazei impozabile și aplicarea unei majorări de 30%, urmată de condamnare penală la 1 an închisoare pentru evaziune fiscală (pentru reclamantul B).

Relevant în acest context este și un anumit mecanism evolutiv, al jurisprudenței instanței supreme norvegiene, invocat în fața Curții, conform căruia paralelismul procedurilor și paralelismul sancțiunilor (majorarea și sancțiunea penală) au fost tratate diferit. Astfel, la nivelul anilor 2000, 2002, majorarea de 30% este calificată drept o acuzație în materie penală, fapt pentru care este incident art. 4 Protocolul 7 sub aspectul *non bis in idem*; în anul 2006 după Hotărârea CEDO - Rosenquist c. Suède (n. 60619/00) – majorările și procedura penală nu mai corespund aceleiași infracțiuni în sensul art. 4 din Protocolul n. 7.

³ Legea fiscală norvegiană din 1980 - Definiție "evaziune fiscală" - Articolul 12-1 (evaziune fiscală) 1) *Se impune a fi sancționată orice persoană care, în mod intenționat sau prin neglijență gravă, este răspunzătoare de evaziunea fiscală: (a) comunică autorităților fiscale informații inexacte sau incomplete, cunoscând sau știind că poate beneficia de avantaje fiscale de pe urma acestora [...]*

⁴ Legea fiscală norvegiană din 1980 - (1) *În cazul în care organul fiscal constată că un contribuabil i-a comunicat, într-o declarație fiscală, o declarație de avere, o declarație scrisă sau orice altă declarație verbală sau scrisă, informații inexacte sau incomplete care conduc sau pot duce la o eroare în stabilirea bazei fiscale, va aplica acestuia o majorare de impozit corespunzătoare unui procentaj din impozitele care au fost sau ar putea fi scutite.*

(1) *Rata majorării de impozit este, în principiu, de 30%. Dacă faptele menționate la articolul 10-2 alineatul (1) sunt comise intenționat sau prin neglijență gravă, rata poate fi de până la 60%. Rata este stabilită la 15% dacă informațiile inexacte sau incomplete se referă la elementele declarate de un angajator sau de o terță parte în conformitate cu capitolul 6 sau dacă circumstanțele pot fi ușor verificate prin intermediul informațiilor de care dispun autoritățile fiscale.*

CEDO confirmă prin hotărârea în cauza A și B contra Norvegia că incidența unor proceduri paralele nu echivalează cu *bis in idem*; Curtea distinge între procedurile dublate și procedurile combinate. Cheia de verificare este legătura materială și temporală suficient de strânsă care ar trebui să existe între cele două proceduri paralele, una administrativă și alta penală. Curtea a statuat⁵ că testul legăturii materiale „nu va fi satisfăcut în cazul în care oricare dintre cele două elemente – material sau temporal - lipsește”[paragraful 125 – apud M. Mareș, M. Mazilu-Babel], și apriori nici atunci când obiectivele și mijloacele folosite în cele două proceduri nu sunt complementare[paragraful 129 – apud M. Mareș, M. Mazilu-Babel]. Dacă procedurile confirmă această legătură în ambele registre atât material, cât și temporal, atunci suntem în prezența unei proceduri dublate, care tinde să înfrângă regula *non bis in idem*. Dacă una din legături lipsește atunci, nu subzistă dublarea; spre exemplu, dacă procedurile sunt succesive nu concomitente ori dacă procedurile au obiective diferite.

Cu privire la obiectivele procedurilor, apreciem că acestea se suprapun masiv în practica judiciară fiscală, spre exemplu, atâta vreme cât procedura fiscală tinde la identificarea creanței și la sancționarea unui anumit tip de comportament ilicit, în plan fiscal (penalități de nedeclarare); iar procedura penală, cu autonomia plenară specifică tinde la sancționarea inculpatului (sancțiunea penală) și ubicuu la recuperarea prejudiciului (prin atașarea ”acțiunii civile” la cauza penală).

Referitor la criteriul temporal, apreciem că coexistența procedurilor fiscală și penală este relativă; spre exemplu, procedura fiscală culminând cu emiterea titlului de creanță se finalizează chiar anterior debutării procedurii penale (implicit faza de urmărire penală). Este specific procedurilor de control financiar, ca elemente de nereguli să fie sesizate la un control inițial administrativ și ulterior în prezența *indiciilor privind săvârșirea unei infracțiuni* procedura administrativ-fiscală să fie suspendată⁶ (ceea ce

⁵ M. Mareș, M. Mazilu-Babel, *CEDO. Cauza A. și B. împotriva Norvegiei. Sancțiuni fiscale și penale. Ne bis in idem. Proceduri paralele. Implicații în procesul penal român*, în *Pandectele române*, nr. 1/2017.

⁶ Salutară este diferența de text normativ dintre O.G. nr. 92/2003 privind C. proc. fisc. - Art. 214 Suspendarea procedurii de soluționare a contestației pe cale administrativă - (1) *Organul de soluționare competent poate suspenda, prin decizie motivată, soluționarea cauzei atunci când: a) organul care a efectuat activitatea de control a sesizat organele în drept cu privire la existența indiciilor săvârșirii unei infracțiuni a cărei constatare ar avea o înrăurire hotărâtoare asupra soluției ce urmează să fie dată în procedură administrativă;* Art. 277

menține masiv paralela temporală a procedurilor). Finalizarea procedurii penale înseamnă și reluarea procedurii fiscale atunci când procedura penală s-a finalizat cu o rezolvare (achitare ori încetarea procesului penal), care în condițiile art. 25 alin. 5 C.proc.pen. lasă nesoluționată acțiunea civilă. În caz contrar procedura fiscală, tinde să fie absorbită în procedura penală, soluție care principial permite evitarea unui *bis in idem*.

O legătură semnificativă între cele două proceduri este transferul probelor. Această legătură formată de regulă dinspre fiscal spre penal susține soluția anterioară a înglobării procedurii fiscale în procedura penală. Astfel, probatoriul identificat în etapa administrativă (care adesea este mai laxă și confirmă garanțiile specifice procedurii penale privind administrarea probelor). Procedura fiscală identifică un prim element și anume un comportament ilicit raportat la norma fiscală; acest comportament poate consta într-o acțiune ori o inacțiune, poate privi elemente contractuale și de reflectare contabil-fiscală a acestora, aspecte de fapt relevante fiscal, pot fi imputabile în baza intenției ori a culpei (aspect nerelevant în plan fiscal). Acest comportament este retrat fiscal și apoi cuantificat ca și consecințe fiscale într-un raport de inspecție fiscală ori un proces-verbal de control (înscrisuri care în mod tradițional în procedurile fiscale nu au valoarea unui act administrativ-fiscal și nu sunt susceptibile de a fi contestate) și ulterior într-o decizie de impunere, act administrativ-fiscal care oferă și soluția cu forță juridică la respectivul comportament. Aceste efecte juridice sunt preluate în procedura penală raportat la dispozițiilor art. 198 alin. (1) C. proc. pen. ca înscrisuri. Evident, procedura penală preia indirect și alte probe colectate în temeiul dispozițiilor din C. proc. fisc. – informațiile furnizate de contribuabil⁷, de partenerii săi de afaceri, de instituțiile publice;

Suspendarea procedurii de soluționare a contestației pe cale administrativă (1) *Organul de soluționare competent poate suspenda, prin decizie motivată, soluționarea cauzei atunci când: a) organul care a efectuat activitatea de control a sesizat organele în drept cu privire la existența indiciilor săvârșirii unei infracțiuni în legătură cu mijloacele de probă privind stabilirea bazei de impozitare și a cărei constatare ar avea o înrăurire hotărâtoare asupra soluției ce urmează să fie dată în procedură administrativ.*

⁷ Art. 58 Obligația de a furniza informații - (1) *Contribuabilul/Plătitorul sau altă persoană imputernicită de acesta are obligația de a furniza organului fiscal informațiile necesare pentru determinarea stării de fapt fiscale. în același scop, organul fiscal are dreptul să solicite informații și altor persoane cu care contribuabilul/plătitorul are sau a avut raporturi economice sau juridice, iar acestea au obligația de a furniza informațiile solicitate. Informațiile furnizate de alte persoane se iau în considerare numai în măsura în care sunt confirmate și de alte mijloace de probă.*

înscrisuri din arhiva contabilă – documente justificative și registre ale contribuabilului ori ale partenerilor săi⁸; procese-verbale privind cercetări la fața locului⁹.

O altă legătură semnificativă între proceduri este legătura dintre sancțiuni; astfel în mod extrem de loial, instanțele naționale norvegiene au ținut cont la individualizarea sancțiunii penale de sancțiunea fiscală deja aplicată. În primul rând, trebuie subliniat că în multiple sisteme de drept procedura fiscală livrează și o serie de elemente sancționatorii (și nu ne referim la sancțiunile contravenționale, care ar trebui să fie întotdeauna incompatibile cu aplicarea unei sancțiuni penale). Este vorba despre acele sancțiuni de drept fiscal, pe care le identificăm și în alte sisteme de drept, inclusiv cu specificația că sunt aplicabile pentru forme de ilicit intenționat.

2. CJUE și *non bis in idem* în materie fiscală

În acest cadru de analiză, vom invoca și soluția de jurisprudență a Curții de Justiție a Uniunii Europene, în cauza Hans Åkeberg Fransson (C-617/10). Fondul cauzei privește o procedură pentru o infracțiune de evaziune fiscală, în formă agravată privind furnizarea de informații false, ce au dus la diminuarea obligațiilor fiscale ale dnului Fransson. În procedurile fiscale, s-au stabilit o serie de creanțe și s-au sesizat organele de urmărire penală. Curtea a fost sesizată privitor la principiul *ne bis in idem* prevăzut la articolul 4 din Protocolul nr. 7 la [CEDO] și, prin urmare, se poate presupune că subzistă și o încălcare a articolului 50 din [cartă].

Curtea afirmă în primul compatibilitatea dintre cele două proceduri și consecințele acestora – pct. 34 *În această privință, trebuie arătat că articolul 50 din cartă nu se opune ca un stat membru să impună, pentru aceleași fapte de nerespectare a obligațiilor declarative în domeniul TVA-ului, o combinație de sancțiuni fiscale și penale. Astfel, pentru a garanta perceperea integralității încasărilor din TVA și, prin aceasta, protecția intereselor financiare ale Uniunii, statele membre dispun de*

⁸ Art. 64 Prezentarea de înscrisuri C. proc. fisc. - (1) *În vederea stabilirii stării de fapt fiscale, contribuabilul/plătitorul are obligația să pună la dispoziție organului fiscal registre, evidențe, documente de afaceri și orice alte înscrisuri. În același scop, organul fiscal are dreptul să solicite înscrisuri și altor persoane cu care contribuabilul/plătitorul are sau a avut raporturi economice sau juridice.*

⁹ Art. 65 Constatarea la fața locului - (1) *În condițiile legii, organul fiscal poate efectua o constatare la fața locului, întocmind în acest sens proces-verbal de constatare.*

*libertatea de alegere a sancțiunilor aplicabile*¹⁰ Acestea pot, așadar, să îmbrace forma unor sancțiuni administrative, a unor sancțiuni penale sau o combinație a celor două. Doar atunci când sancțiunea fiscală îmbracă un caracter penal în sensul articolului 50 din cartă și este rămasă definitivă, se opune dispoziția menționată ca pentru aceleași fapte să se desfășoare o urmărire penală împotriva aceleiași persoane.

Odată ce această coexistență este posibilă, pentru a pune în discuție o eventuală încălcare a art. 4 Protocolul 7 și a articolului 50 din Cartă, este necesar ca procedurile să se suprapună. O eventuală suprapunere poate subzista doar dacă vorbim despre două sancțiuni, care prezintă ambele coloratură penală. CJUE identifică 3 criterii în vederea aprecierii naturii penale a sancțiunilor fiscale – pct. 35 *Primul este calificarea juridică a infracțiunii în dreptul intern, al doilea, natura însăși a infracțiunii, iar al treilea, natura și gradul de severitate a sancțiunii pe care persoana în cauză riscă să o suporte* (Hotărârea din 5 iunie 2012, Bonda, C-489/10, punctul 37). Aceste criterii sunt relativ similare cu cele utilizate de CEDO în cauza Bendenoun pentru a tranșa același aspect și anume natura penală a unei sancțiuni fiscale.

*Curtea indică patru factori determinanți pentru asimilarea unui anumit contencios fiscal cu contenciosul penal: (1) caracterul general al normei imperative, care „privește toți cetățenii în calitatea lor de contribuabili și nu un grup având un statut special”¹¹, (2) scopul sancțiunilor aplicabile, care urmăresc nu repararea unui prejudiciu, ci sancționarea contribuabilului vinovat, (3) conținutul și generalitatea sancțiunii aplicabile, (4) conținutul substanțial al obligații patrimoniale stabilite cu titlul personal și în numele companiei conduse de acesta – precum și posibilitatea de a interveni răspunderea penală în caz de neplată*¹².

Observăm astfel că în interiorul acestei compatibilități sancționatorii, se produce o distorsiune doar dacă ambele sancțiuni îmbracă caracter penal raportat la criteriile indicate de CJUE. În cazul unui

¹⁰ A se vedea în acest sens CJUE, Hotărârea din 21 septembrie 1989, Comisia/Grecia, 68/88, Rec., p. 2965, punctul 24, Hotărârea din 7 decembrie 2000, de Andrade, C-213/99, Rec., p. I-11083, punctul 19, și Hotărârea din 16 octombrie 2003, Hannl-Hofstetter, C-91/02, Rec., p. I-12077, punctul 17.

¹¹ C.E.D.O. *Bendenoun c. Franța*, 24 februarie 1994, § 46.

¹² I.M. Costea, *Controlul fiscal*, Editura Hamangiu, 2017, p. 131.

paralelism de proceduri, primul criteriu apreciem că nu este extrem de relevant de vreme ce legislațiile naționale stabilesc în mod tradițional surse normative diferite pentru aceste sancțiuni. Astfel, apare că regimul distinct derivă exclusiv din natura și gradul de severitate a sancțiunii, fapt pentru care delimitarea *de plano* se va face doar în registrul sancționatorului, unde natura sancțiunii privativă de libertate ori pecuniară nu oferă suficiente elemente privind gravitatea. Spre exemplu, o pedeapsă privativă de libertate susceptibilă a fi atenuată prin amânarea aplicării pedepsei ori prin suspendarea executării pedepsei apare ca mai puțin gravă *in concreto* decât o sancțiune fiscală de 400.000 de lei, echivalentul a 100.000 de euro.

Discuția se transferă astfel în fața judecătorului național, sens în care reținem concluzia CJUE de la pct. 37 - *Rezultă din considerațiile care precedă că trebuie să se răspundă la a doua, la a treia și la a patra întrebare că principiul ne bis in idem enunțat la articolul 50 din cartă nu se opune ca un stat membru să impună, pentru aceleași fapte de nerespectare a obligațiilor declarative în domeniul TVA-ului, în mod succesiv, o sancțiune fiscală și o sancțiune penală în măsura în care prima sancțiune nu îmbracă un caracter penal, aspect care trebuie verificat de instanța națională.*

3. Transferul de soluții juridice

Soluția "sancțiunii fiscale" este relativ recentă în C. proc. fisc. român. O să discutăm numai despre penalitatea de nedeclarare și nu și despre sancțiunile contravenționale pentru contravenții cu conținut fiscal, unde credem că dreptul comun tranșează aceste elemente.

Dispoziția este dată de art. 181 C. proc. fisc. – Legea nr. 207/2015: *Penalitatea de nedeclarare în cazul creanțelor fiscale administrate de organul fiscal central. (1) Pentru obligațiile fiscale principale nedeclarate sau declarate incorect de contribuabil/plătitor și stabilite de organul de inspecție fiscală prin decizii de impunere, contribuabilul/plătitorul datorează o penalitate de nedeclarare de 0,08% pe fiecare zi, începând cu ziua imediat următoare scadenței și până la data stingerii sumei datorate, inclusiv, din obligațiile fiscale principale nedeclarate sau declarate incorect de contribuabil/plătitor și stabilite de organul de inspecție fiscală prin decizii de impunere. ... (3) Penalitatea de nedeclarare prevăzută la alin. (1) se majorează cu 100% în cazul în care obligațiile fiscale principale au*

rezultat ca urmare a săvârșirii unor fapte de evaziune fiscală, constatate de organele judiciare, potrivit legii.

Despre natura juridică a acestei sancțiuni și anumite preocupări privind constituționalitatea mecanismului de lucru, am mai discutat¹³. Vom relua doar ideea că această penalitate fiind procentuală și *per diem*, are un cuantum fluctuant în ipoteza ei fiscală (anual 29,2% pentru ilicit fiscal) și un cuantum fluctuant în ipoteză ei penală (anual 58,4% pentru ilicit penal). Mai mult, mai are și momente și moduri diferite de stabilire; în modalitatea fiscală sancțiunea este aplicabilă în procedura fiscală anterior procedurii penale; în modalitatea "penală" sancțiunea rămâne fiscală și este aplicabilă ulterior procedurii penale, cu soluție de condamnare.

Apreciem că în modalitatea "penală", sancțiunea are implicit și coloratură penală, în sensul criteriilor Fransson ori Bendenoun, prin efectul cumulativ al modului de calcul, ce tinde a stabili, raportat la termenul de prescripție a răspunderii fiscale o sancțiune de la 0% spre 584% ($0,08 * 365 \text{ zile} * 10 \text{ ani termenul de prescripție al creanței fiscale în caz de răspundere penală} * 2 \text{ majorarea impusă de art. 181 alin. 3 C. proc. fisc.}$). Astfel, apare cert gradul de severitate al sancțiunii fiscale pecuniare, care se va cumula pe caz concret cu sancțiunea penală, unde conform legislației române este incidentă sancțiunea cu închisoarea.

În acest context, se impune a prelua concluziile din Cauza A și B contra Norvegia în planul jurisprudenței naționale; individualizarea judiciară a sancțiunii penale trebuie corelată cu sancțiunea fiscală. Pe cale de consecință, se va evita astfel dublarea regimului sancționatorului. Înțelegem însă cu preocupare că la acest moment un asemenea transfer este puțin probabil fapt pentru care menținem preocuparea exprimată pentru iminenta încălcare a articolului 4 din Protocolul 7.

Apreciem dinamica angajării răspunderii fiscale și răspunderii penale într-un ansamblu de mecanisme, cu toate acestea observăm unele elemente ce tind să se suprapună cu ordini de prioritate relative. Spre exemplu, în ambele proceduri se pot dispune măsuri asiguratorii - criteriul temporal face ca cele fiscale să primeze; în ambele proceduri se pot emite

¹³ I.M. Costea, *Penalitatea de nedeclarare în noul Cod de Procedură Fiscală*, în *Dreptul* nr. 8/2016, pp. 46-57; A. Trăilescu, *Considerații în legătură cu reglementarea sancțiunilor obligațiilor fiscale în actualul și noul Cod de procedură fiscală*, în *Dreptul* nr. 11/2015, pp. 24-54.

titluri de creanță pentru recuperarea creanței fiscale principale și accesorii – celeritatea din procedura fiscală face ca organul fiscal să emită titlul de creanță *ut singuli*, ca maximă reacție lăsând o eventuală acțiune civilă soluționabilă de instanța penală ca rămasă fără obiect; mai mult ambele titluri au potențialitatea de a deveni executorii, cel emis de autoritatea fiscală în ritmul alert al dispozițiilor din C. proc. fisc.; ambele proceduri prevăd modalități de angajare a răspunderii solidare a contribuabilului față de care s-a evidențiat pierderea de creanță fiscală și a persoanei care a cauzat această situație (în penal paralelismul este evident în cazul angajării răspunderii penale a contribuabilului persoană juridică și a persoanei fizice/persoanelor fizice care au avut executat actele materiale) – din nou procedura fiscală permite acțiunea la nivel administrativ prin emiterea unei decizii de angajare a răspunderii solidare. În raport de toate aceste elemente, subliniem ”comuniunea” indisolubilă dintre cele două proceduri, însă și preocuparea de a delimita sferele de acțiune pentru fiecare autoritate participantă.

**PARTICULARITĂȚI ALE LIMITĂRII LIBERTĂȚII DE
EXPRIMARE PE INTERNET ÎN CAZUL DISCURSULUI URII
(HATE SPEECH)**

**PARTICULARITIES OF LIMITING FREEDOM OF EXPRESSION
ON THE INTERNET IN THE CASES OF HATE SPEECH**

CARMEN MOLDOVAN¹

Rezumat: Libertatea de exprimare nu constituie un drept absolut. Exercitarea sa poate fi restrânsă, cu respectarea condițiilor generale prevăzute în instrumentele juridice internaționale și naționale, atunci când se aduce atingere altor drepturi și interese legitime individuale sau colective, prin discursuri sau mesaje ce depășesc sfera acceptabilă a criticii și constituie derapaje în exercitarea dreptului la libertatea de exprimare. Discursul urii (*hate speech*) constituie un astfel de derapaj, care prezintă valențe particulare în cazul difuzării și răspândirii mesajelor sau discursurilor ce pot fi încadrate în această formă de abuz, pe internet. Prezenta lucrare are ca scop identificarea dificultăților de definire a noțiunii de discurs al urii având în vedere posibilitatea existenței unor posibile diferențe în reglementarea acestuia la nivel național sau lipsa de reglementare și specificul transmiterii mesajului sau discursului defăimător și discriminatoriu afișat de către un utilizator într-un anumit loc dar disponibil simultan în întreaga lume sau pe teritoriul unui număr mare de state. Un aspect important al demersului analitic va fi reprezentat de modificarea accepțiunii regulii teritorialității, în acest caz particular.

Cuvinte-cheie: internet; discurs al urii; jurisdicție; principiul teritorialității.

Abstract: Freedom of expression is not an absolute right. Its exercise may be restricted in accordance with the general conditions set out in international and national legal instruments, when it harms any other rights and legitimate individual or collective interests, through speeches or messages that go beyond acceptable criticism and constitute slippages of its normal exercise. Hate speech is such a form of slippage and has particular features in the case of transmission and dissemination

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

of messages or speeches that can be assigned to this form of abuse, on the Internet. This paper aims to identify difficulties in defining the concept of hate speech taking into consideration possible differences in its regulation at national level or lack of regulation, on the one hand and the specific way of transmitting a message or a speech having a defamatory or discriminatory content, which is displayed by a user in a certain place and made available simultaneously throughout the world or on the territory of a large number of states. An important issue of the analytical approach will be the change in the acceptance of the rule of territoriality in this particular case and its implications.

Keywords: Internet; hate speech; jurisdiction; principle of territoriality.

1. Definirea și caracteristicile discursului urii pe internet

Noțiunea „hate speech” sau discurs al urii este des folosită în contextul restricțiilor aplicate libertății de exprimare, însă nu există o definiție universal acceptată a acesteia². Se consideră că noțiunea provine din SUA, din anii 1960 ulterior fiind folosită și în Europa și alte continente și că desemnează exprimarea abuzivă, insultătoare, ofensatoare, intimidantă sau care instigă la violență, ură ori discriminare împotriva particularilor sau a grupurilor ce pot fi identificate după anumite caracteristici³.

Dreptul internațional prevede doar obligația pentru state de a interzice cele mai grave forme de *hate speech* - instigarea la ură națională, rasială, sau religioasă care constituie instigare la discriminare, ostilitate sau violență. Astfel, articolul 20 paragraf. 2 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice⁴, prevede că „Orice îndemn la ură națională,

² T. McGonagle, *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*, Expert paper, 2014, pp. 3-5, lucrare disponibilă la adresa: <https://rm.coe.int/16800c170f> (accesată la 07 ianuarie 2018); A. Weber, *The Case-Law of the European Court of Human Rights on Article 10 ECHR Relevant for Combating Racism and Intolerance*, Council of Europe, Expert Seminar: Combating Racism, 2007, p. 98.

³ Aspecte legate de reglementarea discursului urii au fost tratate de către autoare în cuprinsul unor lucrări anterioare: *Limite penale în libertatea de exprimare*, teză de doctorat, susținută la data de 27 octombrie 2012, la Universitatea „Al. I. Cuza” din Iași; *Libertatea de exprimare. Principii. Restricții. Jurisprudență*, Editura CH Beck, București, 2012; *Considerații în legătură cu reglementarea internațională a „discursului urii” ca limită a libertății de exprimare*, în *Dreptul nr. 1/2015*, pp. 197-213.

⁴ *Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice* a fost adoptat și deschis spre semnare de către Adunarea Generală a Națiunilor Unite la 16 decembrie 1966. A intrat în vigoare la 23 martie 1976, conform art. 49, pentru toate dispozițiile cu excepția celor de la art. 41; la 28 martie pentru dispozițiile de la art. 41.

rasială sau religioasă care constituie o instigare la discriminare, la ostilitate sau la violență este interzis prin lege.”

Chiar în lipsa unei definiții comprehensive dată de convenții internaționale în privința raportului dintre libertatea de exprimare și intoleranță⁵, se poate afirma că noțiunea *hate speech* include un spectru larg de forme ale limbajului abuziv⁶, prin reglementarea și interzicerea cărora se urmărește în principal, protejarea demnității umane în dimensiunea sa colectivă, motiv pentru care uneori este folosit ca echivalent cu termenul „calomnie colectivă”⁷ și care în concret poate include: instigarea la violență (*fighting words*), defăimarea colectivă, negarea Holocaustului, instigarea la discriminare, manifestările și mesajele rasiste și xenofobe⁸.

Recomandarea de politică generală nr. 15 a Comisiei Europene împotriva Rasismului și Intoleranței (European Commission against Racism and Intolerance - ECRI) cu privire la combaterea discursului urii, adoptată la 8 decembrie 2015⁹, prevede următoarele elemente definitorii pentru discursul urii:

⁵ În literatura de specialitate, s-a susținut și că problema conflictului dintre libertatea de exprimare și intoleranță este una mult veche, legile contra blasfemiei constituind un astfel de exemplu, cu toate că nu sunt identice cu legile ce interzic discursul urii, întrucât primele au ca scop protejarea credințelor religioase înseși, fără a prezenta importanță dacă se produce și ofensarea unui grup de persoane - J. Waldron, *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*, în *Harvard Law Review*, vol. 123, 2010, p. 1597. La nivel european, cu titlu de exemplu, raportul dintre acestea și libertatea de exprimare este ilustrat în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, prin susținerea unor legi care protejau majoritatea romano-catolică, în hotărârea din 25 noiembrie 1996, în cauza *Wingrove c. Regatul Unit al Marii Britanii* (neîncălcarea articolului 10 din Convenție prin interzicerea difuzării unor filme care îl înfățișau pe Iisus Christos în acte de natură sexuală) și hotărârea din 20 septembrie 1994, în cauza *Otto-Preminger-Institut c. Austria* (neîncălcarea articolului 10 din Convenție prin interzicerea difuzării unui film satiric privind fundamentele religiei creștine). Toate hotărârile și deciziile Curții Europene a Drepturilor Omului la care facem referire sunt disponibile la adresa: <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁶ eds. A. R. Zubčević, S. Bender, J. Vojvodič, *Media Regulatory Authorities and Hate Speech*, Council of Europe, 2017, pp. 9-11.

⁷ J. C. Knechtle, *Holocaust Denial and the Concept of Dignity in the European Union*, în „*Florida State University Law Review*”, vol. 36, 2008, p. 46.

⁸ J. C. Knechtle, *op. cit.*, p. 46.

⁹ *ECRI General Policy Recommendation No. 15 on Combating Hate Speech*, 8 December 2015,

https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N15/REC-15-2016-015-ENG.pdf (accesată la 02 decembrie 2017). ECRI (Comisia Europeană împotriva

„presupune utilizarea unei singure sau a mai multe forme de exprimare specifice - și anume, sprijinirea, promovarea sau instigarea la denigrare, ură sau defăimarea unei persoane ori a unui grup de persoane, precum și orice hărțuire, insultă, stereotipuri negative, stigmatizarea sau amenințarea unei persoane sau grup de persoane și orice justificare a tuturor acestor forme de exprimare - care se bazează pe o listă neexhaustivă de caracteristici personale sau de statut juridic care include «rasa», culoarea, limba, religia sau credința, naționalitatea sau originea națională ori etnică, precum și descendența, vârsta, handicapul, sexul, genul, identitatea de gen și orientarea sexuală»¹⁰.

De asemenea, ECRI recomandă statelor să ratifice Protocolul adițional la Convenția privind criminalitatea informatică (*Cybercrime Convention*)¹¹, la care vom face referire în cadrul prezentei lucrări.

Mesajul sau discursul ce poate fi încadrat în noțiunea *hate speech* se diferențiază substanțial de interpretarea extensivă a libertății de exprimare, în sensul că aceasta include atât dreptul de a face afirmații care nu corespund părerii și aprecierilor general acceptate de societate, ci include dreptul de a face afirmații care critică, șochează sau deranjează¹², deoarece în cazul discursului urii, se depășește calitativ și cantitativ această limită, fiind în prezența unui discurs public denigrator îndreptat împotriva dimensiunii colective a demnității umane, caracterizat prin intoleranță, ce trebuie să atingă un anumit grad de intensitate pentru calificarea mesajului, discursului sau afirmației ca fiind în afara sferei de protecție acceptată a libertății de exprimare¹³. În același timp, o altă condiție ce nu trebuie neglijată este

Rasismului și Intoleranței) este un organism al Consiliului Europei pentru drepturile omului, alcătuit din experți independenți, care monitorizează problemele de rasism, xenofobie, antisemitism, intoleranță și discriminare pe criterii precum „rasa”, originea națională sau etnică, culoare, cetățenie, religie și limbă (discriminare rasială); pregătește rapoarte și emite recomandări statelor membre.

¹⁰ Paragraful 9 din Recomandarea nr. 15, p. 16.

¹¹ Punctul 1 din Recomandarea nr. 15, p. 5.

¹² În sensul interpretării date de Curtea Europeană a Drepturilor Omului începând cu hotărârea pronunțată în cauza *Handyside contra Regatului Unit al Marii Britanii*, din 7 decembrie 1976.

¹³ Discursul urii nu trebuie confundat cu noțiunile de „ură” și cea de „lipsă de respect”, „antipatie”, „dezaprobare” sau „înjosirea celorlalți”. A. Julius, *Hate speech - a memoir*, în *Critical Quarterly*, vol. 43, nr. 4, 2001, p. 18; J. Waldron, *Dignity and Defamation*, op. cit., p. 1601; K. Goodall, *Challenging hate speech: incitement to hatred on grounds of sexual*

reprezentată de faptul că se îndreaptă în mod direct împotriva unui grup determinat de persoane care au trăsături comune, într-un mod virulent, ce implică ostilitate, respingere, dorință de a distruge și provoca rău, motiv pentru care criticile virulente generale (care să privească, spre exemplu, întreaga umanitate), nu sunt calificate discurs al urii.¹⁴

Cea mai gravă formă de discurs al urii este, în opinia noastră, instigarea la comiterea de genocid, formă specială a genocidului prevăzută de Convenția din 1948 privind prevenirea și reprimarea crimei de genocid¹⁵.

2. Restricționarea discursului urii și controlul conținutului ilicit al mesajelor afișate pe internet

Datorită caracterului transnațional al internetului și a posibilității transiterii de informații pe un spațiu foarte întins într-un timp foarte scurt, pot apărea probleme în ceea ce privește voința unor indivizi de a transmite de pe teritoriul unui stat liberal, laxist în reglementarea internetului și a controlului conținutului informațiilor difuzate prin această modalitate, informații considerate ilicite pe teritoriul unui alt stat care nu are aceeași abordare asupra libertății internetului. Această situație a generat apariția noțiunii de „paradis numeric” sau „informațional”¹⁶. În scopul evitării aplicării unei concepții care să justifice soluții autoritare de control al internetului, o soluție adecvată a fost considerată o reglementare convențională.

orientation in England, Wales and Northern Ireland, în *The International Journal of Human Rights*, vol. 13, nr. 2-1, 2009, p. 218; B. Parekh, *Hate speech. Is there a case for banning?*, în *Public Policy Research*, 2006, p. 214; D. Bernstein, *Defending the First Amendment from Antidiscrimination Laws*, în George Mason University School of Law, disponibil la adresa: http://ssrn.com/abstract_id=489063.

¹⁴ B. Parekh, *op. cit.*, p. 214; R. J. Rychlak, *Compassion, Hatred, and Free Expression*, în *Mississippi College Law Review*, vol. 27, 2007/2008, p. 426

¹⁵ Convenția pentru prevenirea și reprimarea crimei de genocid a fost adoptată și deschisă spre semnare de Adunarea Generală a Națiunilor Unite prin Rezoluția nr. 260A (III) din 9 decembrie 1948. A intrat în vigoare la 12 ianuarie 1951, conform dispozițiilor art. XIII. România a aderat la Convenție la 2 noiembrie 1950 prin Decretul nr. 236, publicat în B. Of. nr. 110 din 2 decembrie 1950.

¹⁶ L. Pech, *Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la société de l'information*, în dir. Michel Mathieu, *La "Société de l'Information. Entre mythe et réalités*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 125.

Instrumentele juridice internaționale care au legătură cu diferite aspecte legate de discursul urii, indiferent că sunt acte juridice cu valoare juridică obligatorie sau instrumente *soft law*, prezintă o trăsătură comună, aceea a obligației statelor de a sancționa mesajele, afirmațiile sau discursurile ce pot fi calificate discurs al urii.

În mod concret există importante dificultăți tehnice în crearea de filtre care să nu permită accesul la informații sau discursuri de acest fel¹⁷, iar în cele mai multe cazuri, reglementarea accesului publicului a fost realizată de entități private, furnizorii unor astfel de servicii, fără a suporta influența controlului impus de exigențele actelor normative.¹⁸

Reglementările apărute după dezvoltarea și evoluția comunicării pe internet¹⁹, atât la nivel universal cât și la nivel regional, au subliniat că toate garanțiile aplicabile comunicării offline se aplică și diferitelor aspecte care țin de manifestarea libertății de exprimare pe internet. Iar din analiza dispozițiilor instrumentelor juridice aplicabile în materie rezultă fără îndoială că garanțiile generale recunoscute libertății de exprimare, inclusiv condițiile legitime în care exercitarea acesteia poate fi restricționată, au aplicabilitate și în ceea ce privește toate aspectele legate de comunicarea pe internet, deci se extind și asupra discursului urii și necesității reprimării acestuia de către state.

Din acest motiv, aspectele analizate în prezenta lucrare, vor fi prin prisma clauzelor de limitare deja bine stabilite și interpretate, cu aducerea în discuție a particularităților date de caracteristicile internetului și a mediului virtual, sens în care accentul va fi pus pe una dintre cele mai sensibile probleme în privința reprimării discursului urii, respectiv, analiza aspectelor juridice pe care le implică jurisdicția statelor.

La nivel internațional universal, temeiul pentru aplicarea restricțiilor este dat de articolul 20 parag. 2 din Pactul internațional cu privire la

¹⁷ D. H. Kahn, *Social Intermediaries: Creating a more Responsible Web through Portable Identity, Cross-Web Reputation, and Code-Backed Norms*, în *The Columbia Science and Technology Law Review*, Vol. XI, 2010, p. 183.

¹⁸ D. C. Nunziato, *The Death of The Public Forum in Cyberspace*, în *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 20, 2005, p.1116, 1123.

¹⁹ Aceste aspecte au făcut obiect de studiu al unui articol sperat, cu titlul *Aplicarea principiului libertății de exprimare pe internet - între caracterul absolut și justificarea necesității limitării acestuia*, susținut în cadrul Conferinței naționale „Perspective juridice asupra internetului”, Iași, 28 octombrie 2017.

drepturile civile și politice, menționate mai sus, precum și de alte acte normative. În Convenția europeană a drepturilor omului, acesta este reprezentat pe de o parte de parag. 2 al articolului 10, care prevede clauza generală de limitare a exercițiului libertății de exprimare²⁰ și, pe de altă parte, de o dispoziție specială, articolul 17 care interzice abuzul de drept²¹.

Preocuparea pentru conținutul mesajelor și afirmațiilor disponibile pe internet, inclusiv pe rețelele de socializare, aparține atât statelor, cât și furnizorilor privați de astfel de servicii. Un exemplu relevant în acest sens este redactarea unui *Cod de conduită cu privire la discursul urii ilegal pe internet*, la 31 mai 2016, de către Comisia Europeană împreună cu Facebook, Twitter, YouTube și Microsoft²², ce are ca scop combaterea formelor de discurs al urii pe internet.

Tot în cadrul Uniunii Europene, relevanță prezintă și *Decizia-cadru nr. 2008/913/JAI a Consiliului din 28 noiembrie 2008 pentru combaterea unor anumite forme de exprimare a rasismului și xenofobiei prin mijloace ale dreptului penal*²³, ce prevede că statele vor sancționa instigarea intenționată la violență sau la ură și negarea sau trivializarea unor anumite crime internaționale într-o manieră de instigare la violență sau ură.

²⁰ Paragraful 2 al articolului 10 din Convenția europeană a drepturilor omului prevede: „Exercitarea acestor libertăți ce comportă îndatoriri și responsabilități poate fi supusă unor formalități, condiții, restrângeri sau sancțiuni prevăzute de lege care, într-o societate democratică, constituie măsuri necesare pentru securitatea națională, integritatea teritorială sau siguranța publică, apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor, protecția sănătății, a moralei, a reputației sau a drepturilor altora, pentru a împiedica divulgarea informațiilor confidențiale sau pentru a garanta autoritatea și imparțialitatea puterii judecătorești.”

²¹ Articolul 17 din Convenție, cu denumirea „Interzicerea abuzului de drept”, prevede: „Nicio dispoziție din prezenta Convenție nu poate fi interpretată ca autorizând unui stat, unui grup sau unui individ, un drept oarecare de a desfășura o activitate sau de a îndeplini un act ce urmărește distrugerea drepturilor sau libertăților recunoscute de prezenta Convenție, sau de a aduce limitări acestor drepturi și libertăți, decât cele prevăzute de această Convenție.”

²² European Commission and IT Companies announce Code of Conduct on illegal online hate speech, Brussels, 31 May 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_en.htm (accesată la 03 decembrie 2017).

²³ *Decizia-cadru 2008/913/JAI a Consiliului din 28 noiembrie 2008 privind combaterea anumitor forme și expresii ale rasismului și xenofobiei prin intermediul dreptului penal*, Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, L 328, 06 decembrie 2008

Raportul Comisiei din 2014 către Parlamentul European și Consiliu privind punerea în aplicare a Deciziei - cadru nr. 2008/913/JAI²⁴, a analizat modalitățile în care statele membre au înțeles să pună în aplicare prevederile Deciziei-cadru în sistemul de drept intern. Studiul a relevat că nu toate statele au procedat la transpunerea integrală și corectă a dispozițiilor Deciziei-cadru cu privire la infracțiunile de negare, apologie și minimizare vădită a anumitor crime și nu toate au transpus în legislația internă infracțiunile reglementate de Decizia-cadru - instigarea la violență și ură, cu caracter rasist și xenofob. De asemenea, au fost identificate lacune în legătură cu motivația rasistă și xenofobă a unor infracțiuni, condițiile răspunderii persoanelor juridice și stabilirea competenței, aspecte ce pot contura o imperfectă abordare din partea statelor membre în privința prevenirii și combaterii efective a manifestărilor rasiste și a xenofobiei prin intermediul dreptului penal.

La nivelul Consiliului Europei au fost adoptate mai multe instrumente *soft law*, însă rolul acestora nu trebuie minimalizat. Dintre acestea facem trimitere, cu titlu de exemplu, la următoarele: *Declarația Comitetului Miniștrilor asupra libertății de comunicare pe internet*²⁵, *Recomandarea CM/Rec(2008)6 a Comitetului de Miniștri* cu privire la măsurile pentru promovarea respectării libertății de exprimare și informare cu referire la filtrele de pe internet²⁶, *Recomandarea nr. 1670 (2004) a Adunării parlamentare a Consiliului Europei* cu privire la internet și lege²⁷.

²⁴ Raportul Comisiei din 2014 către Parlamentul European și Consiliu privind punerea în aplicare a Deciziei - cadru nr. 2008/913/JAI a Consiliului din 28 noiembrie 2008 privind combaterea anumitor forme și expresii ale rasismului și xenofobiei prin intermediul dreptului penal, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A52014DC0027> (accesată la 04 decembrie 2017).

²⁵ *Declarația Comitetului Miniștrilor asupra libertății de comunicare pe internet*, adoptată de Comitetul Miniștrilor la 28 mai 2003, la cea de a 840-a întâlnire a miniștrilor, text disponibil la adresa:

<https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=Decl-28.05.2003&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864> (accesată la 04 decembrie 2017).

²⁶ *Recomandarea CM/Rec(2008)6 a Comitetului de Miniștri* cu privire la măsurile pentru promovarea respectării libertății de exprimare și informare cu referire la filtrele de pe internet, adoptată de Comitetul Miniștrilor la 26 martie 2008, la cea de a 1022-a întâlnire a Miniștrilor, text disponibil la adresa: <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec%282008%296&Language=lanEnglish&>

În țara noastră, în conformitate cu articolul 2 alineatul (1) din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 137/2000²⁸, prin termenul *discriminare* se înțelege orice deosebire, excludere, restricție sau preferință, pe bază de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, gen, orientare sexuală, opinie, apartenență politică, convingeri, avere, origine socială, vârstă, dizabilitate, boală cronică necontagioasă sau infectare HIV, apartenență la o categorie defavorizată, precum și orice alt criteriu care are ca scop sau efect restrângerea, înlăturarea recunoașterii, folosinței sau exercitării, în condiții de egalitate, a drepturilor omului și a libertăților fundamentale sau a drepturilor recunoscute de lege, în domeniul politic, economic, social și cultural sau în orice alte domenii ale vieții publice²⁹.

3. Obligația internațională a statelor de a sancționa discursul urii

Așa cum am subliniat și anterior, instrumentele juridice care protejează libertatea de exprimare, atât la nivel universal, regional sau național nu privesc în mod deosebit internetul, ca mijloc de circulație a ideilor, informațiilor, mesajelor sau discursurilor, astfel că, în lipsa unor reglementări speciale, urmează să se dea aplicare regulilor generale în materie de garantare a libertății de exprimare în sine.

Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75 (accesată la 04 decembrie 2017).

²⁷ Recomandarea nr. 1670 (2004) a Adunării parlamentare a Consiliului Europei cu privire la internet și lege, adoptată la 7 septembrie 2004,

text disponibil al adresa:
<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta04/errec1670.htm> (accesată la 04 decembrie 2017).

²⁸ Republicată în Monitorul Oficial al României, partea I nr. 99 din 8 februarie 2007.

²⁹ Cu titlu de exemplu, a fost încadrată ca discriminare și sancționată potrivit acestui act normativ expresia „arbeit macht frei” („munca eliberează”), postată pe contul de Facebook al unei persoane care exercita o funcție publică, instanța reținând această calitate, precum și alte criterii relevante precum mijlocul de transmitere al mesajului, consecințele transmiterii acestuia, constând în lezarea demnității și crearea unei atmosfere ostile și degradante, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia nr. 4546/2014, din 27 noiembrie 2014, disponibilă la adresa:

<http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=131400> (accesată la 03 decembrie 2017).

Reglementările internaționale aplicabile în materie de discurs al urii prevăd interzicerea acestui tip de discurs, însă nu menționează în mod concret ce măsuri ar trebui să fie dispuse de către state în ordinea juridică internă, alegerea acestora fiind lăsată la alegerea lor, cu condiția de a respecta principiul proporționalității.³⁰ Scopul acestei lucrări nu este de a analiza dacă un anumit tip de răspundere este mai adecvat pentru comiterea de acte ce pot fi calificate discurs al urii, ci de a pune în discuție probleme legate de dificultatea stabilirii jurisdicției unui anumit stat, având în vedere că internetul reprezintă un mijloc nelimitat de comunicare, deoarece permite afișarea și accesarea unor astfel de mesaje ce devin disponibile, în mod practic pe întreg globul, simultan și pot pune în conflict reglementări diferite ale libertății de exprimare și ale limitelor admisibile ale acestora, din cauza existenței unor regimuri juridice diferite de consacrare, cele mai notabile diferențe fiind între sistemul european de protecție a libertății de exprimare și cel american.

Cu alte cuvinte, un mesaj, discurs, material cu conținut ce poate fi calificat discurs al urii, potrivit standardelor europene, făcut disponibil în Statele Unite ale Americii, unde are caracter licit, poate fi accesat de oriunde (cu condiția nepracticării cenzurii sau a limitării accesului la anumite adrese de internet, de către autoritățile statului), astfel încât apare întrebarea dacă un mesaj cu un astfel de conținut poate fi considerat contrar domeniului de protecție a libertății de exprimare în ordinea juridică europeană și sancționat ca atare. De asemenea, poate fi dificil de stabilit cui aparține răspunderea juridică în cazul în care se ajunge la concluzia că aceasta poate fi analizată prin prisma standardelor și condițiilor stabilite la nivel european.

Cea mai mare dificultate este dată de stabilirea jurisdicției, deoarece nu există un cadru normativ la nivel internațional universal, afirmându-se chiar că nu este în interesul colectiv al statelor a se institui obstacole nejustificate ce ar avea ca efect împiedicarea dezvoltării mediului de transmitere a informațiilor reprezentat de internet³¹.

³⁰ S. Farrior, *op. cit.*, p. 11.

³¹ M. Fagin, *Regulating Speech across Borders: Technology vs. Values*, în *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, Vol. 9/395, 2003, p. 400; O astfel de problemă este mult redusă în cazul Chinei, unde funcționează un sistem de cenzură cu privire la informațiile accesibile publicului larg prin intermediul internetului, M. D. D'Jaen, *Breaching the Great Firewall of China: Congress Overreaches in Attacking Chinese Internet Censorship*, în *Seattle University Law Review*, 2008, p. 328.

În schimb, la nivel regional european, a fost adoptată în cadrul Consiliului Europei, *Convenția cu privire la criminalitatea informatică*, la 23 noiembrie 2001³², ce a fost semnată și ratificată și de către Statele Unite ale Americii, în 2006, intrând în vigoare pentru acest stat la 1 ianuarie 2007.

4. Convenția privind criminalitatea informatică și Protocolul său adițional în contextul limitării exprimării pe internet

Convenția prezintă relevanță în problema analizată deoarece este primul instrument juridic internațional cu privire la infracțiuni comise prin intermediul internetului și alte rețele informatice, în special în legătură cu încălcări ale dreptului de autor, infracțiuni informatice și încălcarea securității rețelelor informatice. De asemenea, conține o serie de proceduri referitoare la percheziția informatică și efectuarea interceptărilor.

Preambulul Convenției menționează că obiectivul principal al acesteia este de a urmări realizarea unei politici penale comune, menite să protejeze societatea împotriva criminalității informatice, în special prin adoptarea unei legislații adecvate și prin stimularea cooperării internaționale. Obiectivul Convenției este de a restrânge într-un mod cât mai eficient utilizarea sistemelor informatice în cazul comiterii de infracțiuni sexuale contra copiilor. Din analiza Raportului explicativ al Convenției³³, rezultă că se urmărește reprimarea pornografiei infantile sau a pedopornografiei (termen considerat a fi mai adecvat față de cel de pedofilie) și prin incriminarea diferitelor aspecte ale producerii, posesiei și difuzării pornografiei infantile, preocupare materializată în dispozițiile articolului 9 din Convenție³⁴.

³² *Convenția cu privire la criminalitatea informatică* (Convention sur la cybercriminalité, STCE no. 185), adoptată în cadrul Consiliului Europei la Budapesta la 23 noiembrie 2001, intrată în vigoare la 1 iulie 2004. România a semnat Convenția la 23 noiembrie 2001, a ratificat-o la 12 mai 2004 prin Legea nr. 64 din 24 martie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I nr. 343 din 20 aprilie 2004. Convenția are forță juridică obligatorie pentru România de la 1 septembrie 2004. Textul original disponibil la adresa:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CL=FRE>.

³³ Textul este disponibil la adresa: <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/185.htm> (accesată la 02 ianuarie 2018).

³⁴ Dispozițiilor articolului 9 alineatul (1) din Convenție: „Fiecare Parte va adopta măsuri legislative și de altă natură ce sunt considerate necesare pentru a incrimina, conform dreptului său intern, comportamentele următoare comise cu intenție și fără drept: a. producția de pornografie infantilă în vederea difuzării prin intermediul unui sistem informatic; b. oferirea

Însă din cauza dezacordului delegației americane în ceea ce privește negaționismul și revizionismul, aceste chestiuni nu au fost incluse în textul Convenției și sunt reglementate doar de *Protocolul adițional cu privire la incriminarea actelor de natură rasistă și xenofobă comise prin intermediul sistemelor informatice*³⁵, care a intrat în vigoare la 1 martie 2006³⁶.

5. Rezerva României la articolul 5 din Protocolul adițional

România a devenit parte atât a Convenției cât și a Protocolului adițional, dar la 16 iulie 2009, data ratificării acestuia, a formulat o rezervă la articolul 5 din Protocol, care prevede insulta pe motive rasiste sau xenofobe, în sensul neaplicării dispozițiilor acestui articol.

Probabil că motivația formulării acestei rezerve este dată de perspectiva dezincriminării faptelor de insultă și calomnie, însă, în ceea ce ne privește, față de această rezervă ar putea fi invocate argumente de invaliditate, deoarece poate fi interpretată ca incompatibilă cu obiectul și scopul tratatului internațional, condiție prevăzută în mod expres de articolul 19 al Convenției de la Viena din 1969 și analizată ca cerință de validitate a unei rezerve la tratatele internaționale de către Curtea Internațională de

sau punerea la dispoziție de pornografie infantilă prin intermediul unui sistem informatic; difuzarea sau transmiterea de pornografie infantilă prin intermediul unui mijloc informatic; d. faptul de a-și procura pentru sine sau de a procura pentru altul pornografie infantilă prin intermediul unui sistem informatic; e. posesia de pornografie infantilă într-un sistem informatic sau într-un mijloc de stocare a datelor informatice”. În conformitate cu dispozițiile par. 2 al articolului 9 din Convenție, noțiunea desemnează „orice material pornografic ce reprezintă de manieră vizuală: a) un minor angajat într-un comportament sexual explicit; b) o persoană care apare ca un minor angajat într-un comportament sexual explicit; c) imagini realiste reprezentând un minor angajat într-un comportament sexual explicit.”³⁴ Potrivit Raportului explicativ, sintagma „comportament sexual explicit” desemnează „comportamente obscene sau violente, fie reale, fie simulate.”

³⁵ Protocolul a fost deschis spre semnare la Strasbourg, la 28 ianuarie 2003. România a semnat Protocolul la 9 octombrie 2003 și l-a ratificat la 16 iulie 2009, intrând în vigoare pentru statul român la 01 noiembrie 2009.

³⁶ Informații detaliate cu privire la statele care au semnat și ratificat Protocolul sunt disponibile la adresa: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189/signatures?p_auth=Gp0B9oF6 (accesată la 03 ianuarie 2017).

Justiție încă din anul 1951, în *Avizul consultativ cu privire la formularea de rezerve la Convenția pentru prevenirea și reprimarea crimei de genocid*³⁷.

Apreciem că aceste condiții sunt aplicabile și în cazul României, chiar dacă nu este parte la Convenția de la Viena din 1969, deoarece legea în materie de tratate internaționale, nr. 590/2003³⁸, aplică pe cale cutumiară regulile care au fost codificate prin Convenția din 1969. În acest sens, subliniem că definiția dată noțiunii rezervă coincide cu cea dată de Convenția de la Viena din 1969³⁹. Astfel, conform dispozițiilor articolului 1 lit. j) din Legea nr. 590/2003, prin „rezervă se înțelege declarația unilaterală, oricare ar fi conținutul sau denumirea sa, formulată cu ocazia semnării, ratificării, aprobării, aderării sau acceptării unui tratat multilateral, prin care se urmărește modificarea sau excluderea efectelor juridice ale anumitor prevederi ale acestuia pentru partea română, dacă tratatul nu interzice asemenea rezerve și ele sunt conforme dreptului internațional; pentru a produce efecte, rezervele formulate la semnare trebuie confirmate la ratificare sau la aprobare”.

O analiză adecvată asupra problemei compatibilității nu poate porni decât de la conținutul articolului 5 al Protocolului adițional, care are denumirea *Insulta având la bază o motivație rasistă și xenofobă* și următoarea formulare:

„1. Fiecare parte adoptă măsurile legislative și alte măsuri considerate necesare pentru a incrimina ca infracțiuni, potrivit dreptului său intern, atunci când sunt comise cu intenție și fără drept, următoarele fapte: - insultarea în public, prin intermediul unui sistem informatic, (i) a unor persoane, pe motivul apartenenței la un grup care se identifică prin rasă, culoare, ascendență, naționalitate ori origine etnică, precum și religie, dacă

³⁷ International Court of Justice, *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion, May 28th 1951, I.C.J. Reports 1951, p. 15, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf> (accesată la 03 ianuarie 2017).

³⁸ Legea nr. 590/2003 din 22 decembrie 2003 privind tratatele, publicată în Monitorul Oficial, partea I, nr. 23 din 12 ianuarie 2004. A intrat în vigoare la 14 februarie 2004.

³⁹ Potrivit dispozițiilor art. 2 lit. d din Convenția de la Viena, „prin expresia «rezervă», se înțelege o declarație unilaterală, oricare ar fi conținutul sau denumirea sa, făcută de un stat atunci când semnează, acceptă sau aprobă un tratat, ori aderă la acesta, prin care își manifestă intenția de a exclude sau modifica efectul juridic al unor dispoziții din tratat cu privire la aplicarea lor fata de statul respectiv;”.

este folosită ca pretext pentru oricare dintre aceste motive, sau (ii) a unui grup de persoane care se distinge prin una dintre aceste caracteristici.

2. O parte poate: a) fie să solicite ca infracțiunea prevăzută la paragraful 1 să aibă ca efect expunerea la ură, dispreț sau ridicol a persoanei ori a grupului de persoane menționat la paragraful 1; b) fie să își rezerve dreptul de a nu aplica, în totalitate sau în parte, paragraful 1.”

Or, având în vedere că obiectul Protocolului adițional, astfel cum rezultă din preambul și din dispozițiile articolului 1, este de a completa pentru părți, dispozițiile Convenției privind criminalitatea informatică, cu privire la incriminarea, în legislația națională, a actelor de natură rasistă și xenofobă comise prin intermediul sistemelor informatice, având în vedere valoarea demnității umane printre drepturile fundamentale ale omului, în sistemul de protecție al Consiliului Europei, se urmărește nu doar protejarea demnității la nivel individual, ci la nivel colectiv, de grup de persoane⁴⁰.

Totodată, articolul 2 parag. 1 din Protocolul adițional cuprinde definiția termenilor „material rasist și xenofob” care „înseamnă orice material scris, orice imagine sau orice altă reprezentare de idei ori teorii, care susține, încurajează sau incită la ură, discriminare ori violență împotriva oricărei persoane sau a unui grup de persoane, pe considerente de rasă, culoare, ascendență, naționalitate ori origine etnică, precum și religie, dacă este folosit ca pretext pentru oricare dintre acești factori.”

Un element esențial din această definiție îl reprezintă susținerea, încurajarea sau instigarea la ură, termeni ce corespund însăși noțiunii de *hate speech*, deci mesajul rasist sau xenofob nu poate fi limitat doar la conținutul insultei, așa cum era reglementat în Codul penal din 1969. Practic, prin excluderea aplicării de către statul român a dispozițiilor articolului 5 care constituie una dintre măsurile de implementare a mesajelor și discursurilor rasiste, se lasă neacoperită această categorie, astfel încât putem afirma că statul român asigură o protecție incompletă și imperfectă împotriva acestui tip de discurs.

6. Stabilirea jurisdicției în cazul mesajelor publicate pe internet - între ubicuitate și regula teritorialității

Sanționarea discursului rasist răspândit prin intermediul internetului poate constitui o problemă extrem de delicată, datorită diferențelor de

⁴⁰ J. Waldron, *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*, op. cit., p. 1597.

tratament aplicate de sistemele juridice naționale, punându-se în discuție stabilirea jurisdicției instanțelor în asemenea cauze⁴¹.

Controversele doctrinare în ceea ce privește stabilirea jurisdicției și unele soluții pronunțate de instanțe naționale pe care le vom aminti în continuare ilustrează dificultățile pe care le putem întâlni în aplicarea principiului general recunoscut în toate legislațiile penale, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*⁴², având în vedere faptul că diferitele forme ale discursului urii nu fac obiectul incriminării în toate legislațiile naționale, iar conținutul lor poate fi văzut practic fără vreo limitare de timp și spațiu⁴³.

Un exemplu interesant atât din punctul de vedere al teoriei libertății de exprimare și a limitelor sale, cât și a posibilității aplicării unor regulilor de procedură străine de către instanțele naționale a fost reprezentat de cauza civilă în care a fost implicat furnizorul de servicii de internet *Yahoo!*, *LICRA et UEJF contre Yahoo! Inc. et Yahoo France*⁴⁴, cauză care a pus în discuție aspecte legate de aplicarea principiului teritorialității sau al ubicuității, respectiv, problema aplicabilității legislației franceze sau a Statelor Unite ale Americii, în afara teritoriilor celor două state. În speță, o instanță franceză a emis un ordin prin care se solicita furnizorului de servicii de internet *Yahoo!* să interzică accesul în Franța, la site-uri de licitații pentru accesorii naziste din cel de al doilea război mondial⁴⁵.

⁴¹ T. McGonagle, *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*, Expert paper, 2014, pp. 27-28, lucrare disponibilă la adresa: <https://rm.coe.int/16800c170f> (accesată la 07 ianuarie 2018).

⁴² M. J. L. Decroos, *op. cit.*, p. 380.

⁴³ A. R. Hayward, *Regulation of Blog Campaign Advocacy on the Internet: Comparing U.S, German and EU Approaches*, în *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 16, 2008, p. 379.

⁴⁴ *LICRA* = Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme ; *UEJF* = Union des Etudiants Juifs de France.

⁴⁵ Tribunal de Grande Instance de Paris, decizia din 22 mai 2000, disponibilă la adresa <http://www.lapres.net/yahfr.html> (accesată la 02 ianuarie 2018); decizia din 20 noiembrie 2000, No RG 00/05308, disponibilă la adresa: <http://www.lapres.net/ya2011.html> (accesată la 02 ianuarie 2018). În prezenta lucrare, conținutul dispozițiilor legale menționate în cuprinsul hotărârilor prezentate și analizate, este cel în vigoare la data comiterii faptelor. Potrivit prevederilor articolului 46 din Codul de procedură francez, „reclamantul poate sesiza, la alegerea sa, pe lângă instanța de la domiciliul pârâtului: în materie contractuală, instanța de la locul de livrare efectivă a lucrului sau de la locul de executare a serviciului; în materia răspunderii civile delictuale, instanța de la locul producerii faptului ilicit sau cea de la locul unde s-a produs prejudiciul; în cazul cererilor mixte, instanța de la locul situării imobilului;

În concret, furnizorul de servicii de internet a fost obligat la plata unei amenzi de 100.000 de Franci francezi (aproximativ 13.300 USD) pe zi de întârziere și la distrugerea tuturor mesajelor, imaginilor și textelor stocate pe servere în legătură cu nazismul, în mod particular a celor ce înfățișau relicve, obiecte, insigne, embleme de pe un site de licitații, precum și înlăturarea tuturor pasajelor din *Mein Kampf* și *Protocole des Sages de Sion*, cărți care promovau nazismul. Hotărârea instanței franceze a obligat și la înlăturarea din browser-ele și directoarele accesibile în Franța, a titlurilor negaționiste sau a oricăror alte categorii echivalente cu denumirea de Holocaust. *Yahoo!* a fost de asemenea obligat la luarea tuturor măsurilor necesare pentru a interzice accesul la artefactele naziste pe site-ul său și de a avertiza că vederea unor astfel de materiale încalcă dreptul francez.

Yahoo! a adus modificări în cele din urmă regulilor de desfășurare a licitației, însă a obținut din partea unei instanțe din Statele Unite ale Americii (*California District Court*) o decizie în care aceasta și-a exprimat respectul pentru legislația penală din Franța, dar a constatat că hotărârea judecătorească franceză încalcă Primul Amendament la Constituția americană, mesajul fiind exprimat pe teritoriul american, de către un național al Statelor Unite. Mai mult, s-a subliniat faptul că, în cazul transmiterii de

(...)”. Potrivit articolului R645-1 din Codul penal francez „Se sancționează cu amenda prevăzută pentru contravențiile din clasa a 5-a, cu excepția necesităților unui film, spectacol sau a unei expoziții ce presupune evocarea istorică, faptul de a purta sau de a expune în public o uniformă, o insignă sau o emblemă ce amintește de uniforme, insigne sau emblemele care au fost purtate sau expuse fie de către membrii unei organizații declarate ilegale prin aplicarea articolului 9 din Statutul Tribunalului Militar Internațional anexat la Acordul de la Londra din 8 august 1945, fie de către o persoană declarată vinovată de către o instanță franceză sau internațională pentru una sau mai multe crime contra umanității prevăzute de articolele 211-1 - 212-3 sau menționate prin Legea nr. 64-1326 din 26 decembrie 1964. Persoanele vinovate de contravenția prevăzută în prezentul articol li se aplică și următoarele pedepse complementare: 1. Interdicția de a deține sau de a purta, pentru o durată de trei ani sau mai mulți ani, o armă supusă unui regim de autorizare; 2. Confiscarea uneia sau a mai multor arme al căror proprietar este sau de care poate dispune în mod liber; 3. Confiscarea lucrului care a servit sau care era destinat să servească la comiterea infracțiunii sau a lucrului care este produsul infracțiunii; 4. Munca în folosul comunității pentru o durată de 20 la 120 de ore. (2) Persoanele juridice pot fi declarate responsabile penal, în condițiile stabilite de articolul 121-2, de infracțiunea definită în prezentul articol. (3) Pedepsele aplicabile persoanelor juridice sunt: 1. Amenda, după modalitățile prevăzute de articolul 131-41; 2. Confiscarea lucrului care a servit sau era destinat să servească la comiterea infracțiunii sau lucrului care este produsul infracțiunii; (...)”.

mesaje prin intermediul unui mijloc ce depășește granițele statelor și distanțele fizice, este de așteptat ca tipul de discurs folosit pe teritoriul american să contravină legislației diferitelor state ale lumii⁴⁶. Mai mult, respectiva decizie a reținut că hotărârile pronunțate de instanțele franceze constituie o amenințare efectivă și imediată asupra drepturilor de care beneficiază Yahoo! în baza Primului Amendament la Constituția Statelor Unite⁴⁷. A mai precizat de asemenea, că o astfel de încălcare, oricât de scurtă ca durată, constituie un prejudiciu ireparabil, că instanțele franceze pot reglementa în funcție de conținut forme de exprimare apărute în Franța, însă a refuzat să recunoască decizia instanțelor franceze, din cauza încălcării garanțiilor constituționale americane⁴⁸.

Cauza a fost ulterior analizată și de Curtea de Apel a Statelor Unite ale Americii, Circumscripția teritorială nr. 9 (*the U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit*). Această instanță a schimbat decizia anterioară, în sensul că a reținut faptul că *the District Court* nu avea competență personală asupra apelanților (LICRA și UEJF). Pentru a ajunge la această concluzie, instanța de apel a recurs la aplicarea unui criteriu stabilit anterior în jurisprudența sa, pentru stabilirea competenței *ratione persone*⁴⁹. Regula invocată numită *express aiming* are aplicabilitate în cazul în care se susține că pârâțul a avut o conduită ilicită îndreptată împotriva unei persoane (reclamant) despre care știe că este rezident al statului unde se află instanța sesizată. Datorită acestor

⁴⁶ District Court of California, *Yahoo! Inc. c. La Ligue contre le racisme et l'antisemitism (LICRA)*, decizia din 7 iunie 2001 și decizia din 7 noiembrie 2001, E. Scheffel, *Yahoo!, Inc. v. La Ligue contra le racisme et l'antisemitism: Court Refuses to Enforce French Order Attempting to Regulate Speech Occurring Simultaneously in the U.S. AND in France*, în *Computer & High Technology Law Journal*, Vol. 19, 2003, pp. 549-551.

⁴⁷ District Court of California, *Yahoo! Inc. c. La Ligue contre le racisme et l'antisemitism (LICRA)*, decizia din 7 iunie 2001 și decizia din 7 noiembrie 2001.

⁴⁸ E. Scheffel, *op. cit.*, p. 558.

⁴⁹ „(1) dacă pârâțul nerezident și-a îndreptat intenționat activitățile sau a realizat unele dintre tranzacții pe teritoriul unde se află instanța sau cu un rezident de aici sau a efectuat unele activități prin care în mod intenționat s-a folosit de privilegiile desfășurării activităților în acel loc, invocând în consecință beneficiile și protecția legilor din acel teritoriu; (2) pretenția privește sau este în legătură cu activitățile pârâțului de la locul situării instanței; și (3) exercitarea jurisdicției este rezonabilă”; Curtea de Apel a Statelor Unite, Circumscripția teritorială nr. 9, hotărârea din 2 decembrie 2002, în cauza *Yahoo! Inc., c. La Ligue contre le Racisme et l'Antisemitisme; L'Union des etudiants juifs de France*, No. 01-17424, D.C. No., CV-00-21275-JF, p. 1129; A. D. White, *Free Speech Protection for the International Internet*, în *DePaul Law Review*, Vol. 58, 2009, pp. 493-497.

considerente, instanța de apel a reținut că *Yahoo!* nu a formulat pretenții cu privire la care instanța ar putea decide în sensul conduitei greșite a apelanților din prezenta cauză (asociațiile franceze) și că District Court nu a exercitat în mod adecvat jurisdicția personală asupra LICRA.

Cauza a generat multe discuții și controverse, tendința generală fiind de a considera decizia judecătorească franceză ca o încercare a unei puteri străine de a cenzura publicarea de mesaje în Statele Unite ale Americii. Cu toate acestea, *Yahoo!* a decis să interzică vânzarea de produse naziste în întregime, deși hotărârea dată de instanțele franceze priveau vânzarea acestora pe teritoriul statului francez. În 2006 însă, aceeași instanță de apel a pronunțat o nouă decizie care a schimbat decizia anterioară și pe cea pronunțată de District Court, cu indicații cu privire la respingerea acțiunii. Curtea Supremă a Statelor Unite a respins cererea de analizare a cauzei.

În doctrină, demersul protector din legislația franceză, raportat la diversitatea utilizatorilor de internet, a fost văzut ca o reacție la individualitatea Statelor Unite în materie de reglementare a internetului⁵⁰.

Un exemplu interesant sub aspectul stabilirii unei jurisdicții universale în materie de interzicere a discursului urii exprimat prin intermediul internetului este reprezentat de o decizie a Curții Constituționale Federale Germane (*Bundesgerichtshof*) din anul 2000, în care a reținut că regulile germane în materie de limbaj al urii, care interzic negarea Holocaustului și propaganda nazistă au aplicabilitate și în privința materialelor afișate pe internet, iar din punct de vedere *ratione personae* și în ceea ce privește persoanele care nu sunt de naționalitate germană și care au afișat astfel de mesaje pe internet pe un server străin, dar care sunt accesibile utilizatorilor germani de internet⁵¹. În speță, a fost confirmată decizia de condamnare a unui revizionist australian de origine germană pentru distribuirea în Germania de pliante ce negau Holocaustul, schimbând decizia

⁵⁰ F. C. Mayer, *Europe and the Internet: The Old World and the New Medium*, în *European Journal of International Law*, vol. 11, 2000, p. 161; Problema stabilirii jurisdicției penale există și în cazul în care prin intermediul internetului se aduce atingere unor valori individuale, cum este dreptul la propria imagine, prin afișarea de imagini cu caracter personal a unor imagini, M. Ganguly, *Private Pictures, Public Exposure: Papparazzi, Compromising Images, And Privacy Law on the Internet*, în *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 26, 2009, p. 1151; Relevanță prezintă de asemenea și problema angajării răspunderii furnizorului de servicii de internet, A. Cheung, R. H. Weber, *Internet Governance and the Responsibility of Internet Service Providers*, în *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 26, 2008, p. 403.

⁵¹ M. Fagin, *op. cit.*, p. 431.

instanței inferioare care a dispus achitarea pe motiv de lipsă de jurisdicție, întrucât serverele unde se aflau mesajele în cauză se aflau pe teritoriul Australiei. Instanța germană nu a solicitat extrădarea celui condamnat, pe motiv că în țara sa de origine faptele erau de asemenea incriminate.

Spre deosebire de aceste interpretări jurisprudențiale extensive, în Australia s-a refuzat aplicarea extraterritorialității unei legi naționale din 1999 ce reglementa libertatea de exprimare, pe considerente referitoare tot la caracteristicile internetului, însă interpretate contrar, în sensul inevitabilității accesului la nivel global a rețelei de internet⁵², informațiile publicate despre orice persoană pe un site internet sunt potențial accesibile de oriunde din lume.

Concluzii

Circumscrierea discursului urii în mediul online cadrului general de discuție cu privire la garanțiile libertății de exprimare și a restricțiilor admisibile ce pot fi aplicate acestuia se înscrie în logica sistemului de protejare a acestui dreptului la libertatea de exprimare, cu aplicabilitate pentru toate formele de comunicare, fără distincție și fără a se lua în considerare frontierele. Însă, particularitățile discursului urii pe internet, constând în propagarea sau diseminarea rapidă a mesajelor prin aplicarea ubicuității, ridică serioase dezbateri și controverse în legătură cu posibilitatea combaterii eficiente a acestei forme de discurs.

De lege lata, lipsește un cadru normativ internațional uniform în care să fie reglementate condițiile de accesare a site-urilor și evitarea afișării de mesaje sau articole care să contravină legislației penale a diferitelor state de unde sunt accesibile informațiile și să fie prevenită apariția unor conflicte de legi și conflicte de jurisdicție, fiind stabilită în unele instrumente juridice internaționale obligația statelor de a combate și sancționa astfel de

⁵² În cauza, *Macquarie Bank Ltd. v. Berg* (1999) NSWSC 526, instanța a refuzat, având în vedere natura globală a internetului, să pronunțe o hotărâre judecătorească cu privire la un articol publicat în Statele Unite ale Americii cu conținut defăimător după dispozițiile legale din Australia, în D. Rolph, *The Message, Not the Medium: Defamation, Publication and the Internet in Dow Jones & Co Inc v. Gutnik*, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper No. 07/48, 2007, pp. 8-9, disponibil la adresa: <http://ssrn.com/abstract=1000090> (accesată la 02 ianuarie 2018); *Gutnik v. Dow Jones & Co. Inc.* (2001) VSC 305, disponibilă la adresa:

<http://www.austlii.edu.au/au/cases/vic/VSC/2001/305.html> (accesată la 02 ianuarie 2018).

manifestări, dar fără trasarea unor obligații cu conținut strict precizat astfel că marja națională de apreciere a statelor este una destul de extinsă.

În acest context, de *lege ferenda* ar fi utilă adoptarea unor reguli internaționale care să realizeze unificarea regimului folosirii abuzive a internetului și stabilirea unui cadru normativ care să cuprindă aspectele generale și instituirea unor limite minime și maxime în materie de aplicare a sancțiunilor. De asemenea, un alt aspect esențial ce ar trebui să facă obiect de reglementare este referitor la subiecții cărora le sunt aplicabile sancțiunile, în mod particular statutul furnizorului de servicii de internet și condițiile angajării răspunderii, inclusiv penale, pentru afișarea de informații și mesaje ce depășesc limitele admisibile ale libertății de exprimare.

În lipsa unui astfel de cadru internațional, în ceea ce privește statutul și sancționarea diferitelor forme ale discursului urii afișate pe internet, urmează a fi aplicat cadrul general stabilit prin instrumentele internaționale incidente în această materie, de la Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, Convenția privind eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială, Convenția europeană asupra criminalității informatice și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului.

În ciuda imperfecțiunilor cadrului normativ actual, nu putem susține ideea unui vid de reglementare la nivel național și internațional, care să permită o aplicare absolută a principiului neutralității internetului și a conținutului afișat în general pe internet. Însă cadrul normativ actual prezintă lacune cu implicații profunde. Chiar dacă în Convenția europeană a criminalității informatice (*Cybercrime Convention*) este prevăzută obligația statelor părți de a incrimina anumite conduite, iar Protocolul adițional la această Convenție instituie obligația statelor părți de a incrimina exprimările rasiste, negarea Holocaustului, revizionismul, ce reprezintă forme de limbaj al urii, comise prin intermediul internetului, doar un număr limitat de state au ratificat acest instrument internațional. Ca un aspect cu incidență în înțelegerea acestei problematice și o consecință a diferenței majore de tratament în spațiul european și cel american, Statele Unite ale Americii sunt parte la Convenția asupra criminalității informatice, însă au refuzat să ratifice Protocolul adițional, tocmai datorită regimului diferit asupra discursurilor rasiste, negării Holocaustului și discursului urii, forme de manifestare a libertății de exprimare protejate de Primul Amendament la Constituția Statelor Unite ale Americii. În al doilea rând, regulile de drept material instituite prin diferitele instrumente internaționale, nu sunt însoțite

și de reguli cu privire la jurisdicție și la rezolvarea eventualelor conflicte de legi și de jurisdicție, inclusiv în materie penală.

Este foarte dificil de susținut posibilitatea ca o instanță națională să aplice legislația de natură penală a unui stat străin, întrucât contravine principiului independenței suveranității, instanța națională neavând altă posibilitate în materie penală decât aplicarea *lex fori*⁵³.

Reglementarea activității furnizorilor de internet și a răspunderii acestora constituie încă un domeniu incipient, concretizat în instrumente juridice *soft law*, deoarece, în ciuda ritmului alert de dezvoltare a acestui mediu de comunicare și de răspândire a informațiilor, planul normativ nu a putut ține pasul cu progresul tehnologic și creșterea accelerată a accesibilității rețelelor de internet în toate statele lumii. Considerăm că această caracteristică a cadrului normativ prezent se va perpetua și va fi în continuare caracterizat de individualism⁵⁴, având în vedere diferențele de atitudini din diferite state, în particular dintre abordarea europeană uniformă și americană, precum și datorită influenței companiilor americane furnizoare de servicii internet, îndeosebi în ceea ce privește răspunderea penală.

La nivel european, din corelarea dispozițiilor articolului 8 din Protocolul adițional la Convenția supra criminalității informatice cu cele ale articolului 22 din Convenție, rezultă că jurisdicția în materie de discurs al urii realizat prin intermediul internetului, este guvernată de principiul teritorialității, al naționalității și al personalității active⁵⁵. S-a susținut că atât norma juridică cât și tehnologia reglementează comportamentul indivizilor în societate, între cele trei elemente relația fiind una caracterizată prin dinamism⁵⁶, astfel că se impune crearea unui cadru normativ în acest domeniu.

Criticile formulate cu privire la aplicarea doctrinei ubicuității în stabilirea jurisdicției în materie de discurs inadmisibil și abuziv răspândit prin intermediul internetului, subliniază că o aceasta ar putea determina *de facto* apariția unei reguli a jurisdicției universale aplicată de fiecare stat în

⁵³ M. J. L. Decroos, *op. cit.*, p. 394.

⁵⁴ Y. A. Timofeeva, *op. cit.*, p. 254.

⁵⁵ M. J. L. Decroos, *op. cit.*, p. 377.

⁵⁶ Y. Benkler, *Internet Regulation: A Case Study in the Problem of Unilateralism*, în *European Journal of International Law*, Vol. 11, 2000, p. 175.

parte, autorul unei declarații defăimătoare afișate pe internet putând fi supus regulilor penale din fiecare stat unde este accesibil discursul respectiv⁵⁷.

⁵⁷ M. J. L. Decroos, *op. cit.*, p. 380.

PROTECȚIA DATELOR CU CARACTER PERSONAL. ASPECTE DE DREPT EUROPEAN

PROTECTION OF PERSONAL DATA. ASPECTS OF EUROPEAN LAW

ANDRA IFTIMIEI¹

Rezumat: Odată cu Regulamentul 679 din 2016 și cu Directiva 680 din 2016, protecția datelor cu caracter personal intră într-o nouă eră. Plecând de la variatele decizii ale Curții europene de justiție, dar și de la coordonatele existente ale protecției datelor cu caracter personal (condițiile necesare transferului de date, precum transparența și necesitatea), prin prezentul studiu propunem o analiză dublu direcționată. Pe de o parte, vom aduce în discuție aspecte de drept comparat și aspecte jurisprudențiale, iar de cealaltă parte vom analiza prevederile actelor legislative europene ce vor fi aplicate din 2018, și de această dată prin prisma dreptului comparat (vezi Franța, care deja a elaborat o lege nouă în acest domeniu – legea pentru o republică digitalizată). Elementele de noutate care ne atrag atenția sunt cele referitoare la drepturi nou instituite, cum este cazul dreptului de a fi uitat.

Cuvinte-cheie: date personale; dreptul de a fi uitat; principii; reglementare europeană.

Abstract: With Regulation 679 of 2016 and Directive 680 of 2016, personal data protection enters a new era. Starting from the various decisions of the European Court of Justice, but also from the existing data protection personal data (conditions necessary for the transfer of data, such as transparency and necessity), we propose a double-targeted analysis in this study. On the one hand, we will discuss comparative law issues and jurisprudential issues, and on the other hand we will analyze the provisions of the European legislative acts to be applied from 2018, this time also in terms of comparative law (see France, which has already elaborated a new law in this field - the law for a digitized republic). The novelty elements that draw attention to us are those relating to newly established rights, such as the right to be forgotten.

Keywords: personal data; the right to be forgotten; principles; European regulation.

¹ Asistent universitar dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, email: andra.iftimiei@uaic.ro.

1. Aspecte introductive

Individul este o „ființă informatizată”². Catalogate fiind ca substrat al persoanei, drepturile cu caracter personal permit identificarea individuală și socială a fiecăruia dintre noi. Cu toate acestea, identificarea individuală nu se realizează exclusiv prin datele cu caracter personal. Spre exemplu, dreptul la nume³, primordial și esențial în identificarea individului, nu este considerat un drept cu caracter personal⁴. Carta drepturilor fundamentale⁵, în articolul 8, prevede că aceste date cu caracter personal trebuie utilizate în limite bine determinate și, în mod obligatoriu, având consimțământul persoanei vizate, aceasta din urmă dispunând de un drept de acces, dar și de modificare a datelor ce îl vizează.

Tehnologizarea și informatizarea vieții individului sunt structuri evolutive cu duble implicații: pozitive, în sensul în care accesul la informație este mult facilitat, iar comunicarea transfrontalieră a devenit dependentă de mijloace informatice. Implicațiile negative sunt de la cele mai simple (orice conectare la internet sau orice navigare pe internet lasă urme – abandonarea voluntară sau nu a propriilor date personale), la cele complexe, cu implicații penale (hacking, cybercrime, cyberterrorism etc.).

Protecția datelor cu caracter personal nu reprezintă o preocupare europeană și internațională chiar de ultim deceniu, ci a suscitat interes chiar din anii '70. Primele state europene care au consacrat legislativ protecția datelor cu caracter personal au fost Franța, Germania și Suedia⁶. Germania a debutat printr-o reglementare care proteja fișierele, Suedia a legiferat în 1973 *data lag*-ul, iar Franța a legiferat, mai întâi, condiții mai stricte pentru sectorul public, în privința datelor cu caracter personal⁷.

La nivel internațional există o serie de documente care vizează protecția datelor cu caracter personal.

² J. Frayssinet, *La protection des données personnelles* în *Droit de l'informatique et de l'Internet* coord. De A. Lucas, J. devèze și J. Frayssinet, PUF, 2001, prima parte, nr. 10.

³ Dreptul la nume, grație interpretării extensive a articolului 8 din Convenția europeană a drepturilor omului, este considerat parte a dreptului la viață privată și familial (J. F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, ed. a doua, L.G.D.J., Paris, 2012, p. 272).

⁴ J. C. Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalité*, ed. Lexis Nexis, Paris, 2013, p. 548.

⁵ Carta a fost concepută și semnată în anul 2000, iar ulterior a fost integrată Tratatului de la Lisabona din anul 2009.

⁶ J. C. Saint-Pau (dir.), *op. cit.*, p. 552.

⁷ *Ibidem*.

Organizația de cooperare și dezvoltare economică (OCDE) a enunțat, la începutul anilor 1980, liniile directoare privind stocarea și transferul datelor personale⁸, care au devenit norme minimale comune de protecție, dar și sursă de inspirație pentru diferite legislații naționale⁹.

Dinamica dreptului european. Acte legislative noi

Cadrul legislativ european se află într-o continuă dinamică, iar domeniul protecției datelor cu caracter personal se află în centrul preocupărilor ce țin de politicile europene. Astfel, prin dinamica dreptului european în domeniul protecției datelor cu caracter personal înțelegem necesitatea actualizării legislative, ținând cont însă de principiile care stau la baza acestui domeniu.

Principii care guvernează respectarea datelor cu caracter personal

Cele șapte principii cheie care vizează protecția datelor cu caracter personal sunt următoarele¹⁰:

Principiul finalității

Datele cu caracter personal trebuie să fie întrebuințate pentru un scop bine determinat și legal. Potrivit articolului 6 alin. (1) din Regulamentul nr. 679/2016, prelucrarea este legală numai dacă și în măsura în care se aplică cel puțin una dintre următoarele condiții: persoana vizată și-a dat consimțământul pentru prelucrarea datelor sale cu caracter personal pentru unul sau mai multe scopuri specifice; prelucrarea este necesară pentru

⁸ *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, disponibile la adresa <http://www.oecd.org/fr/internet/ieconomie/lignesdirectricesregissantlaprotectiondelaviepriveeetlesfluxtransfrontieresdedonneesdecaracterepersonnel.htm>, document consultat la data de 7 noiembrie 2017.

⁹ Conștientizarea, la nivel legislativ, a necesității protecției datelor cu caracter personal a survenit într-un ritm diferit în statele europene. Dacă, spre exemplu, Franța a făcut primii pași în anii 1970, România a făcut primul pas în anul 2002 prin Ordinul Avocatului Poporului, nr. 75 din 4 iunie 2002 (disponibil la <http://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=860>), iar legislativ, târziu, în anul 2009, prin Legea 238 din 10 iunie 2009 privind reglementarea prelucrării datelor cu caracter personal de către structurile/unitățile Ministerului Administrației și Internelor în activitățile de prevenire, cercetare și combatere a infracțiunilor, precum și de menținere și asigurare a ordinii publice (disponibilă la <http://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=575>).

¹⁰ <http://www.cil.cnrs.fr/CIL/spip.php?article1390>, consultat la data de 22 noiembrie 2017.

executarea unui contract la care persoana vizată este parte sau pentru a face demersuri la cererea persoanei vizate înainte de încheierea unui contract; prelucrarea este necesară în vederea îndeplinirii unei obligații legale care îi revine operatorului; prelucrarea este necesară pentru a proteja interesele vitale ale persoanei vizate sau ale altei persoane fizice; prelucrarea este necesară pentru îndeplinirea unei sarcini care servește unui interes public sau care rezultă din exercitarea autorității publice cu care este investit operatorul; prelucrarea este necesară în scopul intereselor legitime urmărite de operator sau de o parte terță, cu excepția cazului în care prevalează interesele sau drepturile și libertățile fundamentale ale persoanei vizate, care necesită protejarea datelor cu caracter personal, în special atunci când persoana vizată este un copil.

Principiul proporționalității

Proporționalitatea este unul dintre principiile fundamentale ale dreptului european, astfel că nici domeniul protecției datelor personale nu iese din sfera aplicabilității acestuia. În acest sens, proporționalitatea presupune că trebuie înregistrate și stocate doar acele date care servesc unui scop legitim și bine definit. Protecția dreptului fundamental la respectarea vieții private la nivelul Uniunii impune ca derogările de la protecția datelor cu caracter personal și limitările acesteia să fie efectuate în limitele strictului necesar¹¹.

¹¹ Cauza CJUE C-73/16 din 27 septembrie 2017, consultată la data de 24 noiembrie 2017, la [pagina web http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0073&rid=4](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0073&rid=4). În fapt, întrucât considera că este victima unei atingeri aduse drepturilor sale referitoare la personalitate prin înscrierea numelui său în lista în litigiu, domnul Puškár a solicitat Najvyšší súd Slovenskej republiky (Curtea Supremă a Republicii Slovace), printr-o acțiune introdusă la 9 ianuarie 2014, urmată de o acțiune introdusă la 19 noiembrie 2014, să oblige Direcția finanțelor, toate birourile de impozite subordonate acesteia și Biroul de combatere a criminalității financiare să nu înscrie numele său în lista în litigiu sau în orice altă listă similară, precum și să elimine orice mențiune care îl privește de pe aceste liste și din sistemul informatic al administrației financiare.

Potrivit domnului Puškár, Direcția finanțelor și Biroul de combatere a criminalității financiare au întocmit și utilizează lista în litigiu, care, potrivit indicațiilor domnului Puškár, cuprinde numele a 1227 de persoane fizice pe care autoritățile publice le desemnează prin expresia „biele kone” („cai albi”). Această expresie ar fi utilizată pentru a desemna o persoană care servește drept interpus pentru a ocupa funcții de conducere. Fiecare persoană fizică ar fi în principiu legată, cu numărul său personal de identificare și cu un număr de identificare fiscală, de una sau de mai multe persoane juridice, în număr total de 3369 potrivit indicațiilor

Principiul pertinentei datelor

Datele cu caracter personal trebuie să fie adecvate, pertinente și să nu fie excesive raportat la scopul pentru care sunt utilizate.

Principiul duratei limitate pentru păstrarea datelor

Expresie a dreptului de a fi uitat, drept nou introdus prin noua reglementare europeană, principiul duratei limitate pentru păstrarea datelor presupune imposibilitatea stocării datelor pentru o durată nelimitată. Durata de păstrare trebuie stabilită în funcție de finalitate fiecărui fișier de stocare.

Principiul securității și confidențialității

Securitatea și confidențialitatea datelor cu caracter personal incumbă persoanei care le utilizează sau le administrează. Persoana responsabilă trebuie să ia toate măsurile în scopul împiedicării divulgării datelor cu caracter personal. Astfel: datele stocate nu pot fi consultate decât de către serviciile abilitate să le acceseze; responsabilul cu gestionarea datelor trebuie să ia toate măsurile pentru a împiedica posibilitatea ca datele să fie deteriorate sau ca terții neautorizați să le acceseze. Măsurile de securitate trebuie să vizeze, spre exemplu, copii de siguranță ori schimbarea frecventă a parolei de acces, după cum aceste măsuri de securitate trebuie să fie adaptate la natura datelor, precum și la riscurile prezentate.

Principiul securității și confidențialității vizează și un aspect secundar, respectiv cel al supravegherii transferului datelor cu caracter personal. Astfel, autoritățile naționale de supraveghere, sesizate de o persoană cu o cerere de protecție a drepturilor și libertăților sale în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal care o privesc, trebuie să poată examina, în condiții de independență deplină, dacă transferul acestor date respectă cerințele stabilite de directiva menționată. În caz contrar, persoanele ale căror date cu caracter personal au fost sau ar putea fi transferate către țara terță respectivă ar fi private de dreptul, garantat la articolul 8 alineatele (1) și (3) din cartă, de a sesiza autoritățile naționale de supraveghere cu o cerere în vederea protecției drepturilor lor fundamentale¹².

domnului M. Puškár, în cadrul căreia sau al căreia aceasta și-ar îndeplini funcțiile pe o perioadă determinată.

¹² Cauza C-362/14 CJUE din 6 octombrie 2015, consultată la data de 29 noiembrie 2017, pe <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?qid=1512047095116&uri=CELEX:62014CJ0362>. În fapt, Domnul Schrems, resortisant austriac având reședința în Austria, este utilizator al rețelei sociale Facebook (denumită în continuare „Facebook”) din anul 2008. Orice persoană care are

Principiul transparenței

Adesea invocat în jurisprudența Curții europene de justiție, principiul transparenței presupune garantarea prin lege a posibilității persoanei de a primi informațiile necesare privitoare la tratamentul aplicat

reședința pe teritoriul Uniunii și care dorește să utilizeze Facebook trebuie să încheie, la momentul înscrierii sale, un contract cu Facebook Ireland, filială a Facebook Inc., stabilită ea însăși în Statele Unite. Datele cu caracter personal ale utilizatorilor Facebook care au reședința pe teritoriul Uniunii sunt, în tot sau în parte, transferate către servere aparținând Facebook Inc., situate pe teritoriul Statelor Unite, unde fac obiectul unei prelucrări. La 25 iunie 2013, domnul Schrems a sesizat Comisarul cu o plângere prin care îi solicita în esență acestuia să își exercite competențele statutare interzicând Facebook Ireland să transfere datele sale cu caracter personal către Statele Unite. În cadrul plângerii, invoca faptul că dreptul și practicile în vigoare în țara menționată nu garantau o protecție suficientă a datelor cu caracter personal stocate pe teritoriul său împotriva activităților de supraveghere practicate de autoritățile publice în această țară. Domnul Schrems se referea în această privință la dezvăluirile făcute de domnul Edward Snowden cu privire la activitățile serviciilor de informații din Statele Unite, în special cele ale National Security Agency (denumită în continuare „NSA”). Considerând că nu era obligat să deschidă o investigație cu privire la faptele denunțate de domnul Schrems în plângerea sa, Comisarul a respins plângerea menționată ca fiind nefondată. Acesta a estimat astfel că nu existau dovezi că NSA ar fi avut acces la datele cu caracter personal ale persoanei interesate. Comisarul a adăugat că motivele formulate de domnul Schrems în plângerea sa nu puteau fi invocate în mod util, dat fiind că orice problemă referitoare la caracterul adecvat al protecției datelor cu caracter personal în Statele Unite trebuia să fie soluționată în conformitate cu Decizia 2000/520 și că, în această decizie, Comisia constatare că Statele Unite ale Americii asigurau un nivel adecvat de protecție. Domnul Schrems a introdus o acțiune la High Court (Înalta Curte de Justiție) împotriva deciziei în discuție în litigiul principal. După ce a examinat probele prezentate de părțile din litigiul principal, această instanță a constatat că supravegherea electronică și interceptarea datelor cu caracter personal transferate din Uniune către Statele Unite răspundeau unor scopuri necesare și indispensabile pentru interesul public. Instanța menționată a adăugat însă că dezvăluirile făcute de domnul Snowden demonstraseră că NSA și alte organe federale săvârșiseră „excese considerabile”. Or, potrivit aceleiași instanțe, cetățenii Uniunii nu ar dispune de niciun drept efectiv de a fi ascultați. Supravegherea acțiunilor serviciilor de informații ar fi efectuată în cadrul unei proceduri secrete și necontradictorii. Odată ce datele cu caracter personal sunt transferate către Statele Unite, NSA și alte organe federale, cum ar fi Federal Bureau of Investigation (FBI), ar putea avea acces la aceste date în cadrul supravegherii și interceptărilor nediferențiate pe care aceștia le practică pe scară largă. High Court (Înalta Curte de Justiție) a constatat că dreptul irlandez interzice transferul datelor cu caracter personal în afara teritoriului național, cu excepția cazurilor în care țările terțe în discuție asigură un nivel adecvat de protecție a vieții private, precum și a drepturilor și libertăților fundamentale. Importanța dreptului la respectarea vieții private și a dreptului la inviolabilitatea domiciliului, garantate de Constituția irlandeză, ar impune ca orice ingerință în aceste drepturi să fie proporțională și conformă cu cerințele prevăzute de lege.

propriilor date cu caracter personal, după cum i se asigură acestuia posibilitatea controlului personal. Persoana responsabilă cu gestionarea datelor cu caracter personal trebuie să avertizeze persoana vizată cu privire la colectarea acestor date, iar în caz de transmitere a datelor către terți, să avertizeze persoana vizată. Curtea a statuat că transparența este un interes legitim¹³, prin interes legitim putând înțelege chiar că interesul unui terț în obținerea informațiilor cu caracter personal ale unei persoane care a produs daune unui bun aflat în proprietatea sa pentru a acționa în justiție respectiva persoană în vederea obținerii de despăgubiri poate fi calificat ca fiind un interes legitim¹⁴.

Principiul respectării dreptului persoanelor

Acest principiu presupune la rândul lui trei componente: informarea celor interesați, dreptul de acces și de modificare, dreptul la opoziție.

Prima componentă, informarea celor interesați, presupune ca în momentul în care persoana accesează servicii informatizate sau dacă datele sunt colectate prin intermediul unor chestionare, utilizatorii vizati trebuie să fie informați cu privire la: finalitatea colectării datelor, caracterul obligatoriu sau facultativ al cererii, destinatarii datelor și modalitatea exercitării drepturilor care le incumbă (dreptul de acces și de rectificare, dreptul de a face opoziție).

¹³ Hotărârea din 9 noiembrie 2010, Volker und Markus Schecke și Eifert.

¹⁴ Cauza C-13/16 Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes Kārtības policijas pārvalde împotriva Rīgas pašvaldības SIA „Rīgas satiksme”. Situația de fapt era următoarea: Un șofer de taxi și-a oprit vehiculul pe marginea carosabilului în Riga. La momentul la care un troleibuz aparținând Rīgas satiksme (denumită în continuare „intimata”) a trecut prin dreptul taxiului, un pasager care se afla în taxi a deschis brusc ușa. A urmat o coliziune care a condus la avariarea troleibuzului. Rīgas satiksme a solicitat poliției (denumită în continuare „recurenta”) să dezvăluie identitatea pasagerului. Ea intenționa să formuleze o acțiune civilă împotriva acestuia pentru repararea prejudiciului produs prin avariarea troleibuzului. Poliția a comunicat Rīgas satiksme numai numele pasagerului. Aceasta a refuzat să comunice numărul actului de identitate și domiciliul. În acest context factual, instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă articolul 7 litera (f) din Directiva 95/46/CE (denumită în continuare „directiva”) 2 impune obligația dezvăluirii tuturor datelor cu caracter personal necesare pentru inițierea unei proceduri civile împotriva persoanei suspectate de săvârșirea unei contravenții. De asemenea, se întreabă dacă răspunsul la această întrebare ar fi diferit în cazul în care persoana respectivă ar fi minoră.

Dreptul de acces și de rectificare presupune că persoana vizată poate solicita orice informație care o vizează, după cum are dreptul de a rectifica sau de a solicita ștergerea informațiilor eronate.

Dreptul de a face opoziție presupune că orice persoană are dreptul de a face opoziție, pentru motive legitime, la posibilitatea ca datele să fie stocate într-un fișier informatic, cu excepția situației în care stocarea nu prezintă caracter obligatoriu.

2.2. Acte legislative noi

La nivelul anului 2016, au fost elaborate două acte legislative noi, din necesitatea resimțită pe planul digitalizării fiecărui stat membru în parte. Mai mult decât atât, s-a simțit nevoia actualizării directivei din anul 1995, urmare a creșterii politicilor de securitate.

Directiva 95/46 din 24 octombrie 1995 avea ca principal scop armonizarea legislațiilor diferitelor state membre. Însă, nivelul armonizării procedurilor și sancțiunilor între statele membre nu era încă atins. Astfel, vor intra în vigoare două documente noi, respectiv Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor)¹⁵ și Directiva (UE) 2016/680 a Parlamentului European și a Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice referitor la prelucrarea datelor cu caracter personal de către autoritățile competente în scopul prevenirii, depistării, investigării sau urmăririi penale a infracțiunilor sau al executării pedepselor și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Deciziei-cadru 2008/977/JAI a Consiliului¹⁶.

Prin analiza celor două documente, ne propunem să evidențiem câteva aspecte care prezintă relevanță pentru dinamica dreptului european, accentul fiind pus pe aspectele legislative noi și impactul acestora în dreptul național.

¹⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>, consultat la data de 23 noiembrie 2017.

¹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0680>, consultat la data de 23 noiembrie 2017.

O primă observație este legată de textul Regulamentului. Conform principiului (1) din Regulament „protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal reprezintă un drept fundamental”. Drepturile fundamentale sunt cele care sunt declarate ca atare fie prin declarații de drepturi, fie prin legile fundamentale ale statului. O scurtă privire asupra Constituției României arată că nu este consacrat un astfel de drept în catalogul drepturilor fundamentale, astfel că asistăm fie la necesitatea manifestării fenomenului de constituționalizare¹⁷ cu privire la acest drept, fie admitem existența, și în spațiul național, a ideii de „bloc de constituționalitate”¹⁸, astfel cum este aceasta definită în spațiul francez. În ambele cazuri, subliniem faptul că se întregește cea de-a treia generație de drepturi¹⁹.

Principalele elemente de noutate constau în consacrarea unor drepturi pentru cel cărui i se conferă protecția datelor cu caracter personal. Sunt astfel de drepturi enunțate de Regulament²⁰: dreptul de acces la datele colectate și dreptul de informare²¹; dreptul de rectificare²²; dreptul la opoziție²³; dreptul de a fi uitat²⁴; dreptul la restricționarea prelucrării²⁵; dreptul la portabilitatea datelor²⁶, drept care permite persoanei posibilitatea de a-și recupera datele în scopul transmiterii acestora către o altă persoană însărcinată cu gestionarea lor (acest drept permite persoanei îndreptățite să schimbe oricând pe cel care se ocupă cu gestionarea datelor personale).

¹⁷ Pentru detalii privind fenomenul de constituționalizare a dreptului, a se vedea A. Iftimiei, *Constituționalizarea în dreptul penal român și francez*, ed. Universul Juridic, București, 2016.

¹⁸ Pentru detalii privind noțiunea de „bloc de constituționalitate” în Franța, a se vedea P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, ediția 29, ed. Dalloz, Paris, 2010, pp. 534-537.

¹⁹ Un astfel de drept se înscrie în cea de-a treia generație de drepturi, alături de drepturile ce privesc progresul științific sau biomedicina.

²⁰ Capitolul III din Regulament – „Drepturile persoanei vizate”.

²¹ Articolul 15 din Regulament.

²² Articolul 16 din Regulament.

²³ Articolul 21 din Regulament.

²⁴ Articolul 17 din Regulament.

²⁵ Articolul 18 din Regulament.

²⁶ Articolul 20 din Regulament.

Dreptul la ștergerea datelor („dreptul de a fi uitat”) este consacrat astfel odată cu decizia C-131/12 Google Spania²⁷ în cuprinsul căreia este precizat că dreptul de a fi uitat este parte componentă a dreptului la viață privată²⁸. Mai mult decât atât, din cuprinsul deciziei reiese că „dreptul de a fi

²⁷

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=FR>, consultat la data de 25 noiembrie 2017.

²⁸ Situația de fapt era următoarea: La 5 martie 2010, domnul Costeja González, cetățean spaniol cu domiciliul în Spania, a formulat o reclamație la AEPD împotriva La Vanguardia Ediciones SL (denumită în continuare „La Vanguardia”), care publică un cotidian cu difuzare largă, în special în Catalonia (Spania), precum și împotriva Google Spain și a Google Inc. Această reclamație se întemeia pe faptul că, atunci când un utilizator de internet introducea numele domnului Costeja González în motorul de căutare al grupului Google (denumit în continuare „Google Search”), se afișau linkuri către două pagini ale cotidianului La Vanguardia și, respectiv, din 9 martie 1998, pe care figura un anunț, în care se menționa numele domnului Costeja González, cu privire la o vânzare la licitație a unor imobile asociată unei proceduri de executare silită desfășurată în vederea plății unor datorii la asigurările sociale. Prin această reclamație, domnul Costeja González a solicitat, pe de o parte, să se dispună ca La Vanguardia fie să elimine sau să modifice paginile menționate astfel încât să nu mai apară datele sale cu caracter personal, fie să utilizeze anumite instrumente puse la dispoziție de motoarele de căutare pentru a proteja aceste date. Pe de altă parte, a solicitat să se dispună ca Google Spain sau Google Inc. să elimine sau să oculteze datele sale cu caracter personal, astfel încât acestea să nu mai apară printre rezultatele căutării și să nu mai figureze în linkuri ale La Vanguardia. Domnul Costeja González a afirmat în acest context că executarea silită al cărei obiect a fost s-a finalizat în întregime în urmă cu mai mulți ani și că menționarea acesteia este în prezent lipsită de orice relevanță. 16 Prin decizia din 30 iulie 2010, AEPD a respins reclamația menționată în măsura în care privea La Vanguardia, apreciind că publicarea de către aceasta a informațiilor în cauză era justificată din punct de vedere legal, dat fiind că a avut loc la ordinul Ministerului Muncii și Afacerilor Sociale și a avut ca scop să confere vânzării la licitație publică o publicitate maximă pentru a reuni un număr cât mai mare de licitanți. În schimb, respectiva reclamație a fost admisă în măsura în care era îndreptată împotriva Google Spain și a Google Inc. AEPD a considerat în această privință că operatorii de motoare de căutare sunt supuși legislației în materie de protecție a datelor, dat fiind că realizează o prelucrare a datelor pentru care sunt răspunzători și că acționează în calitate de intermediari ai societății informaționale. AEPD a apreciat că este abilitată să dispună ca operatorii de motoare de căutare să retragă datele și să interzică accesul la anumite date în cazul în care ea consideră că găsirea și difuzarea lor pot aduce atingere dreptului fundamental la protecția datelor și demnității persoanelor în sens larg, ceea ce ar include și simpla voință a persoanei interesate ca datele respective să nu fie cunoscute de terți. AEPD a considerat că această obligație poate incumba direct operatorilor de motoare de căutare, fără a fi necesară ștergerea datelor sau a informațiilor de pe site-ul web pe care figurează, în special în cazul în care menținerea acestor informații pe site-ul respectiv este justificată printr-o dispoziție legală. Google Spain și Google Inc. au introdus două acțiuni

uitat”, prevalează asupra intereselor legitime ale operatorului unui motor de căutare și asupra interesului general privind libertatea de informare.

Regulamentul prevede un drept și o obligație corelativă: „persoana vizată are dreptul de a obține din partea operatorului ștergerea datelor cu caracter personal care o privesc, fără întârzieri nejustificate, iar operatorul are obligația de a șterge datele cu caracter personal fără întârzieri nejustificate în cazul în care se aplică unul dintre următoarele motive: datele cu caracter personal nu mai sunt necesare pentru îndeplinirea scopurilor pentru care au fost colectate sau prelucrate; persoana vizată își retrace consimțământul pe baza căruia are loc prelucrarea și nu există niciun alt temei juridic pentru prelucrare; persoana vizată se opune prelucrării și nu există motive legitime care să prevaleze în ceea ce privește prelucrarea sau persoana vizată se opune prelucrării; datele cu caracter personal au fost prelucrate ilegal; datele cu caracter personal trebuie șterse pentru respectarea unei obligații legale care revine operatorului în temeiul dreptului Uniunii sau al dreptului intern sub incidența căruia se află operatorul; datele cu caracter personal au fost colectate în legătură cu oferirea de servicii ale societății informaționale.

Limitele acestui „drept de a fi uitat” au în vedere posibilitatea de a nu da curs solicitării de ștergere a datelor cu caracter personal, în măsura în care prelucrarea este necesară: (a) pentru exercitarea dreptului la liberă exprimare și la informare; (b) pentru respectarea unei obligații legale care prevede prelucrarea în temeiul dreptului Uniunii sau al dreptului intern care se aplică operatorului sau pentru îndeplinirea unei sarcini executate în interes public sau în cadrul exercitării unei autorități oficiale cu care este învestit operatorul; (c) din motive de interes public în domeniul sănătății publice; (d) în scopuri de arhivare în interes public, în scopuri de cercetare științifică sau

separate împotriva deciziei menționate la Audiencia Nacional, care au fost conexe de aceasta. Instanța respectivă arată în decizia de trimitere că aceste acțiuni ridică problema obligațiilor care incumbă operatorilor de motoare de căutare în ceea ce privește protecția datelor cu caracter personal ale persoanelor interesate care nu doresc ca anumite informații, publicate pe site-urile web ale unor terți și conținând datele lor cu caracter personal care permit asocierea acestor informații cu aceste persoane, să fie găsite, indexate și puse la dispoziția utilizatorilor de internet în mod nedefinit. Soluționarea acestei probleme ar depinde de modul în care trebuie interpretată Directiva 95/46 în contextul acestor tehnologii, care au apărut după publicarea sa.

istorică ori în scopuri statistice, sau (e) pentru constatarea, exercitarea sau apărarea unui drept în instanță.

O altă noutate adusă în discuție prin Regulament este cea privitoare la introducerea unui principiu de răspundere a operatorului de date datelor, responsabil care trebuie astfel să efectueze un autocontrol intern. Ținând seama de natura, domeniul de aplicare, contextul și scopurile prelucrării, precum și de riscurile cu grade diferite de probabilitate și gravitate pentru drepturile și libertățile persoanelor fizice, operatorul pune în aplicare măsuri tehnice și organizatorice adecvate pentru a garanta și a fi în măsură să demonstreze că prelucrarea se efectuează în conformitate cu dispozițiile regulamentului²⁹.

Două elemente noi reies din articolul 25 al Regulamentului³⁰. Conform acestuia „ (1) Având în vedere stadiul actual al tehnologiei, costurile implementării, și natura, domeniul de aplicare, contextul și scopurile prelucrării, precum și riscurile cu grade diferite de probabilitate și gravitate pentru drepturile și libertățile persoanelor fizice pe care le prezintă prelucrarea, operatorul, atât în momentul stabilirii mijloacelor de prelucrare, cât și în cel al prelucrării în sine, pune în aplicare măsuri tehnice și organizatorice adecvate, cum ar fi pseudonimizarea, care sunt destinate să pună în aplicare în mod eficient principiile de protecție a datelor, precum reducerea la minimum a datelor, și să integreze garanțiile necesare în cadrul prelucrării, pentru a îndeplini cerințele prezentului regulament și a proteja drepturile persoanelor vizate. (2) Operatorul pune în aplicare măsuri tehnice și organizatorice adecvate pentru a asigura că, în mod implicit, sunt prelucrate numai date cu caracter personal care sunt necesare pentru fiecare scop specific al prelucrării. Respectiva obligație se aplică volumului de date colectate, gradului de prelucrare a acestora, perioadei lor de stocare și accesibilității lor. În special, astfel de măsuri asigură că, în mod implicit, datele cu caracter personal nu pot fi accesate, fără intervenția persoanei, de un număr nelimitat de persoane”. Practic, sunt implementate două metode noi, denumite generic *privacy by design* pentru alineatul (1), adică punerea în aplicare, de la momentul conceperii, de tehnologii organizaționale care să permit respectarea Regulamentului și *privacy by default*, care presupune colectarea doar a datelor cu caracter personal necesare prelucrării.

²⁹ Articolul 24 din Regulament – *Responsabilitatea operatorului*.

³⁰ *Asigurarea protecției datelor începând cu momentul conceperii și în mod implicit*.

Concluzii

Datele cu caracter personal sunt parte integrantă din identitatea fiecărui individ în parte. Preocuparea pentru o politică mai concentrată de protejare a datelor personale este pe deplin justificată, astfel că dinamica dreptului european se afișează ca o realitate evolutivă firească. Jursiprudența menționată în cuprinsul articolului reprezintă exemple de încălcare a regimului de protecție a datelor cu caracter personal.

Crearea de noi drepturi, recunoscute individului ca titular de date cu caracter personal, alături de instituirea unui regim de răspundere operatorului de date sunt mijloace de prevenție, care au menirea să evite aspectele represive, de drept penal, ca *ultima ratio*.

În același context, al datelor personale conexe cu dreptul penal, Directiva impune ca autoritățile de aplicare a legii să facă o distincție clară între datele diferitelor categorii de persoane, inclusiv: cele în privința cărora există motive serioase să se creadă că au săvârșit sau că urmează să săvârșească o infracțiune; cele care au fost condamnate pentru săvârșirea unei infracțiuni; victimele unor infracțiuni sau persoanele în privința cărora există motive să se creadă că ar putea fi victimele unor infracțiuni; cele care sunt părți care au legătură cu infracțiunea, inclusiv potențialii martori.

Din perspectiva dreptului european, rămâne în discuție modalitatea de implementare a directivei 680/2016 în fiecare stat membru în parte. Franța a făcut deja primul pas în acest sens. Prin implementarea directivei, țările UE trebuie să stabilească termene pentru ștergerea datelor cu caracter personal sau pentru o revizuire periodică a necesității de stocare a acestor date.

Regulamentul 679/2016 vizează o armonizare legislativă direcționată cu precădere spre crearea unui spațiu de securitate și de garantare a protejării datelor cu caracter personal, cu aplicarea principiului egalității, pentru fiecare dintre resortisanții spațiului european.

CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA STATUTUL DELEGATULUI SĂTESC

CONSIDERATIONS REGARDING THE STATUS OF THE VILLAGE DELEGATE

GEORGE CLAUDIU PUPĂZAN¹

Rezumat: Potrivit legislației din România, delegatul sătesc este reprezentantul satului în consiliul local al unei comune, în condițiile în care, în urma alegerilor locale, niciun consilier local nu provine din satul respectiv. Delegatul sătesc este obligat să participe la ședințele de consiliu local unde se dezbate probleme care interesează satul din care face parte, având dreptul să inițieze proiecte de hotărâri de consiliu local, să participe la dezbateri și să-și exprime votul (consultativ) alături de colegii consilieri locali.

Cuvinte-cheie: delegat sătesc; consiliul local; sat.

Abstract: According to the Romanian legislation, the village delegate is the village representative in the local council of a commune, only if there is no local councilor coming from the village. It is mandatory for the village delegate to participate in local council meetings where issues that concern the village of which he is involved are debated, and he has the right to initiate proposals local council decisions, to participate in debates and to vote (advisory) along with other local councilors.

Keywords: village delegate; local council; village.

I. Satul, ca formă de organizare administrativă, a avut și are încă un loc aparte în viața locuitorilor săi, fapt ce se datorează în principal comunității strânse de interese și tradiții. Asta face ca pentru cetățenii săi, mult mai însemnate și de actualitate să fie problemele cu care se confruntă față de treburile publice din alte sate componente ale comunei sau chiar față de cele existente la nivelul comunei.

Satul a reprezentat și reprezintă încă forma de bază, incipientă de organizare a unei colectivități umane. Acesta este și motivul pentru care

¹ Asistent univ. dr. , Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: pupazan_claudiu@yahoo.com.

legiuitorul român i-a recunoscut importanța reglementându-l din punct de vedere juridic sub forma unei circumscripții teritoriale, lipsită de personalitate juridică, adevărat, fără a-l ridica însă la rangul de unitate administrativ-teritorială, rol care i-a revenit comunei.

Pe de altă parte, orice comunitate sătească are propriile interese de natură economică, socială ori culturală dorind, cum este și firesc, ca acestea să fie promovate, la nivel de comună, de o persoană de încredere, din interiorul colectivității, în conștiința locuitorilor satului fiind din vechime încetățenită ideea că numai o persoană „*de-a locului*” ar fi în măsură să ducă la bun sfârșit o astfel de sarcină.

Acestea au reprezentat și motivele pentru care a fost reglementată prin lege instituția delegatului sătesc, conferindu-i-se un loc însemnat și binemeritat în sistemul administrației publice locale românești. Art. 53 din Legea nr. 215 din 2001 a administrației publice locale² precum și art. 2, art. 19, art. 34 și art. 37 din Legea nr. 393 din 2004 privind Statutul aleșilor locali³ constituie prevederile legale care îi stabilesc statutul.

Textele de lege mai sus citate spun că dacă în urma alegerilor locale din cadrul unei comune rămân sate care nu au consilieri locali în consiliile locale, atunci acestea vor fi reprezentate la ședințele de consiliu de către delegați sătești. Astfel, delegatul sătesc este asimilat unui ales local făcând parte din aceeași categorie și având, de principiu, aceleași drepturi și obligații cu a consilierilor locali. Participarea lui este obligatorie atunci când pe ordinea de zi a ședinței se supun dezbaterii proiecte de hotărâri de consiliu local care privesc satul pe care delegatul îl reprezintă. Pentru participarea la aceste ședințe, delegatul sătesc va avea dreptul să primească o indemnizație, ca formă de remunerare pentru activitatea prestată, să-i fie decontate toate cheltuielile prilejuite de exercitarea mandatului cu care este investit, dar și să-și exprime dreptul de vot, chiar dacă acesta are caracter consultativ. Legat de modul în care delegatul sătesc își exercită dreptul la vot, trebuie menționat aici că acesta dispune, pe de o parte, de dreptul de a se pronunța *pentru* sau *împotriva* proiectului de hotărâre ce face obiectul dezbaterii, cum de altfel are și dreptul de a se abține de la vot. Pe de altă parte, votul delegatului sătesc nu va fi dat separat de cel al colegilor consilieri, adică înainte de supunerea la vot a hotărârii sau după votarea acesteia, ci va fi

² Publicat în Monitorul Oficial nr. 123 din 20 februarie 2007.

³ Publicat în Monitorul Oficial nr. 912 din 7 octombrie 2004.

exprimat în cadrul procedurii obișnuite de vot prevăzute de lege, alături de ceilalți consilieri locali participanți la ședință,

Delegatul sătesc va fi ales pe durata mandatului consiliului local de către o Adunare satească convocată de primar, la care vor avea dreptul să participe toți cetățenii cu drept de vot și cu domiciliul în satul respectiv. Tot Adunarea satească va avea dreptul, potrivit simetriei juridice, să-i retragă mandatul delegatului sătesc și să desemneze o nouă persoană pentru această funcție. Motivele vor fi lăsate la aprecierea sa.

II. S-a pus în discuție dacă, în lipsa unei dispoziții legale exprese, delegatul sătesc are dreptul de inițiativă în promovarea proiectelor de hotărâri ce aduc în dezbateră consiliului local treburile publice din satul pe care alesul local îl reprezintă. Răspunsul la această întrebare trebuie să fie unul afirmativ, considerentele fiind prezentate mai jos.

Potrivit art. 2 din Legea nr. 393 din 2004 privind Statutul aleșilor locali, delegatul sătesc este asimilat alesului local, respectiv consilierului local bucurându-se, din această calitate, de toate drepturile pe care legea le recunoaște acestei categorii de demnitari locali. Cum art. 45 alin. (6) din Legea nr. 215 din 2001 a administrației publice locale stabilește că proiectele de hotărâri pot fi propuse de consilieri locali, de primar, viceprimar sau de cetățeni, devine firesc ca delegatului sătesc să i se recunoască dreptul de a avea inițiativă în elaborarea proiectelor de hotărâri de consiliu local.⁴

Pe de altă parte, dreptul de a iniția proiecte de hotărâri de consiliu local reprezintă și instrumentul principal de promovare a intereselor cetățenilor și, implicit, de rezolvare a problemelor cu care aceștia se confruntă la nivelul unităților administrativ-teritoriale. Împuternicirea pe care delegatul sătesc o primește din partea Adunării satești, anume de a reprezenta comunitatea satească, presupune și o dimensiune activă în sensul implicării în procesul decizional din cadrul ședințelor de consiliu local. Delegatul sătesc este cel care trebuie să identifice problema cu care se confruntă cetățenii satului, să găsească soluțiile optime dar și argumentele care să susțină rezolvarea acesteia, să prezinte autorităților competente

⁴ De altfel, Legea administrației publice locale nr. 215 din 2001 recunoaște în art. 53 alin. (4) prin raportare la art. 51 alin. (5) și (6) și alte drepturi delegatului sătesc cum ar fi: dreptul la indemnizație pentru participarea la ședințele consiliului local și ale comisiilor de specialitate, precum și dreptul la decontarea tuturor cheltuielilor pe care delegatul sătesc le face în exercitarea mandatului.

consecințele unui asemenea demers și, în final, să transpună problema într-un proiect de hotărâre de consiliu local pentru a fi soluționată în acord cu legea și dorințele cetățenilor. Această activitate descrisă mai sus nu reprezintă altceva decât procesul complex de inițiere a proiectelor de hotărâri de consiliu local necesar rezolvării treburilor publice din unitățile administrativ-teritoriale. Dacă nu am accepta o asemenea interpretare, ar fi posibil ca încrederea acordată de comunitatea sătească reprezentantului său să fie retrasă, cu repercusiuni chiar asupra existenței mandatului. În acest sens, trebuie observat că inițiativa de a promova în fața autorității administrației publice locale acte administrative de autoritate nu reprezintă doar un drept cu care este investit delegatul sătesc ci este, în același timp și o obligație pentru acesta care, neîndeplinită, poate activa prevederile art. 19 din Legea nr. 393 din 2004 privind Statutul aleșilor locali. Potrivit dispozițiilor cuprinse în art. 19, teza a treia din Statut, Adunarea sătească poate hotărî oricând, cu majoritatea voturilor celor prezenți, eliberarea din funcție a delegatului sătesc și alegerea, cu întrunirea aceleiași majorități, a unei noi persoane care să exercite această demnitate.

În al treilea rând, dreptul de inițiativă reprezintă o componentă de bază a exercițiului mandatului unui delegat sătesc. Activitatea sa principală se desfășoară în cadrul ședințelor de consiliu local acolo unde este invitat în mod obligatoriu atunci când sunt aduse în discuție probleme care vizează satul pe care îl reprezintă. Cele trei componente ale exercițiului mandatului unui delegat sătesc: inițiativa, susținerea inițiativei în cadrul dezbaterilor și exprimarea votului formează un tot unitar; sunt elemente interdependente, neputând avea o existență de sine stătătoare. Drept urmare, nu putem concepe exercițiul mandatului delegatului sătesc ca o activitate ce presupune doar dezbaterea problemei și exprimarea votului, fără să i se dea acestuia și posibilitatea de a aduce în discuție eventuale probleme cu care se confruntă comunitatea sătească și de a încerca identificarea unei rezolvări prin transpunerea lor într-un proiect de hotărâre.

Mandatul cu care este investit alesul local de către Adunarea sătească ar fi golit și de conținut dacă ar lipsi dreptul de inițiativă. Nesocotirea acestuia ar încălca principiul constituțional al autonomiei locale atât timp cât capacitatea efectivă a delegatului sătesc de a gestiona și soluționa treburile publice în numele și interesul colectivității sătești i-ar lipsi posibilitatea de inițiativă în promovarea de proiecte de acte

administrative de autoritate. Ne întrebăm cum ar putea fi aplicată concret autonomia locală în condițiile în care alesul local aflat cel mai aproape de cetățeni, cel care le cunoaște cel mai bine problemele cu care aceștia se confruntă și care este desemnat să le și rezolve, nu ar avea posibilitatea să o facă deoarece nu le poate aduce la cunoștința autorității deliberative din cadrul comunei pentru că îi lipsește instrumentul juridic esențial: cel al inițiativei locale.

Nu putem omite nici intenția legiuitorului care a reglementat instituția delegatului sătesc tocmai pentru a-i da un efect juridic, în sensul de a o înzestra cu atribuții care să-i imprime un rol activ și eficient pentru a răspunde așteptărilor cetățenilor. Scopul legiuitorului nu a fost acela de a reduce activitatea delegatului sătesc doar la simpla prezență în sala de ședințe a consiliului local și la exprimarea votului, de altfel cu caracter pur consultativ, pe proiectele de hotărâri ce au ca obiect treburile publice din satul reprezentat. Legea a dorit implicarea delegatului sătesc în procesul decizional în acord cu regulile autonomiei locale și anume: participarea la dezbateri în ședințele de plen și de comisii de specialitate ale consiliului local, promovarea de amendamente la proiectele de hotărâri care vizează satul pe care-l reprezintă, dreptul de a solicita informări de la compartimentele de specialitate din cadrul instituției primăriei ce au competență în problema supusă dezbaterii și, nu în ultimul rând, dreptul de a iniția proiecte de hotărâri de consiliu local ce prezintă interes pentru comunitatea sătească. Acestei implicări active îi corespunde și dreptul comunității sătești ca, prin Adunarea sătească, să solicite informări și lămuriri cu privire la modul în care reprezentantul său își îndeplinește mandatul. Adunarea sătească are puterea, în funcție de situația concretă, fie să decidă menținerea mandatului delegatului sătesc, fie să-l revoce în caz de nemulțumire și să desemneze un înlocuitor.

III. Atribuțiile cu care este investit de lege fac din delegatul sătesc un pion esențial al comunității sătești. Asimilat unui ales local, mai exact unui consilier local, delegatul sătesc îi revin toate drepturile și obligațiile pe care legislația administrativă incidentă le recunoaște acestei categorii de persoane. Investit cu astfel de prerogative, delegatul sătesc va depune toate diligențele necesare pentru rezolvarea treburilor publice din satul pe care îl reprezintă. El este cel care va identifica problemele cu care se confruntă

cetățenii, le va comunica, prin stabilirea unei permanente legături, autorităților administrației publice comunale și va încerca să le găsească o corectă soluționare.

Art. 53 alin. (3) din Legea administrației publice locale obligă consiliul local al comunei să-l invite în mod obligatoriu pe delegatul sătesc la ședințele unde se dezbate probleme ce privesc satul respectiv. Prin urmare, dreptul său de inițiativă trebuie să se circumscrie doar treburilor publice din satul reprezentat. Având drept de inițiativă, delegatului sătesc i se conferă implicit și libertatea de a aprecia asupra problemelor cu care se confruntă comunitatea sătească și decide, în funcție de importanța și urgența lor, care dintre acestea să facă obiectul unor proiecte de hotărâri de consiliu local.

Acționând în interesul cetățenilor satului pe care-l reprezintă, delegatul sătesc acționează și în interesul comunei. Este și firesc să fie așa în condițiile în care, problemele satului sunt și problemele comunei din care acesta face parte. Astfel, textul de lege cuprins în art. 53 alin. (3) din Legea nr. 215 din 2001 va trebui să fie interpretat în sensul că delegatul sătesc va fi obligatoriu invitat nu numai atunci când se dezbate probleme ce vizează strict satul respectiv, ci și atunci când în ședințele de comisii de specialitate sau în ședințele de plen vor fi dezbătute proiecte de hotărâri care vizează treburile publice ale comunei dar care interesează în mod inevitabil și satul sau satele componente. Avem în vedere, cu titlu de exemplu: proiectul de hotărâre de consiliu local privind adoptarea bugetului comunei, proiecte de hotărâri de consiliu local ce vizează investițiile în infrastructura edilitară ori cele care au ca obiect planul de dezvoltare urbanistică a comunei și amenajarea teritoriului, proiectele de hotărâri prin care se stabilesc impozite și taxe locale dar și proiectele de hotărâri care vizează patrimoniul comunei. Sunt proiecte de hotărâri importante pentru comună, de aceea vedem ca necesară, într-o viitoare reglementare, o enumerare expresă și limitativă a proiectelor de hotărâri la care delegatul sătesc să fie invitat în mod obligatoriu.

Instituția delegatului sătesc a trecut, de la apariție, prin numeroase modificări legislative care au vizat atât modul de alegere cât și atribuțiile ce-i revin, ceea ce denotă că legiuitorul român nu i-a stabilit pe deplin locul în cadrul administrației publice comunale. Este de așteptat ca această evoluție instituțională să continue prin creșterea rolului delegatului sătesc în rezolvarea problemelor locale dar și prin stabilirea în sarcina sa de noi competențe pe care să le îndeplinească la nivelul și în interesul comunei.