



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

ȘTIINȚE JURIDICE
TOM LXVIII / SUPLIMENT 2, 2022



Editura Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași

Colegiul redacțional:

Prof. dr. Tudorel TOADER (redactor-șef)
Prof. dr. Carmen Tamara UNGUREANU (director științific)

Consiliul editorial:

Conf. dr. Marius Nicolae BALAN
Conf. dr. Ioana Maria COSTEA
Lect. dr. Mihai DUNEA
Asist. dr. Despina Martha ILUCĂ
Lect. dr. Carmen MOLDOVAN
Conf. dr. Septimiu Vasile PANAINTE
Lect. dr. Nicolae-Horia ȚIȚ

Dezvoltare pagină WEB: Ciprian ICHIM

Volumul are la bază lucrările conferinței studențești *Săptămâna masteratelor la Drept*, 10-14 mai 2021, care s-a desfășurat online, la Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași. Organizarea conferinței a fost coordonată de Mihai Dunea.

This volume reunites the Proceedings of the Conference *Master week in Law School* which took place 10-14 of May 2021 at the „Alexandru Ioan Cuza” University of Iași, coordinated by Mihai Dunea.

Tehnoredactare: Florentina CRUCERESCU

ISSN: 1221-8464
ISSN-L: 1221-8464

Adresa redacției:

Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași
Facultatea de Drept
Bd. Carol I, nr. 11
Iași, România, 700506

Table of contents

Implications of the Decision of the Constitutional Court of Romania no. 55/2020 in Capitalizing the Recordings Made on the Basis of National Security Warrants As Means of Proof in the Criminal Process Cătălin Gabi Fărâmbă	7
Consumer Protection in the Light of the Court of Justice of the European Union Case-law Irina Oprea	15
Current and Particular Situations on Violation of Children’s Rights. Violence and Exploitation Aura-Mihaela Puflea	29
The Role of the Organisation for Economic Co-operation and Development in Combating the Tax Base Erosion Dan Simion Biliuți	39
Data Protection Liability for Controllers of the Sharing Economy Platforms Diana-Ioana Roșu	55
Community Service. Analysis of the Legislative Evolution in the Light of the National Case Law and the Case Law of the European Court of Human Rights Mihai Alexandru Scurtu	71
Judicial Individualization of Punishment. Compatibility Issues in Relation to Cases Having an Impact on Fundamental Criminal Law Institutions Teodora Cișlariu	83
The Effects of the Decisions of the Constitutional Court of Romania on the Institution of the Preliminary Phase Bogdan Trofin	93

Cuprins

Implicațiile Deciziei Curții Constituționale a României nr. 55/2020 în valorificarea, ca mijloace de probă în procesul penal, a înregistrărilor efectuate în baza unor mandate de securitate națională Cătălin Gabi Fărâmbă	7
Protecția consumatorului în lumina jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene Irina Oprea	15
Situații actuale și particulare de încălcare a drepturilor copilului. Violența și exploatarea Aura-Mihaela Puflea	29
Rolul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică în combaterea erodării bazei impozabile Dan Simion Biliuți	39
Răspunderea pentru încălcarea normelor privind protecția datelor cu caracter personal de către operatorii de platforme specifice economiei colaborative Diana-Ioana Roșu	55
Prestarea unei activități în folosul comunității. Analiză privind evoluția legislativă în lumina jurisprudenței naționale și a Curții Europene a Drepturilor Omului Mihai Alexandru Scurtu	71
Individualizarea judiciară a pedepselor. Probleme de compatibilitate în raport de cauzele cu efecte asupra instituțiilor fundamentale de drept penal Teodora Cîșlariu	83
Efectele deciziilor Curții Constituționale asupra instituției camerei preliminare Bogdan Trofin	93

Implicațiile Deciziei Curții Constituționale a României nr. 55/2020 în valorificarea, ca mijloace de probă în procesul penal, a înregistrărilor efectuate în baza unor mandate de securitate națională

Implications of the Decision of the Constitutional Court of Romania no. 55/2020 in Capitalizing the Recordings Made on the Basis of National Security Warrants As Means of Proof in the Criminal Process

Cătălin Gabi Fărâmbă¹

Rezumat: Pregnant în ultimii ani, am resimțit cu toții ingerințele în viața privată din partea corporațiilor care oferă acces la rețele de socializare publicului larg și, cu toate acestea, folosim în continuare mijloacele online de relaționare fără a ne revolta. În schimb, se poate observa o altă abordare atunci când ingerințele în viața privată vin din partea autorităților statului. Supravegherea tehnică a devenit de-a lungul timpului un procedeu probatoriu tot mai uzitat de organele judiciare datorită rapidității și discreției cu care pot strânge mijloace de probă într-un dosar penal. Desigur, procedurile și drepturile fundamentale ale omului impun anumite standarde care ne protejează de abuzurile la care ar fi tentați cei care au puterea de a ne supraveghea, intercepta conversațiile, de a pătrunde în sistemele noastre informatice sau de a ne urmări locația. Ce se întâmplă însă dacă chiar aceste proceduri permit abuzurile? Acest articol analizează reglementările în materie de supraveghere tehnică și implicațiile Deciziei Curții Constituționale a României nr. 55/2020 în restrângerea cadrului procesual al folosirii mijloacelor de probă rezultate din activități specifice culegerii de informații autorizate de Legea nr. 51/1991 privind securitatea națională a României.

Cuvinte-cheie: supraveghere tehnică; viață privată; securitate națională; drepturile omului; interceptări

Abstract: Significantly in recent years, we all have felt the interference in our privacy from corporations that provide access to social networks to the general public and yet we continue to use their online means of networking and communication without revolting. Instead, another approach can be seen when the interference with privacy comes from state authorities. Over time, technical supervision has become an evidentiary procedure increasingly used by the judiciary authority due to the speed and discretion with which they can gather evidence in a criminal case. Of course, procedures and fundamental human rights impose certain standards that protect us from the abuses

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

of those who have the power to supervise us, intercept conversations, break into our computer systems, or track our location. But what if these very procedures allow for abuse? This article analyzes the regulations on technical supervision and the implications of the Decision of the Constitutional Court of Romania no. 55/2020 in restricting the procedural framework of the use of evidence resulting from activities specific to the collection of information authorized by Law no. 51/1991 regarding the national security of Romania.

Keywords: technical supervision; private life; national security; human rights; interception

1. Context

În forma republicată a C.pr.pen. (1986)² întâlnim pentru prima dată în legislația națională conceptul de *înregistrare audio sau video*, revoluționând în acele vremuri sistemul probatoriu din România prin punerea la îndemâna organelor penale a unui procedeu probatoriu care avea să faciliteze obținerea de probe. Înregistrarea audio sau video putea fi dispusă de către procuror pe o durată de cel mult 30 de zile, cu posibilitatea de prelungire. Evoluția tehnologică a împins legiuitorul de-a lungul timpului, pe de o parte, să includă alături și alte procedee probatorii, și pe de altă parte, să ofere garanții suficiente în vederea respectării drepturilor fundamentale.

În anul 2005, interceptarea comunicațiilor a devenit la nivel european o tehnică importantă de investigare a infracțiunilor grave, totodată accentul fiind pus pe importanța creării cadrului legal ca această tehnică să respecte unele cerințe minime de confidențialitate, integritate și accesibilitate, Recomandarea Rec (2005) 10 a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei definind tehnicile speciale de investigare ca fiind acele tehnici „aplicate de către autoritățile competente în contextul investigațiilor penale în scopul detectării și investigării infracțiunilor grave și suspectilor, care au drept finalitate culegerea de informații într-o asemenea manieră încât să nu alerteze persoanele vizate”³.

C.pr.pen. (2010)⁴ adoptă noțiunea de *supraveghere tehnică* ca un ansamblu de metode speciale de investigare, reglementate în art. 139-146 și care reunește următoarele procedee probatorii: *interceptarea comunicațiilor ori a oricărui tip de comunicare la distanță; accesul la un sistem informatic; supravegherea video, audio sau prin fotografiere; localizarea sau urmărirea prin mijloace tehnice*. Important de precizat este faptul că de natura supravegherii tehnice este intruziunea în viața privată a persoanelor, motiv pentru care această instituție a fost intens discutată atât la nivel european, prin numeroase decizii ale Curții Europene a Drepturilor Omului (CEDO), dar și pe plan intern de către Curtea Constituțională a României (CCR).

Având în vedere că supravegherea tehnică presupune restrângerea exercițiului unor drepturi sau libertăți fundamentale ale omului, s-a pus mereu

² Publicată în M. Of. nr. 78 din 30 aprilie 1997.

³ [Online] la <https://www.refworld.org/docid/43f5c6094.html>, accesat 05.04.2021.

⁴ Publicat în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010.

întrebarea ce este mai important, interesul public sau viața privată. CCR a arătat, prin jurisprudența sa, un interes sporit în protejarea dreptului la viața privată și, de fiecare dată când a constatat că legislația națională este prea permisivă în ceea ce privește reglementarea metodelor de supraveghere tehnică, a restrâns cadrul legislativ prin interpretarea restrictivă a anumitor prevederi.

2. Securitate națională

Termenul de *siguranță națională* a fost înlocuit în anul 2003, odată cu revizuirea Constituției, cu termenul de *securitate națională* motivat de faptul că „sintagma *securitate națională* este utilizată în Uniunea Europeană cât și în cadrul NATO (Organizația Tratatului Atlanticului de Nord) cu un conținut ce asigură compatibilitatea țării noastre cu standardele de apărare colectivă ale acestora, iar termenul *siguranță națională* era utilizat numai în perioada antebelică”⁵.

Conform art. 1 din Legea nr. 51/1991 privind securitatea națională a României⁶, prin securitate națională „se înțelege starea de legalitate, de echilibru și de stabilitate socială, economică și politică necesară existenței și dezvoltării statului național român ca stat suveran, unitar, independent și indivizibil, menținerii ordinii de drept, precum și a climatului de exercitare neîngrădită a drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, potrivit principiilor și normelor democratice statornicite prin Constituție”. În vederea protejării acestor valori, legiuitorul a creat organe de stat⁷ specializate în *cunoașterea, prevenirea și înlăturarea amenințărilor interne sau externe*⁸.

Supravegherea tehnică poate fi dispusă în temeiul art. 139 alin. (1) și alin. (2) din C.pr.pen. și pentru infracțiuni privind siguranța națională, cu toate implicațiile pe care le comportă procedura de emitere a mandatului de supraveghere tehnică în cadrul procesului penal, cu îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții: *să existe o suspiciune rezonabilă cu privire la pregătirea sau săvârșirea unei infracțiuni; măsura să fie proporțională cu restrângerea drepturilor și libertăților fundamentale; probele nu ar putea fi obținute în alt mod sau obținerea lor ar presupune dificultăți deosebite ce ar prejudicia ancheta ori există un pericol pentru siguranța persoanelor sau a bunurilor de valoare.*

În afara acestor dispoziții din C.pr.pen., în Legea nr. 51/1991 regăsim la art. 3 coroborat cu art. 13 lit. f) faptul că în cazul unor amenințări la adresa securității naționale organele de stat specializate pot „*să efectueze activități specifice*

⁵ Raport asupra amendamentelor la Propunerea legislativă privind revizuirea Constituției, [Online] la <http://www.cdep.ro/proiecte/2003/200/20/7/rp227.pdf>, accesat 05.04.2021

⁶ Publicată în M. Of. nr. 190 din 18 martie 2014.

⁷ Art. 6 alin. (1) din Legea nr. 51/1991: *Organele de stat cu atribuții în domeniul securității naționale sunt: Serviciul Român de Informații, Serviciul de Informații Externe, Serviciul de Protecție și Pază, precum și Ministerul Apărării Naționale, Ministerul Afacerilor Interne și Ministerul Justiției, prin structuri interne specializate.*

⁸ A se vedea, art. 3 din Legea nr. 51/1991.

culegerii de informații care presupun restrângerea exercițiului unor drepturi sau libertăți fundamentale ale omului desfășurate cu respectarea prevederilor legale”. In concreto, organele de stat specializate pot efectua activități specifice de supraveghere tehnică, precum supravegherea prin fotografiere, filmare sau prin alte mijloace tehnice, interceptarea și înregistrarea convorbirilor electronice, activități de localizare, urmărire etc.

Amenințările la adresa securității naționale sunt reglementate de art. 3 din Legea nr. 51/1991, dispoziții care au făcut obiectul controlului de constituționalitate cu privire la mai multe sintagme pe care legiuitorul le-a folosit și care au fost declarate neconstituționale.

Una dintre acestea este sintagma „*aduc atingere gravă drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor români*”, cuprinsă la litera f) al articolului menționat anterior, care a fost declarată neconstituțională, în principiu, din cauza lipsei de claritate, Curtea apreciind că „legiuitorul trebuie să realizeze o distincție între faptele care aduc atingere gravă drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor și care pot fi calificate drept chestiuni ce țin de dreptul penal, cu consecința incidenței mijloacelor de drept penal și procesual penal, pe de o parte, și acele fapte care sunt îndreptate împotriva drepturilor și libertăților unei colectivități/comunități (de rasă, origine etnică, religie etc.), care, prin numărul de indivizi care îi aparțin, determină amploarea faptelor îndreptate împotriva acesteia, putând reprezenta o amenințare la adresa securității naționale, pe de altă parte”⁹.

O altă sintagmă declarată ca fiind contrară dispozițiilor constituționale este „*ori altor asemenea interese ale țării*” din conținutul aceleiași dispoziții legale, Curtea apreciind că sfera de cuprindere a acesteia „rămâne la libera apreciere a organului abilitat să aplice legea, fără a putea fi circumstanțiată de destinatarul normei” ceea ce „determină posibilitatea introducerii sau excluderii de elemente în/din această categorie, acțiune care se răsfrânge și asupra limitelor de aplicare a dispoziției de lege criticate”¹⁰.

3. Supravegherea tehnică versus activități specifice culegerii de informații care presupun restrângerea exercițiului unor drepturi sau libertăți fundamentale ale omului

În privința scopului pentru care au fost instituite, supravegherea tehnică reglementată de C.pr.pen. are ca scop „*constatarea existenței sau inexistenței unei infracțiuni, identificarea persoanei care a săvârșit-o și cunoașterea împrejurărilor necesare pentru justa soluționare a cauzei*”, în timp ce activitatea derulată în baza Legii nr. 51/1991 are ca scop „*cunoașterea, prevenirea și înlăturarea amenințărilor interne sau externe*” la siguranța națională.

O diferență esențială constă în faptul că supravegherea tehnică reglementată de C.pr.pen. poate fi dispusă numai în cursul urmăririi penale, în timp

⁹ CCR, dec. nr. 91/2018, publicată în M. Of. nr. 348 din 20 aprilie 2018.

¹⁰ CCR, dec. nr. 802/2018, publicată în M. Of. nr. 218 din 20 martie 2019.

ce înregistrările rezultate ca urmare a desfășurării unor activități specifice culegerii de informații care presupun restrângerea exercițiului unor drepturi sau libertăți fundamentale ale omului, realizate în baza Legii nr. 51/1991, nu sunt condiționate de acest aspect.

Criteriile pentru emiterea mandatului de siguranță națională, potrivit dispozițiilor Legii nr. 51/1991, sunt: *să nu existe alte posibilități ori sunt posibilități limitate pentru cunoașterea, prevenirea sau contracararea riscurilor ori amenințărilor la adresa securității naționale; supravegherea tehnică este necesară și proporțională, date fiind circumstanțele situației concrete*. Observăm, așadar, un standard de emitere al mandatului sub standardul suspiciunii rezonabile prevăzut de C.pr.pen. Or, pentru investigarea unor tipuri de infracțiuni se poate recurge la o eludare a dispozițiilor legale cu privire la supravegherea tehnică prin folosirea mandatelor de siguranță națională în detrimentul unui mandat de supraveghere tehnică în baza C.pr.pen., care necesită un standard ridicat pentru emitere, și astfel organele judiciare ar strânge probe în afara prevederilor legii procesual penale, dar nu interzise de acesta. O asemenea practică se poate observa ca urmare a Deciziei CCR nr. 91/2018¹¹, unde în considerente face trimitere la opinia instanței de fond care afirmă că „faptele de corupție și de spălarea banilor constituie acțiuni care aduc atingere gravă drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, săvârșirea unor acte de corupție de către funcționarii publici, la nivel înalt, constituind o atingere gravă a funcționării instituțiilor publice și, implicit, a statului de drept, justificându-se, astfel, interceptarea inculpaților în baza art. 3 lit. f) din Legea nr. 51/1991 privind securitatea națională a României”.

4. Portița spre abuzuri sau „orice alte înregistrări pot constitui mijloace de probă dacă nu sunt interzise de lege”

În baza art. 11 lit. d) coroborat cu art. 21 din Legea nr. 51/1991, organele de stat specializate în siguranță națională au obligația ca atunci când din activitățile pe care le realizează în baza mandatului de supraveghere rezultă date sau informații care indică pregătirea sau săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, să le transmită organelor de urmărire penală, iar în baza art. 139 alin. (2) teza finală din C.pr.pen., jurisprudența considera că acestea puteau fi folosite ca mijloace de probă în procesul penal, contrar însă interpretării pe care CCR a dat-o ulterior printr-o decizie de neconstituționalitate.

În lumina acestei interpretări, în fața Tribunalului București s-a ridicat excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 139 alin. (3)¹² din C.pr.pen.

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 348 din 20 aprilie 2018.

¹² *Înregistrările prevăzute în prezentul capitol, efectuate de părți sau de alte persoane, constituie mijloace de probă când privesc propriile convorbiri sau comunicări pe care le-au purtat cu terții. Orice alte înregistrări pot constitui mijloace de probă dacă nu sunt interzise de lege.*

coroborate cu cele ale art. 11 alin. (1) lit. d)¹³ din Legea nr. 51/1991, dispoziții care permiteau organelor de urmărire penală să folosească ca mijloace de probă informațiile rezultate din activitățile de supraveghere tehnică realizate de Serviciul Român de Informații (S.R.I.) în baza unui mandat de securitate națională.

Argumentele aduse în sprijinul excepției se refereau la necesitatea ca activitățile de interceptare a convorbirilor ce ar urma să fie folosite ca mijloace de probă într-o cauză penală să nu poată fi realizate de alte entități decât organele de urmărire penală, având în vedere faptul că dispozițiile Legii nr. 51/1991 nu conferă calitatea de probă/mijloc de probă datelor și informațiilor rezultate din activități specifice culegerii de informații care presupun restrângerea exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți fundamentale ale omului.

Curtea a reținut că într-o decizie anterioară¹⁴ s-a exprimat în sensul că „doar dispozițiile Codului de procedură penală care prevăd supravegherea tehnică în cazul infracțiunilor privind siguranța națională conferă calitatea de mijloace de probă înregistrărilor rezultate ca urmare a acestor activități și nu înregistrărilor provenite din culegerea de informații autorizate conform Legii securității naționale”.

În continuare, se apreciază în considerente că pentru a include un element în categoria mijloacelor de probă este necesar a se asigura respectarea drepturilor și libertăților fundamentale prin legiferarea „unei proceduri clare și efective care să permită analiza legalității mijlocului de probă și a procedurii probatoriu prin care au fost obținute înregistrările” și, totodată, prin „crearea unui cadru adecvat care să confere posibilitatea contestării legalității acestora”. Lipsa acestor garanții duce la încălcarea dreptului la un proces echitabil.

Critica principală adusă de către CCR este aceea că mandatul de supraveghere emis în baza Legii privind siguranța națională va fi întotdeauna emanația unui judecător specializat al Înaltei Curți de Casație și Justiție (ICCJ) pe când judecătorul de cameră preliminară care va analiza legalitatea administrării probelor va proveni de cele mai multe ori de la o instanță ierarhic inferioară. Mai mult decât atât, se arată că în lumina dispozițiilor C.pr.pen. mandatul de supraveghere este emis numai de către judecătorul de drepturi și libertăți, pe când în cazul celui emis în baza Legii nr. 51/1991 nu se prevede o astfel de competență specializată, neexistând o garanție suficientă a respectării dreptului la un proces echitabil.

În Cauza Pruteanu împotriva României, CEDO a „respins deja raționamentul care conduce la concluzia potrivit căreia calitatea de magistrat a celui care dispune și supraveghează înregistrările implică, *ipso facto*, legalitatea și

¹³ Informații din domeniul securității naționale pot fi comunicate: [...] d) organelor de urmărire penală, când informațiile privesc săvârșirea unei infracțiuni.

¹⁴ CCR, dec. nr. 91/2018, publicată în M. Of. nr. 348 din 20 aprilie 2018.

conformitatea acestora cu art. 8 din Convenție, un astfel de raționament făcând inoperant orice recurs formulat de părțile interesate”¹⁵.

Astfel, s-a constatat că lipsa clarității în reglementarea competențelor organelor judiciare conduce la încălcarea principiului legalității, fapt care denotă că mijloacele de probă obținute în acest mod sunt nelegale, instanțele de judecată fiind lipsite de posibilitatea de a aprecia legalitatea acestora, întrucât această nelegalitate este de ordine legislativă, și nicidecum organul penal nu ar putea influența modul în care mijlocul de probă este obținut.

Prin urmare, CCR a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 139 alin. (3) teza finală din C.pr.pen. sunt „constituționale în măsura în care nu privesc înregistrările rezultate ca urmare a efectuării activităților specifice culegerii de informații care presupun restrângerea exercițiului unor drepturi sau libertăți fundamentale ale omului desfășurate cu respectarea prevederilor legale, autorizate potrivit Legii nr. 51/1991”. Observăm că în această decizie, CCR a circumstanțiat obiectul excepției doar la teza finală a art. 139 alin. (3) din C.pr.pen. și a interpretat în sens negativ dispozițiile acesteia, plasându-se și de această dată în rolul unui legiuitor pozitiv.

Această decizie trebuie coroborată și cu faptul că în cazul supravegherii tehnice, dacă metodele folosite surprind săvârșirea de alte infracțiuni care nu intră în aria de acoperire a mandatului, probele obținute astfel nu pot fi folosite dacă infracțiunile care s-au descoperit nu sunt cele prevăzute de C.pr.pen. pentru care se poate dispune supravegherea tehnică. Prin urmare, dacă acest lucru nu este permis, este de înțeles de ce nu s-ar permite ca mijloacele de probă obținute folosind o altă procedură decât cea reglementată de C.pr.pen. să fie folosite în cadrul procesului penal.

Jurisprudența ICCJ a dat efect deciziilor de neconstituționalitate, statuând că „înregistrările convorbirilor efectuate în baza mandatelor de siguranță națională nu pot constitui mijloace de probă în procesul penal și urmează a fi excluse (...) în prezent nu mai există un temei legal pentru valorificarea, ca mijloace de probă în procesul penal, a înregistrărilor efectuate în baza unor mandate de siguranță națională, inclusiv în situația în care activitățile specifice culegerii de informații au fost desfășurate cu respectarea prevederilor legale și au fost autorizate potrivit Legii nr. 51/1991”¹⁶. Însă, în aprecierea noastră, nu este vorba despre legalitatea obținerii acelor interceptări, ci despre faptul că interceptările nu pot constitui mijloace de probă în procesul penal întrucât au fost obținute prin alte proceduri decât procedura reglementată de C.pr.pen.

¹⁵ CEDO, hot. din 3 februarie 2015, în *Cauza Pruteanu împotriva României*, [Online] la <http://ier.gov.ro/wp-content/uploads/cedo/Pruteanu-%C3%AEmpotriva-Rom%C3%A2niei.pdf>, accesat 28.03.2021.

¹⁶ ICCJ. sect. pen., dec. nr. 38/2020, [Online] la <https://www.scj.ro/1093/Detaili-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=172273>, accesat 05.04.2021.

Opinăm că aceste înregistrări pot cel mult să constituie o bază a sesizării din oficiu a organelor penale, un punct de pornire în administrarea probatoriului necesar aflării adevărului și nicidecum un element definitoriu al rechizitoriului.

5. În loc de concluzii

Imediat după publicarea Deciziei CCR nr. 55/2020 s-a înaintat spre adoptare în Parlamentul României o propunere de modificare a Legii nr. 51/1991, inițiată de către Ministrul Justiției, motivată de necesitatea adaptării legislației la criticile CCR, prin care „dacă înregistrările rezultate din activitățile specifice culegerii de informații care presupun restrângerea exercițiului unor drepturi sau al unor libertăți fundamentale ale omului, efectuate cu respectarea prevederilor prezentei legi, sunt folosite ca mijloace de probă în procesul penal, legalitatea acestora și a procedeele probatorii prin care înregistrările au fost obținute se verifică, în procedura de camera preliminară, de judecătorul de cameră preliminară de la instanța căreia îi revine, potrivit legii, competența să judece cauza în primă instanță”¹⁷.

Așa cum și Consiliul Superior al Magistraturii s-a exprimat¹⁸ în punctul de vedere transmis în legătură cu propunerea legislativă, această modificare nu se circumscrie considerentelor Deciziei CCR nr. 55/2020; mai mult decât atât, această modificare ar include în Legea nr. 51/1991 norme de procedură penală, fapt contrar exigențelor tehnicii legislative.

Prin urmare, observăm din partea legiuitorului fie o lipsă a interesului într-o reglementare constituțională, fie o imposibilitate de a înțelege considerentele Deciziei CCR, fapt care poate conduce la o instabilitate legislativă prin adoptarea unor legi vădit neconstituționale.

Referințe

- Grădinaru S., *Supravegherea tehnică în Noul Cod de procedură penală*, Editura C.H. Beck, București, 2014
- Mateuț G., „*Observații critice privind noua reglementare a supravegherii tehnice într-o prezentare comparativă*”, în „Caiete de Drept penal”, nr. 3/2015
- Moleanu A.C., „*Interceptarea comunicațiilor în spațiul juridic european*”, în Revista de Drept Penal, nr. 3/2009
- Slăvoiu R., Dumitrescu C., „*Observații cu privire la noua reglementare procesual penală în materia interceptării și înregistrării convorbirilor și comunicărilor*”, în Revista Dreptul, nr. 2/2007
- Trif V., *Metode de supraveghere tehnică în cadrul procesului penal*, Editura C.H. Beck, București, 2019
- Tudoran M.V., *Teoria și practica interceptărilor și înregistrărilor audio sau video judiciare*, Editura Universul Juridic, București, 2012
- Udroiu M., *Procedură penală. Partea generală*, Ediția a IV-a, Editura C.H. Beck, București, 2017
- Whitfield D., Susan L., *Privacy on the Line. The Politics of Wiretapping and Encryption*, Editura The MIT Press Cambridge, Londra, 2007

¹⁷ [Online] la http://www.cdep.ro/pls/proiecte/docs/2020/cd460_20.pdf, accesat 05.04.2021.

¹⁸ [Online] la <http://www.cdep.ro/proiecte/2020/400/60/0/adr460.pdf>, accesat 05.04.2021.

Protecția consumatorului în lumina jurisprudenței Curtii de Justiție a Uniunii Europene

Consumer Protection in the Light of the Court of Justice of the European Union Case-law

Irina Oprea¹

Rezumat: Lucrarea își propune să realizeze o analiză a celor mai importante cauze ale Curtii de Justiție a Uniunii Europene ce conturează conformitatea dispozițiilor de drept național privind protecția consumatorului cu litera și spiritul dreptului european. Garanțiile drepturilor consumatorilor pornesc de la delimitarea conceptului de consumator și au în vedere chestiuni precum validitatea contractului sau remediile efective ale dezechilibrului contractual în care se află consumatorul, generat de caracterul abuziv al unor clauze, în special în contractele de credit. Importanța soluțiilor Curtii de la Luxemburg rezidă în acordarea unui nivel de protecție ridicat și efectiv prin reflectarea lor în hotărârile instanțelor naționale.

Cuvinte-cheie: trimiterea preliminară; consumator; clauze abuzive; dreptul de retragere

Abstract: The paper aims to analyze the most important cases of the Court of Justice of the European Union that outline the compliance of the provisions of national law on consumer protection with the letter and spirit of European law. Consumer rights' guarantees start from the delimitation of the concept of consumer and take into account issues such as the validity of the contract or the actual remedies of the contractual imbalance between the consumer and the seller generated by the abusive nature of certain clauses, especially in credit agreements. The importance of the Luxembourg Court's solutions lies in providing a high and effective level of protection by reflecting them in the judgments of national courts.

Keywords: preliminary ruling; consumer; abusive clauses; withdrawal right

1. Introducere

Lucrarea își propune să realizeze o analiză a aspectelor procedurale privind trimiterile preliminare, așa cum rezultă ele din doctrină și din jurisprudența Curtii de Justiție a Uniunii Europene, pornind de la cauzele istorice și până la cele mai recente. Importanța cunoașterii acestor aspecte este fundamentală pentru orice jurist, având în vedere finalitatea hotărârilor preliminare de a crea

¹ Masterand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași; Avocat, Baroul Galați, avocatelenaoprea@gmail.com.

o interpretare uniformă a dreptului european în toate statele membre în vederea asigurării unei protecții jurisdicționale unitare cetățenilor Uniunii. Aceasta cu atât mai mult, cu cât, din ce în ce mai multe domenii sunt reglementate de către legiuitorul european, având în vedere paleta extinsă de competențe a acestuia.

Obiectivul mecanismului trimiterii preliminare este asigurarea unei interpretări uniforme a dreptului Uniunii și, implicit, a unității ordinii juridice a UE. Pe lângă această ultimă funcție, procedura este importantă și în ceea ce privește protecția drepturilor individuale. Pentru ca instanțele naționale să poată asigura conformitatea legislației naționale cu cea europeană, în cazul unei incompatibilități, va aplica legislația Uniunii, în temeiul principiului supremației și a efectului direct care îi este recunoscut.

Hotărârea preliminară este singura care poate garanta claritatea conținutului și sfera de aplicare a dispozițiilor dreptului Uniunii. În mod firesc, acest mecanism oferă cetățenilor Uniunii posibilitatea de a contesta acțiunile propriului stat membru atunci când acestea sunt contrare legislației Uniunii și de a obține aplicarea acestei legislații în fața instanțelor naționale, ceea ce prezintă o importanță vitală pentru protecția juridică a persoanelor.

Curtea asigură, prin intermediul trimerilor preliminare, producerea de efecte juridice similare, în toate statele membre, a fiecărei norme juridice de drept european, ca fiecare judecător național să aplice dreptul european în mod concret, eliminând posibilitatea de a avea numai o legătură consultativă. Unul dintre cele mai importante obiective ale acesteia este garantarea drepturilor individuale fundamentale ale cetățenilor, având în vedere că aceștia nu se pot adresa direct Curții pentru anularea normelor de drept unional. Aceasta realizează și un control indirect asupra dreptului național din perspectiva compatibilității acestuia cu legislația europeană².

A doua parte a lucrării propune o analiză a celor mai importante cauze ale Curții de Justiție a Uniunii Europene ce conturează conformitatea dispozițiilor de drept național privind protecția consumatorului cu litera și spiritul dreptului european. Importanța domeniului rezidă din faptul că orice cetățean are calitatea de consumator, în mod cotidian, dar și din utilizarea de către profesioniști a unei multitudini de practici ce pot avea consecințe nefavorabile asupra consumatorului, în special dintr-o perspectivă economică.

Reglementarea europeană vine să diminueze dezechilibrul dintre părți și să compenseze lipsa de informare și lipsa negocierii în contractele încheiate de consumatori.

Legiuitorul european urmărește constant asigurarea unui echilibru între eficiența pieței interne și standardele de protecție efectivă a consumatorului, ce pot fi realizate printr-o armonizare maximală.

Garanțiile drepturilor consumatorilor pornesc de la delimitarea conceptului de consumator și au în vedere chestiuni precum validitatea contractului, obligațiile profesioniștilor sau remediile efective ale dezechilibrului contractual

² G. Fabian, *Drept Instituțional al Uniunii Europene*, ed. a 2-a, Editura Hamangiu, 2018, p. 423.

în care se află consumatorul generat de caracterul abuziv al unor clauze, în special în contractele de credit. Importanța soluțiilor Curții de Justiție a Uniunii Europene rezidă în acordarea unui nivel de protecție ridicat și efectiv prin reflecția lor în hotărârile instanțelor naționale.

Rolul acestei protecții se poate răsfrânge, în mod favorabil, și asupra profesioniștilor, în sensul în care potențează competitivitatea la nivelul pieței comune.

2. Trimiterea preliminară – aspecte procedurale

Sediul materiei procedurii trimiterii preliminare este articolul 267 TFUE³.

Acțiunea preliminară are un caracter „*sui-generis*”, conținând elemente de procedură necontencioasă, „*asemenea acțiunilor în care instanțele se pronunță asupra unor chestiuni prealabile*”, dar prezintă și „*elemente caracteristice acțiunilor de anulare a unor acte normative unionale*”⁴.

În vederea asigurării unității de interpretare și efectivității protecției jurisdicționale ale cetățenilor europeni, instanțelor naționale li se recunoaște calitate de instanțe unionale. Astfel, judecătorul național este primul chemat să interpreteze normele de drept primar și secundar ale Uniunii incidente în cauza cu care este sesizat, urmând să se adreseze Curții de Justiție a Uniunii Europene atunci când întâmpină dificultăți. Interpretările date de Curte vor fi aplicate în statele membre de autoritățile judecătorești care soluționează, în fond, litigiile care au generat problemele de interpretare.

Rezultă că „scopul comun al instanțelor naționale și a CJUE este de a asigura aplicarea corectă și respectarea dreptului unional la toate nivelurile”⁵.

Generic, noțiunea de competență se referă la aptitudinea recunoscută de lege unei instanțe judecătorești de a soluționa o anumită cauză individual determinată. Normele de competență vizează pe de o parte, alegerea instanței din perspectivă teritorială și pe de altă parte, alegerea instanței din perspectiva atribuțiilor sale funcționale.

Rationae loci, spațiul geografic al aplicării dreptului unional, având în vedere rolul instanțelor europene de a interpreta, în mod coerent și omogen,

³ Curtea de Justiție a Uniunii Europene este competentă să se pronunțe, cu titlu preliminar, cu privire la: (a) interpretarea tratatelor; (b) validitatea și interpretarea actelor adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile Uniunii; În cazul în care o asemenea chestiune se invocă în fața unei instanțe dintr-un stat membru, această instanță poate, în cazul în care apreciază că o decizie în această privință îi este necesară pentru a pronunța o hotărâre, să ceară Curții să se pronunțe cu privire la această chestiune. În cazul în care o asemenea chestiune se invocă într-o cauză pendinte în fața unei instanțe naționale ale cărei decizii nu sunt supuse vreunei căi de atac în dreptul intern, această instanță este obligată să sesizeze Curtea. În cazul în care o asemenea chestiune se invocă într-o cauză pendinte în fața unei instanțe judecătorești naționale privind o persoană supusă unei măsuri privative de libertate, Curtea hotărăște în cel mai scurt termen.

⁴ G. Fabian, *op. cit.*, p. 421.

⁵ *Idem*, p. 422.

dreptul primar și dreptul derivat al Uniunii, coincide cu teritoriul pe care se aplică dispozițiile acestora. „Dreptul Uniunii se aplică în spațiul aerian, în apele maritime interioare, în marea teritorială, pe platoul continental și în zonele de pescuit (200 mile marine în Atlanticul de Nord și în Marea Nordului) ale statelor membre”⁶.

Trimiterile preliminare pot fi pronunțate și de Tribunalul Uniunii Europene, măsură prevăzută pentru a decongestiona activitatea Curții. „Tribunalul este împuternicit să judece trimiterile preliminare în domenii specifice stabilite de Statutul Curții de Justiție. În cazul în care Tribunalul consideră că respectiva cauză necesită o decizie de principiu susceptibilă de a aduce atingere unității sau coerenței dreptului UE, acesta poate trimite cauza spre soluționare Curții de Justiție. Hotărârile preliminare pronunțate de Tribunal pot face, în mod excepțional, obiectul unei reexaminări de către Curtea de Justiție, în condițiile prevăzute de Statut, în cazul în care există un risc serios pentru unitatea sau coerența dreptului Uniunii”⁷. În practică, însă, la acest moment, nu există hotărâri preliminare pronunțate de Tribunal.

Partajarea competențelor între instanța europeană și instanțele naționale se bazează pe principiul cooperării și pe o încredere reciprocă în vederea asigurării unei interpretări unitare a dreptului european.

„Dintr-o perspectivă transnațională, încrederea reciprocă între instanțele naționale poate avea loc doar atunci când acele instanțe sunt independente, de vreme ce doar atunci respectivele instanțe se vor considera egale cu celelalte”⁸.

„CJUE și instanțele naționale sunt separate, dar egale, fiecare cu rolurile care le-au fost desemnate. Cu cât mai detaliată este hotărârea CJUE, cu atât mai puțin are de făcut instanța națională în afară de a executa hotărârea din speță”⁹. Deosebirea dintre raportul dintre instanțele naționale și CJUE de un sistem cu caracter federal, de control ierarhic, în care instanța superioară poate să decidă în cauza respectivă este dat de competențele acestora. În timp ce Curtea interpretează Tratatul, instanțele naționale aplică interpretarea respectivă la situația de fapt dintr-un caz concret¹⁰.

Obiectul hotărârilor preliminare este dat de interpretarea normelor de drept unional. CJUE nu decide asupra validității unei legi naționale, dar dacă o prevedere de drept național este incompatibilă cu dreptul UE, în temeiul supremației dreptului european există o obligație în sarcina instanțelor naționale de a remedia situația. „Cu toate acestea, Curtea nu se pronunță în mod direct

⁶ *Idem*, p. 265.

⁷ P. Craig, G. de Búrca, *Dreptul Uniunii Europene. Comentarii, jurisprudență și doctrină*, ediția a VI-a, Editura Hamangiu, 2017, p. 567-568.

⁸ K. Lenaerts, *Curtea de Justiție și instanțele judecătorești naționale: un dialog întemeiat pe încredere reciprocă și pe independența sistemului judiciar*, Revista Română de Drept european, nr. 3/2020.

⁹ P. Craig, G. de Búrca, *op. cit.*, p. 557.

¹⁰ *Idem*, p. 556.

asupra validității dreptului național”¹¹. „Domeniul de aplicare materială a trimiterii preliminare este dreptul Uniunii Europene fie « primar » – tratatele, fie drept derivat/secundar – acte juridice legislative sau nelegislative, directive, regulamente, decizii, recomandări și avize, cu forță juridică obligatorie sau nu, indiferent dacă actul este sau nu direct aplicabil”¹².

După intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene a dobândit aceeași valoare juridică cu tratatele. Consecința firească este că și aceasta poate face obiectul interpretării date de Curte prin hotărârile preliminare¹³.

Curtea a declarat admisibile întrebări preliminare referitoare la interpretarea unor dispoziții procedurale din dreptul Uniunii pe care instanța de trimitere în cauză ar fi obligată să le aplice pentru a pronunța o hotărâre.

S-a pus problema admisibilității interpretării tratatelor de drept internațional public și a tratatelor de asociere la UE. Acestea „nu pot constitui obiectul unei acțiuni preliminare cu privire la valabilitate, ci numai din perspectiva interpretării, pentru a nu se pune în pericol securitatea sistemului de drept internațional, mai ales că aceste tratate internaționale, înainte de ratificarea lor sunt supuse aprobării, avizării din partea CJUE”¹⁴.

Competența *rationae temporis* vizează exclusiv trimiterile preliminare ale căror fapte din litigiul principal sunt posteroare aderării statului respectiv la Uniunea Europeană¹⁵.

Totuși, o normă de drept european astfel interpretată trebuie să fie aplicată de către un organ administrativ în cadrul competențelor sale chiar și raporturilor juridice născute și constituite înainte de pronunțarea hotărârii Curții asupra cererii de interpretare¹⁶.

3. Protecția consumatorului – analiză jurisprudențială

În politica Uniunii Europene, protecția consumatorului reprezintă o preocupare constantă, aspect evidențiat de multitudinea de directive ce conturează cadrul drepturilor consumatorului. Reglementările sunt specifice diverselor situații particulare în care s-a conturat nevoia echilibrării raportului dintre părți, precum contractele de credit încheiate cu instituții financiar-bancare, contractele încheiate la distanță, siguranța serviciilor. Cu toate acestea, atât prin intermediul actelor juridice de drept derivat, cât și prin intermediul interpretărilor furnizate de Curte, s-au promovat câteva elemente cheie, precum încurajarea acțiunilor introduse de organisme colective ce ocrotesc interesele consumatorilor, recunoașterea posibilității instanțelor de a invoca din oficiu

¹¹ *Idem*, p. 523.

¹² M. Șandru, M. Banu, D. Călin, *Procedura trimiterii preliminare*, Editura C.H. Beck, 2013, p. 21.

¹³ C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626.

¹⁴ G. Fabian, *op. cit.*, p. 424.

¹⁵ C-26/05, ECLI:EU:C:2006:114.

¹⁶ C-2/06, ECLI:EU:C:2008:78.

clauzele abuzive din contracte, instituirea unui sistem drastic de sancțiuni care să aibă drept efect descurajarea profesioniștilor în a utiliza de metode ce ar accentua dezechilibrul dintre aceștia și consumatori.

3.1. *Noțiunea de consumator*

Noțiunea de consumator se referă la orice persoană fizică ce acționează în scopuri care se află în afara activității sale profesionale¹⁷.

S-a pus problema dacă un avocat ce încheie un contract de credit ar putea avea calitatea de consumator. Reclamantul a încheiat un contract de credit bancar, a cărui rambursare a fost garantată cu o ipotecă constituită asupra unui imobil care aparține cabinetului de avocat al reclamantului. Acesta a formulat o cerere prin care solicita, pe de o parte, constatarea caracterului abuziv al unei clauze contractuale referitoare la un comision de risc și, pe de altă parte, anularea acestei clauze și rambursarea acestui comision perceput de bancă.

Într-un asemenea caz, chiar dacă s-ar considera că un avocat dispune de un nivel ridicat de competențe tehnice, nu se poate prezuma că nu este o parte defavorizată în raport cu un vânzător sau furnizor. Situația de inferioritate a consumatorului față de vânzător sau furnizor, pe care urmărește să o remedieze sistemul de protecție pus în aplicare prin Directiva 93/13, privește atât nivelul de informare al consumatorului, cât și puterea sa de negociere în prezența unor condiții redactate în prealabil de vânzător sau furnizor și asupra conținutului cărora acest consumator nu poate exercita o influență. Așadar, o persoană fizică ce exercită profesia de avocat și încheie un contract de credit cu o bancă, fără ca scopul creditului să fie precizat în acest contract, poate fi considerată „consumator”, în sensul acestei dispoziții, atunci când contractul menționat nu este legat de activitatea profesională a acestui avocat¹⁸.

Pe de altă parte, în relația cu clienții, avocatul are calitate de profesionist, respectiv de „vânzător sau furnizor”, în sensul articolului 2 litera (c) din Directiva 93/13¹⁹, deoarece există, în principiu, o inegalitate între aceștia și „clienții-consumatori”, în special din cauza diferențelor dintre părți în materie de informare. Prin urmare, contractul privind prestarea unui astfel de serviciu este supus regimului acestei directive. O astfel de constatare nu poate fi infirmată de caracterul public al activității avocaților, în măsura în care articolul 2 litera (c) din Directiva 93/13 vizează orice activitate profesională „publică sau privată”²⁰.

Ca regulă generală, noțiunea „consumator” are un caracter obiectiv și trebuie apreciată de către instanța națională raportat la un criteriu funcțional,

¹⁷ Art. 2 lit. b) din Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii.

¹⁸ Hotărârea din 3 septembrie 2015, cauza C-110/14, Costea, ECLI:EU:C:2015:538.

¹⁹ „(...) „vânzător sau furnizor” înseamnă orice persoană fizică sau juridică care, în cadrul contractelor reglementate de prezenta directivă, acționează în scopuri legate de activitatea sa profesională, publică sau privată”.

²⁰ Birutė Šiba împotriva lui Arūnas Devėnas, C-537/13, ECLI:EU:C:2015:14.

care constă în a aprecia dacă raportul contractual în cauză se înscrie în cadrul unor activități străine de exercitarea unei profesii.

Pornind de la aceasta, Curtea nu a tranșat calitatea persoanei fizice ce garantează obligațiile debitorului, societate comercială, față de o instituție bancară în temeiul unui contract de credit. Instanța națională o va califica pe acesta drept consumator, în raport de contractul de garanție sau de fideiusiune, ținând seama de toate împrejurările speței și de ansamblul elementelor de probă²¹.

Pornind de la faptul că Directiva privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii se poate aplica și unui astfel de contract, se consideră că persoana fizică care a acționat în scopuri care nu intră în cadrul activității sale profesionale și nu are un raport de natură funcțională cu profesionistul care a contractat creditul, persoană fizică menționată în calitate de consumator, va beneficia de protecția conferită de Directiva 93/13/CEE²². Prin „raporturi funcționale” trebuie să se înțeleagă aspecte precum administrarea societății, participarea la capitalul social care nu este neglijabilă²³.

Orientarea Curții s-a menținut, fiind în concordanță cu al zecelea considerent al Directivei 93/13, conform căruia normele de drept uniforme în ceea ce privește clauzele abuzive trebuie să se aplice „tuturor contractelor” încheiate între profesioniști și consumatori. Astfel, articolul 2 litera (b) din Directiva nr. 93/13 trebuie interpretat în sensul că o persoană fizică care, în urma unei novații, s-a angajat printr-un contract, față de o instituție de credit, să ramburseze credite acordate inițial unei societăți comerciale în scopuri afectate activității acesteia, poate fi considerată drept un consumator, în sensul dispoziției menționate, în cazul în care această persoană fizică nu are o legătură vădită cu respectiva societate și a acționat în această manieră nu în scopuri care se află în sfera activității sale profesionale, ci în virtutea legăturilor sale cu persoana care controla societatea menționată, precum și cu persoana care a semnat contracte accesorii la contractele de credit inițiale (contracte de fideiusiune sau de garanție imobiliară/de ipotecă)²⁴.

În sfera conceptului de consumator a fost inclus și salariatul unei întreprinderi și soțul său, care încheie cu întreprinderea un contract de credit rezervat, cu titlu principal, membrilor personalului întreprinderii respective, destinat să finanțeze achiziționarea unui bun imobil în scopuri private. În acest context, întreprinderea menționată trebuie să fie considerată „profesionist” atunci când încheie un astfel de contract de credit în cadrul activității sale profesionale, chiar dacă acordarea de credite nu constituie activitatea sa principală. Raționamentul a avut la bază o interpretare teleologică a directivei, servind la realizarea obiectivului acesteia de a proteja consumatorul, în calitate de parte

²¹ Ordonanța din 19 noiembrie 2015, Tarcău, C-74/15, ECLI:EU:C:2015:772.

²² R.M. Necula, coord. V. Bozeșan, *Executarea silită a contractelor de credit încheiate cu consumatorii*, Editura Universul Juridic, București, 2020, p. 21.

²³ Ordonanța din 14 septembrie 2016, Dumitraș, C-534/15, ECLI:EU:C:2016:700.

²⁴ Ordonanța din 27 aprilie 2017, Bachman, C-535/16, ECLI:EU:C:2017:321.

vulnerabilă la un contract încheiat cu un profesionist și la restabilirea echilibrului între părți²⁵.

Sensul noțiunii de consumator este atât de larg, încât nu se opune unei jurisprudențe naționale care aplică normele de protecție a consumatorilor și unui contract încheiat de un subiect de drept precum *condominio* (în dreptul italian) cu un profesionist, chiar dacă un astfel de subiect de drept nu intră în domeniul de aplicare al directivei menționate²⁶.

Din perspectiva aplicării în timp a protecției instituite prin directivă, s-a stabilit că o parte a contractului poate avea statut de „consumator” și ulterior executării integrale a obligațiilor ce izvorăsc din acesta. Directiva 93/13 nu conține niciun element care să permită stabilirea momentului la care un contractant încetează să fie un consumator în sensul acesteia. Având în vedere ideea că executarea contractului nu modifică retroactiv împrejurarea că la momentul încheierii acestui contract consumatorul se afla într-o situație de inferioritate față de profesionist și că încetarea protecției o dată cu executarea contractului nu ar permite consumatorilor un termen rezonabil pentru a contesta clauzele abuzive care sunt eventual utilizate în contracte, limitarea protecției conferite consumatorului de Directiva 93/13 numai la durata executării contractului nu poate fi conciliată cu sistemul de protecție instituit de această directivă²⁷.

3.2. Dreptul de retragere din contract

Un pas important spre asigurarea unei protecții efective a consumatorului este reprezentat de posibilitatea acestuia de a se retrage din contract, reglementat în multiple acte normative, precum Directiva 2011/83 privind drepturile consumatorilor, Directiva 2008/48 privind contractele de credit pentru consumatori. Aceasta este conturată în cadrul contractelor de credit, asigurărilor, investițiilor, de Directiva 2002/65/CE privind comercializarea la distanță a serviciilor financiare de consum.

Având un caracter imperativ, articolul 6 alineatul (2) litera (c) din Directiva 2002/65²⁸ se opune unei reglementări naționale care impune profesionistului care încheie la distanță cu un consumator un contract având ca obiect un serviciu financiar obligația de a comunica consumatorului înainte ca acesta să fie obligat de contract sau de o ofertă la distanță informația privind existența dreptului de retragere în cazul în care acest contract este executat integral de ambele părți la cererea expresă a consumatorului înainte ca acesta să își exercite dreptul de retragere²⁹.

²⁵ Hotărârea din 21 martie 2019, C-590/17, ECLI:EU:C:2019:232.

²⁶ Hotărârea Curții din 2 aprilie 2020, *Condominio di Milano*, C-329/19, ECLI:EU:C:2020:263.

²⁷ Hotărârea Curții din 9 iulie 2020, C- 698/18 și C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537.

²⁸ „Dreptul de retragere nu se aplică: (...) contractelor a căror execuție a fost realizată complet de ambele părți, la cererea expresă a consumatorului, înainte ca acesta să își exercite dreptul de retragere”.

²⁹ Hotărârea din 11 septembrie 2019, *Romano*, C-143/18, ECLI:EU:C:2019:701.

Deși dreptul de retragere comportă excepții, acestea pot viza doar contractul principal dintre consumator și profesionist, iar nu eventuale contracte viitoare. Un contract având ca obiect acordarea către consumator a unei reduceri de preț la încheierea ulterioară a unor contracte de transport de pasageri nu intră sub incidența excepției de la dreptul de retragere menționate în considerentul (49) al Directivei 2011/83³⁰. În consecință, consumatorului i se recunoaște posibilitatea de a se retrage din contractul anterior menționat³¹.

Printre excepțiile de la posibilitatea consumatorului de a se retrage din contract reglementate de Directiva 2011/83 se numără și achiziționarea de conținut digital care nu este livrat pe un suport material, dacă prestarea a început cu acordul prealabil expres al consumatorului și după ce acesta a confirmat că a luat cunoștință de faptul că își va pierde dreptul la retragere. Având în vedere că excepțiile sunt de strictă interpretare și aplicare, întocmirea de către un site internet de întâlniri a unui raport de evaluare a personalității pe baza unui test de personalitate realizat de acest site nu constituie furnizare de „conținut digital”³², astfel că excepția menționată nu își va găsi aplicarea în astfel de circumstanțe.

Pe de altă parte, dreptul de retragere nu trebuie exercitat abuziv, iar Curtea nu neglijează nici securitatea juridică a tranzacțiilor dintre un comerciant și un consumator. Așadar, articolul 16 litera (c) din Directiva 2011/83³³ a fost interpretat în sensul că excepția de la dreptul de retragere este opozabilă consumatorului care a încheiat un contract negociat în afara spațiului comercial privind vânzarea unui bun care va trebui confecționat potrivit specificațiilor sale, independent de aspectul dacă comerciantul a început producerea bunului respectiv.

Eficacitatea dreptului de retragere din contract este indisolubil legată de modul în care se realizează informarea consumatorului privind acest drept. Printre informațiile care trebuie menționate în mod clar și concis într-un contract de credit se numără modalitățile de calcul al termenului de retragere prevăzute la articolul 14 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2008/48³⁴. Or, atunci când un contract încheiat de un consumator face trimitere la anumite

³⁰ „Acordarea unui drept de retragere consumatorului ar putea (...) să fie inadecvată în cazul anumitor servicii în situația în care încheierea contractului implică rezervarea unor capacități pe care, în cazul exercitării dreptului de retragere, comerciantul poate să nu fie în măsură să le exploateze”.

³¹ Hotărârea din 12 martie 2020, Verbraucherzentrale Berlin, C-583/18, ECLI:EU:C:2020:199.

³² Hotărârea din 8 octombrie 2020, C-641/19, ECLI:EU:C:2020:808.

³³ „(...) furnizarea de bunuri confecționate după specificațiile prezentate de consumator sau personalizate în mod clar; (...)”.

³⁴ „Consumatorul are la dispoziție un termen de paisprezece zile calendaristice în care se poate retrage din contractul de credit fără a invoca motive. Acest termen de retragere începe să curgă: (a) fie în ziua încheierii contractului de credit; fie (b) în ziua în care consumatorului îi sunt aduse la cunoștință clauzele și condițiile contractuale și informațiile, conform articolului 10, în cazul în care ziua respectivă este ulterioară celei la care se face referire la litera (a) a acestui paragraf”.

dispoziții de drept național, consumatorul nu este în măsură pe baza contractului nici să determine întinderea angajamentului său contractual, nici să controleze dacă toate elementele necesare, conform dispoziției menționate, figurează în contractul pe care l-a încheiat, nici *a fortiori* să verifice dacă termenul de retragere de care poate dispune a început să curgă în ceea ce îl privește. Obligația comerciantului de a aduce la cunoștința consumatorului conținutul angajamentului contractual, în cazul căruia anumite elemente sunt stabilite prin acte cu putere de lege sau norme administrative obligatorii ale unui stat membru, printr-o simplă trimitere la aceste texte nu este suficientă. Profesionistul este obligat să informeze consumatorul respectiv cu privire la conținutul respectivelor dispoziții.

În acest context, articolul 10 alineatul (2) litera (p) din Directiva 2008/48³⁵ trebuie interpretat în sensul că se opune ca un contract de credit să facă trimitere la o dispoziție națională care trimite ea însăși la alte dispoziții ale dreptului statului membru în cauză³⁶.

Pe aceeași direcție de interpretare s-a statuat și în privința modalității prin care consumatorul trebuie să fie informat în legătură cu exercitarea dreptului de retragere. Astfel, în cazul în care contractul este încheiat printr-un mijloc de comunicare la distanță ce permite un spațiu sau un timp limitat pentru afișarea informației și atunci când există dreptul de retragere, comerciantul este obligat să furnizeze consumatorului, pe baza mijlocului de comunicare în discuție și înainte de încheierea contractului, informațiile privind condițiile, termenele și procedurile de exercitare a acestui drept. Într-un astfel de caz, comerciantul respectiv trebuie să furnizeze consumatorului într-un limbaj clar și inteligibil modelul de formular de retragere prevăzut de această directivă, printr-o altă sursă³⁷.

Efectele pe care dreptul de retragere le produce vizează încetarea obligațiilor contractuale și restituirea prestațiilor deja executate. În cazul contractelor de credit, va avea loc o rambursare a sumelor împrumutate, însă nu și acordarea de despăgubiri consumatorului. Când consumatorul plătește furnizorului, în executarea contractului de împrumut, capitalul împrumutat majorat cu dobânzi, iar ulterior, își exercită dreptul de retragere cu privire la un contract de credit încheiat la distanță cu un furnizor, în temeiul articolului 7 alineatul (4) din Directiva 2002/65³⁸, acesta are dreptul să obțină de la furnizor rambursarea

³⁵ „Existența sau inexistența unui drept de retragere, termenul în care acel drept poate fi exercitat și alte condiții pentru exercitarea acestuia, inclusiv informații privind obligarea consumatorului de a plăti capitalul tras și dobânda în conformitate cu articolul 14 alineatul (3) litera (b) și cuantumul dobânzii plătibile pe zi”.

³⁶ Hotărârea din 26 martie 2020, Kreissparkasse Saarlouis, C-66/19, ECLI:EU:C:2020:242.

³⁷ Hotărârea din 23 ianuarie 2019, C-430/17, ECLI:EU:C:2019:47.

³⁸ „Fără nici o întârziere nejustificată și în termen de maximum 30 de zile calendaristice, furnizorul rambursează consumatorului orice sume pe care le-a primit de la acesta în temeiul contractului la distanță, cu excepția sumei menționate la alineatul (1). Această perioadă începe din ziua în care furnizorul primește notificarea de retragere”.

capitalului și a dobânzilor plătite în executarea acestui contract, dar nu și o despăgubire pentru utilizarea acestui capital și a acestor dobânzi³⁹.

3.3. Clauzele abuzive

Un loc aparte în reglementarea europeană privind protecția consumatorului îl reprezintă problematica utilizării de clauze abuzive, reglementată prin Directiva 93/13.

De principiu, domeniul de aplicare al Directivei 93/13 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii include toate clauzele contractuale care nu au făcut obiectul unei negocieri individuale. Acestea sunt supuse controlului jurisdicțional, în vederea asigurării protecției care trebuie conferite consumatorului care se află într-o situație de inferioritate față de profesionist în ceea ce privește atât puterea de negociere, cât și nivelul de informare.⁴⁰

În privința aplicării în timp a Directivei 93/13 privind clauzele abuzive și a Directivei 2008/48 privind contractele de credit pentru consumatori, este pe deplin aplicabilă regula conform căreia Curtea este competentă să interpreteze dreptul Uniunii numai în ceea ce privește aplicarea sa într-un stat membru începând de la data aderării acestuia din urmă la Uniune. Prin urmare, un contract de credit încheiat anterior aderării la Uniune nu poate intra sub incidența directivei, nefiind relevantă perioada în care acesta din urmă produce efecte⁴¹.

Din perspectiva principiului efectivității, care stă la baza realizării unui cadru procesual de natură să garanteze obiectivele Directivei 93/13, s-a stabilit că instanța națională sesizată cu o cerere de executare silită a unui contract de credit ipotecar, încheiat între un profesionist și un consumator sub forma unui act notarial direct executoriu, trebuie să dispună fie la cererea consumatorului, fie din oficiu, de posibilitatea de a examina eventualul caracter abuziv al clauzelor dintr-un astfel de act și, pe acest temei, de a suspenda executarea silită. Soluția se bazează pe condiționarea cererii de suspendare a executării silite de satisfacerea unor condiții procedurale foarte stricte, precum și pe constituirea unei garanții la cererea creditorului, ce fac aproape imposibilă în practică obținerea unei astfel de măsuri de suspendare, întrucât este probabil ca un debitor care nu își execută obligația de plată să nu dispună de resursele financiare necesare pentru a constitui garanția cerută. Pentru a garanta standardul de protecție impus de directivă, în temeiul principiului interpretării conforme, instanțele naționale sunt ținute să facă tot ce ține de competența lor, luând în considerare dreptul intern în ansamblul său și aplicând metodele de interpretare recunoscute de acesta, în vederea garantării efectivității depline a directivei în discuție și în vederea identificării unei soluții conforme cu finalitatea urmărită de aceasta.⁴²

³⁹ Hotărârea din 4 iunie 2020, C-301/18, ECLI:EU:C:2020:427.

⁴⁰ Hotărârea Curții din 30 aprilie 2014, Kásler și Káslerné Rábai, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282.

⁴¹ Ordonanța din 3 iulie 2014, Tudoran, C-92/14, ECLI:EU:C:2014:2051.

⁴² Hotărârea din 26 iunie 2019, C-407/18, ECLI:EU:C:2019:537.

Deși se pot exercita în paralel, o contestație la executarea silită și o procedură de drept comun având drept scop o anulare a contractului de credit, în legătură cu dreptul român, se apreciază că „cele două procese nu ar trebui să se desfășoare în paralel, existând riscul pronunțării unor hotărâri judecătorești contradictorii. Se poate avea în vedere soluția suspendării judecării uneia dintre cauze până la soluționarea definitivă a celeilalte. Conexarea cauzelor, deși posibilă teoretic, prezintă dificultăți de aplicare din punctul de vedere al obiectului diferit al acțiunii de drept comun și al contestației la executare, precum și a caracterului distinct al celor două proceduri”⁴³.

Într-o altă cauză, în cadrul căreia contestatorul și-a completat contestația la executare silită, solicitând instanței menționate să constate nulitatea absolută a titlului executoriu constituit de contractul de credit, cu privire la anumite clauze cuprinse în acest contract, care ar fi avut un caracter abuziv, au fost reiterate argumentele din jurisprudența consacrată privind principiul efectivității. În esență, s-a stabilit că consumator care a încheiat un contract de credit cu o instituție de credit și împotriva căruia acest profesionist a început o procedură de executare silită trebuie să aibă posibilitatea de a invoca existența unor clauze abuzive pentru a contesta procedura menționată după expirarea unui termen de 15 zile de la comunicarea primelor acte ale acestei proceduri, chiar dacă acest consumator are la dispoziție, în temeiul dreptului național, o acțiune în justiție în scopul constatării existenței unor clauze abuzive a cărei introducere nu este supusă niciunui termen, dar a cărei soluție nu produce efecte asupra celei care rezultă din procedura de executare silită și care îi poate fi impusă consumatorului înainte de soluționarea acțiunii în constatarea existenței unor clauze abuzive⁴⁴.

4. Concluzii

Eficacitatea procedurii trimiterii preliminare este condiționată de modul în care instanțele naționale vor îmbrățișa jurisprudența Curții și de deschiderea pe care o vor manifesta în a se adresa unei autorități superioare. Caracterul de etapă incidentală în cadrul soluționării litigiului de fond, care va fi suspendat până la pronunțarea unei hotărâri de către Curte ar putea fi văzut ca un dezavantaj din cauza duratei în care se va putea relua judecata în fond, atât din perspectiva autorităților judiciare, cât și din perspectiva justițiabililor.

Nevoia de a crea un cadru unitar la nivel european pentru protecția consumatorului este stringentă în contextul pieței comune și al digitalizării, urmare a încheierii de către consumatori de contracte cu profesioniști din toate statele membre.

⁴³ A. Groza, *O analiză a dispozițiilor art. 713 alin. (2) din Codul de procedură civilă, astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 310 din 17 decembrie 2018, din perspectiva jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene privind protecția consumatorilor*, Revista Română de Drept european, nr. 1/2019.

⁴⁴ Ordonanța din 6 noiembrie 2019, C-75/19, ECLI:EU:C:2019:950.

Cele mai multe consecințe nefavorabile determinate de poziția de inferioritate a consumatorului în contract vizează patrimoniul acestuia ca urmare a încheierii unor contracte de credit ce cuprindeau clauze abuzive sau în privința cărora profesioniștii nu își îndeplineau în mod corespunzător obligațiile de informare. Din jurisprudența prezentată se pot extrage câteva repere esențiale pe care Curtea își bazează raționamentele și care pot fi avute în vedere și de instanțele naționale care aplică dreptul Uniunii, în vederea garantării standardului de protecție al consumatorului.

Astfel, situația de inferioritate a consumatorului se bazează nu doar pe nivelul mai redus de informare al acestuia, cât mai ales pe lipsa puterii de influență clauzele contractuale, ca urmare a faptului că, cel mai adesea, profesioniștii utilizează contracte de adeziune. În privința obligației de informare a consumatorului, precum și a redactării clauzelor contractuale, trebuie utilizat un limbaj clar, inteligibil, ce va fi apreciat nu dintr-o perspectivă formală și gramaticală, ci în substanța sa, în scopul adoptării unei decizii prudente de către consumator. Toate acestea se raportează la consumatorul mediu, care, în opinia Curții, este consumatorul normal informat, suficient de atent și de avizat.

Este de menționat și faptul că măsurile pentru protecția consumatorului sunt adoptate prin directive, astfel că se realizează doar un standard minimal în ceea ce privește drepturile acestora, permițându-se statelor membre să deroge de la prevederile directivelor, în implementarea acestora, în vederea realizării unei situații mai favorabile a consumatorului.

Referințe

- Craig P., de Búrca G., *Dreptul Uniunii Europene. Comentarii, jurisprudență și doctrină*, ediția a VI-a, Editura Hamangiu, 2017.
- Fabian G., *Drept Instituțional al Uniunii Europene*, ed. a 2-a, Editura Hamangiu, 2018.
- Groza A., *O analiză a dispozițiilor art. 713 alin. (2) din Codul de procedură civilă, astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 310 din 17 decembrie 2018, din perspectiva jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene privind protecția consumatorilor*, Revista Română de Drept european, nr. 1/2019.
- Lenaerts K., *Curtea de Justiție și instanțele judecătorești naționale: un dialog întemeiat pe încredere reciprocă și pe independența sistemului judiciar*, Revista Română de Drept european, nr. 3/2020.
- Necula R.M., coord. Bozeșan V., *Executarea silită a contractelor de credit încheiate cu consumatorii*, Editura Universul Juridic, București, 2020.
- Șandru M., Banu M., Călin D., *Procedura trimiterii preliminare*, Editura C.H. Beck, 2013.

Situații actuale și particulare de încălcare a drepturilor copilului. Violența și exploatarea

Current and Particular Situations on Violation of Children's Rights. Violence and Exploitation

Aura-Mihaela Puflea¹

Rezumat: Copilul și drepturile acestuia au constituit și constituie elemente centrale asupra cărora atât autoritățile naționale, cât și cele existente în plan european trebuie să își centreze atenția. Fiind categoria de persoane vulnerabile a oricărei societăți, protecția lor nu se poate realiza decât prin instrumente eficiente adoptate la nivel internațional și european. Lucrarea de față analizează, în primul rând, cadrul normativ existent în plan european apt să garanteze copiilor protecția împotriva violențelor și a exploatării. În plan secundar, sunt prezentate situații particulare ce evidențiază măsura în care autoritățile existente la nivelul fiecărui stat își îndeplinesc obligațiile atunci când sunt identificate cazuri ale copiilor supuși violențelor sau muncii forțate.

Cuvinte-cheie: drepturile copiilor; violență; exploatare; copii cu dizabilități; muncă forțată; protecție

Abstract: The child and its rights have always constituted central elements on which both the national authorities and the existing ones on an European level should focus their attention on. Being the vulnerable category of every society, their protection can only be done through efficient measures adopted at an international and European level. Firstly, this research paper analyses the existing regulatory framework at the European level, meant to guarantee the children's protection against violence and exploitation. Secondly, particular situations are presented, which highlight the existing way in which the authorities from every state meet their obligations when cases of children being victims of violence or forced labor are reported.

Keywords: children's rights; violence; exploitation; disabled children; forced labor; protection

1. Introducere

Violența și exploatarea continuă să reprezinte una dintre cele mai mari temeri manifestate de copii. Astfel de acte reprezintă o încălcare gravă a

¹ Masterand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: mihaelapuflea@outlook.com.

drepturilor copiilor și, mai mult decât atât, aduc atingeri grave dezvoltării sociale armonioase a acestora.

Probleme legate de violență există în toate grupurile sociale, astfel că violența îndreptată împotriva acestor persoane vulnerabile prezintă un caracter complex și multidimensional. În acest sens, există situații în care copii pot fi pedepsiți pentru comportamente ce apar ca fiind normale pentru vârsta lor, dar pe care adulții le pot percepe ca fiind provocatoare. Membrii familiei, dar și alte persoane în îngrijirea cărora se află acești tineri subestimează de cele mai multe ori gravitatea răspunsurilor violente pe care le adresează acestora. Toate acestea au drept consecință amplificarea acestui fenomen și mai puțin combaterea lui.

În ceea ce privește munca forțată, datele despre amploarea acestei practici sunt încă puține. Cu toate acestea, fenomenul nu este unul nou și se află într-o continuă evoluție, tot mai mulți copii fiind traficați pe teritoriul statelor europene în vederea exploatării lor.

Ținând cont de obligațiile ce incumbă celor în a căror grijă se află copiii, este de datoria lor să promoveze și să acționeze în interesul superior al minorilor. Astfel, protecția ce trebuie asigurată interesului superior al copilului a devenit reperul fundamental al tuturor reglementărilor naționale și internaționale, toate acestea având ca scop satisfacerea condițiilor necesare astfel încât să fie asigurată o dezvoltare normală a tinerilor².

2. Violența împotriva copiilor cu dizabilități

Una dintre cele mai mari probleme cu care continuă să se confrunte societatea actuală este aceea că tinerii cu dizabilități se izbesc de obstacole considerabile atunci când se pune problema respectării drepturilor lor fundamentale. De cele mai multe ori, aceștia se confruntă cu excluziunea socială, trăind în instituții sau centre, separați de propriii părinți. Astfel, ei ajung să fie privați de accesul la servicii de bază, cum ar fi cele medicale și educaționale, iar alteori sunt puși în situația de a fi victimele violențelor fizice, psihice, dar și sexuale.

Organismele existente la nivel internațional recunosc faptul că problematica violențelor îndreptate împotriva copiilor cu dizabilități presupune o atenție sporită din partea factorilor de decizie. Atât Convenția cu privire la Drepturile Copilului, dar și Convenția ONU privind drepturile persoanelor cu handicap au un rol esențial în ceea ce privește protecția copiilor cu handicap împotriva violențelor.

Astfel, în articolul 19 din Convenția Națiunilor Unite cu privire la Drepturile Copilului, se arată că statele semnatare au obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a se asigura protecția copilului din calea oricărei forme

² M. Popoacă, *Scurte considerente cu privire la evoluția drepturilor copilului și a noțiunii de viață de familie în jurisprudența CEDO. Modificările aduse procedurii adopției interne (Legea nr. 273/2004) prin Legea nr. 268/2020 pentru modificarea și completarea Legii nr. 273/2004 privind procedura adopției*, [Online] la <https://www.juridice.ro>, consultat la data de 26.06.2021.

de violență fizică, psihologică sau sexuală, în perioada în care se află în îngrijirea părinților sau a unuia dintre ei, a reprezentantului legal sau a altei persoane căreia i-a fost încredințat spre creștere și educare.

De asemenea, în articolul 16 din Convenția ONU privind drepturile persoanelor cu handicap este instituită obligația statelor semnatare de a lua toate măsurile necesare pentru a se asigura protecția persoanelor cu handicap, atât în familie, cât și în afara acesteia, împotriva tuturor formelor de exploatare, violență sau abuz.

Se poate observa că ambele convenții instituie în sarcina statelor obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a fi asigurată o protecție eficientă a copiilor cu handicap, atât în familie, dar și în afara acesteia, împotriva tuturor formelor de violență sau abuz. Prin urmare, acești copii pot deveni victime ale violențelor în diferite circumstanțe, inclusiv la școală, acasă sau în instituții de profil. Rata violențelor îndreptate împotriva acestora este cu mult mai ridicată în raport cu tinerii care nu prezintă vreun handicap. Printre acestea pot fi identificate violențele motivate de existența unei imobilizări corporale, abuzuri sexuale în timpul igienei zilnice, aplicarea de violențe în cursul tratamentului sau administrarea de produse medicamentoase în exces³.

Deși datele referitoare la amploarea actelor violente îndreptate împotriva acestor copii sunt puține, prin intermediul unei cercetări realizate de Agenția pentru Drepturile Fundamentale a Uniunii Europene s-a constatat existența unei prevalențe a abuzurilor împotriva acestor tineri. De asemenea, s-a arătat că incidente verbale, violența fizică, sexuală, dar și cea emoțională, hărțuirea și abuzurile apar ca fiind acțiuni obișnuite atât în școli, cât și în comunitate⁴.

În dreptul Consiliului Europei, deși nu există o referință explicită la drepturile copilului, Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CEDO) a abordat în numeroase rânduri această problemă prin intermediul altor articole, care protejează, printre altele: dreptul la viață, dreptul de a fi protejat de tortură, pedepse sau tratamente inumane sau degradante, dreptul la un proces echitabil. Curtea s-a pronunțat în numeroase cauze care abordau problematica violențelor îndreptate împotriva copiilor cu dizabilități, scopul fiind întotdeauna combaterea completă a unor astfel de practici. De fiecare dată se pune accentul pe faptul că autoritățile au un rol important în protecția sănătății și bunăstării copiilor, având în vedere vulnerabilitatea acestora datorată vârstei, și o datorie principală de a-i proteja împotriva oricărei forme de violență la care ar putea fi supuși⁵.

³ Agenția pentru Drepturi Fundamentale a Uniunii Europene, *Violența împotriva copiilor cu handicap: legislație, politici și programe în Uniunea Europeană. Rezumat*, 2015, p. 2, [Online] la <https://op.europa.eu/ro/publication-detail/-/publication/f7ad1ca1-c32d-11e5-8d08-01aa75ed71a1>, consultat la data de 26.06.2021.

⁴ European Union Agency for fundamental rights, *Equal protection for all victims of hate crime. The case of people with disabilities*, 2015, p. 2, [Online] la <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/equal-protection-all-victims-hate-crime-case-people-disabilities>, consultat la data de 26.06.2021.

⁵ CEDO, Cauza *Kayak v. Turkey*, nr. 60444/08, din 10 iulie 2012.

De cele mai multe ori, Curtea Europeană a Drepturilor Omului tranșează această problemă prin prisma articolului 3 din Convenția europeană a drepturilor omului, ce interzice tratamentele inumane sau degradante. Astfel, conținutul acestui articol ne arată că „*Nimeni nu poate fi supus torturii, nici pedepselor sau tratamentelor inumane ori degradante*”.

Una dintre cauzele în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului analizează problema violențelor îndreptate împotriva acestor copii aflați în situații speciale este cauza *Dordevic v. Croația*⁶.

În această cauză este prezentată situația unei mame și a fiului său cu dizabilități ce au fost hărțuiți atât fizic, cât și verbal pe o perioadă de patru ani de către un grup de copii ce locuiau în cartierul în care cei doi își aveau domiciliul. Toate aceste atacuri i-au provocat primului reclamant puternice stări de teamă și anxietate. Reclamanții s-au plâns în numeroase situații către diferite autorități în privința acestei probleme, însă acestea nu au luat nicio măsură concretă prin care cele două persoane să fie protejate. De fiecare dată când aceștia raportau incidentul poliției, autoritățile soseau la fața locului, uneori mult prea târziu, iar alteori doar pentru a atrage atenția grupului de copii să nu mai facă zgomot.

CEDO a arătat că acest caz evidențiază, în primul rând, obligația pozitivă a statului într-o situație ce excede sferei de aplicare a dreptului penal, când autoritățile competente cunoșteau actele de hărțuire constantă ce erau îndreptate împotriva unei persoane ce prezenta atât dizabilități fizice, cât și psihice. Curtea a statuat, în principal, că există o încălcare a articolul 3 din Convenția europeană a drepturilor omului, ce interzice tratamentele inumane sau degradante, constatând că autoritățile croate nu au luat nicio măsură pentru a pune capăt hărțuirii, în ciuda faptului că aveau cunoștință că acel copil era vizat în mod sistematic și că existența unor abuzuri viitoare era destul de probabilă.

Problematica violențelor împotriva copiilor nu poate fi catalogată drept o carență a societății de dată recentă. De aceea, încă din anul 2009 Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei a adoptat un set de linii directoare privitoare la strategiile naționale pentru protecția copiilor împotriva violențelor. Această acțiune are ca scop principal promovarea dezvoltării și punerii în aplicare în statele membre ale Consiliului Europei a unui sistem care urmărește protejarea drepturilor copilului și eliminarea tuturor formelor de violență îndreptate împotriva acestora. Aceste linii directoare se axează pe opt principii generale: protecția împotriva violenței, dreptul la viață, dezvoltare, nediscriminare, egalitate de gen, interesul superior al copilului, participarea activă a copiilor la acest proces de combatere a violențelor și obligațiile care incumbă statelor în combaterea acestui fenomen⁷.

În dreptul Uniunii Europene, înainte de intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, drepturile copilului au fost abordate de Uniunea Europeană ca parte

⁶ CEDO, Cauza *Dordevic v. Croația*, nr. 41526/10, din 24 iulie 2012.

⁷ European Parliament, *Violence towards children in the EU*, 2014, p. 15, [Online] la [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2014/542139/EPRS_IDA\(2014\)542139_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2014/542139/EPRS_IDA(2014)542139_EN.pdf), consultat la data de 26.06.2021.

a obligației sale de a asigura protecția drepturilor fundamentale. Uniunea a introdus o varietate de măsuri pentru protejarea și promovarea drepturilor copiilor, un anumit număr dintre acestea concentrându-se, în special, pe combaterea violențelor îndreptate împotriva acestora, inclusiv a celor care prezintă un anumit handicap.

Odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, protecția drepturilor copiilor a fost recunoscută în mod clar drept unul dintre obiectivele pe care Uniunea le-a urmărit atât la nivel intern, cât și în relațiile sale externe.

Astfel, în articolul 3 din Tratatul privind Uniunea Europeană se arată că Uniunea are obligația de a promova protecția drepturilor copilului. De asemenea, Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, în articolul 24, prezintă ideea potrivit căreia copiii au dreptul la protecția și îngrijirea necesară pentru bunăstarea lor. În plus, în toate acțiunile privitoare la copii, indiferent dacă sunt întreprinse de autorități publice sau de instituții private, interesul superior al copilului întotdeauna trebuie să primeze.

Cu toate că pot fi identificate la nivelul Uniunii Europene instrumente juridice prin care se poate asigura o protecție eficientă a copiilor ce prezintă anumite dizabilități, sfera situațiilor în care aceștia sunt supuși atacurilor fizice și psihologice rămâne în continuare foarte extinsă. Într-un sondaj⁸ realizat în mai multe state membre din Uniunea Europeană, printre care și România, respondenții au susținut că au fost supuși diverselor forme de abuz și hărțuire, în special în perioadele petrecute în diverse centre de îngrijire de specialitate.

Deși Uniunea Europeană nu are competențe specifice de a legifera asupra drepturilor copilului, în Comunicarea privind obiectivele strategice 2005-2009, Comisia Europeană a subliniat că protecția drepturilor copilului trebuie să fie o prioritate, atât împotriva exploatărilor economice, cât și împotriva oricăror forme de abuz⁹. Astfel, acțiunile întreprinse la nivel european au un impact direct asupra legilor și politicilor adoptate în acest domeniu de către statele membre.

3. Munca forțată

Munca forțată reprezintă una dintre cele mai grave forme de exploatare a copiilor. În vederea combaterii acesteia au fost adoptate diverse instrumente, atât la nivel internațional, cât și european.

Conform celor mai recente estimări aduse la cunoștința publicului în anul 2019, pe glob există aproximativ 5,5 milioane de copii care prestează muncă în

⁸ European Union Agency for fundamental rights, *Choice and control: the right to independent living. Experiences of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems in nine EU Member State*, 2013, p. 40, [Online] la <https://fra.europa.eu/en/publication/2012/choice-and-control-right-independent-living>, consultat la data de 26.06.2021.

⁹ Strategic Objectives 2005-2009 – Europe 2010: A Partnership for European Renewal Prosperity, Solidarity and Security, COM (2005) 12 final, din 4 iulie 2006, p. 9, [Online] la <https://op.europa.eu/ro/publication-detail/-/publication/17df12fd-7203-48a5-a97b-8719f352268d/language-en>, consultat la data de 26.06.2021.

mod forțat. Deși se estimează o creștere considerabilă a numărului de tineri ce prestează diverse munci în industria producției de consum, determinarea concretă a numărului total de astfel de cazuri rămâne în continuare o adevărată provocare pentru autoritățile fiecărui stat existent la nivel european și nu numai¹⁰.

După cum am menționat anterior, instrumente eficiente ce au ca scop combaterea fenomenului muncii forțate întâlnim atât la nivel internațional, cât și european. În primul rând, interdicția muncii forțate este stipulată în cuprinsul articolului 32 din Convenția Națiunilor Unite cu privire la Drepturile Copilului, unde se arată că orice copil are dreptul să fie protejat împotriva oricărei forme de muncă primejdioasă sau care este de natură să dăuneze educației, sănătății sau dezvoltării sale.

În plan european, în dreptul Consiliului Europei, Convenția europeană a drepturilor omului conține în articolul 4, intitulat „Interzicerea sclaviei și a muncii forțate”, dispoziții ce interzic în mod absolut toate formele de sclavie, muncă forțată și obligatorie, fiind consacrată o garanție fundamentală a societății democratice.

Dispozițiile cuprinse în Convenția europeană a drepturilor omului nu definesc conceptul de „muncă forțată sau obligatorie”, acest rol revenind Curții Europene a Drepturilor Omului prin intermediul jurisprudenței sale. Conceptul de „muncă forțată sau obligatorie” este definit în jurisprudența CEDO ca: „munca obținută de la orice individ sub amenințarea unui pericol îndreptat împotriva sa și pentru care nu s-a oferit în mod voluntar să o presteze”¹¹.

Cu toate că s-a oferit o definiție a acestui concept, unele clarificări continuă a fi necesare. În primul rând, acestei explicații nu trebuie să i se confere un caracter absolut, deoarece nu de fiecare dată când unei persoane i se impune o anumită însărcinare sub amenințarea unei așa-numite pedepse putem vorbi despre muncă forțată sau obligatorie. Într-o asemenea împrejurare trebuie luați în considerare mai mulți factori, cum sunt natura și volumul muncii prestate în cauză. Pe baza acestor criterii se poate face distincția necesară între muncă forțată sau obligatorie și ajutorul ce trebuie prestat în mod normal membrilor din propria familie. De cele mai multe ori, Curtea se raportează la criteriul „sarcinii disproporționate” pentru a stabili dacă poate fi sau nu vorba despre munca forțată sau obligatorie¹².

În astfel de situații este necesar să se țină cont de toate circumstanțele cauzei, având în vedere obiectivele ce se urmăresc prin prisma articolului 4 din

¹⁰ International Labour Organization (ILO) Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), International Organization for Migration (IOM), United Nations Children's Fund (UNICEF), *Ending child labor, forced labor and human trafficking in global supply chains*, 2019, p. 5, [Online] la https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_728062.pdf, consultat la data de 26.06.2021.

¹¹ CEDO, Cauza *Siliadin v. Franța*, nr. 73316/01, din 26 iulie 2005, punctul 116.

¹² CEDO, Cauza *Van der Musselle v. Belgia*, nr. 8919/80, din 23 noiembrie 1983, punctul 39.

Convenția europeană a drepturilor omului, pentru a se stabili dacă o activitate prestată se încadrează în sfera muncii forțate sau obligatorii. Standardele elaborate de Curte pot fi încadrate în următoarele criterii: dacă serviciile prestate intră sau nu în sfera activităților normale prestate de o anumită persoană în situații concrete, dacă serviciile sunt remunerate sau nu, dacă sarcina ce urmează să fie executată este disproporționată¹³.

Mai mult decât atât, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a identificat și o altă formă de muncă forțată, numită aservire domestică, aceasta fiind din ce în ce mai întâlnită în Uniunea Europeană, implicând tot mai multe femei. Curtea continuă să evedențieze că, în conformitate cu normele și tendințele contemporane, obligațiile pozitive ale statelor membre trebuie să se concretizeze în urmărirea și sancționarea efectivă a unui astfel de act.

În conformitate cu dispozițiile cuprinse în Convenția europeană a drepturilor omului, prin noțiunea de „aservire” trebuie înțeleasă acea obligație de a presta anumite servicii, impusă unui anumit individ prin diverse forțe constrângătoare, în astfel de situații fiind necesară asocierea cu conceptul de sclavie.

În jurisprudența sa, Curtea arată că aservirea domestică reprezintă o formă agravată a muncii forțate sau obligatorii. Caracteristica fundamentală ce face diferența între cele două noțiuni, aservirea domestică și muncă forțată sau obligatorie, este sentimentul victimei în ceea ce privește caracterul neschimbabil al condiției sale. Prin urmare, această formă de muncă forțată sau obligatorie, numită aservire domestică, este o infracțiune specifică ce nu se suprapune traficului de persoane sau exploatării, aceasta putând implica și forme mai subtile de constrângere ce au ca scop final supunerea persoanei în cauză¹⁴.

Servitutea domestică a fost recunoscută de Consiliul Europei drept o problemă relativ nouă. În Franța, Comitetul împotriva sclaviei a preluat cazurile a peste 200 de astfel de victime, majoritatea fiind femei (95%) care au ajuns pe teritoriul francez când încă erau copii. În Marea Britanie, au fost identificate aproximativ patru mii astfel de victime, rezultatele arătând că aproximativ 84% dintre aceste persoane au suferit constrângeri psihologice, 54% au fost închise și 38% au fost bătute. Cele mai întâlnite grupuri ale sclaviei domestice sunt alcătuite din copii, cu vârste cuprinse între 8 și 15 ani, traficați din Africa de Vest și trimiși în Europa pentru a lucra pentru diferiți angajatori¹⁵.

O astfel de situație întâlnim în cauza *C.N. și V. împotriva Franței*¹⁶ ce aduce în atenția Curții Europene a Drepturilor Omului situația a două surori, de 10 și 16 ani, ce au fost supuse muncii forțate în casa mătușii și a unchiului lor. În

¹³ CEDO, Cauza *Graziani-Weiss v. Austria*, nr. 31950/06, din 18 octombrie 2011, punctul 40.

¹⁴ CEDO, Cauza *C.N. și V. împotriva Franței*, nr. 67724/09, din 11 octombrie 2012, punctul 80.

¹⁵ UNICEF Innocenti Research Centre, *Violence against children in Europe. A preliminary review of research*, iunie 2005 p. 12, [Online] la https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/violence_against.pdf, consultat la data de 26.06.2021.

¹⁶ CEDO, Cauza *C.N. și V. împotriva Franței*, nr. 67724/09, din 11 octombrie 2012.

plângere s-a arătat că cele două tinere au fost forțate să presteze diferite treburi domestice fără ca acestea să fie remunerate în schimb.

Curtea a conchis, în special, că reclamantele au fost supuse muncii forțate și obligatorii, deoarece toate aceste evenimente aveau loc sub amenințarea că, în caz contrar, acestea nu vor mai fi permise în acea casă, urmând să fie trimise în Burundi, statul african de origine al celor două tinere. Astfel, se arată că munca forțată ar trebui distinsă de activitățile legate de asistența reciprocă a familiei sau de coabitare, având în vedere natura și volumul activității prestate. Mai mult decât atât, Curtea a reținut că prima reclamantă a fost ținută în servitute, deoarece acesteia i-a fost creat un sentiment de deznădejde, simțind că situația era imposibil de combătut și puțin probabil să mai sufere vreo schimbare.

Astfel, în această cauză Curtea a constatat că există o încălcare a articolului 4 din Convenția europeană a drepturilor omului, ce interzice sclavia și munca forțată, deoarece statul nu a instituit un cadru legislativ și administrativ eficient făcând astfel imposibilă lupta împotriva servituții și a muncii forțate.

O altă contribuție importantă pe care Consiliul Europei a adus-o în această materie este Carta socială europeană. Aceasta are ca obiectiv protecția drepturilor sociale, dar în conținutul său pot fi identificate dispoziții specifice privitoare la copii. Deoarece nevoia unei protecții cât mai sporite a relațiilor sociale ce decurg din raporturile juridice de muncă a început să devină din ce în ce mai pregnantă, s-a dorit ca această Cartă să reprezinte pentru drepturile economice și sociale ceea ce Convenția europeană a drepturilor omului reprezintă pentru drepturile civile și politice, adică s-a dorit instituirea unui sistem de control cât mai eficace¹⁷.

Astfel, acest instrument instituie o garanție în ceea ce privește protecția copiilor împotriva violențelor fizice și morale în cadrul mediului de lucru. Articolul 7 alineatul 10 ne arată că statele semnatare au obligația „să asigure o protecție specială împotriva riscurilor fizice și morale la care copiii și tinerii sunt expuși și, în special, împotriva riscurilor care rezultă, într-o manieră directă sau indirectă, din munca lor”.

Din redactarea acestui paragraf se poate remarca faptul că statelor li se impune obligația de a asigura prin intermediul legislațiilor naționale o protecție a copiilor și a tinerilor împotriva riscurilor la care ar putea fi expuși. Această protecție nu trebuie să opereze exclusiv în ceea ce privește riscurile care ar putea decurge din munca pe care o prestează, ci face referire, în general, la riscurile la care ar putea fi expus un copil, în viața cotidiană, chiar în afara locului de muncă.

Articolul 7 paragraful 10 garantează dreptul copiilor de a fi protejați împotriva abuzurilor fizice și morale în interiorul, dar și în afara mediului de lucru. Totodată, această dispoziție asigură, în special, protecția copiilor împotriva oricărei forme de exploatare, fiind vizați toți minorii aflați pe teritoriul

¹⁷ J.-F. Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 14.

statelor semnatare, indiferent dacă au sau nu calitatea de străini și indiferent dacă aceștia sunt rezidenți legali sau nu¹⁸.

La nivelul legislației europene întâlnim aceeași perspectivă asupra muncii forțate sau obligatorii, aceasta nefiind permisă. Interdicția este prevăzută, în primul rând, în articolul 5 alineatul (2) din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene. În plus, cuprinsul acestui articol relevă faptul că „*Nimeni nu poate fi constrâns să efectueze o muncă forțată sau obligatorie*”.

Cu toate acestea, principalul instrument ce interzice munca forțată atunci când sunt implicați copii este Directiva 94/33/CE privind protecția tinerilor la locul de muncă¹⁹. Acest mecanism se aplică tuturor celor ce nu au împlinit vârsta de 18 ani ce au încheiat un contract individual de muncă.

Obiectivul principal al acestei directive este de a institui o interdicție în ceea ce privește încadrarea copiilor în muncă²⁰. Astfel, printre obligațiile principale ce revin statelor se numără: protecția sănătății și securității tinerilor, evaluarea riscurilor la care sunt supuși tinerii, informarea reprezentanților legali ai acestora în ceea ce privește eventualele riscuri la care aceștia ar putea fi supuși²¹.

4. Concluzii

Lipsa de empatie, dar și un nivel scăzut al gradului de constientizare a efectelor propriilor acțiuni pot conduce la o slabă protecție a copiilor din partea autorităților publice. Astfel, diferitele forme de violență și exploatare, atât fizică, cât și psihică, fac necesară crearea unor programe cu un impact imediat, de natură să combată acest fenomen.

Instrumentele existente la nivel internațional și european fac posibilă eradicarea tuturor formelor de violență și exploatare a copiilor. Astfel, toate obstacolele ce stau în calea identificării unor astfel de cazuri în care copiii sunt exploatați fizic, dar și psihic pot fi înlăturate prin dezvoltarea unor practici eficiente și prin desfășurarea de către organele competente a unor anchete efective.

Prin plasarea copiilor în centrul tuturor preocupărilor, toate serviciile și autoritățile ar trebui să coopereze astfel încât să se acționeze în interesul superior al acestuia. Pentru prevenirea tuturor formelor de abuz la adresa copiilor este necesară o implicare activă a acestora în viața democratică a unui stat, astfel încât fiecare dintre aceștia să aibă posibilitatea să își exprime opinia în privința chestiunilor ce îi privesc.

¹⁸ Defence for Children International (DCI) v. Belgium, Complaint No 69/2011, Decision on the merits on 23 October 2012.

¹⁹ Directiva 94/33/CE a Consiliului din 22 iunie 1994 privind protecția tinerilor la locul de muncă, JO L 216, 1994.

²⁰ Directiva 94/33/CE a Consiliului din 22 iunie 1994 privind protecția tinerilor la locul de muncă, JO L 216, 1994, articolul 4 alineatul (1).

²¹ Directiva 94/33/CE a Consiliului din 22 iunie 1994 privind protecția tinerilor la locul de muncă, JO L 216, 1994, articolul 4 alineatul (6).

Referințe

- Popoacă M., *Scurte considerente cu privire la evoluția drepturilor copilului și a noțiunii de viață de familie în jurisprudența CEDO. Modificările aduse procedurii adopției interne (Legea nr. 273/2004) prin Legea nr. 268/2020 pentru modificarea și completarea Legii nr. 273/2004 privind procedura adopției*, [Online]
- Renucci J.-F., *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Editura Hamangiu, București, 2009
- CEDO, Cauza *Van der Mussel v. Belgia*, nr. 8919/80, din 23 noiembrie 1983
- CEDO, Cauza *Siliadin v. Franța*, nr. 73316/01, din 26 iulie 2005
- CEDO, Cauza *Graziani-Weiss v. Austria*, nr. 31950/06, din 18 octombrie 2011
- CEDO, Cauza *C.N. și V. împotriva Franței*, nr. 67724/09, din 11 octombrie 2012
- CEDO, Cauza *Kayak v. Turkey*, nr. 60444/08, din 10 iulie 2012
- CEDO, Cauza *Dordevic v. Croația*, nr. 41526/10, din 24 iulie 2012
- Agenția pentru Drepturi Fundamentale a Uniunii Europene, *Violența împotriva copiilor cu handicap: legislație, politici și programe în Uniunea Europeană. Rezumat*, 2015, [Online]
- Defence for Children International (DCI) v. Belgium, Complaint No 69/2011, Decision on the merits on 23 October 2012
- European Union Agency for fundamental rights, *Choice and control: the right to independent living. Experiences of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems in nine EU Member State*, 2013, [Online]
- European Parliament, *Violence towards children in the EU*, 2014, [Online]
- European Union Agency for fundamental rights, *Equal protection for all victims of hate crime. The case of people with disabilities*, 2015, [Online]
- International Labour Organization (ILO) Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), International Organization for Migration (IOM), United Nations Children's Fund (UNICEF), *Ending child labor, forced labor and human trafficking in global supply chains*, 2019, [Online]
- Strategic Objectives 2005-2009 – Europe 2010: *A Partnership for European Renewal Prosperity, Solidarity and Security*, COM (2005) 12 final, din 4 iulie 2006, [Online]
- UNICEF Innocenti Research Centre, *Violence against children in Europe. A preliminary review of research*, iunie 2005, [Online]

Rolul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică în combaterea erodării bazei impozabile

The Role of the Organisation for Economic Co-operation and Development in Combating the Tax Base Erosion

Dan Simion Biliuți¹

Rezumat: Evitarea impunerilor reprezintă unul dintre principalele impedimente în aplicarea unui tratament fiscal echilibrat la nivel global. Prezenta lucrare are ca scop evidențierea unor modele de lucru ce conduc la identificarea unor soluții la adresa practicilor prejudiciabile în materie de impuneri. Fenomenul erodării bazei impozabile, prin implicațiile transfrontaliere pe care le comportă, impune o analiză a modalității prin care Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică reușește să ofere soluții eficiente ținând cont de autonomia de legiferare a fiecărui stat în parte. Din rațiuni de eficiență a afacerilor se poate justifica atitudinea activă a contribuabilului ce transferă baza impozabilă către un cadru avantajos din punct de vedere al normelor aplicabile. Totuși, această atitudine se află adesea în conflict cu viziunea statelor a căror suveranitate și stabilitate economică sunt în strânsă legătură cu eficiența colectării impunerilor. Aceste două perspective reprezintă pretextul ce justifică dualitatea temei abordate, iar în analiza acțiunilor OECD este necesar a se face o diferențiere între variatele categorii de contribuabili vizati.

Cuvinte-cheie: OCDE; BEPS; evitarea impunerilor

Abstract: Tax avoidance is one of the main impediments to the application of a balanced tax treatment globally. This paper aims to highlight working models that lead to the identification of solutions to harmful tax practices. The phenomenon of eroding the tax base, through its cross-border implications, requires an analysis of how the Organization for Economic Co-operation and Development manages to provide efficient solutions taking into account the autonomy of legislation of each state. For reasons of business efficiency, it is possible to justify the active attitude of the taxpayer who transfers the taxable base to an advantageous framework in terms of the applicable rules. However, this attitude often conflicts with the vision of states whose sovereignty and economic stability are closely linked to the efficiency of tax collection. These two perspectives represent the pretext that justifies the duality of the approached topic, and in the analysis of the OECD actions it is necessary to differentiate between the various categories of taxpayers concerned.

Keywords: OECD; BEPS; tax avoidance

¹ Masterand, specializarea Dreptul afacerilor, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: biliutids@gmail.com.

1. Introducere. Rolul și misiunea OCDE

Polimorfismul schimbărilor tehnologice și socio-culturale, cu precădere începând cu secolul al XX-lea, impune necesitatea adaptării statelor la noi realități economice. Globalizarea economică se manifestă prin circulația mai accesibilă a persoanelor, mărfurilor sau capitalurilor, iar acest fapt conduce la apariția unor complexe raporturi de drept financiar cu caracter de extraneitate. Interesul față de prezenta temă de studiu subzistă în natura dihotomică a acesteia, întrucât factorii exemplificați anterior suscită o influență notabilă, atât asupra comportamentului contribuabilului, cât și asupra politicilor fiscale adoptate la nivelul autorităților publice. Statele, din dorința de protejare și conservare a propriilor situații economice, adoptă sisteme de impunere menite să asigure prosperitatea bugetelor naționale. În același timp, contribuabilii au interesul de a evita și diminua impunerile datorate, pentru a-și crește profiturile. Impozitarea excesivă poate determina o migrație a contribuabililor spre medii mai favorabile, motiv pentru care politicile fiscale interne sunt dirijate și de ambientul competițional extern. Dezechilibrul creat prin acordarea unor facilități fiscale excesive de către diferite state poate conduce, așa cum vom arăta ulterior, la discrepanțe și inechități economice. Totodată, lipsa concordanței între tratamentele fiscale aplicabile operațiunilor internaționale reprezintă uneori o piedică în calea dezvoltării relațiilor economice externe. Din aceste motive, statele sunt nevoite să creeze instrumente juridice viabile pentru a concilia propriile interese cu cele ale actorilor economici. Cu toate acestea, soluțiile identificate oferă breșe accesibile practicării unor metode de evitare sau de eliminare a obligațiilor fiscale.

În acest sens, este relevant a se observa activitatea și scopul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (denumită în continuare OCDE sau Organizația). Această organizație internațională, prezentă încă din anul 1948, a fost inițial un instrument de susținere și integrare a planului Marshall. În prezent, reprezintă un spațiu al dialogului între state promoatoare ale unor valori democratice comune. Fără ca lucrările acesteia să capete valențe imperative, pozițiile adoptate la nivelul OCDE reprezintă mai curând un deziderat comun spre consolidarea unor bune practici la nivel internațional. La nivel structural, OCDE este compusă din Consiliul alcătuit din reprezentanți guvernamentali ai statelor membre. Președintele Consiliului este totodată secretar general, Secretariatul fiind coordonatorul comitetelor și liantul dintre interfața instituțională și delegațiile reprezentative ale statelor membre. O altă ramură componentă a structurii Organizației o reprezintă comitetele de experți. Așa cum vom arăta în cele ce urmează, activitatea OCDE implică numeroase aspecte tehnice care justifică înființarea unor comitete de experți specializați în ariile de interes (educație, mediu, comerț), precum și în materie de politici fiscale sau impuneri.

Globalizarea este unul dintre factorii ce motivează acțiunile OCDE. Acest fenomen, determinat în special de progresul tehnologic al ultimului secol prin ușurința cu care pot fi în prezent tranzacționate bunuri, servicii sau capitaluri, a generat noi provocări în relația dintre dezideratele cetățenilor și capacitatea de

adaptare a statelor. Prin acțiunile promovate în cadrul Organizației, statele membre conlucrează în scopul atingerii unor ținte în arii de interes, precum economia globală, aspecte geopolitice, susținerea statelor emergente, adaptarea la inovațiile tehnice, protecția mediului, dezvoltare socială. La nivelul OCDE se identifică constant noi provocări cu care guvernele se vor confrunta ori se confruntă deja. Pornind de la aceste provocări, se fac eforturi comune pentru identificarea rezolvărilor propice. Unul dintre instrumentele cheie utilizate în activitatea membrilor este reprezentat de schimbul de informații în sensul îmbogățirii cunoștințelor, prin observarea practicilor utilizate de către parteneri.

Totodată, se remarcă faptul că rapoartele și acțiunile Organizației se fundamentează pe o vastă colecție de date statistice și raportări. Prin intermediul Secretariatului General, cu sediul la Paris, se centralizează, procesează și prelucrează informații și date culese în scopul conturării unei imagini detaliate pentru fiecare arie de interes în parte. Prin aceste prelucrări de date se observă modele și tendințe de evoluție în plan social și economic, cu referire inclusiv la ritmul de evoluție a modelelor comerciale ori a comportamentelor economice la nivel global. Aceste două aspecte reprezintă indicatori ce pot influența în mod direct politicile fiscale naționale.

Prin raportare la prioritățile generale cu caracter de continuitate, se observă că activitatea OCDE este desfășurată în patru direcții principale de acțiune², iar consolidarea unui cadru de lucru menit să asigure armonizarea piețelor economice la nivel global este una dintre acestea. Pentru restabilirea unui echilibru al piețelor de capital se consideră că este necesară atât consolidarea încrederii în politicile publice, cât și eficientizarea mecanismelor comune ce determină funcționalitatea sistemelor economice. În contextul dezideratului de a identifica soluții comune, care să conducă la armonizarea transfrontalieră în plan economic, se justifică faptul că acest proces implică totodată dezvoltarea și consolidarea politicilor naționale în materie de impuneri. La nivelul Organizației, se analizează situațiile particulare prin corelare cu experiența comună în materie de politici fiscale, pentru a determina direcții de acțiune ce pot fi implementate pentru dezvoltarea acestui segment.

O altă preocupare recurentă a OCDE o reprezintă promovarea inovației în economie. Acest aspect este pe deplin justificat în contextul digitalizării accelerate. Accesul la tehnologie este probabil unul dintre principalii factori ce au determinat globalizarea economică, iar din acest motiv, statele sunt nevoite să adapteze politicile interne la cerințele pe care tehnologia le implică. Nu în ultimul rând, există o pregnantă preocupare față de situația lucrătorilor, a capitalului uman ce reprezintă forța de muncă. Acest element, deși este o preocupare ce subzistă de-a lungul istoriei moderne, continuă să reprezinte o provocare în sistemele economice integrative contemporane. Preocuparea cu privire la situația forței de muncă poate fi privită într-o manieră pluriperspectivistă. Analizând situația din țările dezvoltate, se poate observa un declin al integrării

² Pentru detalii, a se vedea <https://www.mae.ro/node/1481>, accesat 12.04.2021.

în piața muncii, declin cauzat inclusiv de răspunsul adaptiv întârziat la fenomenul digitalizării și automatizării proceselor industriale sau lucrativ. Preocuparea cu privire la această chestiune este una recurentă, atât la nivelul OCDE, cât și la nivelul forurilor europene. În contrast cu această ipoteză se află situația statelor emergente, zone aflate într-o continuă volatilitate economică, ce ridică impedimente sub aspectul calificării și integrării capitalului uman în spațiul lucrativ.

Pentru parcurgerea acestor principale direcții de acțiune se impune ca statele membre să adere principiilor Organizației și să corespundă criteriilor de aderare. Principalele criterii în baza cărora se apreciază un stat ca fiind apt să devină membru OCDE se regăsesc în Raportul pentru extinderea și dezvoltarea OCDE din 2004, denumit și Raportul Noboru. Astfel, principalele criterii cuprind adeziunea la setul comun de principii și valori ale Organizației, precum „principiile democrației și ale economiei de piață, performanța economică, buna guvernanta și statul de drept, drepturile omului, participare activă la organizațiile internaționale și regionale relevante, asistența pentru dezvoltare, respectarea acquis-ului OCDE”³. Un alt criteriu relevant pentru aderarea la OCDE îl constituie asumarea unui rol activ, de „jucător semnificativ” (*significant player*). Prin aceasta se înțelege că membrii au datoria de a contribui efectiv la acțiunile propuse pentru atingerea dezideratului dezvoltării. Criteriul vine în completarea cerinței de a contribui la beneficiul reciproc, în sensul în care se urmărește ca fiecare membru, prin contribuțiile sale la activitatea implicată, să aducă un beneficiu celorlalți membri. În cadrul analizei capacității unui stat ce aspiră la calitatea de membru al OCDE se vor lua în calcul și criteriile globale care să reflecte capacitățile ori intențiile potențialului membru, precum și asigurarea unei diversități din punct de vedere geografic.

În anul 2017, Consiliul OCDE a emis un nou raport⁴, continuare a raportului Noboru din anul 2004, prin care se urmărește clarificarea criteriilor de aderare. Astfel, se constituie un cadru de lucru care trasează principalele direcții în privința noilor membri OCDE și reafirmă valorile principiale ce stau la baza Organizației. Cu privire la parcursul Organizației, se arată că aceasta reafirmă scopul de a deveni o rețea globală care, prin colaborare transfrontalieră, să consolideze bune practici și politici comune. În cuprinsul raportului se notează faptul că activitatea OCDE a fost eficientă în elaborarea unor politici comune incluzive, concretizate prin adoptarea unor standarde comune și a unor instrumente de tip *soft law*, ce au permis atingerea scopurilor organizației la nivel global. În acest sens, se menționează ca elemente de reper importanța modelelor privind convențiile de evitare a dublei impuneri, precum și schimbul reciproc de informații în scopul prevenirii erodării bazelor impozabile și a transferului profiturilor.

³ Pentru detalii, a se vedea <https://www.oecd.org/global-relations/globalrelationsstrategy/37434513.pdf>, accesat 12.04.2021.

⁴ Pentru detalii, a se vedea <http://www.oecd.org/mcm/documents/C-MIN-2017-13-EN.pdf>, accesat 12.04.2021.

2. Planul BEPS. Acțiunile OCDE pentru combaterea erodării bazei impozabile

Erodarea bazei impozabile, denumită în continuare BEPS (*Base Erosion and Profit Sharing*), reprezintă un subiect ce a generat necesitatea unei strânse colaborări între OCDE și statele membre ale grupului G20. Conform unei analize⁵, marii contribuabili privați (adesea societăți multinaționale) sunt subiecți a aproximativ 10% din totalul impunerilor stabilite în cadrul unui an. Acest fapt înseamnă că aceștia alcătuiesc o categorie semnificativă asupra căreia trebuie orientate eforturile de limitare a BEPS.

Rolul pe care OCDE îl arogă la nivel supranațional presupune oferirea unor direcții de acțiune și instrumente de *soft law* pentru controlarea practicilor prejudiciabile de evitare a impunerilor. Necesitatea de a colabora în ceea ce privește problematica BEPS rezidă și în faptul că se dorește a fi evitate situațiile în care decizii unilaterale ale statelor ar putea produce un dezechilibru, cu precădere în aria cadrului de lucru privind instrumentele convenționale de evitare a dublei impunerii. Ceea ce generează posibilitatea erodării bazei impozabile prin operațiuni cu caracter de extraneitate subzistă tocmai în discrepanțele ce există la nivel global cu privire la modul în care fiecare stat a ales să definească modalitățile și rațiunile impunerilor aplicate. În acest context, abordarea provocărilor determinate de BEPS trebuie să se realizeze într-o manieră coerentă și echilibrată, ținând cont de clivajul firesc dintre statele puternic dezvoltate ori industrializate și statele emergente. Cu toate acestea, colaborarea prin intermediul OCDE poate oferi și soluții individuale, precum și susținere în identificarea și rezolvarea unor aspecte ce țin de particularitățile fiecărui stat în parte.

Există factori care, în urma analizelor efectuate la nivelul OCDE, demonstrează că până în anul 2013 s-a înregistrat o tendință puternică de creștere a popularității utilizării unor metode tot mai agresive de evitare a impunerilor. Pentru a trata eficient aceste aspecte, se consideră că este necesară o abordare holistică la nivel interguvernamental. Aceasta presupune ca măsurile adoptate în plan național să corespundă realităților și provocărilor internaționale și să ofere un echilibru între impunerile din statul sursă și sarcina fiscală din statul de rezidență, implementarea unor norme anti-abuz și reglementarea condițiilor prețurilor de transfer. O abordare integrativă a acestui subiect ar putea conduce la o imagine detaliată asupra tuturor factorilor ce determină implicațiile BEPS. În acest sens, coordonarea acțiunilor prin intermediul OCDE este cheia implementării soluțiilor identificate, fără a fi necesar să se impună aceleași instrumente în mod imperativ în statele partenere, ci mai curând, prin elaborarea unor modele de lucru integrative.

⁵ Pentru detalii, a se vedea, OECD (2017), *Revenue Statistics 2017*, OECD Publishing, Paris, [Online] la <https://doi.org/10.1787/9789264283183-en>, accesat 12.04.2021.

În anul 2013, OCDE a adresat necesitatea dezvoltării unui plan integrativ de combatere a BEPS⁶. Principalul scop al acestui plan constă în punerea la dispoziția statelor a unor instrumente cu aplicabilitate atât internă, cât și internațională, în sensul alinierii politicilor fiscale la realitatea activităților economice. În esență, acest plan ar trebui să identifice puncte de legătură între domeniile cheie ce includ: neutralizarea efectelor tranzacțiilor artificiale și a construcțiilor hibride, consolidarea și armonizarea normelor ce reglementează tratamentul aplicabil prețurilor de transfer, clarificarea eventualelor nelămuriri privind atribuirea competenței de a stabili și colecta impuneri, identificarea unor alternative pentru stoparea practicilor de evitare și a practicilor prejudiciabile de interpretare a convențiilor pentru evitarea dublei impuneri (dubla neimpozitare sau impozitarea scăzută). În sensul combaterii erodării bazei impozabile, au fost stabilite multiple direcții de lucru, dintre care procedurile de acord reciproc, schimbul de informații între statele partenere, prevenirea practicilor prejudiciabile în materie de impuneri și a interpretării abuzive a tratatelor bilaterale reprezintă standarde minime⁷.

În cele ce urmează, pentru a contura un profil al direcțiilor de lucru specifice la nivelul OCDE și la nivel comunitar, este necesară analiza principalelor acțiuni parte a cadrului de lucru pentru combaterea erodării bazei impozabile (acțiunile BEPS). Identificarea unor măsuri ca răspuns la provocările generate de procesul digitalizării în materie de impuneri este una dintre prioritățile planului de combatere a BEPS. Transformarea digitală recentă, accelerată și expansivă a generat un profund impact economic și social, ducând la schimbări de paradigmă semnificative. Acest lucru a stârnit dezbateri globale cu privire la necesitatea și posibilitatea implementării unor sisteme de impunere universale, supranaționale. Etapele inițiale de implementare a proiectului de combatere a BEPS au arătat că unele dintre comportamentele specifice BEPS au fost potențate de evoluția rapidă și continuă a tehnologiilor digitale – procesul de digitalizare.

Ca parte a activității Acțiunii 1 din cadrul Proiectului OECD BEPS s-a recunoscut că, din cauza naturii omniprezente a digitalizării, ar fi dificil, dacă nu imposibil, să se limiteze la nivel guvernamental implicațiile economiei digitale. Digitalizarea economiei este un fenomen al cărui amploare nu poate fi neglijată și care ridică piedici în calea stabilirii și colectării impunerilor în mod eficient. Adoptarea pe scară largă a tehnologiilor de comunicare informatică, împreună cu scăderea rapidă a prețurilor și creșterea performanței acestor tehnologii, a contribuit la dezvoltarea de noi activități atât în sectorul privat, cât și în cel public. Aceste tehnologii au determinat reducerea costurilor și au permis

⁶ Pentru detalii, a se vedea OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, [Online] la https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en#page4, accesat 12.04.2021.

⁷ Pentru detalii, a se vedea OECD *Work on Taxation 2018-2019*, [Online] la <https://www.oecd.org/tax/centre-for-tax-policy-and-administration-brochure.pdf>, accesat 13.04.2021.

dezvoltarea de noi produse și servicii. Totodată, s-au schimbat modalitățile în care bunurile și serviciile sunt produse și livrate, precum și modelele de afaceri utilizate (cu precădere) în întreprinderile multinaționale.

De asemenea, pentru a susține interacțiunea persoanelor fizice consumatori cu furnizorii acestor bunuri sau servicii, s-a impus necesitatea de a crea noi mecanisme de plată, inclusiv noi forme de monede digitale. În acele arii economice ce au urmat cursul digitalizării, primii jucători digitali majori au început inițial de la modele tradiționale de afaceri, adaptându-le ulterior unor noi modele, mai potrivite nevoilor utilizatorilor finali. De exemplu, comerțanții online cu amănuntul au adoptat inițial modelul de afaceri prin vânzarea digitală de bunuri mobile corporale folosindu-se de platforme online drept interfață pentru comunicarea cu clientul (de exemplu, pentru cărți). În prezent, aceste activități de comercializare a unor bunuri corporale s-au transformat în oferirea unor servicii prin care utilizatorilor să le fie împlinite aceleași necesități, însă într-o formă virtuală, incorporală. Spre a exemplifica această tendință, menționăm apetența pentru achiziționarea de cărți în format digital ori popularitatea serviciilor de *streaming* al conținutului media. Totodată, este de remarcat că fenomenul comerțului online a căpătat o amploare deosebită pe parcursul timpului. O analiză a OECD⁸ arată că, spre exemplu, comerțul electronic în Olanda a crescut ca pondere din totalul veniturilor societăților de la 3,4% în 1999 la 14,1% în 2009. În mod similar, între 2004 și 2011, această pondere a crescut de la 2,7% la 18,5% în Norvegia și de la 2,8% la 11% în Polonia. Pe baza datelor comparabile oferite în analiză, comerțul electronic se apropie de 20% din totalul cifrei de afaceri în Finlanda, Ungaria și Suedia și 25% în Republica Cehă. Aceste date sunt însă relevante pentru doar perioada incipientă a dezvoltării comerțului electronic, întrucât la nivel european, rata acestuia a crescut la 62% în anul 2020⁹.

Multe dintre elementele specifice economiei digitale, în special cele legate de mobilitatea capitalurilor, pot genera preocupări privind riscurile erodării bazei impozabile pentru evitarea impunerilor. Aceste riscuri sunt în mare măsură determinate de volatilitatea pe care o comportă dimensiunea digitală. Bunurile sau serviciile oferite sunt lipsite de dimensiunea fizică, asemenea mijloacelor de plată, fapt care face ca transferul acestora să se realizeze aproape instant.

În anul 2020, OECD și grupul G20 au stabilit, în cadrul unui spațiu de lucru comun, necesitatea identificării unor soluții consensuale menite să estompeze discrepanțele ivite între deciziile unilaterale ale statelor partenere în materie de impuneri transfrontaliere. Aceste măsuri se desfășoară în cadrul a doi piloni de

⁸ Pentru detalii, a se vedea OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, [Online] la https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report_9789264241046-en#page58, accesat 13.04.2021.

⁹ Pentru detalii, a se vedea <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/ddn-20210217-1>, accesat 13.04.2021.

acțiune. Prin primul pilon se urmărește adaptarea modului de stabilire a sarcinilor fiscale asupra veniturilor internaționale la noile modele de afaceri, prin clarificarea fiecărei legături concrete (*nexus*) ce conferă suveranitate statelor în alocarea competențelor de impozitare. De asemenea, vizează în mod semnificativ creșterea gradului predictibilității în materie de impuneri. Prin raportare la principii comune se poate realiza un mediu securizant pentru desfășurarea afacerilor ce comportă un element de extraneitate, iar măsurile unilaterale ce țin de specificul național al statelor partenere vor fi înlocuite cu măsuri integrative consensuale. Cel de-al doilea pilon abordează soluții generale pentru combaterea practicilor de erodare a bazei impozabile, în special pentru aspectele în legătură cu care stabilirea unor mecanisme standard de impunere transfrontalieră nu este o măsură suficientă. Acesta este conceput pentru a se asigura că operatorii economici transnaționali vor fi debitori ai unor obligații fiscale, indiferent de locul înregistrării rezidenței fiscale sau cel al desfășurării activității lor. Această abordare urmărește consolidarea unor aspecte precum: asigurarea unei impozitări minime, evitând totodată dubla impunere, adaptarea la diferențele dintre diversele politici fiscale ale statelor, asigurarea unui mediu de afaceri concurențial echilibrat și transparent și fluidizarea sarcinilor administrative în materie de impuneri¹⁰.

Deoarece direcțiile de acțiune ale planului de combatere a BEPS sunt determinate de o multitudine de factori aflați într-o relație de interdependență, în anul 2020 atenția OCDE s-a orientat asupra modului în care digitalizarea economiei influențează politicile fiscale pe fondul pandemic. Privind în perspectivă, criza COVID-19 va face probabil și mai presantă abordarea provocărilor fiscale care decurg din digitalizarea economiei, din câteva motive principale¹¹. Printre acestea se numără faptul că limitările impuse de această criză fac ca implicațiile economiei digitale să fie mai acute, desfășurarea tranzacțiilor realizându-se cu precădere în mediile online. Criza va duce la o deteriorare și o presiune accentuată asupra resurselor publice în majoritatea țărilor, ceea ce va ridica incertitudini cu privire la modul de consolidare a veniturilor fiscale, odată cu încercarea de a depăși această criză. Un alt aspect de menționat este faptul că, întrucât unele societăți primesc sprijin guvernamental în timpul acestei perioade și, totodată, mulți membri ai societății sunt solicitați și nevoiți să aducă contribuții suplimentare și sacrificii la eforturile colective în contextul crizei, este probabil să existe o toleranță și mai mică față de planificarea fiscală agresivă.

¹⁰ Pentru detalii, a se vedea OECD, *Addressing the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, 2020 p. 42, [Online] la <https://www.oecd.org/tax/beps/brochure-addressing-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2020.pdf>, accesat 13.04.2021.

¹¹ Pentru detalii, a se vedea https://www.oecd-ilibrary.org/sites/0e3cc2d4-en/1/3/1/index.html?itemId=/content/publication/0e3cc2d4-en&_csp_=60cbdb3f912de71310706737fc50a27f&itemIGO=oecd&itemContentType=book#section-d1e1098, accesat 14.04.2021.

Acest fapt ar fi justificat tocmai de necesitatea simțului echității pentru a explica aplicarea impunerilor.

Dincolo de dimensiunea provocărilor generate de digitalizarea economiei, un alt aspect prevăzut în planul de acțiuni pentru combaterea BEPS îl reprezintă „Neutralizarea efectelor aranjamentelor hibride”. Prin aranjamente sau instrumente de capital hibride se face referire la entitățile ori instrumentele utilizate ori interpuse, în special în operațiunile transfrontaliere, pentru a realiza o optimizare fiscală agresivă. Prin această a doua acțiune propusă se urmărește consolidarea unor prevederi eficace în cadrul convențiilor internaționale prin care sunt alocate competențe în materie de impunere, în așa fel încât să se anticipeze și evite situațiile în care un contribuabil ar putea beneficia de scutire de la plata obligațiilor fiscale atât în statul sursă a veniturilor, cât și în statul-destinație. Cu ajutorul acestor entități ori instrumente se pot realiza tranzacții artificiale (ce nu prezintă un real conținut economic), având ca scop evitarea impozitării ori atragerea unor facilități care în mod firesc ar fi necuvenite. Conform raportului de implementare a acestei acțiuni¹², ca rezultat al preocupării unei bune părți dintre statele membre cu privire la acest subiect, la nivelul OCDE s-a desfășurat o activitate de identificare a tipurilor de structuri și instrumente hibride pentru a înțelege modul în care acestea funcționează și punctele cheie ce trebuie atinse în acoperirea fisurilor legislative ce permit existența unor astfel de practici abuzive. În urma acestui demers a fost întocmit un raport ce include concluzii asupra faptului că lipsa unor instrumente de reglementare clară privind alocarea competențelor de impozitare determină pe termen lung o erodare a bazei impozabile în ambele state implicate în astfel de situații. Una dintre premisele acestor concluzii este situația în care un contribuabil produce venituri sau procesează capital în afara statului în care are stabilită rezidența fiscală. Un alt aspect relevat în raport constă în identificarea legăturii dintre utilizarea elementelor hibride în economie și destabilizarea mediului concurențial. Astfel, apelarea la construcții artificiale pentru a realiza tranzacții fără substanță economică, doar în scopul creșterii veniturilor, determină o situație injustă față de competitori în cazul persoanelor juridice. Se pot identifica ipoteze în care abuzul de putere dominantă este generat și de această poziție privilegiată din punct de vedere financiar a contribuabilului utilizator de elemente hibride. Principala dificultate în privința sancționării acestor practici rezidă în faptul că, adesea, acestea rămân fapte licite. Planul de Acțiune 2 își propune să genereze un cadru model care să ghideze politicile de reglementare interne în materie de impuneri, dar totodată și o bază comună pentru îmbunătățirea convențiilor bilaterale internaționale cu privire la impuneri.

Cea de-a treia acțiune are ca țintă consolidarea regulilor ce reglementează activitatea societăților străine controlate (CFC – *Controlled Foreign Company*).

¹² OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, [Online] la <https://doi.org/10.1787/9789264241138-en>, accesat 14.04.2021.

Prin aceasta se recunoaște faptul că în cadrul unui grup economic se pot regăsi părți afiliate, nerezidente în statul sursă a capitalurilor ce constituie baza impozabilă. Scopul existenței părților afiliate de acest gen este transferul capitalurilor către acestea, iar în multe cazuri, părțile afiliate sunt înființate mai curând în scopuri de evitare a impunerilor, decât din motive strâns legate de natura afacerilor desfășurate. Prin măsurile propuse se urmărește crearea unui cadru în care autoritățile în materie fiscală să poată impune obligații fiscale entităților subsidiare afiliate societăților străine controlate. În cadrul raportului întocmit de OCDE pe această temă se arată că o bună parte dintre statele membre sau partenere nu au reglementat dispoziții legale cu privire la relația dintre persoanele afiliate, iar în unele state, reglementarea existentă nu acoperă integral deficiențele sesizate. Acest plan de acțiune implică necesitatea dezvoltării unor recomandări în ceea ce privește modul de elaborare a normelor pentru domeniul persoanelor afiliate și al societăților străine controlate (denumite în literatura OCDE drept „norme CFC”). Instituirea normelor CFC reprezintă totodată expresia suveranității naționale în raporturile juridice ce implică un element de extraneitate. Reglementările în această materie ar trebui să includă aspecte precum: definirea conceptului de „parte afiliată” și definirea noțiunii de „control”, stabilirea unor limite în privința deductibilităților acordabile în tranzacțiile intragrup, adoptarea unor repere care să ofere orientare în stabilirea bazei impozabile, precum și reguli pentru prevenirea sau eliminarea dublei impuneri. Regulile CFC sunt, în general, concepute pentru a acționa ca un factor de descurajare. Cu alte cuvinte, aceste norme nu au ca scop primar creșterea impozitului pe veniturile societăților controlate. În schimb, sunt concepute pentru a proteja aportul la bugetele publice, asigurându-se că sumele corespunzătoare rămân parte a bazei impozabile a societății-mamă. Aplicarea unor norme CFC stricte va crește cuantumul obligațiilor plătite către state prin impozitarea capitalurilor societăților străine controlate, dar este probabil să existe o reducere a ponderii capitalurilor transferate transfrontalier în cadrul grupului după aplicarea acestora.

Una dintre acțiunile fundamentale ce se regăsește în planul de combatere a BEPS privește contracararea practicilor fiscale prejudiciabile, luând în considerare transparența informațiilor și substanța tranzacțiilor efectuate. Preocuparea față de această arie nu este una recentă, întrucât subzistă de la finele anului 1998, odată cu publicarea primului raport OCDE pe această temă. Acest raport¹³ a constituit baza cadrului de lucru prin care Organizația desfășoară în prezent activități de reducere a incidenței practicilor prejudiciabile. Fenomenul de evitare a impunerilor, din perspectiva aceste arii de acțiune, este motivat de mobilitatea capitalurilor și tranzacțiilor dintr-o jurisdicție în alta. Scopul OCDE cu privire la aceasta este să consolideze un mediu securizant pentru a asigura integritatea sistemelor de impunere ale statelor partenere. Activitatea este orientată în special spre direcțiile de lucru față de care statele au semnalat că

¹³ OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, Paris, 1998, [Online] la <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>, accesat 15.04.2021.

există impedimente în materie de stabilire sau colectare a impunerilor din cauza mobilizării elementelor ce alcătuiesc baze impozabile. Acțiunile propuse cu privire la contracararea practicilor prejudiciabile nu au ca scop fundamental popularizarea ideii de armonizare a impunerilor la nivelul OCDE. Mai mult, prin acestea nu se urmărește în mod direct influențarea cadrului în care sunt stabilite impunerile ori cuantumul acestora în statele membre. În schimb, unul dintre scopurile afirmate și asumate îl reprezintă tocmai reducerea discrepanțelor ce influențează alegerea rezidenței fiscale de către contribuabil.

La nivelul OCDE s-a stabilit o sumă de criterii în baza cărora ulterior s-a elaborat o listă a statelor necooperante fiscal. Aceste paradisuri fiscale oferă condiții ce încurajează practicile prejudiciabile, planificarea fiscală agresivă și erodarea bazei impozabile prin impunerile reduse, asigurarea secretului bancar și refuzul de a coopera la nivel supranațional. Schimbul de informații este o componentă cheie a procesului de colaborare transparent între state partenere. De altfel, acesta este unul dintre standardele minime impuse de OCDE în combaterea BEPS, alături de contracararea practicilor prejudiciabile. În doctrina de specialitate s-au reținut clasificări ale paradisurilor fiscale prin coroborarea cu tipurile de facilități pe care acestea le pun la dispoziția contribuabililor interesați de tranzacții de acest tip¹⁴. Există state care direct prin intermediul dispozițiilor convențiilor pentru evitarea dublei impuneri oferă privilegii și scutiri la plata impunerilor datorate de nerezidenți, în așa fel încât cuantumul acestora devine ne semnificativ pentru marii operatori multinaționali. Totodată, menționăm că există state în care veniturile nerezidenților nu sunt supuse impunerii. Dacă acel venit nu este impozitat în statul de rezidență, deoarece este realizat în afara acestuia, iar în statul sursă nu se aplică cote de impunere capitalurilor nerezidenților, atunci se ajunge la o dublă neimpozitare. Această ipoteză este poate cea mai avantajoasă pentru contribuabil, întrucât reduce aproape spre zero diferența dintre venitul brut și venitul net.

Astfel, la nivelul OCDE, planul de acțiune privind combaterea practicilor fiscale prejudiciabile evidențiază activitatea pe două segmente importante: schimbul de informații între autoritățile fiscale și verificarea substanței economice în tranzacții. Schimburile spontane obligatorii de informații în materie de impuneri sunt un element cheie, parte din implicarea grupului G20 și a OECD în cadrul planului de combatere a BEPS prin îmbunătățirea transparenței în ceea ce privește impozitele. Aceste măsuri vin în completarea altor inițiative, cum ar fi o abordare globală a prețurilor de transfer intragrup, pentru a se asigura că autoritățile fiscale pot accesa informații complexe cu privire la fiecare contribuabil în parte. De asemenea, aceste acțiuni vor servi drept un sistem de avertizare timpurie pentru autoritățile fiscale, cu privire la tendința de a eroda baza de impozitare. Societățile multinaționale ar trebui să fie cu precădere conștiente de faptul că, în viitor, este probabil ca prin acest sistem al transparentizării și informării între state, autoritățile să aibă acces la date privind

¹⁴ Pentru detalii, a se vedea, P. Ciobanu, *Infrațiuni financiar bancare*, Editura Rosetti International, București, 2012, p. 80.

impunerile stabilite sau facilitățile acordate în străinătate, pentru a putea verifica caracterul artificial al tranzacțiilor.

Cea de-a șasea măsură prevăzută în planul pentru combaterea erodării bazei impozabile o reprezintă prevenirea utilizării abuzive a tratatelor de evitarea dublei impunerii. Convențiile internaționale în materie de impuneri au drept scop identificarea soluțiilor optime în întâmpinarea unor aspecte precum impunerea mai multor obligații fiscale similare asupra aceluiași subiect impozabil ori asupra aceleași baze impozabile, însă sub autoritatea a două jurisdicții diferite. Adesea, în aceste situații, impunerile stabilite în jurisdicții diferite se fundamentează pe legături justificative diferite. În mare parte dintre tratatele de acest tip sunt incluse dispoziții cu privire la asigurarea nediscriminării în privința tratamentului fiscal aplicabil contribuabililor nerezidenți. Pentru crearea securității circuitului economic transfrontalier se instituie proceduri de informare reciprocă între state partenere, fapt ce confirmă importanța acordată schimbului de informații în materie de impuneri la nivelul OCDE.

Ca parte a pachetului de acțiuni BEPS, Acțiunea 6 constituie unul dintre cele patru standarde minime în combaterea BEPS. Astfel, membrii corpului de lucru BEPS se angajează să includă în tratatele fiscale internaționale dispoziții referitoare la *treaty-shopping*, pentru a asigura un nivel minim de protecție împotriva interpretării abuzive a tratatelor. Aceștia au convenit, de asemenea, că este necesară o anumită flexibilitate în punerea în aplicare a standardului minim, deoarece aceste dispoziții trebuie adaptate la specificul fiecărui stat și la circumstanțele negocierii acordurilor fiscale. Standardul minim privind *treaty-shopping* impune statelor să includă două componente în acordurile lor fiscale: o declarație expresă privind neimpozitarea și modalitatea de abordare a fenomenului de *treaty-shopping*. Pentru a încuraja implementarea standardului minim și a altor măsuri legate de combaterea BEPS la nivel global din perspectiva convențiilor internaționale, a fost adoptat un instrument multilateral care facilitează modificarea acordurilor bilaterale în materie de impuneri deja existente.

Modul de alcătuire a grupurilor economice internaționale și transferurile de capital realizate în cadrul acestora reprezintă o altă preocupare recurentă aflată în strânsă legătură cu practicile de erodare a bazei impozabile. Din acest motiv, una dintre acțiunile de combatere a BEPS presupune reglementarea cu privire la riscul pe care îl comportă prețurile de transfer. Prețul de transfer, conform opiniilor doctrinare, este considerat a fi definit drept „prețul la care o anumită entitate (agent economic) furnizează bunuri și/sau servicii către un alt agent economic afiliat. Conceptul de afiliere cuprinde agenții economice care sunt controlați în comun de către o terță parte sau, dimpotrivă, se controlează în comun unul pe altul prin intermediul participațiilor la capitalul social sau /și a drepturilor de vot”¹⁵. Pentru a completa sfera persoanelor afiliate ne putem raporta la cuprinsul Standardelor Internaționale de Raportare Financiară, din accepțiunea cărora reiese că pot fi considerate parte a categoriei persoanelor

¹⁵ C.G. Buzan, *Paradisurile fiscale și centrele financiare offshore. În contextul economiei mondiale*, Editura C.H.Beck, București, 2012, p. 90.

afiliate și „membri sau apropiați ai familiei unei persoane ce desfășoară relații comerciale cu societatea-mamă”¹⁶. Consecințele lipsei unor reglementări riguroase în materia prețurilor de transfer subzistă în facilitarea tehnicilor de erodare a bazei impozabile prin planificarea fiscală agresivă.

Prețurile de transfer și reglementarea acestora reprezintă una dintre principalele preocupări la nivelul Organizației, deoarece sunt o componentă cu o pondere ridicată în rândul practicilor de erodare a bazei impozabile. Din aceste motive, încă din anul 1979 au fost adoptate la nivelul OCDE linii directoare cu privire la abordarea în materie de impuneri asupra tranzacțiilor intragrup. Aceste linii directoare alcătuiesc Ghidul OCDE cu privire la prețurile de transfer, care a suferit modificări și adăugiri succesive în anii 1995 și 2017. Prin acesta se statuează principiile cu aplicabilitate la nivel supranațional, menite să prevină erodarea bazei impozabile, dar totodată susținând și evitarea dublei impozitări. Principiile devin un instrument eficient în concilierea dintre interesele contribuabilului și rigorile autorităților fiscale naționale. Caracterile acestor linii directoare sunt în acord cu misiunea Organizației de a contura un mediu propice dezvoltării economice globale și a unei piețe supranaționale sustenabile. Dintr-o perspectivă mai largă, prețurile de transfer comportă o semnificație ce excede simplului criteriu al valorii de tranzacționare dintre societăți sau entități afiliate. Prețul la care se realizează tranzacții în cadrul unui grup de persoane afiliate este relevant pentru autoritățile fiscale pentru a verifica dacă în operațiunile desfășurate prețul este unul real, serios și conferă substanță economică.

Totodată, unele societăți afiliate, parte a unui grup, intenționează să transfere capital în afara statului sursă al venitului. În acest mod apare fenomenul de erodare a bazei impozabile, iar pentru a preîntâmpina riscurile acestui fenomen, se justifică introducerea unei obligații de a analiza dacă tranzacțiile persoanelor afiliate sunt comparabile valorii de piață. În acest context, unul dintre cele mai importante principii îl reprezintă cel al valorii de piață sau al concurenței depline („*the arm's length principle*”). Acest principiu stabilește ca reper un standard comun la nivelul țărilor membre ale Organizației și stabilește regula conform căreia între persoanele afiliate tranzacțiile trebuie să se desfășoare în condiții de preț similare celor ce ar fi fost practicate în relație cu alte părți neafiliate.

Astfel, se ivește necesitatea de a stabili metode practice de actualizare a bazei impozabile, luând în calcul valoarea de piață reală. În acest sens, trebuie analizate tranzacțiile efectuate în raport de situația reală și implicațiile pieței economice. Printre criteriile avute în vedere se regăsește gradul de oportunitate al tranzacției (un factor volatil și complex de probat în cazul valorii aferente anumitor elemente necorporale individuale, cum ar fi drepturile de proprietate intelectuală). Intervenția asupra prețului de transfer se poate face și prin raportare la criteriul substanței economice a tranzacției, în acord cu natura acesteia. Un indicator eficient al realității operațiunilor desfășurate îl reprezintă

¹⁶ *Standardele Internaționale de Raportare Financiară*, Editura CECCAR, București, 2006 p. 1245.

echilibrul intragrup. Ghidul OCDE¹⁷, în cuprinsul paragrafelor 1.52.-1.54., oferă un instrument de analiză în detaliu a prețurilor de transfer. Un indicator al tranzacțiilor sau operațiunilor lipsite de substanță economică îl reprezintă ipoteza în care o persoană afiliată înregistrează cu precădere pierderi, în timp ce pentru ceilalți membri ai grupului se naște o situație favorabilă.

Deși respectarea principiului concurenței depline este principala limitare impusă la nivelul OCDE, iar acest principiu oferă un răspuns complex provocărilor în materie, la nivelul cadrului de lucru pentru combaterea BEPS au fost identificate și alte metode eficiente. Aceste metode propuse sunt instrumente ce facilitează analiza modului în care prețurile de transfer sunt practicate, prin evidențierea tranzacțiilor sau a beneficiilor¹⁸. Așa cum se poate observa, reglementarea prețurilor de transfer constituie o reală preocupare în cadrul planului de acțiuni al OCDE pentru combaterea practicilor de erodare a bazei impozabile.

3. Concluzii

Posibilitatea de a opta, din rațiuni de eficiență a afacerilor, pentru a desfășura activitățile sub o anumită jurisdicție fiscală este un element firesc și necesar în dezvoltarea unui mediu de afaceri competitiv. Viziunea în materie de impuneri se poate diviza în două categorii de interese principale. În primul rând, facem referire la statele ce abordează măsuri tot mai restrictive pentru a combate fenomenul BEPS. În aceste cazuri nu este necesar ca rata impunerilor să fie una deosebit de ridicată, însă tendința contribuabilului de maximizare a veniturilor va genera o continuă încercare de echivare de la plata obligațiilor fiscale. Un astfel de ambient, în care contribuabilul și instituțiile guvernamentale se află într-o cursă continuă, conduce la consecințe nefaste pentru ambele părți. Activitatea contribuabilului va fi îngreunată de piedicile reglementărilor în domeniul său, iar procesul de colectare a impunerilor se va desfășura ineficient pe fondul relației dintre cele două părți.

Cea de-a doua categorie la care facem referire se află la polul opus situației statelor cu politici fiscale restrictive. Ne referim la statele care acordă facilități prin care se creează un ambient propice dezvoltării afacerilor ori transferării și păstrării capitalurilor. Aici pot fi incluse statele emergente, ce adesea oferă condiții avantajoase anumitor industrii pentru a atrage investițiile de capital pe teritoriul acestora, iar mai apoi se remarcă totalitatea statelor și jurisdicțiilor cunoscute sub denumirea de paradisuri fiscale, considerate a fi „o supapă în cadrul sistemelor economico-financiare naționale”¹⁹. Toată această diversitate și contextul socio-politic în care ne regăsim justifică din plin actualitatea și

¹⁷ OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, [Online] la <https://doi.org/10.1787/tpg-2017-en>, accesat 14.04.2021.

¹⁸ Pentru detalii, a se vedea R. Chirieac, *Societățile comerciale offshore: între optimizare și evaziune fiscală*, Editura Hamangiu, București, 2019, p. 187.

¹⁹ P. Ciobanu, *op. cit.*, p. 80.

necesitatea susținerii demersurilor OCDE pentru echilibrarea economică și în materie de impuneri.

Referințe

- Buzan C.G., *Paradisurile fiscale și centrele financiare offshore. În contextul economiei mondiale*, Editura C.H. Beck, București, 2012
- Ciobanu P., *Infracțiuni financiar bancare*, Editura Rosetti International, București, 2012
- Chirieac M.R., *Societățile comerciale offshore: între optimizare și evaziune fiscală*, Editura Hamangiu, București, 2019
- Eurostat, *Online shopping ever more popular in 2020*, [Online]
- OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, <https://doi.org/10.1787/9789264192744-en>
- OECD/G20, *Base Erosion and Profit Shifting Project Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1 - 2015 Final Report, <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>
- OECD/G20, *Inclusive Framework on BEPS: Addressing the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, [Online]
- OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264241138-en>
- OECD (1998), *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264162945-en>
- OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/tpg-2017-en>

Răspunderea pentru încălcarea normelor privind protecția datelor cu caracter personal de către operatorii de platforme specifice economiei colaborative

Data Protection Liability for Controllers of the Sharing Economy Platforms

Diana-Ioana Roșu¹

Rezumat: Prezentul studiu abordează problema prelucrărilor de date cu caracter personal în cadrul economiei colaborative, răspunderea pentru prelucrările de date efectuate și identifică un vid în modul de implementare a GDPR de către platformele colaborative. Pentru început, este pusă în discuție calitatea platformelor colaborative de servicii ale societății informaționale, pentru ca ulterior să se poată observa cum calitatea auto-declarată de servicii ale societății informaționale împiedică platformele colaborative să creeze un cadru optim de protecție a datelor cu caracter personal. În concret, ulterior încheierii contractului dintre beneficiar și prestatorul de servicii, platforma colaborativă se va retrage temporar din poziția de operator de date, lăsând prestatorii de servicii să prelucreze date fără un cadru legal care impune principiile GDPR.

Cuvinte-cheie: GDPR; economia colaborativă; protecția datelor; operator de date; platformă colaborativă

Abstract: This paper studies the problem of data protection in the sharing economy, the liability for the data processing conducted in such a context and identifies a gap in the way GDPR is enforced by collaborative platforms. The study discusses whether collaborative platforms are information society services and further analyses how the self-declared status of an information society service prevents collaborative platforms from creating an adequate framework to protect personal data. More precisely, after concluding the contract between the final receiver and the service provider, a collaborative platform will temporarily withdraw from its data controller role, allowing the service providers to process data without a legal framework that enforces GDPR principles.

Keywords: GDPR; sharing economy; data protection; data controller; collaborative platform

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

1. Aspecte introductive privind economia colaborativă și prelucrarea datelor cu caracter personal

Economia colaborativă este un model de afaceri² care facilitează utilizarea în comun a bunurilor și serviciilor oferite în general de persoane fizice. Aceste activități sunt coordonate de platforme colaborative care creează o piață deschisă³, ce are la bază ideea de a împărți temporar resurse⁴. Deși această idee reprezintă un concept vechi, apărut din nevoia de a împărți bunuri și servicii, ce a fost practicat cu mult timp înainte de a fi asociat cu economia⁵, a devenit un adevărat fenomen odată cu dezvoltarea tehnologiei. Aceasta facilitează conectarea persoanelor care oferă bunuri sau servicii cu cei care sunt în căutarea lor, adaugă metode sigure de plată și validează legitimitatea utilizatorilor prin recenzii.

Economia colaborativă este bazată pe contribuția a trei actori: prestatorul de servicii, care pune la dispoziție bunurile și/sau serviciile pe care dorește să le împartă, utilizatorul final al acestora (beneficiarul bunurilor și serviciilor) și platforma colaborativă care intermediază legătura dintre cei doi. Contribuția fiecăruia alcătuiește sistemul triunghiular economic denumit economie colaborativă, care ia amploare tot mai mare la nivel mondial.

Datele cu caracter personal reprezintă resursa principală care alimentează economia colaborativă⁶. Cu ajutorul acestora este posibilă identificarea prestatorilor care oferă bunuri și/sau servicii potrivite nevoilor și specificațiilor dorite de utilizatori. Prin intermediul unor prelucrări masive de date se poate construi încrederea de care economia colaborativă depinde în mod esențial⁷. În acest context, platformele colaborative, pe lângă rolul de intermediar între prestator

² Comisia Europeană, *Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor. O agendă europeană pentru economia colaborativă*, Bruxelles, 2.6.2016, p. 3, disponibil [Online] la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52016DC0356>, accesat la 24.04.2021.

³ *Ibidem*.

⁴ C. T. Ungureanu, *Drept internațional privat european în raporturi de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2021, p. 162.

⁵ K. Erickson, I. Sørensen, *Regulating the Sharing Economy: Introduction to the Special Issue*, în *Internet Policy Review*, volumul 5, numărul 2, 2016, p. 3, disponibil [Online] la <https://ssrn.com/abstract=2816335>, accesat la 26.04.2021.

⁶ B. Carballa Smichowski, *Data as a common in the sharing economy: a general policy proposal*, *Document de travail n°2016-10 du Centre d'Economie de l'Université de Paris Nord*, august 2016, pp. 19-21, disponibil [Online] la <https://cepn.univ-paris13.fr/download-attachment/9144/>, accesat la 29.04.2021.

⁷ F. Hawlitschek, T. Teubner, C. Weinhardt, *Trust in the Sharing Economy*, în *Swiss Journal of Business Research and Practice*, volumul 70, numărul 1, pp. 26-44, disponibil [Online] la <https://doi.org/10.5771/0042-059X-2016-1-26>, accesat la 27.04.2021; J. Jerome, B. Dambrine, B. Ambrose, *User Reputation: Building Trust and Addressing Privacy Issues in the Sharing Economy*, în *Future of Privacy Forum*, iunie 2015, disponibil [Online] la <https://www.yumpu.com/en/document/view/55585867/user-reputation>, accesat la 29.04.2021.

și beneficiar, au o poziție importantă în ceea ce privește colectarea, stocarea și analiza datelor provenite de la utilizatori (fie ei prestatori sau utilizatori finali ai produselor ori serviciilor)⁸.

La nivelul Spațiului Economic European (SEE) și chiar în afara sa⁹, tehnologiile care prelucrează date în cadrul economiei colaborative trebuie să respecte normele Regulamentului general privind protecția datelor¹⁰ (denumit în continuare GDPR) și să aibă în vedere politici și practici constante pentru a le asigura protecția de la momentul conceperii și în mod implicit (*privacy by design and by default*)¹¹. Deși legislația privind protecția datelor nu este un concept nou în Uniunea Europeană (UE), regulamentul în vigoare fiind precedat de Directiva privind protecția datelor¹² din anul 1995, doar după apariția GDPR în 2016 s-a creat un cadru uniform de sancționare drastică¹³ a operatorilor care nu o respectă. La cinci ani de la adoptarea regulamentului și trei ani de la punerea sa în aplicare, există în continuare multe societăți, inclusiv platforme colaborative, care se străduiesc să obțină conformitatea cu sistemul legislativ¹⁴.

Și în operațiunile de prelucrare a datelor poate fi identificat rolul a trei actori care își aduc individual contribuția. În primul rând se află persoana

⁸ Comisia Europeană, *Exploratory study of consumer issues in online peer-to-peer platform markets. Final Report*, mai 2017, pp. 82-84, disponibil [Online] la <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/477f147f-b72e-11e9-9d01-01aa75ed71a1/language-en>, accesat la 14.05.2021.

⁹ Luând în calcul aplicabilitatea teritorială a GDPR, expusă la articolul 3. Pentru o analiză a aplicabilității teritoriale anterior GDPR, a se vedea L. Moerel, *The long arm of EU data protection law: Does the Data Protection Directive apply to processing of personal data of EU citizens by websites worldwide?*, în *International Data Privacy Law*, volumul 1, numărul 1, februarie 2011, pp. 28-46, disponibil [Online] la <https://doi.org/10.1093/idpl/ippq004>, accesat la 19.04.2021.

¹⁰ 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, JO L 119/1.

¹¹ Articolul 25 din GDPR; C. Kuner, L. A. Bygrave, C. Docksey (coord.), *The EU General Data Protection Regulation: A Commentary*, Editura Oxford University Press, mai 2021, pp. 118-123.

¹² 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, JO L 281/31.

¹³ Articolul 83 din GDPR.

¹⁴ V. Mangini, I. Tal, A.-N. Moldovan, *An empirical study on the impact of GDPR and right to be forgotten - organisations and users perspective*, în *Proceedings of the 15th International Conference on Availability, Reliability and Security*, articolul 37, 2020, pp. 1-9, disponibil [Online] la <https://doi.org/10.1145/3407023.3407080>, accesat la 27.04.2021; He Li, Lu Yu, Wu He, *The Impact of GDPR on Global Technology Development*, în *Journal of Global Information Technology Management*, volumul 22, numărul 1, 2019, disponibil [Online] la <https://doi.org/10.1080/1097198X.2019.1569186>, accesat la 28.04.2021.

vizată¹⁵, titularul datelor cu caracter personal. În cadrul economiei colaborative, pot fi persoane vizate atât prestatorul, cât și beneficiarul serviciilor, în raport cu platforma. În al doilea rând se află operatorul de date¹⁶, care stabilește scopul și mijloacele prelucrării. Platforma colaborativă poate fi considerată un operator de date, luând în considerare rolul său esențial prin care stabilește întreaga desfășurare a economiei colaborative. În ultimul rând se află persoana împuternicită de operator¹⁷, care realizează operațiuni de prelucrare pe baza indicațiilor și conform instrucțiunilor oferite de operator. Un procesator de plăți utilizat de platforma colaborativă poate fi considerat împuternicit.

În cele ce urmează vor fi evidențiate unele lacune identificate în strategia platformelor colaborative de prelucrare a datelor cu caracter personal. Aceste lipsuri sunt identificate în raport cu standardul impus de GDPR și prezintă riscul de a afecta persoanele vizate (în special beneficiarii finali ai economiei colaborative). Problemele semnalate se diferențiază de încălcările comune ale GDPR, prin faptul că privesc persoanele vizate de acțiunile menite să restabilească dreptul la protecția datelor.

2. Platforma colaborativă: serviciu al societății informaționale?

Platforma colaborativă va fi întotdeauna văzută ca un profesionist¹⁸, iar pentru cadrul general al contractelor pe care platforma le încheie cu utilizatorii, ar trebui să se aplice Directiva serviciilor¹⁹. Cu toate acestea, platformele colaborative se autodeclară servicii ale societății informaționale²⁰, caz în care Directiva privind comerțul electronic²¹ se va aplica cu prioritate raportat la Directiva serviciilor, fiind considerată normă specială²². Această încadrare juridică poate ridica anumite probleme, având în vedere că exclude aplicabilitatea normelor clasice ale profesioniștilor și inclusiv normele din domeniul în care acționează platformele. Plecând de la acest lucru, pot apărea o serie de probleme

¹⁵ Articolul 4, punctul 1 din GDPR.

¹⁶ Articolul 4, punctul 7 din GDPR.

¹⁷ Articolul 4, punctul 8 din GDPR.

¹⁸ C. T. Ungureanu, *Drept internațional privat european...*, op. cit., p. 165.

¹⁹ Directiva 2006/123/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 decembrie 2006 privind serviciile în cadrul pieței interne, JO L 376/36.

Comisia Europeană, *Exploratory study of consumer issues in online peer-to-peer platform markets. Task 5 Report - Legal Analysis Report*, februarie 2017, p. 22, disponibil [Online] la https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45245, accesat la 24.04.2021.

²⁰ C. T. Ungureanu, *Drept internațional privat european...*, op. cit., pp. 170-171.

²¹ Directiva 2000/31/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 8 iunie 2000 privind anumite aspecte juridice ale serviciilor societății informaționale, în special ale comerțului electronic, pe piața internă, JO L 178/1.

²² V. Hatzopoulos, S. Roma, *Caring for sharing? Collaborative economy under EU law*, în *Common Market Law Review*, volumul 54, numărul 1, 2017, p. 96.

Răspunderea pentru încălcarea normelor privind protecția datelor cu caracter personal

subsecvente referitoare la accesul la piața²³, impozitarea serviciilor, răspunderea platformelor etc²⁴.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) a decis într-o cauză emblematică²⁵ faptul că platforma colaborativă *Uber* reprezintă un serviciu de transport și nu se încadrează calificării de serviciu al societății informaționale²⁶. Ca urmare a acestei hotărâri, *Uber* trebuie să se supună normelor specifice serviciilor de transport.

Într-o altă decizie²⁷, Curtea a confirmat faptul că serviciile oferite de platforma *Airbnb* constituie servicii ale societății informaționale²⁸, întrucât sunt respectate toate condițiile cumulative ale definiției oferite de Directiva comerțului electronic²⁹. În plus, s-a demonstrat faptul că *Airbnb* rămâne independent de serviciile hoteliere oferite, întrucât creează doar o listă de locuri de cazare, pe care le indexează în funcție de anumite criterii³⁰ și permite prestatorului libertatea totală de a stabili prețul cazării³¹. În final, criteriul care diferențiază platforma *Airbnb* de *Uber* este influența minimă și chiar inexistentă asupra serviciilor, fără a lua decizii cu privire la serviciile de cazare și fără a avea control asupra numărului de oferte disponibile³².

²³ C. T. Ungureanu, *Drept internațional privat european...*, op. cit., pp. 169-171.

²⁴ Comisia Europeană, *Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor. O agendă europeană pentru economia colaborativă...*, op. cit.

²⁵ CJUE, Marea Cameră, cauza C-434/15 din 20 decembrie 2017, Asociación Profesional Elite Taxi împotriva Uber Systems SpainSL, disponibilă [Online] la <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-434/15>, accesată la 29.06.2021.

²⁶ *Idem*, punctul 40.

²⁷ CJUE, Marea Cameră, cauza C-390/18 din 19 decembrie 2019, X, cu participarea YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP), Valhotel, disponibilă [Online] la <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=221791&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=571820>, accesată la 29.06.2021.

²⁸ K. Logras, *Information Technology. Uber vs Airbnb: key takeaways from ECJ's case law*, în Logaras & Associates Newsletter, martie 2020, disponibil [Online] la https://uploads-ssl.webflow.com/5d777c469fadd58092730fd/5e5fef601ce8097503618dec_Uber%20vs%20Airbnb.pdf, accesat la 29.04.2021.

²⁹ CJUE, Marea Cameră, cauza C-390/18 din 19 decembrie 2019, X, cu participarea YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP), Valhotel, punctul 49, disponibilă [Online] la <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=221791&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=571820>, accesată la 29.06.2021.

³⁰ *Idem*, punctul 53.

³¹ *Idem*, punctul 56.

³² *Idem*, punctele 65-68, detaliate în A. Chapuis-Doppler, V. Delhomme, *A regulatory conundrum in the platform economy, case C-390/18 Airbnb Ireland*, în European Law Blog, 12.02.2020, disponibil [Online] la <https://europeanlawblog.eu/2020/02/12/a->

Decizia *Uber* ar putea ridica semne de întrebare și cu privire la natura altor platforme colaborative, care se autodeclară servicii ale societății informaționale, dar care ar putea fi recalificate, făcând incidentă aplicabilitatea normelor profesioniștilor din domeniu³³. În timp ce literatura de specialitate are păreri împărțite cu privire la această abordare³⁴, unele aspecte diferă de la caz la caz, iar cauza *Airbnb* este confirmarea faptului că este dificil de apreciat în abstract încadrarea unei platforme într-un anumit cadru juridic. De exemplu, în cazul *Uber*, platforma decide o serie de elemente esențiale ale serviciilor, cum este prețul, tipul mașinii, iar șoferii sunt plătiți de platformă pentru serviciile oferite. În cazul *Airbnb*, implicarea platformei în triunghiul economiei colaborative se rezumă doar la rolul de intermediar, lăsând libertatea prestatorului de servicii de a stabili tipul de locuință, prețul³⁵. Astfel, este dificil de apreciat o situație generală care să includă toate platformele colaborative într-o singură categorie.

Din punct de vedere legislativ poate fi oferit un argument pentru încadrarea platformelor colaborative la serviciile societății informaționale. Legiuitorul european admite prin Regulamentul 2019/1150³⁶ la articolul 2 alin. (2) pct. a), faptul că „serviciile de intermediere online (...) sunt servicii ale societății informaționale”³⁷.

Fiecare situație și platformă colaborativă vor trebuie analizate totuși de la caz la caz³⁸ pentru a identifica încadrarea juridică. Se pot folosi însă argumentările CJUE din cauzele *Uber* și *Airbnb*, care aduc în discuție criteriile menite să includă platformele colaborative fie în categoria serviciilor societății informaționale, fie în categoria prestatorilor de servicii. Ce este cert este faptul că încadrarea ca serviciu al societății informaționale facilitează funcționarea platformelor, însă prin mijloace care îi pun în dezavantaj pe alți profesioniști, având în vedere faptul că este evitată aplicabilitatea normelor mai stricte din domeniul în care activează.

regulatory-conundrum-in-the-platform-economy-case-c-390-18-airbnb-ireland/, accesat la 20.04.2021.

³³ C. T. Ungureanu, *Drept internațional privat european...*, op. cit., p. 174.

³⁴ Pentru o opinie contrară cu cea a CJUE, în special în sensul că *Uber* ar trebui considerat un serviciu al societății informaționale, și nu un serviciu de transport, as se vedea D. Geradin, *Online Intermediation Platforms and Free Trade Principles – Some Reflections on the Uber Preliminary Ruling Case*, SSRN, 2016, disponibil [Online] la <https://ssrn.com/abstract=2759379>, accesat la 25.04.2021.

³⁵ V. Hatzopoulos, S. Roma, op. cit., pp. 97-98.

³⁶ Regulamentul (UE) 2019/1150 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 iunie 2019 privind promovarea echității și a transparenței pentru întreprinderile utilizatoare de servicii de intermediere online, JO L 186/57.

³⁷ C. T. Ungureanu, *Drept internațional privat european...*, op. cit., p. 171.

³⁸ Comisia Europeană, *Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor. O agendă europeană pentru economia colaborativă*, op. cit., p. 6.

3. Fluxurile de date în economia colaborativă³⁹

„Uber, cea mai mare companie de taximetrie din lume, nu deține niciun vehicul”, iar „Airbnb, cel mai mare furnizor de servicii hoteliere din lume, nu deține nicio proprietate”⁴⁰.

Platformele colaborative nu dețin și nu investesc în bunurile și/sau serviciile pe care le oferă. Ele pun la dispoziție resursele altor persoane prin intermediul informațiilor pe care utilizatorii le distribuie pe platformă. Astfel, se poate afirma că datele constituie esența platformelor colaborative⁴¹. În plus, având în vedere sensul larg oferit de GDPR noțiunii de date cu caracter personal⁴², sens susținut și de doctrină⁴³, este ușor ca datele distribuite pe o platformă colaborativă să fie considerate date cu caracter personal. Pe lângă datele ce au o legătură directă cu persoanele vizate (de exemplu, numele, fotografia feței), pot intra sub aria de aplicabilitate a GDPR inclusiv date ce au legătură indirectă cu o persoană sau au potențialul de a duce la identificarea sa singure, ori împreună cu alte date⁴⁴ (cum este adresa unei locuințe sau geolocația).

De la date care pot părea într-o oarecare măsură necesare și sunt oferite de bunăvoie de utilizatori, cum sunt datele ce permit identificarea (nume, adresă de e-mail, număr de telefon, și chiar copii ale cărților de identitate), detalii despre serviciile oferite (fotografia locuinței, a mașinii), detalii financiare, până la date care ridică semne de întrebare în privința legitimității prelucrării, cum sunt datele despre dispozitivul utilizat (*cookies*, geolocația, procentul bateriei etc.), datele observate (care rețin comportamentul utilizatorului de pe platformă)⁴⁵ sau

³⁹ În această secțiune prestatorul de servicii va fi tratat ca o persoană vizată în raport cu platforma colaborativă, întrucât reprezintă o sursă primară de date cu caracter personal. Ulterior, se va analiza situația în care prestatorul de servicii deține alte atribuții în raport cu datele prelucrate.

⁴⁰ T. Goodwin, *The Battle is for the Customer Interface*, în *techcrunch.com*, 4.03.2015, disponibil [Online] la <https://techcrunch.com/2015/03/03/in-the-age-of-disintermediation-the-battle-is-all-for-the-customer-interface/>, accesat la 27.04.2021.

⁴¹ G. L. Maunula, *Advancing Technological State-of-the-Art for GDPR Compliance: Considering Technology Solutions for Data Protection Issues in the Sharing Economy*, în *Journal of the Midwest Association for Information Systems*, volumul 2020, numărul 2, articolul 4, p. 46, disponibil [Online] la <https://aisel.aisnet.org/jmwais/vol2020/iss2/4>, accesat la 27.04.2021.

⁴² Articolul 4, punctul 1 din GDPR: „*orice informații privind o persoană fizică identificată sau identificabilă*”.

⁴³ D. Erdos, *Identification in EU Data Protection Law*, în *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, nr. 4/2021, ianuarie 2021, disponibil [Online] la <https://ssrn.com/abstract=3761068>, accesat la 22.04.2021.

⁴⁴ Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 4/2007 on the concept of personal data*, adoptat la 20 iunie 2007, disponibil [Online] la https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf, accesat la 29.04.2021.

⁴⁵ B. Carballa Smichowsk, *op. cit.*, pp. 22-23.

metadatele (date obținute analizând celelalte categorii – date despre date⁴⁶), acestea sunt utilizate de platforme pentru a construi întregul concept contemporan de economie colaborativă. Platformele colaborative nu pot funcționa fără cantități mari de date provenite de la utilizatorii săi, iar totodată, volumul de date are un efect proporțional asupra veniturilor platformei.

Schimbul de bunuri sau servicii în economia colaborativă este așadar independent de schimbul de date⁴⁷. În mod subsecvent, și protecția oferită datelor cu caracter personal ar trebui să fie pe măsura volumului prelucrat, adaptat la mediul de prelucrare, și proporțional riscurilor posibile. În cadrul economiei colaborative, datele sunt divulgate către prestatorul de servicii și beneficiarul lor, fără a avea garanții suplimentare cu privire la modul în care vor fi gestionate (spre deosebire de cazul divulgărilor către persoane împuternicite de operator⁴⁸). În plus, există adesea situații în care nici persoanele vizate nu sunt deplin precaute cu propriile date, fiind dispuse să ofere mai multe informații decât este necesar pentru a avea acces la anumite beneficii⁴⁹. În acest context, este cu atât mai important să se ia în considerare mediul de prelucrare și riscurile posibile, pentru a se implementa protecție și securitate adecvate.

Pentru a înțelege modul în care se prelucrează datele la nivelul economiei colaborative, un prim pas este de a evidenția fluxurile de date și destinatarii lor. Importanța acestei activități este recunoscută și de GDPR, oferind un articol⁵⁰ dedicat evidențelor activității de prelucrare și a modului în care acestea trebuie cartografiate⁵¹, impunând fiecărui operator, sau împuternicit să păstreze registre unde se vor urmări mișcările de date.

Conform articolului 6 din GDPR, datele cu caracter personal pot fi prelucrate în mod legal doar „în măsura în care se aplică cel puțin una dintre” cele șase condiții: consimțământul persoanei vizate, executarea unui contract, îndeplinirea unei obligații legale, protejarea intereselor vitale, în interes public, sau

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ G. Ranzini, M. Etter, C. Lutz, I. Vermeulen, *Privacy in the Sharing Economy*, în *Report from the EU H2020 Research Project Ps2Share: Participation, Privacy, and Power in the Sharing Economy*, aprilie 2017, p. 3, disponibil [Online] la <https://ssrn.com/abstract=2960942>, accesat la 28.04.2021.

⁴⁸ Articolul 28 alin. (1): „operatorul recurge doar la persoanele împuternicite care oferă garanții suficiente pentru punerea în aplicare a unor măsuri tehnice și organizatorice adecvate, astfel încât prelucrarea să respecte cerințele prevăzute în prezentul regulament și să asigure protecția drepturilor persoanei vizate”.

⁴⁹ C. Lutz, C. P. Hoffmann, E. Bucher, C. Fieseler, *The Role of Privacy Concerns in the Sharing Economy*, în *Information, Communication and Society*, volumul 21, 2017, pp. 1478-1479, disponibil [Online] la <http://dx.doi.org/10.1080/1369118X.2017.1339726>, accesat la 27.04.2021.

⁵⁰ Articolul 30 din GDPR.

⁵¹ G. L. Maunula, *op. cit.*, p. 45.

în interesul legitim al operatorului sau al unei părți terțe. Platformele colaborative se vor folosi, în general, de interesul legitim, consimțământ, executarea sau încheierea unui contract, ori pentru a-și îndeplini obligațiile legale⁵².

Ulterior stabilirii temeiului legal, trebuie analizat la nivel individual fiecare acțiune de prelucrare. În cadrul economiei colaborative sunt implicate două stagii: schimbul de date de la utilizator la platformă și schimbul de date între utilizatori (prestatorul de servicii și beneficiarul lor). Schimbul cu platforma se realizează cu scopul de a avea acces la serviciile de intermediere, în timp ce schimburile dintre utilizatori se realizează pentru a beneficia de bunul sau serviciul dorit, respectiv, pentru a accesa profitul⁵³. Pentru ambele schimburi, procesul va începe la prima intrare pe platformă, când se vor colecta o serie de date care reprezintă „poarta de acces” la economia colaborativă și se va ancora imaginea pe care utilizatorii o au online cu identitatea reală⁵⁴.

Datele persoanelor vizate sunt colectate de platformă, cu scopul de a identifica oferte ce răspund nevoilor prezentate, iar ulterior, se intermediază relațiile dintre contractanți⁵⁵. Pentru a facilita conexiunea între cele două părți (utilizatorul final și prestatorul de servicii), platforma va fi nevoită să aleagă anumite date pe care să le divulge părților despre cocontractant, sau chiar să le transfere unor terți (de exemplu, unor procesatori de plăți). Astfel, platformele colaborative își asumă rolul de operatori de date⁵⁶ și, totodată, responsabilitățile impuse prin GDPR⁵⁷.

După ce au completat rolul de intermediari, și anume, după ce au facilitat încheierea unui contract între utilizatorul final al platformei și prestatorul de servicii, platforma colaborativă nu mai are control asupra modului în care se execută contractul sau modului în care sunt prelucrate datele cu caracter personal. Acest lucru poate fi interpretat ca o retragere din activitatea de operator de date⁵⁸, pentru ca ulterior să fie reluată la gestionarea recenziilor.

⁵² A se vedea politicile de confidențialitate și protecție a datelor de la *Uber* și *Airbnb*, disponibile [Online] la <https://www.airbnb.com/help/article/2860/outside-of-the-united-states#Schedule1> și <https://www.uber.com/legal/en/document/?name=privacy-notice&country=romania&lang=en>, ambele accesate la 27.04.2021.

⁵³ G. Ranzini, M. Etter, C. Lutz, I. Vermeulen, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁴ S. Zhao, S. Grasmuck, J. Martin, *Identity construction on Facebook: Digital empowerment in anchored relationships*, în *Computers in Human Behavior*, volumul 24, numărul 5, pp. 1816-1836, disponibil [Online] la <https://doi.org/10.1016/j.chb.2008.02.012>, accesat la 28.04.2021, *apud* G. Ranzini, M. Etter, C. Lutz, I. Vermeulen, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁵ G. Ranzini, M. Etter, C. Lutz, I. Vermeulen, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁶ Politicile privind confidențialitatea și protecția datelor ale *Airbnb*, punctul 2.1, disponibilă [Online] la <https://www.airbnb.com/help/article/2860/outside-of-the-united-states#Schedule1> și *Uber*, punctul B, disponibilă [Online] la <https://www.uber.com/legal/en/document/?name=privacy-notice&country=romania&lang=en>, ambele accesate la 27.04.2021.

⁵⁷ G. L. Maunula, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁸ *Idem*, p. 49.

Având în vedere interpretarea extinsă oferită datelor cu caracter personal atât de GDPR⁵⁹, cât și de doctrină⁶⁰, poate fi considerat că inclusiv recenziile reprezintă date cu caracter personal. Acestea oferă informații relevante care pot duce la identificarea utilizatorilor platformei colaborative (de regulă, recenziile vor fi acompaniate cel puțin de numele autorilor). Totodată, recenziile reprezintă elemente importante care construiesc încrederea⁶¹ de care depinde buna funcționare a economiei colaborative, iar platformele sunt interesate în a obține aceste date, cu scopul de a facilita viitoare tranzacții. În acest mod, vor reintervenii la finalul executării contractului dintre utilizatori, pentru a prelucra recenziile și a-și relua rolul de operatori de date.

4. Persoanele responsabile de prelucrarea datelor

Unul dintre pilonii esențiali pe care se bazează implementarea principiilor GDPR este operatorul de date. Acesta stabilește mijloacele prin care se vor realiza prelucrările de date, tehnologiile utilizate, și este responsabil să demonstreze faptul că activitatea desfășurată de el/sub autoritatea sa este conformă cu normele GDPR⁶². Pe de altă parte, și persoana împuternicită de operator este responsabilă să desfășoare activitățile de prelucrare în conformitate cu instrucțiunile oferite de operator, detaliate în acordul privind prelucrarea datelor. Totuși, operatorul va rămâne responsabil pentru deciziile cu impact juridic, persoana împuternicită de operator fiind trasă la răspundere în momentul în care se îndepărtează de indicațiile primite sau nu le execută⁶³. Operatorul este responsabil să ofere persoanelor vizate într-un mod transparent, clar și accesibil informații cu privire la modul în care le sunt prelucrate datele și cum își pot exercita drepturile oferite de GDPR.

Platformele colaborative acționează în calitate de operator de date, prelucrând date oferite de bunăvoie de utilizatori, în baza temeiurilor legale declarate în Politicile privind confidențialitatea și protecția datelor. De regulă, o serie de date făcute publice de utilizatori sunt ascunse de către platformă, până în momentul în care sunt identificați un prestator și un beneficiar final dispuși

⁵⁹ Articolul 4, punctul 1 din GDPR: „*orice informații privind o persoană fizică identificată sau identificabilă*”.

⁶⁰ D. Erdos, *op. cit.*

⁶¹ C. Lutz, C. P. Hoffmann, E. Bucher, C. Fieseler, *op. cit.*, pp. 1477-1478.

⁶² EDPB, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, versiunea 1, adoptat la 2 septembrie 2020, pp. 9-15, disponibil [Online] la https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2020/guidelines-072020-concepts-controller-and-processor_en, accesat la 07.04.2021.

⁶³ Articolul 29 din GDPR, pus în aplicare în acest sens de Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal din România, într-o investigație care a dus la sancționarea persoanei împuternicite de operator Lugera & Makler Broker S.R.L. Comunicarea publică a deciziei este disponibilă [Online] la https://www.dataprotection.ro/?page=Comunicat_presa_19/_04/_2021&lang=ro, accesat la 30.04.2021.

să încheie un contract. În acel moment, datele sunt dezvăluite în totalitate părților pentru a putea finaliza tranzacția. De exemplu, pe *Airbnb* nu este dezvăluită adresa exactă a locuinței până la momentul rezervării în aplicație. În acest mod, se asigură, printre altele, o protecție sporită a prelucrării de date și a securității acestora.

Din moment ce platformele nu sunt implicate propriu-zis în activitatea de prestare ulterior divulgării finale de date, acestea nu mai au control asupra modului în care datele sunt prelucrate de utilizatori, atât de beneficiarul produselor și/sau serviciilor, cât și de prestator⁶⁴. Recepția datelor cu caracter personal despre prestator sau utilizatorul final și utilizarea lor pentru diferite scopuri pot fi încadrate ca activități de prelucrare a datelor⁶⁵. Această încadrare îi aduce pe prestator și pe utilizatorul final foarte aproape de poziția de persoane împuternicite de operator⁶⁶, având în vedere operațiunile de prelucrare pe care le desfășoară în scopul și prin mijloacele determinate de operator (platforma colaborativă).

Cu toate acestea, articolul 2 alin. (2) lit. c) din GDPR exclude de sub domeniul său de aplicare prelucrările desfășurate „de către o persoană fizică în cadrul unei activități exclusiv personale sau domestice”, și care „nu au legătură cu o activitate profesională sau comercială”⁶⁷. Este evident faptul că utilizatorii finali ai platformelor colaborative, persoane fizice, vor fi subiecți ai acestei excepții, care îi va exclude din categoria persoanelor împuternicite de operator⁶⁸. Delimitarea devine totuși mai dificilă în cazul prestatorilor de servicii⁶⁹. Dacă aceștia sunt profesioniști, calitatea de persoană împuternicită de operator devine evidentă. Pe de altă parte, dacă exercită activitățile din economia colaborativă în mod ocazional, situația nu mai este la fel de clară. În timp ce activitatea ocazională poate avea, sau nu, legătură cu cea profesională, faptul că se obține un profit ar putea să încadreze activitatea într-una comercială. În același timp, o regulă generală nu își poate găsi aplicabilitatea în cazul prestatorilor care nu obțin profit sau pentru care profitul este neînsemnat (cum sunt cei de pe platforma *CouchSurfing* care oferă servicii de cazare în mod gratuit).

Regăsim astfel o situație în care calitatea prestatorului, natura serviciilor pe care le oferă și a veniturii câștigat din implicarea în economia colaborativă

⁶⁴ G. L. Maunula, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁵ Articolul 4, punctul 2 din GDPR oferă o definiție largă a conceptului de prelucrare, fiind cuprinsă „orice operațiune sau set de operațiuni efectuate asupra datelor cu caracter personal sau asupra seturilor de date cu caracter personal, cu sau fără utilizarea de mijloace automatizate, cum ar fi 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”.

⁶⁶ G. L. Maunula, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁷ Punctul 18 din expunerea de motive a GDPR.

⁶⁸ G. L. Maunula, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁹ Pentru o opinie în sensul căreia toți prestatorii ar trebui să fie considerați persoane împuternicite de operator, a se vedea G. L. Maunula, *op. cit.*, p. 49.

reprezintă un element determinant asupra normelor aplicabile. Dacă prestatorul va intra sub incidența excepției de la articolul 2 alin. (2) lit. c) din GDPR, atunci nu va putea fi tras la răspundere pentru modul în care prelucrează datele cu caracter personal. Situația se schimbă radical în cazul în care este considerat persoană împuternicită de operator, fiind pasibil de răspundere în același mod în care este tras la răspundere și operatorul de date⁷⁰.

Totuși, trebuie avut în vedere faptul că, la nivel practic, prestatorii nu sunt încadrați drept persoane împuternicite de operator⁷¹ și nu se încheie un acord de prelucrare a datelor care să reprezinte cadrul legal al prelucrărilor desfășurate în numele operatorului⁷². Încheierea unui asemenea acord ar face platformele colaborative să își contrazică propriile principii care le oferă actuala încadrare juridică pe care se luptă să o păstreze⁷³ - cea de servicii ale societății informaționale (situație detaliată în secțiunea a doua). Acordul de prelucrare a datelor trebuie să conțină instrucțiuni clare în baza cărora persoanele împuternicite de operator vor prelucra datele cu caracter personal⁷⁴. Dacă o platformă colaborativă va oferi indicații prestatorului de servicii despre cum să realizeze prelucrările, atunci acesta se va îndepărta de rolul de simplu intermediar, fără control asupra activităților desfășurate, ce îi permite încadrarea în Directiva privind comerțul electronic și exceptarea de la condițiile mult mai restrictive care reglementează serviciile în care activează. Astfel, platformele preferă să își asume rolul de operator singular de date, fără să admită alte prelucrări din partea prestatorilor de servicii.

Repercusiunile unei astfel de strategii pot părea avantajoase pentru prestatorul de servicii, care nu va fi pasibil de sancțiuni și amenzi date în baza GDPR. Pentru utilizatorul final însă, consecințele pot fi mult mai importante, aducând atingere dreptului la viață privată. Un caz real din SUA l-a surprins pe un șofer *Uber* care, după ce a condus o persoană la aeroport, s-a întors la casa acesteia cu scopul de a o jefui⁷⁵. În timp ce în astfel de situații platforma poate lua atitudine blocând utilizatorul și se pot demara cercetări penale, nu este

⁷⁰ Articolele 3 alin. (1), 4, alin. (8), 28-33, 37, 44, 46-49 și 82 din GDPR, cât și punctele 22, 81-82, 91, 101, 108-110 și 146 din expunerea de motive a regulamentului. Mai multe detalii despre răspunderea persoanei împuternicite de operator pot fi găsite în îndrumările oferite de Autoritatea de Supraveghere din Regatul Unit, *What does it mean if you are a processor? Can a processor be held liable for non-compliance?*, disponibil [Online] la <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/controllers-and-processors/what-does-it-mean-if-you-are-a-processor/#2>, accesat la 30.04.2021.

⁷¹ A se vedea politicile de confidențialitate și protecție a datelor de la *Uber* și *Airbnb*.

⁷² EDPB, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor...*, op. cit., p. 4.

⁷³ G. L. Maunula, op. cit., pp. 49-50.

⁷⁴ Articolul 28 alin. (3) lit. a) din GDPR.

⁷⁵ A. Jackson, C. Boyette, D. Williams, *This Uber driver took passengers to the airport and then allegedly went back to their house and tried to break in*, în CNN, 9.04.2019, disponibil [Online] la <https://edition.cnn.com/2019/04/09/us/uber-driver-attempted-burglary-trnd/index.html>, accesat la 28.04.2021.

oferită nicio soluție care să facă prestatorul responsabil de datele pe care le prelucrează. În alte cuvinte, prestatorul se poate încadra sub aria de aplicabilitate a GDPR, dar mijloacele curente în care își desfășoară activitatea din cadrul economiei colaborative îl fac să evite posibilitatea sancționării. Într-un alt exemplu, un proprietar de apartament înregistrat pe *Airbnb* ar putea păstra în mod ilegal datele turiștilor cazați prin intermediul platformei, fără să fie obligat să aplice normele GDPR, iar utilizatorii neavând niciun control asupra propriilor date deținute de proprietar. Deși platforma ar putea impune sancțiuni, excluzând prestatorul din aplicație, nimic nu îl va împiedica să păstreze acele date și să le prelucreze în continuare fără un temei legal. În plus, persoanele vizate nu au nicio formă legală prin care să își exercite drepturile oferite de GDPR în contextul unei astfel de prelucrări, ceea ce conturează și mai mult gravitatea situației.

Aceste tipuri de scenarii sunt contrare principiilor avute în vedere de GDPR, care dorește să ofere persoanelor vizate controlul asupra datelor cu caracter personal și să îi facă pe operatori și persoanele împuternicite de operatori responsabili de respectivele prelucrări.

5. Răspunderea pentru încălcarea normelor privind protecția datelor de către operatorii de platforme specifice economiei colaborative

După cum s-a arătat anterior, platformele colaborative își abandonează temporar rolul de operator de date în momentul în care se finalizează rolul de intermediar în contractul dintre ceilalți actori ai economiei colaborative, pentru ca ulterior să își reia responsabilitățile pentru a gestiona recenziile⁷⁶. În acea perioadă, se poate aprecia că nicio parte nu este în mod formal responsabilă de prelucrările realizate, creându-se un vid în modul de implementare al politicilor privind protecția și securitatea datelor.

Cu toate acestea, platformele se află în imposibilitatea de a trata această lacună în mod clasic, prin împuternicirea prestatorului de servicii să preia temporar prelucrările de date. Printr-o asemenea acțiune s-ar adopta o poziție activă, diferită de cea de simplu intermediar, care ar atrage asupra platformelor regulile mai restrictive ale industriei în care activează. Aceasta ar fi cea mai naturală soluție posibilă, având în vedere faptul că prestatorul de servicii va prelucra datele în scopul și conform indicațiilor primite de la platformă (în scopul încheierii și executării contractului cu utilizatorul).

Cu toate acestea, pot exista scenarii în care prestatorul de servicii, profesionist, care se îndepărtează de indicațiile primite de la operator, este identificat și tras la răspundere ca un operator independent de date⁷⁷ ori operator

⁷⁶ G. L. Maunula, *op. cit.*, p. 50.

⁷⁷ În sensul în care persoanele fizice pot fi trase la răspundere în calitate de operator de date, a se vedea C. T. Ungureanu, *Protecția datelor cu caracter personal în contractele internaționale*, în *Analele științifice ale Universității „Al. I. Cuza” Iași*, Tomul LXIII, Științe Juridice, 2017, nr. II, pp. 143-144, disponibil [Online] la <http://>

asociat împreună cu platforma⁷⁸, însă nu este acoperită situația prestatorului non-profesionist, care se va considera că prelucrează datele în cadrul unei activități personale sau domestice⁷⁹.

Această problemă trage importante semnale de alarmă cu privire la protecția datelor cu caracter personal și respectarea dreptului la viață privată. Pentru perioada de timp în care este executat contractul dintre prestatorul de servicii și beneficiar, nu există o persoană care poate fi trasă la răspundere de modul în care sunt prelucrate datele persoanelor vizate (și în special a beneficiarului de bunuri sau servicii), iar chiar dacă prestatorul de servicii ar putea să își asume o serie de responsabilități, acestea ar fi aplicabile doar în cazul în care este profesionist.

6. Concluzii

Deși economia colaborativă vine la pachet cu nenumărate beneficii, oferind oportunități de profit și bunuri sau servicii la prețuri atractive, nu trebuie omisă protecția datelor cu caracter personal ale persoanelor care iau parte în triumphiul economic. După cum s-a arătat, datele reprezintă resursa principală care alimentează economia colaborativă, iar odată cu creșterea numărului de date prelucrate, poate crește profitul, dar și puterea oferită operatorilor de date.

Implementarea GDPR în sistemul economiei colaborative produce un vid al aplicării legislative de natură să lipsească persoana vizată de orice tip de protecție pentru o durată limitată de timp. Mai mult, trebuie avut în vedere faptul că sistemul legislativ rămâne adesea în urma dezvoltării tehnologice, fapt care accentuează posibilitatea limitării protecției datelor cu caracter personal.

Pentru acest caz, cât și pentru toate celelalte scenarii pentru care răspunsul privind protecția datelor nu este în totalitate clar, interpretarea normelor trebuie efectuată într-o manieră flexibilă, teleologică, care să asigure protecția persoanelor vizate. Principiile care stau la baza GDPR ar trebui să constituie piloni călăuzitori în călătoria de a afla soluții pentru a proteja datele persoanelor vizate, împreună cu articolul 25 din Regulament, care va asigura protecția datelor începând cu momentul conceperii și în mod implicit (*privacy by design and by default*).

Referințe

Carballa Smichowsk B., *Data as a common in the sharing economy: a general policy proposal*, Document de travail n°2016-10 du Centre d'Economie de l'Université de Paris Nord, august 2016

Chapuis-Doppler A., Delhomme V., *A regulatory conundrum in the platform economy*,

pub.law.uaic.ro/files/articole/2017/volii/10.ungureanu_protectia_datelor.pdf, accesat la 14.05.2021; CJUE, Marea Cameră, cauza C-210/16 din 5 iunie 2018, Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein împotriva Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, disponibilă [Online] la [https:// curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-210/16](https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-210/16), accesată la 29.06.2021.

⁷⁸ Articolul 26 din GDPR.

⁷⁹ Articolul 2 alin. (2) lit. c) din GDPR.

Răspunderea pentru încălcarea normelor privind protecția datelor cu caracter personal

- case C-390/18 Airbnb Ireland*, în European Law Blog, 12.02.2020
- CJUE, Marea Cameră, cauza C-210/16 din 5 iunie 2018, Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein împotriva Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH
- CJUE, Marea Cameră, cauza C-390/18 din 19 decembrie 2019, X, cu participarea YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS, Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP), Valhotel
- CJUE, Marea Cameră, cauza C-434/15 din 20 decembrie 2017, Asociación Profesional Elite Taxi împotriva Uber Systems SpainSL
- Erdos D., *Identification in EU Data Protection Law*, în University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, nr. 4/2021, ianuarie 2021, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3761068>
- Erickson K., Sørensen I., *Regulating the Sharing Economy: Introduction to the Special Issue*, în Internet Policy Review, volumul 5, numărul 2, 2016
- Geradin D., *Online Intermediation Platforms and Free Trade Principles – Some Reflections on the Uber Preliminary Ruling Case*, SSRN, 2016, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2759379>
- Goodwin T., *The Battle is for the Customer Interface*, în Techcrunch, 4.03.2015
- Hatzopoulos V., Roma S., *Caring for sharing? Collaborative economy under EU law*, în Common Market Law Review, volumul 54, numărul 1, 2017
- Hawliczek F., Teubner T., Weinhardt C., *Trust in the Sharing Economy*, în Swiss Journal of Business Research and Practice, volumul 70, numărul 1, <https://doi.org/10.5771/0042-059X-2016-1-26>
- Jackson A., Boyette C., Williams D., *This Uber driver took passengers to the airport and then allegedly went back to their house and tried to break in*, în CNN, 9.04.2019
- Jerome J., Dambrine B., Ambrose B., *User Reputation: Building Trust and Addressing Privacy Issues in the Sharing Economy*, în Future of Privacy Forum, iunie 2015
- Kuner C., Bygrave L.A., Docksey C.(coord.), *The EU General Data Protection Regulation: A Commentary*, Editura Oxford University Press, mai 2021
- Li H., Yu L., He W., *The Impact of GDPR on Global Technology Development*, în Journal of Global Information Technology Management, volumul 22, numărul 1, 2019, <https://doi.org/10.1080/1097198X.2019.1569186>
- Logras K., *Information Technology. Uber vs Airbnb: key takeaways from ECJ's case law*, în Logaras & Associates Newsletter, martie 2020
- Lutz C., Hoffmann C.P., Bucher E., Fieseler C., *The Role of Privacy Concerns in the Sharing Economy*, în Information, Communication and Society, volumul 21, 2017, <http://dx.doi.org/10.1080/1369118X.2017.1339726>
- Mangini V., Tal I., Moldovan A.-N., *An empirical study on the impact of GDPR and right to be forgotten - organisations and users perspective*, în Proceedings of the 15th International Conference on Availability, Reliability and Security, articolul 37, 2020, <https://doi.org/10.1145/3407023.3407080>
- Maunula G. L., *Advancing Technological State-of-the-Art for GDPR Compliance: Considering Technology Solutions for Data Protection Issues in the Sharing Economy*, în Journal of the Midwest Association for Information Systems, volumul 2020, numărul 2, articolul 4
- Moerel L., *The long arm of EU data protection law: Does the Data Protection Directive apply to processing of personal data of EU citizens by websites worldwide?*, în International Data Privacy Law, volumul 1, numărul 1, februarie 2011, <https://doi.org/10.1093/idpl/ipq004>

- Ranzini G., Etter M., Lutz C., Vermeulen I., *Privacy in the Sharing Economy*, în Report from the EU H2020 Research Project Ps2Share: Participation, Privacy, and Power in the Sharing Economy, aprilie 2017, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2960942>
- Ungureanu C. T., *Protecția datelor cu caracter personal în contractele internaționale*, în Analele științifice ale Universității „Al. I. Cuza” Iași, Tomul LXIII, Științe Juridice, 2017, nr. II
- Ungureanu C.T., *Drept internațional privat european în raporturi de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2021
- Zhao S., Grasmuck S., Martin J., *Identity construction on Facebook: Digital empowerment in anchored relationships*, în Computers in Human Behavior, volumul 24, numărul 5, <https://doi.org/10.1016/j.chb.2008.02.012>

Prestarea unei activități în folosul comunității.
Analiză privind evoluția legislativă în lumina jurisprudenței
naționale și a Curții Europene a Drepturilor Omului

Community Service. Analysis of the Legislative Evolution
in the Light of the National Case Law and the Case Law of the
European Court of Human Rights

Mihai Alexandru Scurtu¹

Rezumat: Instituția prestării unui serviciu în folosul comunității încă ridică probleme din perspectiva posibilității de a fi asimilată unei munci forțate, astfel încalcând atât art. 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, cât și art. 42 din Constituția României. Tema tratează regimul juridic al acestei sancțiuni contravenționale, în raport cu jurisprudența Curții Constituționale a României și cu jurisprudența europeană a Curții de la Strasbourg. De asemenea, se tratează și perspectiva opusă, anume că sancțiunea contravențională principală de prestare a unui serviciu în folosul comunității este ineficace. Lucrarea își propune să analizeze aceste considerente, venind, acolo unde este cazul, cu propuneri *de lege ferenda* și dorind să lămurească astfel incertitudinile juridice ivite până în acest moment.

Cuvinte-cheie: serviciu în folosul comunității; muncă forțată; ineficacitate; Curtea Constituțională a României; Curtea Europeană a Drepturilor Omului; sancțiune contravențională

Abstract: The institution of community service still raises issues from the perspective of the possibility of being assimilated to forced labour, thus violating both art. 4 of the European Convention on Human Rights and art. 42 of the Constitution of Romania. The topic deals with the legal regime of this contravenational sanction, in relation to the case law of the Romanian Constitutional Court and to the European case law of the Strasbourg Court. It also deals with the opposite view, that the main contravenational sanction of community service is ineffective. The paper aims to analyze these considerations with *de lege ferenda* proposals, wherever necessary and thus wishing to resolve the legal uncertainties raised so far.

Keywords: community service; forced labour; ineffectiveness; Romanian Constitutional Court; European Court of Human Rights; contravenational sanction

¹ Masterand, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, email: mihai.alexandru007@gmail.com.

1. Introducere

Prestarea unei activități în folosul comunității este o sancțiune contravențională principală, relativ nou introdusă în legislația românească, care a avut ca principal scop înlocuirea fostei sancțiuni reglementate de legislația contravențională, anume închisoarea contravențională.

Închisoarea contravențională a fost o sancțiune principală reglementată prin Legea nr. 32/1968, aceasta fiind unica sancțiune care putea priva pe cineva de libertate, astfel ea fiind la limita dintre ilicitul contravențional și ilicitul penal. S-a constatat totuși că erau diferențe majore și total neechitabile între privarea de libertate în dreptul contravențional și privarea de libertate în dreptul penal. În unele cazuri, în care închisoarea era de 5 ani, instanțele erau dispuse să îi dea inculpatului muncă în folosul comunității, pe când în cazul unor fapte contravenționale, de exemplu, cele privind călătoria cu trenul, se puteau aplica sancțiuni privative de libertate mult mai dure decât cele penale și care, la acea vreme, nu puteau fi comutate în muncă în folosul comunității². Printre opiniile doctrinare s-a considerat că o contopire a sancțiunii închisorii contravenționale cu pedeapsa penală este o modalitate de a rezolva problema prescripției în cadrul acestei sancțiuni, astfel că s-a optat pentru suspendarea cursului prescripției executării pe timpul cât contravenientul se află în executarea sancțiunii³.

Odată cu trecerea timpului, România, pentru a putea intra în Uniunea Europeană, trebuia să își armonizeze legislația cu cea europeană, astfel că după modificarea Constituției din 2003, s-a impus modificarea legislației, deoarece sancțiunile privative de libertate puteau face obiectul, atât sub actuala formă a Constituției, cât și a Convenției Europene a Drepturilor Omului, doar normelor de natură penală, nu și contravențională. Astfel, închisoarea contravențională a fost abrogată prin Legea nr. 82/1999, când s-a dorit înlocuirea acesteia cu o nouă sancțiune, anume prestarea unei activități în folosul comunității, condiționată, la acea vreme, de acordul contravenientului, pentru a se ralia principiului constituțional de interdicere a muncii forțate. Ulterior, din cauza problemei întâlnite în practică datorate imperfecțiunilor de redactare, aceasta a fost abrogată prin O.G. nr. 55/2002 privind regimul juridic al sancțiunilor prestării unei activități în folosul comunității, iar în O.G. nr. 2/2001, aceasta a devenit o sancțiune principală aplicată doar persoanelor fizice.

Nu suntem de acord cu cea din urmă reglementare, considerând că aplicarea acestei sancțiuni doar persoanelor fizice nu face nimic altceva decât să diminueze influența pe care o poate avea asupra impactului pe care îl are societatea, fiind cea mai aspră sancțiune din domeniul contravențional. Considerăm, *de lege ferenda*, că ar trebui aplicată sancțiunea prestării unei

² D. Apostol Tofan, *Drept Administrativ*, vol. II, ed. 3, Editura C.H. Beck, București, 2015, p. 374.

³ S. Mărgineanu, *Executarea sancțiunii contravenționale sau a prestării unei munci în folosul comunității de către contravenientul aflat în executarea unei pedepse privative de libertate*, în *Dreptul* nr. 2/2001, p. 153.

activități în folosul comunității și persoanelor juridice, nu numai celor fizice. În practică, sancțiunea ar putea fi foarte utilă, deoarece o persoană juridică ar putea ajuta cel puțin la fel de mult societatea, prin munca sa, ca o persoană fizică. Cu titlu de exemplu, o societate ce are ca scop efectuarea de intervenții stomatologice poate efectua gratuit, pentru persoanele care au nevoie urgentă, diferite acte medicale cu caracter stomatologic. O societate care desfășoară activități din domeniul IT ar putea să ajute, în mod gratuit, instituțiile de învățământ ce au nevoie de implementarea unei rețele IT moderne. Exemplele pot continua, motiv pentru care apreciem că este nejustificată reglementarea actuală care permite doar sancționarea persoanelor fizice, nu și a celor juridice.

De asemenea, dorim să subliniem că fapta pentru care contravenientul a fost pedepsit, descrisă la art. 21¹ din O.G. nr. 55/2002, privativă de libertate, este una diferită de fapta pentru care a fost inițial sancționat contravenientul cu prestarea unei activități în folosul comunității, deoarece o fapta nu poate fi, în același timp, și infracțiune și contravenție. De asemenea, se subliniază faptul că „numai o pedeapsă privativă de libertate, cu executare, înlătură sancțiunea prestării unei activități în folosul comunității, ceea ce înseamnă, *per a contrario*, că o pedeapsă privativă de libertate cu suspendarea executării ei sau amenda nu produce acest efect”⁴.

Totuși, din cauza modului în care a fost redactată noua sancțiune contravențională, aceasta a ridicat numeroase dificultăți în practică, astfel încât s-a pus problema dacă nu cumva aceasta ar putea fi ineficace sau, în opinia contrară, dacă nu cumva ar putea reprezenta o muncă forțată. Ne propunem să analizăm în cele ce urmează ambele ipoteze din practică și doctrină.

2. Optica Curții Constituționale a României

Începând cu anul 2008 au apărut primele probleme de constituționalitate a acestei sancțiuni. În acel an, Judecătoria Ploiești a ridicat o excepție de neconstituționalitate asupra art. 9 alin. (5) din O.G. nr. 2/2001, considerând că acordul contravenientului poate ridica reale probleme în practică, „deoarece înlocuirea amenzii contravenționale cu sancțiunea prestării unei activități în folosul comunității este condiționată de consimțământul contravenientului, ceea ce are ca efect exonerarea acestuia de orice sancțiune, în ipoteza în care nu are venituri care să poată fi urmărite; în aceeași ordine de idei, se susține că, în condițiile arătate, desființarea închisorii contravenționale este de natură să lipsească statul de puterea de constrângere prin care asigură respectarea legii”. Curtea, examinând cererea, printr-o decizie total neașteptată⁵, a admis excepția de neconstituționalitate, decizând că „sintagma « cu acordul acestuia » din art. 9 din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, precum și sintagmele « numai dacă există consimțământul contravenientului »,

⁴ A. Trăilescu, *Drept administrativ*, ed. 4, Editura C.H. Beck, București, 2010, p. 398.

⁵ Dec. CCR nr. 1.354 din 10 decembrie 2008, [Online] la <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/101105>, accesat 04.05.2021.

« cu consimțământul contravenientului » și « după luarea consimțământului contravenientului » din art. 1 alin. (3), art. 8 alin. (5) lit. b) și, respectiv, art. 13 din Ordonanța Guvernului nr. 55/2002 privind regimul juridic al sancțiunii prestării unei activități în folosul comunității, așa cum a fost modificată prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 108/2003 privind desființarea închisorii contravenționale, sunt neconstituționale”.

Așa cum a nuanțat și doctrina, „motivarea ar fi excelentă, dacă nu ar fi inexistentă”⁶. Considerăm că, în această situație, Curtea Constituțională a României ar fi trebuit să manifeste o mai mare grijă în redactarea deciziei, deoarece aceasta nefiind motivată, ar putea lăsa loc unei „scăpări” privind tocmai art. 42 din Constituția României, respectiv art. 4 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Credem totuși că nici Judecătoria Ploiești nu și-a pus problema unei eventuale interpretări ca fiind muncă forțată, deoarece problema ridicată de aceasta era tocmai ineficacitatea sancțiunii, datorată acordului contravenientului, care în practică era rar.

Dacă Judecătoria Ploiești nu a avut în vedere o eventuală interpretare ca prestarea unei activități în folosul comunității fără acordul contravenientului să fie muncă forțată, Judecătoria Constanța în 2011⁷, cât și, ulterior, o persoană în 2014⁸ au ridicat o excepție de neconstituționalitate asupra art. 9 alin. (5) din O.G. nr. 2/2001, considerând că redactarea textului poate să ducă la anumite forme de muncă forțată, acestea fiind contrare dreptului național și celui unional. Curtea, analizând mult mai în detaliu aceste excepții față de cea din 2008, a considerat că termenul de „muncă forțată” nu se află definit nici în Constituție și nici în Convenție, astfel că a recurs la definiția oferită de Convenția nr. 29 din 28 iunie 1930 privind munca forțată sau obligatorie, unde munca forțată este definită ca fiind „*orice muncă sau serviciu pretins unui individ sub amenințarea unei pedepse oarecare și pentru care numitul individ nu s-a oferit de bună voie*”, urmând să concluzioneze că „această sancțiune se aplică în urma constatării încălcării unor dispoziții legale, în scopul de a sancționa și a contribui la educarea și reabilitarea contravenientului care nu are resurse bănești suficiente pentru a achita o amendă contravențională. Faptul că munca prestată în cadrul acestei pedepse are un caracter gratuit nu determină calificarea sa ca muncă forțată, ci constituie elementul de constrângere al pedepsei în cauză, prin intermediul căreia se tinde spre corectarea și reeducarea contravenientului. Tot astfel, lipsa acordului contravenientului la aplicarea acestei sancțiuni nu poate fi interpretată ca determinând calificarea ca muncă forțată a conduitei impuse prin actul de

⁶ O. Podaru, R. Chiriță, I. Păsculeț, A. Bachiș, *Regimul juridic al contravențiilor. O.G. nr. 2/2001 comentată*, ed. a 5-a, Editura Hamangiu, București, 2021, p. 112.

⁷ Dec. CCR nr. 641 din 17 mai 2011, [Online] la <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/130760>, accesat 04.05.2021.

⁸ Dec. CCR nr. 697/2014, [Online] la <https://lege5.ro/gratuit/guytqmjrgi/decizia-nr-697-2014-referitoare-la-respingerea-exceptiei-de-neconstituționalitate-a-dispozițiilor-art-9-si-ale-art-391-din-ordonanta-guvernului-nr-2-2001-privind-regimul-juridic-al-contravențiilor>, accesat 04.05.2021.

sanționare. Având în vedere natura juridică și scopul măsurii în cauză, solicitarea acordului pentru aplicarea sa ar avea ca efect, astfel cum a reținut Curtea Constituțională în jurisprudența sa, lipsirea de eficiență a sancțiunii aplicate pentru comiterea unei fapte antisociale”. În consecință, Curtea a respins ambele excepții de neconstituționalitate. S-a mai încercat ridicarea unei excepții în 2019⁹, însă Curtea a respins-o și pe aceasta, păstrându-și viziunea asupra acestei sancțiuni și afirmând că „faptul că munca prestată în cadrul acestei pedepse are un caracter gratuit nu determină calificarea sa că muncă forțată, ci constituie elementul de constrângere al pedepsei în cauză, prin intermediul căreia se tinde spre corectarea și reeducarea contravenientului”. În doctrină¹⁰, aceste decizii sunt aspru criticate, unii autori considerând că se încalcă inclusiv Convenția, Curtea nerespectând prevederile acesteia, deși era obligată să o facă.

3. Optica Curții Europene a Drepturilor Omului

Din perspectiva Curții Europene a Drepturilor Omului, situația este mai complexă, deoarece actuala formă a legii nu a făcut până acum obiectul unui „control de convenționalitate”, motiv pentru care ne propunem să încercăm a-l face noi, pentru a putea lămuri această controversă, atât din practică, cât și din doctrină.

Având în vedere că în Convenția Europeană a Drepturilor Omului, definiția muncii forțate este inexistentă, Curtea, în jurisprudența sa¹¹, a constatat că trebuie folosite cele două convenții internaționale specifice în materie, mai exact Convenția O.I.M. nr. 29 privind munca forțată și obligatorie din 1930, respectiv Convenția O.I.M. privind abolirea muncii forțate nr. 105 din 1957. Astfel, Comisia a constatat că o muncă este „forțată sau obligatorie” atunci când cel care o prestează este obligat împotriva propriei sale voințe, iar obligația să fie injustă sau opresivă. Așadar, Curtea a trasat două elemente constitutive¹², iar al treilea element este dat de Convenția din 1930, mai exact, în cazul unui refuz, persoana să fie amenințată cu o pedeapsă. Mai mult, considerentele pe care unii autori¹³ le folosesc în argumentarea lor în sensul că prestarea unei activități în folosul comunității, fără acordul contravenientului, ar fi muncă forțată sunt și acelea că dacă munca obligatorie nu se regăsește în excepțiile prevăzute la art. 4 din Convenție, atunci aplicarea sancțiunii este contrară acesteia. Cu atât mai mult, în doctrina generală, se consideră că „un considerent pentru care se cere consimțământul constă în aceea că prestarea unei activități în folosul comunității

⁹ Dec. CCR nr. 277 din 23 aprilie 2019, [Online] la <http://legislatie.just.ro/Public/FormaPrintabila/00000G1ZRKZ4UPMOCO717RHD4ASTAGC6>, accesat 04.05.2021.

¹⁰ O. Podaru, R. Chiriță, I. Păsculeț, A. Bachiș, *op. cit.*, pp. 112-113.

¹¹ C.E.D.O., Hotărârea *Van der Musselle c. Belgiei* din 23 noiembrie 1983, [Online] la www.hudoc.echr.coe.int, accesat 04.05.2021.

¹² C. Birsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, vol. I: *Drepturi și libertăți*, Editura All Beck, București, 2005, p. 263.

¹³ O. Podaru, R. Chiriță, I. Păsculeț, A. Bachiș, *op. cit.*, p. 113.

presupune și un minimum de cooperare din partea persoanei obligate la prestarea ei¹⁴.

Analizând atât elementele constitutive pe care Curtea Europeană a Drepturilor Omului le-a constatat, cât și cele pe care inclusiv doctrina le-a constatat¹⁵, considerăm că decizia Curții Constituționale a României a fost una corectă, însă nu din considerentele pe care aceasta din urmă le-a invocat în hotărârile sale, ci din perspectiva analizării celor trei elemente constitutive. Având în vedere că cele trei elemente trebuie îndeplinite simultan pentru a putea fi vorba de o muncă forțată, considerăm că în speță, deși primul element a fost vădit încălcat, anume nu a fost cerut acordul persoanei în cauză, celelalte două elemente constitutive încă rămân intacte. Sancțiunea nu este una injustă, ea fiind stabilită prin lege, conform art. 9 alin. (1) din O. G. nr. 2/2001 și, cu atât mai mult, în cazul în care nu este efectuată, nu există o opresiune, ci doar se poate reveni la prima sancțiune, anume amenda. Cât despre ultimul element constitutiv, considerăm, alături de alți autori¹⁶, că nu este o problema a modului în care se interpretează acest element, astfel că, în cazul refuzului de a presta muncă în folosul comunității, se aplică sancțiunea amenzii, însă această amendă nu este o sancțiune directă în urma refuzului de a efectua munca, ci este urmarea săvârșirii unei fapte contravenționale, această comutare cu amenda fiind doar efectul O. G. nr. 55/2002, care oferă posibilitatea primarului, ca în caz de nerespectare a obligației de a presta o muncă în folosul comunității, să propună instanței schimbarea acesteia cu amenda. De asemenea, considerăm că munca în folosul comunității nu reprezintă o muncă gratuită, aceasta fiind o altă interpretare greșită a legii, deoarece contravenientul nu muncește gratis, ci el muncește tocmai pentru a-și putea „achita” amenda pe care nu și-a permis-o inițial. Cu atât mai mult, legiuitorul a respectat jurisprudența Curții de la Strasbourg, care consideră că „munca în folosul comunității nu este o muncă dificilă dacă este instituită pe o perioadă determinată – nu mai mare de 4 ore pe zi – și are ca scop executarea unei sancțiuni pentru contravenții sau a unei infracțiuni ușoare, aceasta intrând în regimul normal al pedepselor aplicabile de către țările membre”¹⁷, prin faptul că a reglementat, prin O.G. nr. 55/2002, un număr maxim de 3 ore pe zi.

4. Perspectiva privind posibilitatea asimilării prestării unui serviciu în folosul comunității unei munci forțate

Nu în ultimul rând, Noul Cod Penal reglementează de asemenea instituția muncii în folosul comunității, instanța fiind condiționată de acordul expres al

¹⁴ F. Streteanu, *Munca de interes general în dreptul comparat*, în Revista Dreptul nr. 2/1999, pp. 103-104.

¹⁵ C. A. Mitroi, *Sancțiunea prestării unei activități în folosul comunității – muncă forțată?*, Revista Universul Juridic nr. 4, aprilie 2020, p. 54.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ M. E. Mihăilescu, *Sancțiunile contravenționale. Aspecte de drept material în dreptul românesc și comparat*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 171.

inculpatului, conform art. 91 alin. (1) lit. c). În acest sens, dorim să ridicăm o problemă din punct de vedere comparativ: dacă dreptul penal, care sancționează faptele sociale mult mai grave decât dreptul contravențional, condiționează munca în folosul comunității de acordul inculpatului, atunci de ce dreptul contravențional încalcă acest principiu, arogându-și sancțiuni mai dure pentru fapte mai puțin relevante social comparativ cu dreptul penal?

Ținând cont de cele expuse anterior, cu privire la controversa din doctrină, considerăm că sancțiunea de prestare a unei activități în folosul comunității, sancțiune principală în actuala reglementare, nu reprezintă o încălcare a Convenției Europene a Drepturilor Omului și nici o încălcare a Constituției României, astfel că ea nu poate fi calificată ca muncă forțată, așa cum o consideră o parte din doctrină și din practică, întrucât această sancțiune nu îndeplinește două din cele trei elemente constitutive obligatorii pentru a putea fi calificată ca muncă forțată.

5. Perspectiva privind posibilitatea ca prestarea unui serviciu în folosul comunității să fie o sancțiune ineficace

În continuare, dorim să încercăm a lămurii și cealaltă controversă din doctrină și practică, anume că prestarea unei activități în folosul comunității este o sancțiune ineficace. Pentru a putea analiza acest aspect, vom realiza o trecere succintă prin modul în care este reglementată aplicarea acestei sancțiuni. La momentul actual, după ce agentul a constatat contravenția, dacă acesta consideră că amenda nu este suficientă, are oportunitatea de a trimite procesul-verbal către instanța competentă, iar aceasta din urmă, conform art. 5 alin. (8) din O.G. nr. 55/2002, are posibilitatea de a decide dacă îi aplică contravenientului amenda ori dacă îi aplică sancțiunea de prestare a unei activități în folosul comunității.

Ulterior deciziei instanței de obligare a contravenientului la cea din urmă sancțiune, acesta trebuie să se prezinte la primar, urmând ca acesta să stabilească conținutul muncii pe care o va presta contravenientul. Problema se ridică ulterior acestor pași administrativi, anume când contravenientul trebuie să înceapă prestarea muncii. În cazul refuzului acestuia de a se prezenta la muncă sau de a-și îndeplini îndatoririle pe care acesta le are, nu există decât o singură sancțiune, respectiv ca primarul să se adreseze instanței cu propunerea de înlocuire a prestării unei activități în folosul comunității cu sancțiunea amenzii. Cu alte cuvinte, dacă contravenientul nu își plătește amenda ori nu are posibilitatea de a o plăti, instanța îl obligă la prestarea unei activități în folosul comunității, iar dacă refuză să se prezinte la muncă, se transformă înapoi în prima sancțiune, cea a amenzii.

Astfel, așa cum consideră și alți autori¹⁸, tot acest carusel administrativ poate continua la nesfârșit, având ca rezultat crearea unei pagube financiare statului, reușind astfel să implice o serie întreagă de persoane pentru un scop

¹⁸ A. G. Dinescu, *Legislația contravențiilor. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, Editura Hamangiu, București, 2016, p. 77.

total inexistent, sancțiunea nereușind să își atingă scopul pentru care a fost reglementată. Acestea fiind spuse, nu putem decât să achiesăm la opinia unor renumiți autori¹⁹, care consideră tot acest carusel administrativ ceva „demn de Caragiale...”.

Având în vedere aberanta situație ante-prezentată, în practică au existat decizii²⁰ prin care unele instanțe, probabil încercând să repare acest absurd legislativ, au respins ca inadmisibile cererile de înlocuire a sancțiunii de prestare a unei activități în folosul comunității cu amenda. S-a considerat că se poate aplica art. 21 din O.G. nr. 55/2002 doar în ipoteza în care sancțiunea de prestare a unei activități în folosul comunității a fost aplicată prima dată, iar ulterior se cere transformarea acesteia, cauzată de refuzul contravenientului de a se prezenta la muncă, în sancțiunea amenzii, astfel că este considerat inadmisibil ca cererea prin care prima dată a fost aplicată amenda să fie urmată de transformarea în muncă în folosul comunității, urmată iarăși de transformarea în sancțiunea amenzii. Deși admitem că instanța, în speța anterior precizată, a încercat să repare acest absurd legislativ, nu putem fi de acord cu soluția dată de aceasta. Pot exista cazuri când contravenientul a devenit solvabil, astfel că un refuz ca inadmisibil a transformării în aceste condiții ar păgubi chiar statul, care și-ar putea recupera creanța prin transformarea înapoi în sancțiunea amenzii.

O opinie din doctrină²¹ consideră că rezolvarea acestui carusel administrativ este „incriminarea faptei de nerespectare a hotărârii prin care a fost aplicată sancțiunea contravențională a prestării unei activități în folosul comunității”. Nu putem fi deloc de acord cu această propunere *de lege ferenda*, deoarece atunci am încălca vădit elementul constitutiv al muncii forțate pe care atât Curtea de la Strasbourg, cât și Convenția din 1930 îl descriu, anume „refuzul să fie amenințat cu o pedeapsă”. Prin incriminarea acestei fapte s-ar încălca Convenția și ar exista riscul unui control de convenționalitate asupra sancțiunii prestării unei activități în folosul comunității.

O altă opinie²², la care achiesăm, este ca statul să investească mai multe resurse în organele sale fiscale, sporindu-se astfel demersurile făcute de către stat pentru a se putea stabili statutul fiscal al contravenientului și pentru a-l executa silit atunci când acesta este solvabil.

Ținând cont de cele expuse, considerăm că sancțiunea de prestare a unei activități în folosul comunității este, la momentul actual, ineficace, deoarece nu există nicio formă de constrângere legală pe care statul să o exercite asupra contravenientului de rea-credință, din contră, folosește resurse considerabile într-un carusel care nu are aproape niciun efect asupra acestuia.

¹⁹ O. Podaru, R. Chiriță, I. Păsculeț, A. Bachiș, *op. cit.*, p. 118.

²⁰ Jud. Cluj-Napoca, sent. civ. nr. 7803.2016, nepublicată, în O. Podaru, R. Chiriță, I. Păsculeț, A. Bachiș, *op. cit.*, p. 118.

²¹ M. A. Hotca, *Comentariu privind Decizia Curții Constituționale nr. 1354/2008*, în C.J. nr. 3/2009, p. 151.

²² A. G. Dinescu, *op. cit.*, p. 77.

6. Analiză asupra legalității deciziei Î.C.C.J. nr. 7/2010

În continuare, vom formula câteva comentarii cu privire la o decizie a Înaltei Curți de Casație și Justiție care ridică serioase semne de întrebare asupra legalității acesteia. În practică, au fost numeroase cazuri când instanțele fie au admis, fie au respins ca inadmisibilă cererea de înlocuire a amenzii cu prestarea unei activități în folosul comunității, în cazurile în care contravenția era reglementată prin hotărâri ale autorităților locale sau județene. În consecință, Î.C.C.J.²³ a statuat că: „Dispozițiile art. 9 alin. (3)-(5) din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001, prin raportare la dispozițiile art. 9 alin. (1) și (2) din aceeași ordonanță și la dispozițiile art. 1 din Ordonanța Guvernului nr. 55/2002, se interpretează în sensul admisibilității cererilor de înlocuire a sancțiunii amenzii cu sancțiunea obligării contravenientului la prestarea unei activități în folosul comunității indiferent dacă contravențiile săvârșite sunt prevăzute și sancționate prin legi, ordonanțe ale Guvernului sau alte acte cu caracter normativ și chiar dacă actul care stabilește și sancționează contravențiile nu prevede, alternativ cu sancțiunea amenzii, sancțiunea prestării unei activități în folosul comunității”.

Nu putem fi de acord cu această decizie, considerând-o vădit nelegală și apreciem că poate pune reale probleme în cazul unei eventuale sesizării a Curții Europene a Drepturilor Omului. Achiesăm la opinia doctrinară²⁴ care susține că „dacă legiuitorul nu a prevăzut că amenda poate fi înlocuită cu prestarea unei activități în folosul comunității, acest lucru nu poate fi stabilit în faza de executare. În materie penală s-a decis în acest sens în cazul înlocuirii amenzii penale cu închisoare, stabilindu-se că înlocuirea este posibilă numai dacă *ab initio* putea fi dispusă sancțiunea închisorii, ceea ce presupune că legiuitorul a prevăzut-o alternativ cu amenda”. De asemenea, opinăm că, pe lângă cele expuse anterior în doctrină, această decizie încalcă art. 7 din Convenție, care consacră principiul național și european *nulla poena sine lege*, astfel că în cazul de față, Înalta Curte consideră că se poate aplica o sancțiune chiar și atunci când legea nu o prevede. Considerăm inadmisibilă o asemenea soluție și propunem lipsirea de efecte a acestei decizii printr-o excepție ridicată la Curtea Constituțională a României.

În practică, există o decizie prin care instanța de judecată, ulterior deciziei Înaltei Curți, a respins ca inadmisibilă cererea de înlocuire a amenzii cu sancțiunea prestării unei activități în folosul comunității, contravenție ce nu prevedea cea din urmă sancțiune, invocând art. 7 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, ce consacră principiul legalității incriminării. Din păcate, așa cum consideră și doctrina²⁵, din motivarea deciziei nu reiese dacă judecătorul

²³ Secțiile Unite, dec. nr. 7/2010, [Online] la <https://lege5.ro/gratuit/ge2daojtga/decizia-nr-7-2010-privind-examinarea-recursului-in-interesul-legii-cu-privire-la-interpretarea-si-aplicarea-dispozitiilor-art-9-alin-3-5-din-ordonanta-guvernului-nr-2-2001-privind-regimul-juridic-al-c>, accesat 04.05.2021.

²⁴ M. A. Hotca, *Regimul juridic al contravențiilor. Comentarii și explicații*, ed. 5, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 170.

²⁵ O. Podaru, R. Chiriță, I. Păsculeț, A. Bachiș, *op. cit.*, p. 119.

a aplicat dreptul unional întrucât așa a apreciat că ar fi corect și a înlăturat consecințele deciziei Înaltei Curți, ori dacă pur și simplu instanța nu a cunoscut această decizie.

7. Analiză asupra constituționalității art. 8 alin. (5) din O.G. nr. 55/2002

O ultimă chestiune pe care dorim să o analizăm este problema de constituționalitate pe care o ridică art. 8 alin. (5) din O.G. nr. 55/2002. La momentul actual, legea prevede posibilitatea instanței de judecată de a opta pentru aplicarea sancțiunii de prestare a unei activități în folosul comunității în cazul în care „*contravenientul nu dispune de mijloace materiale și financiare pentru plata acesteia*”. Considerăm acest text neconstituțional, deoarece încalcă principiul egalității în fața legii, astfel că se face o discriminare pe motive financiare între contravenientul care are mijloacele materiale necesare și cel care nu le are. Subliniem faptul că textul de lege actual nu ține cont de modalitatea culpabilă sau neculpabilă a contravenientului de a nu achita amenda, ci doar de neplata ei efectivă în termen de maximum 30 de zile. Cu atât mai mult, dacă în dreptul penal instanța este obligată să țină cont doar de cazul în care inculpatul nu își plătește amenda cu rea-credință, atunci cu atât mai mult, în dreptul contravențional, instanța trebuie să țină cont de acest lucru, altfel i s-ar crea, cum de altfel se și întâmplă, o situație mai grea unei persoane în dreptul contravențional decât în dreptul penal, un astfel de scenariu fiind inadmisibil în opinia noastră într-un stat de drept.

În concluzie, considerăm, alături de alți autori²⁶, că actualul text de la art. 8 alin. (5) din O.G. nr. 55/2002 este neconstituțional, deoarece face o discriminare pe criteriul stării patrimoniale, având în vedere că numai cei care dispun de resurse financiare pot „scăpa” de sancțiunea prestării unei activități în folosul comunității. Acestea fiind spuse, considerăm că, *de lege ferenda*, se impune modificarea articolului, astfel încât doar neplata cu rea-credință a amenzii să constituie motiv de aplicare a sancțiunii de prestare a unei activități în folosul comunității.

8. Concluzie

În concluzie, considerăm că am tratat principalele controverse care s-au născut în urma deciziei Curții Constituționale din 2008, care a oferit posibilitatea instanțelor să poată sancționa contravenientul, fără acordul acestuia, la prestarea unei activități în folosul comunității. Astfel, am arătat că apreciem ca incorectă opinia conform căreia ar fi considerată muncă forțată, deoarece nu îndeplinește două dintre cele trei elemente constitutive obligatorii ale muncii forțate. Din păcate, am opinat că această sancțiune este ineficace, întrucât deși instanța poate sancționa contravenientul fără acordul acestuia, nu există niciun element de constrângere pe care statul să îl poată avea asupra contravenientului pentru ca

²⁶ M. A. Hotca, *op. cit.*, p. 162.

acesta din urmă să își execute obligațiile ce îi revin, ceea ce conduce, în cazul nerespectării acestora, la un carusel administrativ din care statul pierde resurse, atât din punct de vedere temporal, cât și financiar. Cu toate acestea, o întrebare de reflecție rămâne: dacă în dreptul civil, atunci când partea care a avut câștig de cauză nu își poate executa silit debitorul, deoarece acesta nu este solvabil, nu are altă modalitate de a-și recupera prejudiciul decât a aștepta ca acesta să fie solvabil, atunci de ce statul are posibilitatea de a obliga, fără acordul debitorului, pe acesta din urmă la prestarea unei activități în folosul comunității, sancțiune ce duce practic la o muncă în contul creanței neachitate?

Referințe

- Apostol Tofan D., *Drept Administrativ*, vol. II, ed. 3, Editura C.H. Beck, București, 2015
- Bîrsan C., *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, vol. I: *Drepturi și libertăți*, Editura All Beck, București, 2005
- Dinescu A. G., *Legislația contravențiilor. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, Editura Hamangiu, București, 2016
- Frențiu G. C., *Există un raport comitent-prepus în cazul executării sancțiunii contravenționale în temeiul Legii nr. 82/1999?*, în *Dreptul* nr. 1/2002
- Hotca M. A., *Regimul juridic al contravențiilor. Comentarii și explicații*, ed. 5, Editura C.H. Beck, București, 2012
- Hotca M. A., *Comentariu privind Decizia Curții Constituționale nr. 1354/2008*, în C.J. nr. 3/2009
- Mărgineanu S., *Executarea sancțiunii contravenționale sau a prestării unei munci în folosul comunității de către contravenientul aflat în executarea unei pedepse privative de libertate*, în *Dreptul* nr. 2/2001
- Mihăilescu M. E., *Sancțiunile contravenționale. Aspecte de drept material în dreptul românesc și comparat*, Editura Hamangiu, București, 2013
- Mitroi C. A., *Sancțiunea prestării unei activități în folosul comunității – muncă forțată?*, *Revista Universul Juridic* nr. 4, aprilie 2020
- Niculescu C., *Există sau nu un raport comitent-prepus în cazul executării sancțiunii contravenționale în temeiul Legii nr. 82/1999?*, în *Dreptul* nr. 10/2002
- Podaru O., Chiriță R., Păsculeț I., Bachiş A., *Regimul juridic al contravențiilor. O.G. nr. 2/2001 comentată*, ed. a 5-a, Editura Hamangiu, București, 2021
- Streteanu F., *Munca de interes general în dreptul comparat*, în *Revista Dreptul* nr. 2/1999
- Trăilescu A., *Drept administrativ*, ed. 4, Editura C.H. Beck, București, 2010
- C.E.D.O., Hotărârea *Van der Musselle c. Belgiei* din 23 noiembrie 1983
- Dec. C.C.R. nr. 277 din 23 aprilie 2019
- Dec. C.C.R. nr. 697/2014
- Dec. C.C.R. nr. 641 din 17 mai 2011
- Dec. C.C.R. nr. 1354 din 10 decembrie 2008
- Î.C.C.J., Secțiunile Unite, dec. nr. 7/2010
- Jud. Cluj-Napoca, sent. civ. nr. 7803/2016, nepublicată

Individualizarea judiciară a pedepselor. Probleme de compatibilitate în raport de cauzele cu efecte asupra instituțiilor fundamentale de drept penal

Judicial Individualization of Punishment. Compatibility Issues in Relation to Cases Having an Impact on Fundamental Criminal Law Institutions

Teodora Cișlariu¹

Rezumat: Individualizarea judiciară a pedepsei este o instituție de o reală importanță cu privire la desfășurarea întregului proces penal. Ea se află într-o legătură firească și necesară cu instituțiile fundamentale de drept penal, mai precis, infracțiunea, răspunderea penală și sancțiunile de drept penal. Pe lângă incriminarea faptelor ce constituie infracțiuni se impune, așadar, o adaptare adecvată a pedepsei între anumite limite determinate de legiuitor, în funcție de specificul infracțiunii comise, activitate ce are loc, în concret, în această etapă. Prezentul articol este structurat pe două părți - prima parte destinată delimitării cauzei legitimei apărări de circumstanța agravantă legală reprezentată de provocare, iar cea de-a doua parte îndreptată spre analiza raportului dintre anumite împrejurări reținute de Codul penal român cu titlu de circumstanțe agravante legale și elementele cu caracter constitutiv din conținutul unor infracțiuni reglementate în Partea specială a Codului penal.

Cuvinte-cheie: individualizare; cauze; compatibilitate; legitima apărare; starea de provocare; elemente constitutive

Abstract: The judicial individualization of punishment is an institution of real importance with regard to the conduct of the entire criminal process. It is naturally and necessarily linked to the fundamental institutions of criminal law, specifically offence, criminal liability and criminal sanctions. Alongside the criminalization, it is therefore necessary to adapt the punishment within certain limits determined by the legislator, depending on the specific nature of the offence committed. The present article is structured in two parts - the first part is intended to delimit the justification from the legal aggravating circumstance of provocation, and the second part is focused on the analysis of the relationship between certain circumstances retained by the Romanian

* Prezentul articol reprezintă un capitol din lucrarea de disertație cu titlul „Individualizarea judiciară a pedepselor. Unele probleme sub aspectul compatibilității cu anumite instituții generale de drept penal”, elaborată în cadrul Masteratului de Științe penale al Facultății de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași.

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

Penal Code as legal aggravating circumstances and the constituent elements of the content of certain offences regulated in the Special Part of the Criminal Code.

Keywords: individualization; criteria; compatibility; justification; provocation; constituent elements

1. Introducere

Diferitele categorii de cauze având efecte asupra instituțiilor fundamentale de drept penal – infracțiunea, răspunderea penală și sancțiunile de drept penal – ridică anumite probleme de compatibilitate prin raportare la circumstanțele reglementate de legiuitorul român în Codul penal. Problematika pe care o ridică aceste cauze este una complexă, motiv pentru care înțelegem doar a le prezenta succint în cele ce urmează.

Prin raportare la definiția infracțiunii² și la trăsăturile esențiale ale acesteia, identificăm, în primul rând, *cauzele de atipicitate*. Acestea înlătură prima trăsătură *sine qua non* a infracțiunii, mai precis tipicitatea faptei; așadar, în prezența cauzelor de atipicitate nu există identitate între elementele constitutive ale faptei în concret comise și cele ale faptei abstracte descrise în norma de incriminare. Cauzele de excludere a tipicității generează efecte *in rem*, deci care se vor răsfărca și asupra participanților la comiterea infracțiunii. Reprezintă o astfel de cauză de atipicitate expres prevăzută în reglementarea actuală cea în legătură cu infracțiunea de obstrucționare a justiției – art. 271 alin. (2) C. pen.³

O a doua categorie de cauze o reprezintă așa-zisele *cauze justificative*, care pot fi definite ca fiind acele cauze, având caracter real, ale căror efecte constau în excluderea caracterului nejustificat al infracțiunii, cu alte cuvinte a caracterului lor ilicit. Sunt reglementate, la nivelul Părții generale a Codului penal, cu titlu de cauze justificative: legitima apărare – art. 19 C. pen., starea de necesitate – art. 20 C. pen., exercitarea unui drept sau îndeplinirea unei obligații – art. 21 C. pen. și consimțământul persoanei vătămate – art. 22 C. pen. Acestora li se adaugă și unele cauze justificative speciale, prevăzute de legiuitor în legătură cu anumite fapte incriminate în Partea specială a Codului penal [de exemplu, în legătură cu infracțiunea de întrerupere a cursului sarcinii – art. 201 alin. (6) C. pen., în legătură cu infracțiunea de vătămare a fătului – art. 202 alin. (6) C. pen. ori cu infracțiunea de lăsare fără ajutor a unei persoane aflate în dificultate – art. 203 alin. (2) C. pen.].

De cealaltă parte regăsim *cauzele de neimputabilitate* care, prin definiție, exclud trăsătură esențială a imputabilității, înțeleasă ca un reproș adus

² Potrivit art. 15 C. pen., „*Infracțiunea este fapta prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă persoanei care a săvârșit-o*”.

³ G. Pelican, *Ipotezele speciale de înlăturare a trăsăturilor esențiale ale infracțiunii în reglementarea Noului Cod Penal*, în Revista Themis nr. 2/2020, pp. 35-45. Autorul face și o succintă prezentare a unor cauze regăsite în Partea specială a Codului penal, a căror natură juridică a dat naștere unor opinii diferite în literatura de specialitate. Articolul este disponibil [Online] <http://inm-lex.ro/wpcontent/uploads/2020/12/Revista%20Themis%20%202020.pdf>.

făptuitorului care, prin conduita sa, a adus atingere unei valori sociale ocrotite prin lege⁴. Din cuprinsul art. 23 alin. (2) C. pen. se desprinde caracterul de circumstanțe personale subiective (cu unica excepție a cazului fortuit – cauză ce produce efecte *in rem*) al acestor cauze, efectul lor fiind limitat la persoana celui care se găsește sub imperiul lor. Cauzele de neimputabilitate reglementate de articolele 24-31 C. pen. sunt, în următoarea ordine: constrângerea fizică, constrângerea morală, excesul neimputabil, cu ambele sale forme – de legitimă apărare și de stare de necesitate, minoritatea făptuitorului, iresponsabilitatea, intoxicația, eroarea și cazul fortuit. Există o singură cauză de neimputabilitate de ordin special în actuala reglementare, anume cea prevăzută în art. 290 alin. (2) C. pen., în legătură cu infracțiunea de dare de mită.

Trecând la cea de-a doua instituție fundamentală de drept penal, cea specifică răspunderii penale, constatăm existența categoriei *cauzelor de înlăturare a răspunderii penale*. Sediul materiei este reprezentat de prevederile Titlului al VII-lea – „Cauzele care înlătură răspunderea penală” din Partea generală a Codului penal. Cauzele de ordin general care au ca efect excluderea răspunderii penale sunt: amnistia – art. 152 C. pen., prescripția răspunderii penale – art. 153-156 C. pen., lipsa plângerii prealabile – art. 157 C. pen., retragerea plângerii prealabile – art. 158 C. pen. și împăcarea – art. 159 C. pen. Acestea li se alătură și *medierea* care, în lumina celor statuate de Înalta Curte de Casație și Justiție prin Decizia nr. 9/2015⁵ pronunțată în dezlegarea unei chestiuni de drept în materie penală și, ulterior, a dispozițiilor art. 2² din Legea nr. 192/2006⁶, este calificată drept o cauză *sui-generis* de înlăturare a răspunderii penale.

Nu în ultimul rând, și în raport de instituția fundamentală a sancțiunilor de drept penal operează anumite categorii de cauze. O primă categorie este cea specifică *cauzelor de impunitate* sau *de nepedepsire*, consacrate în titlul general (desistarea și împiedicarea producerii rezultatului – art. 34 C. pen., împiedicarea săvârșirii infracțiunii – art. 51 C. pen.) sau în cel special (favorizarea făptuitorului sau tănuirea săvârșite de un membru de familie – art. 269 alin. (3), art. 270 alin. (3) C. pen.). În prezența lor, fapta săvârșită constituie infracțiune și conduce la existența răspunderii penale, însă, ca urmare a unor opțiuni de politică penală,

⁴ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală*, curs universitar, vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 410.

⁵ Decizia nr. 9/2015, publicată în M. Of. al României nr. 406 din 9 iunie 2015. A se vedea și Decizia Curții Constituționale a României nr. 397/2016 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 67 din Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, publicată în M. Of. nr. 532 din 15 iulie 2016.

⁶ Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, publicată în M. Of. nr. 441 din 22 mai 2006, cu modificările și completările aduse prin Legea nr. 97/2018 privind unele măsuri de protecție a victimelor infracțiunilor, publicată în M. Of. nr. 367 din 2 mai 2018.

făptuitorului nu i se va aplica în concret o sancțiune penală – pedeapsă sau măsură educativă⁷.

Titlul al VIII-lea din Partea generală a Codului penal consacră categoria *cauzelor care înlătură sau modifică executarea pedepselor*, fiind vorba despre instituția grațierii – art. 160 C. pen. și prescripția executării pedepselor – art. 161 și urm. C. pen., cu precizarea că putem include aici și amnistia postcondamnatorie, întrucât, conform tezei a II-a a alin. (1) din art. 152 C. pen., „*ea înlătură și executarea pedepsei pronunțate, precum și celelalte consecințe ale condamnării*”.

Teoria cauzelor operante în materie penală este întregită de ansamblul *cauzelor care înlătură consecințele condamnării*. În realitate, este vorba despre o singură instituție, cea a reabilitării, care se manifestă sub două forme – reabilitarea de drept (art. 165 C. pen.) și reabilitarea judecătorească (art. 166 și urm. C. pen.). Încheind prezentarea generală a cauzelor cu efecte față de instituțiile fundamentale de drept penal general, urmează a ne îndrepta atenția asupra unor probleme de compatibilitate pe care anumite circumstanțe, personale sau reale, le ridică prin raportare la unele dintre aceste cauze.

2. Legitima apărare și scuza provocării

Scuza provocării constituie, potrivit art. 75 alin. (1) lit. a) C. pen., o circumstanță atenuantă legală și constă în „*săvârșirea infracțiunii sub stăpânirea unei puternice tulburări sau emoții, determinată de o provocare din partea persoanei vătămate, produsă prin violență, printr-o atingere gravă a demnității persoanei sau printr-o altă acțiune ilicită gravă*”. Pentru a putea fi reținută așa-numita stare de provocare este necesară întrunirea cumulativă a mai multor cerințe referitoare la cele două elemente ce intră în structura acesteia, mai precis: *actul de provocare săvârșit de victima infracțiunii și infracțiunea comisă în stare de provocare sau riposta*.

Legitima apărare este o cauză justificativă care, conform art. 19 alin. (2) C. pen., desemnează ipoteza în care o persoană „*săvârșește fapta pentru a înlătura un atac material, direct, imediat și injust, care pune în pericol persoana sa, a altuia, drepturile acestora sau un interes general, dacă apărarea este proporțională cu gravitatea atacului*”. De asemenea, legiuitorul a optat și pentru reglementarea *legitimei apărări prezumate*, incidentă atunci când o persoană „*comite fapta pentru a respinge pătrunderea unei persoane într-o locuință, încăpere, dependință sau loc împrejmuit ținând de aceasta, fără drept, prin violență, viclenie, efracție sau alte asemenea modalități nelegale ori în timpul nopții*”. Având în vedere că principalele probleme, prin raportare la scuza provocării, le ridică legitima

⁷ În literatura de specialitate s-a înaintat și opinia potrivit căreia cauzele de nepedepsire sunt asimilabile, în considerarea efectelor pe care le produc, cauzelor care înlătură răspunderea penală. În acest sens: C. Ghigheci, *Considerații generale în legătură cu răspunderea penală*, în Revista Universul Juridic nr. 1 martie 2018, [Online] la <http://revista.universuljuridic.ro/consideratii-generale-legatura-cu-raspundereapenal/>.

apărare propriu-zisă, ne vom îndrepta atenția asupra condițiilor ce trebuiesc întrunite pentru existența acesteia, legitima apărare prezumată nefăcând obiectul acestei discuții. Din punct de vedere structural, legitima apărare reunește două componente – atacul și apărarea. Atacul trebuie să fie material – prin recurgere la violență (forța fizică a atacatorului sau energia exercitată de către acesta prin intermediul unor obiecte, animale, instrumente), direct – ce presupune lezarea nemijlocită a valorii sociale ocrotite, imediat – fie că este iminent (pe cale a se produce) sau actual (în curs de desfășurare), injust – lipsit de legitimitate juridică, să pună în pericol persoana sau drepturile celui atacat ori ale altei persoane ori interesul general. Apărarea trebuie să se obiectiveze într-o faptă prevăzută de legea penală prin care să se urmărească întocmai înlăturarea atacului, motiv pentru care se impune să fie precedată de atac. Cerința fundamentală pentru apărare este ca aceasta să fie proporțională cu atacul, analiza urmând a se face de la caz la caz, prin raportare la particularitățile cauzei⁸.

Specificul acestor „cauze” ridică probleme de delimitare între ele, motiv pentru care ne propunem să evidențiem acele elemente care le diferențiază. Așa cum se poate observa, cele două conțin, în structurile lor, deopotrivă două elemente – atacul și apărarea, în cazul legitimei apărări, respectiv actul de provocare și riposta, în cazul provocării. Cu toate acestea, ele produc efecte semnificativ diferite: în timp ce legitima apărare este o cauză justificativă, al cărei efect constă în înlăturarea caracterului penal al faptei, prin excluderea trăsăturii esențiale a caracterului nejustificat al faptei, provocarea este o circumstanță atenuantă; mai exact, în prezența provocării fapta comisă îndeplinește toate trăsăturile specifice infracțiunii, fiind calificată ca atare, însă își produce efectul în procesul de individualizare judiciară e pedepsei, în sensul atenuării obligatorii a răspunderii penale.

În cazul legitimei apărări, fapta incriminată se comite în același context spațio-temporal; cu alte cuvinte, apărarea (fapta prevăzută de legea penală) se comite cel mai târziu în cursul derulării atacului. Provocarea, pe de altă parte, apare ca o stare sub influența căreia are loc comiterea infracțiunii, deci, în principiu, imediat după momentul „consumării” actului provocator, fiind, în esență, o reacție îndreptată împotriva conduitei provocatorului. Astfel, legitima apărare presupune o atitudine firească de apărare împotriva unui atac de o anumită intensitate, care pune în pericol valori sociale fundamentale, pe când provocarea determină o tulburare intensă în psihicul făptuitorului, ce îl determină să răspundă unui atac deja consumat, riposta nemaifiind necesară pentru ocrotirea valorilor sociale lezate de provocator.

Cele două cauze pot fi confundate prin prisma faptului că ambele presupun acțiuni violente, injuste, exercitate de principiu împotriva celui care comite fapta incriminată, cu mențiunea că, cel puțin la nivel teoretic, nici atacul în cazul legitimei apărări, nici provocarea în cazul scuzei provocării nu trebuie

⁸ V. Pașca, *Drept penal. Partea generală*, ediția a IV-a, Editura Universul Juridic, București, 2015, pp. 204 și urm.

să fie în mod obligatoriu fapte prevăzute de legea penală. Diferența între ele se observă la nivelul valorilor sociale vizate prin aceste violențe. În cazul legitimei apărări, prin atac se urmărește lezarea persoanei sau a drepturilor celui atacat, cele aparținând altei persoane sau interesului general, în timp ce în cazul scuzei provocării, actul provocator poate fi comis prin violență, printr-o atingere gravă adusă demnității persoanei sau printr-o altă acțiune având caracter ilicit. Probleme de delimitare apar atunci când actul provocator se comite prin violență, care în concret poate viza, la fel ca în cazul legitimei apărări, persoana celui atacat. Astfel, distincția este dată de intensitatea violențelor. Dacă acestea nu ating o anumită intensitate, care să pună într-un pericol real o persoană, nu va fi incidentă cauza justificativă, ci, eventual, circumstanța atenuantă. Diferența de intensitate rezultă din chiar cuprinsul textului de lege care reglementează excesul neimputabil de legitimă apărare – art. 26 alin. (1) C. pen., pe care înțelegem să îl redăm: „*nu este imputabilă fapta prevăzută de legea penală săvârșită de persoana aflată în stare de legitimă apărare, care a depășit, din cauza tulburării sau temerii, limitele unei apărări proporționale cu gravitatea atacului*”. Deși nu se prevede în mod expres în cuprinsul art. 19 alin. (2) C. pen., din analiza acestor două texte, aflate în strânsă legătură, înțelegem că legitima apărare va fi justificată dacă, în concret, persoană atacată se află sub influența unei „tulburări” sau „temeri” care o determină să se apere în fața atacului. Pe de altă parte, în cuprinsul art. 75 alin. (1) lit. a) C. pen., legiuitorul nu mai vorbește și despre o stare de temere, pe lângă aceea de tulburare, ci de „emoții”, aceste procese psihice în cazul provocării neputând să atingă intensitatea celor specifice legitimei apărări.

Nu în ultimul rând, cauzele în discuție se diferențiază prin aceea că în cazul legitimei apărări este necesar ca atacul să fie *material*, în timp ce în cazul provocării, sfera cauzelor care generează tulburarea sau emoția puternică este mai largă, putând fi vorba chiar despre insulte, ofense verbale sau gesturi⁹.

3. Raportul dintre circumstanțele agravante legale și elementele având caracter constitutiv din conținutul unor infracțiuni reglementate în Partea specială a Codului penal

După cum am observat, circumstanțele reprezintă împrejurări aflate în strânsă legătură fie cu fapta comisă, fie cu persoana făptuitorului. Important de subliniat este faptul că aceste împrejurări se pot prezenta și sub o altă calificare dată de însăși norma de incriminare. Astfel, în cuprinsul Părții speciale a Codului penal întâlnim texte prin care sunt incriminate faptele cu relevanță penală, unele dintre ele stabilind anumite împrejurări sau situații în prezența cărora trebuie comisă acțiunea sau inacțiunea ce reprezintă elementul material al laturii obiective a infracțiunii. Acestea sunt denumite sugestiv *elemente constitutive*. Din acest motiv se pot ivi probleme de delimitare atunci când, în concret, o împrejurare se regăsește în norma de incriminare cu titlu de element constitutiv

⁹ V. Pașca, *op. cit.*, p. 551.

al infracțiunii, dar este reglementată și ca circumstanță cu prevedere în Partea generală a Codului penal. Pentru că numărul acestor împrejurări depășește problematica chiar și a unei lucrări mai ample, în prezentul studiu ne vom concentra doar pe două dintre ele, care au ridicat numeroase discuții în doctrină și practică.

O primă discuție vizează compatibilitatea circumstanței agravante legale a *săvârșirii faptei de către trei sau mai multe persoane împreună* (art. 77 lit. a) C. pen.) cu formele pluralității de infractori reprezentate de pluralitatea naturală și de cea constituită. Rațiunea instituției pluralității de infractori rezidă în existența unui pericol social sporit în contextul comiterii infracțiunii de către un număr superior de persoane; obiectiv vorbind, eforturile conjugate ale infractorilor sporesc șansele de atingere a rezultatului infracțional urmărit, ușurează semnificativ executarea și îngreunează activitatea de descoperire a făptuitorilor și întregul proces de tragere la răspundere penală. În acest sens, legiuitorul a înțeles să incrimineze anumite fapte care nu se pot comite de către o singură persoană, fiind necesară contribuția unui număr mai mare de făptuitori, fiind deci în prezența așa-numitei pluralități naturale. Sunt astfel de infracțiuni încăierarea (art. 198 C. pen.), incestul (art. 377 C. pen.) și bigamia (art. 376 C. pen.). Se pune, așadar, întrebarea dacă poate fi reținută circumstanța prevăzută în art. 77 lit. a) C. pen. în cazul unei infracțiuni caracterizate de pluralitate naturală de făptuitori.

În concepție majoritară, se exclude posibilitatea reținerii circumstanței în discuție în cazul pluralității naturale de făptuitori, argumentul fiind acela că numărul superior de participanți este impus de însăși natura infracțiunii¹⁰. Alți autori consideră că soluția nu poate fi generalizată. Un exemplu în care circumstanța ar putea fi reținută este raportat la infracțiunea de încăierare; în acest sens, se consideră că atunci când, fără a fi implicați în acțiunea specifică încăierării, trei persoane își aduc contribuția de pe poziția complicilor con-comitenți, fie ei morali sau materiali (trecătorii care aruncă unor persoane implicate în încăierare obiecte contondente în vederea lovirii membrilor taberei adverse), reținerea circumstanței agravante nu poate fi exclusă. Potrivit acestei opinii, rațiunea reglementării circumstanței în discuție a fost tocmai de a sancționa comiterea infracțiunii de minimum *trei* persoane împreună, pentru a acoperi ipotezele în care, potrivit naturii infracțiunii, aceasta nu poate fi comisă de către un singur făptuitor¹¹.

Aceeași discuție se poartă și în cazul pluralității constituite de făptuitori, în special în cazul infracțiunii de constituire a unui grup infracțional organizat (art. 367 C. pen.). De această dată, însă, având în vedere definiția sintagmei „grup infracțional organizat” din cuprinsul alin. (6) al art. 367 C. pen., care impune un minimum de trei persoane, literatura de specialitate exclude posibilitatea

¹⁰ M. Udriou, *Drept penal. Partea generală*, ediția a 4-a, Editura C.H. Beck, București, 2017, p. 365.

¹¹ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. Partea generală*, curs universitar, vol. II, Editura Universul Juridic, București, 2018, p. 423.

reținerii circumstanței agravante din art. 77 lit. a) C. pen. în cazul acestei infracțiuni. Cu toate acestea, se admite că în cazul comiterii infracțiunilor în vederea cărora grupul a fost inițiat sau constituit (infracțiunile programate), deci în ipoteza acoperită de art. 367 alin. (3) C. pen., va putea fi valorificată această circumstanță¹².

O altă situație care a născut discuții interesante în literatura de specialitate se referă la compatibilitatea circumstanței legale agravante prevăzute de art. 77 lit. f) C. pen., mai precis „săvârșirea infracțiunii în stare de intoxicație voluntară cu alcool sau cu alte substanțe psihoactive, când a fost provocată în vederea comiterii infracțiunii” (intoxicația voluntară preordinată) și premeditarea – atunci când aceasta apare ca element circumstanțial agravant al unei fapte incriminate în Partea specială a Codului penal. Mai exact, problema ridicată vizează ipoteza în care premeditarea, ca circumstanță specială, se obiectivează, se prezintă sub forma consumului de alcool sau alte substanțe, astfel încât autorul ajunge într-o stare cauzată în mod voluntar și conștient de către sine, la un moment anterior celui în care se comite activitatea infracțională, însă la acest din urmă moment el este lipsit de responsabilitate în sensul legii penale. Această situație este cunoscută sub denumirea de *actio libera in causa*. Exemplul clasic este acela al consumului de alcool, intenționat, în vederea dobândirii curajului necesar comiterii unei infracțiuni¹³.

În general, doctrina a optat pentru soluția reținerii doar a premeditării, ca element circumstanțial care atrage existența unei variante agravate a infracțiunii (de exemplu, omorul calificat săvârșit cu premeditare – art. 189 alin. (1) lit. a) C. pen.), cu excluderea circumstanței prevăzute de art. 77 lit. f) C. pen., opinie pe care o împărtășim¹⁴.

Potrivit unei alte opinii, nu există o suprapunere între cele două circumstanțe. Altfel spus, față de împrejurările concrete, va putea fi reținută, alături de premeditare, și circumstanța legală agravantă a intoxicației voluntare preordonate, atunci când aceasta din urmă nu constituie o materializare a premeditării. O astfel de situație ar exista atunci când elementul subiectiv, cu care se comite infracțiunea, este caracterizat de intenția repentină, în sensul că făptuitorul, tulburat de o anumită împrejurare, consumă în acel context spațio-temporal o cantitate suficientă de alcool și trece imediat la executare (executare asupra căreia a chibzuit anterior o anumită perioadă de timp). Pentru a exemplifica, se oferă cazul tulburării provocate soțului de adulterul celui alt soț, situație cunoscută celui dintâi, cu mențiunea că tulburarea nu atinge însă nivelul provocării; pe acest fond, făptuitorul consumă într-un interval scurt de timp o cantitate mare de alcool, pentru a prinde curajul necesar uciderii amanților, timp în care cântărește avantajele și dezavantajele comiterii faptei, dar decide să o comită, lucru care se și întâmplă la scurt timp. Principalul argument pentru

¹² *Ibidem*, p. 424.

¹³ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, vol. I, p. 422. Autorii prezintă și diferitele ipoteze de *actio libera in causa*, sens în care facem trimitere la lucrarea citată.

¹⁴ V. Pașca, *op. cit.*, p. 560.

posibilitatea valorificării ambelor circumstanțe – a premeditării și a intoxicației voluntare preordonate – se referă, deci, la ipoteza în care făptuitorul ia decizia de a se intoxica cu alcool sau diverse substanțe, decizie luată conștient și în vederea comiterii infracțiunii, pe fondul existenței unei rezoluții infraționale asupra căreia a meditat anterior un anumit timp, într-o stare specifică premeditării (de relativ calm, cântărind avantajele și dezavantajele, trecând la executare după o anumită perioadă de timp)¹⁵.

Concluzii

După cum se poate observa, activitatea de individualizare judiciară a pedepselor ridică o serie de probleme din perspectiva compatibilității cu anumite instituții generale de drept penal, motiv pentru care se impune o atentă analiză a semnificației reglementărilor în vigoare, în special prin raportare la acele situații generatoare de soluții neunitare în practica instanțelor judecătorești.

Referințe

- Ghigheci C., *Considerații generale în legătură cu răspunderea penală*, în Revista Universul Juridic, nr. 1, martie 2018
- Pașca V., *Drept penal. Partea generală*, ediția a IV-a, Editura Universul Juridic, București, 2015
- Pelican G., *Ipotezele speciale de înlăturare a trăsăturilor esențiale ale infracțiunii în reglementarea Noului Cod Penal*, în Revista Themis, nr. 2, 2020
- Streteanu F., Nițu D., *Drept penal. Partea generală*, curs universitar, vol. I, Editura Universul Juridic, București, 2014
- Streteanu F., Nițu D., *Drept penal. Partea generală*, curs universitar, vol. II, Editura Universul Juridic, București, 2018
- Udroiu M., *Drept penal. Partea generală*, ediția a 4-a, Editura C.H. Beck, București, 2017

¹⁵ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, vol. II, pp. 435-436.

Efectele deciziilor Curții Constituționale asupra instituției camerei preliminare

The Effects of the Decisions of the Constitutional Court of Romania on the Institution of the Preliminary Phase

Bogdan Trofin¹

Rezumat: Instituția camerei preliminare, fiind o instituție nouă din punct de vedere formal, care sugerează o schimbare de optică a legiuitorului procesual penal cu ocazia „revigorării” Codului de procedură penală, a reprezentat (și încă reprezintă) obiectul unor lungi (și încă aprinse) dezbateri în doctrina procesuală penală. Fiind o instituție de dată relativ recentă, aceasta încă se află într-un proces de cunoaștere a limitelor și a scopului pentru care a fost creată, aflându-se, în același timp, într-o continuă evoluție. Desigur, noutatea procedurii de cameră preliminară trebuie analizată prin prisma unor alte instituții, precum cea a „camerei de acuzare” – cunoscută legislației procesuale penale aferente Codului de procedură penală din 1936 – sau a „ședinței pregătitoare” – introdusă prin Decretul nr. 506/1953 – și care indică faptul că preocuparea legiuitorului în acest sens a existat și anterior. De asemenea, natura instituției camerei preliminare (fază procesuală autonomă sau etapă procesuală a fazei de judecată?) reprezintă obiectul uneia dintre cele mai pregnante controverse în doctrina aferentă dreptului procesual penal, principalele curente de opinie argumentându-și opțiunea pe o serie de necorelări (și neajunsuri) ale Codului de procedură penală.

Cuvinte-cheie: camera preliminară; fază procesuală; decizia C.C.R. nr. 641/2014; contradictorialitate; egalitate de arme; decizia C.C.R. nr. 631/2015; decizia C.C.R. nr. 18/2017; drept la apărare; decizia C.C.R. nr. 257/2017; decizia C.C.R. nr. 802/2017; procedură filtru

Abstract: The preliminary phase, being a new institution from a formal point of view, which suggests a change of perspective of the criminal procedural legislator on the occasion of the „revival” of the Criminal Procedure Code represented (and still represents) the object of debates in the criminal procedural doctrine. Being an institution of a relatively recent date, it is still in a process of knowing the limits and the purpose for which it was created, being at the same time in a continuous evolution. Of course, the novelty of the preliminary phase procedure must be analyzed in the light of other institutions, such as the “indictment phase” – known to the criminal procedural legislation related to the Criminal Procedure Code of 1936 – or the “preparatory hearing” – introduced by Decree no. 506/1953 – which indicates that the legislator’s concern in this regard has existed previously. Furthermore, the nature of the preliminary phase

¹ Masterand, Specializarea Științe Penale, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, e-mail: bogdanftrofin@yahoo.com.

institution (a autonomous procedural phase or a procedural stage of the trial phase?) is the subject of one of the most prominent controversies in the doctrine of criminal procedural law, the main currents of opinion arguing their choice on a series of inconsistencies (and shortcomings) of the Criminal Procedure Code.

Keywords: preliminary phase; procedural stage; decision no. 641/2014 of the Constitutional Court of Romania; adversarial proceedings; equality of arms; decision no. 631/2015 of the Constitutional Court of Romania; decision no. 18/2017 of the Constitutional Court of Romania; right to defense; decision no. 257/2017 of the Constitutional Court of Romania; decision no. 802/2017 of the Constitutional Court of Romania; filter procedure

1. Introducere

Motivul determinant în alegerea fazei de cameră preliminară² ca subiect al prezentului studiu este tocmai caracterul său tampon, de fază ce intermediază legătura dintre faza de urmărire penală (ce reprezintă debutul procesului penal) și faza de judecată (momentul culminant al procesului penal), fapt ce a condus la apariția unor curente de opinie contrare în legătură cu natura juridică a acestei faze.

Mai mult, dacă ar fi să avem în vedere obiectul și limitele procedurii de cameră preliminară, putem constata cu o oarecare usurință faptul că această fază procesuală poate influența, într-un mod cât se poate de direct și determinant faza de judecată, în special, și soarta procesuală a cauzei, în general.

Totodată, considerăm că importanța acestei instituții procesuale este dată tocmai de consecințele nefaste pe care le poate produce asupra cauzei penale necunoașterea corespunzătoare a obiectului acesteia și adoptarea unei conduite procesuale contrare scopului recunoscut de lege. O conduită procesuală corespunzătoare ar putea conduce la obținerea unor avantaje de natură procesuală (sub aspect probatoriu, în principal, dar nu numai), fapt ce transformă camera preliminară într-o procedură cu mari implicații (indirecte) pe fondul cauzei, atunci când se va face trecerea în următoarea fază a procesului penal, anume faza de judecată.

De asemenea, observăm și existența unor oarecare confuzii între obiectul procedurii de cameră preliminară și obiectul și limitele fazei de judecată, confuzie perpetuată mai ales în practica judiciară. Această confuzie determină părțile, ca în momentul formulării și susținerilor cererilor și excepțiilor în procedura de cameră preliminară, să facă de fapt apărări de fond, ceea ce conduce la o tergiversare a procedurii și la respingerea acestora, creând de cele mai multe ori o falsă percepție asupra utilității instituției camerei preliminare.

Nu în ultimul rând, în doctrina procesual penală s-a încercat în mod constant oferirea unei definiții a procedurii de cameră preliminară, iar dintre acestea apreciem că cea mai relevantă este: „Camera preliminară constituie mijlocul procedural de exercitare a funcției de verificare a legalității trimiterii în

² Dezvăluind, în acest fel, opțiunea noastră în ceea ce privește natura instituției de cameră preliminară, anume: fază procesuală autonomă.

judecată, în urma căreia judecătorul de cameră preliminară poate decide începerea judecării sau restituirea cauzei procurorului, determinat de constatarea unor nereguli în efectuarea urmăririi penale, fără a avea natura unui act major apt să schimbe prin el însuși, structural, evoluția procesului. Prin decizia sa, judecătorul de cameră preliminară nu poate constata stingerea acțiunii penale și rezolva cauza”³.

2. Parcurusul evolutiv al procedurii de cameră preliminară

Procedura de cameră preliminară – fază procesuală autonomă – a fost concepută de către legiuitor ca un filtru al soluționării acțiunii penale, fiind vizată în primul rând, eliminarea unor aspecte de insecuritate juridică care afectau drepturile procesuale ale părților și participanților la procesul penal, iar în subsidiar, asigurarea celerității procedurii.

Însă o serie de decizii ale Curții Constituționale a României au schimbat într-un mod cât se poate de substanțial procedura de cameră preliminară, așa cum a fost ea prevăzută și reglementată la momentul intrării în vigoare a Noului Cod de procedură penală, respectiv în februarie 2014.

În primul rând, la momentul apariției Noului Cod de procedură penală, instituția camerei preliminare fusese gândită și structurată ca o procedură necontradictorie, cu o desfășurare preponderent scrisă.

Totodată, în forma inițială a Codului de procedură penală, sfera participanților și a subiecților procesuali implicați în procedura de cameră preliminară era în mod simțitor restrânsă, dintre aceștia luând parte la procedură doar inculpatul și procurorul.

Mai mult, inclusiv participarea acestora nu presupunea o procedură care să se apropie, măcar la nivel formal, de standardul stabilit pentru desfășurarea fazei de judecată a cauzei penale (fază ce reprezintă punctul culminant al procesului penal). Sfera participanților și a subiecților procesuali care aveau „privilejul” de a fi prezenți în desfășurarea procedurii de cameră preliminară putea participa exclusiv prin depunerea de înscrisuri⁴, această poziționare legislativă mărginind și mai mult contradictorialitatea și oralitatea procedurii.

În acest fel, legiuitorul dorea să găsească o formulă optimă pentru a asigura judecarea cu celeritate a cauzelor penale, urmărindu-se, ca scop mediat, înlăturarea duratei excesive a procedurilor. Acest scop fixat de legiuitor și prin Expunerea de motive a Noului Cod de procedură penală⁵ își are izvorul într-o

³ A. Crișu, *Drept procesual penal. Partea specială*, Editura Hamangiu, București, 2019, p. 119.

⁴ I. Neagu, M. Damaschin, *Drept procesual penal. Partea specială, Ediția a II-a*, Editura Universul Juridic, București, 2018, p. 210.

⁵ [Online] la <https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2015/07/Expunere-de-motive-Proiectul-Legii-privindCodul-de-procedura-penala-forma-transmisaParlamentului.doc>, accesat 11.02.2021.

serie de condamnări a României de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru încălcări succesive a termenului rezonabil a procesului penal⁶.

Astfel, conform Expunerii de motive a Noului Cod de procedură penală⁷: „efectul mediat este unul direct, pozitiv asupra celerității soluționării unei cauze penale și înlătură o lacună a actualelor dispoziții procesual penale, în care examinarea legalității rechizitoriului, a probelor administrate în cursul urmăririi penale împiedică pe durată nedeterminată începerea cercetării judecătorești”.

Cu toate acestea, având în vedere atât caracterul (relativ) inovator al procedurii de cameră preliminară, cât și diferența semnificativă între standardul stabilit inițial cu privire la desfășurarea acestei proceduri, prin raportare la standardul stabilit pentru desfășurarea fazei de judecată și prin prisma drepturilor procesuale recunoscute participanților și subiecților procesuali, s-a pus problema constituționalității normelor aferente acestei proceduri, acestea făcând obiectul unor verificări succesive exercitate de către instanța de control constituțional, în procedura excepției de neconstituționalitate.

În acest sens, Curtea Constituțională a fost sesizată pentru verificarea conformității cu prevederile legii fundamentale a dispozițiilor art. 344-347 din Codul de procedură penală, pronunțându-se asupra acestora prin mai multe decizii, prin care a statuat că o serie de elemente procedurale specifice camerei preliminare sunt neconstituționale, fiind încălcate principiile precum dreptul la un proces echitabil ori dreptul la apărare și egalitate de arme.

Încălcările priveau, pe de o parte, dreptul la un proces echitabil prin prisma faptului că procedura de cameră preliminară, în forma inițială, era necontradictorie și preponderent scrisă, iar pe de altă parte, dreptul la apărare și egalitate de arme, prin prisma faptului că sfera subiecților procesuali care puteau participa la această procedură era deosebit de restrânsă.

În mod corespunzător, s-a reținut că procedura de cameră preliminară era viciată și prin prisma încălcărilor normelor constituționale referitoare la rolul procurorului în procesul penal, având în vedere faptul că acesta dispunea de o serie de atribuții extrem de limitate în procedura de cameră preliminară.

Totodată, caracterul viciat al procedurii viza restrângerea competenței judecătorului de cameră preliminară, prin imposibilitatea în care se afla acesta de a se dispune administrarea unor probe noi, din oficiu ori la cererea procurorului, a părților ori a persoanei vătămate.

Astfel, pentru a soluționa aspectele indicate, Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 641/2014, publicată în Monitorul Oficial nr. 887/05.12.2014, a declarat ca fiind neconstituționale următoarele texte de lege:

- Art. 344 alin. (4) din Codul de procedură penală, conform căruia „judecătorul de cameră preliminară comunică cererile și excepțiile formulate de

⁶ Cauze precum *Crăciun c. României*, *Tudorache c. României* sau *Pantea c. României*.

⁷ [Online] <https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2015/07/Expunere-de-motive-Proiectul-Legii-privind-Codul-de-procedura-penala-forma-transmisParlamentului.doc>, accesat 12.02.2021.

către inculpat ori excepțiile ridicate din oficiu, parchetului, care poate răspunde în scris, în termen de 10 zile de la comunicare”;

- Art. 345 alin. (1) și art. 346 alin. (1) din Codul de procedură penală, conform cărora „ *judecătorul de cameră preliminară se pronunță fără participarea procurorului și a inculpatului*”;

- Art. 347 alin. (3) raportat la art. 344 alin. (4), art. 345 alin. (1) și art. 346 alin. (1) din Codul de procedură penală, conform cărora „*procedura contestației în camera preliminară se desfășoară numai în baza concluziilor scrise, formulate exclusiv de către inculpat și procuror*”.

Pentru o mai bună sistematizare a argumentelor care au stat la baza deciziilor pronunțate de către instanța de contencios constituțional, în cele ce urmează, vom realiza o prezentare a acestora din perspectiva principiilor procesuale încălcate, sperând totodată că în această manieră vom contribui la o mai bună înțelegere a argumentelor și a standardului promovat de Curtea Constituțională.

2.1. Încălcarea egalității de arme

Cu privire la încălcarea egalității de arme, Curtea Constituțională a avut în vedere, în primul rând, faptul că procurorul avea acces la cererile și excepțiile formulate de către inculpat în cauză, ori invocate din oficiu de către judecătorul de cameră preliminară, însă inculpatului nu i se comunica, în aceeași manieră, memoriul ce cuprindea răspunsul reprezentantului Ministerului Public față de aceste cereri și excepții, și nici excepțiile invocate din oficiu de către judecător.

Încălcarea egalității de arme era cu atât mai pregnantă în cazul părții civile, a părții responsabile civilmente și a persoanei vătămate, în condițiile în care cererile și excepțiile invocate de către inculpat sau ridicate în instanță din oficiu și răspunsul reprezentantului Ministerului Public cu privire la acestea nu erau deloc comunicate acestora. În aceste condiții, partea civilă, partea responsabilă civilmente ori persoana vătămată nu aveau practic niciun fel de mijloc procesual la dispoziție, prin care să poată participa la procedura de cameră preliminară, aceștia nefiind doar în imposibilitatea de a combate cererile și excepțiile ridicate, ci inclusiv în imposibilitatea de a le cunoaște.

Deși inculpatul în mod formal putea formula cereri și ridica excepții, acest lucru nu își găsea cu adevărat și o finalitate procesuală, deoarece acesta nu avea posibilitatea reală și efectivă de a aduce comentarii referitoare la ceea ce era motivat în drept sau în fapt de către părțile cu interese contrare, fiind limitat doar la a depune cereri și excepții considerate ca fiind oportune sau întemeiate, după consultarea rechizitoriului⁸.

Prin această abordare, legiuitorul a operat o restrângere absolută a posibilității părților și a subiecților procesuali principali de a avea cunoștință, în principal, și de a supune dezbaterii, în secundar, susținerile parchetului ori excepțiile invocate din oficiu de către judecătorul de cameră preliminară,

⁸ I. Neagu, M. Damaschin, *op. cit.*, p. 211.

plasându-i într-o situație profund dezavantajoasă din punct de vedere procesual față de reprezentantul Ministerului Public.

Totodată, toate aceste inegalități procesuale se răsfrângeau asupra mai multor planuri. Pe un prim plan exista o situație de inegalitate procesuală între inculpat și reprezentantul Ministerului Public, inculpatului fiindu-i recunoscute doar din punct de vedere formal o serie de posibilități procesuale, iar pe un plan secundar exista imposibilitatea părții civile, a persoanei vătămate ori a părții responsabile civilmente de a participa la procedura de cameră preliminară, împrejurare ce creează pentru aceștia o situație vădit dezavantajoasă nu doar prin comparație cu procurorul, ci și prin comparație cu inculpatul.

Dacă am putea realiza o scală a inegalităților procesuale, partea civilă, persoana vătămată și partea responsabilă civilmente erau, în forma inițială a procedurii de cameră preliminară, participanții cu adevărat dezavantajați, aceștia fiind excluși *ab initio* de la desfășurarea procedurii.

Practic, procedura de cameră preliminară fusese configurată inițial să se desfășoare numai între subiecții acțiunii penale, anume procurorul și inculpatul. Faptul că acțiunea civilă, prin natura sa, are un caracter accesoriu celei penale, iar exercitarea acesteia în cadrul procesului penal reprezintă o facultate, nu o obligație, a fost un argument suficient pentru ca legiuitorul să considere că este de ajuns ca subiecții acțiunii civile să beneficieze de actele procesuale care se vor efectua în latura penală a cauzei, de către subiecții acțiunii penale, nefiind necesară, din punct de vedere procesual, și angrenarea acestora în procedura de cameră preliminară⁹.

Totodată, chiar dacă dreptul la apărare, prevăzut de art. 10 din Codul procedură penală este garantat părților și subiecților procesuali principali pe tot parcursul procesului penal, în procedura de cameră preliminară, acest drept (și principiu fundamental al procesului penal, deopotrivă) era lipsit de conținut, într-un mod cât se poate de vădit.

Această lipsire de conținut a dreptului la apărare era materializată, în primul rând, prin raportare la finalitatea procedurii de cameră preliminară, deoarece ca urmare a parcurgerii acestei faze procesuale se putea dispune chiar și excluderea unor probe sau (mai grav?) excluderea tuturor probelor administrate în faza de urmărire penală și, pe cale de consecință, restituirea cauzei la Parchet, fără ca persoana vătămată, partea civilă ori partea responsabilă civilmente să poată măcar să participe la această procedură.

De exemplu, dacă în urma analizei făcute de judecătorul de cameră preliminară, acesta decidea excluderea unor probe în acuzare, interesele procesuale ale persoanei vătămate ori ale părții civile erau vătămate într-un mod

⁹ I. Kuglay, în M. Udroui (coordonator), autori: A. Andone-Bontaș, V.H. Dimitrie Constantinescu, A.M. Șinc, L.A. Postelnicu, C.C. Meceanu, I.P. Chiș, D.S. Chertes, A.V. Iugan, G. Zlati, C. Jderu, M.B. Bulancea, A.R. Trandafir (Ilie), I. Tocan, S. Bogdan, S. Rădulețu, R. Slăvoiu, M. Vasiescu, I. Nedelcu, I. Kuglay, G. Bodoroncea, D. Grădinaru, M. Popa, *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București, 2020, p. 1817.

irreversibil, acestea neavând nicio posibilitate de a susține contrariul, anume de a susține legalitatea administrării probelor respective.

De asemenea, inclusiv o soluție de restituire a dosarului la organul de urmărire penală apare ca fiind defavorabilă, în condițiile în care restituirea cauzei presupune și extinderea duratei procesului penal, aspect ce poate prejudicia interesele procesuale ale acestora.

2.2. Încălcarea contradictorialității

În ceea ce privește încălcarea contradictorialității, instanța de contencios constituțional a avut în vedere, în prim plan, lipsa comunicării, în această procedură, între toate părțile din procesul penal și subiecții procesuali. Această lipsă de comunicare se manifesta prin mai multe limitări procesuale, cum ar fi atât imposibilitatea de a aduce la cunoștință ori de a prezenta înscrisuri sau documente care puteau avea valențe sau care puteau influența în mod determinant decizia judecătorului de cameră preliminară, cât și imposibilitatea de a pune în discuție, în mod efectiv, observațiile depuse instanței.

Or, în condițiile în care dispozițiile anterioare referitoare la procedura de cameră preliminară indicau drept persoane participante doar persoana inculpatului și a procurorului, și mai ales că, așa cum am arătat în cele de mai sus, nici măcar aceștia nu beneficiau de aceleași arme procesuale, este lesne de înțeles de ce instanța de contencios constituțional a considerat că este încălcat și principiul contradictorialității.

O altă critică care a culminat cu existența unei încălcări a dispozițiilor constituționale este cea referitoare la caracterul scris al procedurii de cameră preliminară. Analizând, cu argumentele arătate anterior, încălcarea egalității de arme și a contradictorialității, Curtea Constituțională a stabilit, totodată, că doar în cadrul unor dezbateri desfășurate de o manieră orală, procesul poate fi urmărit în mod efectiv, de către părți și subiecții procesuali.

Astfel, adiacent discuțiilor orale propriu-zise, procedura de cameră preliminară cu o desfășurare orală presupune, în sine, și posibilitatea inculpatului, a persoanei vătămate, a părții civile și a părții responsabile civilmente de a fi prezente în sala de judecată, de a avea contact nemijlocit cu instanța de judecată și de a expune susținerile formulate într-o ordine anume¹⁰.

În condițiile în care, în varianta inițială, la momentul adoptării Noului Cod de procedură penală, procedura de cameră preliminară se desfășura exclusiv pe baza concluziilor scrise formulate de către inculpat și a răspunsului procurorului la acestea, este lesne de înțeles de ce această manieră, nu avea nici pe departe caracterul unei dezbateri.

Coroborând toate aceste critici și abordând și procedura de verificare a legalității administrării probelor, Curtea Constituțională a concluzionat, de asemenea, că modalitatea în care se realiza verificarea legalității administrării probelor nu era aptă de a conduce la o verificare reală și efectivă și nici nu punea

¹⁰ I. Neagu, M. Damaschin, *op. cit.*, p. 212.

la dispoziția judecătorului de cameră preliminară toate mijloacele pentru o astfel de verificare.

În condițiile în care hotărârea luată de judecătorul de cameră preliminară, cu privire la legalitatea administrării probelor în faza de urmărire penală are un impact deosebit de important asupra judecării pe fond a cauzei, este necesar ca orice excludere sau menținere a probelor să fie luată cunoscând toate împrejurările în care aceasta a fost obținută. Astfel, orice probă exclusă nu mai putea fi avută în vedere la momentul judecării pe fond a cauzei, iar odată analizată legalitatea administrării probelor, inculpatul și subiecții procesuali nu mai au niciun temei legal în baza căruia să formuleze noi critici cu privire la aspectele deja analizate.

Mai mult, simpla imposibilitate de a administra noi probe în această fază procesuală, probe care să vizeze de fapt legalitatea administrării probelor din faza de urmărire penală era de natură a afecta, într-un mod cât se poate de substanțial, contradictorialitatea și oralitatea procesului penal¹¹.

Practic, judecătorul de cameră preliminară avea la dispoziție două opțiuni: fie constata, în mod formal, că probele au fost administrate în mod legal în faza de urmărire penală și dispunea păstrarea acestora, fie constata nelegalitatea administrării acestor probe și dispunea, pe cale de consecință, excluderea lor.

Ori, de cele mai multe ori, împrejurările care au stat la baza obținerii unor probe au o înrâurire directă asupra legalității probelor. Astfel, dacă judecătorul de cameră preliminară nu se putea lămuri, fie prin administrarea de noi probe, fie prin dezbateri orale, cu privire la aspectele menționate anterior, acesta nu putea clarifica și nici determina în mod corect situația de fapt, ceea ce se resfrângea implicit asupra analizei de drept în cauză.

Având în vedere faptul că rezultatul procedurii de cameră preliminară, prin raportare la soluțiile procesuale ce se pot dispune în această fază, are o răsfrângere directă și chiar decisivă asupra judecării pe fond a cauzei și asupra stabilirii vinovăției sau nevinovăției inculpatului, Curtea Constituțională a înțeles să declare neconstituționale principalele reglementări care restrângeau procedura de cameră preliminară în ceea ce privește standardul privind dreptul la un proces echitabil din prisma contradictorialității, a oralității, a egalității de arme, și nu în ultimul rând, a dreptului la apărare.

În mod similar, prin Decizia nr. 631/2015, publicată în Monitorul Oficial nr. 831/06.11.2015, Curtea Constituțională a constatat și neconstituționalitatea art. 347 alin. (1) din Codul de procedură penală, statuând că „soluția legislativă conform căreia doar « procurorul și inculpatul » pot formula contestație cu privire la modul de soluționare a cererilor și excepțiilor, precum și împotriva soluțiilor de restituire a cauzei, încalcă normele constituționale referitoare la liberul acces la justiție, atâta vreme cât nu oferă și persoanei vătămate, părții civile și părții responsabile civilmente să formuleze contestație cu privire la aceste aspecte procesuale”.

¹¹ I. Kuglay, în M. Udroui (coord.), *op. cit.*, p. 1818.

Ulterior, prin Decizia nr. 18/2017, publicată în Monitorul Oficial nr. 312/02.05.2017, Curtea Constituțională a stabilit că: „aceleași dispoziții, prevăzute de art. 347 alin. (1), în redactarea anterioară modificării prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 82/2014, sunt neconstituționale în ceea ce privește imposibilitatea inculpatului, a persoanei vătămate, a părții civile și a părții responsabile civilmente de a face constestație împotriva încheierii prin care judecătorul de cameră preliminară a dispus începerea judecării, în condițiile în care a constatat că nu s-au formulat cereri și excepții și nici nu au fost ridicate din oficiu”.

Astfel, Curtea Constituțională a constatat că aceste prevederi erau de natură a genera un tratament discriminatoriu față de situația părților și a persoanei vătămate care rămâneau în pasivitate în situația în care judecătorul de cameră preliminară ridica excepții din oficiu ori acestea erau formulate de către un alt participant la procedură.

Dacă în prima situație, când nici nu erau formulate cereri și excepții și nici nu erau ridicate din oficiu de către judecătorul de cameră preliminară, părțile și persoana vătămată rămase în pasivitate nu ar fi putut formula contestația împotriva încheierii finale a judecătorului de cameră preliminară, în cea de-a doua situație, când un alt participant formulase cereri și excepții ori când judecătorul de cameră preliminară le invocase din oficiu, părțile și persoana vătămată rămase în pasivitate puteau, de această dată, să formuleze contestație. Drept urmare, era cu totul de neînțeles de ce pasivitatea din prima situație nu oferea dreptul la contestație, pe când pasivitatea din cea de-a doua situație oferea un drept la constestație, acest tratament fiind calificat (în opinia noastră, pe bună dreptate) de către Curtea Constituțională, ca fiind discriminatoriu.

De asemenea, prin Decizia Curții Constituționale nr. 257/2017, publicată în Monitorul Oficial nr. 472/22.06.2017, s-a declarat neconstituțional alin. (1) al art. 21 din Codul de procedură penală, potrivit căruia „*persoana responsabilă civilmente poate fi introdusă în proces până la începerea cercetării judecătorești*”, Curtea reținând, în ansamblu, că părții responsabile civilmente trebuie să i se recunoască participarea cu drepturi depline în procedura camerei preliminare.

Astfel, posibilitatea persoanei vătămate de a solicita introducerea în procesul penal a părții responsabile civilmente abia după închiderea procedurii de cameră preliminară este una de natură a aduce atingere dreptului la liberul acces la justiție și dreptului la apărare a părții responsabile civilmente, aceasta din urmă fiind privată în acest mod de posibilitatea de a formula cereri și excepții cu privire la legalitatea sesizării instanței, legalitatea administrării probelor și a efectuării actelor de către organele de urmărire penală.

Suntem de părere că această decizie a Curții Constituționale vine să rezolve o reminiscență a vechii reglementări, atunci când accesul în procedura de cameră preliminară era restricționat inclusiv persoanei vătămate, părții civile și părții responsabile civilmente.

Nu în ultimul rând, Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 802/2017, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 116/06.02.2018, a statuat că „soluția

prevăzută de art. 345 alin. (1) din Codul de procedură penală care nu oferea posibilitatea judecătorului de cameră preliminară să administreze alte mijloace de probă în afara « oricăror înscrisuri noi prezentate » este neconstituțională, acest lucru limitând exercițiul procesual al judecătorului de cameră preliminară și independența sa, dar și aducând atingere dreptului la apărare, dreptului la un proces echitabil al părților și a persoanei vătămate sau egalității de arme, expunând în susținerile anterioare care au fost considerentele ce au stat la baza deciziei C.C.R”.

Astfel, toate aceste decizii au schimbat din temelii modalitatea de funcționare și organizare a fazei de cameră preliminară, ducând, în cele din urmă, la desfășurarea procedurii în condiții aproape similare fazei de judecată.

3. Concluzii

Actualmente, procedura de cameră preliminară este o fază procesuală care se desfășoară în condiții de similitudine cu faza de judecată, fiind asigurată contradictorialitatea, oralitatea și nemijlocirea procedurii, subiecții procesuali participanți fiind aceeași.

Însă această (forțată sau nu?) evoluție ridică la rândul său o serie de problematici (ce-i drept, mai mult de natură doctrinară) și lansează în spațiul controverselor o serie de teme de discuție cel puțin interesante din perspectivele evolutive ale acestei proceduri.

Pe de o parte este de salutat faptul că, prin intermediul deciziilor anterior amintite, Curtea Constituțională a oferit procedurii de cameră preliminară o formă care poate garanta minimul standard procesual și respectarea drepturilor procesuale ale subiecților procesuali.

Însă pe de altă parte, se ridică deseori întrebarea dacă în forma actuală, procedura de cameră preliminară își mai atinge de fapt scopul prevăzut inițial de legiuitor, anume de a asigura o celeritate a procedurilor penale? Sau ea a devenit o procedură cu totul redundantă, care se îndepărtează de la scopul și rolul inițial, și care mai mult îngreunează însăși desfășurarea procedurilor într-un termen rezonabil?

În ceea ce ne privește, considerăm că, într-adevăr, camera preliminară a ajuns să fie reglementată ca o procedură temător de similară cu faza de judecată, fapt ce îi afectează inclusiv caracterul de fază procesuală autonomă și care alimentează o veche și continuă controversă pe marginea acestui subiect. Cu toate acestea, este greu de crezut că abrogarea acestei proceduri ar fi de natură a rezolva problematica duratei rezonabile a procesului penal și, mai ales, că nu ne vom întoarce la problematica (deja cunoscută) aferentă vechiului Cod de procedură penală.

Considerăm că forma în care este la acest moment reglementată procedura de cameră preliminară este, mai mult sau mai puțin, o formulă de compromis, în încercarea de a atinge toate dezideratele unui proces penal. Astfel, se dorește ca prin intermediul acesteia, cauza, odată ajunsă în faza de judecată, să fie aptă a fi soluționată într-un termen cât mai scurt (plecând de la premisa că judecătorul

de fond trebuie să se aplece numai asupra aspectelor de fond ale cauzei). Însă ajungerea cauzei în faza de judecată nu putea fi făcută printr-o procedura ce conținea vicii substanțiale de reglementare, deoarece am fi ajuns în situația în care chiar faza de judecată ar fi preluat viciile fazei de cameră preliminară, fapt ce a determinat Curtea Constituțională să modifice, în mod indirect, prin deciziile arătate, instituția camerei preliminare.

Un subiect de discuție recurent, atât în rândul practicienilor, cât și în (sau printre?) rândurile doctrinei este dacă procedura de cameră preliminară mai este aptă, la acest moment, să acopere dezideratele și scopul pentru care a fost creată?

Nu ne propunem să oferim răspunsul întrebării cu această ocazie, însă o lansăm ca temă de gândire, nădăjduind totodată că eventualul răspuns (indiferent de acesta) va fi asumat ferm (și) de către legiuitor, printr-o eventuală schimbare de perspectivă asupra procesului penal.

De asemenea, o altă întrebare care devine din ce în ce mai persistentă (nu doar cu privire situația particulară a instituției de cameră preliminară) vizează poziția și rolul Curții Constituționale. Mai exact, în ce măsură, prin intermediul acestor decizii, își depășește Curtea Constituțională a României statutul său de legiuitor negativ și practic devine un adevărat legiuitor pozitiv, ajungându-se (într-un scenariu nefericit) până la o diminuare a separației puterilor în stat?

Ca și în cazul altor instituții de drept penal sau de drept procesual penal, Curtea Constituțională și-a arogat un rol deosebit de important în ceea ce privește evoluția reglementărilor. Este lesne de înțeles faptul că procedura de cameră preliminară, așa cum este reglementată la momentul scrierii acestor rânduri, nu coincide (mai deloc) cu forma elaborată și gândită de inițiatorii Noului Cod de procedură penală, acest lucru reieșind cu claritate din compararea articolelor 342-348 din Codul de procedură penală cu Expunerea de motive a Noului Cod de procedură penală.

La momentul elaborării Noului Cod de procedură penală, legiuitorul avea în gând parcurgerea unei proceduri scurte, în formă scrisă, care să rezolve (printr-o serie de artificii procesuale) cele mai importante (și pătrunzătoare) probleme cu care se confrunta procesul penal.

Este totuși evident că rezolvarea acestor probleme nu putea fi făcută printr-o procedură al cărui standard se situa sub standardul procesului penal, la acel moment. Ar fi fost o soluție care risca să compromită întregul parcurs al procesului penal, întrucât, asemenea unui mecanism format din mai multe componente (unde componentele sunt identificate cu fazele, etapele și stadiile procesuale), dacă o singură piesă funcționează greșit, întreaga mașinărie este în pericol de a se strica și de a nu funcționa în parametrii stabiliți.

Drept urmare, considerăm că este justificată intervenția instanței de contencios constituțional, deoarece, în caz contrar, s-ar fi putut ajunge la situații profund inechitabile, al cărui cost (din punct de vedere procesual), pe termen mediu și lung, ar fi fost mult mai mare decât dacă aceasta nu ar fi intervenit, procedura fiind urmată în forma prevăzută inițial.

În încheiere, considerăm că, în definitiv, întrebarea a cărui răspuns trebuie identificat cu privire la această din urmă problemă este: în această situație cine îi mai controlează, de fapt, pe cei care controlează?

Referințe

- Crișu A., *Drept procesual penal. Partea specială*. Editura Hamangiu, București, 2019
- Neagu I., Damaschin M., *Drept procesual penal. Partea specială, Ediția a II-a*, Editura Universul Juridic, București, 2018
- Udroiu M. (coordonator), autori: Andone-Bontaș A., Dimitrie Constantinescu V.H., Șinc A.M., Postelnicu L.A., Meceanu C.C., Chiș I.P., Chertes D.S., Iugan A.V., Zlati G., Jderu C., Bulancea M.B., Trandafir (Ilie) A.R., Tocan I., Bogdan S., Rădulețu S., Slăvoiu R., Vasiescu M., Nedelcu I., Kuglay I., Bodoroncea G., Grădinaru D., Popa M., *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, Ediția 3, Editura C.H. Beck, București, 2020