

ANALELE UNIVERSITĂȚII DE VEST DIN TIMIȘOARA
– *SERIA DREPT* –

ANNALS OF THE WEST UNIVERSITY OF TIMIȘOARA
– *LAW SERIES* –

Nr. 1/2024

*Revistă indexată în bazele de date internaționale HeinOnline,
EbscoHost, CEEOL*

COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

- Prof. univ. dr. Tristan AZZI, Tristan.Azzi@univ-paris1.fr – Universitatea Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Franța)
Prof. univ. dr. Attila BADÓ, attila@badoat.hu – Universitatea din Szeged (Ungaria)
Prof. univ. dr. emerit Jacques MALHERBE, jacques.malherbe@uclouvain.be – Universitatea Catolică din Louvain (Belgia)
Prof. univ. dr. Dušan NIKOLIĆ, d.nikolic@pf.uns.ac.rs – Universitatea din Novi Sad (Serbia)
Cercet.șt.dr. Johanna RINCEANU, j.rinceanu@cs.l.mpg.de – Institutul Max Planck pentru Studiul Criminalității, Siguranței și Dreptului, Freiburg (Germania)
Prof. univ. dr. Elisabeth SÁNDOR-SZALAY, sandor.erzsebet@ajk.pte.hu – Universitatea din Pécs (Ungaria)
Prof. univ. dr. Silvia SIGNORATO, silvia.signorato@unipd.it – Universitatea din Padova (Italia)

REFERENȚI ȘTIINȚIFICI:

- Prof. univ. dr. Radu I. MOTICA, radu.motica@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – Drept civil și Drept comercial
Prof. univ. dr. Viorel PAȘCA, viorel.pasca@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – Drept penal și Drept procesual penal
Prof. univ. dr. Radu BUFAN, radu.bufan@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – Drept financiar și Drept fiscal
Prof. univ. dr. Anton TRĂILESCU, anton.trailescu@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – Drept administrativ
Prof. univ. dr. Irina SFERDIAN, irina.sferdian@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – Drept civil
Prof. univ. dr. Lucian BERCEA, lucian.bercea@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – Drept comercial

COLEGIUL DE REDACȚIE:

- Prof. univ. dr. Claudia ROȘU, claudia.rosu@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor-șef – secțiunea Drept procesual civil
Lect. univ. dr. Codruța GUZEI-MANGU, codruta.mangu@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor – secțiunea Drept civil
Conf. univ. dr. Laura STĂNILĂ, laura.stanila@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor – secțiunea Drept penal
Conf. univ. dr. Voicu PUȘCAȘU, voicu.puscasu@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor – secțiunea Drept procesual penal
Conf. univ. dr. Sergiu POPOVICI, sergiu.popovici@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor – Drept internațional privat
Conf. univ. dr. Andreea VERTEȘ-OLTEANU, andreea.vertes@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor, secțiunea Drept constituțional
Lect. univ. dr. Sorina DOROGA, sorina.doroga@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – Secțiunea Dreptul Uniunii Europene
Conf. univ. dr. Alin SPERIUSI-VLAD, alin.speriusi@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor – secțiunea Dreptul proprietății intelectuale
Conf. univ. dr. Flaminia STÂRC-MECLEJAN, flaminia.starc@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor – secțiunea Drept comercial
Conf. univ. dr. Alin TRĂILESCU, alin.trailescu@e-uvr.ro – Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept – redactor – secțiunea Drept administrativ

Analele Universității de Vest din Timișoara. Seria Drept – ISSN 1843-0651

Analele Universității de Vest din Timișoara. Seria Drept (Online)

ISSN 2784 – 1871 ISSN – L 1843 – 0651

Secțiunea
Judecătorii Europei. Europa judecătorilor

Rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene în asigurarea unității, coerenței și dezvoltării dreptului Uniunii Europene, ilustrat prin jurisprudență recentă

The Role of the Court of Justice of the European Union in ensuring the unity, coherence and development of European Union law, illustrated by recent caselaw

Le rôle de la Cour de Justice de l'Union Européenne pour assurer l'unité, la cohérence et l'évolution du droit de l'Union Européenne, illustrées par une jurisprudence récente

Judecător dr. **Octavia SPINEANU-MATEI***
Curtea de Justiție a Uniunii Europene
Președintele Camerei a noua

Abstract

The Faculty of Law of the West University of Timișoara – its Center for Comparative Law and Interdisciplinarity – organized, on May 10, 2024, the Conference of International Judges of Romania, an unprecedented academic event, which brought together judges from Romania of international and European courts, former Romanian judges of international and European courts, representatives of authorities and institutions that contribute to the administration of justice, as well as professors from prestigious law faculties in Romania. This text is the intervention of Ms. Octavia Spineanu-Matei, judge at the Court of Justice of the European Union, President of the Ninth Chamber, presented under the title The Role of the Court of Justice of the European Union in ensuring the unity, coherence and development of European Union law, illustrated by recent caselaw.

Keywords: Judges of Europe, Europe of judges, European Court of Human Rights, Court of Justice of the European Union.

Rezumat

Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, prin Centrul de Drept Comparat și Interdisciplinaritate, a organizat, în data de 10 mai 2024, Conferința

* Octavia.Spineanu-Matei@curia.europa.eu

Judecătorilor Internaționali ai României, un eveniment academic fără precedent, care a reunit judecători din România care activează în cadrul instanțelor internaționale și europene, foști judecători români ai instanțelor internaționale și europene, reprezentanți ai autorităților și instituțiilor care contribuie la înfăptuirea actului de justiție, precum și profesori de la facultăți de drept de prestigiu din România. Textul de față constituie intervenția doamnei Octavia Spineanu-Matei, judecător la Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Președinte al Camerei a noua, prezentată sub titlul Rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene în asigurarea unității, coerenței și dezvoltării dreptului Uniunii Europene, ilustrat prin jurisprudență recentă.

Cuvinte-cheie: *Judecătorii Europei, Europa judecătorilor, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Curtea de Justiție a Uniunii Europene.*

Résumé

La Faculté de droit de l'Université de l'Ouest de Timișoara – son Centre de droit comparé et d'interdisciplinarité – a organisé, le 10 mai 2024, la Conférence des juges internationaux de Roumanie, un événement académique sans précédent, qui a réuni des juges de Roumanie qui travaillent au sein des tribunaux internationaux et européens, d'anciens juges roumains des tribunaux internationaux et européens, des représentants des autorités et des institutions qui contribuent à l'administration de la justice, ainsi que des professeurs de prestigieuses facultés de droit de Roumanie. Le présent texte est l'intervention de Mme Octavia Spineanu-Matei, juge à la Cour de Justice de l'Union Européenne, présidente de la neuvième chambre, présentée sous le titre Le rôle de la Cour de Justice de l'Union Européenne pour assurer l'unité, la cohérence et l'évolution du droit de l'Union Européenne, illustrées par une jurisprudence récente.

Mots-clés: *Les juges d'Europe, L'Europe des juges, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Cour de Justice de l'Union Européenne.*

Introducere

Existența statului de drept este de neconceput în afara unei justiții independente și funcționale.

Unitatea și coerența jurisprudenței sunt semne clare ale unei astfel de justiții și sunt esențiale atunci când vorbim despre încrederea cetățenilor în actul de justiție. Legea trebuie să se aplice unitar, adică să se aplice în același fel când situațiile de fapt și de drept sunt identice. Legea trebuie să se aplice coerent, nefiind permis ca o instanță să pronunțe astăzi o hotărâre pe care mâine să o contrazică, de o manieră arbitrară, într-o speță asemănătoare.

Aceasta nu înseamnă că instanțele nu pot greși și nu pot reveni asupra unei jurisprudențe greșite, pentru aceasta fiind necesar revirimentul jurisprudențial, care înseamnă însă cu totul altceva decât arbitriul de care aminteam.

De asemenea, preocuparea pentru unitate și coerență nu înseamnă o abordare conservatoare, care să se opună evoluției jurisprudenței. Dimpotrivă, dezvoltarea jurisprudenței este firească, pentru că realitățile sociale și legile se schimbă în mod continuu.

Toate acestea sunt valabile atât la nivel național, cât și la nivelul Uniunii Europene. Astfel cum în statele membre revine instanțelor naționale, dar mai cu seamă instanțelor supreme, ordinare sau constituționale, rolul de a garanta unitatea, coerența și dezvoltarea în interpretarea și aplicarea dreptului, la nivelul Uniunii acest rol este asigurat de Curtea de Justiție.

Curtea exercită acest rol prin intermediul mecanismului trimiterilor preliminare, prevăzut la art. 267 din TFUE, care-i permite să se pronunțe cu privire la interpretarea oricărui act de drept al Uniunii, emis de instituțiile, oficiile, organele și agențiile acesteia, sau cu privire chiar la validitatea acestor acte, cu excepția Tratatelor.

De asemenea, Curtea își exercită acest rol ca instanță de control judiciar, care judecă în ultimă instanță, prin soluționarea recursurilor îndreptate împotriva hotărârilor pronunțate de Tribunalul Uniunii Europene în primă instanță, conform art. 256 alin. (2) TFUE.

În fine, Curtea judecă în primă și ultimă instanță o serie de acțiuni directe care îi sunt date în competență, cum ar fi: acțiunile în constatarea neîndeplinirii obligațiilor, acțiuni în anulare introduse de un stat membru împotriva Parlamentului European și/sau împotriva Consiliului (cu excepția actelor acestuia din urmă în materie de ajutoare de stat, dumping sau competențe de executare) sau pe cele introduse de o instituție a Uniunii împotriva unei alte instituții, precum și acțiuni în constatarea abținerii de a acționa (competența Curții în acest din urmă contencios fiind împărțită cu Tribunalul în funcție de aceleași criterii precum cele stabilite pentru acțiunea în anulare).

În cele ce urmează voi încerca să ilustrez modul în care Curtea își îndeplinește rolul de a asigura unitatea, coerența și dezvoltarea dreptului Uniunii prin toate cele trei modalități enunțate. Dificultatea cea mai mare a fost să aleg din „oceanul” de jurisprudență al Curții câteva spețe edificatoare, care să fie în același timp interesante și nu prea dificil de rezumat în intervalul de timp alocat prezentării.

Nu m-am oprit la hotărârile „istorice”, cu care studenții se familiarizează, cel mai probabil, la cursurile de dreptul UE și pe care practicienii le cunosc și le invocă în mod constant, ci am ales câteva hotărâri din jurisprudența recentă a Curții de Justiție, relevante, sper, în raport de titlul prezentării, precum și de diversitatea domeniilor de activitate sau a aspectelor vieții în care dreptul Uniunii devine incident.

Concret, voi ilustra modul în care Curtea, pentru asigurarea unității și coerenței, procedează la reviriment jurisprudențial (hotărârea **Euroaptieka**) sau, confirmând o jurisprudență constantă, o dezvoltă (hotărârile **Profi Credit Polska**, **Directia pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date din Ministerul Afacerilor Interne** și **La Quadrature du Net** e.a.).

Voi prezenta, de asemenea, două hotărâri pronunțate de Curte ca instanță de control judiciar, rol în care Curtea veghează nu doar la coerența jurisprudenței Tribunalului Uniunii Europene, dar și la coerența acesteia cu propria jurisprudență și, totodată, contribuie la dezvoltarea acesteia prin interpretarea unor dispoziții de drept al Uniunii cu ocazia

examinării chestiunilor de drept invocate în recursurile îndreptate împotriva hotărârilor Tribunalului (hotărârile **EUIPO/The KaiKai Company Jaeger Wichmann și Kočner/Europol**).

În fine, am ales și o hotărâre pronunțată într-o acțiune directă, și anume **Comisia/Consiliul (Semnarea acordurilor internaționale)** care demonstrează că și instituțiile UE pot avea viziuni diferite asupra interpretării și aplicării aceluiași norme de dreptul UE, dar și apelul pe care Curtea îl face uneori la dreptul internațional în soluționarea chestiunilor litigioase.

1. Mecanismul trimerelor preliminare

1.1. Hotărârea din 9 aprilie 2024, **Profi Credit Polska (Redeschiderea unei proceduri finalizate printr-o hotărâre judecătorească definitivă)** (C-582/21, EU:C:2024:282)

Curtea, în Marea Cameră, a pronunțat o hotărâre prin care a răspuns la întrebarea unei instanțe poloneze, care a solicitat interpretarea principiului cooperării loiale, prevăzut la art. 4 alin. (3) TUE, a art. 19 alin. (1) TUE și a principiului echivalenței.

Concret, solicitarea a fost adresată în condițiile în care Codul de procedură civilă polonez permite redeschiderea procedurii în care a fost pronunțată o hotărâre judecătorească definitivă în situația declarării neconstituțională a dispoziției de drept național care a stat la baza pronunțării acestei hotărâri, dar nu prevede această posibilitate în cazul survenirii unei hotărâri preliminare a CJUE.

Cauza aceasta¹ prezintă interes și din perspectiva similitudinilor cu dispoziția din dreptul procesual civil român care prevede, la rândul său, ca motiv de revizuire, admiterea unei excepții de neconstituționalitate în cauza în care s-a pronunțat respectiva hotărâre, intervenită după ce hotărârea a devenit definitivă (art. 509 pct. 11 C. pr. civ.).

Curtea a reamintit importanța principiului autorității de lucru judecat, precum și faptul că dreptul Uniunii nu impune reglementarea de căi de atac extraordinare pentru punerea în discuție a unor hotărâri definitive.

Apoi a analizat, din perspectiva principiului echivalenței, dacă se poate stabili o echivalență între cele două proceduri în discuție și a ajuns la concluzia că există diferențe semnificative.

¹ În speță, litigiul principal avea ca punct de plecare încheierea unui contract de credit de către un consumator cu o instituție de credit. Acesta a emis un bilet la ordin în alb, care a fost ulterior completat de această instituție cu indicarea sumei și a unei date de scadență a plății. Instituția de credit a adresat unei instanțe din Polonia o cerere având ca obiect plata debitului principal, majorat cu dobânzi, anexând biletul la ordin și notificarea rezilierii contractului de credit, fără însă a prezenta și respectivul contract. Această instanță a admis cererea printr-o hotărâre pronunțată în absența părților și care a rămas definitivă în lipsa vreunei opoziții din partea consumatorului. Ulterior, consumatorul a sesizat instanțele poloneze cu o cerere de redeschidere a procedurii invocând o hotărâre pronunțată de Curtea de Justiție, la data de 13 septembrie 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, prin care, în esență, Curtea a interpretat art. 7 alin. (1) din Directiva 93/13 privind clauzele abuzive în sensul că se opune unei reglementări naționale care permite emiterea unei ordonanțe de plată, întemeiate pe un bilet la ordin în cazul în care instanța sesizată cu o astfel de cerere nu dispune de competența de a efectua o examinare a caracterului eventual abuziv al clauzelor contractului de credit care a stat la baza emiterii acestui bilet la ordin.

Reamintesc că, potrivit principiului echivalenței, care constituie, alături de principiul efectivității, o limitare a principiului autonomiei procedurale, modalitățile procedurale aplicabile acțiunilor destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor de dreptul Uniunii nu trebuie să fie mai puțin favorabile decât cele aplicabile unor acțiuni similare din dreptul intern.

Astfel, Curtea a constatat, din datele furnizate în dosar, că obiectul unei acțiuni în fața Curții Constituționale este de a obține din partea acesteia să se pronunțe asupra validității unei dispoziții de drept național sau a unei interpretări a unei astfel de dispoziții.

Cauza unei astfel de acțiuni constă în pretinsa incompatibilitate a acestei dispoziții sau a acestei interpretări cu Constituția sau cu alte norme de rang superior.

Efectul hotărârii Curții Constituționale prin care se constată o asemenea incompatibilitate este acela că dispoziția națională respectivă este privată de forța sa obligatorie și dispare din ordinea juridică națională, nemaiputând susține *ipso facto* hotărârea judecătorească întemeiată pe ea.

Constatarea referitoare la neconformitatea cu Constituția sau alte norme de rang superior este cuprinsă chiar în hotărârea Curții Constituționale și o atare constatare nu mai necesită adoptarea unei hotărâri judecătorești subsecvente.

În această privință, hotărârile CJUE în interpretare se disting, deoarece rolul Curții este de a furniza o interpretare obligatorie a dreptului Uniunii, dar punerea în aplicare a acestei interpretări revine instanței naționale.

Spre deosebire de Curtea Constituțională, Curtea de Justiție nu se pronunță în mod direct cu privire la eventuala incompatibilitate a unei dispoziții de drept național cu dreptul Uniunii. Curtea se rezumă la a interpreta dreptul Uniunii, problema compatibilității dreptului național cu această interpretare trebuind să fie soluționată, în cele din urmă, de instanța de trimitere. De asemenea, consecințele unei eventuale incompatibilități trebuie trase tot de instanța de trimitere și ele diferă după cum e vorba de norme ale dreptului UE cu efect direct sau nu.

Prin urmare, principiul cooperării loiale și principiul echivalenței au fost interpretate în sensul că nu se opun unei reglementări naționale care permite, ulterior rămânerii definitive a unei hotărâri judecătorești, redeschiderea procedurii în situația în care se constată de către Curtea Constituțională neconstituționalitatea unei dispoziții care a stat la baza pronunțării respectivei hotărâri, chiar dacă o astfel de posibilitate nu este prevăzută în situația invocării unei hotărâri a Curții care se pronunță cu titlu preliminar asupra interpretării dreptului Uniunii².

² În a doua parte a hotărârii, Curtea a precizat care sunt limitele posibilității jucătorului național de a extinde, procedând la o interpretare conformă, beneficiul redeschiderii procedurii prevăzut de dreptul național în situația în care o parte într-o procedură finalizată printr-o hotărâre definitivă a fost privată de posibilitatea de a acționa din cauza unei încălcări a dreptului. Instanța de trimitere urmărea să afle dacă putea, printr-o astfel de interpretare conformă, să includă în domeniul de aplicare al acestui caz de redeschidere a procedurii și situația în care instanța care a admis o cerere a unui profesionist întemeiată pe un contract încheiat cu un consumator, printr-o hotărâre definitivă pronunțată în lipsă, a omis să examineze din oficiu acest contract din perspectiva eventualei existențe a unor clauze abuzive.

1.2. Hotărârea din 22 februarie 2024, Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date din Ministerul Afacerilor Interne (C-491/21, EU:C:2024:143)

O hotărâre recentă și foarte interesantă, care a contribuit la dezvoltarea jurisprudenței Curții în materia dreptului de liberă circulație și de ședere a cetățenilor Uniunii pe teritoriul statelor membre și, să sperăm, la soluționarea unei probleme cu care se confruntă și alți cetățeni români care își exercită acest drept a fost pronunțată urmare a unei întrebări preliminare adresate de Înalta Curte de Casație și Justiție din România.

Un resortisant român având domiciliul în Franța din anul 2014, care își desfășoară activitățile profesionale, în calitate de avocat, atât în Franța, cât și în România, dispunea de un pașaport simplu electronic eliberat de autoritățile române, care indica faptul că are domiciliul în Franța și care constituia un document de călătorie. Neavând domiciliul în România, obținea anual o carte de identitate provizorie, care însă nu constituie un document de călătorie.

Într-o perioadă în care din motive obiective nu putea utiliza pașaportul, acesta fiind depus la ambasada unei țări terțe la București pentru obținerea unei vize, reclamantul a solicitat eliberarea unei cărți de identitate, cerere care a fost respinsă, pentru motivul că legislația română nu prevedea o astfel de eliberare în cazul stabilirii domiciliului în străinătate.

În aceste condiții, Înalta Curte de Casație și Justiție, sesizată în recurs ca instanță de ultim grad de jurisdicție, a adresat o întrebare preliminară Curții, solicitând interpretarea, în principal, a art. 21 TFUE, a art. 45 alin. (1) din Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene și a unor dispoziții din Directiva 2004/38 privind dreptul la liberă circulație și ședere pe teritoriul statelor membre pentru cetățenii Uniunii și membrii familiilor acestora³.

Curtea a constatat că legislația incidentă prevedea o diferență de tratament între cetățenii români cu domiciliul în România și cei cu domiciliul în străinătate, inclusiv într-un stat membru al UE.

Curtea a reamintit că revine acestui judecător sarcina de a aprecia în ce măsură poate recurge la o interpretare extensivă a dispozițiilor naționale astfel încât acestea să includă și această din urmă ipoteză. Această interpretare conformă nu trebuie însă să contravină principiilor generale de drept și nu poate constitui o interpretare *contra legem*. Curtea a examinat și principiul efectivității, potrivit căruia modalitățile procedurale aplicabile acțiunilor destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor de dreptul Uniunii, în speță de Directiva 93/13, nu trebuie să facă imposibil sau excesiv de dificil exercițiul acestor drepturi. Constatând că un control al caracterului eventual abuziv al clauzelor contractului de împrumut în executarea căruia a fost semnat de către consumator biletul la ordin nu părea a fi fost realizat în cursul procedurii care a condus la pronunțarea unei hotărâri judecătorești definitive, Curtea a reiterat jurisprudența potrivit căreia un astfel de control se impune a putea fi realizat cel puțin în faza procedurii de executare a acestei hotărâri sau al unei proceduri subsecvente distincte.

³ Directiva 2004/38/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 29 aprilie 2004 privind dreptul la liberă circulație și ședere pe teritoriul statelor membre pentru cetățenii Uniunii și membrii familiilor acestora, de modificare a Regulamentului (CEE) nr. 1612/68 și de abrogare a Directivelor 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE și 93/96/CEE (JO 2004, L 158, p. 77, ediție specială, 05/vol. 7, p. 56).

Or, art. 21 TFUE nu permite ca un stat membru UE să trateze mai puțin favorabil pe cetățenii săi care și-au exercitat dreptul la liberă circulație și ședere în cadrul Uniunii și să restrângă acest drept fără o justificare întemeiată pe considerente de interes general.

Parcurgând etapele clasice de analiză în situația invocării unei atingeri aduse unui drept fundamental recunoscut cetățenilor Uniunii, Curtea a constatat, în primul rând, că există o ingerință în exercitarea unui astfel de drept, prin aceea că legislația în discuție în litigiul principal poate descuraja resortisanții români care se află într-o situație precum cea a acestui reclamant să își exercite dreptul la liberă circulație și ședere în cadrul Uniunii.

În al doilea rând, Curtea a analizat dacă o astfel de ingerință poate fi justificată de o considerație obiectivă de interes general și a constatat că argumentele avansate de Guvernul României – respectiv necesitatea de a conferi valoare probatorie adresei de domiciliu indicate pe cartea de identitate sau eficacitatea identificării și a controlului acestei adrese din străinătate de către administrația națională competentă – nu pot justifica o astfel de ingerință.

În consecință, dreptul Uniunii se opune unei legislații a unui stat membru în temeiul căreia unui cetățean al UE, resortisant al acestui stat membru, care și-a exercitat dreptul la liberă circulație și ședere în alt stat membru, i se refuză eliberarea unei cărți de identitate cu valoare de document de călătorie în interiorul Uniunii pentru singurul motiv că și-a stabilit domiciliul pe teritoriul acestui alt stat membru.

1.3. Hotărârea din 22 decembrie 2022, **EUROAPTIEKA** (C-530/20, EU:C:2022:1014)

Hotărârea **Euroaptieka** este ilustrativă pentru modalitatea în care Curtea, interpretând o dispoziție de drept al Uniunii care a mai făcut obiectul unor interpretări anterioare, dar în contexte distincte, a nuanțat și a revenit asupra acestor interpretări.

Curtea Constituțională din Letonia a fost sesizată de către Euroaptieka, o societate din domeniul farmaceutic, cu o acțiune în constatarea neconstituționalității unei reglementări naționale care interzicea anumite forme de publicitate pentru medicamente, independent dacă era vorba de un medicament determinat sau de medicamente în general. Această societate anunțase o vânzare promoțională, oferind o reducere a prețului de achiziție al oricărui medicament în cazul cumpărării a cel puțin trei produse.

Potrivit respectivei societăți, reglementarea națională în cauză contravenea, printre altele, Directivei 2001/83 de instituire a unui cod comunitar cu privire la medicamentele de uz uman⁴, ale cărei dispoziții nu s-ar aplica oricăror forme de publicitate referitoare la medicamente în general, ci numai acelor referitoare la medicamente determinate.

Într-adevăr, existau două hotărâri anterioare ale CJUE din care se putea cumva înțelege că, în opinia Curții, Directiva 2001/83 și-a propus să reglementeze doar publicitatea pentru medicamente determinate.

⁴ Directiva 2001/83/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 6 noiembrie 2001 de instituire a unui cod comunitar cu privire la medicamentele de uz uman (JO 2001, L 311, p. 67, ediție specială, 13/vol. 33, p. 3), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2004/27/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 (JO 2004, L 136, p. 34, ediție specială, 13/vol. 44, p. 116).

Astfel, una din cauze privesc o campanie publicitară efectuată de o farmacie stabilită într-un stat membru adresată consumatorilor stabiliți într-un alt stat membru destinată promovării serviciilor sale de vânzare online de medicamente. În acest context specific, Curtea constatare că Directiva 2001/83 se concentrează pe reglementarea conținutului mesajului publicitar și pe modalitățile publicității *pentru anumite medicamente*, însă nu reglementează publicitatea pentru serviciile de vânzare online de medicamente, aceasta relevând de Directiva 2000/31 privind comerțul electronic⁵.

Cealaltă cauză privesc o acțiune publicitară care nu urmărea să influențeze alegerea clientului pentru un medicament determinat, ci alegerea farmaciei de la care acest client cumpăra medicamentul respectiv. În aceste circumstanțe, Curtea afirmase că Directiva 2001/83 se concentrează pe reglementarea conținutului mesajului publicitar și pe modalitățile publicității pentru *anumite medicamente*, însă nu reglementează publicitatea pentru serviciile de vânzare prin corespondență de medicamente.

Deși cauza Euroaptieka fusese inițial atribuită unei camere de cinci judecători, după prezentarea concluziilor avocatului general, Curtea a decis reatribuirea cauzei Marii Camere pentru a se examina, în formațiune lărgită, problemele referitoare la implicațiile hotărârilor anterioare pronunțate în cauzele C-649/18, A (Publicitate și vânzare de medicamente online) și C-190/20, DocMorris⁶, din lectura cărora putea rezulta că Directiva 2001/83 reglementează doar publicitatea pentru medicamentele determinate.

Curtea a interpretat noțiunea de „publicitate pentru medicamente” utilizată în art. 86 alin. (1) din Directiva 2001/83, despre care a arătat că este o noțiune autonomă a dreptului Uniunii.

În ciuda referirilor din alte articole ale directivei la „publicitatea pentru un medicament”, la singular, Curtea, recurgând la interpretarea literală, sistematică și teleologică a dispozițiilor pertinente, a conchis că noțiunea de „publicitate pentru medicamente” utilizată de directivă acoperă orice formă de informare la domiciliu, prin contact direct, prin activități de prospectare sau de stimulare destinate să promoveze prescrierea, eliberarea, vânzarea sau consumul unui *medicament determinat sau al unor medicamente nedeterminate*. Finalitatea urmărită de directivă este protejarea sănătății publice, iar publicitatea pentru medicamente poate dăuna acesteia.

De asemenea, Curtea a plasat fiecare dintre cele două cauze anterioare în contextul lor factual diferit de cel al cauzei Euroaptieka și a tranșat în mod explicit că, în ciuda referirii la „anumite medicamente” în cele două hotărâri anterioare, domeniul de aplicare al Directivei 2001/83 nu este limitat numai la publicitatea pentru un medicament determinat.

Curtea a răspuns instanței de trimitere în sensul că dreptul Uniunii nu se opune unei reglementări naționale care interzice publicitatea pentru medicamente determinate sau nedeterminate, publicitate bazată pe considerente legate de prețul redus al acestora, de

⁵ Directiva 2000/31/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 8 iunie 2000 privind anumite aspecte juridice ale serviciilor societății informaționale, în special ale comerțului electronic, pe piața internă (directiva privind comerțul electronic) (JO 2000, L 178, p. 1, ediție specială, 13/vol. 29, p. 257).

⁶ Hotărârile din 1 octombrie 2020, A (Publicitate și vânzare de medicamente online) (C-649/18, EU:C:2020:764) și din 15 iulie 2021, DocMorris (C-190/20, EU:C:2021:609).

vânzarea lor promoțională, împreună eventual cu alte medicamente sau chiar împreună cu alte produse.

1.4. Hotărârea din 30 aprilie 2024, **La Quadrature du Net e.a.** (C-470/21)

O altă cauză al cărei parcurs procedural este oarecum asemănător cu cel al cauzei anterioare, în sensul că, după o primă atribuire în favoarea Marii Camere, s-a considerat necesară reatribuirea cauzei Plenului Curții, este cauza **La Quadrature du Net**. Totuși, spre deosebire de cauza **Euroaptieka**, aici nu este vorba de un reviriment jurisprudențial, ci de o dezvoltare a jurisprudenței și de o articulare a unor hotărâri anterioare pronunțate în Marea Cameră în materia conservării și a accesului diferitelor autorități la date personale.

Cauza privește operele protejate de un drept de autor sau de un drept conex și măsura în care normele adoptate în vederea protejării acestor drepturi aduc atingere drepturilor fundamentale astfel cum sunt garantate de dreptul Uniunii. Astfel, printr-un decret a cărui anulare a fost solicitată în fața Consiliului de Stat din Franța de către mai multe asociații reprezentând furnizorii de acces internet, s-a instituit un mecanism de sancționare a încălcărilor dreptului de autor și conexe, care implică două operațiuni de prelucrare a datelor cu caracter personal.

Prima constă în colectarea de către organisme care reprezintă autorii a adreselor IP care par să fi fost utilizate pentru săvârșirea unor infracțiuni prin care se aduce atingere drepturilor de autor și a drepturilor conexe, precum și în punerea acestor date la dispoziția unei autorități administrative independente – Înalta Autoritate pentru Difuzarea Operelor și Protecția Drepturilor pe Internet (Hadopi).

Cea de-a doua permite stabilirea de către furnizorii de acces la internet, la cererea Hadopi, a corespondenței între adresa IP și datele de identitate civilă ale titularului acestei adrese.

Identificarea persoanelor responsabile de încălcarea unor drepturi de autor și drepturi conexe conduce la aplicarea așa-numitului mecanism de „răspuns gradual” în vederea sancționării acestora, care pornește de la o simplă recomandare adresată respectivei persoane până la posibilitatea sesizării procurorului Republicii în vederea începerii urmăririi penale.

Curtea a analizat, prin prisma jurisprudenței sale anterioare, patru aspecte legate de: (i) conservarea datelor, (ii) accesul la aceste date, (iii) controlul prealabil accesului, precum și (iv) instituirea unor garanții care să limiteze riscul abuzurilor.

Referitor la conservarea datelor, Curtea a constatat că o păstrare generalizată și nediferențiată de adrese IP nu constituie neapărat o ingerință gravă în drepturile fundamentale (art. 7, 8 și 11 din Cartă). O astfel de conservare este autorizată atunci când reglementarea națională garantează modalități de păstrare care permit o separare ermetică a diferitelor categorii de date cu caracter personal și care exclude astfel riscul de a se putea proceda la trasabilitatea vieții private a persoanei vizate.

În ceea ce privește accesul la datele astfel conservate, Curtea a precizat că dreptul Uniunii nu se opune unei reglementări naționale care permite unei autorități publice,

precum Hadopi, să aibă acces la datele de identitate civilă corespunzătoare adresei IP colectate în prealabil, în scopul exclusiv de a identifica persoana bănuită de săvârșirea unei infracțiuni. Statele membre trebuie totuși să se asigure că agenților care au efectiv acces la aceste date le este interzis să divulge informații cu privire la conținutul fișierelor consultate, să opereze o trasabilitate a parcursului de navigare plecând de la adresa IP și să utilizeze aceste adrese în alte scopuri în afara identificării persoanei în cauză.

Referitor la exigența unui control prealabil accesului, exercitat de către o instanță sau o autoritate administrativă independentă, acesta nu se impune în situația unei ingerințe în exercițiul drepturilor fundamentale care nu poate fi calificată ca fiind gravă. În principiu, accesul la datele personale exercitat doar pentru identificarea utilizatorului vizat nu poate fi considerat o ingerință gravă, astfel că nu este supus controlului. În schimb, în situația în care accesul poate devoala date care, cumulate, permit identificarea unor aspecte ce țin de viața privată, existența unui astfel de control se impune. Mai mult decât atât, acest control nu poate fi automatizat, ci presupune intervenția unei persoane fizice pentru că implică o punere în balanță a intereselor protejate.

În final, Curtea a adăugat că prelucrarea datelor personale efectuată de o autoritate publică cum este Hadopi trebuie să respecte anumite garanții, motiv pentru care se impune ca, la intervale regulate, sistemul de prelucrare a datelor să facă obiectul unui control exercitat de un organism independent față de autoritatea publică.

2. Curtea de Justiție ca instanță de recurs

2.1. Hotărârea din 5 martie 2024, **Kočner/Europol** (C-755/21 P, EU:C:2024:202)

În cursul lunii februarie 2018, a avut loc în Slovacia asasinarea unui jurnalist și a logodnicei sale. În cadrul unei anchete efectuate de autoritățile slovace, Europol, la cererea Agenției Naționale de Combatere a Criminalității din Slovacia, a sprijinit aceste autorități prin extragerea datelor stocate, pe de o parte, pe două telefoane mobile care ar fi aparținut lui Marián Kočner și care i-au fost predate de această Agenție și, pe de altă parte, pe un suport de stocare USB. Ulterior, autoritățile penale slovace au utilizat informațiile conținute în telefoanele mobile în cauză în cadrul unei proceduri penale inițiate împotriva recurentului.

În cursul anchetei, mai multe articole de presă și un site de internet au menționat date provenite din aceste telefoane, mai precis au publicat transcrierea unor comunicații cu caracter intim dintre recurent și prietena sa.

Marián Kočner a sesizat Tribunalul UE cu o acțiune în răspundere extracontractuală a Uniunii, solicitând obligarea Europol la plata sumei de 50.000 euro pentru prejudiciul moral suferit ca urmare a atingerilor aduse vieții private. În susținerea acțiunii sale, recurentul a invocat art. 50 alin. (1) din Regulamentul 2016/794 privind Europol⁷.

⁷ Regulamentul (UE) 2016/794 al Parlamentului European și al Consiliului din 11 mai 2016 privind Agenția Uniunii Europene pentru Cooperare în Materie de Aplicare a Legii (Europol) și de înlocuire și de abrogare a

Tribunalul a respins acțiunea, fundamentându-și hotărârea pe o interpretare a acestei dispoziții, care condiționa răspunderea Europol de dovada faptului că scurgerea de informații avusese la bază o prelucrarea ilegală a datelor din partea acestei agenții. Tribunalul a considerat că recurentul nu a făcut dovada, conform art. 340 TFUE, a existenței unei legături de cauzalitate între prejudiciul pretins și un eventual comportament al Europol și nu a demonstrat că divulgarea datelor conținute în telefoanele mobile în cauză sau a transcrierilor conversațiilor dintre recurent și prietena sa era imputabilă Europol.

Această interpretare a fost infirmată de către Curte cu ocazia soluționării recursului formulat de reclamant împotriva hotărârii Tribunalul și, date fiind noutatea problemei de drept vizate și caracterul sensibil al speței, cauza a fost judecată în Mare Cameră.

Problema de drept inedită a purtat asupra naturii și a condițiilor de angajare a răspunderii Europol și a statelor membre pentru prejudiciul creat prin prelucrarea nelegală a datelor cu caracter personal, în condițiile în care considerentul 57 din regulamentul Europol califică această răspundere ca fiind solidară, iar art. 50 din același regulament lăsa loc interpretării, limitându-se la a institui o obligație de despăgubire fie în sarcina Europol, fie în sarcina statului membru unde s-a produs evenimentul care a generat prejudiciul.

Curtea a constatat că legiuitorul Uniunii a instituit un regim al răspunderii solidară, cel puțin într-o primă etapă, între Europol și statul membru respectiv. Aceasta, pentru a asigura o protecție completă a persoanei vătămate de o prelucrare ilegală a datelor tocmai în situația în care persoana vătămată nu ar putea stabili dacă prejudiciul său este imputabil acțiunii Europol sau celei a unui stat membru cu care aceasta a cooperat. Dacă i s-ar cere acestei persoane să stabilească cui îi este imputabil prejudiciul respectiv, s-ar lipsi de efect util art. 50 alin. (1) din Regulament.

Abia într-o a doua etapă a mecanismului răspunderii prevăzut la art. 50 alin. (2) din Regulamentul 2016/794 poate interveni stabilirea „răspunderii finale” a Europol și/sau a statului membru în cauză în ceea ce privește despăgubirile acordate unei persoane fizice. Astfel, orice litigiu între Europol și statele membre în această privință va fi înaintat consiliului de administrație al Europol, competent pentru a stabili cărei entități revine răspunderea finală pentru comportamentul nelegal aflat la originea prejudiciului sau chiar partea de răspundere ce revine fiecăreia dintre entități, în cazul unui concurs de comportamente nelegale. Deciziile consiliului pot fi atacate la CJUE în conformitate cu art. 263 TFUE.

În consecință, Curtea a considerat că, pentru a fi despăgubită, este suficient ca persoană vătămată să demonstreze că a avut loc o prelucrare ilegală a datelor care i-a cauzat un prejudiciu, cu ocazia unei cooperări între Europol și statul membru în cauză, în temeiul Regulamentului 2016/794, fără a fi necesar ca ea să stabilească și căreia dintre aceste două entități îi este imputabilă prelucrarea ilegală.

Astfel, Curtea a considerat că interpretarea contrară la care ajunsese Tribunalul în hotărârea atacată este eronată în drept, motiv pentru care a anulat această hotărâre în

aceste limite și, reținând cauza spre rejudecare, a obligat Europol la plata către recurent a sumei de 2000 de euro cu titlu de daune morale, stabilită în echitate.

2.2. Recursuri supuse procedurii de admitere în principiu

La data de 1 mai 2019, au intrat în vigoare modificările Statului Curții de Justiție a Uniunii Europene⁸ și ale Regulamentului de procedură al Curții de Justiție⁹.

Examinarea recursurilor formulate împotriva deciziilor Tribunalului referitoare la o decizie a unei camere de recurs independente a anumitor oficii sau agenții¹⁰ este în prezent condiționată de admiterea lor în principiu, care este la rândul său condiționată de existența unei chestiuni importante pe care o ridică recursul pentru unitatea, coerența sau dezvoltarea dreptului Uniunii.

Până în prezent¹¹, din 264 de ordonanțe pronunțate de Curte în baza acestui mecanism de filtraj în principiu a recursului doar cinci cereri au fost în sensul admiterii recursului în principiu¹².

Hotărârea din 27 februarie 2024, **EUIPO/The KaiKai Company Jaeger Wichmann** (C-382/21 P, EU:C:2024:172)

Cauza **KaiKai** constituie prima cauză în care o cerere de admitere în principiu a recursului a fost admisă de Curte prin ordonanța din data de 10 decembrie 2021.

Compania KaiKai solicitase EUIPO înregistrarea a 12 desene sau modele industriale comunitare, revendicând un drept de prioritate întemeiat pe o cerere internațională de brevet în temeiul Tratatului de cooperare în domeniul brevetelor (TCB).

EUIPO a admis cererea de înregistrare, dar a refuzat dreptul de prioritate, pentru motivul că data depunerii cererii internaționale anterioare preceda cu mai mult de șase luni data depunerii cererii de înregistrare. Potrivit EUIPO, deși o cerere internațională depusă în temeiul TCB putea în principiu să fundamenteze un drept de prioritate, revendicarea unui astfel de drept de prioritate era, de asemenea, supusă unui termen de 6 luni, care nu fusese respectat în speță.

⁸ Art. 54a.

⁹ Art. 170a și 170b.

¹⁰ Oficiul Uniunii Europene pentru Proprietate Intelectuală, Oficiul Comunitar pentru Soiuri și Plante, Agenția Europeană pentru Produse Chimice și Agenția Uniunii Europene pentru Siguranța Aviației.

¹¹ Verificare efectuată la data de 30 aprilie 2024.

¹² La data de 30 noiembrie 2022, Curtea de Justiție a prezentat legiuitorului Uniunii o nouă cerere de modificare a Statutului Curții în contextul creșterii constante a contenciosului Curții și a necesității de a respecta exigența termenului rezonabil. Această reformă, care se află în curs, urmărește transferul către Tribunal al competenței de a judeca trimiteri preliminare în domenii specifice și extinderea mecanismului de admitere în principiu la recursurile formulate împotriva hotărârilor sau a ordonanțelor Tribunalul referitoare la decizii ale oficiilor sau agențiilor Uniunii, în afara celor deja menționate cu ocazia modificării anterioare, precum și la recursurile împotriva deciziilor Tribunalului pronunțate în temeiul unor clauze compromisorii.

Tribunalul a anulat decizia EUIPO, considerând că art. 41 alin. (1) din Regulamentul nr. 6/2002 privind desenele și modelele industriale¹³, care reglementează dreptul de prioritate, conține o lacună, întrucât nu stabilește termenul pentru revendicarea priorității unei „cereri internaționale de brevet” în cadrul unei cereri ulterioare de desen sau model industrial.

Tribunalul a considerat că această lacună trebuie acoperită prin aplicarea unor dispoziții cu aceeași finalitate din Convenția de la Paris pentru protecția proprietății industriale¹⁴, și anume cea potrivit căreia termenul de prioritate pentru brevete de invenție și modele de utilitate este de 12 luni.

Sesizată cu recursul formulat de EUIPO, Curtea a constatat că acesta este admisibil în principiu, întrucât ridică o problemă de drept importantă pentru unitatea, coerența și dezvoltarea dreptului Uniunii, și anume dacă o eventuală lacună legislativă într-un act de drept al Uniunii poate fi acoperită de aplicarea directă a unei dispoziții de drept internațional care nu îndeplinește condițiile impuse de jurisprudența Curții pentru a produce efect direct.

Examinând apoi pe fond recursul, Curtea a analizat raporturile dintre Convenția de la Paris și Regulamentul nr. 6/2002 și a constatat că dispozițiile reținute de Tribunal din această Convenție, care prevedeau un termen de prioritate de 12 luni, nu au efect direct și nu pot crea drepturi pentru particulari de care aceștia se pot prevala în mod direct în dreptul Uniunii. Prin urmare, dreptul de prioritate pentru a depune o cerere de desen sau model industrial comunitar este și rămâne reglementat de Regulamentul nr. 6/2002.

Este adevărat că, în măsura în care dispozițiile Convenției de la Paris privind termenele de prioritate sunt încorporate în Acordul TRIPS¹⁵, care este obligatoriu pentru statele Uniunii, normele Regulamentului nr. 6/2002 trebuie interpretate în conformitate cu dispozițiile Acordului și implicit ale Convenției. Numai că Tribunalul a depășit limitele unei astfel de interpretări conforme, procedând, în realitate, la o aplicare directă a dispozițiilor relevante din Convenția de la Paris.

Interpretând art. 41 alin. (1) din Regulamentul nr. 6/2002, Curtea a constatat că acesta prevede în mod exhaustiv situațiile ce pot constitui temei al unui drept de prioritate în favoarea unei cereri de înregistrare a unui desen sau model industrial comunitar ulterior¹⁶,

¹³ Regulamentul (CE) nr. 6/2002 al Consiliului din 12 decembrie 2001 privind desenele sau modelele industriale comunitare (JO 2002, L 3, p. 1, ediție specială, 13/vol. 33, p. 70).

¹⁴ Convenția de la Paris pentru protecția proprietății industriale a fost semnată la Paris, la 20 martie 1883, revizuită ultima dată la Stockholm, la 14 iulie 1967 și modificată la 28 septembrie 1979 (Recueil des traités des Nations Unies, vol. 828, nr. 11851, p. 305). Toate statele membre ale Uniunii Europene sunt părți la această convenție.

¹⁵ Acordul privind aspectele legate de comerț ale drepturilor de proprietate intelectuală constituie anexa 1 C la Acordul de instituire a Organizației Mondiale a Comerțului (OMC), care a fost semnat la Marrakech la 15 aprilie 1994 și aprobat prin Decizia 94/800/CE a Consiliului din 22 decembrie 1994 privind încheierea, în numele Comunității Europene, referitor la domeniile de competență sa, a acordurilor obținute în cadrul negocierilor comerciale multilaterale din Runda Uruguay (1986-1994) (JO 1994, L 336, p. 1, ediție specială, 11/vol. 10, p. 228). Sunt părți la Acordul TRIPS membrii OMC, printre care se numără toate statele membre ale Uniunii Europene, precum și Uniunea Europeană însăși.

¹⁶ Potrivit hotărârii Curții, rezultă în mod neechivoc din formularea art. 41 alin. (1) că, în temeiul acestei dispoziții, numai două categorii de cereri anterioare – și anume, pe de o parte, o cerere de înregistrare a unui desen sau model industrial și, pe de altă parte, o cerere de înregistrare a unui model de utilitate – pot constitui

și anume fie o cerere de înregistrare a unui desen sau model industrial, fie o cerere de înregistrare a unui model de utilitate, și aceasta doar în termen de 6 luni de la data depunerii cererii anterioare.

Prin urmare, împrejurarea că această dispoziție nu stabilește termenul în care poate fi revendicat dreptul de prioritate întemeiat pe o cerere de înregistrare a unui brevet nu este o lacună, ci consecința faptului că dispoziția respectivă nu permite ca un astfel de drept să fie întemeiat pe această categorie de cereri anterioare.

În consecință, Curtea a anulat hotărârea Tribunalului și, reținând cauza spre rejudecare, a respins acțiunea formulată de KaiKai împotriva deciziei EUIPO, prin care i se refuzase dreptul de prioritate.

3. Acțiuni directe

Hotărârea din 9 aprilie 2024, **Comisia/Consiliul (Semnarea acordurilor internaționale)** (C-551/21, EU:C:2024:281)

În cursul anului 2015, Consiliul Uniunii Europene a adoptat o decizie de autorizare a Comisiei pentru deschiderea, în numele Uniunii, a negocierilor cu Republica Gaboneză în vederea înnoirii a unui protocol de aplicare a acordului de parteneriat în domeniul pescuitului între UE și această țară.

În urma negocierilor, respectivul protocol a fost parafat, urmând a fi semnat. Potrivit Comisiei, îi revenea acesteia rolul de a desemna persoana care va semna protocolul. Cu toate acestea, Consiliul a decis că desemnarea respectivei persoane revine Președintelui Consiliului, protocolul fiind în cele din urmă semnat de reprezentantul permanent al Republicii Portugheze pe lângă UE, Portugalia fiind statul care exercita în respectiva perioadă președinția prin rotație a Consiliului.

Nemulțumită, Comisia a înregistrat pe rolul Curții o acțiune în anularea articolului din decizia Consiliului prin care se desemna persoana semnatară a respectivului acord, susținând că art. 17 alin. (1) TUE îi conferă prerogativa de a îndeplini singură reprezentarea externă a Uniunii în chestiunile care nu se referă la politica externă și de securitate comună (PE, SC).

Curtea a dat dreptate Comisiei. Mai întâi, a reamintit că tratatele au instituit un sistem de repartizare a competențelor între instituțiile Uniunii, care atribuie fiecăreia dintre ele propria misiune, potrivit principiului echilibrului instituțional. Conform acestei repartizări, este de competența Consiliului să autorizeze semnarea unui acord internațional în numele Uniunii. Această decizie de autorizare nu include însă actul ulterior care constată în însăși semnarea acestui acord. Dimpotrivă, revine Comisiei, competentă în asigurarea reprezentării externe a Uniunii, sarcina să adopte orice acțiune care, în urma deciziei Consiliului de autorizare a semnării unui acord internațional, garantează că această semnătură este aplicată.

temeiul unui drept de prioritate în favoarea unei cereri de înregistrare a unui desen sau model industrial comunitar ulterior, iar aceasta numai în termen de 6 luni de la data depunerii cererii anterioare vizate.

Curtea a constatat că această interpretare este conformă cu dreptul internațional cutumiar, astfel cum a fost codificat în special în Convenția de la Viena cu privire la dreptul tratatelor din 23 mai 1969, potrivit căruia persoana care îndeplinește actul de semnare trebuie considerată ca reprezentând statul sau organizația internațională din partea căruia semnează.

Prin urmare, Curtea a stabilit că aplicarea de către o persoană a semnăturii sale pe un acord internațional în numele Uniunii ține și din perspectiva dreptului cutumiar internațional de „reprezentarea” acestuia din urmă și relevă, în consecință, de competențele recunoscute Comisiei.

Acțiunea Comisiei a fost astfel admisă, articolul prin care a fost desemnat reprezentatul permanent al Republicii Portugheze pe lângă UE ca persoană împuternicită să semneze protocolul a fost anulat, însă pentru a prezerva securitatea juridică s-a constatat că efectele acestui articol sunt irevocabile.

Concluzii

Uniunea Europeană are personalitate juridică și dispune de o ordine juridică proprie, integrată în sistemele juridice ale statelor membre și întemeiată pe principiul supremației dreptului UE și pe efectul direct al acestuia în ordinea juridică internă a statelor membre.

Ordinea juridică a Uniunii ar fi de neconceput fără un sistem jurisdicțional propriu care este actualmente alcătuit din Tribunalul UE și din Curtea de Justiție¹⁷.

Curtea de Justiție joacă, la nivelul UE, rolul unei instanțe supreme, fiind instanța de control judiciar care judecă în ultim grad litigiile date în competența în primă instanță Tribunalului.

În același timp, Curtea de Justiție asumă un rol de instanță constituțională, interpretând și analizând validitatea actelor de dreptul UE, prin hotărâri cu efect obligatoriu și *erga omnes* la nivelul întregii Uniuni.

Cauzele soluționate de Curte sunt extrem de diverse, acoperind toate domeniile de drept și sunt uneori complexe, cu origini și implicații în mai multe domenii ale dreptului.

Așa cum am încercat să ilustrez prin hotărârile prezentate astăzi, pe lângă dreptul UE incident în fiecare cauză, pentru a se oferi un răspuns util instanțelor de trimitere în procedura preliminară, adesea trebuie cunoscut și înțeles dreptul național, chiar dacă nu intră în competența Curții interpretarea acestui drept. De asemenea, în soluționarea întrebărilor preliminare, dar și în celelalte tipuri de cauze, Convenția pentru protecția Drepturilor Omului și a Libertăților fundamentale, precum și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului sunt uneori relevante, după cum sunt, de asemenea, relevante diverse norme de drept internațional public, fie el codificat sau cutumiar.

Opiniile exprimate în cadrul acestei prelegeri sunt ale autoarei și nu angajează Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

¹⁷ A existat și un Tribunal al Funcției Publice, care a fost desființat între timp, cauzele date în competența acestuia fiind preluate de TUE.

I. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII

Secțiunea de Drept public

Câteva considerații privind competența teritorială de soluționare a contestației în materia liberării condiționate

Some Considerations Regarding the Territorial Competence to Solve the Challenge in the Matter of Conditional Release

Conf. univ. dr. **Voicu PUȘCAȘU***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

This article aims to critically analyze some of the problems that arise from recent orientations of judicial practice regarding the interpretation of the legal norms concerning the territorial jurisdiction of the court entrusted with the resolution of the challenge in the conditional release procedure. Jurisprudential divergences reached the High Court of Cassation and Justice, which, unfortunately, also had a non-unitary practice on this matter. Although the norm of art. 587 of the Criminal Procedure Code allows for various interpretations, the consequences of which are significantly if not radically opposite, a careful analysis of the relevant norms can provide clear criteria for determining the territorial jurisdiction of the tribunals.

Keywords: conditional release, challenging the sentence, territorial competence of the appellate court.

Rezumat

Prezentul articol urmărește să analizeze critic orientări recente ale practicii judiciare privind modul de interpretare a normelor de drept în materia stabilirii competenței teritoriale a tribunalului învestit cu soluționarea contestației formulate în procedura liberării condiționate. Divergențele jurisprudențiale au ajuns până la Înalta Curte de Casație și Justiție, care, din păcate, a avut și ea o practică neunitară asupra acestui aspect. Deși norma art. 587 C. pr. pen. permite interpretări diverse, ale căror consecințe sunt semnificativ dacă nu chiar radical opuse, o analiză atentă asupra normelor în materie poate oferi criterii clare de determinare a acestei competențe.

Cuvinte-cheie: liberare condiționată, contestația, competență teritorială.

* voicu.puscasu@e-uvt.ro

I. Aspecte introductive

Instituția liberării condiționate este una de tradiție în legislația noastră penală, având ca fundament umanismul și încrederea în posibilitatea îndreptării conduitei infractorului condamnat prin recurgerea la programe socioeducaționale și psihologice, dar și la un regim de detenție bazat pe disciplină și respectarea normelor de drept, normelor locului de deținere și a regulilor de conviețuire socială.

Noua legislație penală intrată în vigoare în anul 2014 a adăugat, sub aspect material, de fond, două noi condiții de liberare condiționată¹ și a prevăzut posibilitatea supravegherii liberatului condiționat prin impunerea de obligații și măsuri de supraveghere (art. 101 C. pen.) dacă restul rămas de executat din pedeapsă la data liberării este de doi ani sau mai mare, dar nu a adus modificări fundamentale acestei instituții sub aspect procedural.

Totuși, recent, în practica judiciară au apărut interpretări divergente cu privire la modul de stabilire a competenței teritoriale a instanței care va soluționa calea de atac a contestației formulate împotriva sentinței judecătoreiei în materia liberării condiționate, pornind chiar de la redactarea normei art. 587 alin. (3) teza I C. pr. pen., care dispune: „*Hotărârea judecătoreiei poate fi atacată cu contestație la tribunalul în a cărei circumscripție se află locul de deținere, în termen de 3 zile de la comunicare*”.

Astfel, se ridică problema de a ști dacă tribunalul competent să soluționeze contestația este cel în a cărei circumscripție se află locul de deținere al persoanei condamnate la data formulării contestației – indiferent dacă persoana condamnată se mai află sau nu în același loc de deținere în care se afla la data sesizării instanței de fond – sau cel în a cărei circumscripție se află judecătoria care a soluționat cauza în primă instanță, indiferent dacă, ulterior sesizării instanței de fond, persoana condamnată a fost transferată sau mutată temporar într-un alt loc de deținere.

Cu alte cuvinte, pentru corecta stabilire a tribunalului competent teritorial interesează locul de deținere al condamnatului la data formulării contestației sau competența teritorială a tribunalului este determinată prin raportare la competența teritorială a instanței de fond, instanță care este arondată respectivului tribunal?

Sub imperiul vechiului Cod de procedură penală, o astfel de problemă nu a apărut, deoarece norma atunci în vigoare nu conținea o astfel de formulare.

Astfel, art. 450 alin. (1) și (4) din vechiul Cod prevedeau că liberarea condiționată se dispune, la cererea sau la propunerea făcută potrivit dispozițiilor legii privind executarea pedepselor, de către judecătoria în a cărei circumscripție se află locul de deținere, iar hotărârea judecătoreiei este supusă recursului, în termen de 3 zile, recursul declarat de procuror fiind suspensiv de executare. Se poate observa, deci, că vechiul legiuitor a instituit o normă specială în materia procedurii liberării condiționate doar cu privire la determinarea competenței teritoriale a instanței de fond – judecătoria –, nu și cu privire la cea a instanței

¹ Este vorba despre prevederile art. 100 alin. (1) lit. b) și c) C. pen., care privesc regimul de executare al pedepsei la care trebuie să fie încadrată persoana deținută pentru a putea beneficia de liberarea condiționată (mai exact, regimul deschis și cel semideschis) și, respectiv, îndeplinirea integrală a obligațiilor civile stabilite prin hotărârea de condamnare.

de control judiciar, la stabilirea competenței teritoriale a căreia urmau a se aplica regulile generale în materie.

În această situație, ne putem pune în mod legitim întrebarea dacă legiuitorul noului Cod a înțeles să își modifice viziunea prin noua legislație adoptată sau dacă nu cumva este vorba despre o tehnică legislativă deficitară, care doar aparent poate genera concluzii divergente în privința competenței teritoriale a tribunalelor investite cu judecarea contestațiilor în această materie.

II. Orientările jurisprudențiale divergente și critica lor

O primă orientare a practicii judiciare pe care dorim să o aducem în discuție este cea potrivit căreia competența teritorială a tribunalului în soluționarea contestației din procedura liberării condiționate se determină strict prin luarea în considerare a locului de deținere al condamnatului la data formulării contestației².

După cum lesne se poate observa din lecturarea articolului sus-citat, această orientare are la bază o interpretare literală a normei juridice, care face referire la criteriul circumscripției locului de deținere, iar cum norma vizează determinarea competenței tribunalului, ca instanță investită cu soluționarea căii de atac, și nu a judecătoriei, prim instanță investită cu soluționarea cererii de liberare condiționată, apare ca fiind evidentă voința legiuitorului de a impune necesitatea determinării competenței teritoriale exclusive prin raportare la locul de deținere al condamnatului la momentul declanșării procedurii contestației, deci la momentul formulării acestei cereri.

Această concluzie pare a fi susținută și de norma art. 587 alin. (1) C. pr. pen., normă care prevede următoarele: „*Liberarea condiționată se dispune, la cererea sau la propunerea făcută potrivit dispozițiilor legii privind executarea pedepselor, de către judecătoria în a cărei circumscripție se află locul de deținere*”.

După cum se poate observa dintr-o analiză comparativă a celor două dispoziții legale ale art. 587 alin. (1) și (3), legiuitorul a instituit criteriul circumscripției locului de deținere atât pentru a determina competența teritorială a judecătoriei investite cu soluționarea cererii sau, după caz, a propunerii de liberare condiționată, cât și pentru a stabili tribunalul competent să soluționeze contestația în această materie.

Din faptul că legiuitorul a înțeles să repete acest criteriu atât în primul, cât și în al treilea alineat al acestui articol s-ar putea deduce intenția acestuia de a impune evaluări succesive

² În acest sens, cu titlul exemplificativ, a se vedea decizia penală nr. 111/28.02.2024 (nepublicată), pronunțată de către Tribunalul Cluj în dosarul penal nr. 2149/219/2023, decizia penală nr. 207/02.05.2023 (nepublicată), pronunțată de Tribunalul Dâmbovița în dosarul nr. 695/262/2023, deciziile penale nr. 446/13.10.2023 și nr. 476/27.10.2023 (nepublicate), ambele pronunțate de către Tribunalul Argeș în dosarele penale nr. 12548/280/2023 și, respectiv, nr. 1621/262/2023 ș.a.m.d.

Dintre regulatoarele de competență pronunțate de către Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția penală, regăsim îmbrățișată această soluție în încheierea nr. 695 din 13 decembrie 2023, pronunțată în dosarul penal nr. 12548/280/2023 (nepublicată).

și distincte ale competenței teritoriale a celor două instanțe – de fond și de contestație – în materia liberării condiționate³.

Cu alte cuvinte, pare că intenția legiuitorului a fost aceea de a permite ca soluționarea contestației să se realizeze de către un alt tribunal decât cel căruia îi este arondată judecătoria care a soluționat cauza în primă instanță, atunci când, oricând ulterior sesizării judecătoriei și mergând până la momentul sesizării tribunalului, locul de deținere al condamnatului s-a schimbat.

Exemplificativ, dacă cererea sau propunerea de liberare condiționată viza o persoană deținută la acel moment în Penitenciarul Timișoara, competența de primă instanță aparține Judecătoriei Timișoara, dar, dacă ulterior condamnatul este transferat în Penitenciarul Deva, unde se află la momentul formulării contestației, competența teritorială ar reveni Tribunalului Hunedoara și nu Tribunalului Timiș, căruia îi este arondată Judecătoria Timișoara.

O astfel de orientare jurisprudențială s-a întemeiat nu doar pe formularea literală a normelor sus-citate, îndeosebi a alin. (3) al art. 587 C. pr. pen., sau pe interpretarea coroborată a celor două alineate sus-citate, ci și pe o interpretare a celor statuate prin Decizia nr. 15/2018, a Înaltei Curți de Casație și Justiție, pronunțată într-un recurs în interesul legii⁴.

Prin această decizie, Înalta Curte a stabilit: *„Instanța competentă să soluționeze cererile formulate de persoanele condamnate în cursul executării pedepsei este instanța în a cărei circumscripție se află locul de deținere la data formulării cererii, indiferent dacă locul de deținere este reprezentat de penitenciarul stabilit inițial sau de penitenciarul stabilit prin transferarea definitivă ori temporară a persoanei condamnate”*.

Or, dacă avem în vedere faptul că legiuitorul nostru a stabilit prin norma art. 587 alin. (3) C. pr. pen. competența teritorială a tribunalului în funcție de circumscripția locului de deținere, se poate concluziona, având în vedere și cele statuate de către Înalta Curte prin această decizie, că se impune a se avea în vedere locul de deținere al condamnatului la data formulării contestației, act de investire al tribunalului pentru soluționarea căii de atac, indiferent dacă locul de deținere este reprezentat de penitenciarul inițial (cel în care se afla

³ Spre exemplu, chiar Înalta Curte de Casație și Justiție, într-un regulator de competență, face referire implicită la acest aspect, reținând ca relevant faptul că atât la data formulării cererii de liberare condiționată, cât și la data contestației deținutul se afla în Penitenciarul Spital București Rahova, astfel că a stabilit competența de soluționare a contestației în favoarea Tribunalului București, care declinase inițial competența în favoarea Tribunalului Brașov (a se vedea încheierea nr. 441/22 august 2023, disponibilă în jurisprudența online a Curții, la adresa <https://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=210136#highlight=###%20587>).

⁴ Decizia nr. 15/2018, privind examinarea recursului în interesul legii declarat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, privind stabilirea instanței competente să soluționeze cererile formulate de condamnați în timpul executării pedepsei în situația în care, la momentul formulării acestora, persoana condamnată se află tranzitoriu în alt loc de deținere decât cel stabilit pentru executarea pedepsei, conform art. 11 alin. (5) din Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, cu modificările și completările ulterioare, a fost publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 885 din 22 octombrie 2018.

condamnatul la data cererii sau a propunerii de liberare condiționată) sau de penitenciarul stabilit prin transferarea definitivă ori temporară a persoanei condamnate, transferare survenită ulterior învestirii judecătoreiei.

O a doua orientare jurisprudențială⁵ îmbrățișează interpretarea conform căreia competența teritorială a tribunalului se determină având în vedere locul de deținere al condamnatului la data formulării cererii sau a propunerii de liberare condiționată, deci prin raportare la momentul sesizării primei instanțe și nu prin raportare la data formulării contestației.

În esență, se consideră că legiuitorul nu a făcut altceva prin norma art. 587 alin. (3) C. pr. pen. decât să reproducă criteriul de stabilire a competenței teritoriale menționat în alin. (1) al aceluiași articol, de data aceasta cu privire la tribunal, având, deci, intenția de a face referire la aceeași competență teritorială, determinată prin raportare la locul de deținere al persoanei condamnate la data formulării cererii sau a propunerii de liberare condiționată și nu la data formulării contestației.

Prin urmare, intenția legiuitorului ar fi fost aceea de a se accentua necesitatea evaluării din această perspectivă – a locului de deținere a persoanei condamnate, la data formulării cererii sau a propunerii de liberare condiționată, cu nuanța stabilită de către Înalta Curte prin decizia nr. 15/2018 – a competenței instanțelor învestite în această procedură.

Dacă, însă, apreciem că legiuitorul a repetat același criteriu în norma alin. (3) la care face referire și în norma alin. (1) și că, deci, trebuie să avem în vedere aceeași circumscripție a locului de deținere prin raportare la același moment din desfășurarea procedurii liberării condiționate, putem concluziona că, de regulă, instanța din contestație va fi cea în a cărei circumscripție este arondată teritorial și instanța de fond.

Aceasta pentru că, spre exemplu, un deținut aflat în Penitenciarul Timișoara care solicită liberarea condiționată va fi judecat de către Judecătoria Timișoara, în primă instanță, în temeiul art. 587 alin. (1) C. pr. pen. și de către Tribunalul Timiș, în calea de atac a contestației, în temeiul alin. (3) al aceluiași articol, deoarece locul de deținere de la data cererii sau a propunerii, după caz, este în circumscripția acestor instanțe.

Totuși, poate fi imaginată și situația în care aplicarea acestei interpretări să conducă la un alt rezultat, spre exemplu atunci când una dintre instanțele competente material să judece în această procedură (mai frecvent această situație survine cu privire la instanța de fond – judecătoria) nu observă necompetența sa teritorială, aplicând, deci, eronat criteriul sus-menționat.

Spre exemplu, dacă Judecătoria Timișoara nu a sesizat faptul că persoana deținută se afla în Penitenciarul Deva când a formulat cererea de liberare condiționată și a procedat la judecarea pe fond a cauzei, nefiind invocată în fața sa excepția de necompetență teritorială, Tribunalul Timiș, învestit cu soluționarea contestației și care sesizează faptul că nu ar fi competent teritorial prin raportare la norma art. 587 alin. (3) C. pr. pen., va declina competența de soluționare a contestației în favoarea Tribunalului Hunedoara.

⁵ A se vedea, spre exemplu, considerentele deciziei nr. 566/20.12.2023, pronunțată de către Tribunalul Cluj în dosarul penal nr. 1629/219/2023 (nepublicată).

După cum se poate observa, o astfel de interpretare are la bază și argumentul că legiuitorul, prin norma art. 587 alin. (3) C. pr. pen., a instituit obligația verificării competenței teritoriale a tribunalului în mod autonom față de competența teritorială a judecătoriei, repetarea criteriului locului de deținere prin acest alineat nefiind una întâmplătoare, ci impunând obligația tribunalului de a-și examina propria competență teritorială, independent de modul în care judecătoria și-a stabilit competența sa teritorială și indiferent dacă în fața sa a fost sau nu invocată critica necompetenței teritoriale a instanței de fond.

Practic, pentru a exemplifica acest din urmă aspect, dacă, în exemplul de mai sus, Tribunalul Timiș ar fi fost sesizat prin cererea de contestație și cu critica necompetenței teritoriale a instanței de fond, mai întâi acest tribunal ar trebui să își constate propria necompetență teritorială și să decline competența de judecare a contestației (inclusiv cu privire la excepția de necompetență teritorială) Tribunalului Hunedoara, unicul competent teritorial, potrivit art. 587 alin. (3) C. pr. pen.

O a treia orientare jurisprudențială⁶ consideră că competența teritorială a tribunalului trebuie stabilită în funcție de arondarea teritorială a judecătoriei care a soluționat cererea sau propunerea de liberare condiționată, fiind indiferentă modificarea ulterioară a locului de deținere a condamnatului, deci neavând relevanță dacă persoana deținută se mai află sau nu în același loc de deținere unde se afla inițial, la momentul formulării cererii sau a propunerii de liberare condiționată, și de această dată considerându-se că doar astfel se aduc la îndeplinire cele statuate de către Înalta Curte prin decizia nr. 15/2018.

Mai mult, aplicând această interpretare, eventuala necompetență teritorială a judecătoriei este indiferentă în ceea ce privește competența de soluționare a contestației, deoarece tot tribunalul căruia îi este arondată judecătoria ce a soluționat cauza în fond va fi competent teritorial să soluționeze calea de atac declarată împotriva sentinței pronunțate.

Astfel, în exemplul nostru de mai sus, Tribunalul Timiș este competent să soluționeze contestația din procedura liberării condiționate, chiar dacă persoana condamnată nu se afla la Penitenciarul Timișoara la data formulării cererii sau a propunerii de liberare condiționată. Dacă acest tribunal a fost legal sesizat a se pronunța și cu privire la excepția de necompetență teritorială a judecătoriei, greșit respinsă de către aceasta, admitând-o, urmează a desființa sentința pronunțată și a trimite cauza spre competență soluționare Judecătoriei Deva (instanța în a cărei circumscripție este arondat penitenciarul în care se

⁶ A se vedea, cu titlu exemplificativ, decizia penală nr. 512/20.11.2023 (nepublicată), pronunțată de Tribunalul Dâmbovița în dosarul penal nr. 1621/262/2023, decizia penală nr. 153/31.05.2023 (nepublicată), pronunțată de Tribunalul Vaslui în dosarul penal nr. 695/262/2023, decizia penală nr. 43/30.01.2024 (nepublicată), pronunțată de Tribunalul Hunedoara în dosarul penal nr. 1629/219/2023 ș.a.m.d.

Dintre regulatoarele de competență pronunțate de către Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția penală, această soluție pare să fie majoritară – a se vedea, spre exemplu, încheierea nr. 422 din 11.07.2023 (nepublicată), pronunțată în dosarul penal nr. 695/262/2023, sentința nr. 681 din 6.12.2023 (nepublicată), pronunțată în dosarul penal nr. 1621/262/2023 sau încheierea nr. 71/15.02.2024 (nepublicată), pronunțată în dosarul penal nr. 1629/219/2023.

afla deținutul la data cererii/a propunerii), iar în cazul respingerii contestației sub acest aspect, a soluționa fondul contestației declarate.

Considerăm că această din urmă interpretare este cea corectă pentru argumentele pe care le vom dezvolta în cele ce urmează.

Mai întâi, se impune să subliniem faptul că decizia nr. 15/2018 a Înaltei Curți nu a vizat în niciun fel competența teritorială a instanțelor învestite cu judecarea unor căi de atac, ci a avut în vedere problema determinării competenței teritoriale a primei instanțe sesizate cu cereri formulate de persoanele condamnate aflate în stare de deținere în procedura de executare (de exemplu, cereri de modificare a executării pedepsei, de întrerupere a executării pedepsei, de liberare condiționată, de contopire a pedepselor, contestații la executare etc.).

În ceea ce privește procedura liberării condiționate, Înalta Curte a examinat, prin decizia menționată, numai norma art. 587 alin. (1) C. pr. pen., nicidecum norma alin. (3) al aceluiași articol. Prin urmare, considerăm că această decizie nu poate constitui un argument pentru a putea concluziona în sensul că impune cu necesitate a stabili competența teritorială a tribunalului în funcție de criteriul locului de deținere al persoanei condamnate la data formulării contestației.

Dimpotrivă, prin considerentele deciziei menționate, Înalta Curte a subliniat tocmai faptul că schimbarea ulterioară a locului de deținere nu mai are efecte cu privire la competența teritorială a instanței legal sesizate⁷, deci, cu alte cuvinte, competența teritorială rămâne definitiv câștigată, astfel că, pentru aceleași rațiuni, considerăm că această modificare a locului de deținere nu poate opera modificări în ceea ce privește determinarea competenței teritoriale a instanței de control judiciar, aceasta impunându-se a fi determinată potrivit normelor procedurale în materie.

Or, norma generală în materia competenței de soluționare a contestației, cale de atac împotriva unei sentințe pronunțate de către judecătoria, ca primă instanță, este reprezentată de art. 36 alin. (2) C. pr. pen., care atribuie tribunalelor competența de a soluționa această cale de atac, iar având în vedere normele de arondare teritorială a instanțelor judecătorești⁸, nu poate fi vorba decât despre tribunalul căruia îi este arondată judecătoria care a pronunțat sentința atacată.

De altfel, dacă analizăm toate celelalte proceduri judiciare sus-menționate, din faza execuțional-penală, în toate situațiile se aplică aceeași soluție juridică, respectiv contestația

⁷ Potrivit Înaltei Curți: „Criteriul locului de deținere în care execută pedeapsa persoana condamnată la data formulării cererii, ca loc de deținere pe baza căruia se determină instanța competentă, presupune că transferarea persoanei condamnate, ulterior datei formulării cererii, într-un alt penitenciar nu are aptitudinea de a modifica instanța competentă și nu poate avea ca efect declinarea competenței”.

⁸ Art. 40 alin. (1) și (2) din Legea nr. 304/2022 prevede: „Tribunalele sunt instanțe cu personalitate juridică, organizate la nivelul fiecărui județ și al municipiului București, potrivit anexei nr. 1, și au, de regulă, sediul în municipiul reședință de județ.

(2) În circumscripția fiecărui tribunal sunt cuprinse toate judecătoriile din județ sau, după caz, din municipiul București”.

este dată în competența de judecată a tribunalului ierarhic superior judecătorei care îi este arondată.

Astfel, având în vedere dispozițiile art. 597 alin. (1) și (7) C. pr. pen. – aplicabile tuturor procedurilor judiciare din Titlul V al Codului de procedură penală – și față de norma art. 425¹ al. 5 C. pr. pen. – norma-cadru în materia contestației, cale ordinară de atac –, în mod evident prin art. 587 C. pr. pen. legiuitorul nu a urmărit stabilirea de reguli diferite de competență teritorială în etapa contestației și doar în materia liberării condiționate, în toate cazurile fiind competentă teritorial doar instanța de la locul de deținere din momentul formulării cererii și numai pentru stabilirea competenței primei instanțe (implicit, în acest fel se determină și competența teritorială a instanței de control judiciar).

În acest sens, se impune a preciza faptul că, în practica judiciară, problema competenței teritoriale a instanțelor de control judiciar nu se ridică în mod uzual, tocmai deoarece normele de organizare judiciare sunt cât se poate de clare în ceea ce privește arondarea teritorială a instanțelor în ierarhia lor, neputând fi ușor imaginate situații în care judecarea apelului sau a unei contestații să fie deferită în mod eronat unei alte instanțe ierarhic superioare decât cea căreia îi este arondată instanța de fond, care a pronunțat hotărârea supusă căii de atac, tocmai deoarece calea de atac se depune la instanța de fond, care a pronunțat hotărârea atacată, iar aceasta înaintează dosarul cauzei, împreună cu calea de atac declarată, instanței ierarhic superioare, căreia îi este arondată teritorial, spre competentă soluționare.

Ar fi nu doar surprinzător, dar chiar illogic ca doar în materia liberării condiționate legiuitorul să fi dorit a deroga de la reguli clare, simple și eficace, pentru a genera posibilitatea exercitării controlului judiciar în materia contestației de către o altă instanță decât cea ierarhic superioară instanței care a pronunțat sentința atacată.

Mai mult, considerăm că rațiunea avută în vedere prin decizia nr. 15/2018, sus-citată, anume aceea de a evita tergiversarea soluționării cauzelor, prin declinări succesive de competență, în funcție de modificarea ulterioară a locului de deținere în care se află persoana condamnatului, se aplică cu evidență și în această materie, fiind evident că ar conduce la întârzieri în soluționarea căii de atac înaintarea dosarului în contestație unui alt tribunal decât căruia îi este arondată judecătoria care a pronunțat sentința atacată.

Așadar, deși este adevărat că repetiția criteriului de stabilire a competenței teritoriale din alin. (3) al art. 587 este de natură a da loc la interpretări diferite, legiuitorul nedând dovadă de o riguroasă tehnică legislativă sub acest aspect, considerăm că acest alineat nu face decât să reitereze importanța acestui criteriu și nu să instituie o excepție atât de la regimul competenței teritoriale a instanțelor care sunt investite să soluționeze contestațiile în materia procedurilor din faza execuțional-penală, cât și de la regula generală de competență teritorială a acestei căi de atac. Prin urmare, nu considerăm că poate fi vorba despre o autonomizare a stabilirii competenței tribunalului, prin raportare la competența teritorială a judecătorei, așa cum se propune în secunda interpretare menționată mai sus, ci doar despre consolidarea criteriului de determinare a competenței teritoriale menționat de alin. (1) art. 587 C. pr. pen.

În acest sens, trebuie spus că practica principală a Înaltei Curți de Casație și Justiție este în sensul că determinarea competenței instanței de control judiciar, inclusiv sub aspect material sau după calitatea persoanei, are în vedere calea de atac formulată și instanța a cărei hotărâre se atacă, nemaifiind posibil a modifica aspectele de competență legal câștigate cauzei, pentru a influența soluționarea căii de atac, ca urmare a modificărilor care s-au petrecut ulterior investiției legale a primei instanțe.

Cu titlu de exemplu, prin decizia penală nr. 2947 din 1 octombrie 2013, Înalta Curte a stabilit că dobândirea calității de deputat în cursul judecării recursului nu determină schimbarea competenței de soluționare a căii de atac, întrucât art. 29 pct. 1 C. pr. pen. stabilește competența după calitatea persoanei a Înaltei Curți de Casație și Justiție numai pentru judecata în primă instanță, competența de judecată în căile de atac fiind stabilită potrivit principiului proximității gradelor de jurisdicție, iar dispozițiile art. 40 alin. (2) C. pr. pen.⁹ sunt incidente numai în cazul judecării în primă instanță sau în caz de desființare ori casare cu trimitere spre rejudicare la instanța competentă să judece în primă instanță potrivit calității persoanei, nefiind incidente în cazul judecării în căile de atac.

Or, întocmai după cum nici dobândirea – ulterior pronunțării sentinței – a calității speciale prevăzute de lege care ar fi atras competența unei instanțe ierarhic superioare, sub sancțiunea nulității absolute, nu mai poate genera efecte juridice cu privire la competența instanței investite cu soluționarea căii de atac, aceasta rămânând câștigată prin raportare la regulile sus-menționate, nici transferarea persoanei deținute într-o altă unitate penitenciară, ulterior momentului sesizării primei instanțe, nu mai poate genera efecte juridice asupra competenței instanței de fond și nici a celei investite cu soluționarea contestației împotriva sentinței pronunțate în materia liberării condiționate.

În consecință, odată reținută competența teritorială de soluționare a cauzei de către judecătoria, fiind depășit momentul procesual de invocare a necompetenței teritoriale a instanței, această competență rămâne definitiv câștigată și, deci, ea nu mai poate fi repusă în discuție, cu încălcarea condițiilor art. 47 alin. (3) C. pr. pen., nici la cerere și nici din oficiu, de către instanța de control judiciar. Singura cale procedurală care ar fi permis instanței de control judiciar să verifice aspectul competenței teritoriale ar fi fost criticarea sentinței judecătorei de către contestatorul nemulțumit de respingerea excepției de necompetență teritorială care fusese invocată în termenul legal în fața primei instanțe.

Dar chiar și în această din urmă ipoteză, chiar dacă tribunalul ar aprecia că s-au nesocotit regulile de competență teritorială pentru soluționarea cauzei în primă instanță și ar fi legal investit să se pronunțe asupra acestui aspect, soluția legală ar fi de desființare a sentinței atacate și de trimitere a cauzei spre rejudicare instanței competente, respectiv judecătorei, nicidecum să decline competența de soluționare a cauzei unui alt tribunal, direct în calea de atac a contestației.

⁹ Norma art. 40 alin. (2) din vechiul Cod de procedură penală la care face referire Înalta Curte prevedea următoarele: „Dobândirea calității după săvârșirea infracțiunii nu determină schimbarea competenței, cu excepția infracțiunilor săvârșite de persoanele prevăzute în art. 29 pct. 1”.

III. Concluzii

Instituția liberării condiționate este una tradițională în legislația noastră procesual penală, iar modificările operate asupra acesteia au vizat, în principal, aspecte de drept material, vizând condițiile legal impuse pentru acordarea acestui beneficiu sau posibilitatea supravegherii conduitei condamnatului liberat condiționat, prin impunerea de măsuri și obligații specifice.

Cu toate acestea, deși aspectele de ordin procedural ale acestei instituții au rămas cvasiidentice vechii reglementări, o nefericită redactare a normei art. 587 C. pr. pen. privind competența instanței de control judiciar în această materie a generat probleme de interpretare care au condus la declinări succesive de competență între tribunalele investite cu judecarea contestațiilor formulate în această procedură și la conflicte de competență multiple deferite soluționării în fața Înaltei Curți de Casație și Justiție.

Din păcate, nici măcar la nivelul Înaltei Curți soluțiile pronunțate nu au fost unitare, ceea ce atestă caracterul controversat al acestei probleme juridice.

Credem însă că o judicioasă soluție juridică este cea care respectă atât logica organizării judiciare, cât și regulile în materia competenței instanțelor de judecată, atât cu privire la calea ordinară de atac a contestației, cât și la cele referitoare la procedurile judiciare specifice fazei execuțional penale, concordant cu scopul urmărit de către legiuitor și statuat prin Decizia nr. 15/2018 a Înaltei Curți, de soluționare promptă a cauzelor penale, evitându-se tergiversarea nejustificată a judecării acestora.

Extraterritorial Human Rights Obligations and the European Union

Obligațiile extrateritoriale privind protecția drepturilor omului și Uniunea Europeană

Sorina DOROGA*, PhD
West University of Timișoara, Romania

Abstract

The present paper aims to analyse some of the elements that could help substantiate the EU's legal duty to protect human rights extraterritorially in its participation in international trade and investment instruments, as well as some of the processes through which the EU's self-regulated.

approach could bring about change in the larger sphere of international law, by popularization of its own standards for extraterritorial human rights protection. To this end, the paper first explores the general shift from a territorial to a functional approach to jurisdiction, as well as the extraterritorial application of human rights obligations by international courts. The analysis then turns to the sources that could be relevant for identifying the EU's obligations to protect human rights abroad, as well as the wider effects of Articles 3(5), 21 TEU and existing case-law of the European Court of Justice concerning extraterritorial human rights obligations.

Keywords: human rights, extraterritorial obligations, European Union, extraterritorial jurisdiction, international trade agreements.

Rezumat

Prezenta lucrare își propune să analizeze câteva dintre elementele care ar putea contura obligația Uniunii Europene de a proteja drepturile fundamentale în afara teritoriului său, în cadrul participării în tratatele internaționale privind comerțul și investițiile. De asemenea, lucrarea evaluează procesele prin care autoreglementarea conduitei Uniunii ar putea declanșa o evoluție în planul mai larg al dreptului internațional, prin popularizarea propriilor standarde referitoare la protejarea drepturilor omului în context extrateritorial. În acest sens, articolul descrie tendința generală privind exercitarea jurisdicției (ca element al suveranității), dinspre o abordare teritorială înspre una funcțională, precum și aplicarea extrateritorială a obligațiilor privind protecția drepturilor omului în jurisprudența instanțelor internaționale. Analiza continuă apoi cu sursele potențial relevante pentru identificarea obligațiilor UE de a proteja drepturile omului în

* sorina.doroga@e-uvt.ro

afara teritoriului său, precum și cu descrierea efectelor mai largi ale art. 3(5), 21 TUE și ale jurisprudenței Curții Europene de Justiție privind obligațiile extrateritoriale în discuție.

Cuvinte-cheie: drepturile omului, obligații extrateritoriale, Uniunea Europeană, jurisdicție extrateritorială, tratate de comerț internațional.

I. Introduction

The importance of the European Union as an agent for change on the international plane is uncontested. The “Brussels effect”¹ appears to have permeated most fields of international regulation, but the EU’s role in shaping the international landscape is far from being a merely *de facto* one. Through express treaty provisions such as those in Article 3(5) and Article 21 TEU, the EU has committed to actively and deliberately contribute to the attainment of “fair trade, the eradication of poverty and the protection of human rights” and to conduct its external action policies in line with “democracy, the rule of law, human rights and the principles of international law”.

These provisions have been the topic of ample discussions in legal literature, with scholarly opinions divided on whether they constitute a sufficient legal basis for asserting extraterritorial human rights obligations of the EU. Furthermore, attempts to discern a framework of international law provisions that could provide a basis for engaging the responsibility of a state or an international organization for human rights violations resulting from the extraterritorial effects of their policies have so far yielded controversial results. Nonetheless, without being vested with general competence in the field of human rights, the EU appears to be willing to wield its normative power in order to effect change in international trade and investment instruments with respect to extraterritorial human rights obligations.

Against this background, the present paper aims to analyse some of the elements that could help substantiate the EU’s legal duty to protect human rights extraterritorially in its participation in international trade and investment instruments, as well as the process through which the EU’s self-regulated approach could bring about change in the larger sphere of international law, through the popularization of its own standards for extraterritorial human rights protection.

To this end, the paper will explore the general shift from a territorial to a functional approach to jurisdiction (part II), as well as the extraterritorial application of human rights obligations by international courts (part III). Part IV then turns to the sources that could be relevant for identifying the EU’s obligations to protect human rights abroad, as well as the wider effects of Articles 3(5) and 21 TEU and existing case-law of the European Court of

¹ This term has been coined by professor Anu Bradford to designate the global power of influence of the EU’s legal institutions and standards, a type of regulatory soft power – see Anu Bradford, ‘The Brussels Effect’, 107 *Northwestern University Law Review* 2012, p. 1, available at https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1275&context=faculty_scholarship.

Justice concerning extraterritorial human rights obligations, while part V offers a tentative conclusion.

II. Extraterritorial obligations and the shift from a territorial to a functional approach to jurisdiction

The ever-changing dynamics of state interaction on the international plane as well as the growing impact of activity undertaken by states and international organizations in foreign territories raise constant questions about the meaning and content of 'jurisdiction' in relation to human rights obligations. Under the traditional view, the notion is understood through a 'spatial model' pursuant to which states have jurisdiction (and therefore incur international obligations) whenever they exercise effective control over a given area. However, an additional 'personal model' is increasingly being employed to describe a dimension of jurisdiction that refers to control and authority exercised by a state over individuals and the duties stemming from their actions in the international sphere². In this broader sense, states are responsible not only towards individuals within their territory, but also towards individuals located outside of their territory, who are subject to their jurisdiction³. An even further (and more recent) development of extraterritorial obligations raises the question whether the concept may be applied to (and accordingly, whether international responsibility can be engaged for) policies of states or international organizations giving rise to extraterritorial effects contrary to human rights.

In this context, legal scholarship has become more concerned with determining the manner in which human rights obligations to respect, protect and fulfil operate in an extraterritorial setting. For instance, Skogly and Gibney show that '[t]here is a negative right to respect human rights in other countries, *inter alia* through avoiding taking part in extraordinary rendition, or through avoiding pollution of water or restricting the water resources for a neighbouring country'⁴. The obligation to protect is manifested in an extraterritorial setting, for instance, through the duty of states to regulate 'the activities of transnational corporations over which they exert jurisdiction in order to avoid having these entities engage in practices that breach human rights standards in other countries', such as regulation against the use of child labour⁵. In what the positive obligation to fulfil is

² This terminology of jurisdiction models is used in M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, (Oxford: Oxford University Press 2011) 127, 173 et seq. For more detailed discussions on the topic of extraterritorial obligations see also M. Gibney and S. Skogly (eds.), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2010); M. Gondek, *The Reach of Human Rights in a Globalizing World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Antwerp: Intersentia 2009).

³ R. McCorquodale and P. Simons, „Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law”, 70 *Modern Law Review* 2007, p. 602, available at <https://ssrn.com/abstract=998664>.

⁴ M. Gibney and S. Skogly, *supra* note 1, at 6.

⁵ *Idem*.

concerned, it involves a duty 'to support foreign countries in their quest to implement human rights within their own domestic setting through measures such as developing assistance that is human rights conducive, or assistance to develop a human rights infrastructure'⁶. This being said, the precise content of such duties and the approach to implement them in activities with extraterritorial effects is far from clear and even farther from being universally agreed upon.

Against this background, the International Court of Justice (ICJ), as well as various regional courts, have had to grapple with the expanding use of extraterritorial human rights obligations in cases brought before them. The following section will briefly illustrate some instances in which the notion of extraterritorial obligations was discussed in relation to different human rights instruments in the international system. Section IV will subsequently zoom in on the approach taken by the EU and the European Court of Justice (ECJ).

III. Extraterritorial human rights obligations in the language of international courts

While the ICJ is not a specialized human rights court, its case-law involving issues of human rights is significant enough to constitute a starting point for an analysis of the general approach to extraterritorial obligations. As Rosalyn Higgins repeatedly affirmed, 'notwithstanding that the International Court of Justice is not a human rights court as such, it is fully engaged in the judicial protection of human rights'⁷. A look at the case-law of the ICJ is important also because its pronouncements on the matter of extraterritorial application of human rights obligations were made during a time when this was a highly contested issue.

When making determinations concerning extraterritorial human rights obligations, the Court's reasoning built on its previous observations in the *Namibia Advisory Opinion*, according to which states' international obligations are not limited by the existence of a sovereign title over a territory but they rather stem from the exercise of control: '[p]hysical control of a territory, and not sovereignty or legitimacy of title, is the basis of State liability for acts affecting other States'⁸. In its subsequent *Advisory Opinion on the Construction of a Wall*, the ICJ discussed, among others, the scope of application of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and concluded that it was not limited to acts committed on the state's territory, but it also extended 'in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory'⁹. The Court employed the same

⁶ *Ibid.*

⁷ R. Higgins, *The International Court of Justice and Human Rights*, in K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy* (Amsterdam: Martins Nijhoff 1998), p. 703.

⁸ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, 16 (hereinafter *Namibia Advisory Opinion*), para. 118.

⁹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories*, Advisory Opinion, 2004 ICJ Reports 163 (9 July) (hereinafter *Advisory Opinion on the Construction of a Wall*), para. 111.

reasoning in its *DRC v. Uganda* judgement, where express reference was made to the findings in the *Advisory Opinion on the Construction of a Wall*¹⁰.

Furthermore, in its order for provisional measures in *Georgia v. Russia*, the ICJ offered an extensive interpretation to the field of application of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination (CERD) and concluded, contrary to Russia's submissions, 'that there is no restriction of a general nature in CERD relating to its territorial application; (...) it further notes that, in particular, neither Article 2 nor Article 5 of CERD, alleged violations of which are invoked by Georgia, contain a specific territorial limitation; (...) the Court consequently finds that these provisions of CERD generally appear to apply, like other provisions of instruments of that nature, to the actions of a State party when it acts beyond its territory'¹¹.

As noted by various scholars, this interpretation is significant because it lays down a tool for determining jurisdiction in respect of human rights instruments which, similarly to CERD, do not contain clauses expressly limiting their territorial application. To this end, 'the enquiry on extraterritorial applicability depends not on establishing this in a positive sense, but, rather, establishing whether it has been ruled out negatively though restrictive provisions'¹².

Other regional human rights adjudication bodies have in their turn dealt with issues concerning the extraterritorial application of obligations stemming from human rights instruments. Remarkably, in *Saldaño v. Argentina*, the Inter-American Commission on Human Rights stated that it '[did] not believe, however, that the term "jurisdiction" in the sense of Article 1(1) is limited to or merely coextensive with national territory. Rather, the Commission is of the view that a state party to the American Convention may be responsible under certain circumstances for the acts and omissions of its agents *which produce effects or are undertaken outside that state's own territory*. This position finds support in the decisions of the European Court and Commission of Human Rights which have interpreted the scope and meaning of Article 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention)¹³. [emphasis added]

What is notable here is the broad interpretation of the scope of application of the American Convention, extending not only to acts undertaken by a state's agents outside its territory, but also to those producing extraterritorial effects.¹⁴ This conclusion is even more

¹⁰ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005 (hereinafter *DRC v. Uganda*), para. 216-220.

¹¹ *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008, para. 109.

¹² R. Wilde, 'Human Rights Beyond Borders at the World Court: The Significance of the International Court of Justice's Jurisprudence on the Extraterritorial Application of International Human Rights Law Treaties', 12 *Chinese Journal of International Law* 2013, p. 668.

¹³ *Victor Saldaño v. Argentina*, Inter-American Commission on Human Rights, Report no. 38/99, March 11, 1999, para. 17.

¹⁴ See, for ampler discussions on the extraterritorial application of the American Convention, C.M. Cerna, 'Extraterritorial Application of the Human Rights Instruments of the Inter-American System' in Fons Coomans

important for the analysis of the ECJ's case-law on extraterritoriality and for the debates concerning the EU's potential international responsibility for the harmful extraterritorial effects of its policies.

The European Court of Human Rights (ECtHR) has given similar answers to questions of jurisdiction under the European Convention on Human Rights (ECHR). For example, in *Loizidou v. Turkey* Turkey was found to be responsible for the actions of the TRNC in Cyprus, given that the 'obligation to secure (...) the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control [by the state] whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration'¹⁵. Similarly, in *Öcalan v. Turkey*¹⁶ the Court ruled that responsibility for the extraterritorial acts committed in Kenya was attributable to Turkey based on the temporary effective control exercised by Turkish security forces in the limited area where the events took place.

In *Issa and others v. Turkey* the ECtHR reached the final conclusion that it was unclear whether 'the applicants' relatives were within the "jurisdiction" of the respondent State for the purposes of Article 1 of the Convention'¹⁷. Nonetheless, its analysis of the applicable principles for determining jurisdiction under the Convention is relevant for the purposes of this paper. After having indicated that the classic conception of a State's jurisdictional competence is primarily territorial, the Court turned to show that there are however exceptional circumstances in which 'the acts of Contracting States *performed outside their territory or which produce effects there ("extra-territorial act") may amount to exercise by them of their jurisdiction* within the meaning of Article 1 of the Convention'¹⁸. [emphasis added]

In the line of cases concerning extraterritorial jurisdiction under the ECHR, the 'odd one out' – and the one to generate constant unease in the Court's efforts to streamline its approach – is by far *Bankovic v. Belgium*¹⁹. Ruling on admissibility, the ECtHR insisted on the exceptional character of extraterritorial jurisdiction²⁰ and introduced the much contested notion of 'legal space' (*espace juridique*) of the Convention²¹ before concluding that the

and Menno T. Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, (Antwerp: Intersentia 2004), pp. 141-174.

¹⁵ ECtHR, *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), Appl. no. 15318/89, 23 March 1995, para. 62.

¹⁶ ECtHR, *Öcalan v. Turkey*, Appl. no. 46221/99, 12 May 2005, para. 91.

¹⁷ ECtHR, *Issa and others v. Turkey*, Appl. no. 31821/96, 16 November 2004, para. 82.

¹⁸ ECtHR, *Issa and others v. Turkey*, Appl. no. 31821/96, 16 November 2004, para. 68.

¹⁹ ECtHR, *Bankovic and others v. Belgium and others*, Appl. no. 52207/99, 12 December 2001 (hereinafter *Bankovic v. Belgium*).

²⁰ *Bankovic v. Belgium*, para. 67-71.

²¹ In relation to this notion, the Court stated that 'the Convention is a multi-lateral treaty operating, subject to Article 56 of the Convention, in an *essentially regional context and notably in the legal space* (*espace juridique*) *of the Contracting States*. The FRY clearly does not fall within this legal space. The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States. Accordingly, the desirability of avoiding a gap or vacuum in human rights' protection has so far been relied on by the Court in favour of establishing jurisdiction only when the territory in question was one that, but for the specific circumstances, would normally be covered by the Convention.' [emphasis added] – see *Bankovic v. Belgium*, para. 80.

Former Republic of Yugoslavia did not fall within such space and that consequently there was no 'jurisdictional link between the persons who were victims of the act complained of and the respondent States. Accordingly, it [was] not satisfied that the applicants and their deceased relatives were capable of coming within the jurisdiction of the respondent States on account of the extra-territorial act in question'²².

In subsequent case-law the Court tried to somewhat soften its stance in *Banković*²³ and to appease the perception of inconsistency of its approach to extraterritorial jurisdiction. One of the most relevant cases in this sense is *Al-Skeini v. UK*²⁴, in which the ECtHR went as close as possible to overruling *Banković v. Belgium*, although not explicitly, and its reasoning was arguably half-hearted²⁵. The judgment discussed *inter alia* the legal space of the Convention and emphasized that '[w]here the territory of one Convention State is occupied by the armed forces of another, the occupying State should in principle be held accountable under the Convention for breaches of human rights within the occupied territory, because to hold otherwise would be to deprive the population of that territory of the rights and freedoms hitherto enjoyed and would result in a "vacuum" of protection within the "legal space of the Convention" (see *Cyprus v. Turkey*, cited above, § 78, and *Banković and Others*, cited above, § 80). However, the importance of establishing the occupying State's jurisdiction in such cases *does not imply*, a contrario, *that jurisdiction under Article 1 of the Convention can never exist outside the territory covered by the Council of Europe member States. The Court has not in its case-law applied any such restriction* (see, among other examples, *Öcalan*; *Issa and Others*; *Al-Saadoon and Mufdhi*; and *Medvedyev and Others*, all cited above)²⁶. [emphasis added]

The Court went on to attribute responsibility to the UK for the killing of all six applicants based not on the UK's overall effective control over Basra, but rather by employing the personal model of jurisdiction – due to its exercise of public powers²⁷.

The conclusion to be drawn from the cases above is that, while the ECHR allows for its extraterritorial application, the conditions for this type of jurisdiction remain highly contextualized, giving a 'lasting impression of continued confusion'²⁸. In the words of judge Bonello, the case-law of the Court on extraterritoriality remains 'bedevilled by an inability or an unwillingness to establish a coherent and axiomatic regime, grounded in essential basics and even-handedly applicable across the widest spectrum of jurisdictional controversies'²⁹. Examples of disconcerting judicial acrobatics such as *Banković v. Belgium*

²² *Banković v. Belgium*, para. 82.

²³ In fact, *Issa v. Turkey*, discussed above, is a good example in this sense. See also M. Milanovic, 'Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg', 23 *European Journal of International Law* 2012, p. 124.

²⁴ ECtHR, *Al-Skeini and others v. The United Kingdom*, Appl. no. 55721/07, 7 July 2011 (hereinafter, *Al-Skeini v. UK*).

²⁵ M. Milanovic, *supra* note 22, at 129.

²⁶ *Al-Skeini v. UK*, para. 142.

²⁷ See, for ampler analyses, B. Miltner, 'Revisiting Extraterritoriality after Al-Skeini: The ECHR and Its Lessons', 33 *Michigan Journal of International Law* 2012, 697-700 and M. Milanovic, *supra* note 22, at 129-131.

²⁸ B. Miltner, *supra* note 26, at 745.

²⁹ *Al-Skeini v. UK*, Concurring Opinion of Judge Bonello, para. 4.

amply display the underlying political implications of extraterritoriality and the numerous difficulties that it poses for international adjudication bodies.

IV. Extraterritorial human rights obligations and the EU

In recent years, discussions concerning the existence, scope and operation of the EU's extraterritorial human rights obligations have become increasingly frequent and complex. Numerous scholarly works dedicate ample space to the identification of the sources of such obligations both within the rules of international law, as well as within the EU's legal order³⁰.

1. Obligations stemming from international law

In what general international law is concerned, it is universally accepted that the European Union – as a derived subject endowed with functional legal personality – is bound by norms of customary international law,³¹ which can generate specific extraterritorial obligations in connection to human rights. However, the concrete relationship between EU and international law – specifically, the level of permeation of international norms within the EU's legal system – is strongly dependent on the ECJ's approach.

The case-law of the Court on this issue has not always been consistent – rather, as often observed in legal doctrine, the approach of the ECJ towards international law has oscillated over time between 'open' and 'closed' or, in other words, between a monist and a dualist one³². Klabbers, for instance, affirms that the perceived 'friendly disposition' of the EU towards international law is in fact a deceptive image: '[t]he fact that EU law prescribes monism with respect to its own domestic effect is understandable and has in all likelihood contributed greatly to the longevity and success of the EU, but is not based on a particularly friendly attitude towards international law'³³. Especially after its much criticized judgment in *Kadi*³⁴, the ECJ's stance has been qualified as 'sharply dualist' in relation to the

³⁰ See, for instance, L. Bartels, 'The EU's Human Rights Obligations in Relation to Policies with Extraterritorial Effects', 25 *European Journal of International Law* 2015, 1071-1091; C. Ryngaert and R. Fransen, 'EU Extraterritorial Obligations with Respect to Trade with Occupied Territories: Reflections After the case of Front Polisario Before EU Courts', 2 *Europe and the World: A law review* 2018; E. Cannizzaro, 'The EU's Human Rights Obligations in Relation to Policies with Extraterritorial Effects: A Reply to Lorand Bartels', 25 *European Journal of International Law* 2015, 1093-1099; A. Berkes, 'The Extraterritorial Human Rights Obligations of the EU in Its External Trade and Investment Policies', 2 *Europe and the World: A law review* 2018.

³¹ See also *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, 1980, ICJ Reports 89-90, para. 37.

³² Odermatt gives a comprehensive overview of the characterizations used in literature to describe this relationship – see J. Odermatt, 'The Court of Justice of the European Union: International or Domestic Court?' 3 *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 2014, 697-700.

³³ J. Klabbers, *The European Union in International Law*, (Paris: Ed. A. Pedone 2012), p. 71.

³⁴ ECJ, Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities* [2008] EU:C:2008:461 (hereinafter, *Kadi*).

international legal order³⁵, placing more emphasis on the autonomy and separateness of EU law than on its self-professed commitment to international law and institutions³⁶.

Nonetheless, at least on a declaratory level, the Court still pays heed to international law as a cornerstone of the EU's legal order which it (alongside all other EU institutions) is bound to observe in exercising its competences. Language to this effect is repeated and referenced in numerous decisions dealing with rights and obligations of the Union stemming from international law. Statements such as that in the *Poulsen and Diva Navigation* decision, according to which 'the European Community must respect international law in the exercise of its powers and ... consequently [secondary EU law] must be interpreted and its scope limited, in the light of the relevant rules of the international law ...'³⁷. have subsequently appeared under various formulations in *Racke*³⁸, *Kadi*³⁹, *ATAA*⁴⁰ and *Brita*⁴¹. In light of this, it is important to take a closer look at the international obligations applicable to the EU in an extraterritorial setting.

In this sense, the analysis will focus on the relevant rules concerning (a) the application of the due diligence standard to the EU's extraterritorial conduct and policies having extraterritorial effects; (b) the obligation to act and to cooperate in order to put an end to violations of *jus cogens* norms and (c) the duty of non-recognition of situations resulting from such violations of peremptory norms.

The observance of the due diligence standard requires states (and international organizations acting within the sphere of their functional competences) 'not to allow knowingly [their] territory to be used for acts contrary to the rights of other states'⁴². In the realm of human rights, this rule has been understood to include the obligation of states to take adequate measures (to regulate and/or to intervene) in order to ensure that the conduct of private actors on their territory does not lead to human rights violations in the

³⁵ G. de Búrca, 'The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi*', 51 *Harvard International Law Journal* 2009, p. 2. See also C. Eckes, 'International Law as Law of the EU: The Role of the ECJ', in E. Cannizzaro et al. (eds.), *International Law as Law of the European Union* (Leiden: Brill 2012), 363-364.

³⁶ G. de Búrca, *supra* note 52, at 2.

³⁷ ECJ, Case C-286/90, *Anklagemyndigheden v. Peter Michael Poulsen and Diva Navigation Corp.* [1992] EU:C:1992:453 (hereinafter, *Poulsen and Diva Navigation*), para. 9.

³⁸ ECJ, Case C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. v. Hauptzollamt Mainz* [1998], EU:C:1998:293 (hereinafter, *Racke*) para. 45-46.

³⁹ *Kadi*, par 291-292. The latter paragraph refers in particular to the EU's obligations stemming from the United Nations system: 'the powers of the Community provided for by Articles 177 EC to 181 EC in the sphere of cooperation and development must be exercised in observance of the undertakings given in the context of the United Nations and other international organizations (Case C-91/05 *Commission v Council* [2008] ECR I-0000, paragraph 65 and case-law cited).'

⁴⁰ ECJ, Case C-366/10, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. v. Secretary of State for Energy and Climate Change* [2011], EU:C:2011:864 (hereinafter, *ATAA*), para. 101, 123.

⁴¹ ECJ, Case C-386/08, *Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen* [2010], EU:C.

⁴² *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, Judgment, 1949, ICJ Reports 22, para. 3.

territory of other states⁴³. The inference that this standard automatically gives rise to extraterritorial human rights obligations⁴⁴ has been regarded by some as ‘something of an overstatement’⁴⁵. It is however agreed that, *mutatis mutandis*, the EU might incur an obligation, for instance, ‘to prevent the export of products, such as poisoned food, that it knows, or should know, will cause personal injury in third countries. Such harm could also be described in terms of the human rights of those persons if the EU were subject to an international obligation to respect those human rights in the first place’⁴⁶.

The obligation to cooperate internationally in order to put an end to violations of *jus cogens* norms entails, in what the EU is concerned, the duty to take active measures, through its external actions in the field of trade and development, in order to ensure the elimination of grave violations such as, for instance, slavery, torture or trafficking of human beings.⁴⁷ The connected obligation not to recognize situations resulting from violations of peremptory norms has been widely discussed in relation to the EU, especially in the context of the *Front Polisario* case⁴⁸. The judgments of the General Court and of the CJEU are generally criticized for not having engaged with, and explicitly applied, the duty of non-recognition in respect of the acts of Morocco as an occupying power in Western Sahara⁴⁹.

Human rights obligations resulting from customary norms are supplemented at the international level by conventional norms resulting from multilateral⁵⁰ or bilateral treaties entered into by the EU with third parties. For instance, the EU has concluded multiple partnerships, association and trade agreements with third states, the majority of which include human rights clauses that follow a standard formula: references to other universal human rights instruments and a declaration of the essential character of such commitments. This formula is supplemented by a general non-execution clause that allows the parties to take appropriate measures in case of non-compliance with the obligations undertaken (including the human rights clause)⁵¹. However, the efficiency of such clauses

⁴³ See O. de Schutter *et al.*, ‘Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of states in the Area of Economic, Social and Cultural Rights’, 34 *Human Rights Quarterly* 2012, 1095-1096, [commentary 9 to principle 3].

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ L. Bartels, *supra* note 29, at 1082.

⁴⁶ *Idem*, 1082-1083.

⁴⁷ A. Berkes, *supra* note 29, at 7.

⁴⁸ ECJ, Case T-512/12, *Front populaire pour la libération de la sagaiaelhamra et du rio de oro (Front Polisario) v. Council of the European Union* [2015] ECLI:EU:T:2015:953 and Case C-104/16 P, *Council of the European Union v. Front populaire pour la libération de la sagaia-el-hamra et du rio de oro (Front Polisario)* [2016] ECLI:EU:C:2016:973 (hereinafter, *Front Polisario*).

⁴⁹ See for ampler discussions on this point, C. Ryngaert and R. Fransen, *supra*, note 29, at 13 et seq. See also for a critical view on the CJEU’s judgment, E. Kassoti, ‘The Council v. Front Polisario Case: The Court of Justice’s Selective Reliance on International Rules on Treaty Interpretation (Second Part)’, 2 *European Papers* 2017, 23-42.

⁵⁰ For instance, the EU is a party to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRDP), which it ratified in December 2010.

⁵¹ For an analysis, see A. Berkes, *supra* note 29, 8-9.

may be discussed in light of several aspects, such as for instance, the concrete mechanisms of enforcement in case of a violation, which depend on the framework adopted by each negotiated instrument. An additional concern could be the broad margin of discretion that EU institution enjoy in deciding whether to suspend the agreement for violations of fundamental rights, as well as the fact that such clauses are not in principle self-executory in character.

2. Obligations stemming from within the EU's own legal order

The provisions concerning the EU's objectives and obligations in respect of human rights are scattered throughout the Treaty on the European Union (TEU), the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU). For the purposes of this paper, the most relevant are articles 3(5) and 21 of the TEU and article 51 CFREU.

Situated within Title I (Common Provisions) of the TEU, article 3(5) applies across the policy areas of the EU. It provides that “[i]n its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens. It shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the protection of human rights, in particular the rights of the child, as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter”.

The values of the Union are enumerated in article 2 TEU and include, among others, respect for human rights and the rule of law⁵². Although the wording of article 3(5) TEU is drafted using language that indicates a binding commitment – ‘*shall* uphold and promote’, ‘*shall* contribute’ [emphasis added] – its normative strength is relatively low given the general formulation. It guides the Union's action in its policies in relation to third parties by imposing an obligation not to act in a manner contrary to the values and objective set out in articles 2 and 3(5), but also a positive obligation to contribute to their attainment in the ‘wider world’.

Article 21 TEU, included in Title V, Chapter I, on the other hand, contains more precise language in what the external action of the Union is concerned. It stipulates, in the first paragraph, the obligation of the EU to guide its action on the international scene by using ‘the principles which have inspired its own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance in the wider world: democracy, the rule of law, *the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms*, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and *respect for the principles of the United Nations Charter and international law.*’ [emphasis added]

⁵² Article 2 TEU: ‘The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail’.

The third paragraph of article 21 TEU is normatively stronger, providing that '[t]he Union *shall respect the principles and pursue the objectives set out in paragraphs 1 and 2 in the development and implementation of the different areas of the Union's external action covered by this Title and by Part Five of the Treaty on the Functioning of the European Union, and of the external aspects of its other policies.*

The Union shall ensure *consistency between the different areas of its external action and between these and its other policies.* (...)’ [emphasis added]

Commentators generally note that this paragraph refers not only to the external action of the EU, but also to the external aspects of its policies (be they external or even internal). Bartels, for instance, interprets the above provision as implying an obligation of the EU to respect human rights in its internal and external policies, thus concluding that the EU incurs extraterritorial human rights obligations⁵³. Nonetheless, this is not a foregone conclusion: while it is relatively undisputed that the EU’s human rights obligations are applicable when jurisdiction is exercised outside EU territory, there is much less agreement (or clarity, for that matter) in respect of the potential responsibility entailed by EU policies with extraterritorial effects.

Another relevant provision in this sense is article 51 CFREU which, while indicating the Charter’s application *ratione materiae* and *ratione personae*, does not include any limitation *ratione loci*⁵⁴. Therefore, the rule may be interpreted as instituting an obligation of the EU to comply with the CFREU whenever it acts in performance of its powers and prerogatives, whether on the territory of the Member States or elsewhere. As Berkes suggests⁵⁵, this inference is also supported by language used within secondary EU legislation, such as the Regulation (EU) 2016/1624 of the European Parliament and of the Council concerning the European Border and Coast Guard⁵⁶. However, what remains unclear is whether such extraterritorial obligations of the EU are extensive enough to comprise not only a duty to respect human rights (which is acknowledged), but also a positive duty to protect and fulfil. Bartels concludes that while there is an implication that the EU must act in some way in order to pursue the objectives and achieve these declared aims, it is not prescribed a particular course of action, an aspect which thus dilutes its concrete obligations. For

⁵³ L. Bartels, *supra* note 29, 1074-1075.

⁵⁴ Article 51(1) CFREU provides that from the perspective of their field of application ‘the provisions of [the] Charter are addressed to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law. They shall therefore respect the rights, observe the principles and promote the application thereof in accordance with their respective powers and respecting the limits of the powers of the Union as conferred on it in the Treaties’.

⁵⁵ A. Berkes, *supra* note 29, at 5.

⁵⁶ For instance, article 54(2) provides that ‘[t]he Agency may cooperate with the authorities of third countries competent in matters covered by this Regulation with the support of, and in coordination with, Union delegations. When doing so, it *shall act within the framework of the external relations policy of the Union, including with regard to the protection of fundamental rights and the principle of non-refoulement.* It shall also act within the framework of working arrangements concluded with those authorities in accordance with Union law and policy. (...) The Agency *shall comply with Union law, including norms and standards which form part of the Union acquis.*’ [emphasis added]

instance, 'it cannot be said that the EU is required to act positively to protect persons located extraterritorially from the acts of EU businesses operating in other countries, or even to provide development aid to developing countries in order to fulfil their human rights'⁵⁷. Consequently, the EU is under a negative obligation to respect human rights universally, but its positive obligations to protect and fulfil are confined to the EU's own territory.

This approach is also consistent with what Ganesh terms as the 'compliance reading' of the EU treaty provisions on human rights obligations⁵⁸. Under this view, the provisions analysed above regulate the EU's own conduct and not that of third parties. They imply, on the one hand, an obligation for the EU to comply in its external conduct with the human rights norms internally applicable within its system (also in light of the absence of *ratione loci* limitations of the CFREU); on the other hand, through their reference to the United Nations Charter and international law, the provisions of article 21 TEU convert 'international law norms into norms of EU law binding upon EU institutions and actions'⁵⁹. The Court appears to highlight this understanding of Article 21 TEU in its case-law. For instance, in the *Parliament v Commission* case, the Court stated that:

„[a]s regards, in particular, provisions of the EU-Tanzania Agreement concerning compliance with the principles of the rule of law and human rights, as well as respect for human dignity, it must be stated that *such compliance is required of all actions of the European Union, including those in the area of the CFSP, as is clear from the provisions, read together, set out in the first subparagraph of Article 21(1), Article 21(2) (b) and (3) TEU, and Article 23 TEU*”⁶⁰. [emphasis added]

V. Conclusion

As a tentative conclusion regarding the normative framework of the EU's extraterritorial human rights obligations, it may be affirmed that under international law and the EU's primary rules (more specifically, the TEU and the CFREU) the EU incurs a negative obligation to respect human rights while acting outside its territory. However, neither international law nor EU primary law support a strong conclusion in respect of the EU's responsibility for potential extraterritorial effects of its policies or for the existence of positive obligations to protect and fulfil the human rights of distant strangers. In this context, a closer look at the evolving case-law of the ECJ might in the future offer some necessary clarifications with respect to the EU's own position concerning the scope and content of its (extraterritorial) human rights obligations.

⁵⁷ *Idem*, at 1075. See also A. Ganesh, 'The European Union's Human Rights Obligations Towards Distant Strangers', 37 *Michigan Journal of International Law* 2016, 479-480.

⁵⁸ A. Ganesh, *supra* note 46, at 479.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Case C-263/14, *European Parliament v Council of the European Union*, EU:C:2016:435, para. 47.

In addition, over the course of several years, various communications and action plans were put forth by the European institutions with regard to their human rights agenda in connection with the conclusion of trade and investment agreements. However, the question remains whether such documents, predominantly political and non-binding in character, are indicators of progressive self-regulation of the EU's external conduct and whether they have the potential to lead to the consolidation of binding international standards of conduct (such, as for instance, the obligation to perform human rights impact assessments before concluding trade agreements). On this point, future developments will show how the due diligence standard might be shaped by the influence of the EU's approach towards extraterritorial human rights protection, or whether the EU's policies might remain largely declaratory on the international plane.

The politics, promises and perils of addressing violence against women in Romania in the 2000s

Politica, promisiunile și pericolele abordărilor în materie de violență împotriva femeilor în România anilor 2000

Andra-Miruna STAN-DRAGOTESC*

Universitatea de Vest din Timișoara

Director, Departamentul UNITA

Abstract

The matter of combating violence against women was included on the political and public agenda in Romania in the early 2000s. A law addressing domestic violence was passed in the Romanian Parliament in 2003, but the legislative and policy-making actions concerning this matter was mainly part of a paradigm of simulated change in the following years, as Romania became a member-state of the European Union. Moreover, public and political discourses on this topic have been filled with references to European identity (and, by default, non-European identity), rendering the fact that addressing violence against women was included on the public and political agenda as a signifier of European membership.

Keywords: *violence against women, Europeanization, discourse, Romania.*

Rezumat

Problema combaterii violenței împotriva femeilor a fost inclusă pe agenda politică și publică din România la începutul anilor 2000. O lege privind violența domestică a fost adoptată în Parlamentul României în 2003, dar acțiunile legislative și de dezvoltare de politici publice pe această temă au fost parte dintr-o paradigmă a schimbării simulate în anii următori, pe măsură ce România devenea stat membru al Uniunii Europene. Mai mult decât atât, discursurile publice și politice pe acest subiect au fost inundate de referințe la identitatea europeană (și, implicit, noneuropeană), transformând faptul că violența împotriva femeilor era inclusă pe agenda publică și politică drept simbol al apartenenței europene.

Cuvinte-cheie: *violență împotriva femeilor, europenizare, discurs, România.*

* andra.dragotesco@e-uvv.ro

People know what they (re)present; they frequently know why they (re)present what they (re)present; but what they do not know is what (re)presents what they (re)present¹. Discourses that (re)present violence against women are potentially violent and construct the identities they (re)present. It is important how we present, re-present and represent this type of violence because we can simultaneously undermine or deepen the violence, deconstruct its causes or deposit it at social, cultural, economic and political (gendered) margins. And what people present, their rhetoric and their ideas, once posited, are institutionalized, become institutions, understood in the broader sense of the term as mechanisms and reference points which organize social, cultural, economic or political life; they become representative for the society that produced them in the first place and keep representing it as identity characteristics. Thus, not only the violence against women, but also its prevention and combating, are politicized. The present project sets out to offer a new perspective on the issue of violence against women in Romania. It shall be focused on a discursive point of view within a historical and sociological framework regarding addressing the issue of violence against women on the political and public agenda in Romania. This way, the processes of institutional and identity construction brought about by these public and political problematizations shall be identifiable.

Addressing violence against women in Romania: between the Balkan floozie and the European Union

I continue with this line of thought and state that people know what they construct; they frequently know why they construct what they construct; but what they do not know is what is constructed by what they construct. By construction I understand a broader sense of the term, a historical process, not an event, of creating, defining, organizing, developing, stabilizing, depositing. By institution I refer again to a more general sense of the concept, defining it as any location of power which organizes social, political, economic and cultural life. Therefore, a posited social, political, economic and cultural practice ossified in time or, on the contrary, instituted at a certain point. I make a difference between institution and identity, although I believe that identity, understood as the whole given by the intersection of certain ways of being and doing, can also be an institution or can be institutionalized, as this project will show. Thus, violence against women, as well as combating it, can be institutions or can be institutionalized. Identity can also be defined through these institution(alization)s as being one way or another. For example, *non-European or European*².

¹ This utterance, which belongs to the author, is a variant inspired by the following quote from Michel Foucault: *People know what they do; they frequently know why they do what they do; but what they don't know is what they do does*". See M. Foucault, in H.L. Dreyfus and P. Rabinow, *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*, Sussex: Harvester Press, 1982, p. 187.

² I use the term "EUrope", "EUropean", "EUropeanization" in order to illustrate the often used, abused and/or misused conflation of the European Union- EU- with Europe as economical, political, social, cultural, even spatial, geographies.

By the discourse referring to a certain issue I understand the totality of ‘locations’ – and of the connections between them – in which it is addressed, it is approached repeatedly, recurrently, starting from the level of language to the level of institutionalization. Therefore, in the public and political discourse in Romania I have identified the recurrent usage (measuring the recurrence as repeating the same frame in more than 10% of the analyzed “texts”) of the following frames of (re)presenting the violence against women:

- domestic violence is represented, both from a governmental and from a nongovernmental point of view, as an issue of aligning to European and international norms, used as standards for reporting Romania’s evolution in this field and considered to be the adequate combating and prevention mechanisms.

- domestic violence is represented as a matter of protecting the family by the state.

- violence against women is represented as a specific issue of the private space (both regarding the causes, the location of the act of violence and regarding the solving of the problem).

- violence against women is represented as a grotesque spectacle of corporal victimization of women, this case being especially recurrent in the media, but also appearing in political statements

- violence against women is represented as the responsibility of women to protect themselves

- violence against women is represented as being potentially solved at the intersection between governmental and nongovernmental efforts

- combating violence against women is represented as a criterion of assessing governmental performance.

- violence against women is represented as the problem of economic and political, social and cultural margins/predicaments.

As EU accession was a central issue on the political agenda in Romania in the 2000s, any matter which was more or less connected to this, even though peripheral on the public and political agenda, could benefit from the general importance of the accession for the advancement on these agendas. Therefore, defining violence against women as an issue connected to the European Union implies solving the problem by acknowledging it as a point of European interest. And this implies the necessity of addressing it at the level of public policies and institutions, governmental and nongovernmental, in Romania. Thus, for example, the law 217/2003 for preventing and combating violence within the family, was presented by Mona Muscă, Romanian MP, in the parliamentary debates regarding its adoption, as follows:

“I wish to bring to your attention the fact that there is a recommendation of the European Union, of the Council of the European Union regarding domestic violence. This is a very recent recommendation, from 2002, it is Recommendation no. 5, which clearly states that *each Member State of the European Union, therefore us as well, if we wish to become members of the European Union*, will have to have a special law regarding domestic violence. That recommendation states very clearly what this law should contain. Well, one law was made from the three laws proposed to your approval and the initiative of making

just one law, of elaborating one bill from the three belongs to the Juridical Commission, who gave us the idea and whom I thank for the respective idea, we managed to submit only one bill, *this one fulfilling all the recommendations of the European Union. I could safely say that it is currently one the most European laws*, I am referring to our bill”³.

Europeanness is, therefore, constructed in relation with violence against women through the development of policies, institutions and legislation dedicated to its prevention and combating. In this context, the references to the European Union legitimize discursively the adoption of a law regarding domestic violence in Romania, a new, but necessary domain of regulating and of developing public policies, this law being (re)presented as an alignment with EU norms and requirements, in the historical context of this state’s accession to the Union. A contribution to the construction of the significance of the Europeanness of the European Union as a symbolic location of combating violence against women takes place. Laurel Weldon remarks that what appears to determine the reaction of governments to violence against women is the presence of a movement of powerful women connected to the state institutions meant to improve the status of women⁴. This reaction may refer to bureaucratic actions or to any actions of governments and parliament, of state institutions in general. Nonetheless, in the case of Romania, the reaction of the political class, the governments and the parliaments during the 2000s to the issue of violence against women, especially domestic violence, was also a result of the fact that the Romanian state had to align to European norms regarding gender inequalities – gender-based structural violence – and their materializations in direct violence, for example. However, this reaction can be an institutional, material one, of combating and prevention of violence against women or a rhetorical one. If the reaction at the rhetorical level is stronger than the institutional one, then we are more likely dealing with an avoidance of a real and authentic problematization of the issue. The (re)action to violence against women at a governmental level, and at a nongovernmental level as well, “does not automatically imply efficiency”, as efficiency refers to the impact of the policies developed for prevention and combating. Also, rhetorical reactions, when exceeding material reactions, may signify responses from governments, or even of civil societies, which are meant to avoid a real critique of the issue. Forms of addressing violence against women are created – or actually, borrowed and adapted –, forms which are a discursive alignment to its prevention and combating, without sufficient, consistent efforts to address the structural foundation of social, cultural, economic and political gender inequalities that fuel the violence in the first place. This approach to domestic violence, whose (re)presentation is a reactive one (to the requirements of the EU), not a proactive one (referring to the needs of women in Romania), is problematic precisely because it renders invisible the necessity to prevent and combat domestic violence as a

³ Parlamentul României, „Dezbaterile Proiectului de Lege pentru prevenirea și combaterea violenței în familie; Propuneri legislative privind violența în familie și Propuneri legislative privind protecția victimelor violenței în familie”, în *Dezbateri Parlamentare*, București, 2003, disponibil online la <http://www.cdep.ro/pls/steno/steno.stenograma?ids=5394&idm=13&prn=1>, accesat la 12 decembrie 2010 – s.n.

⁴ L. Weldon, *Protest, Policy, and the Problem of Violence Against Women: A Cross-National Comparison*, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2002, p. 5.

lived reality and it materializes and instruments it into an indicator of the Europeanness in Romania.

Additionally, violence against women is encrypted (un?)intentionally in the Romanian political discourse as a specific problem of marginalized social, cultural, economic and political groups. This frame is focused on diagnosing the causes of violence, but it does so from a patriarchal, discriminatory perspective, which rehashes stereotypes and cultural and structural violence by means of public (re)presentations. In February 2010, in Iași, Romania, a man assaulted 12 women with a knife within a few days. Tudorel Butoi, expert criminalist, psychologist and professor, invited in a TV programme of a national news channel, offered his opinion on the matter. Thus, at the request of the reporter: "To wrap things up, tell us if women can protect themselves in any way from the point of view of an expert criminalist", Tudorel Butoi replied:

"Women can and must be cautious. Women must know how to choose when to go by elevator and not overwhelm us because they were raped in the elevator. When and with whom. They must know to walk on well-lit, populated routes. Not to wander in parks at night like explorers and then come to the police station saying they were raped. To know whom they start a conversation with and with whom they agree to have relations and so on and so forth. Unfortunately, this Balkan floozie behaviour, with the exception of these victims... uuuh, who did not display such behaviour, is characteristic for bimbos (*pițipoance*) and uuuh they become victims because they are provocative victims, most of them"⁵.

In this context, violence against women is approached as being caused by women's behaviour, thus a perspective on this type of violence as a result of the lack of caution of women, not of men's responsibility, is adopted. Furthermore, the causes of violence do not reside only in the category of "woman", but they are discursively deposited between social, economic, political and cultural stereotype-borders of the identity position represented by the "Balkan floozie". The discursive positing of violence against women in social, cultural, economic (and even political-women) groups deepens the marginalization of already secondary and marginal socio-cultural and political-economic groups. Their exclusion is, thus, reiterated. This way, discursive deposits of violence are created, from which the causes of violence are eliminated each time it is necessary to explain the respective problem. One reason for this approach may be avoiding the problematization of the role of men in this phenomenon. Additionally, in a vicious circle, the discursive creation of these deposits of violence marginalizes the violence against women on the political and public agenda, limiting its approach. Such a limitation is addressing this type of violence in the stereotypical dates of the 8th of March or of the 25th of November, for example.

The intentional and unintentional recurrence of some (re)presentation frames in addressing violence against women in Romania has a creative, defining and redefining potential of this type of violence, of the structures that fuel it. But it has an inherently limited

⁵ Taken from Realitatea TV news, February, 24 2010, 2 p.m., between 07:02-07:49, available online at: http://webtv.realitatea.net/jurnale/realitatea-de-la-14-00-24-02-2010?autoplay=true#ve_video_player_a, accessed on March, 1st 2010, my underlining.

character, being just one (re)presentation frame from potentially many others and reducing the approach of the issue to only a certain perspective. Also, the ossification or the positing of a (re)presentation frame can alter its creative feature, turning it into a static, limited/ing frame. It is a discourse developed through the recurrence of using the European Union as a reference in addressing this type of violence, the discourse of the Europeanisation of combating violence against women in Romania. It is a new, innovative discourse until it ceases to be new or innovative in the Romanian context, becoming part of the (Europeanized?) Romanian way of being and doing.

In the analysis of violence against women, the qualitative approach is as important as the quantitative one and the other way around. Approaching the words of violence/violent acts against women is as important as approaching the numbers of violence/violent acts. Thus, its (re)presentations are an important aspect of its understanding, criticizing and, potentially, of its combating. Teresa de Lauretis concludes in the “considerations on the semiotic production of gender between the rhetoric of violence and the violence of rhetoric”⁶ that “violence is engendered in representation”⁷, it is inherent to it. Moreover, Sally Engle Merry states that: „from a performative perspective, doing violence is a way of doing gender”⁸. We may further argue that violence becomes the defining frame of identities, not only genderized, involved in what is presented, re-presented and represented as violence. Thus, identity positions such as “aggressor”/violent and “victim”/violated or social group prone to violence – either as “aggressor” or as “victim”, for example, must be understood as also being violent towards the ones they identify and position accordingly when illustrating violence. This is due to the fact that they are (de)limited and the positioning inside them can occur arbitrarily. However, since presenting, re-presenting and representing violence is important for its prevention and combating, it brings about disregarding these indirect consequences, violent themselves. Also, the arbitrarily unequal relations of power between the one who (re)present and the (re)presented are also disregarded, which, in my opinion, stands at the basis of producing and legitimizing any type of violence.

Given all of the above, it is important to address an archaeology (in Foucault’s sense of the term) of the (re)presentation frames of violence against women in Romania and to address the invisible genealogies of violence, mediated by these frames. Foucault’s archaeological method refers precisely to this *dispositif* of laws, architecture, administrative practices and words⁹, positioning itself from a methodological point of view in the postmodern sociology¹⁰. This author is very well understood as a philosopher-historian whose theories are a source for sociological analyses. Thus, he approaches the production

⁶ T. Lauretis, *Technologies of Gender: Essays on Theory, Film, and Fiction*, Bloomington: Indiana University Press, 1987, p. 32.

⁷ *Idem*, p. 33.

⁸ S. Engle Merry, *Gender Violence: A Cultural Perspective*, West Sussex: Wiley-Blackwell, 2009, p. 11.

⁹ P. Veyne, *Foucault: His Thought, His Character*, Cambridge: Polity, 2010, pp. 30-31.

¹⁰ B. Agger, „Critical theory, poststructuralism, postmodernism: their sociological relevance”, in *Annu. Rev. Sociol.*, 1991, 17:105-31.

of knowledge and disciplines and discipline, the nature and effects of control practices, the creation of actors and identities. It moves away from the conventional sense of the central, coercive power, institutionally conceptualized towards the power we have over ourselves. The present project presents precisely perspectives on the ways in which candidate and member states internalize and normalize *European* norms, but also how in the institutional and rhetorical discourses surrounding these processes identity and status quo constructions and deconstructions take place.

The Europeanness of combating violence against women

Thus, the (re)presentation of domestic violence in public policies in Romania by means of a *European* frame – the legal and institutional alignment to EU norms and discourses with “European” references – may (in)form (on) perspectives regarding this phenomenon, it may define is as an issue may legitimize changes in its approach, from accepting and staying silent to combating and preventing. These perspectives however are beneficial, having the potential to generate change in the sense of institutionalizing the combating of violence against women because of the political framework of the Union, inside which Romania must function. But the same perspectives, the same (re)presentation frame are limited, as all the other (re)presentation frames. In this case, the limitation refers to the fact that it limits the addressing of the violence against women to its connection with its combating in the script or working scheme of the European Union. But this holds true for every (re)presentation frame. Nonetheless when a certain frame is used repeatedly, it posits in a discourse – of the Europeanisation of the combating of violence against women, for example. And this discourse has a creative potential and contributes to identity constructions and to significances related both to violence against women and to Europeanization, but also to the intersection between the two. For example, (non)European identities which do (not) combat violence against women or because they do (not) combat violence against women.

As gender equality, violence against women, especially domestic violence, is legitimized in politics “in terms of democracy development, social growth progress or the acceleration on the Europeanisation of societies – cases which occur predominantly in countries that have recently joined the EU”¹¹. This (re)presentation frame is predominantly used (and abused?) on the Romanian political stage where, in a euro-pragmatic paradigm, the EU becomes the practical and symbolic mediator and legitimizer of breaching the imaginary delimitation between the public and private space – as a used and ‘abused’ location, as explanation and complication of the violence against women in general in the Romanian society¹² – by the Romanian state and its representatives with the aim of addressing this

¹¹ Lombardo *et al*, 2005 *apud* Vlasta Jalušič, “Stretching and bending the meanings of gender in equality politics” in E. Lombardo, P. Meier și M. Verloo, eds., *The Discursive Politics of Gender Equality: Stretching, bending and policymaking*, London and New York: Routledge, 2009, p. 58.

¹² The section referring to “The Continuum of Violence against Women” contains a broader discussion on the matter.

issue through public policies in Romania. Moreover, the European Union is considered an anchor, both practical and symbolic, for debates on sensitive issues for Romanian society and for Romanian political elites and that have been only recently visible on the political and public agenda in Romania. Thus, approaching these processes from the discursive perspective of politics, EU may be considered the symbol of combating domestic violence. The connection between the European project, of the European Union and violence against women and combating it respectively shall be explored in this context. This shall be carried out by analyzing the policies of the Union and of Romania regarding this matter, by analyzing the connections between the two and by analyzing the discourses surrounding these policies and their implication in (non)European identity construction processes. As R. Amy Elman argues in exploring sexual equality, 'virtual equality' in an integrated Europe:

"[i]n Europe, the rhetorical rejection of inequality may intensify and prevent concrete acts of promoting social justice. Also, committees on women's status and legislation against or investigating sexual and racial inequality may be used as trampolines for a remedy or substitutes for substantial action. Not all EU efforts to *address* inequality are necessarily created to *stop* it. Addressing inequality is not the same as delivering a remedy, although it can be considered a first step. Differentiating between initiatives and rhetoric, on the one hand and effective steps towards equality, on the other hand, is a challenge. Verbosity is not a verb"¹³.

Krizsan and Popa state that: 'in the absence of clearly articulated EU norms of combating domestic violence, Europeanization takes place particularly through the evaluation of national processes of developing public policies by reference to an *abstract notion* of "Europeanism"¹⁴. The European Union's Europe is a concept that is stretching and bending¹⁵), it is articulated at a supranational level, as well as at an international level, at a regional level, as well as at a national level, but, moreover, from the perspective of all matters that are problematized at these levels regarding the enlargement and deepening of European integration. It is a myth of unity and unification of differences and a myth of universality of principles and values. Also at a national level, of new member states, between the elites and the European institutions and the day to day life of European and Romanian citizens, for example. This level, approached in the current project, of de/re/construction of the connotations of the European Union's Europe, is the level of national elites and of a national media that have the power to, simultaneously, (in)form Romanian society; but who also represent this society. They put, at an official level and on

¹³ R. Amy Elman, *Sexual Equality in an Integrated Europe: Virtual Equality*, Houndmills: Palgrave Macmillan, 2007, p. 2.

¹⁴ A. Krizsan and R. Popa, "Meanings and Uses of Europe in Making Policies against Domestic Violence in Central and Eastern Europe", in E. Lombardo and M. Forest, eds., *The Europeanization of Gender Equality Policies. A Discursive-Sociological Approach*, Basingstoke: Palgrave MacMillan, 2012, p. 51, my underlining.

¹⁵ I am using this conceptualization by analogy with the way in which it is used by E. Lombardo, P. Meier and M. Verloo, eds., *The Discursive Politics of Gender Equality: Stretching, bending and policymaking*, London and New York: Routledge, 2009 regarding gender equality, as an open concept which can take different meanings.

a broader scale, the EU Europeanism in a Romanian context and either alter the context in order to align it with already existing European norms, or alter the European norms in order to keep the *status quo* in Romanian society. Or, in the third case, they act constantly in a hybrid, EU-Romania, European-Romanian paradigm of approaching certain problems in the political area or even generally in the public one. These processes take place according to certain intentions and, sometimes, even unintentionally or rather indirectly.

Klaus Eder suggests the idea of Europe as an empty signifier as a starting point for the analysis of identity construction processes that take place in Europe stating that there are certain 'ideas' that work as a proxy for Europe and that can be considered to be 'reference objects of a collective identity'¹⁶. The 'idea' of combating violence against women is, in my opinion, or at least wishes to be, such a reference object, a proxy for the European Union's Europe. However, this, although beneficial at first, suggests the instrumenting of combating violence against women in re/defining Europeanism or a collective European identity within the EU. We speak here about a Europe of combating violence against women, joint to a series of "'Europes" (plural)': 'a cultural Europe, a geographical Europe, a Europe of Human Rights, and a political Europe'¹⁷, starting from the idea according to which 'we should see identities as evolutionary products of processes in which stories are combined and recombined' Europe being an ideal case for such a perspective¹⁸. Moreover, in this Europe, combating violence against women (through laws, institutions and public policies, political statements) is instrumented as a criterion of discrimination and incrimination (of the *soft* kind, specific to the issue at hand!, through recommendations, country reports, eurobarometers, political statements) of states that do not develop mechanisms to tackle this type of violence.

Delanty states that there are more 'Europes', and the one that 'became predominant today is very much one of exclusion and not of inclusion'¹⁹, and that Europe is a contested idea with deep roots in history and should be treated as such, with reflexivity, so that it does not become dangerous²⁰. The simultaneousness of exclusivism and inclusivism of the European project is an important aspect of the research on Europeanization and European identity. That's exactly why the presence of non-European identity construction processes in the critique engaging of violence against women denote exactly these simultaneous inclusions and exclusions. Delanty argues that 'macro-identities [...] are more likely to be divisive, rather than unifying and are often the products of a violent and forced homogenization', this being a reason for reflection on the necessity of the respective identities²¹ or, at least, of an increased reflection on building significations of these identities and their instrumenting in the political and public area.

¹⁶ K. Eder, "A Theory of Collective Identity: Making Sense of the Debate on a 'European identity'", in *European Journal of Social Theory*, 2009, 4(12):427, p. 435.

¹⁷ Eder, *op. cit.*, p. 435.

¹⁸ *Ibidem*, p. 442.

¹⁹ G. Delanty, *Inventing Europe: Idea, Identity, Reality*, London: MacMillan Press Ltd., 1995, p. 156.

²⁰ Delanty, *idem*, p. 157.

²¹ *Ibidem*, p. vii.

Lastly, it is important to engage and scrutinize the way in which the problem of direct, interpersonal, brutal violence (beyond the cultural and structural one) against women in public discourse has become a criterion according to which belonging to the European Union's Europe could be disconfirmed or confirmed for different social, cultural and political entities on the European continent. These processes are produced in a context and create context, i.e. stereotypes, unequal power relationships and social, cultural, political and economic symbolisms. In the context of more and more clear political and politicized actions regarding the approach (and solution to?) the issue of violence against women, my research will bring this type of violence up for discussion as an aspect to which building a European identity, of a way of being European is reported. This picture will be complicated when it is realized from Romania's perspective, which, during the 2000s, it was both inside and outside of the EU and on its way to the EU, literally, generally, but from the point of view of approaching violence against women. And this uncertain positioning gave birth to problematic policies and identities, in the processes of approaching violence against women in the (non)European or (non)Europeanized Romanian political and public discourse. Lastly, but not less importantly, three contradictions regarding approaching violence against women in Romania, that emerged constantly and repetitively from its problematisations on the public and political agenda will be addressed. We are dealing with the (re)presentation of women as an arbitrary deposit of the creation of violence against women. Additionally, I refer to the fact that in the critical engagement of the creation of violence, the economic, political, social and cultural, and even gender and age status is significant. In its combating through institutions, policies, laws, these aspects are less emphasized. And it is about the similarities of constructing European post-nationalism of combating violence against women and those of building (non-European?) nationalism of violence against women, i.e. the nationalism of instrumenting women's experiences in the construction/imagination of European not so post-nationalist post-nationalism.

The intention of naming this policy of limitation/depositing of the causes of violence in the responsibility in social groups that area already discriminated on criteria of gender - women, ethnicity - the Roma, economy - poor people or mobsters, social status - the floozie, or culture - Balkan and so on, was not the reification of the 'Balkan floozie'. However, it reunites, in my opinion, a variety of social, cultural, political and economic (gendered) outskirts. This is the reason why for the focusing on this case in defining the respective policy of depositing the creation of violence. I assume, from an ethical point of view, any contribution to cultural violence that can be generated by the reiteration of this particular (re)presentation of violence against women. I'm trying to balance it through the deconstruction that I have offered regarding it, which I think addressed both the causes and the effects of handling, using and abusing such frame of (re)presentation centred on women's responsibility. More than that, from a feminist point of view I think that I have tried not only to scrutinize the in/equalities that must be taken into consideration in order to(in)validate such representations, but also potential resistance mechanisms that can deconstruct and undermine it not only on a discursive level, but also on a material, institutional one. Such deposits of violence creation, its exclusion outside the

normal(ized) social, economic, political and cultural order are themselves institutions. These are deposited practices of (re)presentation of violence against women that recreate the patriarchal gendered order, taking responsibility away constantly from the direct agents of violence, namely men - not exclusively, but extensively the abusers in these cases.

The 'Balkan floozie' can be correlated to the 'Third World' in the political statements of Romanian members of parliament who seek to illustrate a Romania in which women are abused, physically and structurally, within the family and outside of it. Moreover, this Third World is the non-European which, according to criteria of (not)combating violence against women, is at the basis of establishing the political, social, cultural and economic order in which the European Union's Europe is the normative power. And Romania swings, both institutionally and rhetorically, between the European Union's Europe and the Third World according to the capacity to develop institutions, legislation and public policies, to internalize international norms, to prevent and tackle violence against women. Beyond this aspect, another dimension of combating violence against women, is the one that intermediates (non)European identity constructions. These institutions and identities are intermediated in and intermediate themselves positions in hierarchies based on the 'staging' of norms transmitted by supranational and international entities, between national and supranational entities and vice versa, between governmental and non-governmental and vice versa, even between the Parliament and the media - political and public. And this staging of combating violence against women, problematized earlier from a national, as well as from an international perspective has, ultimately, effects similar to those of making a bodily spectacle of violence against women, encountered all too often in the media. Thus, through rhetorical - parliamentary or media -, institutional and legislative problematizations of public policies which lack reflexivity and real understanding of all the complexities that the (re)presentation of violence against women includes, problematic discourses and materialities are intermediated. This is also valid for the way in which its combating is institutionalized and politicized. These critical engagements, as well as their consequences, be they institutional, legislative or public policy, governmental, as well as non-governmental, political, as well as of the civil society, constitutes discursive, epistemological, cultural and structural violent acts against women. Contributing (or rather not contributing) to the prevention and combating of violence, these (re)presentations and the discursive violent acts that they intermediate, are materialized and continue the vicious circle of violent acts against women. They can intermediate the perpetuation of the *status quo* that treats this type of violence superficially, that only prioritize twice a year because then it's 'time' for its debate and the formal recognition of its status as a problem. But this formality too is the result of exogenous pressures, and their resolution determines tensions between their exogenous forms and a political, social, cultural and domestic economic context, that frame certain gender regimens. It is the matter of the context that creates the 'problem', the context of inequalities that cause it and fuel it.

Therefore, by addressing historical processes of (in)formation of prevention and combating violence against women on the public and political agenda, in the Romania of the European Union, we can see that, eventually, regarding this perspective on the violence

against women, the forms of prevention and combating matter primarily... because they have existed before the background, built, in this case, *a posteriori*. And this is illustrated by the fragmentation, discontinuity, superficiality and sluggishness with which a real, authentic policy of preventing and combating violence against women at a national and supranational level... which can measure itself by its own context, not another one, in order to legitimize itself. And which, thus, could undermine these two nationalisms and open up the discussion towards post-nationalism of the combating and prevention of violence against women.

However, non-European Romania, (self)excluded from Europe along with the Third World, is antagonized by European Romania, that which has internalized, from the point of view of public policy, legislative or institutional discourse, but also from the point of view of public and political rhetoric, the international norms and those of the Union regarding the prevention and combating of violence against women. However, the arbitrariness with which violent, non-European identities, gendered, ethnic 'deposits' of violence creation are constructed is opposed 'only' by the superficiality with which the European identity is constructed as a symbol of combating violence against women. It is the matter of a policy of prevention and combating that stimulates a presupposed/imagined European character - democratic and egalitarian regarding the gender dimension of social, cultural, political and economic life - of the approach of gender inequalities. Those structural historical inequalities, i.e. structural violence on the basis of gender, which fuel and legitimize direct, interpersonal violence on the basis of gender, against women. In Romania, the European Union and its membership in the European Union's Europe was, particularly before 2007 (re)presented as a myth of modernization, civilization and inclusion in an exclusive club where members have extended benefits. Specifically, a club of equal opportunities and gender equality. Moreover, the European Union's Europe is (re)constructed symbolically, from the centre, as well as from the outskirts, as a symbol of prevention and combating of violence against women, on a rhetorical level, as well as on a practical level; despite the fact that rhetorically, as well as practically, the EU policy in this area is still fragmented and incoherent.

Nevertheless, integration in the European Union's Europe requires approaching these violent acts against women in Romania. As a matter of fact, the integration in the ranks of the international community that at the turn of the millennium became more and more focused on this problem and its material instances or the socio-cultural and economic-political institutional discourses that they fueled as well. In this context, violence against women enters the public agenda in Romania and, moreover, on the political one. These were meant to be the locations for the (in)formation of the public, of the public policies, of the governmental and non-governmental initiatives, of the institutions regarding the problem on gendered violence against women.

The problem *problematized* on these agendas, however, used to be not subtly made invisible until recently by an imaginary historical division between public and private life, whether it was in the house or in the street, in a couple or among strangers. Its publication required legitimizing references. And they were found in Western conceptualizations, international norms and norms of the European Union. In this context violence against

women was addressed using various frames of (re)presentation. Two of the most frequent in the analysis of the political and public agenda from the perspective of approaching violence against women starting with the year 2003 were: alignment with the European norms, in particular and international, with the purpose of preventing and combating violence against women; depositing the causes/the creation of violence against women in imaginary geographies excluded from the political order of European Romania, *non-Europeanized*. Thus, combating violence against women in Romania, especially the structural and domestic one, were becoming, in the context of institutional discourse, as well as in the context of discourse understood as rhetoric, fields of the Europeanization of Romania. Europeanization is understood in this case as an intersection of the processes of institutional construction with processes of identity construction, from a methodological perspective that combines a longitudinal historical approach of these processes with a sociological-discursive one, centred on the identities involved in them and their setting in structures.

Conclusions

In this context, at the intersection between the two above mentioned (re)presentation frames, there is more than a development of public policies and institutions with European forms that lack the required Romanian background. The 9th year span between the first law regarding the prevention and combating of *family* violence (defined by the Parliament at the time of its debate – 2003 – as 'the most European law') and the one that amended it in order to have efficient mechanisms to approach the problem, not only a legislative admittance of the problem, is illustrative for this type of politicization of violence against women in Romania. Also, at this intersection we have processes of creating a European identity that condemns violence against women, by measuring it against the non-Europeanism of accepting this type of violence. Thus, the Romanian patriarchy leaves its mark on the Europeanization of Romania from the point of view of preventing and combating violence against women and the status quo is extensively perpetuated or very slowly undermined and modified. Moreover, it recreates the Romanian paternalism, according to which this type of violence can be prevented by supervising secondary, marginal, social, cultural, economic, political and gender categories – in particular women, poor families, unsuitable 'Balkan floozie' behaviors – that put Romania in the third world. Paradoxically, in the singular situation in which misogyny is considered to be the cause of violent acts against women, this (re)presentation too re-colonizes the much too handy third world category with the creation of this type of violence on gendered criteria. These aspects shine another light on Romania's Europeanization regarding violence against women, rather simulated, that (ab)uses European references to legitimize itself, but which is not sustainable (intentionally?) This simulated Europeanization is intermediated by a superficially imported and implemented policy, somewhat similar to the European one, but more extendedly incorrectly and laconically (in)formed. It is a matter of, in the case of Romania, as well as in the case of the European Union, applying strategic and superficial institutional bandages to serious abuses against women.

Confiscarea mijloacelor de transport în Codul penal român și în practica judiciară

Confiscation of means of transport in Romanian Criminal Code and judicial practice

Drd. Adrian STAN*

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Abstract

In this article, we aim to explore the issue of the security measure of special confiscation of goods that facilitated the criminal's commission of the act provided for by the criminal law, more precisely the means of transport.

Our goal is, in the first stage, to identify these things from a conceptual point of view, through the lens of their character as instruments of crime and to delimit them, briefly, from other goods subject to the security measure, such as the proceeds of the crime or the goods whose possession is prohibited.

Forward, in an applied approach, we will focus on some recent solutions of judicial practice that have caused the analysis of the relationship between the means of transport and the illegal act through the prism of the possibility of their confiscation, in the context in which, in jurisprudence, they can be identified from what in more and more solutions regarding migration regime crimes in which vehicles are used.

Keywords: *instrumentum delicti, special confiscation, property used in the commission of the crime, confiscation by equivalent, means of transport.*

Rezumat

Ne propunem în acest studiu să explorăm problematica măsurii de prelevare, prin intermediul măsurii de siguranță a confiscării speciale, a unor bunuri care au facilitat infractorului săvârșirea faptei prevăzute de legea penală, mai concret a mijloacelor de transport.

Obiectivul este acela, în primă etapă de a identifica din punct de vedere conceptual, cu titlu general, aceste bunuri, prin prisma caracterului lor de instrumente ale infracțiunii și a le delimita, succint de alte bunuri supuse măsurii de siguranță, cum sunt produsele infracțiunii sau bunurile a căror deținere este oprită.

Apoi, într-un demers aplicat, vom identifica unele soluții recente ale practicii judiciare care au ocazionat analiza relației mijloacelor de transport cu fapta ilicită prin prisma

* adrian.stan@e-uvt.ro

posibilității de confiscare a acestora, în contextul în care, în jurisprudență, pot fi identificate din ce în ce mai multe soluții privind infracțiuni la regimul migrației în care sunt folosite vehicule.

Cuvinte-cheie: instrumentum delicti, confiscare specială, bun folosit la săvârșirea infracțiunii, confiscare prin echivalent, mijloace de transport.

1. Aspecte generale. Complexitatea conceptului de bun folosit la săvârșirea infracțiunii

Lucrul ce a servit autorului la săvârșirea infracțiunii, denumit în doctrina mai veche „instrument al infracțiunii”, s-a spus că mijlocește trecerea de la idee la faptă¹, iar fără mijlocirea, intermedierea instrumentului nu se poate realiza această trecere, exteriorizare a voinței ilicite.

Profesorul Traian Pop enumera printre instrumentele infracțiunii: organele sau puterea proprie a agentului; instrumente tehnice și chimice, ca armă, cuțit, otravă, par, cheie; diverse forțe sau energii ca ale naturii, ale unei persoane străine, ale animalului sau ale mașinii. Instrument al infracțiunii, se mai afirmă, ar putea fi și o persoană prin intermediul căreia acționează autorul mediat²: „Atunci zicem că o persoană străină, adică puterea ei a servit ca instrument la comiterea infracțiunii, când nu e responsabilă pentru aceasta, ci responsabilitatea cade asupra autorului moral”³.

De lege lata, conform art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen., sunt supuse confiscării speciale „bunurile care au fost folosite, în orice mod, sau destinate a fi folosite la săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, dacă sunt ale făptuitorului sau dacă, aparținând altei persoane, aceasta a cunoscut scopul folosirii lor”. Codul penal român în vigoare definește astfel instrumentul infracțiunii indirect, fără a-l numi însă astfel, atunci când se referă la confiscarea acestuia.

S-a mai afirmat că sunt considerate asimilate lucrurilor care au servit⁴ la săvârșirea unei infracțiuni nu doar acelea care au fost folosite întâmplător, ci și lucrurile anume destinate pentru a servi la săvârșirea unor astfel de fapte. Destinația poate fi relevată obiectiv, atunci

¹ T. Pop, *Drept penal comparat. Partea generală*, Institutul de arte Grafice „Ardealul”, Cluj, 1923, p. 279.

² I. Tanoviceanu critică în termeni severi această teorie, afirmând că „responsabilitatea penală pentru fapta altuia este o simplă aberațiune, care nu poate trece nici măcar pragul științei penale” (*Tratat de drept și procedură penală*, vol. II, p. 728).

³ Teoria numită a „autoratului mediat” nu este acceptată în dreptul penal modern. De altfel, art. 46 alin. (1) C. pen. român prevede că autorul este persoana care comite în mod nemijlocit o faptă prevăzută de legea penală. Se va considera că au comis fapta în mod nemijlocit doar acele persoane care în mod obiectiv au avut sub control nemijlocit starea de pericol pentru valoarea socială ocrotită (F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal. partea generală*, Ed. Universul Juridic, 2018, vol. II, p. 196). Codul penal francez încă face diferența între autor material și autor moral sau intelectual (B. Bouloc, *Droit pénal général*, 25^e édition, Dalloz, pp. 284-287).

⁴ În Codul penal din 1968, exprimarea legislatorului era în sensul confiscării „lucrurilor care au servit sau care au fost destinate să servească la săvârșirea unei infracțiuni”.

când lucrul a fost anume produs sau adaptat spre a servi ca mijloc ori instrument la săvârșirea infracțiunii, dar poate fi relevantă și subiectiv, în sensul că infractorul și-a procurat un anumit lucru care i-ar fi putut fi eventual, util la săvârșirea infracțiunii, dar la comiterea faptei nu s-a ivit necesitatea de a se servi de acesta⁵.

Bunul de care infractorul s-a ajutat la comiterea infracțiunii trebuie să servească efectiv la comiterea acțiunii relevante penal. În caz contrar, deși teoretic acesta ar putea fi considerat *lato sensu* ca asimilat instrumentului infracțiunii, nu va putea fi supus măsurii confiscării. Trebuie realizată astfel o analiză *in concreto*. Putem delimita astfel între instrumente ale infracțiunii în sens larg, care servesc autorului la comiterea acțiunii ilicite, însă, cu toate acestea, păstrarea lor nu contravine ordinii juridice și instrumentele supuse măsurii de siguranță⁶.

Bunurile din această categorie reprezintă, de regulă, *instrumentum (instrumenta) sceleris*. Este indiferent dacă ele au avut sau nu o existență prealabilă comiterii faptei prevăzute de legea penală, licită sau nu. Uneori însă chiar și deținerea acestor bunuri este oprită de legea penală dacă nu sunt respectate condițiile stricte de autorizare (cazul armelor și munițiilor). Cu toate acestea, angrenarea bunurilor de acest fel în mecanismul comiterii faptei le imprimă o stare de pericol, iar acesta este argumentul principal în susținerea legitimității măsurii de siguranță.

Uneori, practica manifestă dificultăți în a identifica temeiul de confiscare, dat fiind că bunul reprezintă deopotrivă obiect al infracțiunii și bun interzis la deținere (cazul stupefiantelor). În acest registru, credem că se impune a identifica *in concreto* acțiunea ilicită și prelevarea se impune în temeiul cazului cel mai specific, prin raportare la *verbum regens*. Nu vedem nicio utilitate a confiscării multiplu fundamentată, printr-un veritabil „concurs de temeuri”, străin întru totul rațiunilor instituției. Este real că în anumite situații concrete pot fi observate dificultăți de „încadrare”, însă considerăm că se impune identificarea temeiului cel mai specific.

Printr-o hotărâre⁷, s-a dispus confiscarea monedei false – deținută, dar și folosită la punerea în circulație în baza a multiple temeuri. Astfel, s-a decis, în temeiul art. 112 alin. (1) lit. a), b) și f) C. pen., „confiscarea în vederea distrugerii a următoarelor bunuri: 24 de bancnote provenind din plasările efectuate în data de 26.10.2016 în dauna persoanei vătămate (...), 84 de bancnote provenind din plasarea efectuată în data de 18.11.2016 în Ungaria și găsite de organele poliției de frontieră, 13 bancnote provenind din plasarea efectuată în data de 19.03.2017. Pentru motivele expuse mai sus, nu achiesăm la confiscarea în baza temeiurilor multiple”.

Instrumentele infracțiunii sunt bunuri care au, ca regulă, o utilitate comună, potrivit destinației lor obișnuite, fiind bunuri necesare traiului zilnic. Modul de realizare a activității

⁵ V. Dongoroz, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, Ed. Academiei, 1970, vol. II, p. 321, V. Pașca, *Drept penal. Partea generală*, ed. a IV-a, Ed. Universul Juridic, 2015, p. 521.

⁶ Pentru o expunere a jurisprudenței în materie, a se vedea F. Vasile, în *Colectiv, Codul penal, comentariu pe articole*, Ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 353.

⁷ Hotărârea nr. 226/2020 din 08.12.2020 pronunțată de Tribunalul Maramureș, cod RJ 388d84d3 (<https://www.rejust.ro/juris/388d84d3>), accesată la 21.12.2023.

infracționale le face uneori necesare, iar alteori indispensabile acesteia. Așadar, aceste lucruri nu sunt periculoase de principiu, prin natura lor, ceea ce este periculos fiind modul ilicit de utilizare⁸.

Este de remarcat că instrumentele infracțiunii reprezintă, conform legislațiilor mai vechi, însă și în considerarea reglementărilor moderne, unele din principalele bunuri supuse confiscării, un veritabil *sine qua non* al măsurii.

Deși prima reacție este aceea de a ne raporta la arme, o serie de infracțiuni, chiar și în registrul violenței, pot fi săvârșite prin folosirea altor bunuri ce capătă o întrebuințare folositoare infractorului în demersul ilicit. Pe de altă parte, și în materia infracționalității orientate spre profit, unele dispozitive pot servi la comiterea faptelor contra patrimoniului.

De asemenea, unele bunuri ce conțin suporturi electronice de stocare (de pildă telefon, tabletă, computer, laptop) pot facilita făptuitorului activități infracționale dintre cele mai variate, de la fraudă informatică la stocarea de materiale pornografice privind minorii.

Cu privire la confiscarea mijloacelor folosite la comunicarea între participanți, nu suntem de acord cu o soluție recentă în sensul confiscării telefoanelor mobile în cazul faptelor privind infracțiuni prevăzute de Legea nr. 143/2000. Inculpații au folosit telefoanele în activitatea de trafic de droguri, fiind contactați de clienți și păstrând legătura între ei. O instanță⁹ a hotărât că se impune, în temeiul art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen., „confiscarea telefoanelor mobile ale inculpaților, folosite de aceștia în activitatea de trafic de droguri pe diverse aplicații, după cum urmează (...)”. Soluția ni se pare de-a dreptul absurdă, chiar dacă telefoanele au facilitat demersurile ilicite, iar a confisca aceste bunuri validează raționamentul că orice mijloc s-ar interpune între făptuitor și fapta sa ar trebui prelevat de stat, fiind bun folosit la comiterea faptei.

Instanța de control judiciar a remediat însă neajunsul, hotărând¹⁰ că telefoanele mobile „nu au fost folosite la săvârșirea infracțiunii, în activitatea de trafic de droguri, ci au fost folosite ca un dispozitiv de comunicare între inculpați și investigatorii sub acoperire, astfel că nu se impunea confiscarea acestora în baza art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen.”.

De regulă, aceste bunuri nu reprezintă și produse ale infracțiunii, păstrându-și numai caracterul de „instrumente”. Practica judiciară se întâlnește cel mai frecvent cu situația confiscării în baza acestui temei a armei infracțiunii, fie că este arma crimei, cea folosită în cazul unei infracțiuni contra integrității corporale (lovirea sau alte violențe, vătămarea corporală), contra libertății (amenințarea) sau chiar contra patrimoniului (tâlhăria).

Registrul instrumentelor infracțiunii este atât de variat, transgresând integral fenomenul criminal, mergând de la arma unei infracțiuni de omor până la complexe infracțiuni cibernetice, sau, am spune sintetic, de la banal la sofisticat.

⁸ V. Pașca, *Măsurile de siguranță, sancțiuni penale*, Ed. Lumina Lex, 1998, p. 230.

⁹ Hotărârea nr. 387/2023 din 10.08.2023 pronunțată de Tribunalul Timiș, cod RJ 4edgd5486 (<https://www.rejust.ro/juris/4edgd5486>), accesată la 21.12.2023.

¹⁰ Hotărârea nr. 1094/2023 din 24.11.2023 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, cod RJ ee863376d (<https://www.rejust.ro/juris/ee863376d>), accesată la 05.12.2023.

2. Vehiculele ca instrumente ale infracțiunii

Se pot identifica situații în care vehiculul este utilizat ca veritabilă „armă” pentru săvârșirea unei infracțiuni, având astfel înțelesul restrâns de *instrumentum criminis*. Mai exact, unele soluții recente ale practicii judiciare au avut în considerare confiscarea specială a autovehiculului folosit la comiterea infracțiunii de omor, în forma consumată ori a tentativei.

Astfel, o instanță a hotărât¹¹ că „fapta inculpatului care în cursul după-amiezii de 29.08.2020, în jurul orei 18, a condus autoturismul pe drumurile publice situate pe raza localității (...) și, ajuns în fața imobilului cu numărul 91, după ce a observat-o pe persoana vătămată care stătea în afara părții carosabile, vizavi de imobil, a accelerat, a părăsit partea carosabilă virând înspre direcția persoanei vătămate și a lovit-o, cauzându-i leziuni traumatice care au necesitat 95-100 zile de îngrijiri medicale întrunește elemente constitutive ale infracțiunii de tentativă la omor prevăzută de art. 32 raportat la art. 188 alin. (1) C. pen. Dat fiind că inculpatul s-a folosit de autovehiculul proprietatea sa pentru săvârșirea infracțiunii, în speță sunt incidente dispozițiile art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen., motiv pentru care se va dispune confiscarea specială a autovehiculului”.

Apreciem soluția ca fiind judicioasă, chiar dacă acceptăm și relevanța unor argumente în sens contrar, fundamentate însă mai degrabă pe forma intenției reținute de instanță. Opinia noastră este că, în contextul multiplicării exponențiale a infracțiunilor la regimul rutier, o serie dintre acestea urmate de decesul victimelor, este salutară sporirea argumentativă a unor considerente ale hotărârilor judiciare în care, pe larg, se raționează că forma de vinovăție este intenția indirectă, iar nu culpa cu prevedere¹². O delimitare dificilă însă, care ține și de consistența probatoriului obiectiv, am spune. *Mutatis mutandis*, ne amintim de dispoziția din materia spălării banilor, în care elementul subiectiv se deduce din împrejurări faprice¹³.

Practica judiciară a fost, totuși, pusă într-o anumită dificultate în această materie, dat fiind pe de o parte diversitatea infracțiunilor în care apare implicat un mijloc de transport, iar apoi din pricina dificultății de a sesiza uneori caracterul indispensabil sau nu al mijlocului la realizarea laturii obiective a infracțiunii.

Remarcăm o izolată decizie de speță¹⁴ în care prima instanță a dispus confiscarea specială ca fiind bun folosit la săvârșirea infracțiunii de conducere a autoturismului cu care inculpatul s-a deplasat în stare de ebrietate. Instanța de fond a dispus prin sentința penală

¹¹ Hotărârea nr. 103/2023 din 26.04.2023 pronunțată de Tribunalul Cluj, cod RJ 867682292 (<https://www.rejust.ro/juris/867682292>), accesat la 21.12.2023.

¹² Pentru dezvoltări, a se vedea și F. Streteanu, *Câteva reflecții privind delimitarea între intenția eventuală și culpa cu prevedere în materia evenimentelor rutiere*, în *Liber Amicorum Viorel Pașca 70, Reforma reformei legislației penale*, Ed. Universul Juridic, 2021, p. 128.

¹³ Potrivit art. 49 alin. (4) din Legea nr. 129/2019 (publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 589 din 18 iulie 2019), „cunoașterea provenienței bunurilor sau scopul urmărit trebuie stabilită/stabilit din circumstanțele faprice obiective”.

¹⁴ Judecătoria Iași, s.p. nr. 253 din 04.02.2021, accesată www.rolii.ro, <http://www.rolii.ro/hotarari/604836ace49009542200005e>, la 12.01.2024.

atacată confiscarea autoturismului pe care inculpatul l-a condus pe drumurile publice la data de 15.09.2020, aflându-se sub influența băuturilor alcoolice.

Ca temei pentru dispunerea măsurii de siguranță a confiscării speciale, instanța de fond a invocat dispozițiile art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen., conform căruia sunt supuse confiscării speciale: „Bunurile care au fost folosite, în orice mod, sau destinate a fi folosite la săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, dacă sunt ale făptuitorului sau dacă, aparținând altei persoane, aceasta o cunoscut scopul folosirii lor”.

În calea de atac a apelului însă¹⁵ instanța de control judiciar a dispus înlăturarea măsurii, argumentându-se că pentru a se putea dispune măsura de siguranță a confiscării speciale în temeiul art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen. este necesar ca bunul să fie folosit la săvârșirea faptei prevăzute de legea penală (adică să fie unul dintre mijloacele de care făptuitorul se folosește efectiv în realizarea elementului material al faptei) sau să fie destinat a fi folosit la săvârșirea faptei prevăzute de legea penală, pe de o parte, iar pe de altă parte, să se constate că bunul respectiv, dacă nu ar fi confiscat și ar fi lăsat la dispoziția făptuitorului sau a altor persoane, ar constitui un pericol, putând fi folosit din nou în același scop.

Se mai punctează că, „deși textul de lege nu prevede nicio condiție pentru confiscarea specială a autovehiculelor identificate în cazul de la art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen., plecând de la analiza naturii juridice de măsură de siguranță și de sancțiune de drept penal a confiscării, se impune a fi constatate îndeplinite condițiile pentru a se putea dispune această măsură (cea a confiscării) cu privire la un vehicul”.

Una dintre aceste cerințe se referă la starea de pericol ce ar trebui înlăturată pentru a se preîntâmpina săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, conform art. 107 alin. (1) C. pen. În acest sens, Curtea a mai subliniat că probatoriul administrat în cauză trebuie să releve o stare de pericol înfățișat sub forma unei temeri că lucrul/bunul respectiv (în speță, autovehiculul inculpatului) este considerat primejdios și că astfel ar putea servi la săvârșirea de noi fapte prevăzute de legea penală sau ar constitui o incitare la folosirea activității infracționale ca mijloc lesnicios de realizare a acesteia. Această cerință, raportat la actele și lucrările dosarului, Curtea constată că nu este îndeplinită în speță.

O altă condiție necesar a fi îndeplinită, pentru a se putea lua măsura de siguranță a confiscării prev. de art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen., mai arată instanța, „rezultă tot din prevederile art. 107 C. pen. și constă în aceea că autovehiculul în discuție trebuie să fi fost folosit la săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală. Aceasta presupune ca autovehiculul să fi servit efectiv la realizarea modalității de săvârșire a faptei prevăzute de legea penală – în cazul de față, la săvârșirea infracțiunii prev. de art. 336 alin. (1) C. pen. –, adică să fie dovedit faptul că autovehiculul a constituit mijlocul propriu de realizare a activității infracționale impus de natura și specificul actului de conduită exprimat de *verbum regens* în cazul art. 336 alin. (1) C. pen. rap. la art. 112 alin. (1) lit. b) – teza întâi C. pen. sau, chiar dacă nu s-a ivit în practică necesitatea de a fi folosit, acesta (în speță, autovehiculul) este parte componentă a modului în care infractorul a conceput activitatea infracțională, în cazul

¹⁵ Curtea de Apel Iași, d.p. nr. 433 din 13.05.2021, accesată www.rolii.ro, <http://www.rolii.ro/hotarari/60bc2d50e490096c09000039>, la 12.01.2024.

art. 336 alin. (1) C. pen., rap. la art. 112 alin. (1) lit. b) – teza a doua din Codul penal [astfel cum rezultă din considerentele Deciziei nr. XVIII/2005 (R.I.L.) a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Secțiile Unite (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 285 din 29 martie 2006)]”.

Curtea de Apel a mai observat că „nici această cerință, în raport cu natura infracțiunii deduse judecătii, nu este întrunită în cauză: în condițiile în care infracțiunea dedusă judecătii este o infracțiune de pericol, valoarea protejată de norma juridică încălcată de către inculpat prin fapta săvârșită fiind siguranța participanților la traficul rutier și relațiile circumscrise acestei valori, având în vedere că activitatea de conducere a unui vehicul reprezintă un *verbum regens* comun multora dintre variantele diferitelor fapte incriminate de legea penală ca infracțiuni contra siguranței circulației pe drumurile publice, reprezentând activitatea prin care se manevrează mecanismele specifice care determină deplasarea vehiculului, ca situație premisă a multora dintre variantele diferitelor fapte incriminate de legea penală ca infracțiuni contra siguranței circulației pe drumurile publice – art. 334 și urm. C. pen., nu se poate susține că autovehiculul inculpatului (ce a făcut obiectul confiscării speciale dispuse de către prima instanță prin sentința penală atacată) poate fi considerat un bun folosit, în orice mod, sau destinat a fi folosit la săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, în sensul impus de norma juridică a art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen. Un bun este considerat că a fost folosit la săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală numai dacă a constituit mijloc de comitere a acesteia”¹⁶.

Astfel, pentru a se putea dispune măsura de siguranță a confiscării speciale, prevăzute de art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen., asupra unui bun/lucru, acesta trebuie „să fi fost folosit” la săvârșirea faptei prevăzute de legea penală [în speță, la săvârșirea infracțiunii prev. de art. 336 alin. (1) C. pen.], adică să fi fost unul dintre mijloacele de care inculpatul s-a folosit efectiv pentru a săvârși infracțiunea dedusă judecătii. Nu orice bun/lucru care a servit la comiterea unei fapte prevăzute de legea penală (în speță, a infracțiunii în discuție) este supus confiscării, ci numai acele bunuri/lucruri care, prin natura lor sau prin felul în care au fost prelucrate, prezintă o stare de pericol, creând temerea că ele vor servi și în viitor la săvârșirea de fapte prevăzute de legea penală/de infracțiuni. Dacă bunul/lucrul nu a constituit un mijloc de comitere a faptei prevăzute de legea penală [în speță, a infracțiunii prev. de art. 336 alin. (1) C. pen.], nu se justifică confiscarea lui, pe temeiul prev. de art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen. Or, modalitatea de reglementare a infracțiunii prev. de dispozițiile art. 336 alin. (1) C. pen. (care presupune ca situație premisă un vehicul) exclude confiscarea specială a vehiculului (autovehiculului) pe considerentul că acesta este un bun dintre cele folosite la comiterea infracțiunii: vehiculul (autovehiculul) nu este un bun folosit la comiterea acestei infracțiuni în sensul dispozițiilor art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen., întrucât ceea ce se protejează prin incriminarea infracțiunii în discuție este siguranța pe drumurile publice: ca atare, nu autoturismul este pericolul, ci starea în care se află conducătorul acestuia.

În fine, se mai argumentează că nu este întrunită condiția existenței unei echivalențe, a unei proporții între consecințele pedepsei și cele ale măsurii de siguranță: consecințele

¹⁶ *Ibidem*.

confiscării nu pot fi mai grave decât cele ale pedepsei aplicate (dacă valoarea bunului supus confiscării este vădit disproporționată față de natura și gravitatea faptei, se dispune confiscarea în parte, prin echivalent bănesc, ținând seama de urmarea produsă sau care s-ar fi putut produce și de contribuția bunului la aceasta). Așadar, la dispunerea confiscării (prin echivalent în parte) organul judiciar trebuie să țină cont de urmarea faptei prevăzute de legea penală (în condițiile în care această urmare poate fi evaluată în bani), precum și de contribuția bunului (în speță, a autovehiculului) la producerea acestei urmări. În cazul în care urmarea faptei prevăzute de legea penală nu poate fi evaluată patrimonial, trebuie analizată această valoare socială în raport cu valoarea patrimonială a bunului, urmând a se stabili care dintre cele două valori este mai importantă.

În speță, contrar argumentelor expuse de prima instanță prin sentința penală atacată, Curtea a constatat în decizia citată că „nici această condiție a proporționalității nu este îndeplinită în cauză. Astfel, Curtea reține că prima instanță a apreciat că măsura confiscării autovehiculului inculpatului nu apare ca fiind nerezonabilă sau disproporționată, apreciind instanța de fond proporționalitatea măsurii confiscării prin raportare la gravitatea acuzației, la comportamentul inculpatului, precum și la valoarea bunului. Or, în aprecierea proporționalității măsurii astfel dispuse (cea de confiscare a autovehiculului inculpatului), Curtea constată că estimările făcute de către prima instanță cu privire la valoarea autovehiculului inculpatului – în sensul în care instanța de fond a reținut că valoarea autovehiculului nu este una deosebită nici în mod obiectiv, față de marcă, model, vechime, stare de uzură, și nici pentru inculpat – sunt pur subiective, neavând corespondent probator în actele și lucrările dosarului, pe de o parte”.

Pe de altă parte, prima instanță a reținut că măsura de siguranță a confiscării autovehiculului inculpatului „este de natură a asigura în mod efectiv împiedicarea inculpatului de mai săvârși astfel de infracțiuni, scopul prevăzut de art. 107 C. pen. fiind atins prin această măsură”, arătându-se că această măsură de siguranță va asigura o prevenție efectivă, inculpatul nemaiavănd posibilitatea concretă de a conduce din nou autovehiculul sub influența băuturilor alcoolice: „Instanța apreciază că această măsură, a confiscării bunului folosit la săvârșirea infracțiunii, este necesară față de dependența de alcool pe care o are inculpatul, dar și față de traseul pe care l-a avut pe durata întregii zile, inculpatul fiind sub influența băuturilor alcoolice la momentul conducerii autovehiculului” – cum se arată prin considerentele sentinței penale atacate.

Or, constată Curtea, ceea ce reține prima instanță ca fiind un pericol (o temere) în săvârșirea de noi infracțiuni de către inculpat este „dependența de alcool pe care o are inculpatul” și nu deținerea/folosirea de către acesta, prin faptul conducerii, a unui vehicul (autovehicul). Așa fiind, dispunerea măsurii confiscării asupra autovehiculului inculpatului nu înlătură riscul conducerii, din nou, de către inculpat a unui vehicul (autovehicul) sub influența alcoolului, inculpatul având la îndemâna propriei alegeri faptul achiziționării/închirierii/imprumutării unui nou autovehicul, pe care să-l conducă din nou pe drumurile publice sub influența alcoolului.

A mai concluzionat instanța de apel că măsura de siguranță a confiscării speciale a autovehiculului inculpatului nu este de natură a satisface scopul prev. de art. 107 C. pen.

Acest scop poate fi însă îndeplinit prin pedeapsa complementară a interzicerii dreptului inculpatului de a conduce vehicule, prev. de art. 66 alin. (1) lit. i) C. pen. – pedeapsă complementară care, constată Curtea, i-a fost aplicată inculpatului prin sentința penală atacată pe o perioadă de 5 ani, pedeapsă complementară pe care Curtea o constată ca fiind judicios aplicată inculpatului de către prima instanță pe durata maximă prevăzută de legea penală.

Remarcăm, totuși, că unele legislații impun în mod expres confiscarea vehiculului condus în stare de ebrietate sau sub influența stupefiantelor, măsură prevăzută de art. 186 din „Codice della strada” italian¹⁷.

De lege ferenda, credem că nu ar fi exclusă luarea în discuție a unei astfel de prevederi în dreptul intern, inserată sub forma unor norme speciale subsecvente textelor de incriminare pentru că, raportat la norma generală, *de lege lata*, confiscarea apare ca discutabilă.

3. Infracțiunile săvârșite în modalitatea „transportului” de bunuri sau persoane

O serie de infracțiuni pot fi săvârșite prin folosirea unor bunuri care facilitează transportul produsului infracțional, a unor bunuri (care pot reprezenta ele însele instrumente infracționale, și ele supuse prelevării) ori a victimelor infracțiunii.

Mai mult, în cazul unor infracțiuni fără subiect pasiv determinat, transportul nu se referă propriu-zis la „victime” (cazul migrației). Vehiculele nu reprezintă ele însele produs al infracțiunii respective, ci numai instrumente care ajută infractorul în demersul ilicit. Dacă ele reprezintă, totuși, produs al unei alte infracțiuni, ne vom afla în situația unui concurs de temeuri, iar în privința fiecărui bun va opera temeiul de confiscare caracteristic (de pildă, autoturismul este sustras și folosit apoi la transportul de persoane).

Este de remarcat în registrul practic că o serie de infracțiuni pot fi comise în varianta normativă a „transportului”.

Amintim aici infracțiunea de trafic de droguri, prevăzută de art. 2 alin. (1) din Legea nr. 143/2000¹⁸ și infracțiunea de trafic de migranți, prevăzută de art. 263 alin. (1) C. pen.¹⁹. De asemenea, traficul de persoane (art. 210 C. pen.) constă în „recrutarea, transportarea, transferarea, adăpostirea sau primirea unei persoane în scopul exploatarea acesteia”,

¹⁷ „Oricine conduce în stare de ebrietate se pedepsește, în cazul în care fapta nu constituie o infracțiune mai gravă: (...) cu sentința de condamnare sau aplicarea pedepsei la cererea părților, chiar dacă s-a aplicat suspendarea condiționată a pedepsei, se dispune întotdeauna confiscarea vehiculului cu care s-a săvârșit infracțiunea, cu excepția cazului în care vehiculul însuși aparține unei persoane neimplicate în infracțiune”, lege accesată la <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/22/codice-della-strada>, la 22.08.2023.

¹⁸ „Cultivarea, producerea, fabricarea, experimentarea, extragerea, prepararea, transformarea, oferirea, punerea în vânzare, vânzarea, distribuirea, livrarea cu orice titlu, trimiterea, transportul, procurarea, cumpărarea, deținerea ori alte operațiuni privind circulația drogurilor de risc, fără drept, se pedepsesc cu închisoare de la 3 la 10 ani și interzicerea unor drepturi”.

¹⁹ „Racolare, îndrumare, călăuzire, transportare, transferare sau adăpostire a unei persoane, în scopul trecerii frauduloase a frontierei de stat a României, se pedepsesc cu închisoare de la 2 la 7 ani”.

săvârșită în diferite modalități. Traficul de minori poate, de asemenea, să fie comis în varianta normativă a transportării victimelor. Chiar și în privința monedei falsificate, despre care putem spune că reprezintă produs infracțional în sens restrâns și confiscabilă în baza art. 112 alin. (1) lit. a) C. pen. este incriminat, *inter alia*, transportul acesteia – art. 313 alin. (4) și art. 314 alin. (3) C. pen. Apoi art. 345 alin. (1) C. pen. incriminează transportul de materiale nucleare sau radioactive și textele ce succed transportul materiilor explozive.

Ceea ce este specific acestor norme este aceea că se prevede în conținutul constitutiv, din perspectiva elementului material, acțiunea care presupune folosirea unui vehicul, transportul.

Prin decizia pronunțată în Recurs în interesul Legii nr. 18/2005²⁰, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că „măsura de siguranță a confiscării speciale a mijlocului de transport se va dispune, în temeiul art. 17 alin. (1) din Legea nr. 143/2000, raportat la art. 118 lit. b) teza I din Codul penal, numai în cazul în care se dovedește că acesta a servit efectiv la realizarea laturii obiective a uneia dintre modalitățile normative ale infracțiunilor prevăzute de art. 2-10 din Legea nr. 143/2000, precum și în cazul în care se dovedește că mijlocul de transport a fost fabricat, pregătit ori adaptat în scopul realizării laturii obiective a acestor infracțiuni”. De precizat că dispoziția art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen. reproduce întru totul vechea reglementare la care face referire decizia arătată de unificare a practicii, astfel că aceasta își păstrează actualitatea.

Deși decizia se referă numai la infracțiunile prevăzute de Legea nr. 143/2000, așa cum a remarcat pe bună dreptate doctrina²¹, tendința generală a jurisprudenței este a se dispune confiscarea vehiculului atunci când, dat fiind volumul acestuia, cantitatea de bunuri transportată (droguri, bunuri sustrase) sau numărul de persoane (cazul traficului de persoane ori de migranți), se constată caracterul indispensabil al utilizării sale la realizarea laturii obiective a infracțiunii.

Instanța supremă a statuat în acest sens în aceeași decizie că măsura se impune „ori de câte ori se dovedește că autoturismul a constituit un mijloc propriu de realizare a activității infracționale impus de natura și specificul actului de conduită impus de *verbum regens* (afecțatia obiectivă), precum și în situația în care, chiar dacă nu s-a ivit în practică necesitatea de a fi folosit, acesta este parte componentă a modului conceperii activității infracționale”.

În privința infracțiunilor săvârșite în varianta „transportului”, bunul poate fi confiscat cu titlu de principiu, însă, cu toate acestea, se impune a fi evaluată relația concretă cu fapta săvârșită. Deși, după cum am afirmat mai sus, analiza oportunității măsurilor de siguranță, ca principiu, este exclusă, în aceste situații este totuși necesar ca instanța să efectueze un examen de această factură.

În materie de migrație, fenomen și deopotrivă infracțiune din sfera criminalității organizate transfrontaliere în plină ascensiune în prezent, remarcăm multitudinea de vehicule folosite în activitate, de regulă etapizat: migranții, după ce traversează frontiera de

²⁰ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 285 din 28 martie 2006.

²¹ L. Stănilă, *Drept penal, partea generală II, Curs universitar*, Ed. Universul Juridic, 2019, p. 236.

stat, sunt preluați de mijloace de transport de dimensiuni reduse spre locațiile de așteptare, spre a nu crea suspiciuni. Apoi, în ziua decisă, sunt îmbarcați din locațiile de găzduire în microbuze, spre a facilita rapiditatea acțiunii prin asigurarea transportului unui număr mai mare de migranți. Mai departe, vor fi debarcați din aceste mijloace și îmbarcați în ansambluri rutiere tip TIR, în parcarile aferente autostrăzilor, în număr mai mare, traversarea frontierei vestice fiind momentul decisiv, disimularea fiind mai importantă. Progresiv, capacitatea mijloacelor de transport crește, pe măsură ce traseul se apropie de punctele finale de pe teritoriul național.

Explorând practica judiciară, constatăm că, în materia transportului de migranți, o vastă jurisprudență recentă dispune confiscarea autoturismului, în natură sau prin echivalent (din soluțiile consultate, se pare că această ultimă soluție a devenit regula, mai ales în cazul în care mijlocul de transport este un autoturism).

Dacă mijlocul de transport este o utilitară, care are ca întrebuintare firească transportul de persoane, iar acest aspect este coroborat și cu un număr crescut de persoane traficate, instanțele înclină spre confiscarea în natură.

Într-o soluție²², s-a apreciat că „în ceea ce privește autoturismul marca Volkswagen de culoare albă, cu care s-a deplasat inculpatul până în apropierea frontierei, nu se impune a fi confiscat, nefiind îndeplinite condițiile legale pentru dispunerea acestei măsuri, întrucât, deși inculpatul s-a deplasat cu acest vehicul în punctele unde a săvârșit activitățile infracționale, simpla deplasare nu poate fi echivalată cu folosirea directă și nemijlocită a autovehiculului în săvârșirea infracțiunii”.

Argumentarea ni se pare oarecum deficitară, pentru că bunul a servit la activitatea de transport, discuția impunându-se a fi realizată numai din perspectiva confiscării în natură sau *in valorem*, total ori în parte.

O altă instanță²³ a stabilit că „în baza art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen. va dispune confiscarea următoarelor bunuri ce au servit la comiterea infracțiunii de trafic de migranți, respectiv mijlocul de transport pus la dispoziție de inculpat pentru transportul migrantului, transport considerat ilegal și asigurat cu ajutorul autovehiculului ce aparținea inculpatului, în vederea scoaterii din țară în mod ilegal a unei persoane, pentru a ajunge într-o țară din vestul Europei – un microbuz de transport persoane (...)”.

În multe soluții ale practicii, în care se dispune soluții de condamnare pentru infracțiuni săvârșite prin medierea unor vehicule, proprietarul acestora nu este însuși autorul faptei, neputându-se dovedi cunoașterea de către acesta a folosirii ilegale. Soluția este aceea de confiscare prin echivalent, parțial, de la autor, pentru că numai acesta a săvârșit fapta prevăzută de legea penală.

²² Hotărârea nr. 299/2023 din 28.06.2023 pronunțată de Tribunalul Arad, cod RJ g865gd55g (<https://www.rejust.ro/juris/g865gd55g>), accesată la 09.01.2024.

²³ Hotărârea nr. 195/2022 din 31.05.2022 pronunțată de Tribunalul Constanța, cod RJ 72e5eg67e (<https://www.rejust.ro/juris/72e5eg67e>), accesată la 10.01.2024.

Astfel, s-a hotărât de o instanță²⁴: „Din probe nu reiese că proprietara acestei autoutilitare ar fi cunoscut scopul folosirii acesteia, iar probele nu relevă că inculpatul ar fi efectuat acte preparatorii în vederea comiterii infracțiunii de trafic de migranți, însă folosirea autoutilitareii urma să contribuie efectiv și în mod relevant la comiterea infracțiunii de trafic de migranți. Date fiind modalitățile alternative ale elementului material al infracțiunii de trafic de migranți, respectiv racolarea, îndrumarea, călăuzirea, transportarea, transferarea sau adăpostirea unei persoane, în scopul trecerii frauduloase a frontierei de stat a României, constatăm că, în varianta transportării, elementul material al infracțiunii presupune folosirea unui mijloc de transport de orice fel, iar probatoriul din prezenta cauză a confirmat faptul că inculpatul urma să folosească autoutilitara Ford Transit menționată pentru a se deplasa în locul în care se aflau migranții, ca mai apoi să-i transporte într-o altă locație de unde urmau să se pregătească în vederea trecerii ilegale a frontierei”.

Instanța de judecată a constatat, în prima etapă, că „este îndeplinită condiția prevăzută de art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen., autoutilitara fiind destinată să servească efectiv la comiterea infracțiunii de trafic de migranți, raportat la modul de concepere a infracțiunii, motiv pentru care în prezenta cauză se impune confiscarea. Pe de altă parte, se mai reține că, potrivit art. 112 alin. (2) C. pen., dacă valoarea bunurilor supuse confiscării este vădit disproporționată față de natura și gravitatea faptei, se dispune confiscarea în parte, prin echivalent bănesc, ținând seama de urmarea produsă sau care s-ar fi putut produce și de contribuția bunului la aceasta”.

De asemenea, se mai afirmă că, „potrivit art. 112 alin. (3) C. pen., în cazurile prevăzute în alin. (1) lit. b) și lit. c), dacă bunurile nu pot fi confiscate, întrucât nu aparțin infractorului, iar persoana căreia îi aparțin nu a cunoscut scopul folosirii lor, se va confisca echivalentul în bani al acestora, cu aplicarea dispozițiilor alin. (2). În cazul confiscării speciale reglementate de art. 112 C. pen., măsura în cauză reprezintă o ingerință în dreptul de proprietate. În aplicarea acestei sancțiuni penale instanța are obligația de a examina dacă ingerința în dreptul de proprietate îndeplinește exigențele art. 53 din Constituția României, respectiv are obligația de a examina: prevederea în lege a ingerinței, scopul urmărit, caracterul necesar, caracterul proporțional, astfel încât, deși prevăzută de lege, măsura confiscării speciale nu va opera *ope legis*, instanța având obligația de a asigura un raport rezonabil de proporționalitate între confiscare ca modalitate de asigurare a interesului general și protecția dreptului de proprietate a persoanei acuzate pentru a se evita să se impună o sarcină individuală excesivă. În aceste condiții, observând că autoutilitara în cauză nu aparține inculpatului, fiind proprietatea unei alte persoane, iar din probe nu reiese că aceasta din urmă ar fi cunoscut scopul folosirii mijlocului de transport, constatăm că nu poate fi dispusă confiscarea vehiculului respectiv. Totodată, față de configurația concretă a faptei săvârșită de inculpat, constatăm că luarea măsurii confiscării contravalorii autovehiculului în întregime ar fi disproporționată, urmând a se dispune, în baza art. 112 alin. (1)

²⁴ Hotărârea nr. 218/2022 din 02.05.2022 pronunțată de Tribunalul Timiș, cod RJ 98378d7e6 (<https://www.rejust.ro/juris/98378d7e6>), accesată la 09.01.2024.

lit. b) și art. 112 alin. (2) și (3) C. pen., confiscarea în parte, prin echivalent bănesc, de la inculpatul (...) a sumei de 2.000 lei din valoarea autoutilitareii”.

Dacă bunul respectiv nu este al făptuitorului, ci al unei alte persoane, iar aceasta din urmă nu a cunoscut scopul ilicit al folosirii, el nu va putea fi confiscat în natură, primând buna-credință a terțului străin de activitatea ilicită. Se procedează astfel la evaluarea bunului de către instanță, prin administrarea oricăror mijloace de probă (de exemplu, extrase privind valoarea de piață a celui vehicul) și dispunerea confiscării prin echivalent bănesc, total ori parțial, de la făptuitor.

Ar fi inechitabil dacă, în condițiile în care bunul a servit la comiterea faptei, sancționarea autorului să depindă de aspectul dacă bunul era sau nu proprietatea sa. Primează în acest sens întrebuintarea ilicită ce-i este oferită lucrului.

Dacă, în schimb, terțul proprietar al mijlocului de transport a cunoscut scopul folosirii bunului de către infractor, încredințându-l în acest sens sau lăsându-l în grija autorului faptei, acesta va putea fi, *de lege lata*, confiscat, buna-credință fiind răsturnată.

În concret, cunoștința terțului poate fi probată sau dedusă din diferite împrejurări obiective, legea neoferind criterii certe de stabilire a elementului subiectiv.

De regulă însă, în practică această situație este dificil de întrunit, pentru că activitatea proprietarului bunului s-ar circumscrie ajutorului sau înlesnirii săvârșirii faptei, adică forme de pluralitate ocazională a complicității. În acest caz, bunul va fi confiscat direct de la complice, acesta devenind participant la săvârșirea infracțiunii²⁵.

Prin urmare, din moment ce confiscarea în natură nu poate fi dispusă față de o persoană care nu a comis o faptă tipică, problematica se transferă numai pe terenul confiscării totale sau parțiale prin echivalent bănesc de la autorul infracțiunii, acela care a folosit mijlocul de transport.

Este de punctat în acest registru valența pe care o poate primi produsul infracțiunii în materia confiscării instrumentului infracțional. În acest sens, observăm că dispoziția de la art. 112 alin. (2) C. pen. face vorbire de evaluarea urmărilor produse sau care s-ar fi putut produce și de contribuția bunului la aceasta.

Spre exemplu, instanța are a evalua însuși produsul infracțional ce urma să fie obținut prin facilitarea folosirii bunului ori cel ce a fost efectiv realizat. Dacă acel folos a fost obținut, se va dispune și confiscarea acestuia în baza art. 112 alin. (1) lit. e), însă valoarea sa va servi și la evaluarea folosinței bunului. Dacă produsul nu a fost obținut de agent, valoarea eventuală a sa (stabilită prin probe sau indicii) se va institui ca o veritabilă reflectare a produsului în valoarea confiscabilă din instrumentul infracțiunii.

Într-o speță, în condițiile în care prima instanță a apreciat că „în cauză nu se poate dispune confiscarea echivalentului bănesc al autoutilitareii folosite de inculpat la săvârșirea

²⁵ M. Udriou, *Sinteze de drept penal. Partea generală*. Ed. II, vol. II. Ed. C.H. Beck, 2021, p. 855. S-a mai punctat că „aplicarea tezei a doua a dispoziției ar constitui o veritabilă confiscare de la terți, or confiscarea de la terță persoană nu își poate găsi aplicarea în practică, întrucât persoana care cunoaște scopul folosirii bunului și îl dă spre folosință devine complice al acelei infracțiuni, astfel el nu mai este altă persoană decât făptuitorul, ci devine însuși un făptuitor” (I. Vișinescu, *Confiscarea de la terțe persoane*, în *Caiete de drept penal*, nr. 1/2019, Ed. Universul Juridic, p. 15).

infracțiunii, astfel cum prevede art. 112 alin. (2) C. pen., întrucât acesta nu aparține inculpatului, ci unei alte persoane în privința căreia nu s-a făcut dovada că ar fi cunoscut că inculpatul utilizează autoutilitare în scopul traficului de migranți, nefiind astfel incidente dispozițiile art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen.”, Curtea de Apel Timișoara a admis apelul Parchetului și a considerat că bunul face parte dintre acelea care au fost folosite la săvârșirea faptei și se poate dispune confiscarea, deși nu aparține inculpatului condamnat.

S-a apreciat așadar că „apelul declarat de Parchet este întemeiat, întrucât în cauză sunt îndeplinite condițiile prevăzute de dispozițiile art. 112 alin. (1) lit. b) și alin. (3) C. pen. (...). În cauză, vinovăția inculpatului a fost stabilită sub aspectul faptului că a transportat cu autoutilitara marca Iveco, cu numărul de înmatriculare (...) în compartimentul de marfă, din localitatea Timișoara până la Punctul de Trecere a Frontierei Cenad, un grup format din 5 cetățeni străini din Bangladesh, în scopul de a trece ilegal frontiera spre Ungaria. Așadar, autoutilitara a fost folosită la săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, respectiv infracțiunea de trafic de migranți, fiind incident cazul prevăzut de art. 112 alin. (1) lit. b) C. pen. În același timp, autoutilitara nu aparținea inculpatului, ci numitei (...), căreia i-a fost restituită în cursul urmăririi penale, astfel că în speță sunt aplicabile dispozițiile art. 112 alin. (3) C. pen., privind confiscarea prin echivalent. Pe de altă parte, valoarea autoutilitarei este vădit disproporționată față de natura și gravitatea infracțiunii, astfel că se justifică o confiscare în parte, prin echivalent conform art. 112 alin. (2) C. pen. La stabilirea sumei ce se va dispune a fi confiscată cu acest titlu, Curtea de Apel are în vedere activitatea ilicită realizată de inculpat, faptul că aceasta pare a fi un eveniment izolat întrucât nu a existat o înțelegere prealabilă cu persoanele care doreau să tranziteze ilegal frontiera, dar și valoarea mijlocului de transport folosit și fără de care săvârșirea infracțiunii nu ar fi fost posibilă, precum și împrejurarea că inculpatul ar fi urmat să fie recompensat pentru serviciul prestat, el însuși recunoscând că ar fi trebuit să primească suma de 1.500 euro. Raportat la aceste elemente, se va stabili suma de 1.500 euro ca sumă pentru confiscarea parțială prin echivalent a mijlocului de transport folosit la săvârșirea infracțiunii”.

O altă soluție recentă a jurisprudenței²⁶ s-a referit la confiscarea prin echivalent a unei sume din valoarea mijlocului de transport.

S-a reținut în sarcina inculpatului că „în data de 29.08.2023 a transportat cu automarfarul capul tractor marca Ford cu nr. de înmatriculare (...) și semiremorca cu nr. de înmatriculare (...) un grup format din 37 de persoane, cetățeni Pakistan, Bangladesh și India, care urmau să tranziteze teritoriul statului român în scopul trecerii frauduloase a frontierei de stat a României pentru de a ajunge în state din Europa de Vest, prin mijloace care pun în pericol viața, integritatea sau sănătatea migranților și în scopul de a obține un folos patrimonial”.

Cu privire la dreptul de proprietate asupra acestui autoturism, din copia certificatelor de înmatriculare coroborat cu declarația dată de inculpat în cursul urmăririi penale, a rezultat că „atât capul tractor marca Ford cu nr. de înmatriculare (...), cât și și semiremorca

²⁶ Hotărârea nr. 1/2024 din 08.01.2024 pronunțată de Tribunalul Timiș, cod RJ 5954eeg3e (<https://www.rejust.ro/juris/5954eeg3e>), accesată la 12.01.2024.

cu nr. de înmatriculare (...). Este adevărat că inculpatul a declarat că patronul acestei societăți ar fi cunoscut că automarfarul urma să fie folosit la săvârșirea infracțiunii, însă instanța apreciază că această singură probă nu este suficientă pentru a concluziona că, într-adevăr, proprietarul ansamblului avea cunoștințe despre activitatea infracțională. Prin urmare, exclusiv sub aspectul confiscării în natură, fără a interfera cu eventualele cercetări penale care ar putea fi întreprinse, instanța va aprecia că nu sunt suficiente probe pentru a reține că societatea avea cunoștință despre scopul în care urma să fie folosit automarfarul”.

Pe de altă parte, mai arată instanța, „probele relevă că inculpatul a efectuat mai multe acte preparatorii în vederea comiterii infracțiunii de trafic de migranți, demersurile fiind concretizate în: stabilirea unor căi de comunicare cu alte persoane care l-au îndrumat spre locurile de unde trebuia să preia grupurile de migranți, în deplasarea lor într-un loc retras în scopul trecerii ulterior a frontierei cu Ungaria spre țări din vestul Europei, dar și în folosirea propriu-zisă a autoturismului menționat la transportul celor 37 de migranți. Astfel, folosirea autoturismului a contribuit efectiv și în mod relevant la comiterea infracțiunii de trafic de migranți. Date fiind modalitățile alternative ale elementului material al infracțiunii de trafic de migranți, respectiv racolarea, îndrumarea, călăuzirea, transportarea, transferarea sau adăpostirea unei persoane, în scopul trecerii frauduloase a frontierei de stat a României, se constată că, în varianta transportării, elementul material al infracțiunii presupune folosirea unui mijloc de transport de orice fel, iar probatoriul din prezenta cauză a confirmat faptul că inculpatul a folosit autovehiculul menționat pentru a se deplasa în locul în care se aflau migranții, ca mai apoi să-i transporte în vederea trecerii ilegale a frontierei”.

Astfel, față de configurația concretă a faptei săvârșite de inculpat, instanța a constatat „că luarea măsurii confiscării contravalorii autovehiculului în întregime ar fi disproporționată, urmând a se dispune, în baza art. 112 alin. (1) lit. b) și art. 112 alin. (2) și (3) C. pen., confiscarea în parte, prin echivalent bănesc, de la inculpat, a sumei de 24.850 lei, din valoarea automarfarului (...). Suma de 24.850 lei a fost stabilită ca urmare a declarației inculpatului conform căreia acesta ar fi obținut suma de 5.000 euro. La data de în perioada 29-30.08.2023, echivalentul în lei a unui euro la cursul BNR a fost de 4,97 lei. Astfel, la data de 29/30.08.2023, când a fost efectiv săvârșită infracțiunea, inculpatul ar fi primit 24.850 lei. În consecință, în temeiul art. 249 alin. (1) și (2) C. pr. pen. va dispune restituirea către (...) capul tractor marca Ford cu nr. de înmatriculare (...) și semiremorca cu nr. de înmatriculare (...).

Așadar, confiscarea propriu-zisă de la terți, în multe situații proprietari ai mijloacelor de transport, dat fiind circuitul civil facil al acestora, nu este posibilă, în condițiile în care aceștia nu au comis fapta prevăzută de legea penală, nejustificată, măsura putând fi dispusă prin echivalent numai față de făptuitor.

4. Concluzii

În concluzie, punctăm că registrul bunurilor folosite la comiterea infracțiunii, obiecte ale confiscării speciale, este deosebit de complex și variat. Ele se înscriu în sfera deosebit de

largă a instrumentelor infracționale. Identificarea acestora, uneori mai facilă, iar alteori mai dificilă, va reprezenta în practică o etapă decisivă în asigurarea eficienței măsurii de siguranță.

Am observat că vehiculele pot căpăta o conotație în sfera ilicită din mai multe perspective, uneori chiar și ca veritabilă armă. Apoi acestea pot servi la transportul unor bunuri provenite din săvârșirea de infracțiuni, a produsului faptei ilicite. Mergând mai departe, vehiculul poate fi folosit la transportul unor bunuri sau persoane în contextul în care însăși această activitate reprezintă elementul material al infracțiunii.

Studiul a ocazionat, chiar dacă nu se dorește a reprezenta o cercetare exhaustivă, prezentarea valențelor mijloacelor de transport în registrul ilicit din perspectiva posibilității de prelevare a lor. Am constatat că numai cu dificultate poate fi argumentată confiscarea în natură a acestora, practica orientându-se prioritar spre confiscarea unui echivalent bănesc de la infractor și restituirea bunurilor proprietarului.

Parteneriatul public-privat în lupta împotriva spălării banilor și finanțării terorismului

Public-private partnerships in the fight against money laundering and terrorist financing

PhD Student **Attila László BARÁTKI***

Universitatea din Pécs

Școala Doctorală de Drept și Științe Politice

Abstract

The possibility of public-private cooperation has long been raised in the fight against money laundering and terrorist financing. It is a commonly used structure in many sectors around the world, so it was only a matter of time before this cost-effective and innovative solution, would be introduced in the fight against money laundering and terrorist financing. Several experts have already addressed this possibility, but no study has yet been carried out in Hungary. The aim of my research is twofold. One is to pioneer the linking of these two professional sectors, and the other is to present the European Union's efforts in this direction. I will briefly present the alternative of public-private cooperation in the fight against money laundering and terrorist financing, then I will explore the scientific positions with an international perspective, summarize the benefits and challenges, and finally I will give a professional opinion on the expected implementation.

Keywords: PPP (Public Private Partnership), AML/CFT, Public-private cooperation, FATF, European Commission, Fight against money laundering and terrorist financing.

Rezumat

Posibilitatea de cooperare între sectorul public și cel privat a fost realizată de mult timp în lupta împotriva spălării banilor și finanțării terorismului. Este o structură comună la nivel mondial și se regăsește în mai multe sectoare, așa că era doar o chestiune de timp până când această soluție inovatoare și eficientă din punctul de vedere al costurilor să fie introdusă în lupta împotriva spălării banilor și finanțării terorismului. Mai mulți experți au abordat deja această posibilitate, dar în Ungaria nu a fost realizat încă niciun studiu. Scopul cercetării mele este dublu. Unul este acela de a fi un pionier în stabilirea unei legături între aceste două sectoare profesionale, iar celălalt este acela de a prezenta eforturile Uniunii Europene în această direcție. Voi prezenta pe scurt alternativa cooperării public-privat în lupta împotriva spălării banilor și a finanțării terorismului, apoi voi explora pozițiile

* baratky75@gmail.com

științifice dintr-o perspectivă internațională, voi rezuma beneficiile și provocările și, în final, voi oferi o opinie personală cu privire la implementarea preconizată.

Cuvinte-cheie: *parteneriat public-privat (PPP), AML/CFT, cooperatie public-privat, FATF, Comisia Europeană, lupta împotriva spălării banilor și finanțării terorismului.*

1. Ce este un parteneriat public-privat (PPP¹)?

Sistemul de parteneriat public-privat (denumit în continuare PPP) se bazează pe recunoașterea tipică pentru stat a faptului că autoritățile publice nu doresc să finanțeze dintr-un buget unic sarcinile publice pe care sunt obligați prin Constituție să le îndeplinească și nici nu sunt în măsură să finanțeze din venituri proprii investițiile, îmbunătățirea serviciilor și dezvoltarea infrastructurii necesare pentru a-și îndeplini sarcinile. În astfel de cazuri, sectorul public va implica capitalul privat în realizarea de facilități și servicii ale sectorului privat în acele sarcini care pot fi externalizate în mod legal din sectorul public.

Din definițiile elaborate de unii experți, se pot identifica următoarele caracteristici comune pentru diferitele sisteme PPP:

- un parteneriat atipic între sectorul public și cel privat, bazat pe un contract
- implică, de obicei, o cooperare pe termen lung,
- partenerul privat contribuie la îndeplinirea sarcinilor publice prin furnizarea de resurse financiare și know-how², în schimbul cărora
- primește o plată de la partenerul public sau direct de la utilizatorii serviciului furnizat³.

Conceptul PPP are ca scop crearea unui nivel mai ridicat de valoare adăugată prin perfecționarea, expertiza, capacitatea de inovare mai mare și puterea de gestionare a sectorului privat, așa-numiții câștigători fiind nu numai părțile contractante, ci și toate părțile interesate, inclusiv membrii societății. De asemenea, sectorul privat poate investi în anumite domenii ale sectoarelor publice, în proiecte previzibile pe termen lung, iar sectorul

¹ PPP – Parteneriatul public-privat este o nouă formă de furnizare de servicii publice în care statul implică sectorul privat în proiectarea, construcția, întreținerea, finanțarea și exploatarea instalațiilor, instituțiilor și echipamentelor necesare pentru furnizarea serviciilor publice, în cadrul unui parteneriat complex. În sistemul clasic de PPP privat, acest lucru este realizat de o singură companie sau de un singur grup. Actorul public sau utilizatorul final recuperează valoarea investiției, costurile de operare și serviciile sub forma unei plăți de disponibilitate către operator.

² Know-how – Legea LIV din 2018 în Ungaria a introdus conceptul de „know-how” aplicat la cunoștințele brevetate. În consecință, know-how-ul este forma identificabilă a unui secret comercial. Legea subliniază că poate fi vorba de cunoștințe tehnice, economice, organizaționale, o soluție cu un astfel de conținut sau o combinație a acestora. Un secret comercial este orice cunoștință secretă cu valoare pecuniară referitoare la o activitate economică, care nu este ușor accesibilă sau care nu este cunoscută în general și pe care deținătorul (proprietarul) are interesul să o păstreze secretă sau să o trateze ca atare. Prin urmare, în această abordare, know-how-ul este o cunoaștere cu valoare identificabilă referitoare la o activitate economică și care este ținută secretă.

³ Cartea verde a Comisiei Europene privind parteneriatele public-privat și dreptul comunitar în materie de achiziții publice și concesiuni COM(2004) 327 final, punctele 1 și 2.

Sursa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004DC0374&from=ES>.

public poate furniza servicii de înaltă calitate cetățenilor săi într-un mod eficient din punctul de vedere al costurilor. Un aspect deloc neglijabil este faptul că aceste proiecte creează un efect de multiplicare⁴ la nivel macroeconomic. În același timp, pentru implementarea și funcționarea cu succes, este esențial ca în contract să se definească în mod corespunzător alocarea responsabilităților și a riscurilor. Fiecare parte contractantă ar trebui să își asume doar riscurile pe care le poate suporta și gestiona în mod corespunzător în cadrul propriilor operațiuni.

Există mai multe subtipuri, în funcție de gradul de responsabilitate și de împărțirea riscurilor. Printre schemele PPP, așa-numitul Buy-Build-Operate (denumită în continuare BBO⁵), conform terminologiei internaționale, poate fi utilizat în lupta împotriva spălării banilor și a finanțării terorismului. Diferența constă în faptul că statul nu utilizează bunul pentru a-și îndeplini sarcinile, ci compania privată dezvoltă un nou bun de ultimă generație și apoi continuă să îl opereze pentru a-l utiliza rapid, inovator și eficient.

Schema PPP este o metodă comună de aplicare în întreaga lume. A fost doar o chestiune de timp până când aceasta a fost utilizată în cadrul acțiunilor internaționale de combatere a spălării banilor și a finanțării terorismului. Comisia Europeană intenționează, de asemenea, să consolideze cooperarea reciprocă între sectorul public și cel privat prin înființarea Autorității europene de supraveghere, care urmează să fie înființată în curând (denumită în continuare: AMLA⁶).

Un proiect similar între sectorul public și cel privat este deja în vigoare în Regatul Unit, care găzduiește, de asemenea, PPP-uri, creând un scop comun în cadrul sectorului. Joint Money Laundering Steering Group (denumită în continuare: JMLSG⁷) este un organism din sectorul privat format din principalele asociații comerciale din sectorul serviciilor financiare din Regatul Unit al Marii Britanii. Acesta desfășoară activități de supraveghere și emite orientări aprobate de Trezoreria HM ca parte a funcțiilor sale de combatere a spălării banilor și a finanțării terorismului⁸. Acesta menține o bază de date publică cu privire la activitățile pe care le desfășoară și publică rezultatele auditurilor sale cu aprobarea Trezoreriei⁹.

În Ungaria, nu există o standardizare a activităților de supraveghere și nici a ghidurilor. Legiuitorul a împărțit organisme de supraveghere în activități în conformitate cu art. 5 din

⁴ Multiplicarea investiției reprezintă numărul total de unități de creștere a veniturilor pe unitate de investiție în economie. Răspândirea experienței acumulate prin intermediul proiectelor (unele modele-valoare de implementare) se numește efect de multiplicare. Acest efect poate crește și mai mult impactul net al unui proiect.

⁵ BBO – Aceasta este utilizarea obișnuită a schemelor PPP în Regatul Unit și în SUA în domenii în care achiziția de servicii este suficientă pentru ca sectorul public să își îndeplinească sarcinile.

Sursa: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-process>.

⁶ AMLA – Anti Money Laundering Authority.

Sursa: <https://www.consilium.europa.eu/hu/press/press-releases/2023/12/13/anti-money-laundering-council-and-parliament-agree-to-create-new-authority/>.

⁷ Sursa: <https://www.jmlsg.org.uk/>.

⁸ Sursa: <https://www.jmlsg.org.uk/joint-money-laundering-steering-group-jmlsg/about-us/what-we-do/>.

⁹ Sursa: <https://www.jmlsg.org.uk/latest-news/jmlsg-publishes-revisions-5/>.

Legea nr. LIII din 2017 privind prevenirea și combaterea spălării banilor și a finanțării terorismului (denumită în continuare Pmt.)¹⁰.

Diferitele autorități de supraveghere au emis orientări în conformitate cu propria interpretare a legii.

2. Rolul-cheie al relațiilor public-privat în prezent

Ideile politice care stau la baza PPP-urilor și implicațiile juridice ale acestora pot fi observate în exemple din trecut. Puțini sunt cei care știu că în Ungaria au fost realizate peste 300 de investiții PPP public-privat între anii 2006 și 2012. Palatul Artelor a fost primul proiect de acest tip, dar au existat și autostrăzi, instituții publice culturale și publice, precum școli, colegii, spitale, clădiri ale instanțelor de judecată și chiar două închisori care funcționează în prezent în acest mod¹¹. Acestea au fost realizate în baza unor contracte atipice cu o durată de 20-35 de ani. Deși aceste investiții nu au o așa-zisă bună reputație în țara noastră, ele sunt folosite și astăzi în Europa și în întreaga lume ca o schemă bine stabilită, în multe forme de cooperare PPP. Acest lucru se datorează faptului că, cu un contract potrivit, se poate stabili o relație bazată pe încredere reciprocă între părțile implicate, de-a lungul unor interese bine definite. Este, de asemenea, important de remarcat faptul că aceste investiții sunt previzibile pe termen lung din punct de vedere investițional și că ele ating obiective de dezvoltare semnificative.

Ideea parteneriatelor public-privat în lupta împotriva spălării banilor și a finanțării terorismului reflectă ideea că punerea în aplicare a obligațiilor AML/CFT¹² de către entitățile private și aplicarea acestor obligații de către autoritățile de supraveghere este, în practică,

¹⁰ § 5 În sensul prezentei legi, un organism de supraveghere este definit la articolul 1 alineatul (1) ca fiind:

a) de la a) la e) și, în ceea ce privește furnizorii de servicii și persoanele menționate la articolul 1 alineatul (1b), MNB (denumită în continuare „autoritatea de supraveghere”), care acționează în calitate de autoritate de supraveghere a sistemului de intermediere financiară;

b) în ceea ce privește furnizorii de servicii specificați la litera (i), Autoritatea de supraveghere a activităților reglementate;

c) în ceea ce privește furnizorii de servicii definiți la litera (g), Camera Maghiară a Auditorilor;

d) în ceea ce privește prestatorii de servicii specificați la litera (l), în conformitate cu diferitele dispoziții aplicabile avocaților, consilierilor juridici camerali și notarilor în temeiul prezentei legi:

(da) în cazul avocaților și al consilierilor juridici camerali, camera din care avocatul sau consilierul juridic cameral este membru (denumită în continuare „camera regională de avocați”),

(db) în cazul notarilor, camera al cărei membru este notarul (denumită în continuare „camera regională a notarilor”);

(e) în ceea ce privește prestatorii de servicii menționați la literele (j), (k), (p) și (q), autoritatea comercială;

(f) în legătură cu prestatorii de servicii definiți la literele (f), (h), (n), (o) și (r), autoritatea care acționează ca unitate de informații financiare (denumită în continuare „unitate de informații financiare”);

(g) în ceea ce privește furnizorii de servicii definiți la litera (m), oficiul în temeiul Legii privind fiduciarii și al normelor care reglementează activitățile acestora (denumit în continuare „oficiul”).

¹¹ A.L. Barátki, *Prezentarea unui studiu de caz privind parteneriatul public-privat în contextul proiectelor penitenciare*, arhivată în biblioteca universității ZMNE BJMKF in 2006.

Sursa: <https://ludovika-campus.uni-nke.hu/campusaink/zrinyi-miklos-laktanya-es-egytemi-campus/konyvtar>.

¹² AML/CFT – Anti Money Laundering and Counter Financing Terrorism

adesea caracterizată mai degrabă de respectarea unor norme formale decât de dorința de a preveni și descuraja în mod eficient infracțiunile. Aceasta este însă o abordare greșită, deoarece ideea care stă la baza parteneriatului public-privat este că actualul cadru ar putea fi îmbunătățit dacă fluxul de informații în ambele direcții ar fi mai rapid și mai eficient. Un exemplu ar putea fi cazul în care, atunci când trebuie să se efectueze un control de prudență privind un client important, autoritatea publică ar putea avea mai multe informații și le-ar putea împărtăși, chiar și sub formă de informații parțiale, cu sectorul privat în cauză, care ar putea obține astfel un rezultat mai precis în ceea ce privește respectarea legislației în materie de combatere a riscurilor de spălare a banilor și de finanțare a terorismului. Cu alte cuvinte, în cadrul unui „parteneriat”, ambele părți implicate adoptă o abordare adecvată a unui caz și nu se limitează la îndeplinirea unor obligații formale bazate pe cerințele legale minime. Una dintre sarcinile autorității UE pe care Comisia Europeană intenționează să o înființeze, adică AMLA¹³, va fi aceea de a monitoriza, printre altele, cât de strâns și cât de eficient s-au angajat sectoarele public și privat în legătură cu un caz. Acest lucru poate fi realizat, în mod evident, prin încurajarea unui simț al scopului comun bazat pe interesele convergente ale reprezentanților sectorului public și privat.

Sarcinile AML/CFT constau într-o serie de elemente-cheie, cum ar fi verificarea prealabilă a clientelei, evaluarea riscurilor, denunțarea, dacă este necesar, analiza de către Unitatea de informații financiare (prescurtat: FIU) și, în cele din urmă, investigațiile penale. Aceasta constă într-o gamă largă de activități tehnice, organizaționale și de resurse umane. De asemenea, implică faptul că o cooperare mai strânsă între sectorul public și cel privat poate avea loc în diferite etape. În practică, parteneriatele public-privat sunt deseori – și unii ar spune cel mai adesea – caracterizate de dorința de a respecta în mod formal cerințele AML/CFT de către organismele private și de punere în aplicare a cerințelor de către autoritățile de supraveghere mai degrabă decât de dorința de prevenire sau de prevenire și descurajare eficace a infracțiunilor. Acest lucru se datorează faptului că organizațiile obligate caută să acționeze în mod formal și să demonstreze că au luat măsuri rezonabile pentru a se conforma legii pentru a fi sancționate pentru orice nerespectare.

Dezvoltarea unui cadru pentru PPP nu înseamnă doar crearea de mecanisme care să completeze alte elemente ale arhitecturii actuale. Mai degrabă este vorba despre adaptarea legislației actuale pentru a pune în aplicare mai eficient obligațiile de CDD¹⁴, pe baza unor exemple practice. Considerații similare se aplică și celui alt rol principal al schimbului de informații, și anume sprijinirea investigațiilor în curs de desfășurare. Rolul schimbului de

¹³ O nouă autoritate a UE pentru combaterea spălării banilor și a finanțării terorismului, pe baza unei propuneri înaintate de Comisia Europeană în iulie 2021. Propunerea făcea parte dintr-un pachet legislativ menit să pună în aplicare Planul de acțiune al UE din 2020 pentru o politică globală de prevenire a spălării banilor și a finanțării terorismului. AMLA ar fi centrul unui sistem integrat, format din Autoritatea însăși și autoritățile naționale cu mandate de supraveghere în domeniul AML/CFT. De asemenea, aceasta ar sprijini unitățile de informații financiare ale UE (Financial Unit) și ar stabili un mecanism de cooperare, va avea sediul la Frankfurt și se preconizează că va deveni operațional în anul 2025.

¹⁴ CDD – Customer Due Diligence.

Sursa: <https://airontrust.hu/aml-penzmosas-terroizmus-jogi-fogalmak/>.

informații între sectorul public și cel privat în cadrul investigațiilor în curs de desfășurare evidențiază în special o serie de întrebări fără răspuns în ceea ce privește relația dintre legile de procedură penală și legile care prevăd AML/CFT. În cazul în care se dezvoltă practici informale de schimb de informații în sprijinul investigațiilor penale în curs, PPP-urile pot fi un exemplu de astfel de practici care funcționează bine în paralel și în completarea măsurilor de urmărire penală¹⁵. Atunci când a fost introdus regimul UE de combatere a spălării banilor, acesta a fost criticat de mulți pe motiv că interferează cu drepturile fundamentale la viața privată. Cu toate acestea, experiența i-a determinat pe unii cercetători să sublinieze faptul că obligațiile de precauție privind clientela implică păstrarea datelor financiare. Termenul de păstrare a datelor poate fi definit, în general, ca fiind „colectarea și stocarea datelor cu caracter personal în scopuri nespecificate, în cazul în care acestea sunt necesare pentru o utilizare viitoare încă neprecizată”¹⁶. Cred că reținerea datelor poate fi împărțită, în principiu, în două părți. În primul rând, în special în cazul actorilor privați, aceștia sunt obligați din punct de vedere juridic să păstreze majoritatea datelor pentru o anumită perioadă de timp.

A doua secțiune conține dispoziții legale care permite autorităților publice să acceseze aceste date. Art. 13 alin. (40) din Directiva Uniunii Europene privind combaterea spălării banilor obligă organizațiile să păstreze datele financiare personale¹⁷.

Deși există o nevoie evidentă de păstrare a datelor în lupta împotriva spălării banilor și a finanțării terorismului, accesul autorităților publice la aceste date poate fi justificat și din alte motive, cum ar fi investigarea unei infracțiuni penale. În Ungaria, accesul la datele AML/CFT în scopul depistării unei infracțiuni nu este autorizat pentru autoritățile de investigare de către Legea LIII din 2017 privind prevenirea și combaterea spălării banilor și a finanțării terorismului, ci de Legea XC din 2017 privind procedura penală. Accesul la datele AML/CFT pentru autoritățile de supraveghere și Unitatea de informații financiare este prevăzut în Pmt. Astfel, în conformitate cu art. 70 din Pmt., autoritățile de supraveghere cooperează îndeaproape între ele – Unitatea de informații financiare, autoritatea de investigare, parchetul și instanța de judecată –, precum și cu autoritățile de supraveghere din alte state membre sau țări terțe. Cu toate acestea, din experiența mea, acest lucru nu este exploatat suficient. Cred că această dispoziție ar trebui probabil să fie extinsă pentru a include cooperarea cu sfera privată, care este obligată să colecteze și să stocheze date.

¹⁵ B. Vogel: *Opportunities and limitations of public-private partnerships against money laundering and terrorist financing*. publicat de Euclid, 2022/04. pp. 52-60.

¹⁶ M. Albers: *Data Retention in Germany*, in: M. Zubik, J. Podkowik és R. Rybski (szerk.), *European Constitutional Courts to Data Retention Laws*, 2021, p. 117.

¹⁷ Directiva (UE) 2018/843 a Parlamentului European și a Consiliului (a cincea modificare: 30 mai 2018) de modificare a Directivei (UE) 2015/849 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor sau finanțării terorismului și de modificare a Directivelor 2009/138/CE și 2013/36/UE, JO L 156, pp. 43.

3. PPP în domeniul AML/CFT/CPF¹⁸

După cum s-a arătat în capitolul anterior, utilizarea PPP este comună pe plan internațional și, prin urmare, reprezintă o alternativă în lupta împotriva spălării banilor și a finanțării terorismului. Aceasta, inclusiv lupta împotriva proliferării finanțării armelor de distrugere în masă (denumit în continuare AML/CFT/CPF), necesită eforturi de cooperare strategică între autoritățile publice și sectorul serviciilor relevante. Împărțirea sarcinilor între instituțiile din sectorul privat și organismele din sectorul public, cum ar fi autoritățile de aplicare a legii, de supraveghere sau de reglementare, poate fi esențială în domeniul AML/CFT/CPF. De asemenea, factorii de decizie politică ar trebui să țină seama de sugestiile profesionale ale părților interesate atunci când elaborează legislația, deoarece pe baza lacunelor identificate în practică se poate obține o codificare adecvată și rezultate proeminente în materie de punere în aplicare. Schimbul de informații și interpretarea corectă a normelor cu părțile interesate au un impact major asupra succesului luptei împotriva criminalității financiare, inclusiv a spălării banilor și a finanțării terorismului.

În prezent, este mult mai puțin în interesul titularilor de obligații să depună eforturi suplimentare pentru a detecta și filtra o relație problematică cu un client, mai ales dacă acestea nu conduc în cele din urmă la detectarea unei activități infracționale și, prin urmare, nu sunt evaluate în mod corespunzător. Cu alte cuvinte, este adesea mai sigur pentru organizațiile obligate să obțină performanțe mediocre în materie de conformitate cu această așa-numită povară administrativă – adică doar bifând căsuțele – decât să se concentreze pe rezultate mai bune. Schimbul de informații este esențial pentru promovarea transparenței financiare și pentru protejarea integrității sistemului financiar. Într-adevăr, instituțiile financiare și autoritățile competente relevante trebuie să dispună în timp util de informații, analize și date actualizate pentru a preveni săvârșirea infracțiunilor financiare, inclusiv spălarea banilor, finanțarea terorismului și finanțarea proliferării (denumite în continuare: ML/TF/PF¹⁹). Acest lucru este important nu numai pe baza recomandărilor organizațiilor internaționale înființate pentru a combate proliferarea ML/TF/PF, ci și pentru că este în interesul economic național al fiecărui stat să dispună de un sistem eficient.

Dr. Marcus Pleyer, președintele Grupului de Acțiune Financiară Internațională (denumit în continuare FATF²⁰), cel mai mare organism internațional în lupta împotriva spălării banilor

¹⁸ AML/CFT/CPF – Anti-Money Laundering/Combating The Financing of Terrorism/Countering Proliferation Financing of Weapons of Mass Destruction (Proliferare înseamnă combaterea finanțării armelor de distrugere în masă).

¹⁹ ML/TF/PF – Money-Laundering/Terrorism Financing/Proliferation Financing.

²⁰ FATF – Financial Action Task Force, Grupul de Acțiune Financiară Internațională privind Spălarea Banilor este o organizație internațională, înființată în 1989. Așa-numitele „Patruzeci de recomandări”, elaborate în 1992, sunt reglementări neobligatorii, adică au fost folosite ca orientări pentru elaborarea altor documente internaționale împotriva spălării banilor, cum ar fi orientările Uniunii Europene privind combaterea spălării banilor. Mai multe state membre ale UE (și, ca organizație, Comisia Europeană) sunt membre ale grupului internațional. Cele patruzeci de recomandări ale GAFI oferă orientări pentru elaborarea legislației preventive, atât penale, cât și nepenale.

Sursa: <https://www.fatf-gafi.org/en/topics/fatf-recommendations.html>.

și finanțării terorismului, a menționat, de asemenea, aspectul potențial al cooperării public-privat în discursul său la Conferința de combatere a terorismului din cadrul Președinției 2020 a OSCE²¹, spunând: „Nu pot sublinia suficient de mult importanța parteneriatelor public-privat în lupta împotriva spălării banilor și finanțării terorismului. Mulți dintre noi, în Europa, în America și în regiunea Asia-Pacific, am fost martori la o serie de atacuri teroriste de amploare în ultimii ani. Construirea încrederii între sectorul public și cel privat, construirea încrederii între sectoarele private, este esențială în lupta împotriva spălării banilor și finanțării terorismului. Parteneriatele public-privat trebuie să fie stabilite înainte ca spălarea de bani și finanțarea terorismului să poată avea loc și, prin urmare, trebuie să fie investigate”²².

Din punctul meu de vedere, acest lucru consolidează prevenirea, ceea ce înseamnă că dl președinte nu s-ar fi putut gândi la o investigație în sensul clasic, ca o anchetă penală oficială să descopere o infracțiune, ci la o acțiune eficientă bazată pe măsuri preventive, analize și descoperirea de date pentru a preveni spălarea așa-numiților bani murdari sau comiterea unei infracțiuni financiare. În același timp, nu trebuie uitat scopul dublu al AML/CFT, și anume sprijinirea autorităților de aplicare a legii în investigarea infracțiunilor relevante și sprijinirea persoanelor obligate în prevenirea ML/TF/PF.

FATF a emis un standard internațional, „Recomandările FATF 2012”²³, care include deja definiții și standarde pentru schimbul confidențial de informații către sectorul privat în modificarea sa din februarie 2023, după cum urmează:

- Schimbul de informații între sectorul public și cel privat prin intermediul parteneriatelor public-privat și creșterea eficacității măsurilor BLM/CFT/CPF prin colaborarea părților interesate prin facilitarea unei imagini de ansamblu cuprinzătoare a tranzacțiilor financiare și a comportamentului clienților.

- Prin astfel de parteneriate, schimbul are loc adesea într-un mediu sigur, permițând sectorului privat să efectueze extrageri suplimentare de date, analize operaționale și *due diligence* pentru a umple orice lacune de informații.

- Aceste PPP permit schimbul de informații între autoritățile de supraveghere și unitățile de firme financiare, agențiile de aplicare a legii, autoritățile de reglementare din sectorul privat și partenerii internaționali.

În timpul schimbului de informații, desigur, trebuie respectate și cerințele altor reguli, cum ar fi obligațiile prevăzute în GDPR²⁴. Ținând seama de standardele emise de FATF, Comisia Europeană (denumită în continuare Comisia) a adoptat o poziție cu privire la

²¹ OSCE – Organization for Security and Cooperation in Europe.

²² Concluzia discursului președintelui FATF, dr. Marcus Pleyer, la conferința OSCE „Consolidarea parteneriatelor public-privat pentru a limita sprijinul logistic și financiar acordat teroriștilor și țărilor vulnerabile”, 15.09.2020.

Sursa: <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfgeneral/2020-osce-counter-terrorism-conference.html>.

²³ Sursa: <https://www.fatf-gafi.org/en/documents/publicandprivatesectorpartnershipinfightingfinancialcrime.html>.

²⁴ GDPR – General Data Protection Regulation.

această chestiune și a publicat orientări pentru normele UE privind parteneriatele public-privat referitoare la prevenirea spălării banilor și a finanțării terorismului, care au fost trimise tuturor statelor membre spre avizare.

Ținând seama de avizele primite, Comisia și-a publicat Planul de acțiune pentru o politică cuprinzătoare a UE de prevenire a spălării banilor și a finanțării terorismului (AML/CFT) cu numărul 2020/C 164/06²⁵. Prezentul plan de acțiune stabilește modul în care Comisia intenționează să atingă aceste obiective pe baza a șase piloni:

- să asigure punerea în aplicare eficace a cadrului existent al UE privind combaterea spălării banilor și a finanțării terorismului;
- instituirea unui cadru unic de reglementare la nivelul UE privind combaterea spălării banilor și a finanțării terorismului;
- punerea în aplicare a supravegherii în materie de combatere a spălării banilor și a finanțării terorismului la nivelul UE;
- instituirea unui mecanism de sprijin și cooperare pentru unitățile de informații financiare;
- aplicarea dispozițiilor de drept penal la nivelul UE și schimbul de informații;
- consolidarea dimensiunii internaționale a cadrului UE privind combaterea spălării banilor și a finanțării terorismului²⁶.

Pe baza inițiativelor FATF și ale Comisiei, este sigur că se preconizează dezvoltarea cooperării public-privat și a unor relații mai strânse în viitorul apropiat.

4. Participanții din sectorul public și privat la combaterea spălării banilor și a finanțării terorismului

În contextul unei mai bune utilizări a informațiilor financiare, actorii implicați în parteneriatele public-privat ar trebui încurajați cât mai mult posibil. În multe cazuri, natura informațiilor și schimbul inoportun al acestora pot limita rezultatul analizei, detectării și prevenirii. Desigur, o astfel de partajare, după cum am menționat deja, trebuie să respecte și legislația privind protecția datelor. PPP pot lua diferite forme de schimb de informații între autoritățile de aplicare a legii, unitățile de informații financiare și sectorul privat. În același timp, utilizarea anumitor tipuri de PPP ar trebui clarificată și consolidată pentru a îmbunătăți schimbul de informații. Acest lucru ar trebui realizat la nivelul Comisiei, având în vedere diferențele dintre statele membre în ceea ce privește cadrul juridic și modalitățile practice. Pentru PPP-uri sunt disponibile standarde și orientări cu privire la schimbul de bune practici, în special în ceea ce privește normele antitrust, garanțiile și restricțiile privind protecția datelor, precum și garanțiile pentru drepturile fundamentale. Normele Uniunii privind combaterea spălării banilor și a finanțării terorismului nu sunt menite să împiedice accesul

²⁵ Sursa: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13152-Preventing-money-laundering-and-terrorist-financing-EU-rules-on-public-private-partnerships-PPPs_en.

²⁶ Sursa: <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a20k0058.com>.

la servicii financiare legitime, dar ar trebui să fie posibil să se asigure că normele privind combaterea spălării banilor și a finanțării terorismului sunt corelate în mod corespunzător cu legislația care reglementează sectorul financiar și alte întreprinderi și profesii nefinanciare desemnate. În acest scop, pot fi propuse următoarele:

- **Instituții financiare (FIs)²⁷**

- Furnizarea de informații și date exacte și în timp util către unitatea de informații financiare, autoritățile de aplicare a legii și alte autorități (exemplu LEA²⁸) pentru a contribui la detectarea imediată a posibilelor unități de asigurare a ML/TF/PF.

- Stabilirea unui sistem coordonat de organizații profesionale, având în vedere cunoștințele acestora privind comportamentul clienților și rolul lor de intermediari financiari.

- Identificarea activităților suspecte și emiterea de informații, prin trimiterea de rapoarte de tranzacții (STR) către unitățile de informații financiare în timp real, în formă digitalizată.

- **Pentru întreprinderile și profesiile nefinanciare desemnate (DNFBPs²⁹)**

- Identificarea și recunoașterea întreprinderilor și/sau a activităților utilizate exclusiv pentru disimularea plăților în forma lor inițială și/sau pentru stabilirea altor structuri juridice complexe sau tranzacții în cadrul activităților de spălare a banilor și finanțare a terorismului/finanțării terorismului. Acestea includ avocați, notari, consilieri fiscali, auditori și contabili, precum și întreprinderi implicate în tranzacții imobiliare.

5. Avantajele PPP în lupta împotriva ML/TF/PF

Instituțiile din sectorul public și privat pot fi atât surse, cât și ținte ale fluxurilor de informații. Utilizarea datelor evidențiază beneficiile dialogului continuu dintre sectorul public și cel privat. Eficacitatea activității unităților de informații financiare depinde în mare măsură de momentul depunerii, de conținutul datelor și de activitatea analitică multidirecțională. În calitate de analist cu experiență, știu că raportarea care necesită acțiuni imediate și activități exploratorii nu are loc întotdeauna în același timp, deoarece detectarea oficială se realizează prin colectarea mai multor informații, în timp ce raportarea este doar unidirecțională. În multe cazuri, profesiile DNFBPs nu raportează involuntar – sau intenționat – către FIU.

În Ungaria, Departamentul de analiză al unității de informații financiare funcționează ca parte a Oficiului de combatere a spălării banilor și a finanțării terorismului din cadrul Administrației Naționale Fiscale și Vamale³⁰, care nu este autoritate de anchetă, nu desfășoară activități de servicii secrete de informații, nu îndeplinește sarcini de prevenire sau detectare a infracțiunilor. Acesta efectuează numai activități de analiză și evaluare operațională și strategică pe baza dispozițiilor Pmt., iar apoi transmite informațiile analizate

²⁷ Fis – Financial Institutions.

²⁸ LEA – Law Enforcement Agencies.

²⁹ DNFBPs – Designated Non-Financial Businesses and Professions.

³⁰ Sursa: <https://pei.nav.gov.hu/elemzo-ertekelo-tevekenyseg/elemzo-ertekelo-tevekenyseg>.

autorității de anchetă, parchetului, serviciilor naționale de securitate, organismelor de prevenire și detectare a criminalității, altor unități de informații financiare străine sau Europol, dacă este justificat. Cu toate acestea, este important să se sublinieze că, în îndeplinirea activităților sale oficiale, aceasta are dreptul și obligația de a iniția proceduri pe baza informațiilor existente și, pe de altă parte, poate furniza informații pentru alte proceduri care au început deja. În cazul în care primește rapoarte privind activități care sugerează spălarea banilor de la prestatorii de servicii, aceasta le investighează din proprie inițiativă, pregătește o analiză, colectează date suplimentare și, pe baza rezultatelor analizei, sesizează organele competente în scopul aplicării legii. Activitatea analistului include, în detaliu:

- Îmbunătățirea calității raportării și introducerea informațiilor suplimentare în baza de date;
- Intensificarea schimbului de informații și cunoștințe privind tipologiile existente de ML/TF/PF;
- Creșterea nivelului de expertiză și cunoștințe pentru toți partenerii și DNFBP;
- Comunicare îmbunătățită și continuă cu domeniile relevante de expertiză;
- Identificarea riscurilor noi și emergente;
- Îmbunătățirea calității și utilizării raportării activităților suspecte;
- Îmbunătățirea cooperării și a relațiilor mai constructive dintre organismele publice și entitățile reglementate;
- Creșterea gradului de conștientizare a riscurilor în sectorul privat, inclusiv elaborarea de ghiduri;
- Îmbunătățirea canalelor pentru schimbul de informații financiare între autoritățile operaționale și entitățile raportoare;
- Consolidarea cadrului existent privind combaterea spălării banilor și a finanțării terorismului și propunerea codificării.

În aplicarea acestei metode, autoritățile competente pot face schimb de informații cu sectorul privat pentru a monitoriza comportamentul financiar al suspectilor și al altor persoane și entități relevante. Aceasta include, de obicei, în special partajarea numelor țintă și, eventual, partajarea informațiilor suplimentare care pot contribui la eficientizarea urmăririi. De exemplu, informații despre contacte sau activitățile comerciale ale persoanei vizate. Potrivit recomandării expertului Dr. Benjamin Vogel, „o soluție ar putea fi ca autoritățile competente să furnizeze entităților private informații privind persoanele implicate sau profilurile potențialilor suspecti, pentru a permite entităților private să caute înregistrările de date într-un mod direcționat și precis”³¹. Din punct de vedere operațional, luăm în considerare și posibilitatea de a permite ca astfel de căutări direcționate să fie pozitive din două motive. Unul dintre motive este acela că permite organismelor private să răspundă unei cereri de informații specifice din partea unei autorități de anchetă, fără aglomera

³¹ Dr. B. Vogel – *Potentials and Limits of Public-Private Partnerships against Money Laundering and Terrorism Financing*. 1/2022. Institution: Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law.

Sursa: <https://doi.org/10.30709/eucrim-2022-002>.

autoritatea cu date nestructurate și adesea inutile. Un alt motiv este că ar putea permite autorităților de anchetă să filtreze datele private ale suspectilor neidentificați până acum folosind profilurile autorilor, facilitând detectarea făptașilor.

6. Provocările aplicării PPP în combaterea spălării banilor și a finanțării terorismului

Unul dintre principalele obstacole în calea punerii în aplicare a PPP în domeniul combaterii spălării banilor și a finanțării terorismului este asigurarea confidențialității informațiilor schimbate, în special de către sectorul public. În multe cazuri, informațiile dezvăluite de autoritate pot afecta negativ comunitatea serviciilor de informații sau activitatea persoanelor implicate în investigații active, deoarece sursa informațiilor poate fi, de asemenea, dezvăluită.

Alte provocări și priorități contradictorii includ:

- În cadrul procedurilor penale, resursele disponibile pentru o anchetă sunt limitate atât în sectorul public, cât și în cel privat;
- Cadrele juridice sau de reglementare ale țării – unele lacune – împiedică schimbul de date, în special schimbul transfrontalier de date;
- Disproporția dinamicii de reglementare între autoritățile de reglementare;
- În Ungaria, cultura confidențialității în sistemul financiar și în activitățile avocaților depășește ceea ce este necesar din punct de vedere juridic și împiedică dialogul, cum ar fi schimbul de informații privind prevenirea criminalității sau de informații operative necesare;
- Constrângerile de capacitate pentru organisme de supraveghere și detectare, în special în ceea ce privește investigarea resurselor umane și a infracțiunilor financiare;
- Reglementările și decalajele disproporționate între prioritățile de reglementare și sectorul privat.

Sectorul public privat în contextul AML/CFT, inclusiv în ceea ce privește schimbul de informații, se concentrează asupra a două obiective principale: unul este de a face procesul de precauție privind clientela și dinamismul proceselor de *due diligence* față de clienți – adică îmbunătățirea eficienței acestora –, care întărește prevenirea, iar celălalt aspect este de a facilita investigațiile și detecțiile în curs de desfășurare. Desigur, cele două obiective se suprapun adesea, deoarece o diligență mai eficientă a clienților adaugă în cele din urmă mai multă valoare și investigațiilor penale.

7. Concluzii

În calitate de cetățean al UE și specialist în combaterea spălării banilor, consider că cadrele legale actuale din statele UE nu oferă statelor membre o bază eficientă pentru combaterea criminalității financiare și economice transnaționale. Mediul de reglementare general actual al Uniunii se poate spune că este fertil din punctul de vedere al fluxurilor ilegale de bani. În același timp, știu din experiență că autoritățile de combatere a spălării

banilor care activează în țara noastră nu sunt suficient de eficiente în sprijinirea forțelor de poliție transnaționale și în lupta împotriva corupției. Iar eforturile de combatere a criminalității ale băncilor din sectorul privat, ale furnizorilor de servicii de plată și ale altor persoane juridice obligate își îndeplinesc sarcinile doar sub presiunea autorităților. În opinia mea, pentru a combate în mod eficient spălarea banilor, finanțarea terorismului și fraudă instituțiilor financiare și altor entități obligate, precum și FIU-urilor, ar trebui să li se permită să partajeze într-un cadru clar, cu o supraveghere independentă, informațiile detaliate AML despre clienți și operațiuni financiare. Este clar că viața privată și drepturile civile ale resortisanților UE și ale țărilor terțe trebuie protejate, dar protecția nu se poate extinde la acoperirea actelor ilegale sau infracțiunilor. Consider că singura soluție eficientă poate fi crearea unei supravegheri de înaltă calitate la nivelul UE, a luptei împotriva spălării banilor și a finanțării terorismului, pentru a restabili încrederea între cetățeni și comunitatea internațională mai largă. Instituirea sistemului de supraveghere al UE are o prioritate mai mare decât interesele naționale. Funcțiile, competențele și relația sa cu supravegherea națională pot fi definite clar în această directivă UE, care este lipsită de interese individuale, similar ca OLAF³².

³² OLAF – European Anti-Fraud Office.

Unele precizări consolidate privind scopul, sarcinile și principiile de bază ale procesului contravențional în Republica Moldova

Some comprehensive clarifications regarding the purpose, missions and fundamental principles of the contraventional process in the Republic of Moldova

Conf. univ. dr. **Oleg PANTEA***

Universitatea de Stat din Moldova

Facultatea de Drept

Doctorand **Andrei GÎRLEANU***

Universitatea de Stat din Moldova

Facultatea de Drept

Abstract

This study presents some comprehensive insights into the purpose of the contraventional process, through the prism of both the contraventional law and the opinions of the researchers from the country and abroad. In order to fulfill the purpose of the contraventional process, we have identified and elaborated on its fundamental missions.

A distinct section of the research has been dedicated to the core principles of the contraventional process, outlining the foundational concepts as stipulated in the contraventional legislation and establishing some specific principles of the contraventional process (legality, equality, presumption of innocence, individualization of the contraventional liability and the contraventional sanction, preventing and fighting against contraventions, personal character of the contraventional liability).

It is considered that „The contraventional process must contribute to the defense of the social and state order, the protection of public property, the strengthening of legality, the prevention of contraventions, as well as the education of citizens in the spirit of respect for the laws and the rules of social coexistence”.

Keywords: *contraventional process, principles of the contraventional process, purpose, missions of the contraventional process, contraventional legal relationship, contravention.*

* panteaoleg@gmail.com

* andreig_u@yahoo.com

Rezumat

În prezenta lucrare au fost reliefate abordări consolidate privind scopul procesului contravențional, atât prin prisma legii contravenționale, cât și a părerilor doctrinarilor din țară și de peste hotare. Întru realizarea scopului procesului contravențional, au fost identificate și dezvoltate sarcinile de bază ale acestuia.

Un loc aparte în lucrare a fost dedicat principiilor de bază ale procesului contravențional, prin descrierea ideilor fundamentale prevăzute în legea contravențională și dezvoltarea unor principii specifice procesului contravențional (legalității, egalității, dreptății, prezumției nevinovăției, individualizării răspunderii și sancțiunii contravenționale, prevenirii și curmării contravențiilor, caracterului personal al răspunderii contravenționale).

Se susține că „procesul contravențional trebuie să contribuie la apărarea orânduirii sociale și de stat, la ocrotirea proprietății publice, întărirea legalității, prevenirea contravențiilor, precum și educarea cetățenilor în spiritul respectării legilor și a regulilor de conviețuire socială”.

Cuvinte-cheie: *proces contravențional, principiile procesului contravențional, scop, sarcini ale procesului contravențional, raport juridic contravențional, contravenție.*

1. Introducere

Reacția socială contra faptelor ilicite, pentru a fi eficientă, trebuie să deruleze pe mai multe paliere, corespunzător: politic, educațional, economic și juridic. Printre diversitatea tipurilor de reacție socială, un loc aparte revine „aplicării sancțiunilor juridice” față de persoanele care nu-și conformează conduita potrivit normelor juridice. În scopul restabilirii ordinii de drept, legiuitorul a delegat organelor sale competente atribuția de a aplica sancțiuni destinatarilor care încalcă preceptele legii, inclusiv sancțiuni contravenționale pentru fapte ilicite cu un grad de pericol social redus. Sancțiunea contravențională este o măsură de constrângere și de resocializare, care se aplică contravenientului în scopul îndreptării acestuia și a prevenirii săvârșirii contravențiilor.

În sfera abaterilor de la lege, un loc aparte revine contravențiilor, acestea fiind „acțiuni sau inacțiuni cu un grad de pericol social mai redus decât infracțiunile, săvârșite cu vinovăție, care atentează la valorile sociale ocrotite de lege, sunt prevăzute de Codul contravențional și sunt pasibile de sancțiuni contravenționale”¹. Cu referință la valorile ocrotite, acestea sunt reliefate în art. 2, Cod contravențional: „Apărarea drepturilor și libertăților legitime ale persoanei, apărarea proprietății, ordinii publice, a altor valori ocrotite de lege...”. Prin săvârșirea unor contravenții, de fapt, se naște un raport juridic, în temeiul căruia statul are dreptul de a aplica vinovatului sancțiunea contravențională prevăzută de legislația în vigoare.

¹ Codul contravențional al Republicii Moldova, adoptat la 24.10.2008. Publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 3-6 la 16.01.2009. Republicat în Monitorul Oficial nr. 78-84 din 17.03.2017.

În general, reglementarea sistemului contravențional al Republicii Moldova a cunoscut o continuă schimbare începând de la independență (1991), unde era aplicat Codul cu privire la contravențiile administrative din 1985, până la apariția Codului contravențional din 24.10.2008, care de altfel a fost un moment crucial în evoluția dreptului contravențional național. Aceste schimbări au fost marcate de condițiile istorice, dar și de dezvoltarea economico-socială a Republicii Moldova, de acele valori care trebuiau ocrotite de legea contravențională specifice fiecărei perioade și pericolul generat de relațiile sociale.

Constituția Republicii Moldova, în art. 1 al. (3) prevede că „Republica Moldova este un stat de drept, democratic, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile lui, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme și sunt garantate”². Aici nu trebuie să uităm și despre obligațiunile sociale, unde toți sunt egali în fața legii, și autorităților publice, fără nicio discriminare. Respectarea cerințelor de supunere față de lege impune stabilirea unor reguli de comportament într-un cadru legal bine pus la punct, iar nerespectarea acestor reguli determină aplicarea sancțiunii prevăzute de legea în vigoare în acest scop.

2. Rezultate și discuții

Întru argumentarea actualității și importanței subiectului supus cercetării, pornim de la ideea că toate acțiunile umane sunt susceptibile să genereze o formă sau alta de răspundere, deoarece normele de comportament sunt prescripții cu caracter reglator prin care societatea își apără interesul său general. Prin urmare, aceste norme fixează limitele în care statul poate interveni prin măsuri de constrângere, în cazul în care este amenințată afirmarea acestui interes. Astfel, se accentuează valoarea aplicativă a procesului contravențional, care țintește spre asigurarea eficienței normelor de drept, în societate, stimularea atitudinii de respect față de lege a destinatarilor acesteia, stabilirea și menținerea ordinii sociale și a ordinii de drept. Actualitatea temei analizate este argumentată și prin prisma dinamicii sistemului normativ-juridic contravențional, adaptat la evoluția realităților sociale. Legislația contravențională este într-o dinamică continuă, datorită noilor tipuri de relații sociale care se nasc în comunitate. Astfel, legiuitorul trebuie să țină pasul cu evoluția realităților și necesităților sociale, în măsura în care orice raport antisocial, care pretinde a produce anumite prejudicii, să nu fie lăsat în afara reglementării. Totodată, multitudinea și diversitatea faptelor contravenționale comise condiționează intervenția statului în vederea identificării modalităților adecvate de răspuns la comportamentele ilicite, care ar determina curmarea și prevenirea acestor manifestări.

Apoi, pentru a aduce o claritate sensului de proces contravențional și specificului acestuia, ținem să menționăm faptul că diacronic, până la intrarea în vigoare a Codului contravențional în 2009, procesul de examinare al contravențiilor administrative avea loc în

² *Constituția Republicii Moldova*, adoptată la 29.07.1997. Publicată în: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 1 din 12.08.1994. Republicată în Monitorul Oficial nr. 78 din 29.03.2016.

cadru procesului administrativ, fiind abordat drept o subramură a dreptului administrativ, fapt care există până astăzi în majoritatea statelor post-sovietice.

Odată cu intrarea în vigoare în anul 2009 a Codului contravențional, a apărut o nouă ramură de drept, de data aceasta distinctă de dreptul administrativ, cu denumirea „Drept contravențional”, care conține lista exhaustivă a abaterilor recunoscute drept contravenții și reglementează întreaga procedură contravențională. Printre susținătorii acestei idei s-au remarcat profesorii S. Furdui și V. Guțuleac³. Trebuie să recunoaștem însă că, până astăzi, nu există unicitate în această problemă de delimitare a dreptului contravențional de dreptul administrativ, administrativității considerând-o până în prezent sub tutela dreptului administrativ.

Cu referință la legislația statelor Uniunii Europene, nu vom întâlni expres aici noțiunea de contravenție sau proces contravențional, doar cu mici excepții, iar toate faptele care prezintă un pericol social mai mic decât infracțiunea sunt incluse în cadrul legii penale. Apoi, conform jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, în hotărârea *Ziliberberg versus Moldova* (cererea nr. 61821/00) din 01.02.2005⁴, s-a menționat că procedurile administrative (în cazul nostru contravenționale) cad sub incidența caracterului penal al procedurilor și acestora li se aplică același principiu ca și procedurilor penale.

În pofida faptului că contravenția în coraport cu infracțiunea prezintă un pericol social mult mai redus, nu este o încălcare gravă, totuși prin hotărârea *Ziliberberg versus Moldova* se impune față de autoritățile competente să constate și să examineze contravenția după modelul unui proces penal, deoarece nerespectarea normei legii contravenționale duce expres la încălcarea unuia din drepturile fundamentale prevăzute de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului și Constituția Republicii Moldova.

Astfel, dacă să ne referim la raportul juridic de drept contravențional, acesta apare ca relație socială reglementată prin intermediul normelor juridice, relație în care subiecții sunt titularii de drepturi și obligații prevăzute în norme, drepturi care pot fi realizate cu ajutorul organelor de stat. Statul însă nu poate atrage la răspundere contravențională direct persoana, deoarece aceasta nu are drept de aplicare automată, ci va cere sancționarea pe calea unei proceduri speciale, prevăzute de lege. Printr-o asemenea ordine se conturează un raport de procedură între diferiți subiecți care au anumite drepturi și obligații.

Cercetarea contravențională nu reprezintă decât o etapă preliminară care asigură, pe de o parte, descoperirea contravenției, iar pe de altă parte, identifică făptuitorii în scopul atragerii la răspundere contravențională. Spre deosebire de procesul penal, în cazurile contravenționale este posibil ca aceeași autoritate să constate, să examineze și soluționeze cauza contravențională. Avem în vedere competența materială și procesuală stabilită prin lege instanței de judecată, procurorului (este mai mult una formală), a comisiei

³ S. Furdui, *Dreptul contravențional: Manual*, Chișinău, Cartier Juridic, 2005. V. Guțuleac, *Tratat de drept contravențional*, Chișinău, Tipografia Centrală, 2009, p. 102.

⁴ Hotărârea CtEDO *Ziliberberg versus Moldova* (cererea nr. 61821/00) din 01.02.2005. Disponibilă pe <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-112614&filename=CASE%20OF%20ZILIBERBERG%20v.%20MOLDOVA%20-%20%5BRomanian%20Translation%5D%20by%20the%20P.A.%20%22Law%20yers%20for%20Human%20Rights%22.docx&logEvent=False> (accesat la 25.03.2024).

administrative și a agentului constatator (desemnat de mai multe autorități administrative, vezi art. 400-423¹, Cod contravențional).

De la general la particular, termenul de procedură este derivat din latinescul „procedere”, care înseamnă a progresa, a avansa, a evalua, forma legală de a proceda în cazuri determinate de lege. Doctrina de specialitate din statele post-sovietice, la care, de altfel, fac referință cercetătorii noștri, văd în procesul contravențional „activitatea organelor competente ale statului de constatare a contravențiilor și soluționare a cauzelor contravenționale (V. Guțuleac la S. Kotiughin, G. Petrov și alții)”. În același sens, considerăm oportună delimitarea noțiunilor de proces contravențional și procedura contravențională, ultima fiind doar o parte componentă a procesului, corespunzător procesul este totalitatea procedurilor.

Conform opiniei autorilor și cercetătorilor români Al. Țiclea, I. Tărăcilă și I. Stan, procedura contravențională este definită ca „activitatea organului competent ce presupune aprecierea cât mai corectă a pericolului social al faptei, justa individualizare și aplicare corectă a sancțiunii, având în vedere cauzele care exclud sau înlătură caracterul contravențional al faptei, sau răspunderea contravențională a făptuitorului”⁵.

Părtașii dreptului administrativ din România sunt de părerea că procesul administrativ este o activitate reglementată de normele administrativ-procesuale, a unor subiecți ai raporturilor administrativ-procesuale, special împuterniciți, pentru a soluționa unele litigii concrete în domeniul administrării de stat sau că această procedură de soluționare tripartită a litigiilor administrative. Cred că ar avea dreptate autorii acestei definiții în măsura în care se referă la locul și rolul dreptului contravențional în sistemul de drept al României, dar nu și pentru cazul Republicii Moldova, care odată cu intrarea în vigoare a Codului contravențional dreptul contravențional s-a separat de domeniul administrativ.

2.1. Identificarea scopului și sarcinilor procesului contravențional

Art. 374 al (1) din Codul contravențional prevede că procesul contravențional este „activitatea desfășurată de autoritatea competentă, cu participarea părților și a altor persoane titulare de drepturi și de obligații, având ca scop constatarea contravenției, examinarea și soluționarea cauzei contravenționale, constatarea cauzelor și condițiilor care au contribuit la săvârșirea contravenției”⁶.

Analizând prevederile supra, stabilim că legiuitorul, prin reliefarea scopului, identifică trei etape distincte ale procesului contravențional: constatarea, examinarea și soluționarea cauzei. Corelând această normă cu art. 440 din Codul contravențional, observăm contradicții de lege, care nu ne permit să înțelegem cu claritate ce reprezintă „constatarea” contravenției: „Activitatea, desfășurată de agentul constatator, de *colectare și de administrare a probelor* privind existența contravenției, deciziei privind *examinarea contravenției* în temeiul constatării agentului constatator sau procesului-verbal cu privire la contravenție, de *aplicare*

⁵ Al. Țiclea, I.D. Tărăcilă, I. Stan, *Răspunderea contravențională: Teorie. Practică judiciară. Îndrumar de constatare și sancționare a contravențiilor. Legislație*, ediție revăzută și adăugită, București: Atlas Lex, 1996, p. 68.

⁶ Codul contravențional al Republicii Moldova, art. 374.

a sancțiunii contravenționale sau de trimitere, a dosarului, după caz, funcționarului abilitat să examineze cauza contravențională, din cadrul autorității din care face parte agentul constatat, în instanța de judecată sau în alt organ spre soluționare”. Astfel, din art. 440 reiese că, „constatarea” include în sine examinarea, soluționarea cauzei.

Suntem de părerea că aceasta contradicție reprezintă, întâi de toate, o nedeșăvârșire lingvistică a textului Codului Contravențional, și nu numai. Nu putem ignora necesitatea realizării unei distincții dintre termenii: constatare, examinare, soluționare și sancționare, care încorporează în sine un conținut juridic distinct.

Motivația realizării unei distincții este condiționată nu doar de necesitatea utilizării corecte a termenilor juridici, dar și având în vedere faptul că însăși Codul contravențional stabilește unele norme care, la anumite etape ale procesului contravențional, consacră diverse competențe subiecților care realizează funcții de constatare, examinare, soluționare și sancționare a contravențiilor. De exemplu, art. 399 al Codului contravențional stabilește că agentul constatat poate constata contravenții, ale căror constatare, soluționare și sancționare sunt atribuite competenței unor alte organe, însă, în astfel de cazuri, agentul va remite organelor respective procesele-verbale de constatare a contravențiilor.

În sensul aceleiași norme (art. 374), distingem *particularitățile* procesului contravențional:

- Este un ansamblu de norme contravenționale procesuale,
- Normele procesuale sunt stabilite în legea contravențională,
- Normele procesuale se aplică doar în cazul apariției raportului juridic contravențional,
- Procesul contravențional presupune activitatea desfășurată de autorități competente,
- Părțile procesului sunt persoanele fizice/juridice, titulari de drepturi și obligații,
- Scopul procesului contravențional: constatarea contravenției, examinarea și soluționarea cauzei contravenționale, constatarea cauzelor și condițiilor care au contribuit la săvârșirea contravenției
- tipuri de proceduri: procedura de soluționare a propunerilor, a cerințelor și a plângerilor, de aplicare a stimulărilor, de soluționare a abaterilor disciplinare și procedura cu privire la contravențiile administrative.

Procesul contravențional cuprinde următoarele *sarcini*:

- deslușirea obiectivă, sub toate aspectele, a circumstanțelor cauzei examinate în curs;
- constatarea, examinarea și soluționarea cauzei contravenționale conform legii;
- identificarea cauzelor și condițiilor care au contribuit la săvârșirea faptei contravenționale;
- prevenirea și curmarea contravenționalității, caracterul exemplarității sociale;
- educarea societății în spiritul respectării legii.

Aceste sarcini reliefate supra formează activități distincte ce contribuie la atingerea scopului procesului contravențional: activitatea privind jurisdicția contravențională (soluționarea corectă a cauzei contravenționale – nicio persoană vinovată pentru comiterea unei fapte contravenționale nu poate să se eschiveze de la răspunderea contravențională, precum și nicio persoană nevinovată de comiterea unei fapte contravenționale nu poate fi trasă la răspunderea contravențională) și activitatea de prevenție (stabilirea cauzelor și

condițiilor ce favorizează contravenționalitatea, prevenirea de noi contravenții, resocializarea contravenientului).

Deslușirea obiectivă, sub toate aspectele, a circumstanțelor cauzei examinate în curs presupune că în procesul constatării faptei contravenționale comise, cercetării cazului în baza probelor acumulate, respectând strict principiile de bază ale dreptului contravențional și ale procedurii contravenționale, este necesar de a se stabili: dacă a fost încălcată norma materială a dreptului contravențional sau nu; există vinovăția făptuitorului; făptuitorul este subiect al răspunderii contravenționale sau nu; circumstanțele atenuante și circumstanțele agravante al faptei etc.

Constatarea, examinarea și soluționarea cauzei contravenționale în strictă conformitate cu legea rezidă în cercetarea corectă și exhaustivă a cazului contravențional, decizia cu privire la aplicarea sancțiunii contravenționale trebuie să fie adoptată în strictă corespundere cu cerințele legii, tipul și gradul sancțiunii contravenționale aplicate trebuie să corespundă gradului de pericol social al faptei comise.

Identificarea cauzelor și condițiilor care au contribuit la săvârșirea faptei contravenționale, educarea cetățenilor în spiritul respectării legilor, al întăririi legalității prevenirea contravențiilor, stabilirea cauzelor și a condițiilor ce au contribuit la săvârșirea contravenției ca sarcină a procedurii contravenționale, asigură efectuarea profilaxiei generale a contravenționalității, prevenirea de noi contravenții. Descoperirea fiecărui caz contravențional, stabilirea făptuitorului, a personalității lui, aplicarea față de vinovat a sancțiunii contravenționale, examinarea publică a cazului contribuie la asigurarea respectării normei de drept în societate.

Prin educarea/reeducarea contravenienților statul urmărește formarea unei atitudini corecte față de societate, față de ordinea de drept și față de regulile de conviețuire socială, transformarea conștiinței contravenientului, combaterea și lichidarea concepțiilor și deprinderilor antisociale. La fel, prin caracterul exemplarității sociale aceasta va influența și asupra altor persoane nestatornice de a se abține în a comite contravenții, exercitând convingerea privind inevitabilitatea răspunderii contravenționale în cazul în care vor comite contravenții.

În spiritul adagiului latin *punitur quia peccatum est et ut ne peccetur* (este pedepsit nu doar fiindcă a greșit, dar și pentru a nu mai greși în viitor), apreciem complexitatea scopului urmărit de legiuitor prin instituirea unui sistem de măsuri de constrângere statală, concepute nu doar pentru a pedepsi făptuitorul, ci și pentru a servi drept o lecție moralizatoare, atât pentru contravenient, cât și pentru ceilalți membri ai societății, de a adopta conduite ce nu vor devia de la normele de drept.

Pe cale de consecință, procesul contravențional reprezintă o activitate care vădește mișcare treptată și continuă și care se exprimă foarte complex. În cadrul procesului contravențional sunt realizate un șir de acțiuni, care împreună conduc procesul contravențional spre atingerea scopului său. Suntem de părerea că legiuitorul național trebuie să-și revizuiască textul normei de la art. 374, 440 Cod contravențional, astfel încât să identifice separat scopul procesului contravențional de etapele lui.

Scopul procesului contravențional sunt protejarea persoanei, a societății și statului de contravenții, atragerea la răspundere contravențională a persoanelor vinovate, precum și repunerea în drepturile afectate a persoanelor ca urmare a săvârșirii contravențiilor.

2.2. Dimensiunea juridică a principiilor procesului contravențional

Activitatea procesuală presupune respectarea unor reguli generale pentru a asigura realizarea scopului și sarcinilor. Prin *principiile* de bază ale procesului contravențional se înțeleg regulile cu caracter general în baza cărora este reglementată întreaga desfășurare a procesului contravențional.

Trăsăturile principiilor procesului contravențional:

- Sunt categorii juridice care relevă ideile juridice și morale dominante în societate în materia procesului contravențional.

- Principiile își găsesc exprimarea concretă în instituțiile procesual-contravenționale.

- Își manifestă acțiunea pe tot parcursul desfășurării procesului contravențional.

- Principiile procesului contravențional sunt prevăzute de lege.

- Își găsesc reflectarea în unele tratate internaționale la care Republica Moldova este parte.

- Principiile sunt norme de aplicabilitate directă în cadrul procesului contravențional și sunt obligatorii pentru toți cei implicați în proces.

În contextul principiilor care guvernează procesul contravențional, cercetătorii autohtoni Ig. Trofimov și A. Crețu⁷ diferențiază trei categorii de principii:

- a. principiile generale de drept, care sunt valabile și aplicabile pentru toate categoriile de raporturi juridice, inclusiv pentru cele de procedură contravențională;

- b. principiile dreptului contravențional, sunt specifice raporturilor dreptului contravențional, inclusiv celui procesual;

- c. principiile proprii procedurii contravenționale.

În același sens, subliniem că ultima categorie de principii, acelea ce se referă în exclusivitate la procedura contravențională, reprezintă nu doar categoria de principii care se regăsesc în textul Codului contravențional. Mai mult ca atât, multe dintre principiile procedurii contravenționale nu le vom întâlni relevate într-un articol aparte sau într-un capitol separat al Codului contravențional, dar vom deduce aceste principii din conținutul normelor legale ce reglementează anumite acțiuni de cercetare contravențională.

Potrivit art. 374 alin. (3) din Codul contravențional, „procesul contravențional se desfășoară pe principii generale de drept contravențional, în temeiul Constituției, al prezentului cod, al Codului de procedură penală, precum și al normelor dreptului internațional și ale tratatelor internaționale cu privire la drepturile și libertățile fundamentale ale omului la care Republica Moldova este parte”⁸. Astfel, legiuitorul nu a făcut o delimitare clară între principiile dreptului contravențional material și principiile dreptului contravențional procesual,

⁷ Ig. Trofimov, A. Crețu, *Drept procesual contravențional*, Chișinău, 2017, p. 243.

⁸ *Codul contravențional al Republicii Moldova*, art. 5-9.

dar a admis ca în cadrul procesului contravențional să fie utilizate principiile care se regăsesc în procesul penal, convențiile și tratatele internaționale la care Republica Moldova este parte. În art. 5-9 Cod contravențional găsim trimiteri la principiile legalității, principiul egalității în fața legii, principiul dreptății, principiul caracterului personal al răspunderii contravenționale și principiul individualizării răspunderii contravenționale și sancțiunii contravenționale, în art. 375-381 Cod contravențional, sunt enunțate regulile de bază ale procesului contravențional, care nu sunt altceva decât principii specifice procedurii contravenționale (prezumției nevinovăției, inviolabilității persoanei, libertății persoanei de mărturisire împotriva sa, dreptul la apărare, limba de desfășurare a procesului, dreptul de a nu fi urmărit sau sancționat de mai multe ori, accesul liber la justiție, inviolabilitatea domiciliului, inviolabilitatea proprietății, oralității, procesului nemijlocit și altele).

Nu putem trece cu vederea și faptul că majoritatea principiilor procedurii contravenționale își au originea în textul Convenției Europene pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale⁹. În mare parte, aceste reglementări cu caracter de principiu se regăsesc în art. 5-8; 13; 14; 17; 18 și altele. Din Convenție desprindem dreptul la libertate și la siguranță, prevăzut de art. 5 al Convenției, dreptul la un proces echitabil, prevăzut de art. 6 al Convenției, principiul potrivit căruia nicio pedeapsă nu poate fi aplicată fără a fi prevăzută de lege, stabilit la art. 7 al Convenției, dreptul la respectarea vieții private și de familie, prevăzut de art. 8 al Convenției, dreptul la un recurs efectiv, prevăzut de art. 13 al Convenției, principiul interzicerii discriminării, prevăzut de art. 14 al Convenției și altele.

În continuarea demersului, vom descrie unele dintre principiile enunțate mai sus:

a. Principiul legalității în procesul contravențional. Astfel, legalitatea este definită ca un principiu fundamental de drept, în baza căruia orice subiect de drept trebuie să respecte sau, după caz, să aplice legile în vigoare. Opinia generală care privește principiul legalității este că toate actele realizate în cadrul punerii în executare a legii să nu contravină legii. În acest sens, este necesar de făcut o precizare în ce privește corecta înțelegere a rigorilor care emană din principiul legalității în materie procesuală și în general în ramurile dreptului public, dar și în cazul aplicării acestuia în ramurile dreptului privat. Astfel, în ramurile dreptului privat principiul legalității presupune aplicarea regulii „se admite totul ce nu se interzice”, altfel spus – orice acțiune și orice act juridic este admisibil dacă prin lege sau prin convenirea părților nu este stabilit altfel. Pe când în dreptul public, în special în domeniul dreptului contravențional, aplicarea principiului legalității presupune că autoritatea care asigură procedura contravențională nu poate realiza alte acte, decât acele care sunt prevăzute de lege.

b. Principiul egalității în fața legii, consacrat în art. 6 din Codul contravențional, prevede că „persoanele care au săvârșit contravenții sunt egale în fața legii și a autorităților publice și sunt supuse răspunderii contravenționale fără deosebire de rasă, naționalitate, limbă, religie, sex, apartenență politică, avere, origine socială sau de orice altă situație”.

⁹ *Convenția pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale*, Roma, 04.11.1950, intrată în vigoare la 03.09.1953. Disponibilă pe: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ron (accesat la 22.04.2024).

Acest principiu denotă faptul că toți participanții la procesul contravențional beneficiază de aceleași drepturi și obligații procesuale. Codul contravențional garantează aici nu doar excluderea temeiurilor discriminatorii de realizare a procedurii contravenționale, dar și oferă anumite garanții în această privință. Deci, nu doar declarativ „nicio persoană, indiferent de sex, rasă, naționalitate, religie, limbă vorbită, apartenență politică și alte criterii nu poate fi discriminat în cadrul unui proces contravențional”, dar legiuitorul oferă anumite condiții legale care să asigure aceste garanții de nediscriminare.

Potrivit art. 379 al Codului contravențional, desfășurarea procesului contravențional are loc în limba de stat, iar în cazul în care persoana care nu posedă sau nu vorbește limba de stat, aceasta are dreptul de a lua cunoștință de toate actele și materialele dosarului și de a vorbi în fața autorității competente să soluționeze cauza contravențională prin interpret.

După cum prevăd Constituția și alte legi, precum și tratatele internaționale la care Republica Moldova este parte, anumite categorii de persoane pot beneficia de condiții speciale de investigare contravențională sau de garanția de a nu fi supuse cercetării și răspunderii contravenționale. Din această categorie fac parte reprezentanții diplomatici, deputații în Parlament, Președintele țării și alte persoane. Trebuie să remarcăm că excepția în cauză nu pune în poziție de inegalitate pe aceste categorii de persoane. O asemenea abordare este necesară pornind de la interesul mai superior al activității pe care o îndeplinesc aceste persoane în raport cu obiectul la care au atentat ele.

c. Principiul dreptății în procesul contravențional. Potrivit prevederilor art. 7 al Codului contravențional, persoana poate fi sancționată numai pentru contravenția în a cărei privință este dovedită vinovăția sa, cu respectarea normelor prezentului cod. *De facto*, acesta este expresia principiului constituțional al prezumției nevinovăției, prevăzut la art. 21 din Constituția Republicii Moldova: „Orice persoană acuzată de un delict este prezumată nevinovată până când vinovăția sa va fi dovedită în mod legal, în cursul unui proces judiciar public, în cadrul căruia i s-au asigurat toate garanțiile necesare apărării sale”. Prin urmare, sancțiunea contravențională urmează a fi aplicată doar față de persoana a cărei vinovăție este dovedită într-un proces echitabil, desfășurat public, pe principii de egalitate și contradictorialitate, „orice dubii fiind interpretate în favoarea acuzatului”. Procedura contravențională poate fi pornită doar pe marginea unei fapte care este prevăzută de Codul contravențional.

d. Principiul caracterului personal al răspunderii contravenționale. Codul contravențional stabilește că persoana este supusă răspunderii contravenționale numai pentru fapte săvârșite cu vinovăție. Este supusă răspunderii contravenționale numai persoana care a săvârșit cu intenție sau din imprudență o faptă prevăzută de legea contravențională. Totodată, acest principiu enunță o regulă „de aur” a răspunderii contravenționale și anume că răspunderea contravențională este o răspundere subiectivă – bazată pe vinovăție. Deci, nu este pasibilă de sancțiune contravențională decât persoana care a comis fapta, aplicarea și executarea sancțiunii nefiind transmisibile.

e. Principiul individualizării răspunderii contravenționale și sancțiunii contravenționale. Potrivit art. 9 al Codului contravențional, la aplicarea legii contravenționale se ține cont de caracterul și de gradul prejudiciabil al contravenției, de persoana făptuitorului și de

circumstanțele atenuante ori agravante. Prin urmare, întreaga procedură contravențională urmează a se axa pe identificarea caracterului prejudiciabil al contravenției, caracteristica făptuitorului, precum și de identificarea prezenței circumstanțelor agravante și atenuante. În același timp, același art. 9 al Codului contravențional în alin. (2) stabilește că nimeni nu poate fi supus de două ori răspunderii contravenționale pentru una și aceeași faptă. Această situație permite excluderea cazurilor de sancționare dublă a persoanei pentru una și aceeași faptă. De regulă, sancțiunea trebuie să asigure realizarea scopului și funcțiilor de resocializare a făptuitorului. Considerăm că întâi de toate ea trebuie să fie adaptabilă, deci să permită adaptarea ei concretă la gradul de pericol al faptei și al făptuitorului. Această adaptare este rezultatul unui proces complex, căci ea cuprinde o serie de activități desfășurate de diferite organe, după criterii și reguli determinate, conform faptei săvârșite și persoanei care a săvârșit-o, la care uneori se adaugă o serie de factori externi, dată fiind dimensiunea spațială și temporală a fenomenului juridic. Având în vedere marea diversitate de circumstanțe în care poate fi comisă o contravenție, precum și particularitățile diverselor contravenții, este necesar ca legiuitorul să stabilească tipuri de pedepse ușor adaptabile. Oferind eficiență acestui principiu, legiuitorul a fixat pentru majoritatea contravențiilor măsuri de constrângere alternative.

f. Presumția de nevinovăție în procesul contravențional reprezintă principiul de bază a procedurii contravenționale și „temelia juridică” a întregului proces contravențional.

Deși în literatura de specialitate problema referitoare la prezumția de nevinovăție este una acceptată axiomatic în ce privește răspunderea de drept penal și cea de drept contravențional, totuși suntem de părerea că și acest „superstițiu” poate fi supus unei revizuirii. Legea contravențională are o misiune distinctă în acest sens, deoarece pe de o parte procedura contravențională este bazată pe principiul prezumției nevinovăției, potrivit căreia se stabilește că persoana care a comis fapta contravențională poartă răspundere numai în caz dacă a comis-o cu vinovăție în una din formele acesteia, iar pe de altă parte procedura contravențională reprezintă domeniul care reglementează aplicarea răspunderii pentru fapte „penale” neînsemnate. De multe ori, sub aspect procedural este abordată problema referitor la necesitatea dovedirii lipsei sau prezenței vinovăției făptuitorului, care stă în sarcina autorității publice care asigură realizarea acestui proces.

Pentru unele categorii de contravenții, cum sunt din domeniul circulației rutiere, făptuitorul se va considera nevinovat și respectiv nu va fi atras la răspundere contravențională în cazul în care vinovăția sa nu va fi demonstrată, însă în ce privește răspunderea contravențională pentru dauna de mediu, prin aplicarea principiului prezumției vinovăției, însăși făptuitorul ar trebui să-și probeze lipsa vinovăției sale, aceasta fiind prezumată până la proba contrarie. În asemenea caz, sarcina autorității împuternicite de a examina cazul contravențional va fi de a constata elementele obiective și anume ale faptei, prejudiciului și raportului de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu. Elementul subiectiv, și anume vinovăția sau mai bine spus lipsa acesteia, urmează a fi probat de făptuitor.

g. Operativitatea procesului contravențional și aplicarea cu celeritate a sancțiunii contravenționale constituie expresia unui principiu esențial care, deși nu este prevăzut

expres în legea contravențională, consacră o coordonată procedurală importantă, și anume principiul celerității. Promptitudinea în aplicarea și punerea în executare a sancțiunilor juridice au valențe socioeducative ce țin de restabilirea ordinii juridice lezate. Statul, în serviciul societății, are interesul coincident cu interesul general să intervină imediat și să sancționeze prompt abaterile de la imperativele legii, doar astfel probând eficiența și utilitatea mecanismelor de constrângere, cu care este înzestrat în exclusivitate, precum și de prevenire a ilicitului și corijare a faptuitorilor. Nu negăm valoarea practică a principiului operativității procesului contravențional. Durata unui proces contravențional poate varia de la 20 minute la câteva luni (iar practica denotă că inclusiv la ani), ceea ce diferențiază capacitatea autorității de a utiliza în mod obiectiv aceste criterii de individualizare. În acest caz, criteriile de care se ține cont cel mai des sunt recunoașterea vinovăției și conduita faptuitorului după comiterea faptei ilicite. În cazul contravențiilor din domeniul circulației rutiere, autoritatea statului va lua în considerație inclusiv „antecedentele” contravenționale, care pot fi stabilite la locul examinării cauzei prin aplicații sau alte platforme digitale.

h. Principiul prevenirii și curmării faptelor contravenționale, conform căruia reglementarea contravențională și activitatea organelor executive privind realizarea acestei reglementări trebuie să asigure prevenirea comiterii acestor fapte prin conformarea la cerințele stabilite de lege și prin constrângere față de cei care le săvârșesc. Prin aplicarea constrângerii statale în cadrul procesului contravențional nu se urmărește cauzarea unor suferințe fizice sau umilirea celui vinovat, ci doar schimbarea comportamentului faptuitorului în unul pro-social, prevenirea săvârșirii de către acesta a unor noi fapte ilicite pe viitor. Pe de altă parte, prin efectul exemplului aplicării sancțiunii (relevat supra) față de faptuitorul nemijlocit, aceasta servește și misiunii de prevenție socială generală. Or, fermitatea sancționării contravenientului va exercita o influență pozitivă asupra altor indivizi care, respectiv, vor fi determinați să nu săvârșescă contravenții, deoarece pedeapsa va fi inevitabilă.

În demersul științific inițiat constatăm că procesul contravențional este marcat de trăsături distincte și variate, precum și pe anumite idei orientative, care își găsesc expresia atât în normele dreptului contravențional, cât și în principiile instituționale analizate în prezentul compartiment. Sintetizând cele expuse, principiile procesului contravențional trebuie, întâi de toate, să răspundă scopului general al legii contravenționale, prevăzut la art. 2 din Codul contravențional, și anume „apărarea drepturilor și libertăților legitime ale persoanei, apărarea proprietății, ordinii publice, a altor valori ocrotite de lege, soluționarea cauzelor contravenționale, precum și prevenirea săvârșirii de noi contravenții”. Pentru desfășurarea procesului contravențional este important ca autoritățile competente ale statului să nu comită abuzuri, iar părțile participante să-și realizeze drepturile și interesele legitime fără limitări, să le fie asigurate garanțiile procesuale. Procesul contravențional trebuie să contribuie la apărarea orânduirii sociale și de stat, ocrotirea proprietății publice, întărirea legalității, prevenirea contravențiilor, precum și educarea cetățenilor în spiritul respectării legilor și a regulilor de conviețuire socială.

3. Concluzii

- Realizarea justiției contravenționale în cazul săvârșirii unor contravenții este posibilă în rezultatul înlăptuirii unei activități din partea statului, reglementată prin dispozițiile legii.

- Justiția contravențională reprezintă o componentă de bază a unei activități complexe și unitare care poartă denumirea de proces contravențional.

- Procesul contravențional reprezintă activitatea reglementată de lege, desfășurată într-o cauză contravențională, de către organele judiciare, cu participarea părților, a subiecților procesuali principali și a altor subiecți procesuali și care are ca scop constatarea la timp și în mod complet a faptelor care constituie contravenții, astfel ca orice persoană care a săvârșit o contravenție să fie sancționată potrivit vinovăției sale și nicio persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere.

- Scopul procesului contravențional rezidă în protejarea persoanei, a societății și statului de contravenții, atragerea la răspundere contravențională a persoanelor vinovate, precum și repunerea în drepturi a persoanelor afectate în urma săvârșirii contravențiilor. De aici, derivă doi vectori ai politicii procesual-contravenționale. Unul este orientat spre protecția persoanelor atrase în justiția contravențională, iar al doilea vizează fenomenul combaterii și prevenirii contravenționalității.

- Principiile de bază ale procesului contravențional constituie reguli cu caracter general în temeiul cărora este reglementată întreaga desfășurare a procesului contravențional. Ele determină structura raporturilor juridice procesuale și caracteristicile lui fundamentale. Principiile reflectă esența și conținutul procesului contravențional, caracterizează forma procesului contravențional, determină obiectul și metoda reglementării procesuale. sancțiunea contravențională este marcată de particularități distincte și variate, precum și de reguli proprii care o guvernează. Procesul contravențional se sprijină pe un fond de reguli, pe anumite idei orientative, care își găsesc expresia atât în normele dreptului contravențional, cât și în principiile instituționale analizate în prezentul compartiment.

- Este impetuoasă întreprinderea de măsuri legislative pentru remedierea unor lacune care vulnerabilizează procesul contravențional (de exemplu, cum este cazul art. 374 alin. (1) și art. 440 Cod contravențional privind fazele procesului contravențional). *Pentru a exclude orice echivoc, textul legislativ trebuie să fie formulat clar și inteligibil, fără dificultăți de ordin sintactic și pasaje obscure.* Legea trebuie să precizeze cu suficientă claritate spațiul întins al puterii de apreciere a autorităților în domeniul respectiv, pentru a oferi persoanei o protecție adecvată împotriva arbitrarului. Suplinirea art. 374 din Codul contravențional cu un aliniat care să prevadă „scopul procesului contravențional” este de a nu lăsa spațiu liber pentru nesiguranță și arbitraritate în soluționarea cauzelor contravenționale.

Dosar: Conferința Națională de Drept Fiscal
Ediția a X-a, Timișoara, 13-14 octombrie 2023

„Prejudiciul” – problema centrală a cauzelor de evaziune fiscală

„Damage” – the central issue in tax evasion cases

Conf. univ. dr. **Adrian FANU-MOCA***

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Abstract

The article analyses the notions of "damage" and "claims of the civil party" in relation to the specifics of tax evasion cases, based on the jurisprudence of the Constitutional Court and the High Court of Cassation and Justice. The concept of "damage" is a central issue in tax evasion cases because the legislator has linked important consequences to it in Law 241/2005 on preventing and combating tax evasion: it is the element that differentiates between the typical version of the offence covered by paragraph 2 of Article 2 of the Law on the Prevention of and Fight against Tax Evasion and the offence covered by paragraph 2 of Article 2 of the Law on the Prevention of and Fight against Tax Evasion. (1) of Art. 9 and the two aggravated variants regulated in para. (2) and in para. (The provisions of Article 10, which govern the grounds for terminating the criminal proceedings, reducing the penalty and imposing a fine, are triggered by its payment.

Keywords: tax evasion, damage, civil party's claims, indictment, expert opinion, judgment.

Rezumat

Articolul analizează noțiunile de „prejudiciu” și pe cea de „pretenții ale părții civile” prin raportare la specificul cauzelor de evaziune fiscală, pornind de la jurisprudența Curții Constituționale și cea a Înaltei Curți de Casație și Justiție. Noțiunea de „prejudiciu” reprezintă o problemă centrală în cauzele de evaziune fiscală pentru că de aceasta legiuitorul a legat consecințe importante în cuprinsul Legii nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale: este elementul care realizează o diferențiere între varianta tip a infracțiunii reglementată de alin. (1) al art. 9 și cele două variante agravate reglementate în alin. (2) și, respectiv, în alin. (3), iar dispozițiile art. 10, care reglementează cauzele de încetare a procesului penal, de reducere a pedepsei și de aplicare a pedepsei amenzii, sunt activate de plata acestuia.

Cuvinte-cheie: evaziune fiscală, prejudiciu, pretențiile părții civile, rechizitoriu, expertiză, hotărâre judecătorească.

* adrian.fanu@e-uvt.ro

1. Introducere. Noțiunea de „prejudiciu” reprezintă o problemă centrală în cauzele de evaziune fiscală pentru că de acesta legiuitorul a legat mai multe consecințe în cuprinsul Legii nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale¹. Astfel, în primul rând, în art. 9 al acestei legi se realizează o diferențiere clară în funcție de acest element între varianta tip a infracțiunii reglementată de alin. (1) și cele două variante agravate reglementate în alin. (2)² și, respectiv, în alin. (3)³. De asemenea, în art. 10 sunt reglementate cauzele de încetare a procesului penal, de reducere a pedepsei și de aplicare a pedepsei amenzii condiționate de „acoperirea prejudiciului”. În ceea ce privește dreptul la reducerea limitelor de pedeapsă prevăzut de dispozițiile art. 10 alin. (1) din Legea nr. 241/2005, Curtea Constituțională a apreciat că acesta nu este un drept fundamental⁴, legiuitorul fiind liber, în temeiul art. 73 alin. (3) lit. h) din Legea fundamentală, să stabilească un regim sancționator derogator în vederea recuperării prejudiciului cauzat prin faptele incriminate ca infracțiuni⁵.

În aplicarea art. 73 alin. (3) lit. h) din Constituția României, revizuită, legiuitorul a reglementat, prin art. 10 alin. (1) teza întâi din Legea nr. 241/2005, o „cauză de reducere a pedepsei prevăzute de lege” pentru fapta săvârșită, aceasta constituind o măsură de politică penală determinată de specificul infracțiunilor de evaziune fiscală și de necesitatea recuperării, cu celeritate, a sumelor datorate bugetului general consolidat, în condițiile existenței unui interes al inculpatului de a obține un astfel de beneficiu și, respectiv, al statului de a încasa creanțele fiscale principale evazionate și accesoriile acestora.

2. Noțiunea de prejudiciu, în accepțiunea Legii nr. 241/2005. Legea pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale nu reglementează o definiție a noțiunii de „prejudiciu”, care, de altfel, este o categorie juridică des uzitată în diverse ramuri ale dreptului. Această noțiune a primit însă o contextualizare în câmpul evaziunii fiscale prin Decizia Curții Constituționale nr. 867 din 14 decembrie 2021⁶ prin care a fost admisă excepția de neconstituționalitate și s-a constatat că sintagma „pretențiile părții civile”, cuprinsă în dispozițiile art. 10 alin. (1) din Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, în redactarea anterioară modificării prin Legea nr. 55/2021 privind modificarea și completarea Legii nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, este neconstituțională.

Textul legal criticat avea la momentul respectiv următorul conținut: „În cazul săvârșirii unei infracțiuni de evaziune fiscală prevăzute la art. 8 și 9, dacă în cursul urmăririi penale

¹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 672 din 27 iulie 2005.

² Art. 9 alin. (2) dispune: „Dacă prin faptele prevăzute la alin. (1) s-a produs un prejudiciu mai mare de 100.000 euro, în echivalentul monedei naționale, limita minimă a pedepsei prevăzute de lege și limita maximă a acesteia se majorează cu 5 ani”.

³ Art. 9 alin. (3) dispune: „Dacă prin faptele prevăzute la alin. (1) s-a produs un prejudiciu mai mare de 500.000 euro, în echivalentul monedei naționale, limita minimă a pedepsei prevăzute de lege și limita maximă a acesteia se majorează cu 7 ani”.

⁴ Decizia Curții Constituționale nr. 320 din 17 mai 2016, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 636 din 18 august 2016.

⁵ Decizia Curții Constituționale nr. 318 din 18 aprilie 2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 400 din 9 mai 2006.

⁶ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 325 din 1 aprilie 2022.

sau al judecății, până la primul termen de judecată, inculpatul acoperă integral *pretențiile părții civile*, limitele prevăzute de lege pentru fapta săvârșită se reduc la jumătate” (s.n. – AFM).

Problema de neconstituționalitate a fost generată de faptul că, de-a lungul timpului, în ceea ce privește cauza de reducere a limitelor de pedeapsă reglementată în primele două variante ale art. 10 al Legii nr. 241/2005, legiuitorul a operat cu două concepte, și anume „prejudiciul cauzat”, respectiv „pretențiile părții civile”, fiind important să se știe, din perspectiva cerințelor de claritate și previzibilitate ale legii penale, dacă cele două concepte sunt sinonime, iar dacă nu, care este relația juridică dintre ele și care este noțiunea proprie acestei reglementări.

Așa cum a reținut instanța de contencios constituțional în decizia anteamintită, potrivit art. 20 alin. (2) și (3) C. pr. pen., constituirea ca parte civilă se face în scris sau oral, cu indicarea naturii și a întinderii pretențiilor, a motivelor și a probelor pe care acestea se întemeiază. În cazul în care constituirea ca parte civilă se face oral, organele judiciare în fața cărora se realizează aceasta, au obligația de a consemna aceasta într-un proces-verbal sau, după caz, în încheiere.

Curtea Constituțională a observat că „persoana vătămată, care se constituie parte civilă, poate înainta un quantum al pretențiilor diferit de quantumul prejudiciului stabilit de către procuror, legiuitorul neimpunând necesitatea/obligativitatea respectării unei egalități între cele două elemente. Astfel, pretențiile părții civile pot avea un quantum fie mai ridicat, fie mai scăzut față de quantumul prejudiciului stabilit de către procuror, în cursul urmăririi penale.

În acest sens, Curtea reține că în doctrină a fost subliniată diferența dintre cele două sintagme – «prejudiciu cauzat», respectiv «pretențiile părții civile». Astfel, s-a precizat că «pretențiile civile reprezintă suma cerută, iar prejudiciul suma dovedită». Cu altă ocazie, s-a subliniat că există o deosebire între noțiunea de prejudiciu și noțiunea de pretenții ale părții civile, deoarece, în timp ce prima se referă la quantumul dovedit al pretențiilor, cea de-a doua se referă la quantumul sumei solicitate de partea civilă.

Astfel, noțiunea de pretenții ale părții civile folosită de legiuitor în accepțiunea art. 10 din Legea nr. 241/2005 nu este identică cu noțiunea de prejudiciu produs ca urmare a săvârșirii de către inculpat a vreuneia dintre infracțiunile de evaziune fiscală prevăzute la art. 8 și 9 din Legea nr. 241/2005”.

Aplicând aceste considerente în analiza dispozițiilor art. 10 alin. (1) din Legea nr. 241/2005, în redactarea anterioară modificării prin Legea nr. 55/2021, instanța de control constituțional a constatat că „din perspectiva aplicării cauzei de reducere a pedepsei, reglementată de Legea nr. 241/2005, există o diferență conceptuală între cele două sintagme – «prejudiciu cauzat» și «pretențiile părții civile» –, acestea referindu-se la chestiuni diferite.

Așa fiind, Curtea apreciază că, în ceea ce privește reducerea limitelor de pedeapsă în cazul infracțiunilor prevăzute de art. 8 și 9 din Legea nr. 241/2005, trebuie subliniată diferența dintre noțiunea de «prejudiciu cauzat» și cea de «pretenții ale părții civile». Consecința acestui fapt se transpune în posibilitatea existenței unui quantum al «pretențiilor

părții civile» diferit de cel al «prejudiciului cauzat», putând fi constatate diferențe semnificative între acestea, atât în minus, cât și în plus. Aceasta cu atât mai mult cu cât, conform art. 20 alin. (5) lit. b) C. pr. pen., «până la terminarea cercetării judecătorești, partea civilă poate mări sau micșora întinderea pretențiilor».

În contextul normativ anterior, îndeplinirea condiției referitoare la „acoperirea integrală a pretențiilor părții civile” era legată de cuantumul acestora, neputând fi influențată de stabilirea cuantumului prejudiciului de către procuror, partea civilă fiind liberă să solicite pretenții într-un cuantum mult mai mare sau mult mai mic decât cuantumul prejudiciului stabilit de procuror. Acest fapt putea determina, după caz, crearea unui impediment de natură să împiedice acoperirea sumei respective și, implicit, aplicarea cauzei de reducere a limitelor de pedeapsă, sau, dimpotrivă, crearea unei situații de natură a avantaja anumiți inculpați. Aceste situații puteau apărea chiar în contextul în care subiectul pasiv în cazul infracțiunilor de evaziune fiscală și, de asemenea, partea civilă în procesul penal este întotdeauna statul.

Principiului disponibilității care guvernează acțiunea civilă în procesul penal, chiar și atunci când este exercitată de către stat, face ca procurorul sau instanța de judecată să nu poată limita acest aspect, organele judiciare neputându-se subroga în drepturile persoanei vătămate, constituirea statului ca parte civilă fiind o opțiune, pe care acesta o poate sau nu exercita. Așa fiind, Curtea Constituțională a reținut că, „în condițiile în care aplicarea cauzei de reducere a pedepselor prevăzute de lege în cazul săvârșirii uneia dintre infracțiunile de evaziune fiscală prevăzute la art. 8 și 9 din Legea nr. 241/2005 a fost condiționată de către legiuitor, printre altele, de plata voluntară și în integralitate a pretențiilor părții civile, se ajunge la situația în care aplicarea acestui beneficiu este condiționată de comportamentul persoanei vătămate/de manifestarea de voință a părții civile. Cu alte cuvinte, pentru ca dispozițiile de lege criticate să poate produce efecte juridice, este necesar ca în cazul infracțiunilor de evaziune fiscală prevăzute la art. 8 și 9 din Legea nr. 241/2005 statul să se constituie parte civilă și să indice în mod clar, concret, explicit pretențiile pe care le are sub aspectul laturii civile. Or, se constată că persoana vătămată, constituită ca parte civilă în procesul penal, are interese contrare inculpatului, așa încât există posibilitatea ca aceasta să își exercite dreptul de a reclama reparații în mod abuziv, cu scopul de a exclude accesul inculpatului de la beneficiul cauzei de reducere a pedepsei.

Din această perspectivă, Curtea constată că, prin modalitatea de reglementare, legiuitorul a creat premisa aplicării cauzei de reducere a pedepsei ca rezultat al unor interpretări sau aprecieri arbitrare ale persoanei vătămate/părții civile. Or, prin această modalitate de reglementare, legiuitorul a conferit persoanei vătămate/părții civile din procesul penal (referitor la infracțiunile de evaziune fiscală prevăzute de art. 8 și 9 din Legea nr. 241/2005) o poziție privilegiată, simpla manifestare de voință a acesteia din urmă putând determina posibilitatea aplicării sau neaplicării cauzei de reducere a limitelor de pedeapsă, ceea ce contravine dreptului la un proces echitabil și principiului potrivit căruia justiția este unică, imparțială și egală pentru toți”.

3. Stabilirea prejudiciului în cauzele de evaziune fiscală. Fiind o problemă esențială în orice cauză de evaziune fiscală care vizează infracțiunea incriminată de art. 9 din Legea nr.

241/2005, cuantumul prejudiciului condiționând încadrarea juridică a faptei, în practică au existat discuții în ceea ce privește modalitatea de stabilire a cuantumului prejudiciului. În acest context, a fost chemată să se pronunțe Înalta Curte de Casație și Justiție – Completul competent să judece recursul în interesul legii, care prin Decizia nr. 17 din 5 octombrie 2015 referitoare la recursul în interesul legii privind modul de soluționare a laturii civile în cazul condamnării inculpaților pentru infracțiuni de evaziune fiscală prevăzute în Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, cu modificările ulterioare⁷, a admis recursul în interesul legii declarat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție și, în consecință, a stabilit, în interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 19 din C. pr. pen.: „În cauzele penale având ca obiect infracțiunile de evaziune fiscală prevăzute în Legea nr. 241/2005, instanța, soluționând acțiunea civilă, dispune obligarea inculpatului condamnat pentru săvârșirea acestor infracțiuni la plata sumelor reprezentând obligația fiscală principală datorată și la plata sumelor reprezentând obligațiile fiscale accesorii datorate, în condițiile Codului de procedură fiscală”.

Pentru a pronunța această soluție interpretativă cu valoare obligatorie, instanța supremă a reținut că „din perspectiva regulii de interpretare logică *specialia generalibus derogant* – legea specială derogă de la legea generală – se apreciază că dispozițiile art. 19 C. pr. pen. au caracter de lege generală. Concomitent, Legea nr. 241/2005 are caracterul unei legi penale speciale, după criteriul conținutului și al sferei de incidență (prescrie condițiile în care o faptă constituie infracțiune, precum și pedeapsa ce se aplică), conținând norme de drept substanțial, dar și norme de procedură cu caracter special. Chiar și în situația în care Legea nr. 241/2005 nu ar fi făcut trimitere explicită la dispozițiile Codului de procedură fiscală, nu se poate ignora faptul că dispozițiile acestei legi se integrează organic sistemului legislației în materie fiscală, scop în care această lege trebuie corelată cu actele normative de nivel superior sau de același nivel cu care se află în conexiune, astfel cum prevăd dispozițiile art. 13 lit. a) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Or, cele mai importante legi în materie fiscală cu care Legea nr. 241/2005 se află în conexiune sunt Codul fiscal și Codul de procedură fiscală, cu modificările și completările ulterioare, acte normative care guvernează modul de definire, stabilire și administrare a creanțelor fiscale”.

Pornind de la calificarea raportului juridic născut între plătitorul taxei și beneficiarul acesteia ca un raport juridic de drept fiscal, reglementat de prevederile Codului fiscal și de cele ale Codului de procedură fiscală, instanța supremă, în valorizarea competenței sale interpretative, a statuat că, în cazul infracțiunilor de evaziune fiscală, inculpații vor fi obligați la suportarea prejudiciului constând în echivalentul cuantumului creanțelor fiscale principale deținute de stat, dar și la plata creanțelor fiscale accesorii, astfel cum sunt definite acestea de Codul de procedură fiscală, având în vedere că dreptul la perceperea creanțelor fiscale accesorii intră, de asemenea, în conținutul raportului juridic de drept fiscal, cuantumul acestora fiind stabilit de Codul de procedură fiscală.

⁷ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 875 din 23 noiembrie 2015.

În motivarea dată soluției interpretative, Înalta Curte de Casație și Justiție a mai reținut că „obligațiile de plată accesorii au un caracter prestabilit, atât în privința semnificației pe care acestea o au în contextul raportului juridic de drept fiscal, cât și în privința modalității de calcul al sumelor în care se materializează. Totodată, astfel cum rezultă din chiar denumirea dată lor de legiuitor, obligațiile fiscale accesorii au aceeași natură juridică cu aceea a obligațiilor fiscale principale, respectiv a impozitelor, taxelor, contribuțiilor și altor sume datorate bugetului general consolidat, neputând fi ignorate la momentul cuantificării prejudiciului de către instanța penală. Această concluzie reprezintă o aplicație a principiului *accessorium sequitur principale*.

Natura juridică distinctă a dobânzii legale prevăzută pentru raporturile de drept privat față de dobânda accesorie creanțelor fiscale a fost subliniată în literatura de specialitate, precizându-se că, deși dobânda din dreptul privat are câmp de aplicare în materia răspunderii civile delictuale, dobânda accesorie creanțelor fiscale este o sancțiune specifică dreptului public, aplicabilă în cadrul răspunderii de drept financiar, fiind o veritabilă sancțiune cu caracter fiscal, impusă în mod unilateral prin norme juridice imperative”⁸.

Așa fiind, „având în vedere relația dintre creanțele fiscale principale (impozite, taxe și alte contribuții datorate bugetului general consolidat) și cele accesorii (dobânzi, penalități și, după caz, majorări de întârziere), dar și natura juridică a raportului dedus judecății, în soluționarea laturii civile a cauzei penale, instanțele urmează a acorda despăgubiri pentru prejudiciul cauzat reprezentând exclusiv accesoriile fiscale ale creanței fiscale principale, și nu dobânda legală caracteristică raporturilor juridice de drept privat prevăzută de Ordonanța Guvernului nr. 9/2000, respectiv Ordonanța Guvernului nr. 13/2011”.

În ceea ce privește momentul de la care încep să curgă accesoriile creanțelor fiscale, în aceeași decizie interpretativă, Înalta Curte de Casație și Justiție a reținut că, având în vedere că „obligația de plată a taxelor și impozitelor se naște la data realizării activității, încasării venitului supus impozitării și devine scadentă la termenul prevăzut de lege, moment de la care autoritatea fiscală are dreptul de a percepe accesoriile creanței fiscale (...), stabilirea momentului nașterii acestor obligații de plată ca fiind situat la finalul procedurii judiciare (după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare) reprezintă o soluție eronată, deoarece presupune acoperirea doar parțială a prejudiciului cauzat creditorului fiscal prin întârzierea plății obligațiilor fiscale principale, cu excluderea perioadei cuprinse între data la care acestea au devenit scadente și data rămânerei definitive a hotărârii de condamnare și cu consecința exonerării parțiale și nejustificate a debitorului de plata unor daune-interese moratorii și a penalităților de întârziere”.

Cu referire la actele prin care se stabilește prejudiciul, astfel încât inculpatul să cunoască cuantumul acestuia în vederea realizării plății în condițiile art. 10 din Legea nr. 241/2005, Curtea Constituțională a reținut⁹ că, în ceea ce privește cuantumul

⁸ În acest sens, a se vedea și C. Roșu, A. Fanu-Moca, *Unele considerații în legătură cu dobânzile. Creanțele fiscale accesorii*, Dreptul nr. 6/2004, p. 68.

⁹ Decizia nr. 1.084 din 8 septembrie 2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 665 din 6 octombrie 2009; Decizia nr. 1.594 din 26 noiembrie 2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 32 din 15 ianuarie 2010.

prejudiciului cauzat, acesta „este cel care rezultă din actele dosarului, și anume din rechizitoriu sau din actele financiar-contabile existente la dosar. Nu se poate susține că prejudiciul cauzat ar avea un quantum variabil în funcție de pretențiile pe care le avansează partea civilă la diferite termene de judecată și de modalitatea de calcul al acestora pe care o adoptă partea civilă. De asemenea, se reține că stabilirea *in concreto* a prejudiciului cauzat aparține în faza de urmărire penală procurorului de caz”.

În Decizia nr. 867 din 14 decembrie 2021, instanța de control constituțional a mai arătat că, „în egală măsură, probele nu au o valoare dinainte stabilită prin lege și sunt supuse liberei aprecieri a organelor judiciare în urma evaluării tuturor probelor administrate în cauză [art. 103 alin. (1) C. pr. pen.]. În cursul urmăririi penale, organul de urmărire penală poate dispune, în funcție de specificul fiecărei cauze, fie efectuarea unei expertize, fie efectuarea unei constatări tehnico-științifice. Astfel, efectuarea unei expertize se dispune când pentru constatarea, clarificarea sau evaluarea unor fapte ori împrejurări ce prezintă importanță pentru aflarea adevărului în cauză este necesară și opinia unui expert [art. 172 alin. (1) din C. pr. pen.]. De asemenea, când există pericol de dispariție a unor mijloace de probă sau de schimbare a unor situații de fapt ori este necesară lămurirea urgentă a unor fapte sau împrejurări ale cauzei, organul de urmărire penală poate dispune prin ordonanță efectuarea unei constatări. Constatarea este efectuată de către un specialist care funcționează în cadrul organelor judiciare sau din afara acestora [art. 172 alin. (9) și (10) C. pr. pen.]. Atunci când constată că au fost respectate dispozițiile legale care garantează aflarea adevărului, că urmărirea penală este completă și există probele necesare și legal administrate, procurorul emite rechizitoriu prin care dispune trimiterea în judecată, dacă din materialul de urmărire penală rezultă că fapta există, că a fost săvârșită de inculpat și că acesta răspunde penal [art. 327 lit. a) C. pr. pen.]. Totodată, rechizitoriul cuprinde în mod corespunzător mențiunile prevăzute la art. 286 alin. (2) C. pr. pen., datele privitoare la fapta reținută în sarcina inculpatului și încadrarea juridică a acesteia, probele și mijloacele de probă, cheltuielile judiciare, mențiunile prevăzute la art. 330 și art. 331, dispoziția de trimitere în judecată, precum și alte mențiuni necesare pentru soluționarea cauzei [art. 328 alin. (1) teza întâi C. pr. pen.]. Așa fiind, din cele anterior expuse, Curtea observă că «prejudiciul cauzat» este un element ce va fi stabilit de către organul de urmărire penală pe baza probelor administrate în faza urmăririi penale și care se va regăsi în cuprinsul rechizitoriului. Aceasta cu atât mai mult cu cât în cazul săvârșirii infracțiunilor prevăzute de art. 9 din Legea nr. 241/2005 stabilirea unui prejudiciu determină corecta încadrare juridică a faptei săvârșite”.

Problema stabilirii quantumului prejudiciului apare în faza de judecată atunci când este contestată valoarea acestuia stabilită prin rechizitoriu, având în vedere că instanța de judecată nu va putea să se pronunțe anterior soluționării cauzei asupra acestei chestiuni care reprezintă un element esențial al laturii civile, altfel existând riscul unei antepronunțări. Problema nu se rezolvă nici după soluționarea cauzei în prima instanță, în situația în care partea civilă formulează apel împotriva sentinței pronunțate în ceea ce privește latura civilă a cauzei, contestând întinderea prejudiciului stabilit de prima instanță.

În faza procesuală a judecății (atât în primă instanță, cât și în apel, dacă se contestă întinderea prejudiciului), semnificația concretă a noțiunii de „prejudiciu”, legată în mod indisolubil de cuantumul acestuia, devine discutabilă, mai ales în situația în care ne aflăm după momentul efectuării unei expertize fiscale prin care a fost diminuat cuantumul prejudiciului stabilit prin rechizitoriu. În legătură cu acest aspect, în literatura de specialitate¹⁰ s-a arătat: „Pe de-o parte, s-ar putea susține că suma de plată pentru beneficiul art. 10 din Lege este cea stabilită prin rechizitoriu dat fiind faptul că acesta este actul ce stabilește limitele acuzației până la pronunțarea unei hotărâri judecătorești care să stabilească alte aspecte. Pe de altă parte, s-ar putea susține că suma de plată va fi cea stabilită prin raportul de expertiză efectuat în fața instanței, în cazul în care acesta este mai mic, în virtutea principiului *in dubio pro reo*. Împărtășim această opinie având în vedere că, dacă în cauză există două probe, cu aceeași valoare, ce stabilesc două aspecte contradictorii, va prevala cea care indică elemente mai favorabile pentru inculpat”. Chiar dacă o astfel de susținere ar putea fi primită, în prezent ea nu are niciun suport procesual atât timp cât în procesul penal există principiul libertății aprecierii probelor, instanța de judecată urmând a se pronunța cu privire la toate aspectele de fond, inclusiv cu privire la întinderea prejudiciului, doar prin hotărâre. În acest context, având în vedere limita temporală stabilită pentru a se putea reține cauza reglementată de dispozițiile art. 10 din Legea nr. 241/2005 – „până la pronunțarea unei hotărâri judecătorești definitive” –, inculpatul va avea un risc procesual însemnat în situația în care va plăti prejudiciul stabilit prin expertiză (cu un cuantum mai mic) și nu prejudiciul stabilit prin rechizitoriu, instanța putându-i refuza beneficiul art. 10 din precitata lege într-o astfel de situație.

De lege ferenda, legiuitorul ar trebui în cuprinsul Legii nr. 241/2005 să reglementeze în mod clar care este actul procesual prin care se stabilește cuantumul prejudiciului la care face referire art. 10, în caz contrar, textul respectiv rămânând în continuare neclar, interpretarea dată de instanța de judecată penală noțiunii de „prejudiciu” fiindu-i cunoscută inculpatului abia după momentul pronunțării hotărârii penale definitive, moment la care acesta nu mai poate face nimic pentru a „reactiva” dispozițiile de favoare ale art. 10.

4. Concluzii. Prejudiciul este și rămâne un element esențial în cauzele de evaziune fiscală, legiuitorul legând de existența și întinderea acestuia mai multe consecințe juridice. Este corectă revenirea în textul art. 10 al Legii nr. 241/2005 la noțiunea de „prejudiciu”, care se regăsea și în varianta inițială a acestuia, prin renunțarea la utilizarea celei de „pretențiile părții civile”, care, așa cum a constatat și Curtea Constituțională, atrăgea consecințe serioase de neconstituționalitate în ceea ce privește dispozițiile acestui text normativ care reglementează cauza de reducere a pedepsei.

¹⁰ O. Lup, *Noile modificări ale legii în materia infracțiunilor de evaziune fiscală. Efectele plății prejudiciului în cursul procesului penal* (<https://www.universuljuridic.ro/noile-modificari-ale-legii-in-materia-infracțiunilor-de-evaziune-fiscală-efectele-plătii-prejudiciului-in-cursul-procesului-penal>).

Rolul impozitelor de mediu în finanțarea programelor de protecția mediului

The role of environmental taxes in financing environmental protection programs

Lect. univ. dr. **Marilena ENE***

Universitatea din București

Facultatea de Drept

Abstract

The main ideas in this article were presented at the tenth edition of the National Conference on Fiscal Law, organized in Timisoara on October 13-14, 2023. The purpose of the presentation, later developed in this article, was to launch a new topic of debate, which seems to be ignored in Romania, namely what fiscal measures must be taken at national level for Romania to obtain the public funds necessary for the implementation of the Union environmental objectives.

Being a work in the field of tax law, we did not intend to carry out an analysis of environmental policy, but we only introduced some general elements necessary to emphasize the importance of the topic on the environmental taxes.

In this article, we found it useful to start with the first step, namely, to identify what environmental taxes are currently in force in EU, whether Romania has adopted such taxes and how it uses them, with the hope that in the future the national legislator will correct some of the errors identified in this analysis.

Keywords: environmental protection, environmental taxes, energy taxes, transport taxes, pollution taxes, resources taxes.

Rezumat

Ideile principale din cadrul acestui articol au fost prezentate la cea de-a X-a ediție a Conferinței Naționale de Drept Fiscal organizată la Timișoara în perioada 13-14 octombrie 2023. Scopul prezentării, ulterior dezvoltată în acest articol, a fost de a lansa un nou subiect de dezbatere, care pare a fi ignorat în România, anume ce măsuri fiscale trebuie adoptate la nivel național pentru ca România să obțină fondurile publice necesare punerii în aplicare a obiectivelor de mediu unionale.

Fiind vorba de o lucrare în domeniul dreptului fiscal, nu ne-am propus să realizăm o analiză a politicii de mediu, ci doar am introdus câteva elemente generale necesare pentru a sublinia importanța subiectului privind impozitele de mediu.

* marilena.ene@drept.unibuc.ro

În acest articol am considerat util să începem cu primul pas, anume să identificăm ce sunt impozitele de mediu în UE, dacă România a adoptat astfel de impozite și cum le utilizează, cu speranța că în viitor legiuitorul național va corecta unele dintre erorile identificate în cadrul acestei analize.

Cuvinte-cheie: protecția mediului, impozite de mediu, impozite pe energie, impozite pe transport, impozite pe poluare, impozite pe resurse.

1. Aspecte introductive

Protecția mediului și neutralitatea climatică sunt unele dintre subiectele cele mai discutate și dezbătute atât în presă, cât și în cadrul politicilor publice ale Statelor Membre ale Uniunii Europene.

În anul 2019, Comisia Europeană¹ a lansat o nouă provocare sub denumirea „Pactul ecologic european” (European Green Deal), completată cu pachetul legislativ denumit „Pregătiți pentru 55” („Fit for 55”) prin care s-a propus ca la nivelul UE până în anul 2030 să se reducă emisiile de gaze cu efect de seră, comparativ cu nivelurile înregistrate în anul 1990 de cel puțin 50% și „care să tindă spre 55%”.

Toate statele membre au agreeat prin Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE) să adopte la nivel național și unional toate măsurile necesare îndeplinirii obiectivelor politicii de mediu înscrise în art. 191, care presupun:

„Conservarea, protecția și îmbunătățirea calității mediului; ocrotirea sănătății persoanelor; utilizarea prudentă și rațională a resurselor naturale; promovarea pe plan internațional a unor măsuri destinate să contracareze problemele de mediu la scară regională sau mondială și în special lupta împotriva schimbărilor climatice”.

Realizarea acestor obiective presupune ca Statele Membre să fie de acord cu propunerile elaborate de către Comisia Europeană ce includ și modificări în cadrul politicilor economice și, în al doilea rând, să fie identificate la nivel național și unional surse de finanțare pentru acoperirea costurilor necesare implementării obiectivelor de mediu.

În cadrul acestei lucrări nu este inclusă o analiză a politicii de mediu a Uniunii Europene, respectiv a obiectivelor asumate în vederea realizării provocării de reducere a nivelului emisiilor de gaze cu efect de seră, fiind domeniul de cercetare pentru specialiștii în dreptul mediului.

Scopul acestui articol este de a lansa un nou subiect de dezbatere, care pare a fi ignorat în România, anume ce măsuri fiscale trebuie adoptate la nivel național pentru a deține fondurile publice necesare punerii în aplicare a obiectivelor de mediu unionale. Chiar dacă răspunsul este complicat, totuși ne propunem să identificăm, pentru început, care sunt sursele de finanțare actuale și cum le utilizează România la acest moment cu speranța că în

¹ Comunicarea Comisiei către Parlamentul European, Consiliul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, COM(2019) 640 din 11 decembrie 2019, *Pactul ecologic european*.

viitor legiutorul național va aplica unele dintre propunerile identificate în cadrul acestei analize sau va găsi altele și mai potrivite.

Importanța identificării surselor de finanțare necesare îndeplinirii obiectivelor de mediu este evidentă dacă ne raportăm la Planul Național de Redresare și Reziliență al României (PNRR)², aprobat de către Consiliu prin Decizia de punere în aplicare a Consiliului din 29 octombrie 2021. În cadrul analizei efectuate la nivelul Uniunii Europene, România a primit următoarele recomandări:

- a) să adopte măsurile fiscale³ pentru a înceta situația de deficit public excesiv până în 2024;
- b) să elimine treptat măsurile în vigoare de sprijin în domeniul energiei;
- c) să finanțeze investițiile publice naționale și să asigure absorbția eficientă a granturilor acordate în cadrul Mecanismului de redresare și reziliență implementat prin Regulamentul (UE) 2021/241⁴ și a altor fonduri unionale pentru a promova tranziția verde și digitală;
- d) să reducă dependența de combustibilii fosili și să accelereze tranziția energetică spre energie verde;
- e) să intensifice eforturile în materie de politici care vizează furnizarea și dobândirea competențelor necesare pentru tranziția verde.

Implementarea acestor recomandări la nivel național presupune, așa cum am este evident, fonduri publice pe care România trebuie să le dețină în completarea fondurilor unionale, care nu asigură o finanțare integrală a proiectelor pe care România trebuie să le realizeze.

Unul dintre cei șase piloni menționați în PNRR cuprinde activitățile pe care România și le-a propus să le realizeze pentru a îndeplini obiectivul major UE privind tranziția verde, ce cuprinde *„reforme și investiții în tehnologii și capacități verzi, inclusiv în biodiversitate, eficiență energetică, renovarea clădirilor și economia circulară, contribuind în același timp la obiectivele Uniunii privind clima, promovând creșterea sustenabilă, creând locuri de muncă și menținând securitatea energetică”*, grupate pe șase componente: C1. Managementul apei; C2. Păduri și protecția biodiversității; C3. Managementul deșeurilor; C4. Transport sustenabil; C5. Valul Renovării; C6. Energie.

Din perspectiva analizei efectuate de către Comisia Europeană cu privire la stadiul implementării politicilor de mediu, cu privire la toate cele șase elemente componente

² <https://mfe.gov.ro/pnrr/>.

³ Guvernul României a propus și au fost adoptate Legea nr. 296/2023 privind unele măsuri fiscal-bugetare pentru asigurarea sustenabilității financiare a României pe termen lung (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 977 din 27 octombrie 2023) și Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 115/2023 privind unele măsuri fiscal-bugetare în domeniul cheltuielilor publice, pentru consolidare fiscală, combaterea evaziunii fiscale, pentru modificarea și completarea unor acte normative, precum și pentru prorogarea unor termene (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1139 din 15 decembrie 2023).

⁴ Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L, nr. 57, din 18 februarie 2021.

menționate în PNRR au fost identificate probleme, așa cum rezultă din Raportul de țară publicat în 8 septembrie 2022⁵:

a) necesitatea îmbunătățirii „gestionării deșeurilor, în special prin reducerea cantității de deșeuri depozitate și prin creșterea cantității de deșeuri colectate separat în vederea creșterii gradului de reciclare”;

b) obligația de a finaliza rețeaua „Natura 2000 prin abordarea deficiențelor rămase în componenta acestora referitoare la siturile de importanță comunitară (SIC), asigurarea adoptării planurilor de gestionare care nu au fost încă adoptate și a elaborării de obiective de conservare specifice fiecărui sit, stabilirea de măsuri de conservare pentru toate siturile Natura 2000 și asigurarea gestionării eficiente a rețelei”;

c) obligația de a „reduce emisiile de particule în suspensie și de dioxid de azot prin reducerea aglomerării traficului și prin luarea de măsuri suplimentare în domeniul energiei;

d) creșterea gradului de conformitate cu legislația UE în materie de ape uzate urbane, în vederea atingerii obiectivelor UE;

e) îmbunătățirea epurării apelor uzate urbane prin realizarea investițiilor corespunzătoare;

f) îmbunătățirea coordonării și consolidarea capacității administrative a autorităților și agențiilor implicate în punerea în aplicare a legislației UE, în special în ceea ce privește gestionarea apei și a deșeurilor și

g) protejarea și gestionarea siturilor Natura 2000.

Am preluat integral aceste probleme înscrise în rezumatul Raportului de țară pentru că la o simplă evaluare a costurilor aferente rezolvării acestora, pe baza sumelor estimative cuprinse în Raport, rezultă că suma necesară este de aproximativ 8% din PIB actual, fără a lua în calcul obligațiile financiare ale României rezultate din închiderea depozitelor de deșeuri pentru care nu au fost emise autorizații de funcționare⁶ și din neîndeplinirea la termen a acestei obligații⁷.

De aceea considerăm că analiza juridică a impozitelor de mediu unionale și a modului în care România a înțeles să le implementeze în legislația fiscală este relevantă. În final, vom încerca să tragem câteva concluzii legate de utilitate demersului făcut în cadrul acestui articol.

⁵ Document de lucru al Serviciilor Comisiei – Evaluarea din 2022 a punerii în aplicare a politicilor de mediu, Raport de țară – ROMÂNIA care însoțește documentul Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliul, Comitetul Economic și Social-European și Comitetul Regiunilor Evaluarea din 2022 a punerii în aplicare a politicilor de mediu: Schimbarea direcției prin asigurarea respectării normelor de mediu, SWD/2022/271 final din 8 septembrie 2022.

⁶ CJUE, Cauza C-301/17, Comisia c. România, Hotărârea din 18 octombrie 2018.

⁷ CJUE, Cauza C-109/22, Comisia C. România, Hotărârea din 14 decembrie 2023, prin care România a fost obligată la plata către Comisia Europeană a unei penalități cu titlu cominatoriu în cuantum de 600 de euro pe depozit de deșeuri și pe zi de întârziere (adică 29.400 de euro pe zi) în aplicarea măsurilor necesare pentru a se conforma Hotărârii din 18 octombrie 2018, începând de la data de 14 decembrie 2023 și până la cea a executării complete a Hotărârii din 18 octombrie 2018, precum și la plata unei sume forfetare în cuantum de 1.500.000 de euro.

2. Ce sunt impozitele de mediu?

Conceptul de impozite de mediu a apărut în analiza doctrinei de drept fiscal recent, nefiind un subiect tradițional în analiza juridică a impozitelor. În concret, impozitele de mediu („*environmental taxes*”⁸) sunt considerate ca fiind în primul rând „impozite corective”, adică sunt adoptate cu scopul de a se corecta comportamentul negativ al contribuabililor, fiind denumite în doctrina internațională și impozite „pigouviane”⁹. De-a lungul timpului, specialiștii în politică fiscală au utilizat acest concept pentru a argumenta adoptarea altor tipuri de impozite care, în opinia lor, au rolul de a corecta comportamente negative. Un exemplu în acest sens este „impozitul pe zahăr” („*sugar tax*”), pe care Organizația Mondială a Sănătății îl promovează ca fiind un exemplu de succes în combaterea obezității și bolilor cardiace¹⁰, adoptat în aproximativ 40 de țări din lume, inclusiv în România începând cu 1 ianuarie 2024.

În doctrina economică¹¹ s-a susținut că impozitele de mediu nu trebuie utilizate exclusiv pentru acoperirea costurilor de mediu (cheltuielilor de mediu), ci și pentru finanțarea altor cheltuieli bugetare, pentru a asigura reducerea deficitului bugetar sau pentru a reduce sau elimina impozite existente. Cu privire la acest ultim scop, considerăm că este util să introducem aici un citat dintr-un raport¹² al Comisei Europene din 2022 privind fiscalitatea unională, denumit „*Annual report on taxation 2022*” în care se menționează:

*„Impozitele de mediu pot fi un instrument de politică util pentru a contribui la atingerea obiectivelor politicii în domeniul climei și al mediului și la relansarea economiei UE în urma crizei provocate de pandemia de COVID-19. Creșterea actuală a prețurilor la energie, exacerbata de războiul din Ucraina, necesită o accelerare a tranziției verzi. Acest lucru ar trebui să fie susținut de o impozitare echilibrată a mediului, aliniată la obiectivele climatice, protejând în același timp persoanele cele mai vulnerabile. În acest context, trecerea de la impozitarea muncii la impozite de mediu adecvate scopului, ținând seama în mod corespunzător de posibilele efecte de distribuție, are potențialul de a stimula ocuparea forței de muncă și de a schimba comportamentul în favoarea unui consum și a unei producții mai durabile”*¹³ (tr.n.).

⁸ Conceptul a fost tradus în limba română ca „taxe de mediu” din cauza utilizării traducerii cuvântului „tax” ca „taxă”, chiar dacă sensul în limba engleză este de „impozit”.

⁹ A.C. Pigou, *The economics of welfare*, Ed. Macmillan and Co., Londra, 1920. Acest concept a fost dezbătut de către economiști în mai multe lucrări, existând și păreri conform cărora propunerea lui Pigou din 1920 nu este corectă economic. Nefiind un articol scris de un economist, ci de un jurist, ne limităm la a prezenta acest concept așa cum rezultă din doctrina juridică internațională.

¹⁰ World Health Organization, Regional Office for Europe, *Sugar-sweetened beverage taxes in the WHO European Region: success through lessons learned and challenges faced*. Copenhagen, 2022.

¹¹ W.C. Roberson, *Environmental taxation* în A.J. Auerbach, K. Smetters (eds.) *The economics of tax policy* (2017). Oxford University Press, p 50.

¹² Comisia Europeană, Direcția Generală Impozitare și Uniune Vamală, *Annual report on taxation 2022: tax policies in the European Union*, Oficiul pentru Publicații al Uniunii Europene, 2022.

¹³ „*Environmental taxation can be a useful policy tool to help reach climate and environmental policy goals and reboot the EU economy in the aftermath of the COVID-19 crisis. The current rise in energy prices, exacerbated by the war in Ukraine, calls for an acceleration of the green transition. This should be supported by a balanced*

Utilizarea unui impozit atât pentru a finanța bugetul public, cât și pentru a rezolva o altă problemă (de mediu sau de sănătate) este menționată în doctrină sub denumirea de teoria „dividendului dublu”, adică implementarea unui astfel de impozit aduce un beneficiu dublu.

În legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, impozitele de mediu sunt definite cel puțin în două acte normative.

O primă definiție a fost inclusă în Regulamentul (UE) nr. 691/2011 *privind conturile economice de mediu europene*¹⁴, conform căreia o „taxă referitoare la mediu” înseamnă:

„O taxă a cărei bază de impunere este o unitate fizică (sau o aproximare a unei unități fizice) a ceva care are un impact negativ specific dovedit asupra mediului și care este identificată de SEC 95 drept taxă”.

Din păcate, traducerea în limba română a fost realizată defectuos întrucât în varianta în limba engleză a Regulamentului cuvântul utilizat este „tax”, nicidecum „levy” sau „fee”, ceea ce a generat o definiție eronată în varianta românească a Regulamentului.

O altă definiție, inclusă într-o comunicare a Comisiei Europene, *„Orientările din 2022 privind ajutoarele de stat pentru climă, protecția mediului și energie (2022/C 80/01)”*¹⁵, este mult mai detaliată, din punct de vedere juridic:

*„40. «Taxă de mediu fiscală sau parafiscală» înseamnă o taxă sau un impozit aplicat unei baze de impozitare specifice și care se aplică unor produse sau servicii specifice cu un efect negativ clar asupra mediului sau care urmărește să taxeze anumite activități, bunuri sau servicii astfel încât costurile de mediu să poată fi incluse în prețul lor sau astfel încât producătorii și consumatorii să fie orientați către activități care respectă mai mult mediul”*¹⁶.

Traducerea și în acest caz a fost realizată fără a ține cont de distincția legală din dreptul românesc dintre impozit și taxă ceea ce a generat un text lipsit de sens. În concret, denumirea corectă este „impozit de mediu” sau „taxă parafiscală”.

Scopul Orientărilor din 2022 adoptate de către Comisia Europeană este evident în strânsă legătură cu Pactul ecologic, și anume să ofere statelor membre un instrument cu explicații privind modalitatea prin care Comisia va evalua compatibilitatea măsurilor de protecție a mediului cu prevederile Art. 107 alin. (3) lit. c)¹⁷ din TFUE referitoare la măsurile care ar putea intra în categoria ajutorului de stat.

environmental taxation aligned with climate objectives, while protecting the most vulnerable. In that context, shifting away from labour taxation to environmental taxes that are fit for purpose, taking due account of the possible distributional effects, has the potential to stimulate employment and change behaviour in favour of more sustainable consumption and production”.

¹⁴ Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L, nr. 192 din 22 iulie 2011.

¹⁵ Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria C, nr. 80 din 18 februarie 2022.

¹⁶ „40. ‘environmental tax or parafiscal levy’ means a tax or levy applied on a specific tax base, products or services that have a clear negative effect on the environment or which seeks to charge certain activities, goods or services so that the environmental costs may be included in their price or so that producers and consumers are oriented towards activities which better respect the environment.”

¹⁷ Art. 107 alin. (3): „Pot fi considerate compatibile cu piața internă: a) ajutoarele destinate să favorizeze dezvoltarea economică a regiunilor în care nivelul de trai este anormal de scăzut sau în care există un grad de ocupare a forței de muncă extrem de scăzut, precum și a regiunilor prevăzute la articolul 349, avându-se în vedere situația lor structurală, economică și socială; b) ajutoarele destinate să promoveze realizarea unui proiect important de interes european comun sau să remedieze perturbări grave ale economiei unui stat membru; c)

Impozitele de mediu sunt clasificate¹⁸ în Regulamentul nr. 691/2011 în funcție de obiectul impunerii în:

- a) impozite pe energie („*energy taxes*”);
- b) impozite pe transport („*transport taxes*”);
- c) impozitele pe poluare („*pollution taxes*”);
- d) impozitele pe resurse („*resources taxes*”).

În Manualul publicat de către Eurostat, „*Environmental taxes – A statistical guide*”¹⁹, ediția din 2024, este prezentat pentru fiecare tip de impozit ce tipuri de venituri bugetare sunt aferente fiecărui impozit pentru ca fiecare stat membru să includă în raportările transmise către Eurostat aceleași date statistice:

a) **impozite pe energie** pot cuprinde impozite sau taxe în legătură cu produsele energetice utilizate pentru mijloace de transport, pentru scop casnic sau industrial și cele în legătură cu emisia gazelor cu efect de seră;

b) **impozite pe transport** ce pot include impozite privind importul sau vânzarea de autovehicule (impozit unic); impozite sau taxe privind înmatricularea sau utilizarea autovehiculelor stabilit în mod recurent (anuale); taxe pentru utilizarea drumurilor (taxele de autostradă); taxe de acces în anumite zone pentru a evita blocajele rutiere; impozite pentru alte tipuri de mijloace de transport; impozite sau taxe în legătură cu utilizarea infrastructurii de transport; impozite sau taxe în legătură cu zborurile și biletele de avion; impozite sau taxe în legătură cu asigurarea autovehiculelor (cu excepția asigurărilor generale);

c) **impozitele pe poluare** se referă la impozite stabilite în legătură cu emisiile măsurate sau estimate în aer (cu excepția dioxidului de carbon), substanțele care diminuează stratul de ozon, efluenții măsurați sau estimați în apă, sursele de poluare a apei (pesticide, îngrășăminte artificiale, gunoi de grajd), gestionarea deșeurilor (colectare, tratare sau eliminare, produse individuale), zgomotul (spre exemplu, decolarea și aterizarea aeronavelor);

d) **impozitele pe resurse** pot include impozite sau taxe ce sunt calculate prin raportare la apa naturală extrasă, exploatarea resurselor naturale (spre exemplu, cherestea, animale sălbatice) sau a minereurilor, schimbarea destinației terenurilor sau tăierea arborilor sau modificările peisajului urban.

Am menționat aceste definiții utilizate de către Eurostat pentru că în secțiunea următoare privind impozitele de mediu din România vom încerca o trecere în revistă a celor patru categorii de impozite pentru a identifica pe cele adoptate la nivel național atât sub denumirea „impozit”, cât și sub cea de „taxă” sau „contribuție” și pe care Ministerul Finanțelor

ajutoarele destinate să faciliteze dezvoltarea anumitor activități sau a anumitor regiuni economice, în cazul în care acestea nu modifică în mod nefavorabil condițiile schimburilor comerciale într-o măsură care contravine interesului comun; d) ajutoarele destinate să promoveze cultura și conservarea patrimoniului, în cazul în care acestea nu modifică în mod nefavorabil condițiile schimburilor comerciale și de concurență în Uniune într-o măsură care contravine interesului comun; e) alte categorii de ajutoare stabilite prin decizie a Consiliului, care hotărăște la propunerea Comisiei”.

¹⁸ Anexa II, Secțiunea 3 din Regulamentul (UE) nr. 691/2011.

¹⁹ <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-manuals-and-guidelines/w/KS-GQ-23-016?>

nu le-a inclus, în opinia mea în mod eronat, în categoria impozitelor de mediu, nefiind comunicate, în mod evident, date către Eurostat.

Pe baza informațiilor statistice comunicate de către Statele Membre în temeiul Regulamentului (UE) nr. 691/2011, către Eurostat, la nivelul anului 2021, se pot trage următoarele concluzii:

a) în UE au fost colectate impozite de mediu în valoare totală de 331,3 miliarde de euro, constituind 2,2 % din PIB UE și 5,5% din total venituri publice ale statelor membre reprezentând impozite și contribuții sociale obligatorii, înregistrându-se un trend ușor descendent în ciuda propunerilor formulate de către Comisie;

b) impozitele pe energie reprezintă 1,17% din PIB UE, adică 4,26% din total venituri publice ale statelor membre reprezentând impozite și contribuții sociale obligatorii;

c) impozitele pe transport constituie 0,4% din PIB și 0,98% din total venituri publice ale statelor membre reprezentând impozite și contribuții sociale obligatorii;

d) impozitele pe poluare și pe resurse constituie 0,08% din PIB și 0,19% din total venituri publice ale statelor membre reprezentând impozite și contribuții sociale obligatorii.

3. Impozitele de mediu din România și scopul acestora conform legislației în vigoare

În doctrina națională²⁰, impozitele de mediu au fost analizate sub denumirea „taxe de mediu”, fiind incluse în categoria „taxelor parafiscale”. De-a lungul timpului, au existat și litigii și au fost publicate și articole de specialitate cu privire la „taxele” reglementate prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 196/2005 *privind Fondul pentru mediu*²¹ și „taxele speciale” sau de „primă înmatriculare” introduse prin acte normative succesive în perioada 2006-2013. Această ultimă categorie, a taxei de „primă înmatriculare”, a fost analizată și de către CJUE din perspectiva art. 110 TFUE, prevederile naționale fiind declarate incompatibile cu dreptul unional, astfel că Guvernul României a fost obligat să abroge actele normative respective și să restituie taxele ilegal încasate în perioada 2007-2013. În cadrul acestui articol nu este inclusă o analiză a „taxei de primă înmatriculare”, fiind deja analizată extensiv în doctrină.

În continuare, vom face o prezentare a actelor normative ce reglementează cele patru categorii de impozite de mediu, conform definițiilor de mai sus, și vom identifica scopul acestora pentru a analiza dacă sunt impozite stabilite pentru a combate acțiuni ce afectează mediul înconjurător sau pentru a finanța diverse cheltuieli publice și deficitul bugetar.

3.1. Impozite pe energie

În mod tradițional, impozitele pe energie, sub forma accizelor, adică impozite speciale pe consum, au existat în România încă din perioada de dinaintea Primului Război Mondial

²⁰ C.F. Costaș, S.I. Puț, *Drept fiscal*, Ed. Universul Juridic, București, 2023, pp. 626-680.

²¹ Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1193 din 30 decembrie 2005, cu modificările și completările ulterioare.

sub forma impozitului pe petrol²² și, după război, și a impozitului pe gaz și electricitate. De altfel, și la nivel internațional, se poate observa aceeași modalitate de reglementare. Impozitele pe consum sub forma accizelor au fost adoptate pe scară largă, cu același argument ca și în perioada actuală, anume că sunt mai puțin vizibile pentru cetățeni fiind incluse în prețul produselor și asigură o bază largă de impozitare.

În prezent, în temeiul reglementărilor unionale²³, în art. 355-358 C. fisc. sunt prevăzute accize ce alimentează bugetul de stat datorate în legătură cu produsele energetice, gaze naturale, cărbune, cocs, lignit și energie electrică. Acest tip de impozit, chiar dacă are legătură cu produse poluante, nu este stabilit cu scopul de a combate în vreun fel poluarea mediului înconjurător ci are drept scop finanțarea cheltuielilor publice din bugetul național. Toate veniturile colectate din accize, inclusiv cele legate de produsele energetice, alimentează bugetul de stat, acoperind așadar toate și oricare dintre cheltuielile publice, conform principiului neafectării veniturilor²⁴ prevăzut de art. 8 alin. (2)²⁵ din Legea nr. 500/2002 *a finanțelor publice*²⁶.

În preambulul Directivei 2003/96 se prevede că scopul adoptării acestui act normativ are legătură cu „buna funcționare a pieței interne și realizarea obiectivelor celorlalte politici comunitare” și că „cerințele de protecție ecologică trebuie incluse în elaborarea și punerea în aplicare a altor politici comunitar”, unul dintre comentariile negative cu privire la această directivă fiind că în realitate încurajează consumul de produse energetice poluante și nu aduce niciun impact pozitiv asupra energiei verzi. Trebuie menționat că este în dezbateră Consiliului încă din anul 2021 o propunere de directivă ce propune modificarea cadrului unional de impozitare a produselor energetice²⁷.

Cu toate că România în mod constant a depășit nivelurile de gaze cu efect de seră din atmosferă, până la acest moment nu a fost adoptat niciun impozit sau taxă în legătură cu cantitate de gaze cu efect de seră din atmosferă. Un exemplu în acest sens este impozitul pe dioxid de carbon („*carbon tax*”) ce a fost introdus prima dată în Europa în Finlanda în 1990, fiind adoptat ulterior de alte 20 state europene²⁸.

România a implementat prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 115/2011 *privind stabilirea cadrului instituțional și autorizarea Guvernului, prin Ministerul Finanțelor Publice, de a scoate la licitație certificatele de emisii de gaze cu efect de seră atribuite României la*

²² Th.C. Aslan, *Tratat de finanțe*, Ed. Tipografiile Române-Unite, București, 1925, p. 264.

²³ Directiva 2003/96/CE privind restructurarea cadrului comunitar de impozitare a produselor energetice și a electricității (Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L, nr. 283, din 31 octombrie 2003).

²⁴ S. Gherghina, *Drept financiar public*, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2022, p. 69.

²⁵ Art. 8 alin. (2): „Veniturile bugetare nu pot fi afectate direct unei cheltuieli bugetare anume, cu excepția donațiilor și sponsorizărilor, care au stabilite destinații distincte”.

²⁶ Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 597 din 13 august 2002.

²⁷ COM(2021) 563 final din 14 iulie 2021 Propunere de Directivă a Consiliului privind restructurarea cadrului Uniunii de impozitare a produselor energetice și a energiei electrice (reformare).

²⁸ Conform datelor statistice publicate de Tax Foundation, la data 31 martie 2023, acest impozit a fost introdus în 21 de state europene (printre care și Ucraina), cele mai mari cote de impozit fiind în Elveția și Liechtenstein, de 120,16 euro pe tonă metrică de dioxid de carbon.

nivelul Uniunii Europene²⁹, sistemul unional de comercializare a certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră, care reprezintă o altă variantă de reglementare a impozitării în scopul reducerii acestor gaze din atmosferă. Conform informațiilor publicate de către Ministerul Finanțelor în luna septembrie 2023, a fost încasată suma de 58.043.550 euro din tranzacționarea certificatelor atribuite României aferente instalațiilor fixe și suma de 1.436.400 Euro din tranzacționarea certificatelor aferente sectorului aviației.

În urma analizei bugetului de venituri și cheltuieli aferente anului 2023 al Fondului pentru mediu, gestionat de către Administrația Fondului pentru Mediu (AFM), publicat de această instituție, suma de 6.021.053.000 lei reprezintă venituri din vânzarea certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră. La acest moment nu este publică informația privind veniturile totale încasate de România din tranzacționarea acestor certificate în anul 2023 însă sunt publice datele referitoare la 2022, chiar dacă nu pe site-ul Ministerului Finanțelor.

În bugetul anului 2022 suma alocată din vânzarea certificatelor a fost de 2.100.000.000 lei. Conform datelor publicate de către Agenția Europeană de Mediu (European Environment Agency)³⁰, România a transmisă că în anul 2022 a încasat din vânzarea certificatelor de emisii de gaze cu efect de seră suma de 487,08 milioane euro și a utilizat pentru finanțarea cheltuielilor aferente programelor de protecția mediului suma de 277,7 milioane euro. Diferența a fost păstrată de către Ministerul Finanțelor pentru finanțarea oricăror altor cheltuieli publice. O realocare a veniturilor obținute de România din aceste tranzacții a existat și în anii anteriori, informația fiind analizată și jurnalistic într-un articol³¹ publicat în 21 iunie 2021.

3.2. Impozite pe transport

În categoria impozitelor pe transport pot fi incluse „taxe de primă înmatriculare” sau „taxe de timbru” ce au fost reglementate de către legiuitorul român începând cu anul 2006 în vedere finanțării bugetului de stat. În legătură cu aceste taxe s-a pronunțat CJUE³², incluzându-le în categoria impozitelor ce încalcă prevederile art. 110 TFUE, reținând că un stat membru nu poate „să instituie o taxă pe poluare aplicată autovehiculelor cu ocazia primei lor înmatriculări în acest stat membru, dacă regimul acestei măsuri fiscale este astfel stabilit încât descurajează punerea în circulație, în statul membru menționat, a unor vehicule de ocazie cumpărate în alte state membre, fără însă a descuraja cumpărarea unor vehicule de ocazie având aceeași vechime și aceeași uzură de pe piața națională”.

²⁹ Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 926 din 28 decembrie 2011.

³⁰ <https://www.eea.europa.eu/en/analysis/indicators/use-of-auctioning-revenues-generated?activeAccordion=546a7c35-9188-4d23-94ee-005d97c26f2b>.

³¹ <https://cursdeguvernare.ro/vanzari-certificate-gaze-sera-incasari-bugetul-statului.html>.

³² CJUE, Cauza C-402/09, Tatu, Hotărârea din 7 aprilie 2011; Cauza C-263/10, Nisipeanu, Hotărârea din 7 iulie 2011.

Prin Ordonanța Guvernului nr. 15/2002 *privind aplicarea tarifului de utilizare și a tarifului de trecere pe rețeaua de drumuri naționale din România*³³ au fost stabilite sub denumirea „tarif” două taxe care au caracteristicile unui impozit de mediu, anume:

- a) tariful de utilizare, în schimbul căruia un vehicul utilizează rețeaua de drumuri o perioadă de timp, denumit și *rovinietă*, atunci când este înregistrat electronic;
- b) tariful de trecere, în schimbul căruia un vehicul are dreptul de a trece pe un sector de drum, pod, tunel sau trecătoare de munte, denumit *peaj*, atunci când este înregistrat electronic.

Aceste două tarife sunt colectate de către Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere S. A. și sunt utilizate, conform art. 12 din Ordonanța Guvernului nr. 15/2002, pentru: „*proiectarea, repararea, administrarea, întreținerea, exploatarea și modernizarea drumurilor de interes național, precum și pentru garantarea și rambursarea creditelor externe și interne contractate în acest scop, inclusiv pentru plăți în numele autorității publice contractante, ca urmare a obligațiilor asumate în cadrul contractelor de parteneriat public-privat în sectorul drumurilor naționale și autostrăzilor*”.

Conform prevederilor Legii nr. 226/2023 *privind aplicarea unor tarife rutiere pe rețeaua de drumuri naționale din România*³⁴, Ordonanța Guvernului nr. 15/2002 va fi abrogată începând cu data de 1 ianuarie 2026, tarifele fiind determinate și de obligațiile de mediu asumate de către România prin PNRR. Din expunerea de motive³⁵ publicată de către Camera Deputaților în legătură cu acest act normativ rezultă că Legea nr. 226/2023 reprezintă un jalon important asumat de către România în cadrul PNRR în ceea ce privește reforma transportului rutier și a obligației de a limita emisiile de gaze de seră în atmosferă.

Între modalitățile fiscale utilizate pentru a combate poluare atmosferică și a diminua consumul de resurse naturale este inclusă și acordarea unor facilități pentru impozitul pe mijloacele de transport. Astfel, art. 469 alin. (1) lit. n) C. fisc. prevede scutirea de la plata impozitului pentru autovehiculele acționate electric, iar art. 470 alin. (3) C. fisc. stabilește că autoritățile locale pot acorda o reducere³⁶ a impozitului pentru mijloacele de transport hibride de cel puțin 50%.

În aceeași categorie și cu aceeași justificare legată de protecția mediului, în municipiul București s-a adoptat Hotărârea Consiliului General al Municipiului București nr. 140/2016³⁷, care stabilește că „autovehiculele hibride și cele electrice înmatriculate în municipiul București pot **utiliza gratuit parcurile publice** de utilitate generală de pe teritoriul municipiului București”. Condiția de bază pentru acordarea acestei facilități este ca autovehiculele să fie înmatriculate pe raza municipiului București, indiferent de titularul dreptului de proprietate, persoană fizică sau juridică.

³³ Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 82 din 1 februarie 2002.

³⁴ Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 659 din 18 iulie 2023.

³⁵ <https://cdep.ro/proiecte/2023/400/50/6/em517.pdf>.

³⁶ Pentru anul 2023, conform art. 4 din HCGMB nr. 219 din 28 aprilie 2022, impozitul pentru mijloacele de transport hibride a fost redus cu 95%.

³⁷ https://doc.pmb.ro/monitorul_oficial/2016/mai_2016/volumul_1.pdf.

3.3. Impozitele pe poluare

Impozitele pe poluare sunt definite de către Eurostat ca incluzând, printre altele, impozitele stabilite în legătură cu:

- a) emisiile măsurate sau estimate în aer (cu excepția dioxidului de carbon),
- b) substanțele ce diminuează stratul de ozon,
- c) efluenții mășurați sau estimați în apă,
- d) sursele de poluare a apei (pesticide, îngrășăminte artificiale, gunoi de grajd),
- e) gestionarea deșeurilor (colectare, tratare sau eliminare, produse individuale), zgomotul (spre exemplu, decolarea și aterizarea aeronavelor).

În prezent, în România, principalul act normativ care reglementează astfel de impozite este Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 196/2005 *privind Fondul pentru mediu*, în care sunt prevăzute în art. 9 tipurile de venituri publice fiscale, denumite în marea lor majoritate „taxe”, uneori în mod nefericit și „contribuții”. La o analiză atentă și coroborată a dispozițiilor din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 196/2005 cu cele din Codul de procedură fiscală și ținând cont și de opinia formulată de către Curtea Constituțională, se poate trage concluzia că în realitate veniturile din art. 9 sunt „venituri parafiscale”, mai degrabă impozite, adică „prelevări obligatorii”, în baza legii, fără contraprestație directă, în scopul finanțării unor cheltuieli de interes general ce alimentează un buget public special.

Conform art. 9 alin. (1) următoarele tipuri de impozite de mediu pot fi colectate în România:

(i) contribuția de 2% din veniturile realizate din vânzarea deșeurilor, obținute de către deținătorul deșeurilor, persoană fizică sau juridică³⁸;

(ii) taxele pentru emisiile de poluanți în atmosferă, datorate de operatorii economici deținători de surse staționare a căror utilizare afectează factorii de mediu, în cuantumurile prevăzute în Anexa nr. 1 la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 196/2005;

(iii) contribuția pentru economia circulară în cuantumul prevăzut în anexa nr. 2 la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 196/2005, încasată de la proprietarii sau, după caz, administratorii de depozite pentru deșeurile municipale, deșeuri din construcții și desființări, destinate a fi eliminate prin depozitare;

(iv) contribuția de 2 lei pe kg de deșeuri pentru diferența dintre cantitățile de deșeuri de ambalaje corespunzătoare obiectivelor minime de valorificare sau incinerare în instalații de incinerare cu recuperare de energie și de valorificare prin reciclare, și cantitățile de deșeuri de ambalaje care intră în instalații de reciclare și/sau instalații de valorificare. Această contribuție este datorată de către toți operatorii economici care introduc pe piața națională produse ambalate, ambalaje de desfacere, care supraambalează, achiziționate din import sau de pe piața unională sau care închiriază ambalaje, sub orice formă;

(v) contribuția de 2% din valoarea substanțelor clasificate prin acte normative ca fiind periculoase pentru mediu, introduse pe piața națională de către operatorii economici;

³⁸ Sumele se rețin la sursă de către operatorii economici care desfășoară activități de colectare și/sau valorificare a deșeurilor, care au obligația să le vireze la Fondul pentru mediu.

(vi) contribuția de 2% din veniturile realizate din vânzarea masei lemnoase și/sau a materialelor lemnoase obținute de către administratorul, respectiv proprietarul pădurii, cu excepția lemnului de foc, arborilor și arbuștilor ornamentali, pomilor de Crăciun, răchitei și puieților;

(vii) contribuția de 2 lei pe kg de anvelopă, datorată de către operatorii economici care introduc pe piața națională anvelope noi și/sau uzate destinate reutilizării, dacă nu le reciclează;

(viii) contribuția de 3% din suma care se încasează anual pentru gestionarea fondurilor de vânatoare, plătită de către gestionarii fondurilor de vânatoare;

(ix) o contribuție de 50 lei pe tonă de deșeuri municipale, pentru diferența dintre cantitatea corespunzătoare obiectivului anual și cantitatea efectiv încredințată spre reciclare și alte forme de valorificare de către unitățile administrativ-teritoriale, în cazul neîndeplinirii obiectivului anual de reducere cu procentul prevăzut în Anexa nr. 6 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 196/2005. În cazul unităților administrativ-teritoriale care nu au organizat serviciul public de salubritate, contribuția se calculează pentru întreaga cantitate de deșeuri municipale estimate ca fiind generate, respectiv de 233 kg/locuitor/an în mediul urban și 105 kg/locuitor/an în mediul rural;

(x) ecotaxa, în valoare de 0,15 lei pe bucată de pungă de transport, aplicată tuturor pungilor de transport, cu excepția celor fabricate din materialele care respectă cerințele SREN 13432:2002, plătită de către operatorii economici care introduc pe piața națională astfel de ambalaje de desfacere;

(xi) taxa de 0,3 lei pe kg de uleiuri, pe bază minerală, semisintetice, sintetice, cu sau fără adaosuri, datorată de către operatorii economici care introduc pe piața națională astfel de produse.

(xii) contribuția de 2 lei pe kg de deșeuri de ambalaje, datorată de către operatorii economici autorizați pentru implementarea răspunderii extinse a producătorului în domeniul ambalajelor și deșeurilor de ambalaje, plata făcându-se pentru diferența dintre cantitățile de deșeuri corespunzătoare obiectivelor anuale, stabilite în Anexa nr. 3 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 196/2005 și cantitățile care intră în instalații de valorificare sau de reciclare;

(xiii) o contribuție în cuantumul prevăzut în Anexa nr. 5 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 196/2005, datorată de operatorii economici care introduc pe piața națională echipamente electrice și electronice, pentru diferența dintre cantitățile de deșeuri de echipamente electrice și electronice corespunzătoare obligațiilor anuale de colectare, prevăzute în Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 5/2015 *privind deșeurile de echipamente electrice și electronice*³⁹ și cantitățile efectiv colectate;

(xiv) o contribuție de 4 lei pe kg de baterii și acumulatori portabili, datorată de operatorii economici care introduc pe piața națională baterii și acumulatori portabili, de la data de 1 ianuarie 2020, pentru diferența dintre cantitățile de deșeuri de baterii și acumulatori portabili corespunzătoare obligațiilor anuale de colectare, prevăzute în Hotărârea

³⁹ Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 253 din 16 aprilie 2015.

Guvernului nr. 1132/2008 *privind regimul bateriilor și acumulatorilor și al deșeurilor de baterii și acumulatori*⁴⁰ și cantitățile efectiv colectate;

(xv) contribuție în cuantumul prevăzut în Anexa nr. 5 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 196/2005, datorată de operatorii economici autorizați pentru preluarea obligațiilor anuale de colectare a deșeurilor de echipamente electrice și electronice, respectiv o contribuție de 4 lei/kg de baterii și acumulatori portabili, datorată de operatorii economici autorizați pentru preluarea obligațiilor anuale de colectare a deșeurilor de baterii și acumulatori portabili, plata făcându-se pentru diferența dintre cantitățile de deșeuri corespunzătoare obiectivelor anuale, stabilite de legislația în vigoare și cantitățile efectiv colectate în numele clienților pentru care au preluat obligațiile;

(xvi) contribuția de 0,5 lei pe ambalaj⁴¹, datorată de către operatorii economici care introduc pe piață produse ambalate în ambalaje primare nereutilizabile din metal prevăzute în Hotărârea Guvernului nr. 1074/2021 *privind stabilirea sistemului de garanție -returnare pentru ambalaje primare nereutilizabile*⁴²;

(xvii) contribuția de 1 leu pe ambalaj⁴³, datorată de către operatorii economici care introduc pe piață produse ambalate în ambalaje nereutilizabil din sticlă și/sau plastic, după caz, pentru care nu au fost îndeplinite obiectivele minime anuale de returnare, prevăzute în Hotărârea Guvernului nr. 1074/2021.

În bugetul de venituri și cheltuieli al AFM aferent anului 2023, veniturile fiscale provenite din sursele mai sus listate sunt în valoare totală de 950.500 mii lei, nefiind incluse ultimele două categorii ce sunt în vigoare începând cu 1 ianuarie 2024. Conform informațiilor cuprinse în bugetul AFM aferent anului 2022 în Hotărârea Guvernului nr. 1429/2022 *pentru aprobarea bugetului de venituri și cheltuieli pe anul 2022 al Fondului pentru mediu și al Administrației Fondului pentru Mediu, rectificat*⁴⁴, valoarea totală a veniturilor fiscale a fost de 761.000 mii lei.

Un aspect foarte interesant din analiza comparativă a datelor publicat la nivel național și cele publicate de către Eurostat⁴⁵ este că pentru anul 2022 România a raportat venituri fiscale din impozite pe poluare în valoare 56,6 milioane lei, în condițiile în care în bugetul de venituri și cheltuieli publicat în Monitorul Oficial al României a realizat venituri de 761 milioane lei. În mod evident, se naște întrebarea de ce există această diferență?

Oricum, cea mai interesantă situație, din punct de vedere statistic, urmează pentru că România se pare că nu transmite data statistice cu privire la veniturile publice din impozite pe resurse.

⁴⁰ Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 667 din 25 septembrie 2008.

⁴¹ Contribuția este egală cu valoarea garanției prevăzute la art. 12 alin. (5) din Hotărârea Guvernului nr. 1.074/2021.

⁴² Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1120 din 21 noiembrie 2022.

⁴³ Contribuția este egală cu dublul garanției prevăzute la art. 12 alin. (5) din Hotărârea Guvernului nr. 1.074/2021.

⁴⁴ Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1163 din 5 decembrie 2022.

⁴⁵ https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/env_ac_tax/default/table?lang=en&category=env.env_etc.

3.4. Impozitele pe resurse

Chiar dacă România, din punct de vedere statistic, nu are impozite pe resurse, totuși, analizând pe de o parte legislația în vigoare în domeniul resurselor naturale și pe de altă parte definiția publicată de Eurostat, rezultă că România a adoptat acte normative ce reglementează impozite pe resurse, denumite în unele acte normative „contribuții”. Și în mod evident, dacă sunt „contribuții”, nu sunt impozite sau taxe și atunci le introducem în bugetul public ca fiind venituri din „bunuri și servicii”, ceea ce este greșit întrucât calificarea juridică a unui venit public fiscal se realizează pe baza elementelor de bază din definiții.

În conformitate cu prevederile art. 81 din Legea apelor nr. 107/1996⁴⁶, pentru activitatea de gospodărire a resurselor de apă utilizate pe teritoriul României se stabilește „un sistem de contribuții, plăți, tarife și penalități”. Entitatea publică care are atribuții în acest sens este Administrația Națională Apele Române, organizată din punct de vedere juridic ca și instituție publică de interes național⁴⁷. Această entitate este desemnată prin Legea nr. 107/1996 ca operator unic al resurselor de apă de suprafață, naturale sau amenajate și al celor apă subterane.

În categoria contribuțiilor specifice de gospodărire a apelor au fost reglementate prin lege următoarele tipuri:

- a) contribuția pentru utilizarea resurselor de apă pe categorii de resurse și utilizatori;
- b) contribuția pentru primirea apelor uzate în resursele de apă;
- c) contribuția pentru potențialul hidroenergetic asigurat prin barajele lacurilor de acumulare din administrarea Administrației Naționale Apele Române;
- d) contribuția pentru exploatarea agregatelor minerale din albiile, malurile cursurilor de apă și cuvetele lacurilor de acumulare, precum și fundul apelor maritime interioare și al mării teritoriale;
- e) contribuția aferentă cheltuielilor generale de administrare, întreținere și dezvoltare, pentru gestionarea durabilă a infrastructurii Sistemului național de gospodărire a apelor, în cotă fixă, aplicabilă tuturor utilizatorilor resurselor de apă pe categorii de resurse și utilizatori.

Toate aceste contribuții reprezintă venituri proprii ale instituției și sunt colectate în conformitate cu prevederile Codului de procedură fiscală. Dacă în cazul AFM prevederile incluse în Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 196/2005 au condus la o calificare juridică corectă a veniturilor respective, în cazul Apele Române situația este mai complicată întrucât veniturile colectate sunt incluse, din perspectiva clasificăției bugetare, în categoria „vânzări

⁴⁶ Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 244 din 8 octombrie 1996.

⁴⁷ Art. 6¹ din Legea nr. 107/1996 prevede începând cu data de 19 februarie 2010: „(1) În coordonarea autorității publice centrale din domeniul apelor se înființează Administrația Națională «Apele Române», instituție publică de interes național, cu personalitate juridică, finanțată din venituri proprii, așa cum sunt definite în art. 80, prin reorganizarea Administrației Naționale «Apele Române» care funcționa cu statut de regie autonomă”.

de bunuri și servicii”⁴⁸. Această încadrare statistică greșită are un efect în lanț, astfel că Eurostat a primit informația că România nu are impozite pe resurse.

Probabil că apare întrebarea relevanței. De ce este necesară o corectă calificare juridică? Răspunsul îl găsim în primul rând în art. 1 alin. (5) Constituția României, conform căruia respectarea legii în România este obligatorie. Calificarea acestor contribuții ca fiind altfel de venituri reprezintă o încălcare a principiilor generale de drept fiscal⁴⁹.

De asemenea, se pune întrebarea dacă se aplică în cazul acestor venituri prevederile art. 56 alin. (2) coroborate cu cele din art. 139 alin. (1) din Constituție⁵⁰? Există vreo cerință de așezare justă, echitabilă a acestor contribuții? Sau pot fi stabilite în orice cuantum?

În mod evident, oamenii sunt dependenți de apă, care este o resursă naturală limitată, publică, gestionată de către stat și probabil că se poate plăti orice sumă pentru a acoperi această nevoie de bază.

O încălcare a dispozițiilor constituționale, mai precis a celor cuprinse în art. 139 alin. (1) din Constituție, poate fi susținută în legătură cu modalitatea de reglementare a acestor contribuții pentru care legiuitorul nu a stabilit niciun cuantum legal și, mai mult, se face referire în textul legii la o posibilă hotărâre a Guvernului pentru actualizarea cuantumului. Principiul legalității în materie fiscală obligă legiuitorul ca și în cazul unor astfel de venituri, chiar dacă sunt clasificate ca fiind altceva, să fie stabilite prin lege, ordonanță sau ordonanță de urgență. Încă de la Decizia Curții Constituționale nr. 5/1992 s-a stabilit că termenul de „lege” din art. 139 alin. (1) include și ordonanțe.

4. Concluzii

Așa cum am precizat deja, scopul lucrării de față nu este de a epuiza analiza juridică a impozitelor de mediu, ci de a lansa o dezbatere juridică, pe care teoreticienii dreptului fiscal și, de ce nu, practicienii să o continue.

Existența impozitelor de mediu a fost deja confirmată în doctrina internațională și de practica Uniunii Europene și este necesară o analiză coerentă și a legislației naționale pentru a înțelege cum trebuie să fie elaborate actele normative ce instituie impozite și taxe pentru a nu exista încălcări flagrante ale prevederilor constituționale și ale tratatelor fondatoare.

Una dintre preocupările constante pe care trebuie să le aibă un jurist este aceea de a analiza prevederile legale și de a evidenția orice erori ale legiuitorului, acționând ca un garant al respectării prevederilor art. 1 alin. (5) din Constituție. A greși este uman și orice analiză teoretică trebuie să fie căutată de către legiuitor și nu respinsă.

⁴⁸ H.G. nr. 1227/2023 pentru aprobarea bugetului de venituri și cheltuieli rectificat pe anul 2023 pentru Administrația Națională „Apele Române”, aflată în coordonarea Ministerului Mediului, Apelor și Pădurilor (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1109 din 11 decembrie 2023); H.G. nr. 122/2023 pentru aprobarea bugetului de venituri și cheltuieli pe anul 2023 pentru Administrația Națională „Apele Române”, aflată în coordonarea Ministerului Mediului, Apelor și Pădurilor (Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 134 din 16 februarie 2023).

⁴⁹ M. Ene, *Drept fiscal*, ed. a 2-a, Ed. Solomon, București, 2024, p. 28.

⁵⁰ Art. 81 alin. (1) din Legea nr. 107/1996, paragraf final prevede: „Cuantumul contribuțiilor, plăților, tarifelor și penalităților specifice activității de gospodărire a resurselor de apă se reactualizează periodic prin hotărâre a Guvernului, la propunerea autorității publice centrale în domeniul apelor”.

Despre poprirea fiscală și interferența acesteia cu insolvența

On tax seizure and its interference with insolvency

Conf. univ. dr. **Andreea TABACU***

UNST POLITEHNICA București

Facultatea de Științe Economice și Drept

Abstract

The provisions of the Code of Fiscal Procedure, combined with those of the Code of Civil Procedure in the matter of enforced execution by seizure, can impact the provisions of Law no. 85/2014 in the context where the person in insolvency proceedings owes certain amounts/values to a creditor, who in turn is a debtor for tax debt.

The jurisprudence is not generous in this area and even less clear, some of the cases revealing the possibility of the seizure of the sums owed by an insolvent debtor with the consequence of their unavailability in a first phase and the subsequent payment directly to the creditor of his creditor and another part disputing this possibility.

Compared to the normative provisions in force, the answer can be nuanced, not necessarily negative, depending on the phase of the insolvency procedure and the fulfillment of the conditions of the fiscal seizure.

Keywords: tax seizure, tax enforcement, insolvency, compatibility, seized debtor, seized third party.

Rezumat

Dispozițiile Codului de procedură fiscală coroborate cu cele ale Codului de procedură civilă în materia executării silită prin poprire se pot întâlni cu prevederile Legii nr. 85/2014, în contextul în care persoana aflată în procedura insolvenței datorează anumite sume/valori unui creditor, care la rândul său este debitor pentru o creanță fiscală.

Jurisprudența nu se arată generoasă în acest domeniu și cu atât mai puțin clară, o parte din spețe relevând posibilitatea popririi sumelor datorate de un debitor aflat în insolvență cu consecința indisponibilizării acestora într-o primă fază și plății ulterioare direct creditorului său, iar altă parte contestând această posibilitate.

Raportat la prevederile normative în vigoare, răspunsul poate fi nuanțat, nu în mod necesar negativ, în funcție de faza în care se află procedura insolvenței și de îndeplinirea condițiilor popririi fiscale.

Cuvinte-cheie: poprire fiscală, executare silită fiscală, insolvență, compatibilitate, debitor poprit, terț poprit.

* andreea.elena.tabacu@gmail.com

1. Prezentarea succintă a popririi

Poprirea a fost reglementată în Codul de procedură civilă în materia executării silite, ca o măsură de indisponibilizare a bunurilor pe care o persoană, debitor, le datorează propriului creditor, la rândul său debitor al altei persoane, pentru a se evita plata către un debitor care va avea grijă ca, în limita acestor valori primite, să nu își îndeplinească propriile obligații. Se produce totodată consecința eficientizării plății în sensul stingerii mai multor obligații odată.

Similar, în materia executării silite fiscale, Codul de procedură fiscală a prevăzut posibilitatea popririi veniturilor, disponibilităților bănești în lei și în valută, a titlurilor de valoare sau a altor bunuri mobile necorporale pe care o persoană le deține sau le datorează debitorului în baza unor raporturi juridice¹, în sensul indisponibilizării acestora pentru plata unor datorii fiscale pe care debitorul le are față de stat sau față de unitatea administrativ teritorială.

În mod cert, Codul de procedură fiscală are în vedere realizarea creanțelor fiscale sau stingerea acestora, așa cum rezultă din Capitolul VIII al Titlului VII² al Codului intitulat stingerea creanțelor fiscale prin executare silită.

Însă nu doar creanțele fiscale, așa cum sunt definite în art. 1 pct. 10-12 din cod³, sunt beneficiare ale acestei modalități de executare silită, în art. 2 fiind reglementată sfera sa de aplicare, ocazie cu care se arată că dispozițiile codului privesc și alte categorii de creanțe, la limita celor fiscale, care se încadrează în noțiunea generică de creanțe bugetare⁴. Sunt avute în vedere drepturile vamale și redevențele miniere, petroliere, cele rezultate din contracte de concesiune, arendă și alte contracte de exploatare eficientă a terenurilor cu destinație agricolă, încheiate de Agenția Domeniilor Statului⁵, pe care textul le asimilează expres celor fiscale, precum și alte creanțe bugetare, asimilate creanțelor fiscale, potrivit unei prevederi

¹ A. Iancu, în C.F. Costaș, coordonator, *Codul de procedură fiscală comentariu pe articole*, Ed. Solomon, București, 2016, pp. 500-501.

² Colectarea creanțelor fiscale:

Art. 220 alin. (1) C. pr. fisc. – În cazul în care debitorul nu își plătește de bunăvoie *obligațiile fiscale* datorate, organul fiscal competent, pentru stingerea acestora, procedează la acțiuni de executare silită, potrivit prezentului cod (...).

³ Art. 1 pct. 10. Creanță fiscală – dreptul la încasarea oricărei sume care se cuvine bugetului general consolidat, reprezentând creanța fiscală principală și creanța fiscală accesorie; 11. creanță fiscală principală – dreptul la perceperea impozitelor, taxelor și contribuțiilor sociale, precum și dreptul contribuabilului la restituirea sumelor plătite fără a fi datorate și la rambursarea sumelor cuvenite, în situațiile și condițiile prevăzute de lege; 12. creanță fiscală accesorie – dreptul la perceperea dobânzilor, penalităților sau majorărilor aferente unor creanțe fiscale principale, precum și dreptul contribuabilului de a primi dobânzi, în condițiile legii;

⁴ Art. 1 pct. 7. Creanță bugetară – dreptul la încasarea oricărei sume care se cuvine bugetului general consolidat, reprezentând creanța bugetară principală și creanța bugetară accesorie; 8. creanță bugetară principală – dreptul la încasarea oricărei sume care se cuvine bugetului general consolidat, altele decât creanțele bugetare accesorii; 9. creanță bugetară accesorie – dreptul la încasarea dobânzilor, penalităților sau a altor asemenea sume, în baza legii, aferente unor creanțe bugetare principale.

⁵ Art. 2 alin. (2) și (3) C. pr. fisc.

legale, fiind excluse, ca regulă, creanțele bugetare rezultate din raporturi juridice contractuale⁶.

În sine, poprirea presupune, într-o primă fază, consemnarea/indisponibilizarea valorilor datorate debitorului și, într-o a doua etapă, plata acestora către creditorul popritor. Indisponibilizarea înseamnă imposibilitatea pentru terțul poprit de a face vreo altă plată sau altă operațiune care ar putea diminua bunurile indisponibilizate, până la achitarea integrală a obligațiilor prevăzute în titlul executoriu⁷. Practic și sensul gramatical al noțiunii relevă că este vorba despre imposibilitatea terțului poprit de a mai dispune de respectivele valori chiar dacă acestea nu au ieșit încă din patrimoniul său⁸.

Ca efect al indisponibilizării, creditorul popritor beneficiază de efectul inopozabilității oricărei plăți sau cesiuni a creanței poprite ori a actelor de dispoziție de orice fel făcute ulterior înființării popririi de debitorul poprit asupra bunurilor poprite⁹.

Potrivit Codului de procedură civilă, ca regulă generală, măsura indisponibilizării se realizează în termen de 5 zile de la comunicarea popririi, iar pentru sumele de bani datorate în viitor, de la scadența acestora, prin consemnarea sumei de bani, dacă creanța poprită este exigibilă sau, după caz, prin indisponibilizarea bunurilor mobile incorporale poprite. Însă, pentru sumele datorate cu titlu de obligație de întreținere sau de alocație pentru copii, precum și în cazul sumelor datorate cu titlu de despăgubiri pentru repararea pagubelor cauzate prin moarte, vătămarea integrității corporale sau a sănătății în termen de 5 zile de la comunicarea popririi trebuie făcută plata¹⁰. Codul distinge, așadar, între creanțele obișnuite și cele vizând obligații sau despăgubiri speciale, care au un regim juridic aparte și care trebuie să fie acoperite cu prioritate și celeritate. Acestea trebuie plătite în termenul prevăzut de lege de la comunicarea popririi, în timp ce alte creanțe vor fi acoperite prin eliberarea sau distribuirea sumei de bani consemnate, în funcție de cum există un singur creditor sau mai mulți. În cel din urmă caz, mai întâi executorul judecătoresc va cere creditorilor să depună titlurile de creanță pe care le dețin, iar ulterior întocmește proiect de distribuire și, după soluționarea eventualelor contestații, efectuează plata.

Poprirea nu poate viza: sumele care sunt destinate unei afecțiuni speciale prevăzute de lege și asupra cărora debitorul nu are drept de dispoziție; sumele reprezentând credite nerambursabile ori finanțări primite de la instituții sau organizații naționale și internaționale pentru derularea unor programe ori proiecte; sumele aferente plății drepturilor salariale viitoare, pe o perioadă de 3 luni de la data înființării popririi¹¹.

În materie fiscală sunt aplicabile excepții asemănătoare în privința sumelor sau valorilor care pot forma obiectul popririi, distincțiile esențiale fiind determinate de modalitatea în

⁶ Art. 2 alin. (4) C. pr. fisc.

⁷ E. Oprina, I., Gârbuleț, *Tratat teoretic și practic de executare silită*, volumul 1, *Teoria generală și procedurile execuționale*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 744.

⁸ G.A. Lazăr, R. Stanciu, A.R. Trandafir, N.H. Țiț, *Poprirea. O triplă perspectivă – civilă, fiscală și penală*, Ed. Hamangiu, București, 2021, pp. 89-90.

⁹ Art. 784 alin. (4) C. pr. civ.

¹⁰ Art. 787 alin. (1) pct. 2 C. pr. civ.

¹¹ Art. 781 alin. (5) C. pr. civ.

care poprirea asiguratorie se transformă în poprire executorie¹² și de faptul că poprirea fiscală nu se validează¹³, hotărârea judecătorească de menținere a popririi, după ce terțul poprit înștiințează organul de executare silită că nu datorează vreo sumă de bani debitorului urmărit, fiind titlu executoriu împotriva terțului poprit¹⁴.

Din perspectiva pașilor de parcurs, mai întâi este trimisă terțului poprit adresa de înființare, după care terțul poprit este obligat să plătească organului fiscal suma reținută și cuvenită, în termen de 3 zile lucrătoare de la data înființării popririi¹⁵ sau de la data la care creanța devine exigibilă ori să indisponibilizeze bunurile mobile necorporale poprite, înștiințând despre aceasta organul de executare silită.

În cazul popririi asigurătorii fiscale, terțul poprit are obligația de a *vira* organului fiscal suma indicată în contul de garanții menționat de organul de executare silită, imediat sau după data la care creanța devine exigibilă, fiind în discuție creanța terțului față de debitor, iar nu creanța fiscală întrucât aceasta odată exigibilă transformă poprirea asiguratorie într-una executorie.

Particularitatea pe care o prezintă în materie înființarea popririi asigurătorii, care devine executorie odată cu ajungerea creanței la scadență, determină consecința că după acest moment terțul trebuie să *plătească* creditorului fiscal suma reținută. Însă pentru a se obține efectul executoriu organul fiscal este obligat să comunice titlul executoriu pentru a determina efectele specifice acestei popriri, întrucât terțul poprit a primit doar o adresă de înființare a unei popriri asigurătorii, neavând cunoștință de momentul la care aceasta se transformă în una executorie și neputând fi constrâns să urmărească scadența creanței fiscale a propriului creditor¹⁶.

Ca atare, în ambele situații, pentru înființarea popririi este necesară trimiterea unei adrese de înființare a acesteia către terțul poprit, cu consecința că în cadrul popririi asigurătorii acesta este obligat să vireze sumele în conturile de garanție puse la dispoziție de organul fiscal, iar în ipoteza popririi executorii este ținut să plătească organului fiscal suma reținută și cuvenită, consecința fiind lipsirea terțului poprit de posibilitatea de a se mai folosi de aceste valori.

2. Probleme și soluții propuse

Ce se întâmplă atunci când debitorul fiscal este în insolvență, fiind supus măsurilor specifice acestei proceduri? Este posibilă poprirea creanțelor din tabelul creditorilor? Dacă

¹² Art. 213 alin. (3) C. pr. fisc. – Măsurile asigurătorii dispuse atât de organele fiscale competente, cât și de instanțele judecătorești ori de alte organe competente, dacă nu au fost desființate în condițiile legii, rămân valabile pe toată perioada executării silite, fără îndeplinirea altor formalități. Odată cu individualizarea creanței și ajungerea acesteia la scadență, în cazul neplății, măsurile asigurătorii se transformă în măsuri executorii.

¹³ Art. 236 alin. (6) C. pr. fisc.

¹⁴ Art. 237 alin. (3) C. pr. fisc.

¹⁵ T. Anghel, *Codul de procedură fiscală comentariu pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2020, p. 687.

¹⁶ A. Iancu, în C.F. Costaș, coordonator, *Codul de procedură fiscală comentariu pe articole*, Ed. Solomon, București, 2016, p. 499.

s-a deschis contul de lichidare în condițiile art. 39 din Legea nr. 85/2014, prin care se operează toate plățile fie pe baza dispoziției emise de debitor, fie de practicianul în insolvență, în funcție de menținerea sau ridicarea dreptului de administrare, este posibilă poprirea sumelor aflate în acest cont în condițiile dreptului comun sau ale normelor legii speciale ori scopul procedurii și rațiunea pentru care au fost emise acestea se opun unui asemenea popririi? De asemenea, dacă ar exista disponibilități bănești, depuse spre păstrare într-un cont special de depozit bancar pe timpul procedurii, se poate înființa poprirea asupra acestora?

Poprirea, în schema analizată presupune trei participanți: 1. debitorul aflat în procedură care datorează creditorului său o anumită sumă, care va fi terț poprit; 2. creditorul acestuia care trebuie să primească suma potrivit tabelului de creanțe sau programului de plăți (debitor poprit) și 3. terțul față de raportul juridic dintre creditorul și debitorul aflat în insolvență, care este creditor al creditorului din insolvență (popritorul, autoritate fiscală).

Evident, nu este vorba despre creditorii fiscali direcți ai debitorului, care pentru a-și recupera creanța trebuie să participe în procedura insolvenței declarându-și creanța, fiind supuși verificărilor și fiind admiși în tabelul de creanță¹⁷, după caz, fără a mai avea posibilitatea să declanșeze sau să deruleze proceduri de executare individuale, ci este exclusiv în discuție situația unor terțe persoane față de procedură (creditori fiscali), care solicită indisponibilizarea sumelor din contul de insolvență sau a bunurilor debitorului datorate de acesta propriilor creditori în insolvență, în proceduri de executare paralele insolvenței.

Este posibil ca cel care cere poprirea să fie un creditor al creditorului din insolvență, care nu participă în procedură, fiind în afara acesteia și care se adresează unui executor judecătoresc pentru urmărirea propriului său debitor (creditor în cadrul acestei proceduri), sau creditorul poprit să se afle și el printre creditorii aflați în procedură.

Așadar, creditorul fiscal, creditor al creditorului din insolvență, vine în procedură prin mâna executorului fiscal și cere înființarea popririi asupra sumelor pe care debitorul i le datorează respectivului creditor, debitor al său.

Obiectul popririi trebuie să fie reprezentat de sume urmăribile (venituri și disponibilități bănești), titluri de valoare sau alte bunuri mobile necorporale¹⁸, iar acestea trebuie să fie deținute și/sau datorate debitorului de către terț în baza unor raporturi juridice existente. Este vorba despre creanțe pe care creditorul din insolvență le are asupra debitorului insolvent, cu privire la plata unor sume de bani sau la drepturi pecuniare care se cuvin acestuia în temeiul unui titlu de valoare, neputând fi în discuție drepturi specifice pe care calitatea de creditor în insolvență le conferă titularului.

Referitor la obiectul popririi, atât Codul de procedură civilă, cât și cel de procedură fiscală prevăd posibilitatea urmăririi prin poprire a *sumelor* de bani sau a *titlurilor* de valoare ori a altor *bunuri mobile incorporale* urmăribile, rezultând că pot fi poprite și creanțele cu termen sau sub condiție [art. 3 C. pr. fisc. și art. 781 alin. (4) C. pr. civ.]. Practic, recunoașterea

¹⁷ S.M. Miloș, A. Deli-Diconescu, coordonator Radu Bufan, *Tratat practic de insolvență*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 87.

¹⁸ S. Zilberstein, V.M. Ciobanu, *Tratat de executare silită*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 378.

posibilității popririi unei creanțe vizează posibilitatea popritorului de a bloca propriului său debitor dreptul de a cere de la debitorul său o sumă de bani, iar nu o altă prestație, cum ar fi spre exemplu participarea la luarea unei anumite decizii sau la formularea unor cereri pe parcursul procedurii.

În ceea ce privește creanțele recunoscute în tabelul întocmit de către practicianul în insolvență, se reține că acestea conferă creditorului respectiv posibilitatea de a solicita realizarea lor numai în condițiile și cu respectarea prevederilor legii insolvenței. Art. 5 pct. 19 din Legea nr. 85/2014 definește creditorul îndreptățit să participe la procedură ca fiind titularul unui drept de creanță asupra averii debitorului, care a înregistrat o cerere de înscriere a creanței, care a fost admisă și pentru care acest creditor *dobândește drepturile și obligațiile reglementate de legea insolvenței pentru fiecare stadiu al procedurii*, putând participa la adunarea creditorilor, să facă parte din comitet, să conteste hotărârile adunării sau ale comitetului, să participe la distribuiri, să încaseze valoarea creanța, să îi fie modificată creanța potrivit planului de reorganizare, să ceară trecerea la faliment etc. Practic, creanța înscrisă în tabel determină recunoașterea pentru respectivul creditor a tuturor acestor posibilități (drepturi) dar și a unor obligații în funcție de dispozițiile legii insolvenței raportat la stadiul procedurii, astfel că față de obiectul concret al popririi nu se poate admite ca aceasta să poarte asupra tuturor drepturilor pe care le conferă în procedură recunoașterea creanței.

La poprire poate fi în discuție numai dreptul creditorului înscris în tabel de a cere de la debitor o anumită sumă de bani, care, în cazul insolvenței nu echivalează automat cu posibilitatea încasării acesteia imediat sau la un anumit termen determinat ci, în funcție de stadiul procedurii. Dacă a fost recunoscută calitatea de creditor, fiind menționată creanța în tabelul definitiv, aceasta nu este nicio creanță cu termen sau sub condiție în sensul textului de la poprire pentru considerentul că ar putea fi recuperată efectiv mai târziu, ci este o creanță simplă, neafectată de vreuna din cele două modalități. Oricum distincția nu are relevanță, Legea nr. 85/2014 recunoscând și posibilitatea înscrierii în tabel și a unor creanțe cu termen sau sub condiție, care potrivit art. 781 alin. (4) C. pr. civ. pot fi poprite, important fiind faptul că prin jocul regulilor procedurii insolvenței menționarea în tabel nu echivalează cu obligația debitorului de a o plăti din exact acel moment, ceea ce ar face dificilă atât consemnarea cât și plata sumei respective în procedura popririi, cu respectarea termenelor și a pașilor procedurali specifici.

În cazul în care poprirea a fost înființată și imediat ulterior se deschide procedura insolvenței terțului poprit, ipoteza s-ar încadra în art. 75 alin. (1) din Legea nr. 85/2014. În prezent textul prevede că de la data deschiderii procedurii insolvenței toate procedurile de executare silită asupra averii debitorului pentru executarea sau realizarea creanțelor asupra acestuia sunt suspendate de drept¹⁹. Poprirea este o formă de executare silită indirectă, care în situația analizată nu vizează direct averea debitorului aflat în insolvență, terț poprit, pentru recuperarea unei creanțe împotriva acestuia, ci valorile datorate unui creditor al său pentru a acoperi o creanță pe care debitorul o are în raport cu creditorul popritor. Indirect

¹⁹ Art. 75 din Legea nr. 85/2014.

însă, dacă se realizează poprirea, terțul poprit plătind creditorului popritor, se stinge și creanța pe care creditorul său (debitor poprit) o are împotriva sa (terț poprit) și care servește ca bază pentru înființarea popririi, ceea ce ar releva o îndeostulare a unui creditor fără a ține seama de procedura concursuală deschisă. Într-adevăr, terțul poprit este obligat, într-o primă fază, doar să indisponibilizeze bunurile în sensul de a nu le plăti creditorului său, iar nu să acopere respectiva creanță din propriile sale bunuri, însă și atare indisponibilizare afectează procedura insolvenței pentru că nu permite utilizarea sumelor pentru realizarea scopului procedurii. Prin urmare, trebuie admis că, indirect, situația se încadrează în art. 75 alin. (1) din legea insolvenței, chiar dacă acesta se referă la proceduri de executare silită pentru *realizarea creanțelor asupra averii debitorului*, iar creditorul popritor nu are o creanță asupra debitorului insolvent²⁰.

Totodată, din art. 75 alin. (5) din Legea nr. 85/2014 rezultă aceeași soluție, textul arătând că organul de executare silită este obligat să vireze în contul de lichidare sumele debitorului indisponibilizate²¹ prin procedura de executare silită derulată până la data deschiderii procedurii insolvenței. Sumele pot fi indisponibilizate și ca o consecință a popririi, fiind spre exemplu virate în contul de garanții menționat de organul de executare silită în vederea realizării popririi asiguratorii și, cum acestea aparțin debitorului în insolvență, chiar dacă sunt datorate creditorului său, nu este posibilă urmărirea lor ca o consecință a indisponibilizării dispuse prin înființarea popririi, întrucât din nou s-ar afecta scopul procedurii insolvenței.

În mod logic, dacă o poprire înființată la data deschiderii procedurii asupra „averii” terțului poprit se suspendă și, ulterior, la data rămânerii definitive a hotărârii de deschidere a procedurii, încetează, sumele indisponibilizate neputând fi plătite creditorului popritor ci revenind în masa patrimonială a terțului poprit, debitor în insolvență, pentru acoperirea creanțelor creditorilor săi, rezultă că nici popriri noi nu pot fi înființate după deschiderea procedurii²².

Este relevant faptul că asemenea indisponibilizări, urmate posibil și de plată, nu pot fi recunoscute pe parcursul procedurii tocmai pentru a nu aduce atingere scopului procedurii și specificului acesteia, respectiv caracterului concursual, potrivit cu care creditorii trebuie să fie îndeostulați exclusiv după regulile impuse de Legea nr. 85/2014.

Creanțele recunoscute în tabel sau în programul de plăți se acoperă din bunurile debitorului: fie din sume disponibile aflate în contul de lichidare sau în depozite, fie din valoarea bunurilor mobile sau imobile valorificate în procedură, în condițiile și termenele prevăzute de Legea nr. 85/2014. Pentru respectarea caracterului concursual al procedurii și

²⁰ Pentru situația în care procedura se deschide în raport cu debitorul poprit, a se vedea V. Bozeșan, *Soarta cererilor de validare a popririi și a executării silite împotriva terțului poprit după deschiderea procedurii insolvenței împotriva debitorului principal*, în *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 612-617; Tr.C. Briciu, *Particularitățile procedurii de validare a popririi*, în același volum, pp. 627-628.

²¹ Afară de onorariul executorului judecătoresc și de celelalte cheltuieli de executare efectuate.

²² I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. III, Ed. Universul Juridic, București, 2013, pp. 486-487.

al scopului acesteia, de a asigura atât protecția debitorului, cât și egalitatea și un regim nediscriminatoriu între creditorii participanți la procedură, în funcție de situația fiecăruia, tabelul prevede anumite calități ale creanței, încadrate fie în categoria celor garantate, fie a celor fiscale sau chirografare, acoperirea efectivă a acestora urmând să fie făcută în ordinea de preferință prevăzută de legea insolvenței.

Valorificarea bunurilor debitorului se realizează ulterior întocmirii evidențelor cu privire la calitatea fiecărei creanțe în parte și depinde de o serie de factori, o anticipare exactă a valorii care se obține fiind dificil de realizat.

Bunurile și activele debitorului sunt destinate acoperirii creanțelor creditorilor în cadrul procedurii după regulile aplicabile acesteia, în majoritatea cazurilor fiind în discuție proceduri de valorificare similare celor de executare silită, prin vânzare la licitație, pe baza unui regulament sau după reguli anumite determinate anterior procedurii concrete de valorificare, în scopul obținerii celui mai bun rezultat.

Toate sumele astfel obținute ar trebui să intre în contul unic de lichidare, de acolo primind destinația corespunzătoare prin actul practicianului în insolvență, care le repartizează ținând seama de prevederile Legii nr. 85/2014 și de creanțele recunoscute în acea procedură.

Pentru a se asigura cursivitatea procedurii și caracterul independent al acesteia față de orice alte proceduri de executare paralele asupra bunurilor debitorului, pe care, practic, la momentul deschiderii insolvenței le paralizează, legiuitorul a făcut o referire expresă la contul de insolvență, arătând că acesta „nu va putea fi în niciun mod indisponibilizat prin nicio măsură de natură penală, civilă sau administrativă dispusă de organele de cercetare penală, de organele administrative sau de instanțele judecătorești”.

Chiar dacă poprirea, în cazul analizat, nu pune în discuție executarea unei creanțe împotriva averii debitorului în mod direct, ceea ce protejează dispoziția normativă menționată este posibilitatea practicianului în insolvență de a îndeplini actele specifice procedurii fără a fi blocat sau deranjat în orice manieră de un alt profesionist, care ar avea posibilitatea, în virtutea atribuțiilor recunoscute de lege, să poprească contul de insolvență, oprind plățile pentru o anumită perioadă, cu consecințe negative clare asupra derulării procedurii.

În context, este însă de analizat dacă, în funcție de stadiul procedurii și de faptul că regimul unor creanțe a fost deja lămurit, nu se poate reține posibilitatea ca un terț să ceară să îi fie plătite direct lui respectivele sume, iar nu creditorului din tabel.

În practică, s-a relevat că după primirea adresei de înființare a popririi practicianul în insolvență a înțeles să considere înființată poprirea prin transmiterea și înregistrarea adresei de înființare, însă, nu putea dispune plata efectivă către terț decât atunci când se realiza distribuirea. A fost contestată înființarea popririi, ocazie cu care instanța de executare a reținut că, în principal, nu este posibilă poprirea sumelor datorate de debitorul aflat în procedura insolvenței (terț poprit), asemenea măsuri de executare silită, chiar indirecte, fiind de natură să afecteze procedura²³.

²³ Sentința civilă 6812 din 12 octombrie 2020 pronunțată de Judecătoria Sectorului 1 București, definitivă prin decizia nr. 3004 din 24 noiembrie 2021 pronunțată de Tribunalul București, Secția a IV-a civilă, cod RJ 982777724 (<https://www.rejust.ro/juris/982777724>), accesat la 11.08.2023.

În procedura insolvenței a fost contestată de către creditorul popritor măsura practicianului în insolvență de a refuza poprirea asupra valorilor datorate de către debitorul insolvent unui creditor, la rândul său debitor al creditorului popritor, la cererea executorului judecătoresc, iar instanța, judecător sindic, a considerat că poprirea nu este admisibilă, raportat la efectul produs de art. 36 din legea anterioară (actual art. 75), a suspendării măsurilor de executare silită asupra averii debitorului²⁴.

Însă, într-o altă speță, în care a fost respinsă contestația la executare împotriva adresei de înființare a popririi, aceasta fiind menținută, s-a reținut că adresa de înființare a popririi nu produce efecte directe față de patrimoniul terțului poprit (debitor în insolvență), „pe baza acestei adrese creditoarea nefiind în măsură a executa silit patrimoniul terțului poprit, ci, eventual ar conferi abilitatea acesteia de a se înscrie, respectiv a se subroga creditorului principal la masa credală”. S-a considerat că dispozițiile art. 36 din Legea nr. 85/2006 sunt aplicabile și opozabile creditorului, dar că, față de faptul că terțul poprit se află în procedura insolvenței, acesta va putea opune creditorului dispozițiile art. 36 numai într-o eventuală procedură de validare a popririi²⁵.

Așa cum s-a menționat anterior, pentru a putea fi indisponibilizate ca o consecință a popririi este necesar, pe de o parte, ca în averea debitorului să se regăsească asemenea valori, care pot fi reprezentate de sume existente la momentul deschiderii procedurii în conturile debitorului sau pot fi sume rezultate din valorificarea bunurilor acestuia în procedură, nu de alte drepturi pe care le presupune calitatea de creditor în insolvență. Pe de altă parte, pentru a vorbi despre poprire este necesar ca sume sau valori să fie datorate debitorului ori să fie deținute în numele său de un terț, în speță, debitorul din procedura insolvenței. În al treilea rând, și cel mai important, este necesar ca procedura popririi să nu intre în conflict cu procedura insolvenței, prioritară.

După declararea creanțelor și verificarea acestora de către practicianul în insolvență se întocmește tabelul de creanțe care, în măsura rămânerii sale definitive ca urmare a soluționării contestațiilor formulate la judecătorul sindic, relevă datorarea acelor sume către creditorii menționați în tabel. Însă, până la momentul finalizării tabelului de creanțe din perspectiva aceluși creditor nu se poate reține ca îndeplinită condiția *datorării* acelor sume către creditor astfel că nu poate fi în discuție poprirea lor. Nici ipoteza care recunoaște posibilitatea popririi sumelor ce vor fi datorate în viitor în baza unor raporturi juridice

²⁴ Sentința nr. 358 din 3 iunie 2020 pronunțată de Tribunalul Vâlcea, irevocabilă prin decizia nr. 95 din 27 ianuarie 2022 pronunțată de Curtea de apel Pitești, Secția a II-a civilă de contencios administrativ și fiscal – „Chiar dacă s-ar putea contesta caracterul de act de executare al înființării popririi asupra sumelor datorate de un debitor aflat în insolvență, în raport cu acesta, în ipoteza refuzului de indisponibilizare s-ar trece la etapa de validare a popririi, care presupune constituirea titlului executoriu împotriva terțului poprit, debitor în insolvență, până la concurența sumelor pentru care se realizează validarea. Datele dosarului relevă faptul că recurenta a trecut la această etapă, solicitând în fața instanței de executare validarea popririi în contradictoriu cu debitoarea în insolvență și cu propriul debitor, astfel că în discuție este o urmărire împotriva debitorului aflat în insolvență, care însă nu poate fi realizată în condițiile în care art. 36 din Legea nr. 85/2006 prevede suspendarea de drept a tuturor acțiunilor judiciare sau extrajudiciare de recuperare a creanțelor asupra averii debitoarei”.

²⁵ Decizia nr. 223 din 26 ianuarie 2021 pronunțată de Tribunalul București, secția a III-a civilă, cod RJ 2eg73559 (<https://www.rejust.ro/juris/2eg73559>), accesat la 11.08.2023.

existente nu permite poprirea respectivelor sume invocate de către creditor împotriva debitorului aflat în procedura insolvenței, întrucât verificarea pe care o realizează practicianul în insolvență nu este finalizată astfel că nu se poate reține îndeplinită cerința datorării respectivei sume, acum sau în viitor. Textul care cuprinde această ipoteză de poprire impune condiția datorării cu certitudine a respectivelor sume sau valori în viitor, la momentul popririi termenul de plată nefiind încă împlinit, ceea ce nu este cazul până la întocmirea unui tabel definitiv, dacă creanța a fost contestată, nefiind certă datorarea.

După ce se întocmește acest tabel, se ridică problema acoperirii efective a creanțelor din sumele deținute deja de către debitor, din cele obținute în reorganizare sau din cele rezultate din valorificarea bunurilor.

Trebuie ținut seama de stadiul procedurii și de actele specifice care se întocmesc în cadrul acesteia, întrucât o recunoaștere a creanței potrivit tabelului preliminar, respectiv a celui definitiv sau a tabelului suplimentar nu echivalează automat cu posibilitatea creditorului de a primi efectiv și imediat suma respectivă.

Prin urmare, se ridică problema unei compatibilități între procedura popririi și cea a insolvenței, chiar dacă atât Codul de procedură civilă, cât și cel de procedură fiscală se referă la sume care vor fi datorate în viitor de debitor în temeiul unor raporturi juridice existente și care pot fi poprite, întrucât poprirea nu trebuie să țină pe loc sau să încurce insolvența.

Astfel, după trimiterea adresei de înființare a popririi asupra creanței din tabel, dacă nu s-a procedat la distribuie nu este posibilă consemnarea sumei la dispoziția organului de executare care o dispune în termenul prevăzut de Codul de procedură civilă (5 zile) și nici plata în termenul indicat de Codul de procedură fiscală (3 zile), respectiv distribuie sumei consemnată de către executorul judecătoresc sau de cel fiscal, aceasta fiind condiționată în toate cazurile de repartizarea realizată de către practicianului în insolvență, abia din acest moment fiind sigur că sumele respective nu mai sunt necesare în procedură.

După trimiterea adresei, potrivit normelor aplicabile popririi, terțul este obligat să procedeze la indisponibilizare, să anunțe organul de executare în cazul în care nu datorează sume debitorului sau să treacă direct la plată către creditor în ipoteza anumitor obligații civile sau în cazul popririi executorii fiscale.

Or, scopul procedurii insolvenței nu permite asemenea indisponibilizări ale sumelor debitorului la cererea unor terți decât în situația în care acestea ar fi justificate pe dispoziții din Legea nr. 85/2014, ceea ce nu este cazul²⁶.

De asemenea, debitorul în insolvență nu poate să efectueze plata către respectivul creditor întrucât ar produce consecințe negative asupra altor creditori, fără a se recunoaște în lege o prioritate anume pentru creditorul plătit cu consecința afectării scopului procedurii colective, așa cum s-a arătat și în jurisprudență²⁷.

²⁶ Spre exemplu, art. 253 din lege impune indisponibilizarea de către judecătorul sindic a titlurilor deținute de acționarii semnificativi sau care au deținut funcții de conducere în cadrul societăților de asigurare, în registrele speciale de evidență ținute de societatea de asigurare/reasigurare debitoare sau în registrele independente, deși nu vizează practic o indisponibilizare a bunurilor debitoare în insolvență, ci o anume structură a acționariatului.

Similar, art. 222 din lege, în cazul deschiderii procedurii falimentului împotriva unei instituții de credit.

²⁷ Sub reglementarea anterioară s-a reținut imposibilitatea popririi creanțelor recunoscute în procedura insolvenței. Decizia nr 413 din 23 februarie 2021, pronunțată de Tribunalul București, Secția a IV-a civilă, cod RJ

Așadar, pentru a fi posibilă poprirea este necesar ca sumele sau valorile respective să fie *scoase* de sub influența procedurii concursuale, în sensul că acestea sunt determinate ca aparținând unui anumit creditor și trebuie să îi fie plătite acestuia, fie raportat la o cauză de preferință invocată de acesta, fie pentru că au fost deja distribuite definitiv, în rest repartizarea între creditori se realizează exclusiv după regulile procedurii, după stabilirea încadrării fiecărei creanțe în categoriile prevăzute de Legea nr. 85/2014.

O situație specială este aceea a creditorilor titulari ai unor cauze de preferință asupra bunurilor debitorului, care au derulat anterior declanșării procedurii insolvenței o procedură de executare silită pentru valorificarea bunurilor în vederea recuperării creanței. Pentru aceștia, Legea nr. 85/2014²⁸ arată că, în debutul procedurii de insolvență, după virarea sumelor de către executorul judecătoresc practicianului în insolvență, acesta le plătește creditorilor respectivi chiar în perioada de observație, astfel că, dacă în termenul de 30 de zile prevăzut de lege pentru plată sosește o adresă de înființare a popririi cu privire la aceste sume a căror soartă este decisă de lege, nu este exclusă înființarea popririi, pentru că aceste sume nu mai urmează regulile specifice procedurii insolvenței fiind deja repartizate respectivului creditor.

Similar, pentru sumele de bani existente în contul debitorului la data deschiderii procedurii și asupra cărora era constituită o ipotecă mobilă sau altă garanție, acestea se distribuie respectivului creditor la simpla cerere a acestuia pentru acoperirea creanțelor care sunt exigibile²⁹. Ca atare, dacă până la momentul plății efective către creditorul titular al ipotecii practicianul în insolvență primește o adresă de înființare a popririi la cererea unui executor judecătoresc, care urmărește astfel bunurile respectivului creditor, nu este exclusă înființarea popririi, aceste sume fiind practic deja distribuite în temeiul prevederii legale.

Aceste excepții de la caracterul concursul al procedurii se referă la situații în care plățile concrete către anumiți creditori sunt determinate prin lege, soarta lor fiind efectiv lămurită

63g22d92 (<https://www.rejust.ro/juris/63g22d92>), accesat la 11.08.2023 – „Situația juridică dedusă judecății este una similară celei vizate de legiuitor în teza prevăzută de art. 36 din Legea nr. 85/2006, acesta având în vedere nu numai acțiunile directe împotriva debitorului prin care se tinde fie la obligarea acestuia la plata unei sume de bani, fie la executarea unei sume de bani, ci și acțiunile indirecte care au ca finalitate mediată același scop, cum ar fi înființarea unei popri asupra unui terț poprit supus procedurii insolvenței, demers judiciar ce are ca finalitate tocmai scoaterea unei sume de bani din patrimoniul acestuia prin obligarea sa directă la plata către un creditor al creditorului său. Instanța apreciază că, prin această plată forțată impusă debitorului în insolvență față de creditorul său, sunt eludate normele imperative ale legii insolvenței, în sensul că un creditor (...) al debitorului aflat în insolvență este plătit în temeiul unor alte norme procedurale decât cele care reglementează procedura insolvenței și cu prioritate față de ceilalți creditori, chiar și față de cei privilegiați, ipoteză juridică care este total contrară scopului avut în vedere de legiuitor în instituirea procedurii colective de acoperire a pasivului debitorului. Înființarea popririi are ca efect tocmai obligația de plată a unei datorii de către terțul poprit direct creditorului popritor/executorului, iar prin această plată se stinge un element de activ patrimonial al debitorului, ceea ce contravine legii insolvenței. Cu alte cuvinte, creanța debitorului față de terț se stinge pentru a acoperi creanța creditorului popritor, ceea ce echivalează, pe de o parte, cu o diminuare a patrimoniului debitorului într-o procedură în afara celei de insolvență, iar pe de altă parte, creditorul popritor își satisface creanța sa față de debitorul intrat în insolvență, ceea ce contravine dispozițiilor Legii nr. 85/2006”.

²⁸ Art. 75 alin. (6).

²⁹ Art. 75 alin. (7).

printr-o „distribuire” legală, nemaifiind în discuție concursul între creditori pentru repartizarea respectivei sume. Însă tocmai prevederea acestor excepții, în care poprirea apare ca posibilă, confirmă faptul că în restul ipotezelor, în care nu este vorba despre un creditor privilegiat sau care ar trebui să fie plătit cu prioritate la momentul incipient al deschiderii procedurii insolvenței, sumele sau valorile deținute de debitor nu pot fi poprite, chiar dacă s-a întocmit un tabel în care creditorul respectiv se regăsește.

În ceea ce privește sumele obținute din valorificarea bunurilor debitorului în procedura insolvenței, în măsura compatibilității legea se completează cu dreptul comun reprezentat de Codul de procedură civilă.

Art. 873 alin. (1) C. pr. civ. arată clar că sumele rezultate din valorificarea bunurilor urmărite și cele consemnate la dispoziția executorului nu pot fi poprite de către creditorii debitorului sau ai adjudecatarului, distribuirea urmând să se facă numai de către organul de executare creditorilor care și-au depus titlurile, o intervenție de acest gen, prin înființarea popririi, cu consecința indisponibilizării sumei din cont, determinând imposibilitatea efectuării în continuare a actelor de executare silită.

Similar, în procedura insolvenței, valorile obținute în averea debitorului după valorificarea bunurilor nu pot fi poprite de către creditorii care se află în procedură sau de către terțe persoane, cum ar fi adjudecatarul din cadrul respectivei proceduri, întrucât s-ar anihila rolul practicianului insolvență în materia distribuirii, iar regulile din legea insolvenței ar rămâne neaplicate.

În reglementarea regulilor de eliberare și distribuire a sumelor rezultate din urmărirea bunurilor debitorului, art. 873 alin. (2) C. pr. civ. prevede că se poate înființa poprire numai asupra sumelor atribuite creditorilor sau debitorului *prin procesul-verbal de distribuire*.

Această normă din Codul de procedură civilă se poate aplica și în materie fiscală pe filiera art. 3 C. pr. fisc., respectiv în ipoteza sumelor care se distribuie de către practicianul în insolvență în procedura prevăzută de Legea nr. 85/2014, astfel că, dacă soarta respectivelor sume este lămurită, finalizată din perspectiva procedurii insolvenței, se poate înființa poprirea, întrucât acele sume aparțin creditorului respectiv, sunt datorate acestuia și pot fi urmărite de proprii creditori, singurul inconvenient fiind dat de faptul că practicianul în insolvență va trebui să plătească creditorului popritor, iar nu creditorului din insolvență, debitor poprit.

Prin urmare, pentru sumele care au fost distribuite de către administratorul sau lichidatorul judiciar fiecărui creditor nu este exclusă înființarea popririi de către creditorii creditorilor din procedură, plata urmând a se face de către practicianul în insolvență direct către creditorii popritori.

În funcție de stadiul proceduri și de actele întocmite în cadrul acesteia poate să apară și problema unui eventual refuz al practicianului în insolvență de a recunoaște, din varii considerente, înființarea popririi, cu consecința neindisponibilizării sumelor datorate creditorului, fiind formulată cerere de validare a popririi, potrivit art. 790 C. pr. civ., în fața instanței de executare, pentru constituirea unui titlu executoriu împotriva debitorului, deși orice creditor ar trebui să urmeze exclusiv regulile procedurii insolvenței.

Jurisprudențial s-a relevat faptul că procedura de validare a popririi împotriva terțului poprit aflat în insolvență, care nu și-ar fi executat obligațiile specifice prevăzute de lege în materia popririi³⁰, nu este admisibilă, întrucât s-ar obține practic un titlu executoriu împotriva debitorului pentru o creanță, în afara procedurii insolvenței.

Într-o altă cerere de validare a popririi înființată în dosarul de executare asupra valorilor datorate de debitorul aflat în procedura insolvenței propriului său creditor, la rândul său debitor al terțului poprit, instanțele au reținut că poprirea nu poate fi înființată cu privire la valorile datorate de debitorul insolvent și cu atât mai mult nu poate fi validată o asemenea poprire care trebuie să aibă la bază o poprire legal înființată³¹.

În materie fiscală, situația este mai gravă pentru terțul poprit, debitor aflat în insolvență, întrucât odată cu primirea adresei de înființare a popririi transmisă de către organul fiscal competent poprirea se consideră înființată chiar dacă respectivul debitor nu datorează (încă) sumele invocate³², în speță interesând repartizarea.

Dacă potrivit Codului de procedură civilă cel interesat să solicite instanței de executare validarea popririi, în măsura în care terțul (debitorul prin practicianul în insolvență) nu și-a îndeplinit obligațiile prevăzute de lege pentru indisponibilizare și plată, este de regulă creditorul poprit, în materie fiscală poprirea înființată nu se validează, odată transmisă adresa de înființare a popririi terțul fiind cel interesat să conteste poprirea și să invoce lipsa unui raport juridic cu debitorul sau alte impedimente la executarea popririi, cum ar fi afectarea cursului procedurii insolvenței.

³⁰ Decizia nr. 3118 din 10 decembrie 2020 pronunțată de Tribunalul București, Secția a IV-a civilă, cod RJ d354d29e (<https://www.rejust.ro/juris/d354d29e>), accesat la 11.08.2023. Tribunalul constată că apelantul terț poprit se află în procedura de reorganizare din data de 03.04.2013, în baza încheierii civile pronunțate de Tribunalul București. „Prin urmare, adresa de înființare popririi comunicată apelantului la data de 15.10.2019 a fost comunicată acestuia în perioada în care se afla în reorganizare judiciară, conform Legii nr. 85/2006. (...) În procedura validării popririi se examinează două raporturi juridice, pe de o parte, cel dintre creditorul poprit și debitor, având la bază creanța cauză a popririi, care trebuie să fie certă, lichidă și exigibilă și constatată printr-un titlu executoriu, pe de altă parte, raportul juridic dintre debitor și terțul poprit. Efectele validării sunt obligarea terțului poprit la plata direct către creditorul poprit, care astfel devine un creditor al terțului poprit. Tribunalul apreciază că, față de situația juridică a apelantului terț poprit, creanțele împotriva acestuia, care prin validare ar deveni debitorul creditorului poprit, s-ar putea realiza doar în cadrul procedurii insolvenței. Tribunalul apreciază că obținerea unui titlu executoriu împotriva terțului poprit este incompatibilă cu prevederile Legii nr. 85/2006, care urmăresc preservarea stării patrimoniului persoanei juridice intrate în insolvență, astfel cum aceasta se regăsește la data deschiderii procedurii, validarea producând efectele unei cesiuni de creanță forțate, constituind titlu executoriu împotriva terțului poprit. În situația în care s-ar permite unui creditor (ceea ce ar deveni creditorul poprit în situația validării) realizarea creanței sale prin executare silită individuală, ar fi prejudiciați ceilalți creditori participanți la procedura insolvenței, fiind eludate dispozițiile speciale și imperative ale legii.”

³¹ Sentința civilă nr. 2760 din 16 martie 2022 pronunțată de Judecătoria Sector 1 București, definitivă prin decizia civilă nr. 1902 din 7 iulie 2022 pronunțată de Tribunalul București, Secția a III-a civilă, cod RJ dee3398eg (<https://www.rejust.ro/juris/dee3398eg>), accesat la 11.08.2023.

³² Art. 237 alin. (1) și (3) C. pr. fisc. – art. 237 – Executarea silită a terțului poprit.

R. Sîrghi, *Analiză comparativă între validarea de poprire de drept comun și menținerea popririi din procedura fiscală, în Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 710.

Pentru a înlătura efectele popririi, acesta trebuie să iasă din pasivitate, să înștiințeze organul de executare silită că nu datorează sume de bani respectivului creditor al său, sau că nu s-a ajuns încă în stadiul în care acele sume să fie concret datorate creditorului, debitor pentru creanța fiscală. Înștiințarea organului fiscal trebuie să se realizeze în termen de 5 zile de la primirea adresei de înființare a popririi³³. Cum debitorul în insolvență, terț poprit, este reprezentat de un profesionist, acesta nu poate să procedeze la consemnare și la plată ca o consecință a transmiterii adresei de înființare a popririi dacă faza în care se află procedura nu permite, sumele fiind în continuare la dispoziția acestuia pentru a acoperi creanțele conform regulilor din Legea nr. 85/2014, astfel că va trebui să anunțe organul fiscal de executare cu privire la impedimentele întâlnite.

După o asemenea înștiințare, potrivit legii, organul de executare are posibilitatea să sesizeze instanța în raza teritorială a căruia se află sediul terțului poprit pentru a se dispune asupra menținerii sau desființării popririi. Codul de procedură fiscală se referă la informații și documente la dispoziția organului fiscal care oferă indicii că terțul poprit datorează sume debitorului fiscal (creditor în procedură), acestea fiind legate, de exemplu, de existența unui tabel de creanțe publicat în B.P.I., în care se recunoaște calitatea de creditor a celui debitor fiscal, însă acesta nu poate fi considerat suficient pentru a permite înființarea și cu atât mai puțin executarea popririi, față de argumentele de mai sus.

O procedură în care se admite cererea de menținere a popririi ar avea ca rezultat recunoașterea unei creanțe împotriva averii terțului poprit, hotărârea judecătorească cu privire la menținere fiind titlu executoriu împotriva debitorului aflat în insolvență, fiind obținut practic efectul echivalent al validării popririi, cu consecința că în procedura insolvenței se mai adaugă un creditor. Această cerere împotriva terțului poprit aflat în insolvență este dată în competența instanței de executare și nu ar trebui soluționată pe parcursul derulării insolvenței, intrând sub incidența art. 75 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, întrucât tinde la obținerea unui titlu împotriva debitorului în insolvență, în afara procedurii.

Discuții pot să apară dacă, fără a ține seama de norma de competență, organul fiscal s-ar adresa practicianului în insolvență cu o cerere de menținere a popririi. Aceasta nu ar putea fi calificată drept o cerere de plată pentru o creanță curentă, pentru a se încadra în prevederile art. 75 alin 3 din legea insolvenței³⁴, întrucât practicianul nu emite titluri ci le verifică în condițiile art. 106 alin. (1) din lege³⁵. De altfel, ar fi redusă probabilitatea ca acesta să recunoască la cererea organului fiscal că datorează acele sume de vreme ce anterior i-a adus la cunoștință contrariul. În cazul în care practicianul în insolvență respinge cererea și se formulează contestație, nici judecătorul sindic nu ar trebui să hotărască asupra existenței creanței fiscale asupra debitorului prin menținerea popririi, din motive legate de atribuțiile

³³ Art. 236 alin. (10) C. pr. fisc.

³⁴ Nu sunt supuse suspendării prevăzute la alin. (1) acțiunile judiciare pentru determinarea existenței și/sau cuantumului unor creanțe asupra debitorului, născute după data deschiderii procedurii. (...)

³⁵ Stabilește legitimitatea, valoarea exactă și prioritatea fiecărei creanțe.

pe care i le recunoaște legea³⁶, el nefiind chemat să stabilească existența creanței fiscale asupra creditorului din insolvență (debitor poprit), după care asupra datoriei terțului poprit față de debitorul poprit și, în funcție de un rezultat pozitiv, în pasul următor să se constate creanța creditorului fiscal direct împotriva terțului poprit, întrucât debitorul nu a executat obligațiile specifice popririi (indisponibilizare și plată). Ceea ce ar putea lămuri judecătorul sindic ar fi caracterul justificat sau dimpotrivă al refuzului practicianului în insolvență cu privire la plata direct către creditorul fiscal în funcție de stadiul procedurii, respectiv al distribuirii sumelor.

Dacă terțul poprit nu face înștiințarea deloc sau în termenul prevăzut de Codul de procedură fiscală pentru a susține că nu datorează suma respectivului debitor fiscal, adresa de înființare a popririi produce efecte în continuare, poprirea fiind considerată înființată, iar organul fiscal nu are interes să formuleze o cerere în fața instanței competente care să decidă cu privire la menținerea sau nu a popririi. În acest caz, executorul fiscal solicită practicianului în insolvență plata sumelor respective în temeiul popririi înființate, cu consecința afectării cursului procedurii și a activității specifice în cadrul acesteia, așa cum s-a arătat anterior.

În situația în care este anunțat organul fiscal că terțul aflat în insolvență nu datorează debitorului fiscal o anumită sumă, dar nu se întâmplă nimic, organul fiscal nu reacționează și nici nu face cerere de menținere a popririi, de asemenea, adresa de înființare a popririi produce în continuare efecte, astfel că terțul poprit în insolvență este interesat să formuleze contestație la executare împotriva adresei de înființare a popririi, tinzând să înlăture consecințele acesteia, ceea ce presupune o sarcină a practicianului în insolvență, o dificultate pentru instanța de executare care trebuie să decidă în probleme specifice insolvenței și, în funcție de soluția din contestația la executare, sistarea sau, dimpotrivă, amplificarea problemelor terțului poprit.

O altă consecință care s-ar putea produce în ipoteza în care debitorul în insolvență, terț poprit, nu dă curs adresei de înființare a popririi este antrenarea răspunderii solidare a acestuia în procedura prevăzută de art. 25 alin. (1) lit. b) C. pr. fisc. pentru neîndeplinirea obligațiilor, așa cum dispune art. 236 C. pr. fisc. Este reglementată posibilitatea antrenării răspunderii solidare a terțului poprit cu debitorul urmărit pentru datoriile fiscale ale acestuia, în limita sumelor sustrate de la indisponibilizare, ceea ce presupune o procedură paralelă insolvenței, în care se emit acte administrativ fiscale împotriva debitorului, care trebuie contestate în procedura contenciosului administrativ și care se pot finaliza cu un titlu împotriva debitorului.

Concluzionând, cum creanțele împotriva averii debitorului trebuie lămurite în procedura insolvenței, iar acțiunile prin care se tinde la obținerea unui titlu executoriu împotriva debitorului se suspendă la data deschiderii procedurii, fiind soluționate numai cererile de plată pentru creanțe curente în sensul legii, nu ar trebui admisă o procedură de

³⁶ Art. 45 alin. (2) din Legea nr. 85/2014 – Atribuțiile judecătorului-sindic sunt *limitate* la controlul judecătoresc al activității administratorului judiciar și/sau al lichidatorului judiciar și la *procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței*.

validare sau confirmare a înființării popririi (în procedura fiscală) în timpul procedurii prevăzute de Legea nr. 85/2014.

3. Concluzii

Poprirea fiscală, mai energică decât cea reglementată de dreptul comun, nu este compatibilă cu procedura insolvenței, indiferent că aceasta reprezintă o executare asupra bunurilor debitorului pentru recuperarea creanțelor împotriva acestuia, ceea ce intră sub incidența art. 75 alin. (1) din Legea nr. 85/2014, sau că vizează debitorul insolvent numai ca terț poprit.

De la momentul deschiderii procedurii orice executare silită asupra averii debitorului este suspendată de drept, poprirea sumelor în mâinile debitorului insolvent, ca formă de executare silită indirectă putând fi încadrată, pe cale de interpretare, în situațiile de suspendare.

Pe parcursul procedurii insolvenței, ca regulă, poprirea fiscală a sumelor datorate de debitorul insolvent creditorilor săi este exclusă, în prima fază, până la constituirea tabelului definitiv de creanțe, nefiind vorba despre sume datorate de către debitor propriului său creditor, iar ulterior acestui moment, pașii procedurale specifici popririi, așa cum este reglementată în Coduri, neputând fi urmați. Nu se poate considera că adresa de înființare a popririi produce numai indisponibilizarea valorilor, această fază prelungindu-se până la momentul la care pot fi plătite efectiv sumele în procedura insolvenței, întrucât, o asemenea poprire se abate de la regulile specifice acestei proceduri, efectuarea actelor privind distribuiri și plăți de către practicianul în insolvență potrivit Legii nr. 85/2014 neputând determina respectarea termenelor prevăzute de Codul de procedură fiscală pentru plată.

Raportat la scopul procedurii insolvenței, poprirea ar putea fi admisă în ipoteza în care vizează sume deja repartizate sau distribuite în procedură de către practicianul în insolvență și care nu au fost încă plătite creditorului, debitor pentru o creanță fiscală.

Validarea/menținerea popririi, ca fază ulterioară ipotezei în care debitorul insolvent susține că nu datorează sume respectivului creditor sau contestă condițiile popririi, nu ar trebui să fie recunoscută pe parcursul derulării procedurii insolvenței.

Principiul incertitudinii sau despre valențele verificării documentare realizate de antifrauda fiscală

The uncertainty principle or the value of documentary checks carried out by anti-fraud authorities

Lect. univ. dr. **Septimiu Ioan PUȚ***
Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca
Facultatea de Drept

Abstract

Although there is no legal text allowing the anti-fraud authorities to issue tax assessments, currently, under the pretext of "documentary verification", anti-fraud inspectors issue tax assessments, which are enforceable and decisive for the taxpayer. This overlapping of powers raises a number of questions relating to the differences between forms of tax control, the material competence of the investigating body, the procedural guarantees conferred on the taxpayer, the transformation or distortion of certain control procedures and the guarantee of the right of defense.

Keywords: certainty principle, tax control, documentary verification, tax decisions.

Rezumat

Deși nu există niciun text de lege care să permită posibilitatea antifraudei fiscale de a emite decizii de impunere, în prezent, sub pretextul „verificării documentare”, inspectorii antifraudă emit decizii de impunere, titluri de creanță cu caracter executoriu și decisiv pentru contribuabilul verificat. Această suprapunere de competențe ridică o serie de întrebări legate de diferențierile între formele controlului fiscal, competența materială a organului instrumentator, garanții procedurale conferite contribuabilului, transformarea sau denaturarea unor proceduri de control, respectiv asigurarea dreptului la apărare.

Cuvinte-cheie: principiul certitudinii, control fiscal, verificare documentară, decizii de impunere.

1. Introducere

În mecanica cuantică, principiul incertitudinii, care este recunoscut ca atare în considerarea specificității și relativității sistemice, poate fi caracteristic atât mărimilor mecanice

* septimiu.put@law.ubbcluj.ro

(distanță, viteză, forță), cât și măsurătorilor unui sistem ale cărui rezultate pot genera o „distribuție de probabilitate” și poate fi generalizat, indiferent dacă măsurătorile sunt reale sau ideale. Faptele experimentale nu sunt, întotdeauna, ceea ce teoria cere sau pretinde¹.

În Dreptul fiscal însă, principiul certitudinii este cunoscut și recunoscut ca atare, incertitudinea fiind echivocul normativ care trebuie evitat *de plano*. Deși principiul ar trebui să ghideze contribuabilul în a identifica cu ușurință norma juridică aplicabilă, după cum corect s-a arătat în doctrină, a fost și este continuu încălcat, în special din cauza modificării repetate a legislației, ce dă naștere unor situații tranzitorii². Totuși, pentru dreptul fiscal material, principiul rămâne ca reper normativ și supranormativ.

În esență, principiul certitudinii presupune elaborarea de norme juridice clare, care să nu conducă la interpretări arbitrare, iar termenele, modalitatea și sumele de plată să fie precis stabilite pentru fiecare plătitor, respectiv „plătitorul comun” să poată urmări și înțelege sarcina fiscală ce îi revine [art. 3 lit. b) C. fisc.]. Pe lângă spectrul de incertitudine, se urmărește și eliminarea spectrului evaziv sau aluziv, în dezideratul furnizării unui comandament normativ cert, clar, inteligibil și comprehensibil³.

În procedura fiscală, principiul certitudinii se conexează cu principiul legalității, cu ideea de respectare a drepturilor contribuabililor, cu necesitatea aplicării unitare a legislației, cu dreptul de a fi ascultat, cu principiul bunei-credințe și cu o interpretare conformă a legislației procedural-fiscale. Astfel, în ordine procedurală, principiul certitudinii urmărește eliminarea arbitrarului și asigurarea previzibilității mijloacelor și procedeele active.

Nevoia de certitudine capătă noi valențe odată cu publicarea a două ordine ale Președintelui ANAF prin care se reconfigurează competența antifraudei fiscale în privința limitelor controlului fiscal pe un palier inferior legii organice, aptă juridic și natural să modifice regulile în această materie. Astfel, Ordinul nr. 325/2022 pentru modificarea anexei nr. 4 la OPANAF nr. 3.666/2020 privind aprobarea modelului și conținutului formularelor și documentelor utilizate în activitatea de verificare documentară⁴ prevede la art. II: „*Direcția generală de administrare a marilor contribuabili, direcțiile generale regionale ale finanțelor publice și organele fiscale centrale din subordinea acestora, Direcția generală antifraudă fiscală, precum și Direcția generală control venituri persoane fizice vor duce la îndeplinire prevederile prezentului ordin*”.

Totodată, anterior acestei schimbări de paradigmă și într-o complementaritate evidentă, intră în vigoare Ordinul nr. 3632/2020 din 5 octombrie 2020 privind stabilirea unor competențe de efectuare a verificării documentare⁵ care prevede la art. 2: „Funcționarii publici din cadrul Direcției generale antifraudă fiscală sunt organe fiscale competente pentru efectuarea verificării documentare în vederea stabilirii corecte a situației fiscale a contribuabilului/plătitorului, potrivit prevederilor legale”.

¹ W. Heisenberg, *Physics & Philosophy. The revolution in the modern science*, Harper&Row, 1962, p. 10.

² R. Bufan, *Tratat de drept fiscal. Volumul 1. Teoria generală a dreptului fiscal*, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 99.

³ A se vedea C.F. Costăș, S.I. Puț, *Drept fiscal*, Ed. Universul Juridic, București, 2023, p. 34.

⁴ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 233 din 9 martie 2022.

⁵ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 921 din 9 octombrie 2020.

Ulterior, la finalul anului 2022, prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 188/2022⁶ a fost introdus alin. (3) al art. 148 C. pr. fisc. cu următorul cuprins normativ: „Verificarea documentară se efectuează de către organele de inspecție fiscală, organele de control antifraudă fiscală și organele fiscale competente să exercite verificarea situației fiscale personale potrivit art. 138 alin. (3)”.

Așadar, printr-o anexă normativă, a fost introdusă pentru prima dată în sistemul fiscal pozitiv și posibilitatea D.G.A.F. de a emite decizii de impunere, aspect care relativizează principiile și normele juridice din Codul de procedură fiscală, care, de regulă și ca regulă, securizează ideea conform căreia decizia de impunere se emite la finalizarea unei inspecții fiscale care vizează verificarea tuturor raporturilor și documentelor relevante pentru activitatea contribuabilului.

Deși conform dispozițiilor legii organice – C. pr. fisc. delegarea se poate realiza (în condiții de legalitate stabilite de C. pr. fisc.) doar în privința inspecției fiscale, prin Ordinul nr. 3632/2020 delegarea este data pentru efectuarea verificării documentare în vederea stabilirii corecte a situației fiscale a contribuabilului.

2. Interogații

Contextul anterior descris generează o serie de întrebări care, dincolo de răspunsuri matematice dificil de furnizat, mai ales în lipsa întregului spectru de ipoteze și consecințe posibile, au menirea de a problematiza, de a pune în discuție fundamentarea juridică a unor soluții bizare, posibil „nelegale”.

Așadar, pot fi ridicate următoarele probleme de compatibilizare și fundamentare juridică:

- principiul certitudinii din dreptul material poate deveni principiul incertitudinii în dreptul procedural?

- prin raportare la ierarhia actelor normative, specificul de reglementare, rigorile constituționale, sunt acceptabile derogări sau interpretări extensive ale unor norme juridice primare (procedurale), în care funcția inspecției fiscale este transbordată spre specificul controlului inopinat prin verificare documentară?

- mai au vreo relevanță diferențierile juridice între formele (diverse) ale controlului fiscal?

- care mai sunt garanțiile asigurate contribuabilului în verificarea documentară operată de antifrauda fiscală?

- care mai sunt remediile, dacă decizia de impunere sub rezerva verificării ulterioare se definitivează *de facto*?

- mai are nevoie contribuabilul de vreo garanție legală sau jurisprudențială specifică inspecției fiscale sau procedurii de emitere a unui titlu de creanță?

- ce avantaje îi oferă contribuabilului verificarea documentară accelerată dată în competența antifraudei fiscale?

⁶ Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1277 din 29 decembrie 2022.

- este legală transformarea procesului-verbal (mijloc de probă specific controlului inopinat al antifraudei fiscale, conform dispozițiilor Codului de procedură fiscală) în decizie de impunere (rezultat al verificării documentare)?

- poate proceda antifrauda fiscală la transformarea pe parcurs a controlului antifraudă în verificare documentară?

- este permisă o (asemenea) interconectare a procedurilor de control și o utilizare/recalificare a notelor explicative drept „audiere” în verificarea tematică?

- devine desuetă/anacronică finalitatea colectării de probe necesare (prin tradiționalul proces-verbal) inspecției fiscale?

- emiterea galopantă a unei decizii de impunere reprezintă un avantaj? Dacă da, pentru cine, organul fiscal sau contribuabil?

- care sunt situațiile în care s-ar mai păstra imperativul efectuării inspecției fiscale?

- avem de-a face cu o nulitate absolută (încălcarea competenței materiale) odată cu conferirea dreptului de a emite decizii de impunere antifraudei fiscale (sau cel puțin până la modificarea dispozițiilor C. pr. fisc.)?

3. Semnificații procedurale autentice ale dispozițiilor legale în materia controlului fiscal

Potrivit dispozițiilor Codului de procedură fiscală⁷, controlul fiscal se efectuează de către organul fiscal competent material și teritorial.

În acord cu legislația care-i guvernează activitatea, antifrauda fiscală nu efectuează inspecție fiscală și nu poate emite decizii de impunere, efectuând doar un control operativ, inopinat, secvențial și rezidual. Potrivit dispozițiilor art. 148 C. pr. fisc., sfera și obiectul verificării documentare: „(1) Pentru stabilirea corectă a situației fiscale a contribuabilului/plătitorului, organul fiscal poate proceda la o verificare documentară. (2) Verificarea documentară constă în efectuarea unei analize de coerență a situației fiscale a contribuabilului/plătitorului, pe baza documentelor existente la dosarul fiscal al contribuabilului/plătitorului, precum și pe baza oricăror informații și documente transmise de terți sau deținute de organul fiscal, care au relevanță pentru determinarea situației fiscale”.

În același sens, dispozițiile art. 149 C. pr. fisc. reglementează rezultatul verificării documentare: „(1) în situația în care, ca urmare a verificării documentare, organul fiscal constată diferențe față de creanțele fiscale, veniturile sau bunurile impozabile și/sau informațiile în legătură cu acestea declarate de contribuabil/plătitor, acesta înștiințează contribuabilul/plătitorul despre constatările efectuate. Odată cu înștiințarea, organul fiscal solicită și documentele pe care contribuabilul/plătitorul trebuie să le prezinte în vederea clarificării situației fiscale. (2) în cazul în care documentele solicitate potrivit alin. (1) nu au fost prezentate de contribuabil/plătitor în termen de 30 de zile de la comunicarea înștiințării sau documentele prezentate nu sunt suficiente pentru clarificarea situației fiscale, organul fiscal stabilește diferențele de creanțe fiscale datorate prin emiterea unei decizii de

⁷ Legea nr. 207/2015 publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 547 din 23.07.2015.

impunere sau dispune măsurile necesare respectării prevederilor legale, după caz. (3) Decizia de impunere prevăzută la alin. (2) este o decizie sub rezerva verificării ulterioare. (4) Decizia de impunere emisă în condițiile prezentului articol fără audierea contribuabilului/plătitorului este nulă”.

Deși stabilirea creanțelor fiscale sub rezerva verificării ulterioare reprezintă regula în materia verificării documentare⁸, așa cum transpare din coroborarea dispozițiilor art. 94 C. pr. fisc., decizia de impunere sub rezerva verificării ulterioare emisă de antifrauda fiscală se definitivează în marea majoritate a situațiilor, ceea ce echivalează, din perspectiva efectelor juridice, o specie a controlului fiscal – verificarea documentară cu chintesența controlului fiscal – inspecția fiscală.

Ordinul nr. 3632/2020 din 5 octombrie 2020 era în dezacord vădit cu dispozițiile Codului de procedură fiscală, lege organică, superioară ca forță juridică. Totuși, formalizarea Guvernului prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 188/2022 prin introducerea alin. (3) al art. 148 C. pr. fisc. de legitimare a competenței organelor de control antifraudă fiscală nu este la adăpost de orice critică. Rămân „deschise” câteva „răni” sistemice, cum ar fi: fundamentarea juridică a deciziilor emise de către antifrauda fiscală în perioada martie-decembrie 2022, aglomerarea sau chiar suprapunerea competenței materiale a „organelor de inspecție fiscală” cu „organele de control antifraudă fiscală”, în ciuda diferențelor fixate tot prin C. pr. fisc. sau chiar asperități de neconstituționalitate.

Problema nu este doar de ordin teoretic, de nivel de fundamentare juridică, ci una cu aplicații și consecințe practice însemnate și imediate. Subliniem faptul că verificării documentare îi lipsesc garanțiile procedurale, precum: obiectul verificării (ce impozite și contribuții sociale obligatorii sunt verificate?), obligațiile organului de control (ce analize și corelații de informații trebuie operate?) și mijloacele de apărare ale contribuabilului (ce remedii, diligențe și acțiuni pot activa contribuabilii pentru a preîntâmpina un „abuz contra-abuz”?) care au fost stabilite de legiuitor cu privire la procedura inspecției fiscale, singurul mijloc de a determina obligații suplimentare de plată în România. Practic, prin verificarea documentară realizată de antifrauda fiscală se utilizează mijloacele unui control antifraudă, control inopinat, operativ, intempestiv, *sui-generis*, care în acord cu legislația fiscală nu este un control fiscal veritabil, ci unul cu o funcție fiscală marginală, secvențială, pentru a se atinge, pe o rută ocolitoare, rezultatele unei inspecții fiscale. Mai mult, coroborând legislația specială care reglementează competența inspectorilor antifraudă fiscală, respectiv competența inspectorilor fiscali, vom observa că acestea nu sunt nici pe departe congruente!

Criticile cu privire la procedura sumară a verificării documentare au fost exprimate în doctrină și anterior, vizând mai ales netransparența procedurii, aflată în dezechilibru cu efectele pe care le produce – emiterea unei decizii de impunere, cu efecte imediate și similare unui act administrativ-fiscal emis la finalul unei proceduri clasice – inspecția fiscală.

⁸ A se vedea și I.M. Costea, *Drept financiar. Note de curs*, ediția a 4-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2018, p. 312.

Așa cum semnalează doctrina⁹, astfel de verificări și chiar și informațiile furnizate ulterior de către contribuabil, ca urmare a audierii, se realizează „în spatele ușilor închise”, pe baza unor informații și documente aflate doar la dispoziția organelor fiscale, într-o opacitate stranie.

Dispozițiile art. 136 C. pr. fisc. prevăd că controlul operativ și inopinat se realizează de inspectorii din cadrul Direcției Antifraudă, că aceștia pot realiza operațiuni de control tematic – verificări care vizează anumite sectoare de activitate, considerate cu risc, însă în ambele situații activitatea de control se finalizează prin încheierea unui proces-verbal de control, iar nu a unei decizii de impunere.

Sumarizând, problemele juridice generate de verificarea documentară efectuată de antifrauda fiscală sunt serioase și pot fi dintre următoarele¹⁰: 1. Verificarea documentară este o procedură opacă; 2. Obținerea informațiilor/documentelor se poate realiza pe orice cale; 3. Emiterea unei decizii de impunere este tentantă, cvasiiminentă și produce efecte imediat, în ciuda unei situații diferite care ar putea rezulta din inspecția fiscală – control de fond; 4. Durata scurtă de timp și obiectul secvențial al verificării care tinde să denatureze însăși rezultatul verificării formalizat în decizia de impunere; 5. Segmentarea dreptului contribuabilului de a fi informat/audiat efectiv; 6. Forma preparatorie – controlul inopinat, atipic, secvențial specific antifraudei fiscale devine forma definitivă a controlului fiscal, prin funcția și efectul deciziei de impunere.

4. Exemple practice de aplicare denaturată a normelor procedurale

În această ambianță normativă, aducem în discuție câteva exemple din practica administrativă, în miniatură, într-o versiune interogativă, retorică, care pot fi relevante pentru a susține problematica incongruențelor anterior indicate:

4.1. Verificare documentară cu funcție de inspecție fiscală I

Într-o speță, DRAF 6 Oradea a debutat o verificare documentară cu privire la comerțul online realizat de o persoană fizică din Cluj-Napoca care achiziționa bunuri *second-hand* și le revindea, cu sau fără recondiționarea inerentă. În mod paradoxal, verificarea documentară a vizat întreg spectrul de obligații fiscale posibil a fi activa pentru o persoană fizică la activitățile independente: impozit pe venit, CAS, CASS, TVA Astfel, apare drept legitimă următoare întrebare: dacă verificarea documentară poate viza toate impozitele și contribuțiile pozitive ale persoanei fizice: impozit pe venit, , CAS, CASS, TVA și toate raporturile contribuabilului, relevante pentru starea de fapt fiscală, care mai este deosebirea față de inspecția fiscală? Sau, în termeni laici, mai avem nevoie de inspecție fiscală?

⁹ C.F. Costaș (coord.), *Codul de procedură fiscală. Comentariu pe articole*, Ed. Solomon, București, 2016, p. 311.

¹⁰ *Idem*, pp. 310-311.

Contribuabilului vizat, devenit rapid debitor¹¹, i s-au stabilit obligații de plată (impozit pe venit și TVA), dar inspectorii antifraudă au refuzat deductibilitatea cheltuielilor și dreptul de deducere a TVA, începând cu momentul de la care l-au considerat persoană impozabilă, pe considerentul că nu instrumentează o inspecție fiscală¹².

4.2. Verificare documentară cu funcție de inspecție fiscală II

Într-o altă cauză soluționată definitiv de Curtea de Apel Cluj¹³ s-a pus problema dacă antifrauda fiscală poate face recalificare fiscală sau aceasta este legată intim de o analiză specifică inspecției fiscale? Cauza propunea două tipuri de abordări: prima, legată de recalificarea unor sume utilizate de administrator în dividende, fără formalizarea ca atare printr-un act de „putere”/„voință” societară, iar a doua, legată de considerarea distribuirii de dividende ca fiind realizată în 2015, pe considerentul că suma era evidențiată formal-contabil în sold la data de 01.01.2015, deși sumele au fost utilizate efectiv succesiv în timp începând cu anul 2003, data înființării societății.

4.3. Transformarea și/sau interconectarea procedurilor I

Într-o altă situație, antifrauda fiscală debutează un control specific, inopinat, tematic, rezidual, cere documente și note explicative contribuabilului controlat, după care, pentru a-l putea finaliza prin emiterea unei decizii de impunere, îi solicită contribuabilului informații suplimentare, puse la dispoziție în termenul de 30 de zile, informații „corecte și complete” și transformă controlul inopinat în verificare documentară, cu consecința emiterii deciziei de impunere. Este legală transformarea/denaturarea controlului antifraudă fiscală?

4.4. Transformarea și/sau interconectarea procedurilor II

În fine, într-o ultimă cauză din practica administrativă, s-a pus problema dacă este permisă o interconectare a procedurilor de control și o utilizare/recalificare a notelor explicative drept „audiere” în verificarea tematică?

Astfel, într-un control antifraudă se încheie un proces-verbal în care se evidențiază obiectul controlului: „un control operativ și inopinat cu privire la transportul alternativ de persoane” și în care sunt evidențiate constatările inspectorilor antifraudă pe parcursul a 40 de pagini. În controlul inopinat se cer note explicative, puncte de vedere. Ulterior, în procedura verificării documentare care debutează imediat și se finalizează în câteva zile este

¹¹ Actualmente, cauza se află pe rolul Curții de Apel Cluj, împotriva deciziei de impunere emise formulându-se contestație fiscală, iar împotriva acesteia și a deciziei de soluționare a contestației formulându-se cererea de chemare în judecată.

¹² Nu facem inspecție fiscală, nu ne interesează „deductibilitatea” în niciuna din dimensiunile acesteia, dar emitem decizia de impunere?

¹³ Prin Decizia civilă nr. 1169/2023 a Curții de Apel Cluj, nepublicată, care, deși nu validează criticile de natură procedurală, validează criticile de natură substanțială.

emisă de antifrauda fiscală decizia de impunere în baza constatărilor inițiale, fără a se mai parcurge etapele verificării documentare. Astfel, apare drept legitimă întrebarea dacă este permisă o asemenea interconectare a procedurilor de control și o suprapunere a rigorilor legate de audierea contribuabilului?

5. Concluzii

Sintetizând, suntem în măsură să furnizăm două seturi de concluzii deschise. Mai întâi, „concluzia *laitmotiv*” care se desprinde natural din tonalitatea textului, în acord cu care funcția incursiunii noastre nu a fost afirmativă, ci interogativă, chiar retorică, urmărind să tragă un semnal de alarmă cu privire la această problemă. Mai apoi, pentru că un asemenea demers reclamă, totuși, o formulă de încheiere, remarcăm un fapt¹⁴, devenit truism, și anume că, deși nu există vreun text de lege sau vreo fundamentare extra/supra/infranormativă care să confere posibilitatea inspectorilor antifraudă de a emite decizii de impunere, în prezent, sub pretextul „verificării documentare”, denaturate factual într-o miniinspecție fiscală, inspectorii antifraudă emit decizii de impunere, titluri de creanță, cu caracter executoriu/imediat/decisiv pentru contribuabil. Asistăm, așadar, la o suprapunere de proceduri și competențe ale organelor „fiscale” care au aptitudinea „legală” de a emite decizii de impunere și care tind la neutralizarea drepturilor sau acțiunilor contribuabililor.

¹⁴ Mai exact „o faptă”, acțiunea aparținând unei persoane, dar la fel de adevărat este că putem utiliza și sintagma „un fapt”, în raport cu modul de generalizare și impersonalizare.

Repere jurisprudențiale privind regimul deducerii TVA

Case-law benchmarks regarding the VAT deduction regime

Judecător **Lucian Ioan GHERMAN***

Curtea de Apel Alba Iulia

Secția de contencios administrativ și fiscal

Abstract

In this paper the author presents decisions of the Court of Justice of the European Union and final decisions of the Alba Iulia Court of Appeal - Administrative and Fiscal Litigation Section, through which the principles resulting from the case-law of the European Union Court regarding the right of deduction in the VAT field were applied in concrete terms on the following aspects of practical interest: (i) determination of the taxable person - holder of the right of deduction in the case of the sale of apartments in the real estate complex built by an association without legal personality; (ii) the VAT adjustment for which the right of deduction was exercised, in case of ex officio cancellation of the VAT code; (iii) the adjustment/regularization of VAT for which the right of deduction was exercised in case these goods are scrapped, later sold as waste, respectively destroyed or eliminated; (iv) the same issue related to the adjustment/regularization of VAT for which the right of deduction was exercised in case these goods are destroyed.

Keywords: *Construction of a building complex by an association without legal personality, determination of the taxable person liable for the tax, right to deduct the input VAT, ex officio cancellation of the registration of a taxable person for VAT purposes, adjustment of the deduction initially made.*

Rezumat

În cuprinsul prezentei lucrări, autorul prezintă atât soluții mai recente ale Curții de Justiție a Uniunii Europene, cât și hotărâri definitive ale Curții de Apel Alba Iulia – Secția de contencios administrativ și fiscal prin care au fost aplicate în concret principiile rezultate din jurisprudența instanței unionale referitoare la dreptul de deducere în materia TVA cu privire la următoarele aspecte de interes practic: (i) determinarea persoanei impozabile – titulară a dreptului de deducere în cazul vânzării apartamentelor din complexul imobiliar construit de o asociație fără personalitate juridică; (ii) ajustarea TVA pentru care a fost exercitat dreptul de deducere, în cazul anulării din oficiu a codului de TVA; (iii) ajustarea/regularizarea TVA pentru care a fost exercitat dreptul de deducere în cazul

* lucian.gherman@just.ro

în care aceste bunuri sunt casate, vândute ulterior ca deșeuri, respectiv distruse sau eliminate; (iv) aceeași problemă legată de ajustarea/regularizarea TVA pentru care a fost exercitat dreptul de deducere în cazul în care aceste bunuri sunt distruse.

Cuvinte-cheie: construirea unui complex imobiliar de către o asociație fără personalitate juridică, determinarea persoanei impozabile obligate la plata taxei, dreptul de deducere a TVA, anulare din oficiu a înregistrării unei persoane impozabile în scopuri de TVA, ajustare a deducerii efectuate inițial.

Prezentare generală

Parte integrantă a mecanismului TVA, dreptul persoanelor impozabile de deducere a taxei a fost consacrat ca principiu fundamental al sistemului de TVA în jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene și recunoscut ca atare în jurisprudența instanțelor naționale iar mai târziu, în mod explicit, inclusiv prin legislația fiscală națională aplicabilă începând cu 01.01.2016¹.

În calitatea sa de unică autoritate competentă să interpreteze textele tratatelor și a celorlalte acte emise de autoritățile și instituțiile Uniunii Europene², incluzând aici și directivele emise în materia TVA, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a definit, prin hotărârile preliminare pronunțate la solicitarea instanțelor naționale, conținutul și limitele dreptului de deducere, condițiile de fond și de formă pentru exercitarea acestuia, respectiv obligațiile ce revin atât persoanei impozabile, cât și organului fiscal cu ocazia exercitării respectiv recunoașterii acestui drept sau condițiile de ajustare a acestuia. Aceste hotărâri, care se bucură de autoritatea de lucru interpretat, sunt obligatorii atât pentru instanțele statelor membre³, cât și pentru toate celelalte autorități ale statelor membre⁴ devenind veritabile repere în soluționarea litigiilor.

Însăși Curtea a arătat, în cuprinsul hotărârilor sale, modalitatea în care funcționează *mechanismul de cooperare* între ea și instanțele naționale.

Astfel, în cadrul procedurii prevăzute la art. 267 TFUE, întemeiată pe o separare clară a funcțiilor între instanțele naționale și Curte, instanța națională este singura competentă să

¹ Pct. 67 alin. (1) din Normele Metodologice de aplicare a Codului Fiscal aprobate prin H.G. 1/2016.

Dreptul persoanelor impozabile de a deduce taxa achitată sau datorată pentru bunurile/serviciile achiziționate destinate utilizării în scopul operațiunilor prevăzute la art. 297 alin. (4) din Codul fiscal constituie un principiu fundamental al sistemului de TVA (...).

² Potrivit art. 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene – TFUE (fost art. 234 TCE).

³ A se vedea Hotărârea CJUE din 28 martie 1995 (ECLI:EU:C:1995:85) pronunțată în cauza C-346/93, Kleinwort Benson, Ltd. **para. 24** –

<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99179&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2271512>

⁴ A se vedea Hotărârea CJUE din 7 ianuarie 2004 (ECLI:EU:C:2004:12) pronunțată în cauza C-201/02, Delena Wells, **para. 64 și 65** –

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48824&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2270688>.

constate și să *aprecieze situația de fapt din litigiul principal*. Curtea nu este competentă să *aplice normele de drept la o situație determinată*, întrucât art. 267 TFUE abilitează Curtea numai să se pronunțe cu privire la interpretarea tratatelor și a actelor adoptate de instituțiile Uniunii (ex. Hotărârea din 16 iunie 2022, *DuoDecad*, C-596/20, EU:C:2022:474, pct. 37 și jurisprudența citată).

Cel mult, Curtea poate, în cadrul procedurii prevăzute la art. 267 TFUE și într-un spirit de cooperare cu instanțele naționale, să furnizeze instanței de trimitere *indicațiile pe care le consideră necesare* (a se vedea în acest sens Hotărârea din 1 iulie 2008, *MOTOE*, C-49/07, EU:C:2008:376, pct. 30, și Hotărârea din 10 februarie 2022, *HR Rail*, C-485/20, EU:C:2022:85, pct. 46).

De altfel, în cuprinsul hotărârilor sale, Curtea prezintă inițial *principiile generale* aplicabile instituției supuse interpretării sale după care abordează *detaliile specifice* speței, indicând modalitatea de aplicare în concret a acestora.

Prin valoarea lor intrinsecă, atât principiile generale, cât și detaliile specifice au caracter de repere jurisprudențiale, fiind deosebit de utile în soluționarea problemelor de ordin fiscal atât în faza precontencioasă, cât și în cea de conflict juridic dedus judecării.

Pornind de la această concluzie, am ales ca în cuprinsul prezentei lucrări să prezint atât soluții mai recente ale Curții de Justiție a Uniunii Europene, cât și hotărâri definitive ale Curții de Apel Alba Iulia – Secția de contencios administrativ și fiscal prin care au fost aplicate în concret principiile rezultate din jurisprudența instanței unionale cu privire la următoarele aspecte de interes practic:

I) Determinarea persoanei impozabile – titulară a dreptului de deducere în cazul **vânzării apartamentelor din complexul imobiliar construit de o asociație fără personalitate juridică** – Hotărârea din 16 februarie 2023 pronunțată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza **C- 519/21** (ECLI:EU:C:2023:106), în procedura **ASA** împotriva **DGRFP Cluj**

II) Ajustarea TVA pentru care a fost exercitat dreptul de deducere

Relevantă sub acest aspect sunt **Ordonanța** din **02.05.2022** (ECLI:EU:C:2022:344) pronunțată de CJUE în cauza **C-627/21, H.S.**, precum și **Decizia nr. 496/2022** pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia – Secția de contencios administrativ și fiscal în dosar 1735/85/2019 (ECLI:RO:CAALB:2022:059.000496) prin care a fost soluționat dosarul în care a fost efectuată trimiterea preliminară prin care sunt analizate ajustarea TVA pentru care a fost exercitat dreptul de deducere, în cazul anulării din oficiu a codului de TVA, respectiv cerințe probatorii pentru exercitarea dreptului de deducere a TVA achitat pentru achiziții de materiale pentru finisări în cazul vânzării apartamentelor din complexul imobiliar construit de o persoană impozabilă.

III) Ajustarea/regularizarea TVA pentru care a fost exercitat dreptul de deducere în cazul în care aceste bunuri sunt casate, vândute ulterior ca deșeuri, respectiv distruse sau eliminate

Relevantă sub acest aspect este **Hotărârea din 4 mai 2023** pronunțată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza **C-127/22** (ECLI:EU:C:2023:381), „*Balgarska telekomunikatsionna kompania*” EAD împotriva Direktor na Direktsia „Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika” – Sofia.

IV) Aceeași problemă legată de *ajustarea/regularizarea* TVA pentru care a fost exercitat dreptul de deducere în cazul în care aceste bunuri sunt distruse a fost tratată prin **Decizia nr. 368/2023** (ECLI:RO:CAALB:2023:059.000368) pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia – Secția de contencios administrativ și fiscal în **dosar nr. 3355/97/2020**.

* * *

I) Determinarea *persoanei impozabile* – titulară a dreptului de deducere în cazul *vânzării apartamentelor* din complexul imobiliar construit de o *asociație fără personalitate juridică* – Hotărârea din 16 februarie 2023 pronunțată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza **C-519/21** (ECLI:EU:C:2023:106), în procedura **ASA împotriva DGRFP Cluj**

Starea de fapt fiscală

Surorile ASA și PP erau coproprietare ale unui teren în România.

La sfârșitul anului 2006, ele au încheiat un contract de asociere fără personalitate juridică cu BP și cu MB, alte două persoane fizice, în vederea construirii unui complex imobiliar compus din opt imobile rezidențiale cu 56 de apartamente, destinate vânzării către terți.

Contractul de asociere prevedea în special că BP și MB vor suporta împreună cheltuielile aferente construirii complexului imobiliar, iar în ceea ce privește beneficiile, ASA și PP vor beneficia de o cotă de 16,67 % fiecare, iar BP și MB, de 33 % fiecare.

În plus, potrivit contractului de asociere menționat, proiectarea, obținerea autorizațiilor de construire și a tuturor documentațiilor administrative necesare, îndeplinirea tuturor formalităților și a demersurilor necesare pentru înscrierea în cartea funciară a imobilelor și a apartamentelor, precum și vânzarea apartamentelor care urmau a fi construite făceau obiectul unor obligații comune.

În sfârșit, atât MB, cât și BP au beneficiat de un mandat din partea lui ASA și a lui PP pentru ca în numele și pe seama lor să transmită dreptul de proprietate pe care îl aveau asupra tuturor apartamentelor care urmau a fi construite.

După ce au fost construite, cele 56 de apartamente au fost înscrise în cartea funciară, în care figurau, în calitate de proprietare, respectiv de coproprietare ale apartamentelor menționate, fie ASA, fie PP, fie ASA și PP în cotă de ½ fiecare.

În perioada cuprinsă între 13 mai 2008 și 28 noiembrie 2008, au fost vândute 53 dintre aceste apartamente, dintre care 13 apartamente doar de către ASA, 14 apartamente doar de către PP și 26 de apartamente în coproprietate de către ASA și PP (dintre care 3 le-au fost vândute lui BP și MB).

În contractele de vânzare încheiate, doar ASA și PP figurau în calitate de proprietare ale bunurilor și nu se făcea nicio mențiune cu privire la BP și la MB. În plus, contractele respective nu cuprindeau nicio referire la TVA și nici la contractul de asociere încheiat.

În urma unei inspecții fiscale, autoritatea fiscală a emis, la 26 octombrie 2011, o decizie de impunere față de ASA, prin care a stabilit în sarcina acesteia plata sumei de 537.287 de

lei (RON) (aproximativ 109.000 de euro) cu titlu de TVA și de 482.269 de lei (RON) (aproximativ 9.000 de euro) cu titlu de dobânzi și penalități de întârziere.

Autoritatea fiscală a considerat că ASA a desfășurat în cursul anului 2008, singură sau împreună cu PP, o activitate economică în scopul obținerii de venituri, că, în special, vânzările încheiate în cadrul acestei activități reprezentau operațiuni supuse TVA și că, în consecință, ea intra în categoria persoanelor impozabile, în conformitate cu dreptul național. În plus, întrucât suma încasată de ASA și de PP în cursul vânzărilor în discuție a depășit plafonul de scutire de TVA prevăzut la art. 152 alin. (1) C. fisc., ASA și PP ar fi trebuit să se înregistreze în scopuri de TVA la 1 iulie 2008. Autoritatea fiscală a concluzionat astfel că ASA era obligată la plata TVA aplicabil vânzărilor menționate după această dată.

Pentru a ajunge la aceste concluzii, autoritatea fiscală s-a întemeiat pe contractul de asociere, acesta nefiind înregistrat în mod formal și nefiindu-i prezentat decât la începutul inspecției fiscale.

Contestația formulată de ASA împotriva acestei decizii de impunere a fost respinsă de autoritatea fiscală în anul 2012.

ASA a sesizat în primă instanță Curtea de Apel Cluj (România), instanța de trimitere, cu o acțiune având ca obiect, cu titlu principal, anularea deciziei de respingere a contestației și a deciziei de impunere.

*

A) Problema juridică – dacă, din punctul de vedere al TVA, *diferitele operațiuni aferente construirii unui complex imobiliar*, precum și vânzării apartamentelor construite, efectuate pe baza unui contract de asociere, trebuie să fie tratate ca **operațiuni distincte impozabile** separat sau ca **operațiuni unice alcătuite din mai multe elemente**.

Principii generale

Atunci când o operațiune este constituită dintr-un *fascicul de elemente și de acte*, trebuie luate în considerare toate împrejurările în care ea se desfășoară pentru a determina dacă această operațiune dă naștere, în scopuri de TVA, la două sau la mai multe prestații distincte sau la o prestație unică (Hotărârea din 4 septembrie 2019, *KPC Herning*, C-71/18, EU:C:2019:660, pct. 35 și jurisprudența citată).

Curtea a decis de asemenea că, pe de o parte, din art. 1 alin. (2) al doilea paragraf din Directiva TVA rezultă că *fiecare operațiune trebuie să fie considerată în mod normal ca distinctă și independentă* și că, pe de altă parte, operațiunea constituită dintr-o *singură prestație* pe plan economic *nu trebuie să fie descompusă în mod artificial* pentru a nu altera funcționalitatea sistemului de TVA (Hotărârea din 4 septembrie 2019, *KPC Herning*, C-71/18, EU:C:2019:660, pct. 36 și jurisprudența citată).

Prin urmare, în anumite împrejurări, *mai multe prestații distincte în mod formal*, care ar putea fi furnizate separat și dau naștere astfel, în mod individual, la impozitare sau la scutire, trebuie să fie considerate o *operațiune unică dacă nu sunt independente* (Hotărârea

din 4 septembrie 2019, *KPC Herning*, C-71/18, EU:C:2019:660, pct. 37 și jurisprudența citată).

O prestație trebuie considerată **unică** atunci când *două sau mai multe elemente* sau acte furnizate de persoana impozabilă sunt *atât de strâns legate între ele încât formează, în mod obiectiv, o singură prestație economică indivizibilă*, a cărei descompunere ar avea un caracter artificial. Situația este aceeași atunci când una sau mai multe prestații constituie prestația principală, iar cealaltă sau celelalte prestații constituie una sau mai multe prestații accesorii care fac obiectul aceluiași tratament fiscal precum prestația principală. În special, o prestație trebuie considerată ca fiind **accesorie** unei prestații principale atunci când ea constituie pentru clientelă nu un scop în sine, ci mijlocul de a beneficia în cele mai bune condiții de serviciul principal al prestatorului (Hotărârea din 4 septembrie 2019, *KPC Herning*, C-71/18, EU:C:2019:660, pct. 38 și jurisprudența citată).

Cu toate acestea, nu există o regulă absolută în ceea ce privește *determinarea întinderii unei prestații* din punctul de vedere al TVA și, în consecință, pentru a determina întinderea unei prestații, trebuie să se ia în considerare toate împrejurările în care se desfășoară operațiunea în discuție (Hotărârea din 4 septembrie 2019, *KPC Herning*, C-71/18, EU:C:2019:660, pct. 39 și jurisprudența citată).

În cadrul cooperării instituite în temeiul art. 267 TFUE, pentru a stabili dacă o operațiune comercială constituie mai multe prestații independente sau o prestație unică în scopuri de TVA, *revine instanței naționale sarcina de a identifica elementele caracteristice ale operațiunii în cauză*, ținând seama de obiectivul economic al acestei operațiuni și de interesul destinatarilor săi, și efectuând totodată toate aprecierile de fapt definitive în această privință [a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2018, *Volkswagen Financial Services (UK)*, C-153/17, EU:C:2018:845, pct. 32 și 33, precum și jurisprudența citată].

Detalii specifice

În speță, ASA și PP au contribuit la operațiunea menționată cu un teren pe care îl dețineau în cote de ½ fiecare, în timp ce BP și MP au furnizat materiale de construcție și au suportat, tot în cote de ½ fiecare, cheltuielile aferente construirii complexului menționat, inclusiv cheltuielile pentru obținerea documentelor administrative necesare. În consecință, BP și MB dispuneau de facturi emise pe numele lor pentru bunurile și serviciile achiziționate pentru construirea complexului în discuție în litigiul principal.

În conformitate cu contractul de asociere, vânzarea bunurilor imobile construite făcea parte din obligațiile comune ale părților contractante. Or, după cum reiese de asemenea din dosarul de care dispune Curtea, pe de o parte, potrivit contractelor de vânzare încheiate la notar, proprietarii bunurilor imobile în discuție în litigiul principal erau ASA și PP, fără ca în contracte să se facă vreo mențiune cu privire la BP și la MB ori la contractul de asociere. Pe de altă parte, BP și MB au acționat pe baza unui mandat care le permitea ca, în numele și pe seama lui ASA și al lui PP, să transmită dreptul de proprietate pe care ASA și PP îl aveau asupra apartamentelor în discuție unor persoane alese de aceștia și la prețul convenit cu cumpărătorul.

În măsura în care operațiunile aferente, pe de o parte, *construirii complexului imobiliar* în discuție în litigiul principal, precum și, pe de altă parte, *vânzării bunurilor imobile* par să aibă un caracter distinct, fiecare dintre acestea prezentând o caracteristică economică proprie care nu poate fi considerată ca fiind principală sau accesorie celeilalte, este necesar ca acestea să fie considerate **operațiuni distincte**, impozabile separat, aspect a cărui verificare revine însă instanței de trimitere în raport cu împrejurările de fapt din litigiul principal.

*

B) Problema juridică – dacă **art. 9 și 11** din **Directiva TVA** trebuie interpretate în sensul că *părțile la un contract de asociere fără personalitate juridică ce nu a fost înregistrat la autoritatea fiscală competentă înainte de începerea activității economice în cauză trebuie considerate „persoane impozabile”* alături de persoana impozabilă obligată să achite taxa pe operațiunea impozabilă.

Principii generale

În ceea ce privește, în primul rând, **art. 9 alin. (1)** din directiva menționată, trebuie amintit că această dispoziție definește noțiunea de „**persoană impozabilă**” ca fiind „*orice persoană care, în mod independent, desfășoară în orice loc orice activitate economică, indiferent de scopul sau rezultatele activității respective*”.

Potrivit unei jurisprudențe constante a Curții, termenii utilizați la art. 9 din Directiva TVA, în special formularea „*orice persoană*”, dau noțiunii de „persoană impozabilă” o *definiție largă, axată pe independența în desfășurarea unei activități economice*, în sensul că toate persoanele fizice sau juridice, atât publice, cât și private, precum și entități lipsite de personalitate juridică, dar care, *în mod obiectiv*, îndeplinesc criteriile care figurează în această dispoziție, trebuie considerate ca fiind impozabile în scopuri de TVA [Hotărârea din 16 septembrie 2020, *Valstybinė mokesčių inspekcija (Contract privind activitatea comună)*, C-312/19, EU:C:2020:711, pct. 39 și jurisprudența citată].

Pentru a stabili cine trebuie considerat, în împrejurări precum cele în discuție în cauza principală, ca fiind „persoană impozabilă” în scopuri de TVA pentru livrările în discuție, este necesar să se verifice *cine a exercitat în mod independent activitatea economică vizată*. Astfel, criteriul de independență privește problema *legăturii* operațiunii în cauză cu o persoană sau cu o entitate concretă, garantând totodată, în plus, că dobânditorul își poate exercita eventualul drept de deducere în mod sigur din punct de vedere juridic [Hotărârea din 16 septembrie 2020, *Valstybinė mokesčių inspekcija (Contract privind activitatea comună)*, C-312/19, EU:C:2020:711, pct. 40].

În acest scop, trebuie să se controleze dacă persoana în cauză desfășoară o activitate economică *în numele și pe seama sa și pe proprie răspundere*, precum și dacă suportă *riscul economic* legat de desfășurarea acestor activități [Hotărârea din 16 septembrie 2020, *Valstybinė mokesčių inspekcija (Contract privind activitatea comună)*, C-312/19, EU:C:2020:711, pct. 41 și jurisprudența citată].

În speță, revine în cele din urmă instanței naționale, singura competentă să aprecieze faptele, sarcina de a stabili, în lumina considerațiilor prezentate, dacă trebuie să se considere că *BP și MP desfășoară „în mod independent” o activitate economică* în raport cu contractul de asociere în discuție în litigiul principal.

Detalii specifice

Cu toate acestea, Curtea, chemată să furnizeze instanței de trimitere răspunsuri utile, *este competentă să dea indicații*, întemeiate pe dosarul cauzei principale în discuție, precum și pe observațiile scrise care i-au fost prezentate, de natură să îi permită acestuia din urmă să se pronunțe în litigiul concret cu care este sesizată (a se vedea prin analogie Hotărârea din 17 decembrie 2020, *WEG Tevesstraße*, C-449/19, EU:C:2020:1038, pct. 31).

În ceea ce privește **operațiunea impozabilă** în discuție în litigiul principal, și anume *livrarea bunurilor imobile*, este adevărat că *vânzarea apartamentelor* construite făcea parte, potrivit contractului de asociere, din *obligațiile comune* ale părților contractante.

Totuși, pe de o parte, contractele de vânzare încheiate la notar stipulau că beneficiul din vânzare urma să intre *în patrimoniul lui ASA și al lui PP*, în calitate de proprietare ale bunurilor imobile în discuție în litigiul principal, fără să se facă nicio mențiune în aceste contracte cu privire la BP și la MB ori cu privire la contractul de asociere.

Pe de altă parte, deși BP și MB acționau pe *baza unui mandat* care le permitea ca, în numele și pe seama lui ASA și al lui PP, să transmită dreptul de proprietate pe care acestea îl aveau asupra apartamentelor unor persoane alese de aceștia și la prețul convenit cu cumpărătorul, nu este mai puțin adevărat că efectele juridice ale contractelor de vânzare încheiate de unul dintre mandatarii cu un terț le priveau numai pe ASA și pe PP, întrucât livrarea bunurilor imobile se efectua doar în temeiul contractelor de vânzare, iar nu pe baza promisiunilor de vânzare încheiate de MB în nume propriu, în calitate de mandatar al lui ASA și al lui PP.

De aici rezultă că **nu** se poate considera, în ceea ce privește *livrarea bunurilor imobile*, că *BP și MB au desfășurat în mod independent o activitate economică*, în conformitate cu art. 9 alin. (1) din Directiva TVA, astfel încât ei **nu au calitatea** de „*persoană impozabilă*”, în sensul acestei dispoziții.

În al doilea rând, trebuie să se verifice dacă părțile la un contract de asociere precum cel în discuție în litigiul principal trebuie considerate ca fiind o **persoană impozabilă unică**, în sensul art. 11 din Directiva TVA.

Principii generale

În această privință, **art. 11** din Directiva TVA prevede la primul paragraf că *fiecare stat membru poate considera ca persoană impozabilă unică orice persoane stabilite pe teritoriul său care, fiind independente din punct de vedere juridic, sunt strâns legate între ele prin legături financiare, economice și organizaționale* și precizează la al doilea paragraf că *un stat membru care își exercită această opțiune poate adopta orice măsuri considerate necesare pentru prevenirea evaziunii fiscale sau a fraudei prin utilizarea acestei dispoziții*.

Prin această dispoziție, legiuitorul Uniunii a urmărit să permită statelor membre să nu asocieze în mod sistematic calitatea de *persoană impozabilă* cu noțiunea de „*independență*” pur juridică, fie în interesul simplificării administrative, fie pentru a evita anumite abuzuri precum, de exemplu, divizarea unei întreprinderi între mai multe persoane impozabile în scopul de a beneficia de un regim special (Hotărârea din 15 aprilie 2021, *Finanzamt für Körperschaften Berlin*, C-868/19, nepublicată, EU:C:2021:285, pct. 35 și jurisprudența citată).

Asimilarea cu o persoană impozabilă unică în temeiul art. 11 primul paragraf din Directiva TVA exclude ca persoanele subordonate să continue să depună separat declarații privind TVA și să fie identificate în continuare, atât în cadrul grupului, cât și în afara acestuia, ca persoane impozabile, dat fiind că numai persoana impozabilă unică este autorizată să depună declarațiile menționate (Hotărârea din 15 aprilie 2021, *Finanzamt für Körperschaften Berlin*, C-868/19, nepublicată, EU:C:2021:285, pct. 36 și jurisprudența citată).

Detalii specifice

În speță, guvernul român susține că legiuitorul național nu a exercitat opțiunea prevăzută pentru statele membre la art. 11 din Directiva TVA, astfel încât această dispoziție nu se aplică în litigiul principal. La rândul său, Comisia afirmă că, în temeiul dreptului român, până la data de 1 ianuarie 2009, posibilitatea de a forma un grup precum cel prevăzut la această dispoziție era deschisă doar marilor contribuabili, cu excluderea, așadar, a persoanelor fizice precum părțile la contractul de asociere în discuție în litigiul principal.

Trebuie amintit în această privință că, întrucât *Curtea nu este competentă să interpreteze dreptul național*, este de competența exclusivă a instanței de trimitere să stabilească dacă din modul de redactare a art. 125¹ alin. (18) și a art. 127 alin. (8) C. fisc., precum și a Hotărârii Guvernului nr. 44/2004, rezultă că legiuitorul român a exercitat respectiva opțiune și dacă, la data faptelor din litigiul principal, aceasta putea fi aplicabilă părților la contractul de asociere în cauză.

Presupunând că aceasta ar fi fost situația, *pentru a da un răspuns util instanței de trimitere*, Curtea trebuie să îi furnizeze elemente care să îi permită să aprecieze compatibilitatea legislației naționale în discuție în litigiul principal cu principiile proporționalității și neutralității fiscale.

Astfel, reiese din *jurisprudența Curții* că, în cadrul marjei lor de apreciere, statele membre pot supune aplicarea regimului prevăzut la art. 11 din Directiva TVA anumitor restricții, cu condiția ca ele să se încadreze în obiectivele acestei directive, care urmăresc prevenirea practicilor sau a comportamentelor abuzive ori combaterea fraudei sau a evaziunii fiscale, și ca dreptul Uniunii și principiile sale generale, în special principiile proporționalității și neutralității fiscale, să fie respectate (Hotărârea din 15 aprilie 2021, *Finanzamt für Körperschaften*, C-868/19, nepublicată, EU:C:2021:285, pct. 57 și jurisprudența citată).

Revine, așadar, instanței de trimitere sarcina de a verifica dacă *cerința unei declarații prealabile de înregistrare depuse de către membrii grupului fiscal* la autoritatea fiscală competentă, care figurează la pct. 4 alin. (5) din Hotărârea Guvernului nr. 44/2004,

constituie o *măsură necesară și adecvată* obiectivelor care urmăresc prevenirea practicilor sau a comportamentelor abuzive ori combaterea fraudei sau a evaziunii fiscale (a se vedea prin analogie Hotărârea din 15 aprilie 2021, *Finanzamt für Körperschaften Berlin*, C-868/19, nepublicată, EU:C:2021:285, pct. 58 și jurisprudența citată).

În ceea ce privește *principiul proporționalității*, trebuie constatat că o reglementare națională care impune înregistrarea membrilor grupului fiscal la autoritatea fiscală competentă înainte de desfășurarea operațiunilor impozabile *nu pare să depășească ceea ce este necesar* pentru atingerea obiectivului art. 11 din Directiva TVA, care vizează prevenirea practicilor sau a comportamentelor abuzive ori combaterea fraudei sau a evaziunii fiscale, *în măsura în care* permite administrației fiscale să identifice persoana impozabilă înainte de desfășurarea operațiunilor menționate, facilitând astfel controlul fiscal.

În ceea ce privește *principiul neutralității fiscale*, care reprezintă transpunerea de către legiuitorul Uniunii, în materie de TVA, a principiului general al egalității de tratament, acesta se opune în special posibilității ca operatori economici care efectuează aceleași operațiuni să fie tratați în mod diferit în materie de colectare a TVA (a se vedea în acest sens Hotărârea din 17 decembrie 2020, *WEG Tevesstraße*, C-449/19, EU:C:2020:1038, pct. 48 și jurisprudența citată, precum și Hotărârea din 15 aprilie 2021, *Finanzamt für Körperschaften Berlin*, C-868/19, nepublicată, EU:C:2021:285, pct. 65 și jurisprudența citată).

În speță, declararea prealabilă a grupului fiscal în cauză la autoritatea fiscală competentă, impusă de reglementarea națională în discuție în litigiul principal, pare să vizeze ținerea de către această autoritate a unui registru al persoanelor care trebuie să plătească impozitul pe venit sau pe profit, astfel încât această cerință *nu poate fi interpretată ca fiind contrară principiului neutralității fiscale*.

De aici rezultă că, chiar dacă dispozițiile dreptului național menționate la pct. 83 din prezenta hotărâre ar constitui transpunerea art. 11 din Directiva TVA și chiar dacă aceste dispoziții ar fi fost aplicabile părților la contractul de asociere în discuție în litigiul principal, acest art. 11 *nu s-ar opune* ca o astfel de asociere, fără personalitate juridică și care nu a fost înregistrată la autoritatea fiscală înainte de operațiunile în cauză, *să nu poată beneficia de dispozițiile menționate*.

Concluzia – art. 9 și 11 din Directiva TVA trebuie interpretate în sensul că *părțile la un contract de asociere fără personalitate juridică ce nu a fost înregistrat la autoritatea fiscală competentă înainte de începerea activității economice în cauză nu pot fi considerate „persoane impozabile” alături de persoana impozabilă care are obligația să achite taxa pe operațiunea impozabilă*.

*

C) Problema juridică – dacă Directiva TVA, precum și principiul proporționalității și principiul neutralității fiscale trebuie interpretate în sensul că impun să se acorde unei persoane impozabile, atunci când aceasta nu dispune de o factură pe numele său, dreptul de deducere a TVA achitat în amonte de o altă parte dintr-o asociere fără personalitate juridică în scopul desfășurării activității economice a acestei asocieri.

Principii generale

În ceea ce privește *condițiile de formă* ale dreptului de deducere, din cuprinsul art. 178 lit. a) din Directiva TVA reiese că exercitarea acestui drept este condiționată de deținerea unei facturi întocmite în conformitate cu articolul 226 din această directivă (Hotărârea din 21 noiembrie 2018, *Vădan*, C-664/16, EU:C:2018:933, pct. 40 și jurisprudența citată).

Or, Curtea a statuat că principiul fundamental al neutralității TVA impune ca deducerea TVA în amonte să fie acordată dacă sunt îndeplinite condițiile de fond, chiar dacă anumite condiții de formă au fost omise de persoanele impozabile. În consecință, administrația fiscală *nu poate refuza dreptul de deducere a TVA pentru simplul motiv că o factură nu îndeplinește condițiile impuse de art. 226 pct. 6 și 7 din Directiva TVA, în cazul în care dispune de toate informațiile pentru a verifica îndeplinirea condițiilor de fond referitoare la acest drept* (Hotărârea din 21 noiembrie 2018, *Vădan*, C-664/16, EU:C:2018:933, pct. 41 și jurisprudența citată).

Astfel, aplicarea strictă a cerinței de formă de a furniza facturi ar fi contrară principiilor neutralității și proporționalității întrucât ar avea drept efect să împiedice în mod disproporționat persoana impozabilă să beneficieze de neutralitatea fiscală aferentă operațiunilor sale (Hotărârea din 21 noiembrie 2018, *Vădan*, C-664/16, EU:C:2018:933, pct. 42 și jurisprudența citată).

Revine însă persoanei impozabile care solicită deducerea TVA sarcina de a dovedi că îndeplinește condițiile prevăzute pentru a beneficia de aceasta (Hotărârea din 21 noiembrie 2018, *Vădan*, C-664/16, EU:C:2018:933, pct. 43 și jurisprudența citată).

Astfel, *persoana impozabilă are obligația de a prezenta probe obiective* în sensul că i-au fost efectiv furnizate în amonte bunuri și servicii de către persoane impozabile, în scopul propriilor operațiuni supuse TVA și pentru care a achitat efectiv TVA (Hotărârea din 21 noiembrie 2018, *Vădan*, C-664/16, EU:C:2018:933, pct. 44 și jurisprudența citată).

Detalii specifice

În speță, BP și MB, care erau însărcinați cu construirea complexului imobiliar în discuție în litigiul principal, *dispun de facturile* emise pe numele lor pentru bunurile și serviciile achiziționate personal în scopul acestei operațiuni de construire, în sensul art. 168 lit. a) și al art. 178 lit. (a) din Directiva TVA, în timp ce ASA, care, împreună cu PP, a contribuit la asociere cu terenul pe care a fost construit complexul imobiliar menționat, *nu dispune decât de facturi emise pe numele său pentru servicii de energie electrică, precum și de bonuri fiscale pe care le-a prezentat ca fiind achitate de BP*.

Având în vedere jurisprudența Curții, *îi revine lui ASA obligația de a prezenta probe obiective* în sensul că i-au fost efectiv furnizate în amonte bunuri și servicii legate de construirea complexului imobiliar în discuție în litigiul principal de către persoane impozabile, în scopul propriilor operațiuni supuse TVA, și anume *livrarea bunurilor imobile*, și pentru care ea a achitat efectiv TVA, evitându-se astfel riscul unei duble deduceri a aceluiași quantum de TVA atât de către ASA, cât și de către BP și MB, contrară principiului neutralității.

Concluzia – Directiva TVA, precum și principiul proporționalității și principiul neutralității fiscale trebuie interpretate în sensul că **nu impun să se acorde** unei persoane impozabile, atunci când aceasta nu dispune de o factură pe numele său, **dreptul de deducere a TVA** achitat în amonte de o altă parte a unei asocieri fără personalitate juridică în scopul desfășurării activității economice a acestei asocieri, chiar dacă persoana impozabilă este obligată la plata TVA pentru această activitate, **în lipsa unor probe obiective** în sensul că bunurile și serviciile în cauză din litigiul principal i-au fost efectiv furnizate în amonte de către persoane impozabile, în scopul propriilor operațiuni supuse TVA.

* * *

II) Ajustarea TVA pentru care a fost exercitat dreptul de deducere

Relevantă sub acest aspect este **Ordonanța** din **02.05.2022** (ECLI:EU:C:2022:344) pronunțată de CJUE în cauza **C-627/21, H.S.**, precum și **Decizia nr. 496/2022** pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia – Secția de contencios administrativ și fiscal în dosar 1735/85/2019 (ECLI:RO:CAALB:2022:059.000496) prin care a fost soluționat dosarul în care a fost efectuată trimiterea preliminară prin care sunt analizate ajustarea TVA pentru care a fost exercitat dreptul de deducere, în cazul anulării din oficiu a codului de TVA, respectiv cerințe probatorii pentru exercitarea dreptului de deducere a TVA achitat pentru achiziții de materiale pentru finisări în cazul vânzării apartamentelor din complexul imobiliar construit de o persoană impozabilă.

Starea de fapt fiscală

Reclamantul din litigiul principal, care beneficia de regimul de impozitare prin opțiune din anul 2013, a achiziționat, fabricat, finalizat, construit sau transformat, în cursul anilor 2013 și 2014, un număr de 69 de imobile și și-a exercitat dreptul de deducere a TVA achitat în amonte pentru aceste operațiuni. La 1 februarie 2017, înregistrarea sa în scopuri de TVA a fost anulată din oficiu, pentru motivul că deconturile de TVA depuse pe două trimestre calendaristice consecutive nu menționau nicio operațiune supusă TVA. Începând de la 29 ianuarie 2018, reclamantul din litigiul principal a fost reînregistrat ca persoană impozabilă în scopuri de TVA.

În urma unei inspecții fiscale având ca obiect perioada cuprinsă între 1 ianuarie 2017 și 31 martie 2018, administrația competentă a refuzat deducerea TVA achitat în amonte de reclamantul din litigiul principal și i-a impus acestuia o ajustare a TVA dedus inițial, pentru motivul că persoana interesată a omis să efectueze ajustarea negativă corespunzătoare pentru imobilele aflate în stoc la data de 1 februarie 2017, dată la care organul fiscal anulasese din oficiu înregistrarea sa în scopuri de TVA.

*

Problemele de drept și soluția instanței

Problema juridică – Pretinsa încălcare a normelor de drept substanțial unional incidente, respectiv principiul neutralității fiscale în materie TVA și în special pct. 30 din preambul, art. 16, 167, 168 lit. a), 169, 174, 175, 213, 214, 273 din Directiva 2006/112/CE a Consiliului privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată, precum și jurisprudența CJUE (Hotărârea din cauza C-69/17 *Siemens Gamesa Renewable Energy România SRL vs ANAF*), în ceea ce privește respingerea capătului de cerere vizând nelegala stabilire a unui TVA suplimentar în cuantum de **64.498 lei**, reprezentând **ajustarea TVA dedusă inițial** aferentă unei baze de impunere de 5.374.841 lei sub aspectul că reclamantul ar fi omis să o efectueze pentru apartamentele și locurile de parcare aflate în stoc la data de 01.02.2017, dată la care organul fiscal a anulat din oficiu înregistrarea în scopuri de TVA

În cauză, Curtea de Apel Alba Iulia a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții de Justiție a Uniunii Europene următoarea întrebare preliminară:

„Principiul neutralității fiscale în materie de TVA, [precum și considerentul (30)] și art. 16, 184, [186-188] și 192 din Directiva [TVA] pot fi interpretate ca fiind compatibile cu reglementările naționale privind regularizarea taxei deductibile în cazul bunurilor de capital [în special art. 305 alin. (4) lit. a) [C. fisc.] [și] pct. 79 alin. (14) lit. b) din [Normele metodologice de aplicare a C. fisc.], prin raportare la art. 316 alin. (11) lit. e) C. fisc.], și cu practica administrației fiscale care aduce atingere deductibilității inițiale a TVA achitat pentru achiziția de bunuri de capital prin obligarea contribuabilului la ajustarea negativă a TVA deductibil pentru motivul că organul fiscal a anulat din oficiu înregistrarea sa în scopuri de TVA pentru o anumită perioadă pentru nederularea de activități economice, cât timp bunurile de capital nu au făcut obiectul unor prestări de servicii sau livrări de bunuri în perioada cuprinsă între anularea din oficiu și reînregistrarea sa în scopuri de TVA?”

Prin **Ordonanța din 02.05.2022** (ECLI:EU:C:2022:344) Curtea a răspuns în sensul că **art. 16, 184, 186-188 și 192 din Directiva 2006/112/CE** a Consiliului din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată **trebuie interpretate** în sensul că **se opun** unei reglementări și unei practici naționale care **obligă o persoană impozabilă**, a cărei **înregistrare** în scopuri de taxă pe valoarea adăugată (TVA) **a fost anulată** pentru o **perioadă determinată** din cauza neevidențierii unor operațiuni impozabile în deconturile sale de TVA depuse timp de șase luni consecutive, **să efectueze o regularizare a TVA dedus în amonte** în legătură cu achiziționarea unor bunuri de capital, **fără ca** respectiva persoană impozabilă **să fie autorizată să dovedească** faptul că **sunt îndeplinite condițiile de fond** pentru a putea beneficia de **dreptul de deducere**, pentru motivul că există o prezumție irefragabilă că persoana impozabilă a folosit aceste bunuri pentru alte scopuri decât activitățile economice.

Pentru a pronunța această soluție, Curtea a reținut următoarele:

23. (...), *principiul fundamental al neutralității TVA impune ca deducerea acestuia în amonte să fie acordată dacă cerințele de fond sunt îndeplinite, chiar dacă anumite cerințe de formă au fost omise de persoanele impozabile. Prin urmare, deși refuzul dreptului de deducere se poate justifica atunci când efectul încălcării cerințelor de formă constă în a împiedica probarea cu certitudine a faptului că cerințele de fond au fost îndeplinite, un astfel de refuz nu poate fi opus atunci când administrația competentă dispune de toate datele*

necesare pentru a stabili că cerințele de fond sunt îndeplinite (Hotărârea din 18 noiembrie 2021, Promexor Trade, C-358/20, EU:C:2021:936, pct. 34 și jurisprudența citată).

24. Pe de altă parte, înregistrarea în scopuri de TVA prevăzută la art. 214 din Directiva TVA, precum și **obligția persoanei impozabile de a declara când își începe, când își modifică sau când își încetează activitatea**, prevăzută la art. 213 din această directivă, nu constituie decât **cerințe de formă** în scopul controlului, care **nu pot** repune în discuție în special dreptul de deducere a TVA, în măsura în care sunt îndeplinite **condițiile materiale care dau naștere** acestui drept (Hotărârea din 18 noiembrie 2021, Promexor Trade, C-358/20, EU:C:2021:936, pct. 35 și jurisprudența citată).

25. Curtea a statuat astfel că o persoană impozabilă în scopuri de TVA nu poate fi împiedicată să își exercite dreptul de deducere pentru motivul că nu ar fi înregistrată în scopuri de TVA înainte de a utiliza bunurile dobândite în cadrul activității sale taxate (Hotărârea din 9 iulie 2015, Salomie și Oltean, C-183/14, EU:C:2015:454, pct. 61, precum și jurisprudența citată).

26. Desigur, art. 167-169 și 179, art. 213 alin. (1), art. 214 alin. (1) și art. 273 din Directiva TVA nu se opun unei reglementări naționale care permite administrației fiscale să îi refuze unei persoane impozabile dreptul de deducere a TVA atunci când se stabilește că, din cauza neîndeplinirii obligațiilor care i se reproșează acesteia din urmă, administrația fiscală nu a putut să dispună de datele necesare pentru a stabili că sunt îndeplinite cerințele de fond care dau dreptul de deducere a TVA achitat în amonte de persoana impozabilă menționată sau că aceasta din urmă a acționat în mod fraudulos pentru a putea beneficia de dreptul respectiv (Hotărârea din 18 noiembrie 2021, Promexor Trade, C-358/20, EU:C:2021:936, pct. 37 și jurisprudența citată).

27. Cu toate acestea, marja de apreciere recunoscută statelor membre pentru a lupta împotriva fraudei și a abuzurilor nu este nelimitată. Astfel, deși este adevărat că statele membre au un interes legitim să ia măsurile adecvate pentru a proteja interesele lor financiare și a lupta împotriva fraudei, a evaziunii fiscale, precum și a eventualelor abuzuri și deși ele pot, așadar, la fel de legitim, să prevadă, conform art. 273 primul paragraf din Directiva TVA, măsuri apte să împiedice utilizarea abuzivă a numerelor de înregistrare, în special de către întreprinderi a căror activitate și, în consecință, a căror calitate de persoană impozabilă ar fi pur fictive, aceste măsuri nu trebuie să depășească ceea ce este necesar pentru colectarea corectă a taxei și pentru evitarea evaziunii și nu trebuie să repună în discuție în mod sistematic dreptul de deducere a TVA și, prin urmare, neutralitatea acestei taxe (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 martie 2013, Ablesio, C-527/11, EU:C:2013:168, pct. 28 și 30, precum și Hotărârea din 18 noiembrie 2021, Promexor Trade, C-358/20, EU:C:2021:936, pct. 41).

28. Or, Curtea a statuat deja că faptul că o administrație fiscală condiționează, întemeindu-se pe legislația națională, dreptul de deducere a TVA de respectarea unor obligații de formă, precum înregistrarea în scopuri de TVA, fără a lua în considerare cerințele de fond, și instituie o prezumție irefragabilă în sarcina persoanei impozabile care o împiedică pe aceasta din urmă să facă dovada că sunt îndeplinite cerințele respective depășește ceea ce este necesar pentru a asigura colectarea corectă a taxei (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 18 decembrie 1997, Molenheide și alții, C-286/94, C-340/95, C-401/95 și C-47/96, EU:C:1997:623, pct. 52, Hotărârea din 12 noiembrie 2020, ITH Comercial Timișoara, C-734/19, EU:C:2020:919, pct. 39 și jurisprudența citată, precum și Hotărârea din 20 mai 2021, ALTI, C-4/20, EU:C:2021:397, pct. 39).

Soluția instanței

Aplicând în concret principiile enunțate anterior, Curtea de Apel a observat că, din perspectiva reclamantului, **au fost îndeplinite condițiile de fond** pentru a putea beneficia de **dreptul de deducere**, aspect recunoscut și de organul de inspecție fiscală prin raportul întocmit în cauză (p. 10), întrucât reclamantul a și beneficiat de dreptul de deducere pe perioada relevantă în discuție. De altfel aceasta a fost și premisa de la care s-a plecat atunci când s-a determinat suma cu care trebuia ajustat TVA dedus inițial.

Pe de altă parte, condițiile **de fond** pentru a putea beneficia de **dreptul de deducere** au subzistat și după anularea codului de TVA, întrucât reclamantul a folosit bunurile imobile pentru activitățile economice și nu în alte scopuri.

Astfel, așa cum rezultă din Raportul de Inspecție Fiscală, în perioada de referință, reclamantul recurent a realizat operațiuni taxabile, constând în închirierea a 6 apartamente, din care a obținut venituri, colectând și declarând TVA aferent.

Pe de altă parte, pentru apartamentele și locurile de parcare existente în stoc la data de 01.02.2017, organul de inspecție fiscală nu a reținut că reclamantul recurent le-ar fi folosit pentru *alte scopuri decât activitățile economice*, aplicarea dispozițiilor art. 305 alin. (4) lit. a) pct. 1 C. fisc. – Legea nr. 227/2015 având la bază o interpretare a sa în strânsă legătură cu cerința formală a anulării codului de TVA. Însă din perspectiva cerințelor de fond nu au existat derogări de la regimul utilizării bunurilor exclusiv pentru activități economice.

Pornind de la aceste constatări și realizând aplicarea dispozițiilor din **Ordonanța CJUE din 02.05.2022** (ECLI:EU:C:2022:344), Curtea de Apel a reținut că instanța de fond a făcut o greșită aplicare a prevederilor legale incidente, dispozițiile art. 305 alin. (4) lit. a) pct. 1 C. fisc. – Legea nr. 227/2015 impunându-se a fi interpretate prin prisma art. 16, 184, 186-188 și 192 din Directiva 2006/112/CE a Consiliului din 28 noiembrie 2006 privind sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată. Astfel, în condițiile în care, pentru perioada în care *cerința formală* a existenței codului valid de TVA **nu** a mai fost îndeplinită însă regimul bunurilor pentru care a fost dedus TVA nu a suferit modificări, *cerința de fond* a deductibilității TVA *fiind îndeplinită* în continuare, **nu se impune ajustarea** TVA dedus inițial, astfel că măsura contrară dispusă de organul fiscal apare a fi în contradicție cu normele unionale.

* * *

III) Ajustarea/regularizarea TVA pentru care a fost exercitat dreptul de deducere în cazul în care aceste bunuri sunt casate, vândute ulterior ca deșeuri, respectiv distruse sau eliminate

Relevante sub acest aspect sunt **Hotărârea din 4 mai 2023** pronunțată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza **C-127/22** (ECLI:EU:C:2023:381), „*Balgarska telekomunikatsionna kompania*” EAD împotriva *Direktor na Direktsia „Obzhalvane i*

danachno-osiguritelna praktika” – Sofia, precum și **Decizia nr. 368/2023** (ECLI:RO:CAALB:2023:059.000368) pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia – Secția de contencios administrativ și fiscal în **dosar nr. 3355/97/2020** prin care au fost aplicate în concret principiile din hotărârea CJUE.

Cauza C-127/22 – Starea de fapt fiscală

BTK este o societate de drept bulgar care își desfășoară activitatea în domeniul telecomunicațiilor. Aceasta este supusă la plata TVA pentru activitățile sale, care constau în special în furnizarea de servicii de telecomunicații. În scopul desfășurării activităților sale, aceasta achiziționează diverse bunuri de capital, precum și, în vederea revânzării, aparate de comunicații mobile și diverse echipamente necesare sau accesorii pentru utilizarea serviciilor pe care le furnizează. TVA plătit cu ocazia acestor achiziții face obiectul unor deduceri.

În perioada cuprinsă între luna octombrie 2014 și luna decembrie 2017, BTK a casat diferite bunuri, precum instalații, echipamente sau aparate cu privire la care considera că deveniseră improprii utilizării sau vânzării din diverse motive, în special uzura, caracterul defectuos sau chiar caracterul uzat moral sau inadecvat al acestora. Aceste casări au fost realizate cu respectarea reglementării naționale aplicabile. Ele au constat, în mod concret, în radierea din bilanțul societății a bunurilor în cauză. Apoi unele dintre aceste bunuri au fost vândute ca deșeuri unor întreprinderi terțe impozabile, iar altele au fost distruse sau eliminate.

Operațiunile de casare menționate au determinat regularizări care implică restituirea TVA dedus în amonte aferent bunurilor în cauză. Aceste regularizări au fost executate în temeiul art. 79 alin. (3) din ZDDS, în versiunea sa anterioară, între anul 2014 și anul 2016, și în temeiul art. 79 alin. (1) din ZDDS, începând cu 1 ianuarie 2017.

La 18 ianuarie 2019, BTK a introdus o cerere de rambursare a sumelor plătite în cadrul regularizărilor menționate. Cu această ocazie, ea a susținut că art. 79 alin. (1) din ZDDS și art. 79 alin. (3) din ZDDS în versiunea sa anterioară erau incompatibile cu art. 185 alin. (2) din Directiva TVA.

Această cerere de rambursare a fost respinsă printr-o decizie a inspectorului general pentru impozite din cadrul Direcției teritoriale a Agenției Naționale a Veniturilor Publice „mari contribuabili și asigurători”, adoptată la 5 decembrie 2019. Această decizie a fost confirmată printr-o decizie din 18 februarie 2020 a directorului Direcției „Contestații și practici fiscale și în materie de securitate socială” din Sofia.

De asemenea, acțiunea în justiție introdusă de BTK împotriva acestei din urmă decizii la Administrativen sad Sofia grad (Tribunalul Administrativ din Sofia, Bulgaria) a fost respinsă prin hotărârea din 18 mai 2021. Această instanță a arătat că o casare a bunurilor putea să nu dea naștere unei regularizări, conform art. 80 alin. (2) din ZDDS, în măsura în care una dintre condițiile prevăzute de această dispoziție este îndeplinită, ceea ce nu era cazul.

Împotriva acestei hotărâri a fost formulat recurs la Varhoven administrativen sad (Curtea Administrativă Supremă, Bulgaria), care este instanța de trimitere.

A) Problema juridică – dacă art. 185 alin. (1) din Directiva TVA trebuie interpretat în sensul că *o casare a unui bun*, cu privire la care persoana impozabilă a considerat că a devenit inutilizabil în cadrul activităților sale economice obișnuite, urmată de vânzarea acestui bun ca deșeu, care a fost supusă TVA, *constituie o „modificare a factorilor utilizați la stabilirea sumei de dedus”*, în sensul acestei dispoziții.

Principii generale

Mecanismul de regularizare prevăzut la art. **184-186** din Directiva TVA face parte integrantă din regimul de deducere a TVA pe care îl instituie această directivă (Hotărârea din 17 iulie 2014, *BCR Leasing IFN*, C-438/13, EU:C:2014:2093, pct. 32 și jurisprudența citată).

În ceea ce privește acest regim de deducere, rezultă din art. 168 din Directiva TVA că *persoana impozabilă, în măsura în care acționează în această calitate în momentul dobândirii bunului și utilizează bunul în scopul operațiunilor taxabile, este autorizată să deducă TVA datorat sau achitat pentru bunul respectiv* (Hotărârea din 22 martie 2012, *Klub*, C-153/11, EU:C:2012:163, pct. 36 și jurisprudența citată).

Obiectivul regimului de deducere menționat este să degreveze în întregime întreprinzătorul de sarcina TVA datorat sau achitat în cadrul tuturor activităților sale economice. Astfel, sistemul comun al TVA încearcă să garanteze perfecta neutralitate în ceea ce privește sarcina fiscală corespunzătoare tuturor activităților economice, indiferent de finalitatea sau de rezultatele acestora, cu condiția ca activitățile menționate să fie, în principiu, ele însele supuse TVA (Hotărârea din 17 octombrie 2018, *Ryanair*, C-249/17, EU:C:2018:834, pct. 23 și jurisprudența citată).

În ceea ce privește *eventuala incidență asupra deducerilor a unor evenimente survenite ulterior* acestora, trebuie amintit că *utilizarea* care este dată bunurilor sau serviciilor ori care este avută în vedere pentru acestea *determină întinderea deducerii inițiale* la care are dreptul persoana impozabilă și *întinderea eventualelor regularizări* în perioadele următoare (Hotărârea din 17 septembrie 2020, *Stichting Schoonzicht*, C-791/18, EU:C:2020:731, pct. 25 și jurisprudența citată).

Astfel, regulile stabilite prin Directiva TVA în materia regularizării urmăresc să crească precizia deducerilor pentru a se asigura neutralitatea TVA, astfel încât operațiunile efectuate într-un stadiu anterior să dea naștere în continuare dreptului de deducere numai în măsura în care servesc la furnizarea unor prestații supuse unei astfel de taxe. Prin regulile menționate, această directivă are astfel ca obiectiv să mențină un raport strâns și direct între dreptul de deducere a TVA achitat în amonte și utilizarea bunurilor sau a serviciilor în cauză în vederea unor operațiuni impozitate în aval (Hotărârea din 10 octombrie 2013, *Pactor Vastgoed*, C-622/11, EU:C:2013:649, pct. 34 și jurisprudența citată).

În sfârșit, în ceea ce privește *nașterea unei eventuale obligații de regularizare a deducerii* TVA achitat în amonte, articolul 185 alineatul (1) din Directiva TVA stabilește regula potrivit căreia o astfel de regularizare trebuie să fie efectuată în special atunci când, după întocmirea declarației privind TVA, apar modificări ale factorilor utilizați la stabilirea acestei sumei de dedus.

Detalii specifice

În speță, din decizia de trimitere rezultă că bunurile în cauză au fost în cele din urmă *vândute* de persoana impozabilă în cadrul unor *operațiuni taxabile*. Prin urmare, este necesar să se constate că este îndeplinită condiția care permite aplicarea și *menținerea dreptului de deducere* întrucât aceste bunuri au fost utilizate în cadrul unor activități economice supuse TVA. Această aplicare și această menținere sunt de altfel necesare pentru a asigura neutralitatea fiscală, care constituie obiectivul pe care îl urmărește sistemul comun al TVA prin intermediul regimului de deducere.

În această privință, este lipsit de relevanță faptul că *vânzarea de deșeuri nu face parte din activitățile economice obișnuite ale persoanei impozabile* care efectuează o asemenea vânzare sau că valoarea realizării bunurilor în cauză este redusă în raport cu valoarea lor inițială, ca urmare a faptului că sunt vândute ca deșeuri, sau că, din același motiv, natura lor inițială a fost modificată.

În măsura în care bunurile sunt utilizate în cadrul unor activități economice supuse TVA, regimul de deducere privește toate activitățile economice ale unei persoane impozabile, indiferent de finalitatea sau de rezultatele acestora. De altfel, trebuie arătat că Curtea a avut deja în vedere, pentru a considera că nu era necesară regularizarea deducerilor, faptul că *deșeurile provenite din imobile achiziționate sub regimul de deducere a TVA și ulterior parțial demolate fuseseră revândute* în cadrul unor operațiuni impozitate în aval (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2012, *TETS Haskovo*, C-234/11, EU:C:2012:644, pct. 35).

Prin urmare, astfel de împrejurări nu sunt de natură să determine o întrerupere a relației strânse și directe dintre dreptul de deducere a TVA achitat în amonte cu ocazia achiziționării bunurilor în cauză și utilizarea acestora pentru operațiuni impozitate în aval, în sensul jurisprudenței citate la pct. 29 din prezenta hotărâre.

Concluzia: art. 185 alin. (1) din Directiva TVA trebuie interpretat în sensul că o *casare a unui bun*, cu privire la care persoana impozabilă a considerat că a devenit inutilizabil în cadrul activităților sale economice obișnuite, urmată de vânzarea acestui bun ca deșeu, care a fost supusă TVA, **nu constituie o „modificare a factorilor utilizați la stabilirea sumei de dedus”, în sensul acestei dispoziții.**

*

B) Problema juridică – dacă art. 185 din Directiva TVA trebuie interpretat în sensul că o *casare a unui bun*, cu privire la care persoana impozabilă a considerat că devenise inutilizabil în cadrul activităților sale economice obișnuite, urmată de *distrugerea voluntară* a acestui bun, constituie o „*modificare a factorilor utilizați la stabilirea sumei de dedus*”, în sensul alin. (1) al acestui articol, și, în cazul unui răspuns afirmativ, dacă o casare a bunului respectiv în astfel de împrejurări constituie o „*distrugere demonstrată sau confirmată în mod corespunzător*” sau o „*pierdere demonstrată sau confirmată în mod corespunzător*”, în sensul alin. (2) al articolului menționat, deși nu este vorba despre un eveniment independent de voința acestei persoane impozabile și pe care aceasta nu ar fi putut nici să îl prevadă, nici să îl împiedice.

Principii generale

În primul rând, trebuie constatat că *distrugerea* unui bun determină în mod necesar dispariția oricărei posibilități de a-l utiliza în cadrul unor operațiuni taxabile (a se vedea prin analogie Hotărârea din 4 octombrie 2012, *PIGI*, C-550/11, EU:C:2012:614, pct. 35).

Prin urmare, acest fapt determină o *întrerupere a relației strânse* și directe dintre *dreptul de deducere* a TVA achitat în amonte și *utilizarea bunului* în cauză pentru operațiuni impozitate în aval și *constituie, așadar, o „modificare* a factorilor utilizați la stabilirea sumei de dedus”, în sensul art. 185 alin. (1) din Directiva TVA. Acest lucru este de altfel confirmat de menționarea, la alin. (2) al acestui articol, a distrugerii printre posibilele excepții de la obligația de regularizare.

În al doilea rând, în ceea ce privește semnificația și sfera de aplicare a termenilor „*distrugere*” și „*pierdere*” în sensul art. 185 alin. (2) din Directiva TVA, în lipsa unei definiții, acestea trebuie stabilite conform sensului obișnuit al acestor termeni în limbajul curent, ținând seama în același timp printre altele de contextul în care sunt utilizați (a se vedea în acest sens Hotărârea din 22 aprilie 2021, *Austrian Airlines*, C-826/19, EU:C:2021:318, pct. 22 și jurisprudența citată).

În limbajul curent, termenul „*distrugere*” desemnează acțiunea de a strica profund un obiect, de a-l face să dispară prin demolare, de a-l face să nu mai existe. Termenul „*pierdere*”, atunci când se referă la un bun, vizează, la rândul său, faptul de a fi privat de un bun a cărui proprietate sau folosință o avea cineva. Rezultă de aici că *pierderea unui bun nu poate decurge dintr-o acțiune voluntară a proprietarului sau a posesorului său, în timp ce acest lucru nu este exclus în cazul distrugerii*.

În ceea ce privește contextul în care se înscriu **excepțiile** prevăzute la art. 185 alin. (2) primul paragraf din Directiva TVA și obiectivul acestora, trebuie arătat că o dispoziție care prevede excepții similare era inserată anterior în art. 20 alin. (1) lit. b) din A șasea directivă 77/388/CEE a Consiliului din 17 mai 1977 privind armonizarea legislațiilor statelor membre referitoare la impozitele pe cifra de afaceri – sistemul comun al taxei pe valoarea adăugată: baza unitară de evaluare (JO 1977, L 145, p. 1). Lucrările pregătitoare referitoare la această din urmă dispoziție indică faptul că, prin aceste excepții, legiuitorul comunitar considerase necesar, în cazul dispariției unui bun care a dat naștere la deducerea TVA în amonte, să limiteze obligația de regularizare la cazurile de *dispariție nejustificată*, astfel încât să se evite ca o pierdere de natură fiscală să se poată adăuga pierderii economice atunci când se face dovada distrugerii, a pierderii sau a furtului.

Din aceste indicații rezultă că ipotezele de *distrugere, de pierdere sau de furt* prevăzute la art. 185 alin. (2) din Directiva TVA corespund unor cazuri de *pierdere economică* suferită, dar și că apariția acestor cazuri trebuie *demonstrată sau confirmată în mod corespunzător*, în temeiul primului paragraf al acestei dispoziții.

Detalii specifice

În speță, din moment ce distrugerea bunurilor în cauză a rezultat dintr-o intervenție a persoanei impozabile, este necesar să se considere că este vorba despre o „*distrugere*”, iar nu despre o „*pierdere*”, în sensul art. 185 alin. (2) din Directiva TVA.

În plus, nu rezultă nici din textul acestei dispoziții, nici din lucrările pregătitoare care pot fi considerate pertinente că distrugerea unui bun trebuie să fie total independentă de voința persoanei impozabile. Astfel, nu se poate exclude că, în anumite ipoteze, distrugerea menționată presupune o intervenție voluntară a acesteia.

Aceasta este situația în special în cazul distrugerii unui bun decise în urma constatării faptului că acesta a devenit impropriu utilizării sale în cadrul activităților economice obișnuite ale persoanei impozabile. În această privință, trebuie amintit că luarea în considerare a realității economice și comerciale constituie un criteriu fundamental pentru aplicarea sistemului comun al TVA (Hotărârea din 22 noiembrie 2018, *M.E.O. – Serviços de Comunicações e Multimédia*, C295/17, EU:C:2018:942, pct. 43, precum și jurisprudența citată).

Cu toate acestea, pentru a intra sub incidența art. 185 alin. (2) din Directiva TVA, distrugerea unui bun care face parte din patrimoniul persoanei impozabile trebuie demonstrată sau confirmată în mod corespunzător și *poate fi luată în considerare numai distrugerea unui bun decisă ca urmare a pierderii obiective a utilității acestui bun* în cadrul activităților economice obișnuite ale persoanei impozabile, aspect a cărui verificare revine instanței de trimitere.

În rest, în măsura în care instanța de trimitere evocă de asemenea faptul că anumite bunuri care au dat naștere regularizărilor în discuție în litigiul principal au fost „eliminate”, îi revine de asemenea sarcina de a verifica dacă împrejurările care sunt vizate în mod concret de acest termen corespund dispariției ireversibile a acestor bunuri. Astfel, trebuie să se considere că unele moduri de eliminare a unui bun, precum depozitarea ca deșeu a acestuia, conduc la „distrugerea” sa, în sensul art. 185 alin. (2) primul paragraf din Directiva TVA, din moment ce determină în mod concret dispariția ireversibilă a acestui bun.

Concluzia: art. 185 din Directiva TVA trebuie interpretat în sensul că **o casare a unui bun, cu privire la care persoana impozabilă a considerat că devenise inutilizabil în cadrul activităților sale economice obișnuite, urmată de distrugerea voluntară a acestui bun, constituie o „modificare a factorilor utilizați la stabilirea sumei de dedus”, în sensul alin. (1) al acestui articol. Cu toate acestea, o asemenea situație constituie o „distrugere”, în sensul alin. (2) primul paragraf al articolului menționat, independent de caracterul său voluntar, astfel încât această modificare nu generează o obligație de regularizare, cu condiția ca această distrugere să fie demonstrată sau confirmată în mod corespunzător și ca bunul respectiv să fi pierdut în mod obiectiv orice utilitate în cadrul activităților economice ale persoanei impozabile. Eliminarea demonstrată în mod corespunzător a unui bun trebuie asimilată distrugerii sale în măsura în care implică în mod concret dispariția ireversibilă a acestui bun.**

*

C) Problema juridică – dacă art. 185 din Directiva TVA trebuie interpretat în sensul că se opune unor dispoziții de drept național care prevăd *regularizarea TVA dedus în amonte* cu ocazia achiziționării unui bun atunci când acesta *a fost casat*, persoana impozabilă considerând că *devenise inutilizabil* în cadrul activităților sale economice obișnuite,

independent de faptul că, ulterior, acest bun a făcut obiectul unei vânzări supuse TVA sau al unei distrugerii ori eliminări demonstrate sau confirmate în mod corespunzător.

Având în vedere ansamblul considerațiilor care au motivat răspunsurile la primele patru întrebări, astfel de dispoziții naționale sunt incompatibile cu art. 185 alin. (1) și alin. (2) primul paragraf din Directiva TVA.

De altfel, distrugerea unui bun nu este unul dintre cazurile în care art. 185 alin. (2) al doilea paragraf din această directivă permite statelor membre să impună totuși regularizarea deducerilor.

Concluzia: *art. 185 din Directiva TVA trebuie interpretat în sensul că **se opune** unor dispoziții de drept național care prevăd regularizarea TVA dedus în amonte cu ocazia achiziționării unui bun atunci când acesta a fost casat, persoana impozabilă considerând că a devenit inutilizabil în cadrul activităților sale economice obișnuite și, ulterior, acest bun fie a făcut obiectul unei vânzări supuse TVA, fie a fost distrus sau eliminat într-un mod care implică în mod concret dispariția sa ireversibilă, **cu condiția ca** această distrugere să fie demonstrată sau confirmată în mod corespunzător și ca bunul respectiv să își fi pierdut în mod obiectiv orice utilitate în cadrul activităților economice ale persoanei impozabile.*

*

D) Ajustarea/regularizarea TVA pentru care a fost exercitat dreptul de deducere în cazul în care aceste bunuri sunt distruse tratată prin **Decizia nr. 368/2023** (ECLI:RO:CAALB:2023:059.000368) pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia – Secția de contencios administrativ și fiscal în **dosar nr. 3355/97/2020**

Starea de fapt

Înundațiile din data de 15.03.2013 au afectat o zonă a depozitului unde sunt depozitate mărfurile persoanei impozabile, respectiv 1.200 tone textile second-hand și 115 tone încălțăminte second-hand, fără ca societatea să prezinte acte doveditoare certe și credibile din care să rezulte cauzele incidentului (calamități naturale, forța majoră etc.), și că, oricum, asigurarea condițiilor de depozitare intră în sarcina societății.

Procesul-verbal de constatare și evaluare a pagubelor nr. 1/18.03.2013 este semnat de membrii comisiei iar cu privire la unii dintre ei organele fiscale au stabilit că „nu aveau calitatea de salariați ai firmei”.

În plus, se reține că „nu au fost prezentate autorizații de mediu prin care să se poată proba că bunurile se pot distruge prin ardere și locul unde se poate face aceasta din depozit”, de asemenea că „nu au fost prezentate contracte de asigurare a mărfurilor din depozit”.

Astfel, organele de inspecție fiscală, au stabilit TVA suplimentar în sumă totală de 384.948 lei, reținând ca temei de drept prevederile art. 148 alin. (1) lit. c), alin. (2) lit. a) (2) din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal cu modificările și completările ulterioare și ale art. 148 alin. 2 lit. b), pct. 53 din Hotărârea Guvernului nr. 44/2004.

Soluția instanței

Instanța de control judiciar a reținut că prima instanță a făcut o corectă aplicare a dispozițiilor de drept material.

În conformitate cu **art. 148 alin. (1) lit. c)** V.C.F., *deducerea inițială se ajustează în următoarele cazuri:*

c) persoana impozabilă își pierde dreptul de deducere a taxei pentru bunurile mobile nelivrate și serviciile neutilizate în cazul unor evenimente precum modificări legislative, modificări ale obiectului de activitate, alocarea de bunuri/servicii pentru operațiuni care dau drept de deducere și, ulterior, alocarea acestora pentru realizarea de operațiuni care nu dau drept de deducere, bunuri lipsă din gestiune.

Potrivit **alin. (2)**, *nu se ajustează deducerea inițială a taxei în cazul: a) bunurilor distruse, pierdute sau furate, în condițiile în care aceste situații sunt demonstrate sau confirmate în mod corespunzător de persoana impozabilă. În cazul bunurilor furate, persoana impozabilă demonstrează furtul bunurilor pe baza actelor doveditoare emise de organele judiciar.*

Potrivit **pct. 53 alin. (10)** din Normele metodologice în sensul art. 148 alin. (2) lit. a) C. fisc., *persoana impozabilă nu are obligația ajustării taxei deductibile în cazul bunurilor distruse, pierdute sau furate, în condițiile în care aceste situații sunt demonstrate sau confirmate în mod corespunzător, în situații cum ar fi, de exemplu, următoarele, dar fără a se limita la acestea: a) calamitățile naturale și cauzele de forță majoră, demonstrate sau confirmate în mod corespunzător; d) bunurile de natura stocurilor degradate calitativ, care nu mai pot fi valorificate, caz în care nu se fac ajustări ale taxei deductibile dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții: degradarea calitativă a bunurilor se datorează unor cauze obiective dovedite cu documente, se face dovada că bunurile au fost distruse.*

Alin. (11) stabilește că *obligația de a demonstra sau confirma în mod corespunzător că bunurile au fost distruse, pierdute sau furate, în sensul art. 148 alin. (2) lit. a) C. fisc. revine persoanei impozabile. În situația în care organele de inspecție fiscală nu consideră suficiente dovezile furnizate de persoana impozabilă, acestea pot obliga persoana respectivă să efectueze ajustarea taxei. Conform principiului proporționalității, organele fiscale nu pot solicita persoanei impozabile mai mult decât ceea ce este necesar pentru dovedirea incidentului care a condus la pierderea, distrugerea sau furtul bunului, astfel încât sarcina persoanei impozabile să nu devină practic imposibilă sau extrem de dificilă.*

Prin urmare, pentru a nu proceda la ajustarea TVA în cazul bunurilor distruse, societatea trebuie să dețină documente care să ateste faptul că degradarea calitativă este generată de cauze obiective și documente care fac dovada distrugerii bunurilor.

În legătură cu distrugerea bunurilor, Legea nr. 211/2011 privind regimul deșeurilor (în vigoare în perioada care a făcut obiectul inspecției fiscale) stabilește măsurile necesare pentru protecția mediului și a sănătății populației, prin prevenirea sau reducerea efectelor adverse determinate de generarea și gestionarea deșeurilor și prin reducerea efectelor generale ale folosirii resurselor și creșterea eficienței folosirii acestora.

Eliminarea deșeurilor este reglementată la art. 19 din act normativ.

Astfel, producătorii de deșeuri și deținătorii de deșeuri *au obligația să supună deșeurile care nu au fost valorificate unei operațiuni de eliminare în condiții de siguranță, care îndeplinește cerințele art. 20.*

Operatorii economici autorizați din punctul de vedere al protecției mediului pentru activitatea de eliminare a deșeurilor au următoarele obligații: a) să asigure eliminarea în totalitate a deșeurilor care le sunt încredințate; b) să folosească cele mai bune tehnici disponibile și care nu implică costuri excesive pentru eliminarea deșeurilor; c) să amplaseze și să amenajeze instalația de eliminare a deșeurilor într-un spațiu și în condiții stabilite de autoritățile teritoriale pentru protecția mediului competente; d) să introducă în instalația de eliminare numai deșeurile menționate în autorizația emisă de autoritățile competente și să respecte tehnologia de eliminare aprobată de acestea.

Eliminarea deșeurilor în afara spațiilor autorizate în acest scop este interzisă.

Din interpretarea acestor dispoziții legale rezultă că eliminarea deșeurilor nu se poate realiza decât în condițiile și de către operatorii economici care îndeplinesc condițiile prevăzute de această lege (sunt autorizați din punctul de vedere al protecției mediului pentru această activitate).

Prin urmare, faptul distrugerii deșeurilor deținute de reclamantă nu poate fi dovedit decât prin prezentarea unui document care să fie emis de un operator economic autorizat în activitatea de eliminare a deșeurilor, astfel că procesul-verbal întocmit de reclamantă cu ocazia distrugerii bunurilor prin mijloace proprii nu constituie un mijloc de probă adecvat în această situație pentru a face dovada condiției distrugerii, fiind în mod corect înlăturat de prima instanță.

Aceste concluzii sunt în acord și cu decizia CJUE în cauza C-127/22. În această speță Curtea a confirmat *obligația contribuabilului de a documenta în mod corespunzător acțiunea de distrugere și de a demonstra că bunurile și-au pierdut orice utilitate în activitățile sale economice (paragr. 44, 46 și 48).*

Curtea, în acord cu instanța de fond, reține că nu este dovedită nici condiția ca degradarea bunurilor să se datoreze unei cauze obiective în condițiile în care în decizia de soluționare a contestației s-a reținut că din Adresa Administrației Bazinale de Apă Mureș – Sistemul de Gospodărire a Apelor Hunedoara, înregistrată la DGRFP Timișoara sub nr. 5780/05.03.2020 rezultă că în perioada 11 martie-17 martie 2013 nu au fost raportate la SGA Hunedoara inundații pe zona Hațeg, iar probele prezentate de reclamantă nu pot conduce la înlăturarea acestei probe (reclamanta a prezentat un articol de presă care face referire la inundațiile care au avut loc în Valea Jiului, în localități aflate la 50 km de localitatea Hațeg, unde se afla depozitul societății).

Concluzia

Curtea constată ca fiind nefondate criticile reclamantei, aceasta având avea obligația de a ajusta TVA pentru bunurile distruse în conformitate cu prevederile art. 185 din Directiva 2006/112/CE și cu cele ale art. 148 alin. (1) lit. c), alin. (2) lit. a) (2) din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal și ale art. 148 alin. (2) lit. b), pct. 53 din Hotărârea Guvernului nr. 44/2004.

Reguli de simplificare pentru operațiunile intracomunitare

Simplification rules for intra-Community transactions

Cadru didactic asociat **Mariana VIZOLI***
Academia de Studii Economice

Abstract

The book “TVA de la A la Z - Ghid practic” (“VAT from A to Z – Practical Guide”), the 2nd edition, revised and updated, was published by Hamangiu Publishing House in 2023, being launched at an event organized on June 29, 2023 by the Chamber of Tax Consultants and Hamangiu Publishing House.

The “VAT from A to Z – Practical Guide” volume was designed as a step-by-step guide for the reader throughout the VAT mazes. This volume represents a clear analysis, in line with the Fiscal Code and the related rules of implementation, in the context of the European legislation and of the recent and relevant case-law of the Court of Justice of the European Union (over 100 fragments of case-law).

This book represents a construction based, first of all, on the author's many years of practice.

Keywords: *triangular operations, intra-Community supplies of goods, intra-Community acquisitions of goods, subsequent domestic supply, resale.*

Rezumat

Cartea „TVA de la A la Z – Ghid practic”, ediția a 2-a revizuită și actualizată, a apărut la Editura Hamangiu în anul 2023, fiind lansată în cadrul unui eveniment organizat pe data de 29 iunie 2023 de Camera Consultanților Fiscali și Editura Hamangiu.

Volumul „TVA de la A la Z – Ghid practic” a fost gândit ca un îndrumar, o călăuză care să-l poarte pe cititor, pas cu pas, prin toate hățișurile TVA. Acest volum reprezintă o analiză clară, pe firul Codului fiscal și al normelor metodologice de aplicare, în contextul legislației europene și al practicii recente și relevante a Curții de Justiție a Uniunii Europene (peste 100 de fragmente de jurisprudență).

Cartea aceasta reprezintă o construcție fundamentată, înainte de orice, pe experiența multor ani de practică a autoarei.

Cuvinte-cheie: *operațiuni triunghiulare, livrări intracomunitare de bunuri, achiziții intracomunitare de bunuri, livrare locală ulterioară, revânzare.*

* marvizada2013@gmail.com

Redăm în continuare un extras din Cartea „TVA de la A la Z – Ghid practic”, ediția a 2-a revizuită și actualizată, cu privire la operațiunile triunghiulare.

Operațiuni triunghiulare

Deși măsurile de simplificare pentru operațiunile triunghiulare se referă și la locul unde este declarată livrarea intracomunitară efectuată de cumpărătorul-revânzător, dar și la locul achiziției intracomunitare de bunuri, am ales tratarea acestora în cadrul acestui capitol dedicat locului livrării de bunuri.

Directiva TVA prevede la art. 141 măsuri de simplificare în cazul *operațiunilor triunghiulare*, pentru a evita înregistrarea în scopuri de TVA în alt stat membru a unui operator economic care face doar operațiunea ce constă în cumpărarea de bunuri dintr-un stat membru și revânzarea lor în alt stat membru, fără ca bunurile să tranziteze statul membru din care acesta comunică codul de TVA, bunurile fiind transportate direct din statul furnizorului în statul beneficiarului livrării.

În cazul operațiunilor triunghiulare, există un singur transport intracomunitar, dar două tranzacții comerciale, livrarea intracomunitară fiind declarată, practic, de două ori în VIES, o dată de primul furnizor, în statul membru de unde începe transportul, iar a doua oară de către cumpărătorul-revânzător, în statul membru din care acesta comunică un *cod de TVA*, dar cu *cod T*^[1].

În legislația națională regăsim prevederi referitoare la operațiunile triunghiulare la art. 268 alin. (8) lit. b) C. fisc., pct. 3 alin. (13) și (14) din norme și art. 307 alin. (4) C. fisc.

Art. 268 alin. (8) lit. b) C. fisc.: b) achiziția intracomunitară de bunuri, efectuată în cadrul unei operațiuni triunghiulare, pentru care locul este în România în conformitate cu prevederile art. 276 alin. (1), atunci când sunt îndeplinite următoarele condiții:

1. achiziția de bunuri este efectuată de către o persoană impozabilă, denumită cumpărător revânzător, care nu este stabilită în România, dar este înregistrată în scopuri de TVA în alt stat membru;

2. achiziția de bunuri este efectuată în scopul unei livrări ulterioare a bunurilor respective în România, de către cumpărătorul revânzător prevăzut la pct. 1;

3. bunurile astfel achiziționate de către cumpărătorul revânzător prevăzut la pct. 1 sunt expediate sau transportate direct în România, dintr-un alt stat membru decât cel în care cumpărătorul revânzător este înregistrat în scopuri de TVA, către persoana căreia urmează să îi efectueze livrarea ulterioară, denumită beneficiarul livrării ulterioare;

4. beneficiarul livrării ulterioare este o altă persoană impozabilă sau o persoană juridică neimpozabilă, înregistrată în scopuri de TVA în România;

5. beneficiarul livrării ulterioare a fost desemnat în conformitate cu art. 307 alin. (4) ca persoană obligată la plata taxei pentru livrarea efectuată de cumpărătorul revânzător prevăzut la pct. 1;

^[1] Codul T înseamnă operațiune triunghiulară.

Pct. 3 alin. (13) și (14) norme: (13) În scopul aplicării prevederilor art. 268 alin. (8) lit. b) din Codul fiscal, relația de transport al bunurilor din primul stat membru în România trebuie să existe între furnizor și cumpărătorul revânzător, oricare dintre aceștia putând fi responsabil pentru transportul bunurilor, în conformitate cu condițiile Incoterms sau în conformitate cu prevederile contractuale. Dacă transportul este realizat de beneficiarul livrării ulterioare, nu sunt aplicabile măsurile de simplificare pentru operațiuni triumphiulare. Obligațiile ce revin beneficiarului livrării ulterioare, dacă România este al treilea stat membru:

a) să plătească taxa aferentă livrării efectuate de cumpărătorul revânzător care nu este stabilit în România, indiferent dacă este sau nu înregistrat în scopuri de TVA în România, în conformitate cu prevederile art. 307 alin. (4) și art. 326 alin. (1) sau (2) din Codul fiscal, după caz;

b) să înscrie achiziția efectuată în rubricile alocate achizițiilor intracomunitare de bunuri din decontul de taxă prevăzut la art. 323 sau art. 324 din Codul fiscal, precum și în declarația recapitulativă prevăzută la art. 325 din Codul fiscal.

(14) În cazul operațiunilor triumphiulare efectuate în condițiile art. 268 alin. (8) lit. b) din Codul fiscal, dacă România este al doilea stat membru al cumpărătorului revânzător și acesta a transmis furnizorului din primul stat membru codul său de înregistrare în scopuri de TVA acordat conform art. 316 din Codul fiscal, cumpărătorul revânzător trebuie să îndeplinească următoarele obligații:

a) să emită factura prevăzută la art. 319 din Codul fiscal, în care să fie înscrise codul său de înregistrare în scopuri de TVA în România și codul de înregistrare în scopuri de TVA din al treilea stat membru al beneficiarului livrării;

b) să nu înscrie achiziția intracomunitară de bunuri care ar avea loc în România ca urmare a transmiterii codului de înregistrare în scopuri de TVA acordat conform art. 316 din Codul fiscal în declarația recapitulativă privind achizițiile intracomunitare, prevăzută la art. 325 din Codul fiscal, aceasta fiind neimpozabilă. În decontul de taxă aceste achiziții se înscriu la rubrica rezervată achizițiilor neimpozabile;

c) să înscrie livrarea efectuată către beneficiarul livrării din al treilea stat membru în rubrica rezervată livrărilor intracomunitare de bunuri scutite de taxă a decontului de taxă și în declarația recapitulativă prevăzută la art. 325 din Codul fiscal următoarele date:

1. codul de înregistrare în scopuri de TVA, din al treilea stat membru, al beneficiarului livrării;

2. codul T în rubrica corespunzătoare;

3. valoarea livrării efectuate.

Art. 307 alin. (4) C. fisc (4) Taxa este datorată de persoana impozabilă sau persoana juridică neimpozabilă, înregistrată în scopuri de TVA conform art. 316 sau 317, care este beneficiarul unei livrări ulterioare efectuate în cadrul unei operațiuni triumphiulare, în următoarele condiții:

1. cumpărătorul revânzător al bunurilor să nu fie stabilit în România, să fie înregistrat în scopuri de TVA în alt stat membru și să fi efectuat o achiziție intracomunitară a acestor bunuri în România, care nu este imposibilă conform art. 268 alin. (8) lit. b); și

2. bunurile aferente achiziției intracomunitare, prevăzute la pct. 1, să fi fost transportate de furnizor sau de cumpărătorul revânzător ori de altă persoană, în contul furnizorului sau al cumpărătorului revânzător, dintr-un stat membru, altul decât statul în care cumpărătorul revânzător este înregistrat în scopuri de TVA, direct către beneficiarul livrării; și

3. cumpărătorul revânzător să îl desemneze pe beneficiarul livrării ulterioare ca persoană obligată la plata taxei pentru livrarea respectivă.

Sintetizând prevederile aplicabile *operațiunilor triunghiulare*, acestea presupun următoarele premise:

i) sunt trei părți implicate, respectiv trei operatori economici care au câte un cod de TVA din state membre diferite ale UE (de exemplu, A cu cod de TVA din SM1, B, cu cod de TVA din SM2 și C cu cod de TVA din SM3);

ii) au loc două livrări în lanț (A către B și B către C), dar are loc un sigur transport intracomunitar al bunurilor din SM1 în SM3, organizat (asumat) ori de A ori de B; dacă C ar organiza transportul, nu s-ar mai aplica nicio măsură de simplificare pentru operațiuni triunghiulare²;

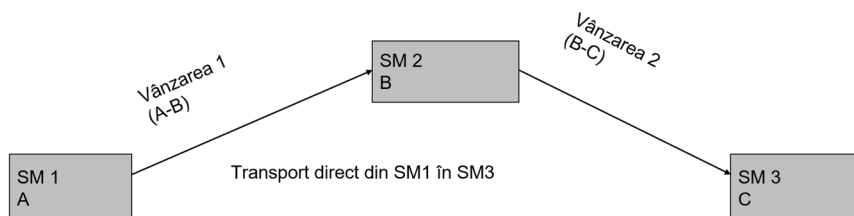
iii) furnizorul A din SM1 livrează bunurile către B din SM2; A este furnizorul din cadrul unei operațiuni triunghiulare care trebuie să justifice scutirea de TVA pentru livrarea intracomunitară a bunurilor, inclusiv cu dovada transportului bunurilor din SM1 în SM3; pe factura emisă A va înscrie la beneficiar pe B cu codul său de TVA din SM2;

iv) B, este cumpărătorul-revânzător în cadrul operațiunii triunghiulare; ca urmare a măsurilor de simplificare B nu va declara drept achiziție intracomunitară imposibilă în SM2 pe baza facturii emise de A (ar fi avut această obligație dacă nu era o operațiune triunghiulară ca urmare a aplicării rețelei de siguranță); livrarea efectuată de la B (SM2) către C (SM3) nu este o operațiune intracomunitară, *ci este considerată o livrare locală în SM3*, pentru care beneficiarul C este obligat la plata TVA, astfel cum rezultă și din prevederile art. 307 alin. (4); totuși, datorită măsurilor de simplificare și C declară o achiziție intracomunitară în SM3, fiind doar o ficțiune fiscală în acest caz. Întrucât B se consideră că a realizat doar o livrare locală în SM3, nu este supus obligațiilor privind justificarea scutirii pentru livrarea intracomunitară de bunuri în SM2, deși ca o *ficțiune fiscală* declară LIC cu cod T în SM2 din care a comunicat cod de TVA furnizorului.

² În cazul în care transportul ar fi organizat de C, în relația A-B nu ar mai exista un transport intracomunitar, acesta fiind alocat pe relația B-C; ca urmare, livrarea de la A către B ar fi calificată drept o livrare locală cu TVA, B ar avea obligația să fie înregistrat în SM 1 de unde ar trebui să declare o livrare intracomunitară de bunuri, iar C ar realiza și ar declara o achiziție intracomunitară de bunuri obișnuită în SM3.

Operațiuni triunghiulare – prezentare schematică:

Operațiuni triunghiulare – premisele aplicării



– 3 persoane impozabile cu cod de TVA din trei SM diferite: A – furnizor, B – cumpărător revânzător, C – beneficiar final;

– 2 vânzări succesive: A – B și B – C;

– 1 transport efectiv direct din SM1 în SM3, organizat ori de A ori de B.

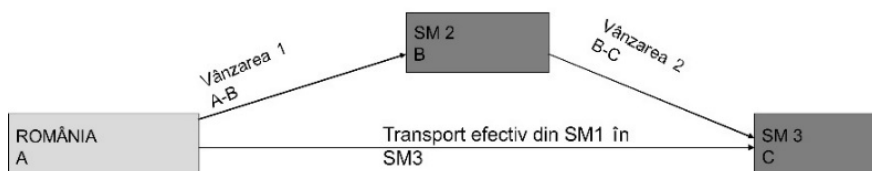
SM1: Livrarea de la A către B: A declară o livrare intracomunitară scutită de TVA, menționând în declarația recapitulativă codul de TVA furnizat de B din SM2. B nu declară AIC în SM2, această achiziție fiind considerată neimpozabilă conform art. 268 alin. (8) lit. b) C. fisc.

SM2: Livrarea de la B la C: B declară o livrare intracomunitară cu cod T în declarația recapitulativă în SM2, menționând codul de TVA al lui C din SM3. Pe factură B va menționa că este o operațiune triunghiulară și că persoana obligată la plata TVA este C.

SM3: Deși teoretic livrarea de la B către C este considerată o livrare locală în SM3, C va declara o achiziție intracomunitară de bunuri în SM3. Datorită măsurilor de simplificare, B nu este obligat să se înregistreze în scopuri de TVA în SM3, acolo unde se termină transportul și unde are loc achiziția intracomunitară ca urmare a livrării efectuate de A și nici nu va trebui să factureze cu TVA livrarea locală către C.

Prezentarea situației în care România este SM1 în cazul unei *operațiuni triunghiulare*:

Operațiuni triunghiulare – Relația contractuală de transport între A și B – Simplificare (RO SM 1)



Relația contractuală de transport între A și B, respectiv transportul este organizat de A sau de B.

Livrarea intracomunitară (LIC) efectuată de A în România este scutită de TVA, dacă se îndeplinesc condițiile prevăzute la art. 294 alin. (2) lit. a) și (2¹):

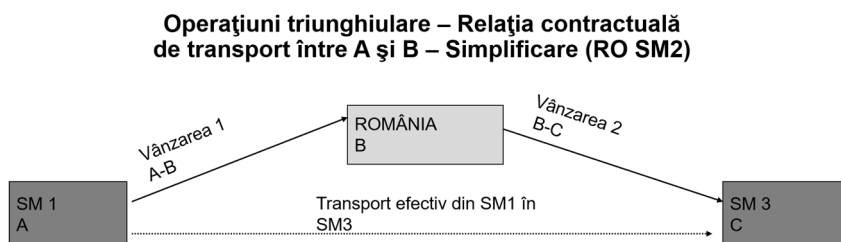
- bunurile sunt transportate din România în alt SM (SM3) de către A sau B;
- B îi comunică lui A un cod valid de TVA din SM 2;

A va declara o livrare intracomunitară în decontul de TVA și în declarația recapitulativă, menționând codul de TVA al lui B din SM2.

Dacă transportul este organizat de B, A trebuie să se asigure că B nu a transmis la rândul său lui C sarcina de a organiza transportul, caz în care nu s-ar mai aplica măsurile de simplificare, întrucât tranzacția între A și B ar rămâne o relație fără transport și nu ar mai fi aplicabilă scutirea pentru livrarea intracomunitară; relevantă în acest caz este decizia CJUE în cauza C-628/16, *Kreuzmayr*^[3], prezentată la secțiunea dedicată scutirilor de TVA. Nici măsurile de simplificare pentru livrările în lanț prevăzute de art. 275 alin. (9) C. fisc. nu sunt aplicabile dacă transportul este organizat (asumat) de către C.

Operațiunile triunghiulare sunt *livrări în lanț* și datorită dificultăților de a stabili pe ce relație este alocat transportul, atunci când acesta nu este organizat de primul furnizor, ci de cumpărătorul-revânzător, Directiva TVA s-a modificat începând cu 1 ianuarie 2020, pentru a stabili criterii clare de alocare a transportului, acestea fiind prevăzute la art. 275 alin. (9)-(11) C. fisc. De asemenea, corelativ s-a modificat și Regulamentul (UE) 282/2011 prin Regulamentul (UE) 2018/1912, stabilindu-se anumite prezumții pentru a determina cum justifică operatorul economic *transportul intracomunitar al bunurilor* atunci când realizează o livrare intracomunitară de bunuri. Aceste modificări vor fi analizate la secțiune dedicată scutirilor de TVA pentru operațiuni în lanț și pentru livrări intracomunitare de bunuri.

Situația în care România este SM2 în cazul unei *operațiuni triunghiulare*:



Relația contractuală de transport între A și B, respectiv transportul este organizat de A sau de B.

– B (cumpărătorul-revânzător) comunică furnizorului A codul de TVA din România. Potrivit jurisprudenței CJUE, chiar dacă B ar fi identificat în scopuri de TVA în SM1, dar fără să

³ CJUE, cauza C-628/16, *Kreuzmayr GmbH c. Finanzamt Linz*, Hotărârea din 21 februarie 2018, EU:C:2018:84.

fie stabilit, măsurile de simplificare s-ar aplica, dar cu condiția să nu comunice acest cod furnizorului A, ci un cod de TVA dintr-un alt SM. O problemă legată de legislația națională se referă la faptul că din art. 276 alin. (5) C. fisc. și din normele de aplicare ale art. 268 alin. (8) ar rezulta că un cumpărător revânzător din România trebuie să fie înregistrat numai conform art. 316, pentru a fi aplicabile măsurile de simplificare. Totuși, o persoană înregistrată conform art. 317 C. fisc. are un cod valabil de TVA în relația intracomunitară, furnizorul A din SM1 va percepe că i s-a furnizat un cod valabil de TVA și va scuti livrarea intracomunitară către B; de asemenea C din SM3 va percepe pe B ca pe o persoană înregistrată cu un cod valabil de TVA și va considera că este persoană obligată la plata TVA pentru livrarea efectuată de B. Datorită acestor probleme este necesară o modificare legislativă pe viitor, pentru a permite și persoanelor înregistrate conform art. 317 să aplice măsuri de simplificare pentru operațiuni triunghiulare atunci când sunt cumpărător-revânzător.

– Prin aplicarea măsurilor de simplificare, pe baza facturii emise de A către B nu are loc o AIC imposibilă în România [art. 268 alin. (8) lit. b)].

– Cumpărătorul-revânzător din România (B) declară în decontul de TVA o LIC scutită de TVA, iar în declarația recapitulativă va insera litera T.

Măsura de simplificare presupune că deși nu începe transportul din România, totuși B va declara în România o LIC, dar cu cod T și nu va fi obligat să se înregistreze în scopuri de TVA în SM3, acolo unde se termină transportul (unde teoretic ar fi avut loc achiziția intracomunitară a bunurilor) și nici să facă o livrarea locală cu TVA în SM3, C fiind persoana obligată la plata TVA.

Pe factura emisă, B va înscrie că C este persoana obligată la plata TVA.



Exemplu. Compania *MKG* din România încheie un contract cu firma *KLM* din Italia pentru achiziția din Italia a unor utilaje agricole. Conform contractului, organizarea transportului cade în sarcina firmei *KLM* din Italia.

Transportul utilajelor agricole se face din Italia în Grecia, unde vor fi vândute de firma *MKG* către un cumpărător din Grecia, firma *Athena*.

Toate cele trei firme sunt înregistrate în scopuri de TVA. *KLM* din Italia declară o livrare intracomunitară scutită în Italia către firma *MKG* din România (are dovada transportului intracomunitar din Italia în Grecia, transportul fiind pe relația *KLM – MKG*, iar *MKG* a comunicat codul său de TVA din România). *MKG* nu declară în România o achiziție intracomunitară, fiind o achiziție intracomunitară neimposibilă, dar va emite factură către firma *Athena*, pe care va menționa că aceasta din urmă este obligată la plata TVA, iar această a doua livrare a bunurilor va fi declarată în România ca o livrare intracomunitară (în fapt este doar o livrare locală în Grecia); în declarația recapitulativă se va menționa indicativul T de la „triunghiulară”. Firma *Athena* din Grecia va declara în Grecia o achiziție intracomunitară de bunuri pe baza facturii emise de firma *MKG* din România.

Din jurisprudența CJUE în materia operațiunilor triumphiulare, redăm în continuare câteva considerații din dispozitivul unei cauze relevante în materie, care oferă indicii prețioase cu privire la modul de aplicare a măsurilor de simplificare:



Cauza C-580/16, *Hans Buhler KG*⁴. 27. Articolul 141 din Directiva TVA prevede un regim derogatoriu de la regula – prevăzută la art. 2 alin. (1) lit. (b) din Directiva TVA – potrivit căreia achizițiile intracomunitare de bunuri efectuate cu titlu oneros pe teritoriul unui stat membru sunt supuse TVA-ului.

28. Articolul 141 menționat stabilește condițiile cumulative în care fiecare stat membru adoptă măsuri specifice pentru a se asigura că TVA-ul nu este aplicat achizițiilor intracomunitare de bunuri pe teritoriul său, realizate în conformitate cu art. 40 din Directiva TVA, și anume atunci când acesta este statul membru de destinație a expedierii sau a transportului intracomunitar.

29. Printre aceste condiții, art. 141 lit. (a) din Directiva TVA impune ca achiziția de bunuri să fie efectuată de o persoană impozabilă care nu este stabilită în statul membru de destinație a expedierii sau a transportului intracomunitar, dar care este identificată în scopuri de TVA în alt stat membru.

30. Articolul 141 lit. (b) din Directiva TVA adaugă că achiziția bunurilor este efectuată în scopul unei livrări ulterioare a bunurilor respective, în statul membru în cauză, de către persoana impozabilă prevăzută la art. 141 lit. (a) din Directiva TVA.

31. Articolul 141 lit. (c) din Directiva TVA, singura dispoziție din acest articol la care se referă întrebările instanței de trimitere, impune ca bunurile care fac obiectul achiziției intracomunitare în discuție să fie expediate sau transportate direct, dintr-un alt stat membru decât cel în care persoana impozabilă este identificată în scopuri de TVA, persoanei căreia aceasta urmează să îi efectueze livrarea ulterioară.

32. Această din urmă dispoziție stabilește condiția referitoare la statul membru de plecare a transportului intracomunitar pentru ca achiziția intracomunitară să poată beneficia de măsura de simplificare prevăzută la art. 141 din Directiva TVA.

33. Potrivit unei jurisprudențe constante, în ceea ce privește interpretarea unei dispoziții de drept al Uniunii, trebuie să se țină seama nu numai de termenii utilizați de aceasta, ci și de contextul său și de obiectivele urmărite de reglementarea din care face parte (*a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 19 septembrie 2000, Germania/Comisia, C-156/98, EU:C:2000:467, pct. 50, și Hotărârea din 26 iulie 2017, Jafari, C-646/16, EU:C:2017:586, pct. 73*).

34. În această privință, modul de redactare a art. 141 lit. (c) din Directiva TVA ar putea, în sine, să lase să se înțeleagă că, întrucât bunurile în discuție în litigiul principal au fost expediate în Republica Cehă din Germania, iar Firma Hans Buhler deținea un număr german de identificare în scopuri de TVA, aceștia din urmă ar trebui să i se refuze beneficiul scutirii de TVA.

⁴ CJUE, cauza C-580/16, Hotărârea din 18 aprilie 2018, EU:C:2018:261.

35. Cu toate acestea, după cum arată Comisia Europeană în observațiile sale scrise, din contextul art. 141 lit. (c) din Directiva TVA, precum și din obiectivele acestei directive reiese că condiția prevăzută de această dispoziție desemnează un alt stat membru decât cel în care cumpărătorul este identificat în scopuri de TVA pentru achiziția specifică pe care o realizează.

36. În această privință, în contextul celorlalte dispoziții ale Directivei TVA, art. 141 lit. (c) din Directiva TVA trebuie interpretat, pe de o parte, în raport cu faptul că, dacă statul membru de plecare a transportului ar fi de asemenea cel în care cumpărătorul este identificat în scopuri de TVA pentru achiziția bunurilor care fac obiectul transportului, aceasta ar însemna că operațiunea respectivă a avut loc în acest stat membru și nu poate fi calificată drept „operațiune intracomunitară” în sensul art. 20 primul paragraf din Directiva TVA. În acest caz, art. 141 din Directiva TVA, referitor la achizițiile intracomunitare, nu ar fi aplicabil.

37. Pe de altă parte, după cum a arătat avocatul general la pct. 70 din concluzii, art. 141 lit. (c) din Directiva TVA trebuie să fie interpretat în lumina articolelor 42 și 265 din această directivă, care precizează și completează condițiile de aplicare a măsurii de simplificare prevăzute la art. 141 din Directiva TVA. În această privință, trebuie notat că art. 265 din Directiva TVA vizează statul membru care a atribuit cumpărătorului numărul de identificare în scopuri de TVA pe baza căruia acesta și-a efectuat achizițiile.

38. Rezultă de aici că, atunci când un cumpărător este identificat în scopuri de TVA în mai multe state membre, numai numărul de identificare în scopuri de TVA sub care a efectuat achiziția intracomunitară trebuie să fie luat în considerare pentru a se aprecia dacă este îndeplinită condiția prevăzută la art. 141 lit. (c) din Directiva TVA.

39. Această interpretare este conformă cu obiectivele urmărite prin Directiva TVA și, mai exact, prin măsura de simplificare prevăzută la articolele 42, 141, 197 și 265 din Directiva TVA. Pe de o parte, regimul tranzitoriu al TVA-ului aplicabil comerțului intracomunitar, instituit prin Directiva 91/680/CEE a Consiliului din 16 decembrie 1991 de completare a sistemului comun privind taxa pe valoarea adăugată și de modificare a Directivei 77/388/CEE în vederea eliminării frontierelor fiscale (JO 1991, L 376, p. 1, ediție specială, 09/vol. 1, p. 110), urmărește să transfere veniturile fiscale către statul membru în care are loc consumul final al bunurilor livrate (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 14 iunie 2017, Santogal M-Comércio e Reparação de Automóveis, C-26/16, EU:C:2017:453, pct. 37 și jurisprudența citată).

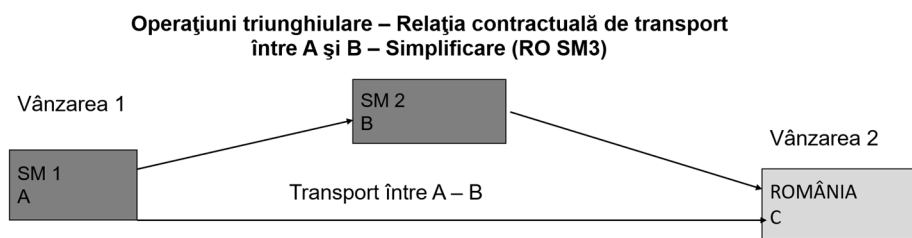
40. Pe de altă parte, din considerentul (38) al Directivei TVA reiese că, în ceea ce privește faptele generatoare de pe piața internă legate de schimburile comerciale intracomunitare de bunuri efectuate în perioada de tranziție de persoane impozabile nestabilite pe teritoriul statului membru în care are loc achiziția intracomunitară de bunuri, inclusiv operațiunile în lanț, este necesar a se prevedea măsuri de simplificare care să asigure un tratament egal în toate statele membre.

41. În această privință, după cum a arătat avocatul general la pct. 57 din concluzii, obiectul art. 141 din Directiva TVA este de a se evita ca operatorul intermediar dintr-o suită de operațiuni, astfel cum este aceasta definită la același art. 141, să fie nevoit să

îndeplinească obligații de identificare și de declarare în statul membru de destinație a bunurilor.

42. În această perspectivă, beneficiul regimului de simplificare instituit la articolele 42, 141, 197 și 265 din Directiva TVA nu îi poate fi refuzat unei persoane impozabile care face o achiziție în condițiile prevăzute la art. 141 din Directiva TVA pentru simplul motiv că această persoană impozabilă este de asemenea identificată în scopuri de TVA în statul membru de plecare a expedierii sau a transportului intracomunitar. După cum a observat avocatul general la pct. 72 din concluzii, un asemenea refuz ar crea o diferență semnificativă în modul de tratare a persoanelor impozabile și ar risca să restrângă, fără justificare, exercitarea activităților economice pe baza identificărilor în scopuri de TVA ale persoanei impozabile.

Situația în care România este SM3 în cazul unei *operațiuni triunghiulare*:



C, beneficiarul livrării ulterioare, este persoana obligată la plata TVA în România conform art. 307 alin. (4) C. fisc. Totuși, C declară în România o AIC de bunuri atât în declarația recapitulativă, cât și în decontul de TVA, chiar dacă livrarea lui B către C este din punct de vedere teoretic o livrare în țară. De asemenea, B, cumpărătorul-revânzător, trebuie să nu fie stabilit în România și să fie înregistrat în scopuri de TVA în alt stat membru.



Exemplu. Un operator economic, identificat în scopuri de TVA în România (C), cumpără bunuri de la B, din Italia. Transportul bunurilor are loc din Franța în România și este în sarcina lui B din Italia. Pe factura emisă de B către C, la furnizor este menționat codul de TVA din Italia al lui B, iar la cumpărător, codul de TVA din România al lui C; pe factură se menționează că C este persoana obligată la plata TVA, eventual prin menționarea art. 141 din Directiva TVA. Anterior acestei livrări, B achiziționase bunurile de la A din Franța, pentru care a comunicat codul său de TVA din Italia. C din România declară această achiziție drept achiziție intracomunitară de bunuri atât în decontul de TVA, cât și în declarația recapitulativă (deși, în fapt, este considerată doar o livrare locală în România efectuată de B).

Comentarii cu privire la extrasul din carte

Operațiunile triunghiulare sunt o materie în care Directiva TVA stabilește simplificări menite să scutească de anumite obligații de înregistrare persoanele impozabile implicate în operațiuni în lanț, cum sunt operațiunile triunghiulare. Regulile de declarare a livrărilor intracomunitare scutite de TVA și a achizițiilor intracomunitare taxabile sunt stabilite concret de directiva TVA, printre acestea aflându-se și obligația ca orice persoană impozabilă care realizează astfel de operațiuni să se înregistreze în scopuri de TVA în statul membru în care au loc aceste operațiuni. Totuși, așa cum rezultă și din materialul prezentat mai sus, în cazul operațiunilor triunghiulare se derogă de la unele din aceste reguli.

Nici Directiva TVA nici legislația națională nu prezintă în detaliu obligațiile celor care realizează operațiunile triunghiulare, fiind stabilite anumite principii ce trebuie aplicate de statele membre. Din acest motiv este utilă analiza acestora situându-ne pe rând în poziția fiecărui operator implicat într-o astfel de operațiune.

1) În cazul în care România este SM1, respectiv cel al furnizorului (A), singurul⁵ aspect ce atrage atenția furnizorului că este posibil să fie implicat într-o operațiune triunghiulară este faptul că deși marfa este vândută unui operator economic din alt stat membru (SM2), aceasta nu este transportată în statul din care clientul a comunicat codul său de TVA, ci într-un alt stat membru. În România se pune problema justificării unei scutiri de TVA de către furnizor în baza art. 294 alin. (2) și (2¹) C. fisc. Operațiunea triunghiulară este o livrare în lanț, în prima tranzacție furnizorul A din România vinde aceste bunuri unui cumpărător B stabilit în alt stat membru, de exemplu Ungaria, dar bunurile sunt transportate direct din România în alt stat membru decât cel în care este stabilit cumpărătorul B, de exemplu în Italia. Potrivit deciziei CJUE în cauza C-580/16 Hans Buhler KG, B poate fi înregistrat în scopuri de TVA în România, dar, trebuie să comunice lui A un cod de TVA din alt stat membru, în cazul de față din Ungaria, pentru a fi îndeplinită una dintre condițiile de fond ale aplicării scutirii de TVA pentru livrarea intracomunitară realizată de către A. În ce privește o altă condiție de fond pentru aplicarea scutirii de TVA este dovada transportului intracomunitar al bunurilor. În cazul transportului organizat de către furnizorul A din România, nu există probleme de alocare a transportului, A va trebui doar să prezinte documente justificative în acest sens.

Dacă transportul este organizat de cumpărătorul B, A trebuie să se asigure că sarcina organizării transportului nu este ulterior transmisă către C. Fiind o livrare în lanț, este esențial ca transportul să fie organizat de către B pentru alocarea transportului pe relația A-B, și implicit pentru a da posibilitatea lui A să aplice scutirea pentru livrarea intracomunitară. În cazul transportului organizat de către C, livrarea A-B nu ar mai putea fi calificată drept livrare intracomunitară și nu ar putea beneficia de scutire, chiar dacă la

⁵ Cu excepția situației în care furnizorul din România cunoaște de la partenerii săi că se derulează operațiuni triunghiulare.

prima vedere există un transport efectiv al bunurilor în alt stat membru. Alocarea transportului pentru livrările în lanț a făcut obiectul a numeroase decizii ale CJUE (Euro Tyre, Toridas) ajungându-se în anul 2020 la o modificare a Directivei 2006/112 din cauza aplicării neunitare a deciziilor CJUE de către statele membre. În Codul fiscal, modul de alocare a transportului uneia dintre tranzacțiile dintr-un lanț de livrări atunci când transportul nu este realizat de primul furnizor de pe lanț, ci de un operator intermediar, este prevăzut de art. 275 alin. (9)-(11).

Pentru a justifica transportul intracomunitar, atât în cazul realizării acestuia de către A cât și în cazul realizării de către B, furnizorul A poate să aplice prevederile art. 10 alin. (11) din OMFP 103/2016:

a) *în cazul livrărilor intracomunitare de produse accizabile care circulă în regim suspensiv de accize: documentul administrativ în format electronic și raportul de primire;*

b) *în cazul livrării de mijloace de transport care se deplasează singure pe roți, pe cale maritimă, fluvială sau aeriană: contractul de vânzare-cumpărare din care să rezulte că bunurile vor fi transportate în alt stat membru și dovada înmatriculării mijlocului de transport în statul membru de destinație;*

c) *în cazul livrării intracomunitare a oricăror altor bunuri decât cele de mai sus, furnizorul va trebui să dețină câte un document din fiecare dintre următoarele două categorii:*

1. *un document de transport, precum: un document CMR semnat sau o scrisoare de trăsură semnată, un conosament, documentul specific de transport aerian de mărfuri (Air Waybill);*

și

2. *unul dintre următoarele documente: o poliță de asigurare corespunzătoare transportului bunurilor, documente bancare care să ateste plata transportului, documentele oficiale eliberate de o autoritate publică, precum un notariat, care să ateste sosirea bunurilor în statul membru de destinație, un document care atestă primirea bunurilor, emis de către un depozitar din statul membru de destinație, altul decât cumpărătorul bunurilor, o declarație scrisă din partea cumpărătorului, care atestă că bunurile respective au fost expediate sau transportate în statul membru de destinație și care cuprinde: data emiterii, numele și adresa cumpărătorului, precum și cantitatea și natura bunurilor, data și locul de sosire a bunurilor, identificarea persoanei care acceptă bunurile în numele cumpărătorului.*

Dar furnizorul A poate justifica transportul intracomunitar cu documentele prevăzute de Regulamentului (UE) nr. 2018/1912, de modificare a Regulamentului (UE) nr. 282/2011. Numai în cazul aplicării Regulamentului (UE) 282/2011 transportul este justificat diferit în funcție de persoana care organizează transportul.

Astfel, potrivit acestui regulament, când furnizorul va face transportul bunurilor, acesta va trebui să dețină următoarele documente:

a) 2 elemente concludente dintre documentele specifice tipului de transport realizat cum sunt: CMR semnat sau scrisoare de trăsură semnată, conosament, factură de transport aerian sau o factură de la transportator, *emise de două entități independente una de cealaltă, de vânzător sau de cumpărător, sau*

b) unul din elementele enumerate mai sus, împreună cu o dovadă concludentă din alte documente: o poliță de asigurare a mărfii, documente bancare din care rezultă plata transportului, un document oficial eliberat de o autoritate publică care atestă că bunurile au sosit la destinație (de exemplu, notar), o chitanță eliberată de un antrepozitar în statul membru de destinație care să ateste că bunurile sunt depozitate în respectivul stat membru, *emise de două entități diferite care sunt independente una de cealaltă (adică neafiliate), de vânzător sau de cumpărător.*

În cazul în care transportul este realizat de către cumpărător, Regulamentul 282/2011 prevede că acesta trebuie să pună la dispoziția furnizorului următoarele:

– două din documentele menționate anterior la lit. a) sau/și b), și

– *declarația scrisă* din partea cumpărătorului care atestă că bunurile au fost transportate de acesta și care menționează statul membru de destinație. Se vor menționa data emiterii declarației, numele și adresa cumpărătorului, cantitatea și natura bunurilor, data și locul de sosire a bunurilor. În cazul mijloacelor de transport, declarația va menționa numărul de identificare a mijlocului de transport și identificarea persoanei care acceptă bunurile în numele cumpărătorului. Declarația trebuie transmisă furnizorului până în cea de a zecea zi a lunii următoare livrării. *(De observat că în cazul aplicării legislației naționale, respectiv a OMFP 103/2016, declarația cumpărătorului este un document opțional, nu obligatoriu ca și în cazul Regulamentului 282/2011, dacă pot fi prezentate alte documente din cele prevăzute la art. 10 alin. (11) lit. c) pct. 2 din acest ordin.)*

Prin circulara MFP nr. 70491/9/03/2021 MFP a clarificat că orice persoană impozabilă poate alege dacă pentru justificarea transportului intracomunitar va prezenta documentele reglementate de OMFP 103/2016, sau pe cele din Regulamentul (UE) 282/2011.

Pe lângă aceste dovezi de fond, furnizorul A trebuie să declare livrarea intracomunitară în declarația recapitulativă (390), aceasta fiind o altă condiție de fond pentru aplicarea scutirii de TVA a livrării intracomunitare conform art. 294 alin. (2)¹ C. fisc.

Sumarizând, un furnizor A din România, implicat într-o operațiune triunghiulară, va declara în declarația recapitulativă (390) o livrare intracomunitară scutită de TVA menționând codul de TVA al lui B din SM2, în exemplul dat Ungaria, chiar dacă bunurile sunt transportate direct în Italia.

2) În cazul în care România este SM 2, respectiv cel al cumpărătorului-revânzător, deja se aplică măsurile de simplificare pentru operațiuni triunghiulare pentru operatorul economic român. De exemplu, B din România cumpără bunuri de la un furnizor A din Bulgaria și apoi revinde aceste bunuri către C din Franța (SM3), bunurile fiind transportate direct din Ungaria în Franța. Transportul este organizat ori de A ori de B.

B din România comunică furnizorului A din Bulgaria codul său de TVA din România și acesta din urmă aplică scutire pentru livrarea intracomunitară. Potrivit ar. 276 alin. (1) C. fisc., locul unei achiziții intracomunitare de bunuri este statul membru în care se încheie transportul bunurilor, în acest exemplu în SM 3 (Franța). Dar, conform art. 276 alin. (2) C. fisc., locul achiziției intracomunitare de bunuri este statul membru din care se comunică

un cod valabil de TVA, în cazul de față România, regulă cunoscută drept rețea de siguranță, fiind doar o măsură temporară până la declararea achiziției intracomunitare potrivit regulii de bază, acolo unde se încheie transportul. Dar prin aplicarea măsurilor de simplificare pentru operațiuni triunghiulare nu se aplică rețeaua de siguranță, în România B nu declară achiziția intracomunitară a bunurilor, ci achiziția de la A este considerată neimpozabilă [art. 268 alin. (8) lit. b) C. fisc.] și se declară pe rd. 30 din decontul de TVA, fără să fie declarată în declarația recapitulativă. În consecință, deși A din Bulgaria a declarat în BG livrarea intracomunitară scutită în declarația recapitulativă sub codul de TVA al lui B din RO, nu vom regăsi în oglindă această operațiune în declarația recapitulativă drept achiziție intracomunitară în România.

O altă măsură de simplificare ce decurge din operațiunile triunghiulare este declararea în România a livrării efectuate de B către C (Franța), drept livrare intracomunitară în decontul de TVA pe rd. 1 și în declarația recapitulativă cu cod T, astfel cum rezultă și din prevederile pct. 3 alin. (14) din normele metodologice date în aplicarea art. 268 alin. (8) lit. b) C. fisc.

Dar este doar o ficțiune fiscală, întrucât transportul bunurilor nu a început în România, ci din Bulgaria. Ori potrivit regulii generale livrarea intracomunitară are locul livrării în SM din care începe transportul bunurilor. Această livrare de la B la C este considerată o livrare locală în Franța, iar B trebuie să înscrie în factură că persoana obligată la plata TVA este C. Această ficțiune naște controverse cu privire la justificarea livrării intracomunitare declarate de B în România. În fapt, nefiind o livrare intracomunitară ci o livrare locală declarată doar ca livrare intracomunitară, aceasta nu este supusă obligațiilor de justificare a scutirii prevăzute de art. 294 alin. (2) C. fisc. Singurele prevederi aplicabile de către B sunt cele menționate la pct. 3 alin. (14) din normele metodologice date în aplicarea art. 268 alin. (8) lit. b) C. fisc. Livrarea intracomunitară originară a fost declarată în Bulgaria de către A. B din România trebuie doar să justifice că este implicat într-o operațiune triunghiulară drept cumpărător-revânzător, indicând codul de TVA al lui C din SM3 pe factură și făcând dovada că bunurile au fost transportate direct din Bulgaria în Franța.

3) În cazul în care România este statul membru 3, al beneficiarului livrării ulterioare, astfel cum a stabilit și CJUE la pct. 41 din cauza C- 580/16 Hans Buhler KG, *obiectul art. 141 din Directiva TVA este de a se evita ca operatorul intermediar dintr-o suită de operațiuni, astfel cum este aceasta definită la același art. 141, să fie nevoit să îndeplinească obligații de identificare și de declarare în statul membru de destinație a bunurilor.*

De exemplu, C din România achiziționează bunuri de la B din Germania, dar bunurile sunt transportate direct din Grecia (de unde fuseseră achiziționate de B de la A, un furnizor grec). Transportul din Grecia în România este în sarcina lui B sau A (condiție de bază pentru aplicarea simplificărilor pentru operațiunile triunghiulare).

Potrivit regulii generale prevăzute de art. 276 alin. (1), achiziția intracomunitară a bunurilor are loc în România, statul membru în care se încheie transportul bunurilor. Dar, datorită măsurilor de simplificare pentru operațiuni triunghiulare, cumpărătorul-revânzător B nu este obligat să se înregistreze în scopuri de TVA în România pentru a declara achiziția

intracomunitară. C declară achiziția intracomunitară în declarația recapitulativă, menționând codul de TVA al lui B din Germania, deși bunurile sunt transportate din Grecia. Potrivit prevederilor art. 268 alin. (8) lit. b) pct. 2 livrarea de la B la C este o livrare locală ulterioară în România, iar cf. art. 268 alin. (8) lit. b) pct. 5 C. fisc., persoana desemnată drept obligată la plata TVA pentru această livrare ulterioară în RO este C în conformitate cu prevederile art. 307 alin. (4) C. fisc.

Coroborând aceste prevederi, înțelegem ficțiunile fiscale implementate de art. 141 din Directiva TVA pentru operațiunilor triunghiulare. Deși C declară în declarația recapitulativă o achiziție intracomunitară de bunuri sub codul de TVA al lui B, aceasta nu este decât o livrare locală pentru care C este desemnat persoana obligată la plata TVA cf. art. 307 alin. (4). De remarcat în acest sens că numai art. 308 C. fisc. stabilește persoana obligată la plata TVA pentru achiziții intracomunitare.

Concluzii

Regulile de simplificare pentru operațiuni triunghiulare sunt aplicate de toate statele membre ale UE, dar fiecare stat membru a creat propriile reglementări naționale mai mult sau mai puțin explicite. Legislația din România operează cu noțiunea de operațiuni triunghiulare, deși aceasta nu se regăsește ca atare în Directiva 2006/112, pentru a simplificare înțelegerea acestor operațiuni. Explicațiile și exemplele prezentate au rolul de a sublinia obligațiile ce revin părților implicate în astfel de operațiuni, întrucât unele din aceste obligații derogă de la regulile normale aplicabile livrărilor și achizițiilor intracomunitare de bunuri.

Dificultăți și deficiențe în aplicarea prețurilor de transfer în România: o perspectivă empirică

Difficulties and deficiencies in applying the transfer pricing mechanisms in Romania: an empirical perspective

Cadru didactic asociat, drd. **Mihai LUPU***
Academia de Studii Economice din București

Abstract

The examination of the way in which transactions are undertaken between group companies is a subject with a long history at the level of international regulatory bodies. From Romania's point of view, the works developed by the EU and the OECD constituted points of reference in creating the local transfer pricing legislation. However, certain things can be perfected, regarding the drafting of the legislation, the interpretation of the legislation by the tax authorities and its application on specific subjects. From empirically analysing the practical difficulties and deficiencies in Romania, as well as from investigating the way in which other tax authorities manage the topic of transfer pricing, solutions can be identified. However, for achieving the objective of voluntary compliance, it's necessary that the tax authorities prove their initiative by developing, making available to the business community and using guides and methodologies, or by establishing common practices, in addition to the legislation.

Keywords: transfer pricing, multinational companies, arm's length principle, Romanian legislation, practical difficulties, empirical perspective.

Rezumat

Verificarea modului în care se desfășoară tranzacțiile dintre companiile membre ale aceluiași grup este o problemă cu o lungă istorie la nivelul organismelor de reglementare internaționale. Din punctul de vedere al României, lucrările elaborate la nivelul UE și OCDE au constituit puncte de referință în redactarea legislației de prețuri de transfer. Cu toate acestea, există lucruri perfectibile care țin de redactarea legislației, interpretarea legislației și aplicarea ei în practică pe subiecte specifice. Din analiza empirică a dificultăților și deficiențelor existente în practică în România, precum și din investigarea modului în care alte autorități fiscale gestionează problematica prețurilor de transfer se pot identifica soluții, însă, pentru atingerea obiectivului de conformare voluntară, este necesar ca autoritățile fiscale să dea dovadă de inițiativă prin elaborarea, punerea la dispoziția

* mihai.lupu@cig.ase.ro

mediului de afaceri și utilizarea de ghiduri și metodologii, precum și prin instituirea de practici comune, în completarea legislației.

Cuvinte-cheie: *prețuri de transfer, grupuri de companii, principiul valorii de piață, legislația din România, probleme practice, perspectivă empirică.*

1. Introducere: De ce, după mai bine de 15 ani, prețurile de transfer continuă să fie un subiect aprins în România?

În contextul unei economii mondiale caracterizate printr-un grad ridicat de interconectivitate și complexitate, al unei presiuni continue în ceea ce privește bugetele diferitelor state (din perspectiva modului în care sunt atrase și gestionate resursele financiare) și al dorinței grupurilor de companii de a-și optimiza orice aspect al activității operaționale, inclusiv sarcina fiscală, prețurile de transfer au cunoscut în ultimii 15 ani o creștere semnificativă a importanței atât pe agenda companiilor multinaționale și naționale care operează în România cât și pe agenda autorităților fiscale.

Discuția despre necesitatea asigurării unei verificări a modului în care grupurile de companii desfășoară tranzacții este una cu o lungă istorie la nivelul Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OECD – The Organisation for Economic Cooperation and Development), dar și al altor organisme de reglementare la nivel internațional precum Forumul Comun al Uniunii Europene privind Prețurile de Transfer (EUJTPF – European Union Joint Transfer Pricing Forum), Comisia Europeană sau Organizația Națiunilor Unite (UN – United Nations) care, de-a lungul timpului, au organizat numeroase discuții și au elaborat documente cu un impact semnificativ, ce au modelat felul în care statele și-au redactat legislația locală de prețuri de transfer și practicile interne de gestionare a acestei problematici. Cu titlu de exemplu, se pot menționa:

- prima variantă „modernă” a Liniilor Directoare OECD privind Prețurile de Transfer pentru Companii Multinaționale și Autorități Fiscale (OECD – Transfer Pricing Guidelines for Multinational Companies and Tax Administrations) emisă în anul 1995 și ulterior modificată și completată succesiv în 2009, 2010, 2017 și 2022 („modernă” deoarece primul raport OECD în ceea ce privește problematica prețurilor de transfer datează încă din 1979);
- cele 15 planuri BEPS (acronimul pentru Base Erosion and Profit Shifting) finalizate de OECD în 2015 și care au avut ca obiectiv stabilirea unui set de măsuri care să prevină/să elimine erodarea bazei de impozitare și transferul de profituri între state (primul raport oficial cuprinzând planul de acțiune al OECD în această problemă datează din 2013);
- ghidul elaborat în 2020 de OECD în ceea ce privește implicațiile pandemiei de Covid-19 asupra gestionării prețurilor de transfer (Guidance on the transfer pricing implications of the COVID-19 pandemic);
- manualul elaborat și emis în 2017 de UN în ceea ce privește prețurile de transfer, destinat țărilor în curs de dezvoltare (United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries);

- rapoartele și ghidurile emise de către EUJTPF pentru probleme specifice, cum ar fi de exemplu serviciile cu valoare adăugată redusă (EU Joint Transfer Pricing Forum DRAFT JTPF Report: Guidelines on low value adding intra-group services, emis în 2010) sau utilizarea de comparabile în Uniunea Europeană (EU Joint Transfer Pricing Forum Report on the use of comparables in the EU, emis în 2016);

- eforturile Comisiei Europene materializate în elaborarea și emiterea în 2005 a unui cod de conduită în ceea ce privește documentarea prețurilor de transfer (Code of Conduct on transfer pricing documentation) sau reintroducerea în 2004 (cu aplicabilitate retroactivă din 2002) a unei convenții de arbitraj care să permită rezolvarea facilă a disputelor internaționale generate de ajustările de prețuri de transfer și eliminarea dublei impozitări la nivelul grupurilor multinaționale (EU Arbitration Convention).

Lista poate continua și ea reflectă eforturile semnificative întreprinse la nivel internațional cu scopul de a asigura o înțelegere cât mai corectă și detaliată a problematicii prețurilor de transfer și a oferi un cadru conceptual unitar, menit să servească drept reper de bune practici în crearea și transpunerea de măsuri la nivel local, obiectivul acestor măsuri fiind să asigure un echilibru și o cale de dialog între autoritățile fiscale și contribuabili: echilibru între dorința autorităților fiscale de a-și maximiza veniturile la bugetul de stat și cea a contribuabililor de a-și optimiza sarcina fiscală, și dialog în vederea identificării clare a situației de fapt, lămuririi oricăror neînțelegeri și evitării disputelor.

Din punct de vedere local, lucrările elaborate de către diferitele organisme ale Uniunii Europene, precum și cele elaborate de către OECD au fost luate în considerare în redactarea legislației de prețuri de transfer din România. Mai mult, Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal (Codul fiscal), dar și Ordinul 442/2016 privind cuantumul tranzacțiilor, termenele pentru întocmire, conținutul și condițiile de solicitare a dosarului prețurilor de transfer și procedura de ajustare/estimare a prețurilor de transfer (Ordinul 442/2016) menționează în mod specific faptul că, în ceea ce privește analiza respectării principiului valorii de piață în tranzacțiile între persoane afiliate, se vor utiliza și prevederile Liniilor Directoare OECD privind Prețurile de Transfer pentru Companii Multinaționale și Autorități Fiscale (Liniile directoare OECD), cu amendamentele/modificările și completările ulterioare. Prin urmare, reglementările locale se doresc a fi o expresie a bunelor practici la nivel internațional, continuând să evolueze în funcție de noile tendințe incluse în rapoartele OECD. Cu toate acestea, există anumite lucruri perfectibile, care țin atât de modul de redactare a legislației, cât și de interpretarea și aplicarea ei.

La 15 ani de la emiterea primului ordin care a adus în prim-plan problematica prețurilor de transfer în România, introducând necesitatea întocmirii și prezentării de către contribuabili a unui dosar de prețuri de transfer prin care să justifice respectarea principiului valorii de piață în cadrul tranzacțiilor desfășurate cu persoane afiliate (respectiv Ordinul nr. 222/2008 privind conținutul dosarului prețurilor de transfer, înlocuit în anul 2016 de varianta sa îmbunătățită ce ține cont de ultimele dezvoltări de la nivel internațional, respectiv Ordinul nr. 442/2016), ne aflăm încă într-o postură perfectibilă. Definirea persoanelor afiliate (aceasta fiind terminologia specifică pentru companiile care fac parte din același grup; de notat însă că afilierea se poate manifesta inclusiv între persoane fizice

sau între o persoană fizică și una juridică), a principiului valorii de piață, a metodelor de prețuri de transfer, stabilirea regulilor în ceea ce privește întocmirea și prezentarea dosarului de prețuri de transfer și conținutul acestuia, posibilitatea de obținere de acorduri de preț în avans, posibilitatea de rezolvare a disputelor la nivel internațional generate de ajustările de prețuri de transfer și eliminarea dublei impozitări în cadrul grupurilor (naționale și multinaționale) – toate sunt lucruri ce există în legislația din România, însă modul în care sunt scrise și puse în aplicare generează neînțelegeri și dispute între autoritățile fiscale și contribuabili, făcând din gestionarea prețurilor de transfer o problemă mai dificilă decât ar trebui să fie.

O tematică relativ nouă comparativ cu alte tematici din sfera fiscalității, cu un grad ridicat de specificitate și complexitate, într-o continuă evoluție și schimbare și care implică un grad ridicat de cunoaștere a modelelor de afaceri și a modului în care funcționează anumite industrii, prețurile de transfer presupun din multe puncte de vedere utilizarea raționamentului profesional. Prin urmare, existența unui cadru de reglementare cât mai precis și abordarea unitară a problematicilor specifice în cadrul acțiunilor de inspecție fiscală întreprinse de către autorități sunt esențiale pentru a genera claritate și a asigura un grad corespunzător de obiectivitate, care să poată contrabalansa partea de subiectivism inerent.

Un concept des evocat în ultima vreme, inclusiv de către autoritățile fiscale din România, atunci când vine vorba de politica fiscală în materie de prețuri de transfer (dar nu numai), este acela de „conformare voluntară”. Însă aceasta se poate obține numai în măsura în care se îndeplinesc anumite condiții critice precum: existența unei legislații fiscale clare și predictibile, aplicarea ei unitară și nediscriminatorie, instruirea corespunzătoare a organelor de inspecție și asigurarea unei abordări unitare a diferitelor aspecte în discuție din perspectiva prețurilor de transfer, oferirea de sprijin de către autoritățile fiscale și îndrumarea contribuabililor în ceea ce privește modalitatea de interpretare a prevederilor legale mai puțin clare, implementarea unor mecanisme funcționale pentru obținerea de către contribuabili a certitudinii fiscale (inclusiv prin emiterea, acolo unde este cazul, de soluții fiscale individuale anticipate acorduri de preț în avans) și a unor mecanisme eficiente (caracterizate prin obiectivitate și imparțialitate) de rezolvare a disputelor fiscale.

Dintr-o perspectivă empirică, dificultățile și deficiențele în aplicarea prețurilor de transfer în România pot fi împărțite în două categorii principale, respectiv: (1) probleme care țin de modul de redactare a legislației de prețuri de transfer, și (2) probleme care țin de interpretarea legislației de prețuri de transfer și aplicarea ei în practică.

3. Probleme care țin de modul de redactare a legislației de prețuri de transfer

Din punctul de vedere al structurii, modului de organizare și dezvoltării în timp, legislația din România în domeniul prețurilor de transfer poate fi caracterizată ca o legislație care acoperă doar „în mare” această problemă. Astfel, ea include aspecte precum:

- *definițiile și conceptele principale* (de ex.: principiul valorii de piață, persoane afiliate, metodele de prețuri de transfer, procedura amiabilă etc.). Acestea se regăsesc în

Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, împreună cu Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului 1/2016 [de ex. art. 7 – pct. 26, pct. 32 și pct. 33; art. 11 – alin. (4); art. 19 – alin. (6); art. 36 – alin. (3); art. 37 – alin. (3)], Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală (de ex. Titlul IX – Capitolul I referitor la procedura amiabilă) etc.;

- *mecanisme și aspecte procedurale specifice* (de ex.: conținutul cererii și procedura emiterii acordurilor de preț în avans, întocmirea și conținutul dosarului de prețuri de transfer, efectuarea ajustărilor corespundente între persoane afiliate române etc.). Acestea se regăsesc în Ordinul nr. 442/2016, Ordinul nr. 3737/2015 privind aprobarea modelului și conținutului formularului „Decizie de ajustare/estimare a venitului sau cheltuielii uneia dintre persoanele afiliate”, Ordinul nr. 3735/2015 pentru aprobarea procedurii privind emiterea și modificarea acordului de preț în avans, precum și conținutul cererii de emitere și modificare a acordului de preț în avans etc.

Or, gestionarea optimă a unei problematici fiscale complexe (precum prețurile de transfer) necesită nu doar existența unui cadru general, ci și a unor îndrumări care să acopere probleme specifice sau să ofere mai mult context în acele situații unde acest lucru se cere. De exemplu, enumerarea metodelor de prețuri de transfer și enunțarea câtorva dintre caracteristicile lor principale nu oferă o imagine clară asupra modului în care ele pot fi și utilizate în practică (în scopul analizării și documentării prețurilor de transfer) și motivelor pentru care o anumită metodă poate să fie mai potrivită decât o alta într-un context specific.

Mai mult, uneori legislația din România include în paragrafe alăturate concepte dispartate sau incomplete, preluate printr-o traducere parțială a unor reglementari sau lucrări internaționale, dând naștere în practică unor abordări agresive ale autorităților în cadrul acțiunilor de inspecție fiscală datorită necunoașterii în totalitate a problematicei (de exemplu, parcurgerea legislației locale în ceea ce privește serviciile intra-grup oferă doar o perspectivă parțială, mult redusă față de cea obținută în cazul parcurgerii în totalitate a capitolului VII din Liniile directoare OECD).

Reglementările locale în domeniul prețurilor de transfer nu oferă imaginea unui cadru unitar, conceput după o direcție clară și o strategie de dezvoltare în viitor, ci mai degrabă pe cea a unei colecții de principii de bază, completate pe alocuri cu:

- (i) o parte de clarificări limitate pe arii specifice, considerate de interes de către autoritățile fiscale, care să le permită acestora o anumită abordare în activitatea de inspecție fiscală (aceste clarificări sunt însă mult prea puține comparativ cu ceea ce ar fi necesar și reflectă uneori o abordare superficială a subiectelor în discuție);

- (ii) elemente procedurale menite să rezolve aspecte intervenite pe parcurs în activitatea de administrare (e.g. cum anume se face documentarea prețurilor de transfer, cum se determină intervalul de piață, cum se efectuează ajustările de prețuri de transfer, cum se elimină dubla impozitare în cazul ajustărilor de prețuri de transfer efectuate între persoane afiliate din România, cum se emite un acord de preț în avans etc.).

Acest model, nu tocmai optim, de dezvoltare a legislației este dublat și de existența unor probleme în preluarea unor concepte din legislația internațională în legislația locală. Un exemplu elocvent din acest punct de vedere este reprezentat de transpunerea în Normele metodologice la Codul fiscal a conceptului de „shareholder activities” (activități care țin de structura juridică a unui grup) din Liniile directoare OECD.

În capitolul VII, „Considerente speciale privind serviciile intra-grup”, Liniile directoare OECD menționează că, din punctul de vedere al naturii lor, activitățile desfășurate în cadrul unui grup pot fi împărțite în două categorii: (1) activități care se desfășoară la nivel central ca urmare a modului în care este organizat grupul și care nu aduc beneficii entităților locale („shareholder activities”), nefiind justificată facturarea lor sub forma de servicii intra-grup, ci ele trebuind a fi deduse de regulă la nivelul companiei mamă sau cea de holding a grupului; și (2) activități desfășurate la nivel central care generează beneficii pentru companiile locale, pentru care se justifică facturarea lor sub forma de servicii intra-grup întrucât, în absența lor, companiile locale ar fi trebuit fie să își angajeze personal intern prin intermediul căruia să le desfășoare, fie să apeleze la ajutorul unor prestatori independenți de pe piață. Mai mult, pentru a adăuga claritate, art. 7.10 din Liniile directoare OECD oferă și exemple de costuri care pot fi asociate unor activități din categoria „shareholder activities”, cum ar fi costuri ocazionate de întâlnirile acționarilor companiei mamă, costuri pentru emiterea de acțiuni la nivelul companiei mamă sau cu listarea acesteia, costuri cu auditarea companiei-mamă etc.

În schimb, referitor la această problematică, Normele metodologice la Codul fiscal (respectiv pct. 13 din Normele metodologice aferente art. 11), menționează: „(13) În cazul serviciilor de administrare și conducere din interiorul grupului se au în vedere următoarele: a) între persoanele afiliate costurile de administrare, management, control, consultanță sau funcții similare sunt deduse la nivel central sau regional prin intermediul societății-mamă, în numele grupului ca un tot unitar. Nu poate fi cerută o remunerație pentru aceste activități, în măsura în care baza lor legală este relația juridică ce guvernează forma de organizare a afacerilor sau orice alte norme care stabilesc legăturile dintre entități. Cheltuielile de această natură pot fi deduse numai dacă astfel de entități furnizează în plus servicii persoanelor afiliate sau dacă în prețul bunurilor și în valoarea tarifelor serviciilor furnizate se iau în considerare și serviciile sau costurile administrative. Nu pot fi deduse costuri de asemenea natură de către o filială care folosește aceste servicii luând în considerare relația juridică dintre ele, numai pentru propriile condiții, ținând seama că nu ar fi folosit aceste servicii dacă ar fi fost o persoană independentă; [...]”¹

Astfel, conceptul de „shareholder activities” capătă în legislația din România denumirea de „costuri de administrare, management, control, consultanță sau funcții similare”, deși Liniile directoare OECD nu fac această categorisire. Vorbim practic de o arie extrem de largă de activități, ce cuprinde orice fel de asistență oferită de către compania mamă a unui grup către filialele sale, și nu despre ceva specific ce se desfășoară doar în beneficiul

¹ Hotărârea Guvernului nr. 1/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal, Titlul I, Capitolul II, Secțiunea a 2-a, pct. (13).

firmei-mamă, așa cum este intenția Liniilor directoare OECD. Mai mult, deși Liniile directoare OECD prevăd că activitățile desfășurate în cadrul unui grup generatoare de costuri ce trebuie deduse la nivelul companiei-mamă sunt mai degrabă excepția și nu regula, ele având un caracter limitat și necesitând a fi analizate separat, Normele la Codul fiscal oferă fix perspectiva inversă, punctând că regula este ca „*între persoanele afiliate costurile de administrare, management, control, consultanță sau funcții similare sunt deduse la nivel central sau regional prin intermediul societății-mamă, [...] și că „nu poate fi cerută o remunerație pentru aceste activități, [...]”*”; numai prin excepție cheltuielile de această natură pot fi deduse: „*Cheltuielile de această natură pot fi deduse numai dacă astfel de entități furnizează în plus servicii persoanelor afiliate sau dacă în prețul bunurilor și în valoarea tarifelor serviciilor furnizate se iau în considerare și serviciile sau costurile administrative*”, introducând două condiții neclare referitoare la furnizarea în plus de servicii (în contextul în care desfășurarea de activități de consultanță este expresia prestării de servicii de consultanță, nu este clar cum anume consideră legiuitorul că trebuie furnizate în plus servicii) sau la necesitatea luării în considerare a serviciilor și costurilor administrative în prețul bunurilor și serviciilor furnizate (fără a specifica ce înseamnă conceptul de luare în considerare sau despre ce servicii sau costuri administrative e vorba – cele care fac obiectul facturării intra-grup sau toate costurile administrative ale contribuabilului). În final, Normele la Codul fiscal nu preiau nici exemplele furnizate de Liniile directoare OECD, care ar fi reușit să aducă puțină claritate în cadrul problematicei.

În practică, formularea neclară din Normele la Codul fiscal (generată cel mai probabil de o traducere parțială și inexactă a paragrafelor din Liniile directoare OECD cumulată cu neînțelegerea exactă a problematicei aduse în discuție) dă naștere unor abordări foarte agresive din partea autorităților fiscale din România care tind să considere că orice costuri de administrare, management, control, consultanță sau funcții similare (generate de tranzacțiile de prestări de servicii intra-grup) sunt nedeductibile din punct de vedere fiscal la nivelul contribuabililor locali, fără a mai analiza în detaliu în ce măsură acestea sunt necesare și aduc sau nu beneficii economice.

Uneori, se merge până într-acolo încât autoritățile fiscale încearcă să argumenteze (inclusiv în instanță) că prevederile Normelor la Codul fiscal nu exprimă dorința legiuitorului de a reflecta în legislația locală conceptul de „shareholder activities”, servind unor obiective distincte, deși există inclusiv decizii ale instanțelor de judecată ce menționează în mod expres acest lucru – de exemplu, Decizia nr. 3806/2022 emisă de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, menționează referitor la interpretarea prevederilor punctului 41 din Normele de aplicare ale art. 11 din Codul fiscal (punctul 41 din Normele la Codul fiscal de dinainte de 2016 fiind actualul punct 13): „*Prin acest paragraf se dorește o transpunere în legislația națională a punctului 7.10 din Liniile directoare OECD privind prețurile de transfer, fiind avute în vedere costurile acționarului (așa-numitele «shareholding costs») aferente activităților de tip shareholding și care sunt legate în principal de structura juridică a unui grup*”.

Un alt aspect de menționat în contextul deficiențelor care țin de modul de redactare a legislației de prețurilor de transfer din România este cel legat de existența de inconsecvențe

sau omisiuni în modul de redactare a legislației care generează probleme atât de ordin practic (prin absența unor îndrumări specifice promise pe anumite teme), cât și probleme de tehnică legislativă (neținându-se cont de ce anume se poate legifera prin legislație primară și respectiv prin legislație secundară sau de legătura dintre textele legislative). Câteva exemple concrete în acest sens sunt reprezentate de:

(i) faptul că nu a fost încă emis un ordin care să detalieze modalitatea de derulare a procedurii amiabile, așa cum se menționează că este necesar să se întâmple în Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală;

(ii) modul neclar în care sunt definite pragurile de semnificație în Ordinul nr. 442/2016. De exemplu, art. 2 din ordin, referitor la pragurile de semnificație aplicabile în cazul marilor contribuabili menționează *„200.000 euro, în cazul dobânzilor încasate/plătite pentru serviciile financiare, calculată la cursul de schimb comunicat de Banca Națională a României valabil pentru ultima zi a anului fiscal”*. În practică, în stabilirea modului în care se îndeplinește sau nu acest prag, analiza trebuie făcută având în vedere dobânzile înregistrate și nu cele încasate/plătite, întrucât înregistrarea în contabilitate este evenimentul care influențează rezultatul fiscal și nu încasarea sau plata. Mai mult, nu există o clarificare cu privire la care trebuie să fie interpretarea semnului „/”, respectiv dacă la determinarea pragului de semnificație trebuie adunate sumele înregistrate sub formă de venituri cu cele înregistrate sub formă de cheltuieli cu dobânzile sau dacă ele se privesc separat (în practică, potrivit logicii economice și principiilor contabile, ele sunt privite separat și nu se cumulează). De asemenea, nu se specifică în lege cum anume se face diferențierea între „servicii financiare” și „servicii” la modul general sau ce se întâmplă, din perspectiva documentării, cu serviciile financiare a căror remunerație nu îmbracă forma dobânzilor – de exemplu emiterea unei scrisori de garanție bancară care se remunerează prin aplicarea unui comision (în practică, ele sunt incluse în sfera de documentare).

(iii) Codul fiscal prevede că procedura de ajustare/estimare și modalitatea de stabilire a nivelului tendinței centrale a pieței, precum și situațiile în care autoritatea fiscală poate considera că un contribuabil nu a furnizat datele necesare stabilirii respectării principiului valorii de piață pentru tranzacțiile analizate se stabilesc potrivit Codului de procedură fiscală însă, în fapt, toate acestea sunt incluse în Ordinul 442/2016; asta deși, potrivit prevederilor Codului de procedură fiscală, acest ordin a fost emis pentru a detalia doar quantumul tranzacțiilor pentru care contribuabilul/plătitorul are obligația întocmirii dosarului prețurilor de transfer, termenele pentru întocmirea acestuia, conținutul dosarului prețurilor de transfer, precum și condițiile în care se solicită acesta.

Un ultim aspect important de marcat este cel legat de completarea prevederilor legislației locale cu cele ale Liniilor directoare OCDE sau raportarea autorităților fiscale în practică la alte documente din limba engleză (de exemplu manualul elaborat de OECD privind procedura amiabilă – „Manual on Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP)”), fără existența unor traduceri oficiale.

În acest context, fiecare contribuabil, fiecare inspector fiscal și specialist (consultant, avocat, judecător etc.) se vede nevoit să se bazeze fie pe propriile cunoștințe de limba engleză, fie pe traduceri efectuate de către traducători autorizați/neaautorizați a căror experiență în ceea ce privește terminologia fiscală (și cu atât mai mult cea specifică prețurilor de transfer) este de regulă una foarte limitată (merită amintit că inițial, în România, „principiul valorii de piață” denumit în limba engleză „arm’s length principle” a apărut, datorită unei traduceri nepotrivite, ca „principiul lungimii de braț”).

Lucrurile devin și mai complicate în acele situații în care, din cauza barierei lingvistice, același paragraf din Liniile directoare OECD este tradus în mod diferit sau având un înțeles diferit de către părțile aflate într-un dialog, fiind imposibil de dovedit care parte are înțelegerea corectă.

În plus, de cele mai multe ori, pentru a înțelege în mod deplin o anumită idee enunțată în Liniile directoare OECD, este nevoie de parcurgerea mai multor paragrafe din cadrul aceluiași capitol sau chiar din capitole distincte (de exemplu, în ceea ce privește analiza funcțională și importanța ei, aspecte specifice se regăsesc atât în capitolul III, cât și în capitolele V, VI sau VII). Aceasta se datorează faptului că Liniile directoare OECD au fost concepute ca un tot-unitar, necesitând parcurgerea lor completă pentru a dobândi o înțelegere corectă asupra problematicii prețurilor de transfer. Prin urmare, un aspect dificil în practică pentru un nevorbitor de limba engleză este să decidă ce și cât anume dintr-un document să solicite să fie tradus, neștiind dacă respectivele paragrafe îi vor oferi informațiile complete de care are nevoie.

Dintre toate problemele care țin de modul de redactare a legislației de prețuri de transfer din România, absența unor traduceri oficiale (cel puțin pentru documentele menționate în mod expres în legislație ca fiind necesare de luat în considerare în analizele de prețuri de transfer, deși ar putea fi incluse aici și documentele la care se raportează frecvent în practică autoritățile fiscale) este cea a cărei rezolvare este probabil cea mai la îndemână atât din punct de vedere procedural, cât și din punctul de vedere al resurselor de angrenat.

4. Probleme în interpretarea legislației de prețuri de transfer și aplicarea ei în practică

O a doua categorie de dificultăți și deficiente în aplicarea prețurilor de transfer în România este reprezentată de problemele care țin de interpretarea legislației de prețuri de transfer și aplicarea ei în practică. Acestea au ca surse principale absența unei metodologii unitare de control care să fie implementată coerent la nivelul tuturor structurilor cu atribuții în verificarea prețurilor de transfer și interpretarea eronată sau agresivă de către autoritățile fiscale a legislației în vigoare. Acest cumul de factori generează în practică multiple discuții contradictorii între contribuabili și autoritățile fiscale și ulterioare litigii, conducând la consum de timp și resurse pentru ambele părți.

Deși în Raportul de performanță al ANAF pentru anul 2021 se menționează că s-a desfășurat programul 21 RO15 „Identificarea celor mai bune practici, îmbunătățirea

legislației fiscale și consolidarea capacității în domeniul prețurilor de transfer în România”, pe baza unui contract semnat cu administrația fiscală din Austria și în Raportul de performanță al ANAF pentru anul 2022, se menționează că „a fost finalizat proiectul «Consolidarea capacității auditului și abordărilor în domeniul prețurilor de transfer și îmbunătățirea legislației fiscale în România», prin care au fost identificate cele mai bune practici și a fost elaborat «Ghidul inspecției fiscale privind prețurile de transfer»”, în practică, cel puțin în primele nouă luni ale anului 2023, rezultatele acestui demers nu s-au făcut simțite. Mai mult, și în trecut, la nivelul ANAF a existat un ghid al inspecției fiscale în domeniul prețurilor de transfer, însă simpla sa existență nu a împiedicat echipele de control din teritoriu să aibă abordări diferite, de multe ori contradictorii, asupra aceleiași problematice.

Tabelul următor include sumarizarea unora dintre cele mai frecvent întâlnite și de interes probleme din practică din perspectiva interpretării legislației de prețuri de transfer, nedorindu-se însă a fi un demers exhaustiv (de altfel imposibil de realizat, dată fiind multitudinea de abordări întâlnite). Pe lângă sumarizarea problematicei în discuție, au fost incluse în tabel și viziunea generală a autorităților fiscale (observată în practică), baza legală la care ne putem raporta, precum și abordarea corectă, potrivit prevederilor legislative.

Problematika în discuție	Viziunea generală a autorităților fiscale	Baza legală	Abordarea corectă, potrivit prevederilor legislative
Analiza multianuală vs analiza anuală (“an pe an”)	Analiza anuală (“an pe an”) este tot timpul cea mai potrivită	Ordinul 442/2016 menționează că dosarul de prețuri de transfer trebuie să includă o prezentare a motivelor pentru care s-a recurs la o analiză multianuală sau la o analiză anuală. Liniile directoare OCDE prevăd posibilitatea aplicării unei analize multianuale sau a unei analize anuale, în funcție de circumstanțele cazului (factorii care influențează alegerea	Contribuabilul are posibilitatea de a opta fie pentru o analiză multianuală, fie pentru o analiză anuală, argumentându-și punctul de vedere în cadrul dosarului de prețuri de transfer.

Problematica în discuție	Viziunea generală a autorităților fiscale	Baza legală	Abordarea corectă, potrivit prevederilor legislative
		includ termenii contractuali, profilul funcțional al contribuabilului, strategia de afaceri etc.).	
Utilizarea ca parte a inspecțiilor fiscale a unor informații ulterioare momentului efectuării analizei de către contribuabil	În cadrul inspecțiilor se utilizează în majoritatea cazurilor cele mai recente date disponibile.	Ordinul 442/2016 menționează că justificarea respectării principiului valorii de piață va avea la bază informațiile disponibile contribuabilului în mod rezonabil la momentul stabilirii/documentării prețurilor de transfer. Liniile directoare OCDE întăresc cele menționate în Ordinul 442/2016.	În momentul efectuării inspecției fiscale, autoritățile trebuie să aibă în vedere aceleași informații cu cele care i-au fost disponibile contribuabilului la momentul efectuării analizei/redactării dosarului de prețuri de transfer.
Selectarea părții testate	Partea testată este aproape întotdeauna compania din România.	Ordinul 442/2016 menționează că, în cazul metodelor de prețuri de transfer ce presupun selectarea părții testate, va fi prezentată argumentarea pentru selectarea acesteia. Liniile directoare OCDE menționează că, în general, alegerea părții testate se face în urma unui	Partea testată pot fi atât contribuabilul, cât și părțile sale afiliate, în funcție de specificul metodei de prețuri de transfer aleasă și de circumstanțele cazului.

Problematica în discuție	Viziunea generală a autorităților fiscale	Baza legală	Abordarea corectă, potrivit prevederilor legislative
		proces de analiză funcțională, partea testată fiind cea la nivelul căreia metoda de prețuri de transfer poate fi aplicată cel mai exact și pentru care pot fi identificate cele mai bune comparabile (fiind adesea entitatea cea mai simplă din punct de vedere funcțional). Decizia nr. 3806/2022 emisă de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, confirmă cele de mai sus.	
Definirea noțiunii de “dosar de prețuri de transfer incomplet”	Absența documentelor justificative/informațiilor din contabilitatea părții afiliate determină ca dosarul să fie incomplet.	Ordinul 442/2016 prezintă lista informațiilor care trebuie să fie incluse în dosarul de prețuri de transfer și menționează că justificarea respectării principiului valorii de piață va avea la bază informațiile disponibile contribuabilului în mod rezonabil la momentul documentării.	Un dosar este complet dacă respectă cerințele de conținut menționate în Ordinul 442/2016, pornind de la principiul că, din punctul de vedere al detaliilor, trebuie avute în vedere informațiile disponibile

Problematica în discuție	Viziunea generală a autorităților fiscale	Baza legală	Abordarea corectă, potrivit prevederilor legislative
		Liniile directe OCDE întăresc cele menționate în Ordinul 442/2016.	contribuabilului în mod rezonabil.

*Tabelul 1: Sumarizarea unora dintre cele mai frecvente și de interes probleme întâlnite în practică din perspectiva interpretării legislației de prețuri de transfer –
Sursa: prelucrare proprie*

Problemele în interpretarea legislației de prețuri de transfer apar datorită experienței reduse a echipelor de inspecție în investigarea prețurilor de transfer, dar și faptului că, în lipsa unui ghidaj concret și a asimilării unor concepte specifice, acestea preferă să „împrumute” din modul în care alte echipe/alți colegi au tratat un anumit aspect în activitatea lor de inspecție fiscală, ignorând principiul de bază potrivit căruia, în ceea ce privește analizele de prețuri de transfer, este necesară înțelegerea în detaliu a contextului economic și a condițiilor specifice în care se desfășoară o anumită categorie de tranzacții între persoane afiliate, acestea putând să difere semnificativ de la un caz la altul, cu impact direct asupra a ceea ce înseamnă un preț la valoare de piață.

În plus, există și situații în care inspectorii fiscali din teritoriu, neavând cunoștințe specifice de prețuri de transfer, aleg să transmită spre analiză dosarul de prețuri de transfer elaborat de către contribuabil către echipele specializate de la nivelul structurilor regionale și să își bazeze ulterior concluziile din raportul de inspecție fiscală strict pe observațiile formulate de acestea. Problema unei astfel de abordări este că, cel mai adesea, echipa regională specializată are acces la informații limitate (de regulă doar cele din dosarul prețurilor de transfer) și, chiar dacă dorește să obțină detalii suplimentare de la contribuabil, solicitările trebuie efectuate prin intermediul inspectorilor din teritoriu (persoanele din echipa regională specializată neavând statutul de membrii în echipa de inspecție și neputând, din punct de vedere procedural, comunica direct cu contribuabilul verificat). O astfel de interacțiune este destul de dificilă întrucât pentru purtarea dialogului, atât echipa centrală, cât și contribuabilul trebuie să se bazeze pe membrii echipei de inspecție și pe capacitatea acestora de a înțelege exact pe de o parte ce anume se dorește a fi explicat și pe de altă parte explicațiile oferite (capacitate limitată având în vedere lipsa cunoștințelor specifice de prețuri de transfer).

Un ultim aspect problematic observat în practică și demn de menționat se referă la situația în care echipa de inspecție, neavând cunoștințele necesare care să îi permită efectuarea analizelor de prețuri de transfer, doar solicită dosarul de prețuri de transfer contribuabilului pentru a bifa îndeplinirea punctului specific din metodologia de inspecție, fără însă a și verifica documentul și a formula în cadrul raportului de inspecție fiscală

concluzii cu privire la acesta (în cazuri extreme există și abordarea potrivit căreia se menționează în mod nelegitim în raportul de inspecție fiscală că nici măcar nu s-a solicitat contribuabilului dosarul de prețuri de transfer). Acest lucru are o multitudine de repercusiuni negative precum: periclitarea relației de încredere și cooperare care trebuie să existe între autoritatea fiscală și contribuabil, generarea unor costuri suplimentare de documentare (uneori semnificative) pentru contribuabil fără o utilitate în cadrul procesului de inspecție fiscală sau crearea unei situații de incertitudine în ceea ce privește modul de gestionare a prețurilor de transfer de către contribuabil pentru viitor (prin neformularea unei opinii cu privire la documentația de prețuri de transfer existentă, autoritatea fiscală ratează oportunitatea de a-i spune contribuabilului care sunt acele categorii de tranzacții unde, din perspectiva ei, acesta își gestionează în mod corespunzător prețurile de transfer și unde sunt necesare ajustări pentru viitor, de a purta un dialog constructiv și de a aduce lucrurile într-un cadru de certitudine pentru viitor prin gestionarea corespunzătoare a așteptărilor).

5. Posibile soluții

Din analiza dificultăților și deficiențelor existente în practică în România, precum și din investigarea modului în care alte autorități fiscale gestionează problematica prețurilor de transfer, se pot identifica și posibile soluții care să genereze beneficii precum asigurarea certitudinii și predictibilității fiscale, creșterea nivelului de comunicare și a gradului de încredere în relația contribuabil – autorități fiscale, asigurarea transferului de cunoștințe între cele două părți și reducerea eforturilor pentru rezolvarea disputelor.

Între acestea se pot menționa:

- completarea legislației secundare cu elementele menționate în legislația primară, în vederea asigurării unei mai mari clarități și oferirii unor indicații cât mai complete pe care contribuabilii să le aibă la dispoziție și să le poată utiliza în gestionarea problematicei de prețuri de transfer;
- elaborarea de către autoritățile fiscale a unor traduceri oficiale pentru lucrările în limba engleză la care se face referire în legislația locală sau care sunt utilizate în mod frecvent ca referință în practica autorităților fiscale și contribuabililor, pentru a evita traducerile necorespunzătoare ce pot genera denaturarea ideilor și conceptelor, opinii contradictorii și litigii;
- emiterea de către autoritățile fiscale a unor ghiduri pe teme specifice (de exemplu documentarea serviciilor intra-grup, analiza împrumuturilor intra-grup, analiza tranzacțiilor de licențiere de drepturi de proprietate intelectuală etc.), cu scopul de a oferi îndrumare contribuabililor în gestionarea unor aspecte mai complicate din sfera prețurilor de transfer, încurajând astfel conformarea voluntară și asigurând o bază comună de discuție în cadrul inspecțiilor fiscale. Chiar și în măsură în care, pe anumite arii, contribuabilii ar avea o opinie diferită, existența ghidurilor le-ar permite să cunoască și punctul de vedere al autorităților

fiscale și, în măsură în care argumentele din ghiduri sunt mai puternice decât propriile argumente, să își reconsidere punctul de vedere;

- elaborarea/aplicarea unei proceduri unitare de control în domeniul prețurilor de transfer, fapt ce ar genera consecvență, predictibilitate și transferul eficient de cunoștințe;
- asumarea de către autorități a fiecărei verificări efectuate asupra dosarelor de prețuri de transfer, pentru crearea unei relații de încredere cu contribuabilii, a oferi îndrumare și a încuraja conformarea voluntară;
- implementarea de mecanisme care să faciliteze dialogul real și productiv între contribuabili și autoritățile fiscale (respectiv echipele implicate efectiv în verificarea dosarelor de prețuri de transfer și care iau decizii cu privire la gestionarea corectă sau incorectă de către contribuabili a problematicii prețurilor de transfer);
- apelul la jurisprudență, respectiv luarea în considerare în procesul de conturare a practicilor în domeniul prețurilor de transfer, atât de către autoritățile fiscale, cât și de către contribuabili, a deciziilor formulate de instanțe pe anumite subiecte conceptuale (de ex. Deciziile nr. 3806/2022 și nr. 2651/2022 formulate de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în ceea ce privește serviciile intragrup, respectiv conceptul de „shareholder activities” și duplicarea de activități; Decizia nr. 3806/2022 formulată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în ceea ce privește selectarea părții testate; Decizia nr. 5322/2021 formulată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în ceea ce privește utilizarea unei anumite baze de date și necesitatea argumentării respingerii analizei contribuabilului etc.).

6. Concluzii

La 15 ani de la aducerea în prim-plan în România a problematicii prețurilor de transfer, legislația existentă la nivel local în acest domeniu este încă una perfectibilă din multe puncte de vedere, necesitând ajustări atât din punctul de vedere al modului de redactare cât și în ceea ce privește interpretarea și aplicarea în practică.

Odată cu sporirea numărului de inspecții fiscale în domeniul prețurilor de transfer și numărul disputelor dintre contribuabili și autoritățile fiscale a crescut semnificativ, pentru evitarea acestora fiind necesară o abordare proactivă având ca obiectiv perfecționarea continuă a legislației, eliminarea neclarităților și folosirea tehnicii legislative corespunzătoare.

Deși problemele sunt multiple, unele dintre ele au o rezolvare mai facilă atât din punct de vedere procedural, cât și din punctul de vedere al resurselor implicate (de ex. elaborarea unor traduceri oficiale pentru anumite lucrări elaborate de OECD) putând fi adresate relativ rapid. Altele necesită eforturi mai semnificative și o atenție sporită în ceea ce privește corelarea și completarea textelor de lege, oferirea de îndrumări suplimentare, unificarea abordărilor practice în cadrul activității de inspecție fiscală sau îmbunătățirea pregătirii inspectorilor fiscali.

Deși reglementările locale în domeniul prețurilor de transfer se doresc a fi o expresie a bunelor practici la nivel internațional, continuând să evolueze în funcție de noile tendințe

incluse în rapoartele OECD și UE, este nevoie de o strategie care să stea la baza dezvoltării unitare a legislației și nu de efectuarea de completări sau adăugiri doar în cazul constatării de deficiențe în practică.

Similar, deși rapoartele de activitate și performanță emise periodic de ANAF reflectă o preocupare continuă în ceea ce privește îmbunătățirea tehnicilor de control și pregătirii inspectorilor fiscali în analizarea prețurilor de transfer, efectul resimțit în practică al acestor demersuri este unul marginal, evidențiind importanța măsurării rezultatelor obținute din aplicarea „în teren” a cunoștințelor și nu doar bifarea desfășurării anumitor programe.

Pentru atingerea obiectivului de conformare voluntară este necesar ca autoritățile fiscale, așa cum solicită de la contribuabili proactivitate în gestionarea problematicii de prețuri de transfer, să dea la rândul lor dovadă de inițiativă prin elaborarea, punerea la dispoziția mediului de afaceri și utilizarea de ghiduri și metodologii, precum și prin instituirea de practici comune, în completarea legislației, toate constituind lucruri ce pot aduce un plus de valoare în cadrul relației contribuabili – autorități fiscale.

Criteria de selecție a celei mai potrivite metode de documentare a prețurilor de transfer. Metode tradiționale vs. metode tranzacționale

Selection criteria of the most appropriate transfer pricing documentation method. Traditional methods vs. transactional methods

Daniel IOVESCU*
ABA Consulting

Abstract

This article aims, on the one hand, to outline the minimal legal/theoretical framework regarding the analyzed issue and, more importantly, to present several controversies derived from practice, related to this legal/theoretical framework, which is constituted, in fact, as an argument for what we claim should be applied in practice, contrary to the position sometimes supported by the tax authorities.

Therefore, the theoretical framework, respectively the description of transfer pricing methods, has the role of introducing the readers to the sphere of problems. Forward, the article debates several contradictory aspects in the approach and application of transfer pricing documentation methods, outlining the solutions identified in the practice of fiscal inspections, respectively the solutions pronounced in the courts, or at the administrative level.

Keywords: *transfer pricing, comparable uncontrolled price method, resale price method, tested party, annual indicators, multiannual indicators.*

Rezumat

Prezentul articol urmărește, pe de-o parte, să contureze cadrul legal/teoretic minimal cu privire la problematica analizată și, mai important, să prezinte mai multe controverse desprinse din practică, raportat la acest cadru legal/teoretic, ce se constituie, în fapt, ca argument pentru ceea ce susținem că ar trebui aplicat în practică, în contradicție cu poziția susținută uneori de către organele fiscale.

Așadar, cadrul teoretic, respectiv descrierea metodelor de prețuri de transfer, are rolul de a introduce cititorii în sfera problemelor. În continuare, articolul dezbate mai multe aspecte contradictorii în abordarea și aplicarea metodelor de documentare a prețurilor de

* daniel.iovescu@abaconsulting.ro

transfer, conturând modalitățile de soluționare identificate în practica inspecțiilor fiscale, respectiv soluțiile pronunțate în instanțele de judecată, ori la nivel administrativ.

Cuvinte-cheie: *prețuri de transfer, metoda comparării prețurilor, metoda prețului de revânzare, parte testată, indicatori anuali, indicatori multianuali.*

1. Clasificarea și prezentarea generală a metodelor de analiză a prețurilor de transfer

La nivel conceptual, raportat inclusiv la gruparea din Liniile Directoare OCDE privind prețurile de transfer, metodele de analiză a prețurilor de transfer se clasifică în:

a) Metode tradiționale, în cadrul cărora identificăm:

i) Metoda comparării prețurilor;

ii) Metoda prețului de revânzare;

iii) Metoda cost-plus.

b) Metode tranzacționale, ce cuprind:

i) Metoda împărțirii profitului

ii) Metoda marjei nete.

În cadrul **metodei comparării prețurilor**, determinarea prețului de piață are la bază comparația prețului tranzacției analizate (tranzacție „controlată”, efectuată la „preț controlat”) cu prețurile practicate de alte entități independente de aceasta, atunci când sunt tranzacționate produse sau servicii comparabile (tranzacții „necontrolate” efectuate la „prețuri necontrolate”).

Din perspectiva posibilităților de comparare, ne putem situa în următoarele două ipostaze:

- Una din părțile participante la tranzacție încheie tranzacții similare cu o entitate independentă, în condiții comparabile din punct de vedere comercial (respectiv în cantități comparabile, în același punct din lanțul de producție și de distribuție și în condiții comparabile de livrare și de plată) – „comparabile interne”;

- Terțe persoane tranzacționează bunuri sau servicii identice sau similare în condiții comparabile cu tranzacțiile efectuate între persoane afiliate – „comparabile externe”.

În vederea aplicării metodei comparării prețurilor, este necesar ca una dintre următoarele două condiții să fie îndeplinită: (i) nici una dintre diferențele (dacă există) între tranzacțiile comparate sau între companiile care iau parte la aceste tranzacții nu ar putea avea un efect material asupra prețului tranzacției pe o piață deschisă sau (ii) pot fi efectuate ajustări cu un grad ridicat de acuratețe, pentru a elimina efectele unor astfel de diferențe. În acest sens, uzual, sunt permise ajustări în ceea ce privește: diferențe între termenii tranzacției; diferențe între cantitățile de bunuri vândute sau de servicii prestate; diferențe între perioadele de desfășurare a tranzacțiilor comparate etc.

Metoda prețului de revânzare se utilizează cu precădere atunci când cel care revinde nu majorează substanțial valoarea produsului ori atunci când, înainte de revânzare, bunurile suferă unele prelucrări suplimentare, dar se pot stabili marje suplimentare adecvat aplicate.

În cadrul metodei, prețul pieței este determinat pe baza prețului de revânzare al produselor și serviciilor către entități independente, diminuat cu cheltuielile de vânzare, alte cheltuieli ale contribuabilului și o marjă de profit.

În practică, pot exista cazuri în care mai multe persoane afiliate sunt implicate în lanțul de distribuție. În astfel de situații, metoda prețului de revânzare se va aplica separat pentru fiecare entitate, luându-se în considerare rolul și activitățile îndeplinite de fiecare persoană participantă la tranzacție.

În cadrul celei de-a treia metode tradiționale, **metoda cost-plus**, prețul tranzacției dintre două societăți asociate este determinat prin adăugarea la costul de producție a unei rate de profit corespunzătoare domeniului de activitate al producătorului. Astfel, valoarea de piață a tranzacțiilor controlate va fi determinată luând ca referință marja de profit realizată în tranzacții comparabile necontrolate. Atunci când se folosesc comparabile externe, marja de profit se va determina în baza unui studiu de comparabilitate efectuat pe un eșantion de societăți independente care au un profil funcțional și de risc similar cu cel al persoanei afiliate testate. Metoda prezintă aplicabilitate mai ridicată în cazul contractelor de producție industrială, ori când se determină costul serviciilor prestate între societăți asociate.

Metoda împărțirii profiturilor presupune estimarea profitului obținut de persoanele afiliate în urma uneia sau mai multor tranzacții și împărțirea acestor profituri între persoanele afiliate, proporțional cu profitul care ar fi fost obținut de către persoane independente. Profiturile trebuie împărțite astfel încât să reflecte funcțiile efectuate, riscurile asumate și activele folosite de către fiecare dintre părți, în conformitate cu rezultatele analizei funcționale. Metoda se utilizează atunci când tranzacțiile efectuate între persoane afiliate sunt interdependente, nefiind astfel posibilă identificarea unor tranzacții comparabile. În cadrul metodei, împărțirea profiturilor are la bază fie analiza contribuțiilor, fie analiza reziduală.

Metoda marjei nete („TNMM”) este, probabil, cea mai utilizată metodă de documentare a prețurilor de transfer, în contextul existenței bazelor de date specializate. Metoda presupune efectuarea unei comparații între anumiți indicatori financiari ai persoanelor afiliate și aceiași indicatori ai persoanelor independente care activează în cadrul unui domeniu de activitate specific. În aplicarea metodei trebuie luate în considerare diferențele dintre societățile ai căror indicatori sunt comparați.

Principala distincție între metoda cost-plus și metoda marjei nete este aceea că metoda cost plus utilizează marje („mark-up”-uri) calculate după costuri directe și indirecte de producție (baza de date Amadeus/Orbis nu conține o separare a costurilor în funcție de aceste criterii), pe când metoda marjei nete utilizează nivelul profitului influențat și de cheltuielile generale de exploatare ale societății.

2. Criterii de selecție a celei mai potrivite metode de documentare a prețurilor de transfer

Principiul valorii de piață („lungimii de braț”) din Liniile Directoare OCDE nu solicită contribuabililor aplicarea în paralel a mai multor metode (2.12).

În cuprinsul Liniilor Directoare OCDE regăsim mai multe prevederi în susținerea metodelor tradiționale de prețuri de transfer, în antiteza cu metodele tranzacționale:

- „2.3. **Metodele tradiționale sunt considerate cel mai direct mijloc de a stabili dacă condițiile relațiilor comerciale și financiare între întreprinderile asociate sunt bazate pe principiul valorii de piață ...** în cazul în care, ținând seama de criteriile descrise la alineatul 2.2, metoda comparării prețurilor (CUP) și o altă metodă de stabilire a prețurilor de transfer pot fi aplicate într-un mod la fel de fiabil, trebuie preferată metoda CUP (...)”;

- „2.7. În nicio situație, **metode tranzacționale bazate pe profit nu trebuie utilizate în așa fel încât să ducă la o supraimpozitare a întreprinderilor**, doar pentru că acestea realizează profituri mai mici decât media sau la o subimpozitare a întreprinderilor care realizează profituri mai mari decât media. Principiul valorii de piață nu justifică impunerea unui impozit suplimentar întreprinderilor care au un succes inferior mediei sau, invers, subimpozitarea întreprinderilor care au un succes peste medie, atunci când motivul succesului sau al lipsei acestuia poate fi atribuit unor factori comerciali”.

- De asemenea, corespunzător Liniilor Directoare OCDE: „În cazul în care este posibil să se localizeze tranzacții necontrolate comparabile, **metoda CUP este cea mai directă și mai corectă modalitate de a aplica principiului valorii de piață**” (2.15).

Chiar dacă în Liniile Directoare OCDE regăsim indicații cu privire la aplicarea cu prioritate a metodelor tradiționale și, în cadrul acestora, a metodei comparării prețurilor, în practică, **metodele tranzacționale sunt utilizate într-un număr semnificativ mai ridicat de situații decât ar decurge din statutul lor de metode de „ultimă instanță”** (cum erau percepute în trecut acestea, inclusiv în Liniile directoare OCDE), fiind de multe ori preferate (pe alocuri, chiar „forțate”) de către ANAF.

Din perspectiva cadrului legal local, în **Normele metodologice de aplicare a Codului fiscal** regăsim atât prevederi generale cu privire la gradul de adecvare a metodelor, cât și anumite indicații specifice anumitor tipuri de tranzacții.

Astfel, conform pct. 5 alin. (4) din Normele metodologice de aplicare a Codului fiscal: „... **În vederea stabilirii celei mai adecvate metode se au în vedere următoarele elemente:**

- a) metoda care se apropie cel mai mult de împrejurările în care sunt stabilite prețurile supuse liberei concurențe pe piețe comparabile din punct de vedere comercial;

- b) metoda pentru care sunt disponibile date rezultate din funcționarea efectivă a persoanelor afiliate implicate în tranzacții supuse liberei concurențe;

- c) gradul de precizie cu care se pot face ajustări în vederea obținerii comparabilității;

- d) circumstanțele cazului individual;

- e) activitățile desfășurate efectiv de diferitele persoane afiliate;

- f) metoda folosită trebuie să corespundă împrejurărilor date ale pieței și ale activității contribuabilului;

- g) documentația care poate fi pusă la dispoziție de către contribuabil”.

„Circumstanțele cazului individual care urmează să fie luat în considerare în examinarea prețului de piață sunt:

a) tipul, starea, calitatea, precum și gradul de noutate al bunurilor, mărfurilor și serviciilor transferate;

b) condițiile pieței pe care bunurile, mărfurile sau serviciile sunt folosite, consumate, tratate, prelucrate sau vândute unor persoane independente;

c) activitățile desfășurate și stadiile din lanțul producției și distribuției ale entităților implicate;

d) clauzele cuprinse în contractele de transfer privind: obligațiile, termenele de plată, rabaturile, reducerile, garanțiile acordate, asumarea riscului;

e) în cazul unor relații de transfer pe termen lung, avantajele și riscurile legate de acestea;

f) condițiile speciale de concurență”.

În ceea ce privește indicațiile specifice anumitor tipuri de tranzacții, alin. (9)-(13) de la pct. 5 din Normele metodologice de aplicare a Codului fiscal menționează:

• **(9) Atunci când se stabilește prețul de piață al serviciilor în cadrul tranzacțiilor dintre persoane afiliate, autoritățile fiscale examinează în primul rând dacă persoanele independente, cu un comportament adecvat, ar fi încheiat o asemenea tranzacție în condițiile stabilite de persoanele afiliate, luând în considerare **tarifele obișnuite pentru fiecare tip de activitate sau tarifele standard existente în anumite domenii, cum sunt: transport, asigurare.** În cazul în care nu există tarife comparabile se folosește metoda cost plus.**

• **(10) În cazul costurilor de publicitate, acestea se deduc de către acele persoane afiliate care urmează să beneficieze de pe urma publicității făcute sau, dacă este necesar, sunt alocate proporțional cu beneficiul. La calculul rezultatului fiscal, autoritățile fiscale estimează cheltuielile efectuate de persoanele afiliate cu publicitatea, proporțional cu beneficiile câștigate de aceste persoane din publicitate.**

• **(11) Când un contribuabil acordă un împrumut/credit unei persoane afiliate sau atunci când acesta primește un astfel de împrumut/credit, indiferent de scopul și destinația sa, prețul pieței pentru asemenea serviciu este constituit din dobânda care ar fi fost agreată de persoane independente pentru astfel de servicii furnizate în condiții comparabile, inclusiv comisionul de administrare a creditului, respectiv împrumutului. În cazul serviciilor de finanțare între persoane afiliate, pentru alocarea veniturilor se analizează:**

a) dacă împrumutul dat este în interesul desfășurării activității beneficiarului și a fost utilizat în acest scop;

b) dacă a existat o schemă de distribuție a profitului.

(...)

Atunci când se analizează cheltuielile/veniturile cu dobânda, trebuie luate în considerare: suma și durata împrumutului, natura și scopul împrumutului, garanția implicată, valuta implicată, riscurile de schimb valutar și costurile măsurilor de asigurare a ratei de schimb valutar, precum și alte circumstanțe de acordare a împrumutului.

Raportarea condițiilor de împrumut are în vedere ratele dobânzii aplicate în împrejurări comparabile și în aceeași zonă valutară de o persoană independentă (...)

• (12) Atunci când se stabilește **prețul de piață al drepturilor de proprietate intelectuală în cadrul tranzacțiilor dintre persoane afiliate**, autoritățile fiscale examinează în primul rând dacă persoanele independente, cu un comportament adecvat, ar fi încheiat o asemenea tranzacție în condițiile stabilite de persoane afiliate. În cazul transferului de drepturi de proprietate intelectuală, cum sunt: drepturile de folosire a brevetelor, licențelor, know-how și altele de aceeași natură, costurile folosirii proprietății nu sunt deduse separat dacă drepturile sunt transferate în legătură cu furnizarea de bunuri sau de servicii și dacă sunt incluse în prețul acestora.

• (13) **În cazul serviciilor de administrare și conducere din interiorul grupului** se au în vedere următoarele:

a) **între persoanele afiliate costurile de administrare, management, control, consultanță sau funcții similare sunt deduse la nivel central sau regional prin intermediul societății-mamă, în numele grupului ca un tot unitar. Nu poate fi cerută o remunerație pentru aceste activități, în măsura în care baza lor legală este relația juridică ce guvernează forma de organizare a afacerilor sau orice alte norme care stabilesc legăturile dintre entități.** Cheltuielile de această natură pot fi deduse numai dacă astfel de entități furnizează în plus servicii persoanelor afiliate sau dacă în prețul bunurilor și în valoarea tarifelor serviciilor furnizate se iau în considerare și serviciile sau costurile administrative. Nu pot fi deduse costuri de asemenea natură de către o filială care folosește aceste servicii luând în considerare relația juridică dintre ele, numai pentru propriile condiții, ținând seama că nu ar fi folosit aceste servicii dacă ar fi fost o persoană independentă;

b) **serviciile trebuie să fie prestate în fapt.** Simpla existență a serviciilor în cadrul unui grup nu este suficientă, deoarece, ca regulă generală, persoanele independente plătesc doar serviciile care au fost prestate în fapt.

3. Preferința (forțată) a organelor fiscale pentru utilizarea metodei marjei nete

Fără o motivare explicită, cu referire la criteriile de comparabilitate (termenii contractuali, funcții exercitate, caracteristicile bunurilor sau serviciilor, circumstanțele economice, strategiile economice) ce nu ar fi îndeplinite în cadrul tranzacțiilor necontrolate prezentate și, de multe ori, **fără respectarea procedurilor specifice** (ex. lipsa unei solicitări de informații suplimentare, ori a unei justificări, în respingerea abordării contribuabilului), **am asistat (în prea multe situații) la respingerea metodei comparării prețurilor în cadrul controalelor fiscale**, pe fondul unor suspiciuni generate de derularea prealabilă a unor analize de risc din care a rezultat neîncadrarea entității în intervalul de comparabilitate, calculat „generic” pentru un domeniu de activitate.

Aceasta, **pe fondul nerespectării criteriilor de selecție a metodelor de prețuri de transfer (conform celor expuse mai sus) și a refuzului ANAF de a accepta ca rezultatele companiei locale pot fi influențate și de alți factori** (obiectivi), decât prețurile de transfer practicate (documentate în baza metodei comparării prețurilor): 1. strategii de business și

de penetrare a pieței; 2. costuri de „start-up” și neatingerea unui nivel de activitate care să permită obținerea rentabilității așteptate; 3. posibilitatea înregistrării unor costuri peste media pieței etc.

De asemenea, nu de puține ori, am asistat la respingerea metodei prețului de revânzare de către ANAF, în condițiile în care, le fel ca metoda comparării prețurilor, **metoda prețului de revânzare este o metodă tradițională**, rezultând de aici o preferință raportat la o metodă tranzacțională (conform celor deja expuse).

În teoria prețurilor de transfer (Liniile Directoare OCDE, paragraful 3.18), **partea testată este cea mai simplă entitate implicată în cadrul unei tranzacții între părți afiliate, din punctul de vedere al profilului funcțional** – așadar, nu e obligatoriu să fie entitatea supusă investigației de prețuri de transfer, existând în acest sens inclusiv soluții în instanță, vizând, spre exemplu, analiza producător cu funcții și riscuri depline, cu activități multiple vs distribuitor afiliat (sens în care, cel din urmă, a fost acceptat ca parte testată).

Într-o tranzacție de achiziție a unor bunuri de la o entitate afiliată, în vederea revânzării către o entitate independentă (ex. activitate de distribuție), **marja brută este indicatorul influențat de tranzacție**, și nu profitul net. De mai multe ori, am constatat că **ajustările ANAF** cu privire prețurilor de transfer utilizate între un producător și un distribuitor, în baza unei analize la nivel de rezultat operațional (respectiv marja peste costurile operaționale), cu utilizarea metodei marjei nete, au condus la **valori ale prețului de transfer peste nivelul prețului de revânzare către o companie independentă – ceea ce este un nonsens**.

O altă controversă în materia prețurilor de transfer, analizată în cele ce urmează, vizează **tipul de indicatori analizați în cadrul metodei marjei nete** (și nu numai).

Astfel, în timp ce referințele din Liniile Directoare OCDE și practica la nivelul forumurilor de prețuri de transfer de la nivelul Uniunii Europene sunt în direcția unei **analize multianuale a datelor comparabile**¹ (motivațiile fiind centrate în direcția unei stabilizări a intervalului de comparabilitate, respectiv a eliminării influenței asupra rezultatelor a unor factori cu caracter excepțional, cum ar fi: ciclurile de dezvoltare ale produselor și/sau afacerii; strategiile de penetrare a pieței; evoluțiile generale ale industriei sau ale țării etc.), **ANAF manifestă o preferință în utilizarea unei analize „an pe an”**.

Cu toate acestea, în practica controalelor am identificat și situații în care a fost acceptată o analiză multianuală a datelor aparținând companiilor comparabile, atât în ipoteza în care nu sunt disponibile/publicate alte tipuri de informații (acceptarea utilizării în dosarele curente a unei referințe multianuale de 3 ani precedenți, spre exemplu, în cazul

¹ Menționăm în acest sens: 1) paragraful 3.76 din Liniile Directoare OCDE („3.76. Pentru a obține o înțelegere completă a faptelor și circumstanțelor din jurul tranzacției controlate, în general, ar putea fi utilă controlarea datelor atât din anul examinat, cât și din anii anteriori (...) O astfel de analiză poate fi deosebit de utilă atunci când se aplică o metodă a profitului tranzacțional. [...] Datele multianuale pot îmbunătăți, de asemenea, înțelegerea acordurilor pe termen lung”); 2) EU Joint Transfer Pricing Forum: Report on the use of comparables in the EU (JTPF/0007/2016/FINAL/EN); 3) EU Joint Transfer Pricing Forum: Guidelines on low value adding intra-group services (JTPF/020/REV3/2009/EN) – un studiu fundamentat pe o analiză multianuală; 4) OMFP nr. 442/2016, Anexa 3 (ca dispoziție legală locală, vizând acceptarea, de principiu, a ambelor tipuri de abordări: „prezentare a motivelor pentru care s-a recurs la o analiză multianuală sau la o analiză anuală a datelor comparabile, după caz”).

entităților obligate să dețină un dosar al prețurilor de transfer), cât și atunci când analizele au vizat perioade închise fiscal în urmă cu mai muți ani.

4. Concluzii cu privire la abordările practice valide

Urmare a analizei cadrului legal/teoretic aplicabil problematicii analizate, respectiv în urma parcurgerii modalităților de soluționare identificate în practica inspecțiilor fiscale, în soluțiile pronunțate în instanțele de judecată, ori la nivel administrativ, **apreciem ca putem contura fundamentat următoarele concluzii:**

- **Aplicarea metodelor tradiționale de documentare a prețurilor de transfer** (în special Metoda comparării prețurilor) reprezintă o opțiune cu fundamente legale/teoretice solide, constituind, în fapt, **o primă opțiune de lucru, atunci când pot fi identificate tranzacții comparabile independente**, iar eventualele ajustări de comparabilitate sunt acurate și nu influențează material prețul/comparabilitatea tranzacțiilor.

- **Parte testată în cadrul unei analize de prețuri de transfer nu e obligatoriu sa fie compania supusă investigației de prețuri de transfer**, ci, de regulă, este partea cea mai puțin complexă implicată în tranzacția analizată (ex. poate fi revânzătorul afiliat, nu obligatoriu producătorul supus investigației de prețuri de transfer).

- **Atât analiza anuală, cât și analiza multianuală a indicatorilor/datelor comparabile reprezintă opțiuni cu susținere legală/teoretică solidă, acceptate inclusiv în practica controalelor** (chiar dacă există o preferință din partea ANAF pentru analiza anuală). Modalitatea de efectuare a analizei poate fi influențată atât de anumiți factori specifici (ex. tipul activității derulate; anumite cicluri/etape de dezvoltare ale afacerii și/sau ale industriei în care compania activează), cât și de disponibilitatea datelor raportat la momentul derulării analizei de prețuri de transfer.

- **Prețurile de transfer utilizate în cadrul tranzacțiilor între companii afiliate nu reprezintă singurul factor ce influențează performanțele companiilor locale.** Astfel, rezultatele contabile și fiscale ale acestora pot fi influențate și de alți factori obiectivi, fără legătură cu tranzacțiile cu companii afiliate – ex. derularea unor proiecte de investiții, ce necesită un timp până ajung la maturitate; costuri locale (ex. personal, flota auto, spații de lucru) mai mari decât ale concurenței (unele deja “ajustate” fiscal prin deductibilitate limitată – ex. amortizare auto); ineficiență locală; evoluția industriei și/sau a țării (inclusiv factori geopolitici) etc.

Obligația motivării în procedura de control fiscal – a organelor fiscale, a contribuabilului, a judecătorului sau a nimănui?

The obligation to motivate in the tax audit procedure – of the tax authority, the taxpayer, the judge or of no one?

Avocat **Bogdan MĂRCULET***
Reff și Asociații/Deloitte Legal

Abstract

The reasoning in the tax control procedures, followed by the tax appeal against the issued administrative fiscal deeds, is not always assumed by the participants in these procedures. The lack of an effective reasoning, the gaps in the reasoning or the overly general reasonings, which do not target the real tax issue, can be found at all levels where the obligation to motivate intervenes: during the effective tax control, in the procedure of the settlement of the tax appeal or in the judicial procedure. This trend is growing and affects the clarification of the tax issue faced by the taxpayer.

Keywords: Reasoning, fiscal bodies, taxpayer, tax control, court of law, tax appeal.

Rezumat

Motivarea în cadrul procedurilor de control fiscal, urmate de contestația fiscală îndreptată împotriva actelor administrativ-fiscale emise, nu este întotdeauna asumată de participanții la aceste proceduri. Lipsa unei motivări efective, lacunele în motivare sau motivările prea generale care nu ținesc problema fiscală reală se regăsesc în toate palierele în care intervine obligația de motivare: în cadrul controlului efectiv, în procedura de soluționare a contestației fiscale sau în procedura judiciară. Această tendință este în creștere și afectează clarificarea problemelor fiscale cu care se confruntă contribuabilul.

Cuvinte-cheie: motivare, organe fiscale, contribuabil, control fiscal, instanța de judecată, contestație fiscală.

Obligația motivării în procedura de control fiscal este lăsată adesea „între scaune”. Deși această obligație revine tuturor participanților la procedura de control, de foarte multe ori,

* bmarculet@reff-associates.ro

motivarea nu este asumată pe deplin de niciun participant și rămâne într-o sferă generală, care nu atinge esența și nu clarifică problema fiscală care a dat naștere respectivei proceduri.

Ne referim în cadrul prezentului material cu precădere la obligația motivării în cadrul procedurilor de control fiscal, urmate de contestația fiscală îndreptată împotriva actelor administrativ-fiscale emise în cadrul procedurilor de control și de litigiul subsecvent în instanță. Prin urmare, atunci când ne referim la procedurile de control fiscal, avem în vedere și etapele de contestare subsecvente.

Experiența practică arată că multe din actele emise în urma finalizării procedurilor de control fiscal sunt motivate necorespunzător, iar acest neajuns nu este remediat în etapa următoare a contestației fiscale și uneori nici în cea a judecății.

Motivarea necorespunzătoare poate lua diferite forme, dar probabil cea mai răspândită este deconectarea acesteia de la realitatea tot mai complexă și tehnică a tranzacțiilor, a relațiilor de muncă sau a comerțului electronic. Cu cât crește complexitatea acestora, cu atât mai complicate devin și problemele fiscale. Cu toate acestea, indiferent de complexitatea problemelor fiscale pe care le au contribuabilii, în cadrul procedurilor fiscale de control, motivarea actelor autorităților rămâne de multe ori stereotipă și încremenită în timp, perpetuată de la un act administrativ-fiscal la altul, chiar dacă situațiile de fapt sunt fundamental diferite.

Această tendință este accentuată și de lipsa unei veritabile sancțiuni care să fie aplicare în procedurile de contestare, administrativă sau judiciară, dar și de o creștere a numărului de hotărâri judecătorești motivate fără respectarea cerințelor legale și care sunt casate în cadrul căilor de atac de către instanțele superioare.

În cadrul procedurii de control fiscal, înțeleasă în sens larg, după cum am menționat mai sus, considerăm că se regăsesc trei paliere principale în care obligația de motivare este caracteristică.

În primul rând, obligația de motivare revine organelor fiscale în cadrul controlului fiscal efectiv, indiferent de forma în care se desfășoară acesta (inspecție fiscală, control inopinat, verificare documentară etc.).

În al doilea rând, obligația de motivare revine contribuabilului în cadrul contestației fiscale. Desigur că în această etapă a contestației, organele fiscale au la rândul lor obligația de motivare, decizia de soluționare a contestației trebuind motivată, întocmai ca orice act administrativ-fiscal. Însă, având în vedere faptul că, de cele mai multe ori, motivarea deciziei de soluționare a contestației este în bună măsură identică motivării din Raportul de inspecție fiscală, apreciem că obligația caracteristică acestei etape aparține contribuabilului.

Nu în ultimul rând, în cadrul procedurii judiciare, obligația caracteristică de motivare revine instanței judecătorești prin hotărârile pronunțate în cauzele referitoare la atacarea deciziilor de soluționare a contestațiilor formulate împotriva actelor administrativ-fiscale emise în cadrul procedurilor de control fiscal. Precum în cazul contestațiilor fiscale, nu trebuie minimizată obligația de motivare a cererii de chemare în judecată care incumbă contribuabilului, dar, având în vedere că această obligație este oarecum similară celei care

incumba contribuabilului în cadrul contestației fiscale, caracteristică acestei etape judiciare considerăm că rămâne obligația de motivare a judecătorului.

În cele ce urmează vom analiza pe scurt aspecte esențiale cu privire la cele trei paliere menționate.

1. Obligația de motivare a organelor fiscale

Circumscriind tematicii prezentului material, ne propunem în continuare să prezentăm cadrul legal cu privire la obligația de motivare a actelor administrativ-fiscale emise ca urmare a controalelor fiscale în contrast cu anumite exemple practice, precum și modul în care este sancționată neîndeplinirea acestei obligații de către instanțele judecătorești.

1.1. Cadrul legal

Dincolo de art. 46 alin. (2) lit. e) și f) C. pr. fisc., care reglementează obligația ca orice act administrativ-fiscal să fie motivat, atât în fapt, cât și în drept, o importanță deosebită în ceea ce privește procedurile de control fiscal o deține art. 73 alin. (2) C. pr. fisc. potrivit căruia *organul fiscal are sarcina de a motiva actele administrative fiscale emise pe bază de probe sau constatări proprii*.

Textul de lege trasează în mod expres și concret coordonatele și limitele care se impun organului fiscal atunci când motivează un act administrat fiscal. Astfel, motivarea actelor administrativ-fiscale trebuie să se bazeze fie pe probe, fie pe constatări proprii organului fiscal.

În ceea ce privește probele, art. 55 alin. (1) C. pr. fisc. clarifică semnificația acestei noțiuni: *constituie probă orice element de fapt care servește la constatarea unei stări de fapt fiscale, înregistrări audiovideo, date și informații aflate în orice mediu de stocare, fișierul standard de control fiscal stocat într-un mediu care asigură unicitatea, integralitatea și integritatea acestuia, precum și alte mijloace materiale de probă, care nu sunt interzise de lege*.

În schimb, în cadrul Codului de procedură fiscală nu se regăsește nicio definiție expresă a noțiunii de *constatări*, cu toate că această noțiune este de esența actelor emise ca urmare a finalizării acțiunilor de control fiscal.

Spre exemplu, conform art. 131 alin (2) C. pr. fisc., **constatările** organelor fiscale în legătură cu toate perioadele și toate obligațiile fiscale înscrise în avizul de inspecție fiscală alcătuiesc conținutul raportului de inspecție fiscală care se întocmește la finalizarea inspecției fiscale. De asemenea, potrivit art. 130 alin. (1) C. pr. fisc., contribuabilul trebuie informat pe parcursul desfășurării inspecției fiscale despre aspectele **constatate** în cadrul acțiunii de inspecție fiscală, iar la încheierea acesteia, despre **constatările** și consecințele lor fiscale.

O altă mențiune relevantă cu privire la constatări se regăsește în art. 1 C. pr. fisc., respectiv în cadrul definiției dosarului administrativ al acțiunii de control fiscal, care

cuprinde *totalitatea documentelor și informațiilor care stau la baza **constatărilor** organului de control fiscal din punct de vedere faptic și legal, precum și cele emise în legătură cu administrarea mijloacelor de probă.*

Prin urmare, deși nu se confundă cu motivarea, constatările organelor fiscale sunt cele care reprezintă cea mai importantă parte a procesului de motivare, respectiv cea care conduce organele fiscale să stabilească anumite consecințe fiscale ale stărilor de fapt observate în cadrul unui control fiscal.

Această concluzie reiese cât se poate de clar din prevederile art. 6 alin (1) teza întâi C. pr. fisc., conform căroră: „*Organul fiscal este îndreptățit să aprecieze, în limitele atribuțiilor și competențelor ce îi revin, relevanța stărilor de fapt fiscale prin utilizarea mijloacelor de probă prevăzute de lege și să adopte soluția întemeiată pe prevederile legale, precum și pe constatări complete asupra tuturor împrejurărilor edificatoare în cauză raportat la momentul luării unei decizii*”.

Or, art. 6 nu doar impune organului fiscal să adopte o soluție întemeiată pe prevederile legale și pe constatări complete asupra tuturor împrejurărilor edificatoare în cauză, dar impune în mod implicit și un standard de calitativ specific motivării actelor emise în urma controlului fiscal. Acest standard calitativ este dat de sintagmele *constatări complete și asupra tuturor împrejurărilor edificatoare*, care evocă un deziderat de exhaustivitate.

Întrucât motivarea actelor administrativ fiscale se bazează pe constatări, iar aceste constatări trebuie să fie complete, atunci rezultă în mod clar că motivarea la rândul ei trebuie să evoce această tendință de exhaustivitate (*tuturor, complete*) și de claritate (*edificatoare*).

Exemple care susțin necesitatea unei motivări adecvate bazate pe constatări solid fundamentate se regăsesc și în legislația secundară.

În acest sens, regăsim în cadrul Ordinului nr. 4077/2020 pentru aprobarea Procedurii de întocmire, avizare și aprobare a raportului de inspecție fiscală următoarele prevederi relevante:

- „3.1.3. Orice **constatare** a organelor de inspecție fiscală va fi discutată, după fundamentarea acesteia, cu șeful de serviciu pentru a susține cele constatate și pentru a fi validată încadrarea legală a acestora”.

- „3.2.9. **Constatările** care se înscriu în raportul de inspecție fiscală trebuie să fie proprii organelor de control, bazate pe date, informații sau documente, să fie expuse clar și concis, eliminându-se orice elemente și descrieri personale inutile, neconcludente și nedocumentate, care încarcă nejustificat conținutul raportului de inspecție fiscală”.

- „3.3.4. Avizarea raportului de inspecție fiscală constă în verificarea corectitudinii încadrării în prevederile legale a **constatărilor** din raportul de inspecție fiscală, precum și înscrierea numelui și prenumelui șefului de serviciu, data semnării și semnătura acestuia”.

În plus, Codul etic al inspectorului fiscal aprobat prin Ordinul 1753/2003 impune inspectorilor fiscali ca în relațiile cu contribuabilii „să acorde importanța și timpul necesar discuțiilor cu contribuabilii sau cu cei desemnați legal în acest sens, pentru a fundamenta **constatările** pe baza tuturor argumentelor contribuabilului”.

1.2. Exemple practice

Fără a reprezenta în niciun caz o listă exhaustivă, în cele ce urmează vom exemplifica, prin extrase din diverse rapoarte de inspecție fiscală, cum este motivată de către organele de inspecție fiscală neacordarea deductibilității pentru cheltuielile cu diverse servicii de management primite de către un contribuabil român de la o societate din grup și TVA aferentă.

Alegerea exemplelor din această categorie este justificată din două perspective principale: în primul rând, ținând seama de faptul că acest tip de problemă fiscală este una dintre cele mai des întâlnite în cadrul inspecțiilor fiscale desfășurate, iar în al doilea rând, având în vedere tocmai generalitatea respectivei probleme fiscale, aceasta este întâlnită în domenii de activitate cât se poate de diferite, ceea ce permite să se compare în ce mod organele fiscale țin cont de *împrejurările edificatoare din fiecare cauză* atunci când motivează actele emise în urma procedurilor de control.

Astfel, în cadrul unei inspecții fiscale care a vizat un contribuabil din industria prelucrării de angrenaje, organele de inspecție au motivat refuzul acordării deductibilității în principal prin aceea că *„nu s-au prezentat acte și documente din care să rezulte legătura cu activitatea petentei și astfel să justifice prestarea serviciilor în beneficiul firmei din România, respectiv prestarea efectivă a acestor servicii în scopul activității economice/operațiunilor taxabile”*.

Într-un alt exemplu care privește o inspecție fiscală la un contribuabil din domeniul produselor de panificație, organul de inspecție a considerat că *„societatea nu a prezentat situații de lucrări, procese-verbale, rapoarte de lucru, studii de fezabilitate prin care să se facă dovada prestării efective a serviciilor și nici nu s-a demonstrat necesitatea efectuării cheltuielilor prin specificul activităților desfășurate”*.

În cazul unei societăți din domeniul componentelor electrice, organele de inspecție au motivat după cum urmează: *„Nu s-a făcut dovada de către (...) că a fost adus la îndeplinire scopul final al serviciilor de consultanță (de a permite contractantului să intre pe piețele străine și/sau să sprijine vânzările pe aceste piețe și/sau să crească vânzările pe aceste piețe)”*.

Un ultim exemplu se referă la un contribuabil din domeniul transporturilor, unde deductibilitatea nu a fost acordată întrucât, în motivarea organelor fiscale, *„societatea verificată nu a prezentat organelor de inspecție fiscală rapoarte de lucru sau alte documente justificative prin care să ateste că serviciile facturate de (...) au fost utile și necesare pentru desfășurarea activității”*.

Din exemplele menționate mai sus, se poate observa că refuzul acordării deductibilității este asemănător (spre identitate) în toate situațiile, fiind motivat, pe de-o parte, de lipsa unor dovezi/acte/documente constând în rapoarte de lucru, situații de lucrări etc., iar pe de altă parte, de lipsa unei justificări privind necesitatea/utilitatea/beneficiul adus de serviciile achiziționate. În plus, limbajul utilizat de organele fiscale este asemănător.

În toate inspecțiile menționate mai sus, contribuabilii puseseră la dispoziția organelor fiscale un număr important de documente din care să reiasă atât natura acestora, cât și

beneficiul adus, raportat la specificul relației contractuale, cât și a industriei în care acționa fiecare dintre acești contribuabili.

Cu toate acestea, motivarea organelor fiscale rămâne aproape identică, indiferent de faptul că circumstanțele sunt diferite, dar și lacunară, superficială și foarte generală, în sensul că nu se explică de ce documentele specifice prezentate nu ar putea reprezenta dovezi în înțelesul pe care îl dau organele de inspecție fiscală în paragrafele citate.

Practic, simpla afirmație a organelor fiscale că lipsesc documentele justificative sau că serviciile nu au fost utile și necesare pentru desfășurare activității economice se impune mai degrabă ca un adevăr dat, lipsind în realitate acele constatări fundamentate *pe baza tuturor argumentelor contribuabilului sau bazate pe date, informații sau documente, expuse clar și concis, eliminându-se orice elemente și descrieri personale inutile, neconcludente și nedocumentate*.

Or, în lipsa unei motivări fundamentate, problema fiscală nu este de fapt clarificată, iar contribuabilul se regăsește în situația de a nu cunoaște care sunt motivele pentru care organul fiscal consideră că tratamentul fiscal aplicat este greșit sau care ar fi pașii de urmat pentru a remedia această situație.

1.3. Sancționarea lipsei motivării sau motivării necorespunzătoare de către instanțele de judecată

Lipsa motivării sau motivarea necorespunzătoare este rareori sancționată de către instanțele de judecată atunci când se pune în discuție legalitatea unui act administrativ fiscal prin care se stabilesc diferențe de obligații fiscale.

De cele mai multe ori, instanțele de judecată evită să pronunțe soluții prin care se anulează astfel de acte motivate necorespunzător, urmând să judece pe fond. Spre exemplu, într-o hotărâre recentă¹ Curtea de Apel Iași consideră:

„Analizând dispoziția contestată în coroborare cu cele trei decizii de impunere a căror anulare se cere, Curtea constată că aceasta este motivată atât în fapt, cât și în drept, emitentul actului redând, în linii mari, situația de fapt care a generat raportul de drept fiscal și temeiurile de drept avute în vedere la calcularea impozitului pe clădiri datorat de reclamant.

(...)

Or, este adevărat că cele trei decizii de impunere nu cuprind pe larg motivele care au stat la baza acestora, fiind indicate doar suprafețele cu privire la care s-a calculat impozitul și suma datorată, însă acestea nu pot fi privite singular, ci în coroborare cu dispoziția contestată, mai ales că aceste acte (deciziile de impunere) reprezintă în realitate formulare tipizate, după modelul impus la nivel național și în cuprinsul cărora s-au inserat un număr limitat, însă suficient de informații, conform secțiunilor pe care le cuprind”.

¹ Hotărârea nr. 442/2023 din 11.09.2023, cod RJ 597938d65 (<https://rejust.ro/juris/597938d65>) – Curtea de Apel Iași.

Evocator în această decizie este faptul că instanța de judecată reține că motivarea este realizată *în linii mari* și că deciziile de impunere *nu cuprind pe larg motivele care au stat la baza acestora*, cu toate acestea, instanța nu consideră că aceste aspecte ar fi suficiente pentru a atrage nulitatea actelor atacate.

La polul opus și, prin urmare, o decizie destul de rară este pronunțată de Curtea de Apel Timișoara² care constată:

„În ceea ce privește motivarea refuzului de recunoaștere a deductibilității TVA în sumă de 642 lei și a deductibilității din profitul impozabil a cheltuielilor în sumă totală de 2.681 lei, Curtea reține o carență a motivării în fapt a actelor contestate. Astfel, cu privire la TVA de 642 lei și impozitul pe profit, constatările organelor fiscale din Decizia de impunere fac trimitere la Anexele la Raportul de inspecție fiscală, motivarea fiind sumară și neputându-se reține motivul pentru care au fost declarate nedeductibile anumite cheltuieli sau TVA aferentă anumitor facturi.

Anexa nr. 1 la raportul de inspecție fiscală expune emitentul și numerele de identificare ale facturilor, și menționează TVA și impozitul pe profit corespunzător fiecărei facturi, fără explicații suplimentare privind nerespectarea dispozițiilor legale invocate sau a altor elemente de fapt care ar determina încălcarea acestor reglementări.

(...)

În speță, Curtea reține că organele fiscale au indicat reglementările legale pretins încălcate, dar nu au expus argumentele și constatările de fapt pe baza cărora au reținut nedeductibilitatea respectivelor cheltuieli din profitul impozabil și TVA. În acest sens, Curtea observă că în raportul de inspecție fiscală nu sunt indicate bunurile și serviciile achiziționate de reclamantă prin respectivele facturi și nu se face o analiză a obiectului facturilor în raport cu obiectul de activitate al reclamantei, pentru a se justifica aprecierea conform căreia reclamanta nu a făcut dovada că acele cheltuieli sunt aferente realizării de venituri, respectiv că pentru acele achiziții reclamanta nu a putut face dovada că sunt aferente unor operațiuni taxabile în materia TVA. Practic, nu se arată de ce tocmai aceste facturi – din totalul facturilor examinate – ar cuprinde cheltuieli nedeductibile din profitul impozabil și TVA datorate de reclamantă. Raportat la constatarea lipsei motivelor de fapt ale stabilirii impozitului pe profit în sumă de 429 lei și a TVA în sumă de 642 lei, Curtea reține nelegalitatea stabilirii acestor debite în sarcina reclamantei, actele contestate fiind redactate într-un mod care împiedică examinarea legalității acestor obligații fiscale, ca urmare a lipsei motivării în fapt”.

În acest caz, organele fiscale nu au motivat nici în decizia de impunere, nici în raportul de inspecție fiscală de ce au refuzat deductibilitatea unor cheltuieli și a TVA aferentă, neindicând nici care au fost bunurile sau serviciile achiziționate de reclamantă și neanalizând obiectul facturilor prezentate de contribuabil prin raportare la obiectul de activitate al acestuia. Or, în aceste condiții, instanța de judecată a considerat că nu a fost respectată

² Hotărârea nr. 675/2022 din 29.06.2022 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, cod RJ 399486973 (<https://www.rejust.ro/juris/399486973>).

exigența de motivare a actelor administrativ-fiscale, impunându-se anularea în parte a actelor neconforme.

Cu toate acestea, deciziile de acest fel sunt foarte rare, în special raportat la numărul actelor administrativ-fiscale nemotivate sau motivate necorespunzător, ceea ce poate constitui un factor important pentru conduita organelor fiscale, care nu caută să-și îmbunătățească motivarea în absența unor sancțiuni mai dese și mai energice.

2. Obligația de motivare a contribuabilului

În ceea ce privește obligația de motivare a contribuabilului în etapa contestației fiscale, cadrul legal se regăsește la art. 269 C. pr. fisc. Potrivit acestei dispoziții, contestația fiscală se formulează în scris și cuprinde datele de identificare ale contestatorului, obiectul contestației, motivele de fapt și de drept, dovezile pe care se întemeiază și semnătura contestatorului sau a împuternicitului acestuia.

Este, de asemenea, important de menționat faptul că, fără a se confunda cu motivarea, obiectul contestației fiscale este reprezentat atât de sumele și măsurile stabilite și înscrise de organul fiscal în titlul de creanță sau în actul administrativ fiscal atacat, precum și sumele și măsurile nestabilite de către organul fiscal, dar pentru care există această obligație potrivit legii.

În cazul în care se contestă sume stabilite de organul fiscal, contribuabilul trebuie să specifice cuantumul sumei totale contestate, individualizată pe categorii de creanțe fiscale. În cazul în care contribuabilul nu face această precizare, organul fiscal de soluționare solicită contribuabilului să remedieze această lipsă în termen de 5 zile. În lipsa acestei precizări, se consideră atacat întregul act administrativ.

Precizările efectuate sunt importante pentru a circumscrie obligația de motivare pe care o are contribuabilul, întrucât potrivit art. 276 alin. (1) C. pr. fisc., analiza contestației se face în raport cu susținerile părților. Prin urmare, organul de soluționare, cel puțin teoretic, ar trebui să răspundă în decizia de soluționare tuturor aspectelor susținute de contestator.

În cazul în care contestația fiscală este nemotivată total sau parțial, poate fi respinsă ca nemotivată. Această sancțiune, deși nu este menționată în cadrul art. 279 C. pr. fisc., este reglementată la pct. 10.1 din Instrucțiunile pentru aplicarea art. 279, aprobate prin Ordinul nr. 1021/2022 emis de Ministerul Finanțelor.

În lumina acestor prevederi legale, o întrebare care se poate pune cu privire la obligația de motivare a contribuabilului este dacă acesta are obligația de a prezenta în contestație motive pentru fiecare sumă ce compune suma totală reținută de organul fiscal în sarcina sa.

În opinia noastră, contribuabilul nu ar avea o asemenea obligație, întrucât art. 269 C. pr. fisc. impune doar includerea în contestație a motivelor de fapt și de drept, fără însă a limita în vreun fel modalitatea în care contestatarul poate să prezinte aceste motive de fapt sau de drept. Spre exemplu, contribuabilul poate invoca un motiv de nulitate care afectează întregul act administrativ-fiscal, respectiv depășirea dublului duratei maxime de efectuare a inspecției fiscale, motiv care privește întreaga suma contestată, nefiind specific doar

pentru o sumă anume. În acest caz, nu se poate susține că, în lipsa unui alt motiv care să privească o anumită parte din sumă, contestația este nemotivată pentru acea parte.

Într-o decizie a Curții de Apel București, în care instanța a analizat dacă organul de soluționare a contestației a respins în mod corect ca nemotivată contestația fiscală a contribuabilului pentru o parte din suma contestată, s-a reținut:

„Niciun text legal nu impune o asemenea cerință excesivă contribuabilului care formulează o contestație întemeiată pe dispozițiile art. 205 C. pr. fisc. împotriva unui act administrativ-fiscal, respectiv aceea de a argumenta în fapt și în drept, în mod distinct, pentru fiecare sumă ce compune suma totală ce constituie creanța fiscală constituită în sarcina sa, acesta având doar obligația de a prezenta motivele de fapt și drept ale contestației în ansamblul său, cu privire la suma contestată”³.

Prin urmare, în limita sumei contestate, contribuabilul nu poate fi limitat sub aspect calitativ cu privire la criticile pe care le aduce în diferite faze ale contestării unui act administrativ-fiscal.

Această interpretare pare a fi susținută și de recenta Decizie nr. 20/2023 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție pentru dezlegarea unei chestiuni de drept, conform căreia *„motivele de nelegalitate invocate în cererea de anulare a deciziei de soluționare a contestației și a actelor administrative fiscale la care aceasta se referă nu sunt limitate la cele invocate în contestația administrativă”*.

De altfel, această soluție lasă oarecum lipsită de interes prevederea din Instrucțiunile pentru aplicarea art. 279 care dau posibilitatea organului de soluționare a contestației să o respingă ca nemotivată.

Bineînțeles, această soluție a Înaltei Curți tranșează în principal problema invocării unor motive noi de nelegalitate, direct în fața instanțelor de judecată, contribuabilul având astfel posibilitatea să-și consolideze apărarea în etapa judiciară, nefiind limitat la motivele pe care le-a indicat în contestația fiscală.

3. Obligația de motivare a instanței

Atacarea deciziilor emise în soluționarea contestațiilor fiscale împreună cu actele administrativ-fiscale la care se referă acestea la instanța de contencios administrativ reprezintă ultima etapă în cadrul procedurii mai ample de contestare a actelor administrativ-fiscale emise în urma controalelor fiscale.

În această etapă, un act administrativ-fiscal motivat necorespunzător, chiar dacă nu este anulat pentru acest simplu motiv, urmează a fi analizat de către instanța de judecată din perspectiva celorlalte motive de nelegalitate invocate de contribuabil în cererea de anulare. Această analiză ar trebui să clarifice problemele fiscale deduse judecății în cuprinsul motivării hotărârilor judecătorești pronunțate în litigiul care are ca obiect cererea de anulare a actelor administrativ-fiscale prin care se impun impozite și taxe.

³ Sentința civilă nr. 1993 din 8 iunie 2016, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal.

Cu toate acestea, în practica instanțelor judecătorești se poate observa o tendință de creștere a cazurilor în care motivarea hotărârilor judecătorești nu clarifică problemele fiscale deduse judecății.

Tendința de creștere se poate decela din analiza⁴ în special a gradului de admitere a recursurilor de către instanțele superioare cu privire la hotărârile pronunțate de instanțele de contencios administrativ de fond în cererile de anulare a actelor administrativ-fiscale care stabilesc impozite și taxe. Astfel, din această analiză reies următoarele aspecte.

În acțiunile care privesc anularea actelor administrativ-fiscale, Tribunalele au pronunțat soluții de admitere în proporție de 68,84% din cazuri și soluții de respingere în 17,45% din cazuri. În recursurile îndreptate împotriva hotărârilor pronunțate conform celor de mai sus de către Tribunale, Curțile de Apel au respins recursurile în proporție de 81,96% și au admis recursurile în proporție de 13,83%.

Pentru cererile în anulare judecate în primă instanță de către Curțile de Apel, procentul de admitere este de 35,47%, iar cel de respingere de 38,72%. În recurs, Înalta Curte de Casație și Justiție a respins aproximativ⁵ 54% dintre recursurile promovate împotriva hotărârilor pronunțate conform celor de mai sus de către Curțile de Apel, și a admis aproximativ 27%.

Analiza în bazele de date existente nu permite în acest moment o estimare precisă a numărului de hotărâri judecătorești pronunțate de instanțele de recurs prin care se admit recursurile și se casează hotărârile instanțelor de fond pentru lipsa motivării sau motivării necorespunzătoare⁶. Cu toate acestea, o analiză „mecanică”, prin propriile simțuri ale acestor hotărâri relevă că o majoritate covârșitoare dintre acestea au la bază tocmai motivarea lipsă sau necorespunzătoare efectuată de prima instanță.

În cele ce urmează încercăm să sintetizăm principalele cauze identificate care conduc instanțele de recurs să aprecieze că instanțele de fond nu au realizat o motivare adecvată în cadrul acțiunilor având ca obiect anularea actelor administrativ-fiscale (aceste cauze principale au fost extrase din cadrul soluțiilor definitive de admitere a recursurilor decelate în cadrul analizei de mai sus).

O primă categorie constă în acele motivări ale instanțelor judecătorești care preiau concluziile raportului de expertiză depus în cauză în cadrul probei cu expertiză tehnică, fără a se regăsi în motivare și raționamentul propriu al instanței de fond.

⁴ Analiza procentuală a fost realizată cu ajutorul site-ului Rejust, cu selectarea următoarelor criterii: Instanță – Curți de Apel sau Tribunale; Materie juridică – Contencios administrativ și fiscal; Obiect – Contencios administrativ și fiscal – contestație act administrativ fiscal și Contencios administrativ și fiscal – anulare act de control taxe și impozite; Stadiu procesual – Fond sau recurs; Tip document – hotărâre.

⁵ Întrucât site-ul Rejust nu conține informații cu privire la deciziile Înaltei Curți de Casație și Justiție, în privința acestei instanțe au fost obținute informațiile statistice cu ajutorul unui program legislativ cu funcții de căutare bazate pe inteligență artificială, criteriile de căutare fiind similare celor descrise mai sus.

⁶ Neexistând o funcție de căutare eficientă în interiorul tuturor soluțiilor de admitere a recursurilor.

Spre exemplu, într-o hotărâre recentă⁷, Curtea de Apel București a decis:

„În mod necesar, o hotărâre judecătorească trebuie să cuprindă în motivarea sa argumentele pro și contra care au format, în fapt și în drept, convingerea instanței cu privire la soluția pronunțată, argumente care, trebuie să se raporteze, pe de o parte, la susținerile și apărările părților, iar pe de alta parte, la dispozițiile legale aplicabile raportului juridic dedus judecății, în caz contrar fiind lipsită de suport probator și legal și pronunțată cu nerespectarea prevederilor art. 425 alin. (1) lit. b) C. pr. civ.

Curtea mai subliniază că referirea generică la probele administrate, precum proba cu expertiza, nu este suficientă pentru a satisface standardele impuse de art. 425 alin. (1) lit. b) din C. pr. civ.”.

Într-o altă hotărâre a Curții de Apel Constanța⁸:

„În plus, instanța de fond a achiesat astfel întru totul la concluziile cuprinse în raportul de expertiză, fără însă ca judecătorul fondului să prezinte propriile argumente de fapt și de drept, raportat la aplicarea dispozițiilor legale sub aspectul calcului impozitului pe profit stabilit suplimentar, analiza caracterului deductibil sau nu al cheltuielilor și îndeplinirea condițiilor prevăzute de lege pentru acordarea dreptului de deducere TVA, prin raportare la întregul probatoriu administrat în cauză”.

În aceeași notă este o altă soluție pronunțată de Curtea de Apel Suceava⁹:

„Curtea consideră că motivarea este de esența hotărârii și este necesară pentru a o face înțeleasă și acceptată de părți, dar și pentru a permite instanței de recurs să verifice aplicarea legii de prima instanță, or, în considerentele sentinței recurate, prima instanță s-a limitat la a expune concluziile expertului contabil fără a prezenta propriile argumente care au stat la baza soluției adoptate, ceea ce echivalează cu o nemotivare, întrucât soluția dată nu poate face obiectul cenzurii instanței de control judiciar. Mai mult decât atât, instanța de fond nu a prezentat motivele pentru care au fost înlăturate apărările pârâtei, inclusiv obiecțiunile formulate la raportul de expertiză contabilă, ci și-a întemeiat soluția exclusiv pe concluziile raportului de expertiză, fără a face o analiză a întregului probatoriu administrat în cauză și a apărărilor formulate de ambele părți, astfel că nu se poate reține că hotărârea atacată este motivată potrivit legii.

(...)

Obiectul probei în materie fiscală îl reprezintă actele și faptele juridice care determină o situație de fapt fiscală ce stă la baza stabilirii impozitelor sau la adoptarea altor decizii cu relevanță în materie fiscală, iar pârâta, potrivit dispozițiilor art. 6 alin. (1) din Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală, cu modificările și completările ulterioare, a apreciat, în cuprinsul raportului de inspecție fiscală, relevanța stărilor de fapt fiscale prin

⁷ Hotărârea nr. 1729/2023 din 05.09.2023, cod RJ 2373g4d98 (<https://rejust.ro/juris/2373g4d98>).

⁸ Hotărârea nr. 87/2023 din 02.02.2023 pronunțată de Curtea de Apel Constanța, cod RJ 989e3e2e6 (<https://www.rejust.ro/juris/989e3e2e6>).

⁹ Hotărârea nr. 50/2023 din 25.01.2023 pronunțată de Curtea de Apel Suceava, cod RJ 86497gde8 (<https://www.rejust.ro/juris/86497gde8>).

utilizarea mijloacelor de probă prevăzute de lege. Or, în acest context, și instanța de fond avea obligația de a analiza probele avute în vedere de organele de inspecție fiscală și de a aprecia în ce măsură sunt relevante în soluționarea pricinii. Dând relevanță exclusiv unora dintre concluziile raportului de expertiză fiscală, argumentația instanței de fond apare ca fiind insuficientă, iar criticile recurente referitoare la motivarea necorespunzătoare a hotărârii sunt întemeiate”.

Un alt exemplu relevant în acest sens provine de la Curtea de Apel Pitești¹⁰:

„Curtea constată că, pentru a pronunța soluția de admitere a acțiunii și pentru a anula actele administrative fiscale atacate, tribunalul a redat explicațiile și concluziile expertului cauzei exprimate în raportul de expertiză întocmit, prezentându-le ca fiind raționamentul logico-juridic parcurs de instanță și care a dus la pronunțarea sentinței. Cu alte cuvinte, fără a expune niciun argument care să provină din reflecțiile proprii ale judecătorului de fond, acesta a redat în considerentele sentinței argumentele expertului, însușindu-și-le întocmai cum au fost expuse de acesta”.

Un ultim exemplu relevant pentru această categorie de motive îl regăsim într-o decizie a Înaltei Curți de Casație și Justiție¹¹:

„Înalta Curte constată că niciuna dintre obligațiile fiscale suplimentare contestate nu a fost analizată în mod veritabil de către instanța de fond, nefiind expus un raționament logico-juridic propriu judecătorului, cu fiind preluat ad litteram raportul de expertiză realizat în cauză, cu titlu de motivare a hotărârii judecătorești pronunțate. Preluarea a avut loc nu numai în privința concluziilor pe obiectivele expertizei, a căror redare este asumată explicit în motivare, ci și în privința analizei punctuale asupra fiecărei obligații suplimentare la care se referă actele contestate, vastele considerente fiind în realitate o reproducere integrală a raportului de expertiză.

De asemenea, instanța de fond nu a arătat motivele pentru care a înlăturat apărările autorităților pârâte emitente ale actelor administrativ-fiscale atacate, expuse prin întâmpinări (care reiterau argumentele impunerii suplimentare regăsite în actele atacate) sau prin obiecțiunile la raportul de expertiză. Obiecțiunile au vizat aspecte punctuale concrete, care impuneau un răspuns din partea instanței.

Preluarea argumentației experților numiți în cauză, fără a o trece prin filtrul raționamentului propriu vădește necercetarea în mod efectiv a cauzei de către judecătorul fondului și nu îndeplinește exigențele motivării hotărârii adoptate, în conformitate cu art. 425 alin. (1) lit. b) C. pr. civ.”.

O a doua categorie constă în acele motivări ale instanțelor judecătorești prin care se preiau în integralitate argumentele uneia dintre părți, fără a exista un raționament propriu al judecătorului.

¹⁰ Hotărârea nr. 569/2023 din 17.05.2023 pronunțată de Curtea de Apel Pitești, cod RJ 23e7975e5 (<https://www.rejust.ro/juris/23e7975e5>).

¹¹ Decizia 2594 din 16 mai 2023, Înalta Curte de Casație și Justiție.

Un astfel de exemplu este conferit de o decizie a Curții de Apel Oradea¹², conform căreia:

„Astfel, Curtea constată că prima instanță a preluat în integralitate în considerentele sentinței recurate pasajele relevante din acțiunea introductivă de instanță și din răspunsul la întâmpinare, formulate de către reclamantă, fără a elabora un raționament propriu care să justifice soluția pentru care a optat, ceea ce echivalează cu lipsa unei veritabile motivări a sentinței recurate.

Înșușirea evidentă a poziției procesuale a uneia dintre părți, fără a expune o analiză proprie a aspectelor de fapt și de drept relevante, nu corespunde exigențelor prevăzute de art. 425 alin. (1) lit. b) C. pr. civ. și a art. 6 paragr. 1 din Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale”.

O a treia categorie constă în motivările instanțelor care nu se raportează în niciun fel la probele administrate în cauză, în special la raportul de expertiză fiscală, atunci când pronunță soluția în cauză.

Într-o decizie pronunțată de Curtea de Apel Pitești¹³, s-a decis:

„În această privință, Curtea constată că, în considerentele sentinței atacate, tribunalul a redat în mod fidel conținutul cererii de chemare în judecată și, în continuare, a îmbrățișat argumentele avansate de organul fiscal pentru respingerea cererii, fără a analiza în concret motivele de nelegalitate invocate de reclamant prin raportare la situația de fapt reținută de instanță, probele în baza cărora a stabilit împrejurările faptice ale speței, aspect esențial având în vedere că în dosar a fost efectuată o expertiză contabilă ale cărei concluzii nu au fost nici înlăturate, dar nici valorificate de instanță, temeiurile de drept și raționamentul juridic propriu în baza căruia a pronunțat sentința, contrar dispozițiilor art. 425 alin. (1) lit. b) C. pr. civ., ce prevede că hotărârea va cuprinde considerentele, în care se vor arăta obiectul cererii și susținerile pe scurt ale părților, expunerea situației de fapt reținută de instanță pe baza probelor administrate, motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, arătându-se atât motivele pentru care s-au admis, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților”.

Într-o altă hotărâre pronunțată de Curtea de Apel Ploiești¹⁴ se reține:

„De asemenea, deși a dispus efectuarea unui raport de expertiză contabilă, instanța nu a dispus înlăturarea motivată a acestuia.

Curtea constată că motivarea instanței de fond nu întrunește exigențele reglementate de dispozițiile Codului de procedură civilă și ale art. 6 (...), întrucât instanța de fond nu a făcut o analiză a situației de fapt prin prisma interpretării probatoriului administrat în cauză, nefiind combătute argumentele invocate de reclamant referitor la aplicarea regimului special de taxare în ceea ce privește vânzarea autovehiculelor second-hand.

¹² Hotărârea nr. 330/2023 din 27.06.2023, cod RJ 6238ee477 (<https://rejust.ro/juris/6238ee477>), Curtea de Apel Oradea.

¹³ Hotărârea nr. 838/2023 din 27.09.2023, cod RJ 397ggge84 (<https://rejust.ro/juris/397ggge84>), Curtea de Apel Pitești.

¹⁴ Hotărârea nr. 376/2023 din 11.04.2023 pronunțată de Curtea de Apel Ploiești, cod RJ ee39d83g2 (<https://www.rejust.ro/juris/ee39d83g2>)

(...) instanța de fond concluzionează că reclamantul nu a făcut dovada îndeplinirii condițiilor prevăzute art. 152 indice 2 din Legea nr. 571/2003. Curtea constată că această concluzie nu este detaliată și nu explică de ce nu sunt îndeplinite aceste condiții, mai ales că concluziile raportului de expertiză nu au fost nici valorificate, dar nici înlăturate motivate de către instanța de fond”.

Pe de altă parte, deși nu intră specific în categoria menționată, într-o decizie pronunțată de Curtea de Apel București¹⁵, s-a decis că nu se poate înlătura raportul de expertiză pentru simplul motiv că acesta preia poziția reclamantului:

„Prin hotărârea recurată, în ceea ce privește raportul de expertiză efectuat în cauză, instanța de fond a considerat că nu îi poate reține valoarea probatorie «față de modul în care acesta a fost întocmit», respectiv întrucât «expertul a preluat integral susținerile reclamantului redactate în cuprinsul cererii de chemare în judecată», precum și pentru că «răspunsul formulat este vag, expertul limitându-se la redarea normelor legale și a concluziilor fără a-și argumenta soluția prin raportare la speța dedusă judecătii».

Potrivit dispozițiilor art. 337 C. pr. civ., dacă este nevoie de lămurirea sau completarea raportului de expertiză ori dacă există o contradicție între părerile experților, instanța, din oficiu sau la cererea părților, poate solicita experților, la primul termen după depunerea raportului, să îl lămurească sau să îl completeze. Atât timp cât proba a fost considerată pertinentă, concludentă și utilă soluționării cauzei, Curtea reține că opinia expertului, fie și formulată în manieră succintă, nu putea fi înlăturată de plano, doar pentru că «preia» (respectiv, confirmă) susținerile reclamantului”.

O a patra categorie se referă la situația în care instanțele de judecată nu administrează probele necesare soluționării litigiului, cu precădere expertiza tehnică de specialitate, mai ales în situațiile care pun probleme fiscale complexe.

Menționăm în acest sens o soluție pronunțată de Curtea de Apel București¹⁶ în care instanța a decis:

„Așadar, Curtea constată că prima instanță nu a verificat apărările reclamantei și nu a stabilit situația de fapt în legătură proveniența sumelor, cu existența/inexistența faptului generator, mai exact dacă a existat sau nu o livrare de bunuri constând în stocul de efectiv piscicol la data încetării Contractului de închiriere nr. 33/17.01.2017, de la reclamantă către (...), pentru perioada supusă inspecției și care a condus la stabilirea obligației fiscale suplimentare.

În concret, se impune ca în cauză să se pună în discuția părților necesitatea/utilitatea efectuării unei expertize de specialitate prin care să se stabilească dacă a avut loc livrarea de bunuri pentru perioada supusă inspecției fiscale, data și cantitatea precum și obligațiile fiscale suplimentare ce decurg din acestea”.

¹⁵ Hotărârea nr. 1750/2023 din 28.06.2023 pronunțată de Curtea de Apel București, cod RJ 237333d35.

¹⁶ Hotărârea nr. 2107/2020 din 16.11.2020 pronunțată de Curtea de Apel București, cod RJ 3g3d525e (<https://www.rejust.ro/juris/3g3d525e>).

În același sens este și o decizie foarte relevantă a Curții de Apel Galați¹⁷:

„Prin încheierea de ședință din 16.06.2022, prima instanță a respins nemotivat cererea privind efectuarea expertizei fiscale de specialitate, invocând generic considerentele deciziei mai sus amintite, iar prin hotărârea recurată, a reținut în esență că reclamantul nu îndeplinește condițiile prevăzute de lege pentru aplicarea regimului special de taxare, respectiv TVA calculat la marja de profit, întrucât nu a solicitat înregistrarea în scopuri de TVA conform prevederilor legale.

Curtea reține că, potrivit art. 258 alin. (1) din C. pr. civ.: «Probele se pot încuviința numai dacă sunt întrunite cerințele prevăzute la art. 255, în afară de cazul când ar exista pericolul ca ele să se piardă prin întârziere».

Iar potrivit art. 255 din noul C. pr. civ., pentru a fi admisibile, probele trebuie să fie legale și concludente, verosimile și pertinente.

Astfel, probele sunt încuviințate de către instanță după ce aceasta a verificat dacă sunt admisibile și după ce le-a pus în discuția contradictorie a părților. Instanța trebuie să dea o încheiere motivată de admitere sau de respingere a probelor propuse.

Curtea apreciază că, pentru asigurarea respectării exigențelor impuse de art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului, nicio măsură nu poate fi dispusă de instanță fără a fi fundamentată pe mijloace de probă administrate în cursul judecății și care au făcut obiectul unei dezbateri contradictorii, în care fiecare parte a avut posibilitatea să-și exprime punctul de vedere cu privire la fiecare probă admisă de către instanță.

Din această perspectivă, înlăturarea unei cereri de probatorii a unei părți, fără a motiva propriu-zis, cu claritate și relevanță, măsura astfel dispusă, în special pentru a demonstra că nu este încălcat dreptul la un proces echitabil, face ca hotărârea astfel pronunțată să fie nelegală, impunându-se – pentru respectarea principiilor ce guvernează desfășurarea procesului civil, inclusiv din perspectiva asigurării dreptului părților la dublul grad de jurisdicție – soluția casării cu trimitere în rejudecare, instanța de control judiciar neputând verifica rațiunea pentru care proba a fost respinsă”.

Astfel cum am precizat, categoriile și exemplele evocate mai sus reprezintă o sinteză a celor mai întâlnite motive pentru care hotărârile instanțelor de fond de contencios administrativ și fiscal sunt casate pentru lipsa sau insuficiența motivării, fără a fi o listă exhaustivă.

Analiza acestor motive relevă o creștere a numărului de hotărâri judecătorești în care motivarea nu respectă exigențele prevăzute de lege, ceea ce conduce la o lipsă de clarificare a problemelor de natură fiscală deduse judecății. Bineînțeles că soluțiile descrise sunt soluții de casare care determină o rejudecare a acțiunilor în anulare care fac obiectul dosarelor respective, iar rejudecarea va conduce, în cele din urmă, cel mai probabil, la o clarificare a situațiilor de fapt și a consecințelor lor fiscale.

Cu toate acestea, tendința nu este de neglijat, întrucât demonstrează, pe de-o parte, creșterea gradului de complexitate a problemelor fiscale, iar pe de altă parte, dificultatea sporită de clarificare a acestora printr-o motivare corespunzătoare.

¹⁷ Hotărârea nr. 5/2023 din 10.01.2023 pronunțată de Curtea de Apel Galați, cod RJ 723g2d475 (<https://www.rejust.ro/juris/723g2d475>).

4. În loc de concluzii

Pentru ca motivarea să nu devină o formă lipsită de substanță este necesar ca aceasta să fie conectată evoluției relațiilor juridice și economice și să țină cont de standardul impus de art. 6 alin (1) teza întâi din Codul de procedură fiscală, respectiv să fie clară și să țină cont de toate împrejurările edificatoare.

Totuși, lipsa unei motivări efective, lacunele în motivare sau motivările prea generale care nu ținesc problema fiscală reală se regăsesc în toate palierele în care intervine obligația de motivare, iar tendința este de creștere a acestui fenomen.

Combaterea lui presupune ca obligația de motivare în procedura de control fiscal să fie asumată în mod colectiv de organele fiscale, contribuabili și instanțele de judecată.

Secțiunea de Drept privat

Combinarea drepturilor reale și *numerus clausus*

Combining rights in rem and *numerus clausus*

Prof. univ. dr. **Irina SFERDIAN***

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Abstract

This study examines the extent to which the overlapping of different rights in rem over the same property or of different modalities of ownership creates a surface right that lacks the features and content of a typical surface. Such a legal situation is a combination of rights which changes the legal regime of superficies. Can an atypical right be an exception to the numerus clausus?

Keywords: surface, use, concession, lease, freehold, co-ownership.

Rezumat

Prezentul studiu analizează în ce măsură suprapunerea unor drepturi reale diferite asupra aceluiași bun sau a unor modalități diferite ale dreptului de proprietate generează un drept de superficie care nu are trăsăturile și conținutul unei superficii tipice. O asemenea situație juridică reprezintă un complex de drepturi care modifică regimul juridic al superficiei. Poate fi un drept atipic o excepție de la numerus clausus?

Cuvinte-cheie: superficie, folosință, concesiune, proprietate devălmașă, coproprietate.

1. Justificarea regulii numerus clausus

Regula numărului limitat al drepturilor reale (*numerus clausus*) afirmă că părțile nu pot crea drepturi reale pe care legea nu le prevede și nici nu pot schimba după bunul plac conținutul acestor drepturi. Cu alte cuvinte, vorbim despre prerogative certe, determinate, care alcătuiesc conținutul unui drept real. Cum proprietatea este cel mai complet drept real, oferind titularului său toată puterea pe care o persoană o poate exercita cu privire la propriul bun, orice alt drept real conține prerogative care provin din proprietate și care se pot combina în crearea unui nou drept real.

* irina.sferdian@e-uvt.ro

Regimul juridic al drepturilor reale are o semnificație mult prea importantă pentru organizarea socială a unei țări, încât constituirea lor să fie abandonată libertății convențiilor. Acesta este motivul pentru care trebuie considerată limitativă lista drepturilor reale¹.

Sunt două rațiuni care justifică aplicarea principiului *numerus clausus* în materia drepturilor reale. Pe de o parte, din rațiuni de publicitate a dreptului real. Respectarea formalităților de publicitate impuse de lege asigură opozabilitatea dreptului real. A limita numărul drepturilor reale înseamnă a le facilita opozabilitatea. Instrumentele de publicitate din ordinea noastră juridică, respectiv cărțile funciare în materie imobiliară ori registrele de publicitate și posesia în materie mobilă, nu permit asigurarea opozabilității unui număr mare de drepturi reale².

Pe de altă parte, *numerus clausus* protejează dreptul de proprietate prin aceea că face imposibilă constituirea de drepturi reale care să îi golească substanța de conținut. Grijă legiuitorului de a menține substanța proprietății se explică prin faptul că regimul proprietății nu trebuie să protejeze doar interesele personale, ci și interesul general³.

Întrebarea este dacă se justifică admiterea unui număr limitat al drepturilor reale în condițiile în care cea mai eficientă modalitate prin care se poate exploata un bun o reprezintă multiplicarea drepturilor reale care îl pot avea ca obiect.

Crearea de noi drepturi reale prin manifestarea de voință a părților se lovește de două obstacole.

În primul rând, noul drept creat se impune *erga omnes*, la fel ca dreptul titularului care l-a constituit. Or, în aceste condiții, dreptul real nu va putea fi mai mult decât un dezmembrământ al vechiului drept.

În al doilea rând, pentru a fi opozabil terților, actul de constituire a noului drept trebuie să îndeplinească toate condițiile pentru a face posibilă îndeplinirea formalităților de publicitate.

Dar dacă părțile creează situații atipice de combinare a drepturilor reale care au un regim juridic diferit de cel aplicabil fiecărui drept conținut? Suntem în acest caz în prezența unei excepții de la *numerus clausus*?

Principiul libertății de voință, care permite proprietarului să constituie oricâte dezmembrăminte dorește, trebuie coroborat cu principiul relativității convențiilor, potrivit căruia efectele actului juridic civil se produc exclusiv în patrimoniul părților contractante, cu mențiunea că transferul sau constituirea drepturilor reale se impun terților doar după îndeplinirea formelor de publicitate imobiliară⁴.

Numerus clausus nu presupune doar limitarea libertății titularului de a constitui noi drepturi reale pe cale convențională, ci și puterea sa de a interveni în conținutul drepturilor

¹ B. Foex, *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*, Ed. Payot, Lausanne, 1987, p.p 29-31; I. Sferdian, *Drept civil. Drepturile reale principale. Studiu aprofundat*, Ed. Hamangiu, 2021, pp. 104-117.

² Ph. Simler, Ph. Delebeque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 8-e éd., Dalloz, Paris, 1995, p. 573.

³ *Idem*, p. 31-34.

⁴ Ph. Malaurie, L.Aynès, *Cours de droit civil, t. VI, Les obligations, vol. II, Contrats, quasi-contrats*, 11-e éd., Cujas, Paris, 2001, pp. 233 și urm.

reale, în sensul augmentării sau diminuării prerogativelor conferite prin lege⁵. Aceste intervenții sunt permise dacă nu derogă de la ordinea publică și fac posibilă crearea unor obligații reale pe cale convențională plecând de la drepturile reale existente. Opozabilitatea acestor modificări de conținut față de subdobânditorii cu titlu particular necesită respectarea formelor de publicitate.

Nu în toate cazurile stabilirea pe cale convențională a conținutului unui drept real reprezintă o încălcare a lui *numerus clausus*. Atunci când dreptul nou constituit prezintă trăsăturile esențiale ale unui drept deja numit de lege, nu suntem în prezența unui alt drept real. De pildă, posibilitatea părților de a stabili pe cale convențională servituți cu conținut diferit nu aduce atingere caracterului limitat al numărului drepturilor reale. Situațiile create convențional pot fi calificate ca servituți dacă între cele două imobile se stabilește o sarcină ce revine unuia dintre ele în scopul de a spori utilitatea celuilalt. Este firesc ca sarcinile impuse unui fond să fie diferite, deoarece și utilitatea necesară fondului poate varia, însă, atât timp cât identificăm în acest raport legătura de sarcină și scopul ei, adică utilitatea unui alt fond, suntem în prezența unei servituți, iar nu a unui nou drept real. În mod asemănător, un drept de uzufruct poate avea un conținut diferit în funcție de natura bunului ce îi servește drept obiect, fără ca aceasta să însemne că se constituie un drept real nou ce variază odată cu conținutul uzufructului.

În situația în care părțile, prin act juridic, asociază două drepturi reale diferite sau două modalități ale proprietății ori o modalitate a proprietății cu varianta pură și simplă a dreptului, chiar dacă situația de combinare a drepturilor reale nu este împiedicată de lege, are loc o modificare a prerogativele drepturilor componente sau cel puțin ale unuia dintre ele, care este una nereglementată. Regimul juridic aplicabil situației rezultate din combinarea drepturilor reale este cel creat de părți ori stabilit de lege pentru unul dintre drepturile componente, celălalt drept fiind aproape ignorat, după cum vom vedea în cele ce urmează.

2. Constituie situația de combinare a drepturilor reale o excepție de la *numerus clausus*?

Ipotezele pe care le avem în vedere au ca piesă centrală dreptul de a invoca accesiunea imobiliară, ca drept potestativ ce constituie o veritabilă prerogativă a proprietarului în cazul în care un altul construiește pe terenul său fără acord prealabil. Atunci când edificarea lucrării se face cu consimțământul proprietarului terenului suntem în prezența unui drept de suprafață în varianta sa tipică de „drept de a construi pe terenul altuia” sau de „suprafață incipientă” ori „secundară”. Atribuirea de către proprietarul terenului în favoarea suprafațarului a prerogativei folosinței terenului, care devine un element component în structura complexă a dreptului de suprafață, face ca suprafața să existe în varianta sa tipică. Suprafața este considerată un drept complex întrucât alături de proprietății asupra

⁵ A se vedea, în acest sens, Ch. Larroumet, Bl. Mallet-Bricout, *Les biens, droits réels principaux*, 6^e éd., Economica, 2019, p. 35.

construcției folosința asupra terenului. Nu poate exista proprietatea asupra construcției în absența folosinței terenului. Chiar dacă suprafața se constituie cu titlu oneros, folosința asupra terenului nu este rezultatul unei închirieri, nu este prerogativa unui drept personal, ci o prerogativă a proprietății, întregul drept complex având caracter de drept real. De altfel, atribuirea terenului prin drept personal, în urma unui contract de închiriere, nu permite decât construcțiile provizorii, așa cum rezultă din Anexa 2 la Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții⁶, cu excepția celor necesare pentru servituților de utilitate publică menționate de art. 7¹ alin. (2) din lege⁷.

Pentru suprafața tipică este esențial faptul că prerogativa folosinței să fie dezmembrată din dreptul de proprietate asupra terenului.

Suprafața constituită ca drept de a construi pe terenul altuia nu presupune doar atribuirea folosinței terenului în favoarea superficiarului, ci și renunțarea anticipată a proprietarului terenului la dreptul de a invoca accesiunea asupra lucrării pe care altul o execută pe terenul său, recunoscând în acest fel dreptul de proprietate al superficiarului asupra construcției.

Dacă accesiunea imobiliară nu se produce direct în favoarea proprietarului terenului, anume atunci când lucrarea nu este executată de proprietarul terenului pe cheltuiala sa, invocarea accesiunii asupra lucrării este o prerogativă a dreptului de proprietate asupra terenului. Mai mult, este o prerogativă de care acesta poate dispune în favoarea altuia.

Proprietarul terenului poate renunța în favoarea superficiarului la dreptul său de a invoca accesiunea sau îl poate cesa unui terț. În ambele situații iau naștere suprafețe tipice, în care superficiarul beneficiază de folosința asupra terenului ca prerogativă a dreptului de proprietate. Ca urmare, faptul că proprietarul dispune de dreptul de a invoca accesiunea, renunțând la drept ulterior realizării lucrării sau transmitându-l unui terț nu este, prin sine, generator de suprafețe atipice. Aceste suprafețe vor fi tot tipice.

Suprafețele atipice iau naștere, în majoritatea cazurilor, prin actul de dispoziție asupra prerogativei accesiunii, care se realizează prin intermediul dreptului de accesiune ca drept potestativ. Manifestarea unilaterală de voință prin care se exercită dreptul potestativ de

⁶ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 933 din 13 octombrie 2004. În Anexa 2 la lege se precizează: „Emiterea autorizației de construire în baza unui contract de comodat/locatiune se poate face numai pentru construcții cu caracter provizoriu și acordul expres al proprietarului de drept”.

⁷ Art. 7¹ alin. (2) lit. a) prevede: „Pentru executarea lucrărilor de construcții necesare derulării operațiunilor de exploatare/prospectare geologică și exploatarea petrolului și gazelor naturale, precum și pentru executarea lucrărilor de construcții care privesc realizarea, dezvoltarea, modernizarea, re tehnologizarea, reabilitarea și revizia sistemelor naționale/rețelelor de transport al energiei electrice, al gazelor naturale și al țițeiului, gazolinei, etanului, condensatului realizate de către titularii de licențe, autorizații și acorduri petroliere, pentru care oricare dintre următoarele documente: contractul de închiriere, licența, acordul de concesiune sau acordul petrolier ține loc de titlu asupra imobilului pentru obținerea autorizației de construire, este necesară depunerea de către beneficiar a următoarelor dovezi privind îndeplinirea obligațiilor de notificare și acordare de indemnizații/despăgubiri, după cum urmează: a) contractul de închiriere/convenție între părți, termenul de plată al indemnizațiilor/despăgubirilor fiind de 30 de zile de la încheierea contractului de închiriere/convenției, în cazul în care proprietarii sunt identificați (...)”.

accesiune poate fi cuprinsă și într-un act bilateral, fără a se schimba natura juridică de drept potestativ a dreptului de accesiune.

În unele cazuri, situația de combinare a drepturilor reale își are sursa în lege. Indiferent de izvorul lor, suprafețele atipice sunt combinații de drepturi reale. În suprafețele atipice, există o suprapunere de drepturi reale, care au cel puțin un titular diferit și, în același timp, cel puțin un titular comun în ceea ce privește construcția și terenul aferent. De pildă, o proprietate devălmașă asupra construcției suprapusă unei proprietăți exclusive asupra terenului ori o proprietate exclusivă asupra construcției suprapusă unei coproprietăți asupra terenului).

În nașterea majorității suprafețelor atipice, un rol important îl are renunțarea anticipată a proprietarului la dreptul de a invoca accesiunea asupra lucrării pe care o va edifica o altă persoană pe terenul său.

3. Dreptul de a invoca accesiunea – prerogativă a dreptului de proprietate asupra terenului

Accesiunea imobiliară artificială este un mod de dobândire a dreptului de proprietate, rezultat al faptului material al încorporării unei lucrări într-un imobil, prin care proprietarul imobilului devine proprietarul lucrării încorporate. Potrivit art. 577 alin. (1) C. civ., „construcțiile, plantațiile și orice alte lucrări efectuate asupra unui imobil, denumite în continuare lucrări, revin proprietarului acelui imobil dacă prin lege sau act juridic nu se prevede altfel”; (2) „Când lucrarea este realizată de proprietarul imobilului cu materialele sale sau cu materialele altuia, dreptul de proprietate asupra lucrării se naște în favoarea proprietarului imobilului din momentul începerii lucrării, pe măsura realizării ei, dacă prin lege sau act juridic nu se prevede altfel”. În plus, art. 579 C. civ. prevede că „(1) Orice lucrare este prezumată a fi făcută de proprietarul imobilului, cu cheltuielile sale și că este a lui, până la proba contrară. (2) Proba contrară se poate face când s-a constituit un drept de suprafață, când proprietarul imobilului nu și-a intabulat dreptul de proprietate asupra lucrării noi sau în alte cazuri prevăzute de lege”. Prin urmare, dobândirea dreptului de proprietate asupra lucrării se produce prin faptul încorporării, pe măsura realizării ei, prin aplicarea principiului *superficies solo cedit* și, doar cu titlu de excepție, în situațiile prevăzute de lege, sau atunci când părțile convin altfel, are loc o dobândire mediată, prin exercitarea dreptului potestativ de opțiune⁸.

Din cuprinsul art. 577 alin. (2) C. civ. rezultă că, atunci când prezumțiile nu sunt răsturnate și dacă prin lege sau act juridic nu se prevede altfel, proprietarul imobilului va dobândi dreptul de proprietate asupra lucrării pe care a executat-o el însuși, din momentul începerii lucrării și pe măsura realizării sale. *Per a contrario*, proprietarul imobilului nu

⁸ V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. 2, Ed. Humanitas, 2006, p. 239; I. Sferdian, *Invocarea dreptului de accesiune imobiliară în cazul construcțiilor edificate fără autorizație de construire. Substance over form?*, în *Revista Română de Drept Privat* nr. 1/2012, *Calificarea actelor juridice în dreptul privat* (coord. volum L. Bercea), pp. 536-538.

devine în mod direct proprietar al construcției în trei situații: i. dacă prezumțiile instituite prin art. 579 alin. (1) C. civ. sunt răsturnate; ii) dacă prin act juridic se convine constituirea suprafeței și iii) dacă legea prevede altfel.

i) Răsturnarea prezumțiilor

Instituirea prezumției de proprietate asupra lucrării în favoarea proprietarului imobilului este în acord doar cu reglementarea de principiu privind dobândirea directă a dreptului de proprietate prin faptul încorporării, iar nu cu prevederea de excepție, a caracterului potestativ al dreptului de accesiune. Noțiunii de accesiune nu i se asociază numai semnificația de mod de dobândire a dreptului de proprietate ori de fapt juridic complex generator de prezumție de proprietate, ci și de prerogativă a dreptului de proprietate care, prin exercitare, produce efecte achizitive asupra unei lucrări alipite sau încorporate în imobilul inițial. Este vorba despre drept de accesiune, care presupune prerogativa de a invoca accesiunea asupra lucrărilor adăugate sau încorporate, de natură potestativă.

Prezumția că proprietarul imobilului a executat construcția este o prezumție relativă, deoarece permite dovada contrară. Aceasta înseamnă că o terță persoană poate dovedi că lucrarea a fost executată de el însuși, pe cheltuiala sa, pe temeiul unui act juridic încheiat cu proprietarul imobilului, care i-a conferit dreptul de a dobândi proprietatea asupra lucrării realizate, sau dimpotrivă, fără consimțământul proprietarului terenului, dând naștere la o situație de accesiune imobiliară artificială.

Dacă prezumțiile pe care le instituie art. 579 alin. (1) C. civ. sunt răsturnate, iar proprietarul imobilului este o altă persoană decât autorul lucrării, legiuitorul prevede nașterea unui drept de opțiune în beneficiul proprietarului imobilului cu privire la dobândirea proprietății asupra lucrării. Astfel, dreptul de proprietate nu se dobândește direct, prin încorporarea lucrării în imobil, ci indirect, prin exercitarea dreptului potestativ de accesiune. Nu este cazul să dezvoltăm aici posibilitățile pe care le are proprietarul imobilului în această situație și care permit fie dobândirea proprietății asupra construcției, fie obligarea autorului lucrării la cumpărarea terenului ori, în cazul unui autor de rea-credință, chiar la demolarea lucrării⁹.

Dacă proprietarul imobilului nu și-a înscris în cartea funciară dreptul de proprietate asupra lucrării, această situație creează doar premisele răsturnării prezumției instituite prin art. 579 alin. (1) C. civ., fără a reprezenta prin ea însăși dovada contrară.

Specific accesiunii directe este faptul că proprietarul terenului nu trebuie să invoce un drept special pentru a deveni proprietarul construcției pe care o edifică pe propriul său teren. Acesta nu trebuie să opteze în sens pozitiv, ca variantă de exercitare a unui drept

⁹ A se vedea, pentru detalii, I. Sferdian, *Drept civil. Drepturile reale principale. Studiu aprofundat*, Ed. Hamangiu, 2021, pp. 558-563, *Invocarea dreptului de accesiune imobiliară în cazul construcțiilor edificate fără autorizație de construire, op. cit.*, pp. 536-538; *Exercitarea dreptului de accesiune de către titularul unui drept real asupra bunului altuia*, în *Revista Română de Drept Privat* nr. 4/2020, *Ce știm și ce vrem: interferențe și delimitări conceptuale în Codul civil* (coord. volum V. Stoica), pp. 267-270.

potestativ de accesiune imobiliară, așa cum se întâmplă în cazul accesiunii indirecte (mediate), care intervine când un terț construiește fără drept pe terenul altuia. Așa se explică de ce prevederile art. 577 alin. (2) C. civ. fac referire expresă la proprietarul care construiește pe propriul său teren, indiferent că folosește materialele sale sau ale altuia, precizându-se că, în acest caz, „dreptul de proprietate asupra lucrării se naște (...) din momentul începerii lucrării și pe măsura realizării”. Faptul edificării este de natură materială și are caracter continuu, din momentul începerii lucrării și până la finalizarea sa. Efectele juridice pe care le produce faptul material al edificării se produc și ele continuu, dar nu în sensul dobândirii unui nou drept de proprietate prin transfer din patrimoniul altuia, ci în sensul augmentării obiectului unui drept existent în patrimoniul celui care construiește, adică dreptul de proprietate asupra terenului. Prin edificare, obiectul inițial al proprietății se schimbă, imobilul nu mai este reprezentat de teren, ci de teren și construcție, dar care nu sunt privite izolat, ci ca un ansamblu de bunuri¹⁰. Aceasta nu înseamnă însă că cele două elemente ale ansamblului nu trebuie identificate cadastral, căci altfel este dificil să înțelegem imobilul ca pe un ansamblu de bunuri. Nu trebuie omisă definiția imobilului potrivit dispozițiilor de carte funciară. Proprietarul terenului este proprietarul imobilului, indiferent dacă acesta are nu sau construcții.

Dacă lucrarea nu este realizată de proprietarul imobilului, ci de o terță persoană, cu materialele sale, accesiunea nu se mai produce în favoarea acestuia în mod direct. Așa încât, în această situație specială, legiuitorul prevede modalitatea prin care, pe calea dreptului potestativ de accesiune, sunt rezolvate raporturile patrimoniale dintre proprietarul imobilului și autorul lucrării. Tratamentul juridic aplicabil diferă în funcție de buna-credință a autorului lucrării, după cum rezultă din prevederile art. 581 și 582 C. civ.

Dreptul potestativ de accesiune se naște în momentul începerii lucrării și poate fi exercitat numai dacă și atât timp cât lucrarea există. Dacă autorul lucrării ridică lucrarea de pe teren înainte ca proprietarul terenului să își exercite dreptul potestativ, dreptul încetează, întrucât dispăre situația juridică asupra căreia dreptul potestativ poate interveni.

Nu vom insista asupra opțiunilor pe care le are la dispoziție proprietarul imobilului în exercitarea dreptului potestativ de accesiune, interesul nostru în prezenta lucrare fiind acela de a observa modul în care proprietarul imobilului poate dispune de dreptul potestativ, nu atât prin renunțarea la dreptul de a invoca accesiunea în favoarea autorului lucrării sau prin cesiunea acestui dreptul către un terț, ulterior realizării lucrării, întrucât în acest caz se constituie suprafețe tipice, cât mai ales prin renunțarea la dreptul de a invoca accesiunea în favoarea unei persoane care are calitatea de proprietar devălmaș sau de coproprietar asupra terenului sau asupra construcției. Dreptul care se formează ca rezultat al acestei renunțări are o structură complexă, dar atipică.

ii. Actul juridic. Regulile accesiunii imobiliare artificiale nu se aplică atunci când, în momentul edificării, a existat un acord între autorul lucrării și proprietarul imobilului cu privire la dobândirea dreptului de proprietate asupra lucrării de către autorul acesteia. Dacă

¹⁰ V. Stoica, *op. cit.*, p. 239; I. Sferdian, *Invocarea dreptului de accesiune imobiliară în cazul construcțiilor edificate fără autorizație de construire, op. cit.*, p. 536.

a existat un consens atât cu privire la realizarea lucrării, cât și la dobândirea dreptului de proprietate de către autorul acesteia, atunci în favoarea sa a luat naștere un drept de suprafață, drept cu structură complexă care are în conținutul său dreptul de proprietate asupra lucrării și dreptul de folosință asupra imobilului, ca dezmembrământ al dreptului de proprietate asupra acestuia. Pentru a fi valabil dobândit, convenția prin care ia naștere un astfel de drept trebuie încheiată în formă autentică, iar dreptul de suprafață trebuie înscris în cartea funciară¹¹.

Tot despre o suprafață tipică născută prin act juridic, rezultat al dispoziției proprietarului imobilului asupra dreptului de a invoca accesiunea, se poate vorbi în cazul renunțării *in favorem* a proprietarului de a invoca accesiunea, în beneficiul autorului lucrării, care va deveni astfel suprafațiar, ori prin transferul dreptului de a invoca accesiunea în favoarea unui terț¹². În cazul renunțării *in favorem*, dispoziția asupra accesiunii se face prin act unilateral, în timp ce în cazul cesiunii dreptului de a invoca accesiunea în favoarea unui terț, suntem în prezența unei convenții.

În ambele situații ia naștere o suprafață tipică, deși consimțământul proprietarului imobilului se manifestă după edificarea construcției de către un terț, iar nu înainte. Ca urmare, renunțarea la accesiune nu este anticipată, ci ulterioară edificării lucrării.

Renunțarea *in favorem* la dreptul de a invoca accesiunea este una dintre alternativele pe care legea le pune la dispoziția proprietarului terenului atunci când nu dorește să dobândească proprietatea asupra construcției în acel moment, însă înțelege să revină asupra acestei opțiuni în viitor, la încetarea dreptului de suprafață. Renunțarea la dreptul de a invoca accesiunea imobiliară este o manifestare unilaterală de voință care certifică neîndeplinirea condiției rezolutorii atipice care afectează dreptul de proprietate al constructorului, astfel că proprietatea se va consolida în patrimoniul constructorului. Nu suntem în prezența unei suspendări a opțiunii, deoarece situația juridică din momentul renunțării la invocarea accesiunii este diferită de cea care se va naște la data încetării suprafeței.

Această modalitate specială de constituire a suprafeței se poate înscrie în cartea funciară, conform art. 82 lit. d) din Regulament¹³, fie prin *înscrisul autentic notarial*, fie prin *hotărârea judecătorească prin care se constată renunțarea proprietarului terenului la acest drept*. Dispozițiile din Regulament nu fac nicio mențiune cu privire la înscrierea suprafeței

¹¹ Potrivit art. 1244 C. civ., „în afara altor cazuri prevăzute de lege, trebuie să fie încheiate prin înscris autentic, sub sancțiunea nulității absolute, convențiile care strămută sau constituie drepturi reale care urmează a fi înscrise în cartea funciară”.

¹² Despre renunțarea *in favorem* la dreptul de a invoca accesiunea în favoarea autorului lucrării și despre cesiunea acestui drept în favoarea unui terț a se vedea I. Sferdian, *Drept civil. Drepturile reale principale*, op. cit., pp. 766-772.

¹³ Potrivit art. 82 din Regulamentul de recepție și înscriere în evidențele de cadastru și carte funciară al A.N.C.P.I. din 8 februarie 2023, a fost publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 125 bis din 14 februarie 2023, Dreptul de suprafață se intabulează în baza următoarelor acte juridice: (...) d) înscrisul autentic notarial sau hotărârea judecătorească prin care se constată renunțarea proprietarului unui teren la dreptul de a invoca accesiunea cu privire la construcția realizată de o altă persoană pe acel teren.

pe baza cesiunii dreptului de a invoca accesiunea în favoarea unui terț, însă apreciem că, în această situație, se vor aplica prin analogie, prevederile art. 82 lit. d) arătate mai sus.

Constructorului nu i se transmite dreptul de proprietate asupra construcției, astfel că nu suntem în prezența unui act juridic translativ, întrucât, pentru a avea loc transferul dreptului, proprietarul terenului ar fi trebuit mai întâi să-l dobândească, adică să își exercite pozitiv dreptul de accesiune. Actul de renunțare la accesiune în favoarea constructorului este însă o manifestare unilaterală de voință prin care proprietatea rezolubilă a constructorului se consolidează, întrucât neîndeplinirea condiției rezolutorii, care ar fi desființat dreptul de proprietate al constructorului, devine certă¹⁴.

Singurul care poate profita de pe urma renunțării la dreptul de a invoca accesiunea este constructorul. Fiind un act de recunoaștere a calității de proprietar a constructorului, dreptul de proprietate asupra construcției se va putea înscrie în cartea funciară în baza declarației de renunțare a proprietarului terenului, încheiată în formă autentică, în aplicarea dispozițiilor art. 1244 C. civil. și a art. 82 lit. d) din Regulamentul ANCP. De asemenea, înscrierea poate fi făcută și în baza unei hotărâri judecătorești, dacă actul de renunțare s-a făcut în fața instanței de judecată, în litigiul privitor la accesiunea imobiliară.

Situația juridică la încetarea superficiei născute prin renunțarea *in favorem* este tranșată prin dispozițiile art. 699 C. civ. Atunci când renunță la invocarea accesiunii în favoarea constructorului, proprietarul terenului nu își asumă o obligație afectată de termen extinctiv, deoarece la încetarea superficiei nu mai suntem în prezența aceleiași situații juridice. Astfel, dacă părțile nu s-au înțeles altfel, iar valoarea de circulație a construcției este inferioară valorii de circulație a terenului, proprietarul terenului devine în mod direct proprietar asupra construcției prin accesiune, fiind obligat să plătească fostului superficial valoarea de circulație a construcției la data expirării termenului. Dreptul său de opțiune cu privire la dobândirea proprietății asupra construcției se naște numai dacă valoarea acesteia este egală sau mai mare decât cea a terenului, potrivit evaluării de la data încetării superficiei. Proprietarul terenului are dreptul să îl oblige pe constructor să cumpere terenul la valoarea de circulație pe care acesta ar fi avut-o dacă nu ar fi existat construcția. Constructorul poate refuza să cumpere terenul numai dacă desființează construcția pe cheltuiala sa și repune terenul în situația anterioară.

Un acord între proprietarul terenului și constructor este totuși necesar cu privire la gratuitatea ori onerozitatea superficiei. Acesta poate fi concomitent declarației de renunțare sau ulterior, chiar încheiat formal sub forma unui singur act juridic (ca *instrumentum*).

Consensul dintre proprietarul terenului și constructor nu poartă asupra renunțării la accesiune, care este o manifestare unilaterală de voință, ci doar asupra caracterului gratuit sau oneros al superficiei, iar în acest din urmă caz, asupra cuantumului și modalității de plată a contravalorii folosinței terenului. Este adevărat că art. 697 alin. (1) C. civ.¹⁵ prevede un

¹⁴ Această analiză cu privire la renunțarea proprietarului la dreptul de a invoca accesiunea în favoarea autorului lucrării și cea referitoare la cesiunea dreptului de accesiune în favoarea unui terț se regăsesc în I. Sferdian, *Drept civil. Drepturile reale principale, op. cit.*, pp. 766-772.

¹⁵ În cuprinsul art. 697 alin. (1) C. civ., legiuitorul precizează expres că „în cazul în care superficia s-a constituit cu titlu oneros, dacă părțile nu au prevăzut alte modalități de plată a prestației către superficial,

criteriu menit să tempereze o onerozitate excesivă, care se aplică în cazul în care părțile au convenit o suprafață cu caracter oneros, și numai dacă nu au convenit o altă modalitate de plată. Rațiunea pentru care ar fi necesar consimțământul suprafațarului în cazul unei suprafețe cu caracter oneros este aceeași și în cazul unei suprafețe cu titlu gratuit, deoarece nimeni nu poate fi obligat să primească o liberalitate împotriva voinței sale. Însă gratuitatea sau onerozitatea suprafeței ar trebui convenită de părți.

Dacă renunțarea *in favorem* nu poate avea loc decât în favoarea constructorului, cesiunea dreptului de a invoca accesiunea nu poate avea loc decât în favoarea unei terțe persoane.

Cesiunea dreptului de a invoca accesiunea este o convenție încheiată între proprietarul terenului, în calitate de cedent și un terț, în calitate de cesionar. Interesul proprietarului pentru cesiune ar putea fi justificat de faptul că nu dorește să constituie o suprafață prin renunțarea la invocarea accesiunii în favoarea constructorului și nici să transfere acestuia proprietatea asupra terenului.

În ceea ce privește conținutul dreptului cesionat, putem afirma că este restrâns la dreptul terțului de a dobândi proprietatea asupra construcției. Cesionarul va fi obligat la plata despăgubirii către constructor, în funcție de buna sau rea credință a acestuia. Actul de cesiune a dreptului de a invoca accesiunea se poate încheia cu titlu oneros sau cu titlu gratuit.

Actele de dispoziție asupra prerogativei accesiunii prin renunțarea la dreptul de a invoca accesiunea pot da naștere nu numai la suprafețe tipice, ci și la suprafețe atipice dacă rezultă situații de combinare a unor drepturi reale asupra aceleiași imobil.

Ne vom referi la câteva situații de suprafețe atipice.

a) Situația lucrărilor efectuate de uzufructuar asupra terenului primit în uzufruct

Uzufructul face parte din categoria drepturilor reale principale, dezmembrământ al dreptului de proprietate, care nu conferă uzufructuarului dreptul de a efectua lucrări asupra fondului primit în uzufruct, în scopul de a dobândi proprietatea asupra lor. Dispozițiile art. 703 C. civ. îi dau uzufructuarului doar dreptul de a folosi bunul altei persoane și de a culege fructele acestuia, întocmai ca proprietarul, însă cu îndatorirea de a-i conserva substanța.

Mai mult, prevederile art. 707 C. civ., referitoare la accesoriile bunurilor ce formează obiectul dreptului de uzufruct, sunt în sensul că „uzufructul poartă asupra tuturor accesoriilor bunului dat în uzufruct, precum și asupra a tot ce se unește sau se încorporează în acesta”. Observăm că legiuitorul nu distinge expres între regimul juridic al lucrărilor unite sau încorporate în bunul primit în uzufruct în funcție de autorul lucrării. Dacă autorul lucrării este proprietarul imobilului, iar nu uzufructuarul, acestea nu vor putea reveni în proprietate

titularul dreptului de suprafață datorează, sub formă de rate lunare, o sumă egală cu chiria stabilită pe piața liberă, ținând seama de natura terenului, de destinația construcției în cazul în care aceasta există, de zona în care se află terenul, precum și de orice alte criterii de determinare a contravalorii folosinței”.

decât nudului proprietar, dar uzufructul se va extinde de drept asupra lor, având loc o augmentare a obiectului său.

În situația în care lucrările sunt efectuate de către uzufructuar, aplicarea coroborată a dispozițiilor art. 703 și 707 C. civ. ar conduce în același sens: accesiunea lucrărilor ar opera în favoarea proprietarului terenului, iar uzufructuarul își va extinde dreptul asupra lor. Cu toate acestea, accesiunea în favoarea proprietarului imobilului nu se produce de drept în toate cazurile, ci diferențiat, în funcție de caracterul autonom sau adăugat al lucrării.

În ceea ce privește lucrările adăugate, art. 716 C. civ. prevede că uzufructuarul va fi despăgubit în mod echitabil pentru lucrările necesare efectuate, de unde rezultă că acestea aparțin proprietarului de plin drept, din momentul efectuării lor, indiferent dacă și-a dat sau nu acordul pentru efectuarea lor.

Efectuarea de către uzufructuar a lucrărilor utile adăugate va da dreptul uzufructuarului la indemnizație numai dacă au fost făcute cu acordul proprietarului. Indemnizația va fi una echitabilă, nu neapărat egală cu sporul de valoare al fondului. Pentru lucrările adăugate utile executate fără acordul proprietarului, uzufructuarul nu va fi despăgubit, ci va fi obligat să le ridice pe cheltuiala sa. Ca urmare, accesiunea asupra lucrărilor adăugate utile nu se produce de drept în favoarea proprietarului imobilului atunci când nu a consimțit la efectuarea lor.

În privința lucrărilor autonome efectuate de uzufructuar asupra imobilului primit în uzufruct, în lipsă de stipulație contrară, potrivit art. 716 alin. (4) C. civ., se vor aplica dispozițiile din materia accesiunii imobiliare artificiale. Prin derogare de la prevederile art. 707 C. civ., accesiunea nu se produce de drept în favoarea proprietarului imobilului, cu extinderea uzufructului asupra lucrării autonome, ci acesta este în măsură să invoce dreptul potestativ de accesiune în favoarea sa sau să îl oblige pe uzufructuar la cumpărarea terenului sau la desființarea lucrării. Premisa de la care se pleacă este că aceste lucrări au fost efectuate fără acordul proprietarului imobilului. Se pune astfel întrebarea la ce se referă legiuitorul atunci când dispune, prin art. 716 alin. (4) C. civ., că regulile accesiunii imobiliare se aplică doar în lipsă de stipulație sau dispoziție legală contrară. Stipulația contrară s-ar putea referi la posibilitatea renunțării la accesiune în favoarea uzufructuarului sau este vorba despre modul în care se stabilește indemnizarea uzufructuarului? Cum textul nu distinge, este posibil ca, după efectuarea lucrării autonome, proprietarul imobilului să renunțe la dreptul de a invoca accesiunea și să constituie astfel o suprafață asupra lucrării în favoarea uzufructuarului. Constituirea acestei suprafețe ar trebui să determine încetarea uzufructului, deoarece cele două drepturi reale nu sunt compatibile atunci când poartă asupra aceluiași bun. Radierea dreptului de uzufruct se va face doar la cererea uzufructuarului sau în temeiul unei acțiuni în rectificare promovată de proprietarul terenului.

Cu toate acestea, dacă uzufructul va continua să existe, suprafața va fi una atipică, întrucât presupune juxtapunerea asupra aceluiași imobil a două drepturi reale, cu regim juridic diferit: dreptul de proprietate asupra lucrării, ce îi revine uzufructuarului, și dreptul de uzufruct asupra terenului. Folosința terenului se va exercita ca prerogativă a dreptului de uzufruct, iar nu a dreptului de proprietate. Care va fi termenul pentru care se poate încheia această suprafață atipică? În opinia noastră, durata acestui complex de drepturi nu

va putea depăși durata uzufructului, astfel că, la încetarea uzufructului, părțile se vor desocoti după regulile prevăzute de art. 699 C. civ., aplicabile încetării superficiei prin expirarea termenului în situația în care construcția a fost efectuată de către uzufructuar, sau cu moștenitorii acestuia, dacă uzufructul a fost viager. Astfel, uzufructuarul va fi despăgubit cu valoarea de circulație a construcției, iar nu cu jumătate din valoarea cheltuielilor și a manoperei. Mai mult decât atât, proprietarul nu are dreptul de a refuza accesiunea decât dacă valoarea de circulație a construcției este mai mare decât cea a terenului. Ca urmare a refuzului său, uzufructuarul nu va fi obligat să desființeze construcția, ci poate fi obligat să cumpere terenul, norma funcționând cu efect de expropriere privată în acele situații în care uzufructuarul execută lucrări care depășesc valoarea de circulație a terenului. Numai dacă valoarea de circulație a construcției este mai mică decât cea a terenului, accesiunea operează de plin drept în favoarea proprietarului imobilului, care îl va despăgubi pe uzufructuar cu valoarea de circulație a acesteia.

Observăm că, în oricare dintre variante, atunci când proprietarul terenului a stipulat renunțarea la dreptul său de a invoca accesiunea în favoarea uzufructuarului, situația sa din punct de vedere patrimonial este mai păgubitoare decât dacă s-ar fi aplicat regulile prevăzute în materia accesiunii imobiliare artificiale prevăzute de art. 582 C. civ. Situația juridică, ce poate fi calificată ca o suprafață atipică, dar care, în esență, este o juxtapunere de drepturi reale, nu este profitabilă proprietarului terenului. Mai rezultă că lucrările efectuate asupra imobilului revin proprietarului terenului direct prin accesiune doar atunci când au fost executate de el însuși, iar dacă au fost executate de către uzufructuar, situația trebuie nuanțată în funcție de caracterul lucrării și de acordul proprietarului terenului.

b) Suprafața atipică a soților care construiesc pe terenul proprietate exclusivă a unuia dintre ei

În cazul soților căsătoriți sub regimul comunității legale, care edifică împreună o construcție pe terenul proprietate exclusivă a unuia dintre ei, suntem în prezența unei suprafețe atipice în favoarea soțului neproprietar al terenului, care nu se înscrie ca atare în cartea funciară, dar care se reflectă printr-o suprapunere de două drepturi reale: o proprietate comună devălmășă asupra construcției și o proprietate exclusivă a unuia dintre soți asupra terenului. Această suprafață este rezultatul legii, care prevede calitatea de bun comun devălmășă a construcției edificate în timpul căsătoriei, dacă soții nu au optat pentru un regim matrimonial de separație ori pentru regimul comunității convenționale. În acest fel, proprietatea comună asupra construcției se suprapune peste proprietatea exclusivă asupra terenului, dreptul de suprafață fiind dobândit indirect. Din simpla suprapunere de drepturi, soțul care nu este proprietar al terenului va exercita o folosință în comun asupra terenului împreună cu soțul care este proprietar exclusiv. Folosința terenului îi este recunoscută soțului neproprietar în temeiul legii, pentru simplul fapt că are o proprietate comună asupra construcției edificate pe acest teren împreună cu soțul proprietar al terenului.

Doctrina recentă de dreptul familiei a avansat o altă teorie, care afirmă că nu trebuie să admitem că proprietatea asupra construcției ar deveni bun comun în devălmășie, iar suprafața ar lua naștere în favoarea sa în temeiul legii, deoarece soțul proprietar exclusiv asupra terenului ar deveni, grație accesunii directe prevăzute de art. 577 alin. (1) și (2) C. civ., proprietar exclusiv al construcției. Soțul care contribuie la edificarea construcției în timpul căsătoriei nu ar putea fi decât titularul unui drept de creanță cu privire la suma ce reprezintă valoarea materialelor și manopera, nicidecum titularul unui drept de suprafață. Pentru aceasta ar fi necesară convenția părților încheiată în formă autentică, înaintea edificării construcției, ori renunțarea soțului proprietar al terenului la dreptul de a invoca accesiunea în favoarea celuilalt soț, ulterior edificării construcției. În argumentarea opiniei care consideră necesar consimțământul constitutiv de suprafață al soțului proprietar al terenului în favoarea soțului neproprietar, se invocă faptul că soțul neproprietar al terenului nu are un mod valabil de dobândire a dreptului de proprietate privată, întrucât art. 339 C. civ. nu este un mod de dobândire a bunurilor comune, ci doar o modalitate de distribuție a bunurilor în masa bunurilor comune, atunci când nu fac parte din categoria bunurilor proprii, prevăzute în art. 340 C. civ.¹⁶. Pentru a fi incident regimul matrimonial al comunității legale, trebuie ca un anumit bun să fie dobândit, ceea ce înseamnă că unul dintre soți a devenit titularul unui drept, real sau de creanță, prin oricare dintre mijloacele prevăzute de lege, și acest lucru s-a întâmplat în timpul cât s-a aplicat regimul comunității. Bunul intră în proprietatea devălmășă a soților, indiferent de modalitatea de dobândire, cu excepția cazurilor limitativ și expres prevăzute de lege. În cuprinsul art. 693 C. civ., legiuitorul nu a menționat legea ca izvor al suprafeței, ci s-a referit la „alte moduri prevăzute de lege”. Se consideră că nu există nicio dispoziție normativă care să prevadă faptul că atunci când un soț construiește pe terenul celuilalt soț devine titularul unui drept de suprafață. Legea nu este prin ea însăși mod de dobândire a dreptului de proprietate, ci faptul juridic de care legea leagă producerea de efecte juridice. Iar legea leagă de faptul accesunii un efect achizitiv de proprietate în favoarea soțului proprietar al terenului, proprietatea fiind exclusivă. În acest caz nu există o reglementare specială, iar art. 339 C. civ. nu face referire la accesiune sau la suprafață și nu reglementează moduri de dobândire a proprietății bunurilor comune, ci arată când anume bunurile sunt comune. În aceste condiții, art. 339 C. civ. nu poate fi temei al dreptului de suprafață pentru soțul neproprietar al terenului, pentru acest drept fiind necesar consimțământul în formă autentică a soțului proprietar al terenului.

În ce ne privește, apreciem că această cerință nu numai că este excesivă, dar nici nu este susținută de textele legale.

¹⁶ I. Ilieș Neamț, *Regimul juridic al lucrărilor autonome cu caracter durabil edificate de un soț pe terenul proprietatea exclusivă a celuilalt soț*, în *Revista de Dreptul Familiei* nr. 2/2020, pp. 232-255. Opinia rămâne una izolată, dar, deși autorul încearcă o argumentare convingătoare, nu ține seama de faptul că scopul legiuitorului a fost de a proteja interesele căsătoriei prin aplicarea imperativă a regimului comunității legale atunci când soții nu au optat pentru alt regim (bunul este dobândit în timpul regimului și nu poate fi inclus în masa bunurilor proprii) și, implicit, pe soțul constructor, care nu poate fi tratat ca un terț oarecare care construiește fără acord pe terenul altuia.

Din reglementarea art. 577 alin. (1) și (2) C. civ. rezultă că proprietarul terenului care edifică o lucrare pe terenul său va deveni proprietar al lucrării din momentul și pe măsura încorporării materialelor în teren. Dacă proprietatea asupra terenului este exclusivă, atunci și proprietatea asupra construcției este exclusivă. Însă, în cazul în care un soț, proprietar exclusiv al terenului, construiește pe terenul său împreună cu celălalt soț, în perioada în care este aplicabil regimul comunității legale, accesiunea nu poate opera direct numai în favoarea soțului proprietar al terenului. În temeiul dispozițiilor art. 339 C. civ., va avea loc o deviere a efectului achizitiv de proprietate instituit prin art. 557 C. civ., în sensul că bunul edificat prin contribuția comună a soților fiind orientat spre masa bunurilor comune, iar nu a bunurilor proprii a soțului proprietar al terenului.

În acest caz, suntem în situația celei de-a treia excepții de la efectul direct al accesiunii în favoarea proprietarului imobilului. Dobândirea construcției ca bun comun, prin edificare, în timpul căsătoriei este prevăzută de lege, atunci când soții sunt căsătoriți sub regimul comunității legale. Dar mijlocul de dobândire nu este legea, ci faptul edificării, adică accesiunea imobiliară, numai că efectele sale nu se produc în temeiul regulii prevăzute de art. 557 C. civ., ci în temeiul art. 339 C. civ., care devine o normă de excepție. Grație art. 339 C. civ., construcția rezultată prin edificare nu va fi proprietatea exclusiv a soțului proprietar al terenului, ci va deveni bun comun. Pentru aceasta nu numai că nu este necesar consimțământul soțului proprietar al terenului, în formă autentică, ci, mai mult, acest consimțământ este indiferent. Scopul normei prevăzute în art. 339 C. civ. este de a proteja comunitatea soților, interesele căsătoriei și situația soțului neproprietar al terenului, care trebuie să devină proprietar asupra bunului edificat, nu doar titularul unui drept de creanță. Situația sa juridică trebuie să fie mult mai protectivă decât cea recunoscută unui concubin sau unui simplu terț care, pentru a construi pe terenul altuia și a dobândi o suprafață, are nevoie de consimțământul expres al proprietarului terenului.

Regula potrivit căreia accesiunea nu poate opera decât în favoarea soțului proprietar al terenului, care ar trebui să devină proprietar exclusiv asupra construcției, se aplică doar dacă prin act juridic sau prin lege nu se prevede altfel. În cazul soților căsătoriți sub regimul comunității de bunuri, legea prevede altfel, deoarece scopul urmărit de legiuitor a fost să ofere o protecție sporită celui care are calitatea de soț și care contribuie cu venituri comune la edificarea unei construcții pe terenul celuilalt soț. Soțului constructor trebuie să i se recunoască mai mult decât un simplu drept de creanță asupra construcției realizate, cu atât mai mult cu cât contribuția sa efectivă nu poate fi cunoscută decât la lichidarea regimului matrimonial.

Această interpretare este susținută nu numai de dispozițiile art. 339 C. civ., ci și de cele prevăzute de art. 89 alin. (3) și art. 176 din Regulamentul ANCPI. Astfel, art. 89 alin. (3) prevede că „dreptul de proprietate al soților asupra construcției edificate de aceștia, ca bun comun, pe terenul aflat în proprietatea exclusivă a unuia dintre ei se va înscrie în favoarea acestora, nefiind condiționat de înscrierea vreunui drept real asupra terenului în favoarea soțului neproprietar”. De aici rezultă că suprafața va fi recunoscută în favoarea soțului neproprietar al terenului, fără a fi necesară constituirea expresă a unui drept de suprafață, nici prin convenție înaintea edificării, nici după edificare, prin renunțarea proprietarului la

dreptul de a invoca accesiunea. În plus, art. 176 din același Regulament prevede că notarea calității de bun comun conform art. 902 alin. (2) pct. 3 C. civ. se va face în baza copiei legalizate a certificatului de căsătorie, dacă din conținutul acestuia corelat cu situația juridică descrisă în actul în baza căruia s-a făcut înscrierea în cartea funciară, rezultă că imobilul s-a dobândit în timpul căsătoriei și că nu face parte din categoria bunurilor proprii ale soțului al cărui drept este intabulat în cartea funciară. Această din urmă reglementare are meritul că subliniază faptul că nu este necesar consimțământul proprietarului terenului pentru a se înscrie dreptul de proprietate comună devălmașă asupra construcției. Simpla dovadă a faptului că soții erau căsătoriți la data obținerii autorizației de construire, precum și pe parcursul edificării, inclusiv la data procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor, va fi suficientă pentru a se nota în cartea funciară apartenența construcției la comunitate.

Ca urmare, pentru a stabili regimul juridic aplicabil construcției, nu vor avea relevanță faptul că autorizația de construire se va elibera în favoarea soțului titular al unui drept real asupra terenului și nici faptul că doar numele său va apărea menționat pe certificatul de atestare a edificării construcției, în vederea înscrierii acesteia în cartea funciară. Calitatea de bun comun a construcției se va dobândi independent de voința proprietarului exclusiv al terenului, acesta putând dovedi contribuția sa exclusivă la dobândirea construcției în momentul lichidării regimului matrimonial. Legiuitorul a urmărit să protejeze interesele căsătoriei și să dea prevalență regimului comunității legale, conferindu-i soțului un drept real veritabil, iar nu o simplă creanță de care s-ar putea prevala, de pildă, un concubin.

Faptul că superficia este, în cazul soțului neproprietar al terenului, rezultatul unei combinări de drepturi reale recunoscute de lege, în care cel puțin un titular este comun și cel puțin un titular diferit, iar nu consecința unei manifestări de voință a soțului proprietar al terenului, rezultă din cercetarea regimului juridic aplicabil acestei superficii. Nici dacă s-ar constitui prin act juridic între soți ori prin actul unilateral al renunțării la accesiune a soțului proprietar al terenului, superficia nu ar fi guvernată de dispozițiile Codului civil referitoare la superficie (art. 693-702 C. civ.), ci de regulile aplicabile regimului comunității. Astfel, superficia nu va putea avea o durată de maximum 99 de ani, ci va avea o durată care depinde de durata comunității legale. Folosința terenului aferent construcției nu va fi o folosință exclusivă a soțului superficiar, ci o folosință comună, iar construcția, iarăși, va fi comună, în temeiul aplicării regimului comunității. Superficiarul nu poate să demoleze construcția și să o reconstruiască după bunul său plac, iar încetarea superficii nu va fi coordonată de prevederile art. 699 C. civ., ci se vor aplica regulile de încetare a regimului comunității legale. Nu există astfel nicio justificare pentru care regimului comunității legale să nu i se recunoască forța de a devia traseul bunului dinspre masa bunurilor proprii spre masa bunurilor comune, în condițiile în care actul juridic generator de superficie, cum ar fi renunțarea la invocarea accesiunii a soțului proprietar al terenului, nu influențează câtuși de puțin conținutul acestui drept. Soțul proprietar al terenului nu poate, prin voința sa, să modifice prerogativele superficii constituite. Mai mult, acestei superficii nu i se aplică nici măcar reglementarea generală în materie de superficie.

Dacă soțul care nu este proprietar al terenului edifică singur o construcție din fondurile proprii, construcția va fi, de asemenea, bun comun, iar la încetarea căsătoriei, cu ocazia lichidării regimului matrimonial al comunității legale, se va ține seama de contribuția sa exclusivă la dobândirea proprietății asupra construcției. Fiind lichidat regimul comunității legale și recunoscându-se calitatea de bun propriu al construcției, va lua naștere situația de accesiune imobiliară, care va fi tranșată între părți după regulile accesiunii, în funcție de buna-credință a autorului lucrării. Buna-credință se va aprecia nu numai după cum soțul a cunoscut situația juridică a terenului, ci mai ales după atitudinea sa în fața opoziției la construire a soțului proprietar al terenului. Acesta ar putea, chiar pe parcursul căsătoriei, dacă soții nu se înțeleg, să solicite instanței să constate calitatea de bun propriu asupra construcției. Soțul proprietar al terenului poate renunța *in favorem* la invocarea accesiunii în favoarea soțului care a contribuit exclusiv la edificare ori poate invoca accesiunea asupra construcției, soțul constructor având în această situație, poziția unui simplu terț.

Cât timp se mențin regimul comunității legale și calitatea de bun comun asupra construcției, soțul proprietar exclusiv al terenului nu va putea invoca accesiunea privind cota parte de proprietate asupra construcției la care a contribuit celălalt soț.

c) Situația coproprietarului care construiește prin contribuție exclusivă pe terenul aflat în coproprietate

Este o formă de suprafață atipică des întâlnită în practică. În aplicarea art. 577 alin. (1) și (2) C. civ., construcția edificată pe terenul aflat în coproprietate va aparține coproprietarilor în aceleași cote-părți în care dețin și proprietatea asupra terenului. Edificarea de către unul dintre coproprietari a întregii construcții, în scopul de a dobândi o proprietate exclusivă, nu este posibilă fără acordul celui alt coproprietar. În cazul în care coproprietarul care nu contribuie la edificarea construcției renunță anticipat la invocarea accesiunii pentru cota-parte din construcție aferentă cotei sale părți de drept asupra terenului, coproprietarului constructor i se constituie un drept de suprafață atipică. Suprafața este atipică deoarece cei doi coproprietari păstrează o folosință comună asupra întregului teren în virtutea calității lor de coproprietari. După cum știm, coproprietarii nu dețin o cotă-parte din bun, ci din drept, astfel că fiecare dintre aceștia va avea dreptul să folosească în continuare întreaga suprafață de teren.

În practică, de regulă, coproprietarii convin un partaj de folosință asupra terenului. Astfel, deși rămân coproprietari asupra terenului, cel care deține construcția în proprietate exclusivă va putea beneficia și de folosința exclusivă a suprafeței de teren aferentă construcției sale. Această convenție cu privire la folosința terenului nu face suprafața constituită mai puțin atipică.

Acordul coproprietarilor poartă asupra dreptului coproprietarului care construiește singur de a dobândi proprietatea exclusivă asupra construcției. În favoarea acestuia nu se va înscrie în cartea funciară un drept de suprafață. Caracterul atipic rezultă din această suprapunere de drepturi cu titulari diferiți în care terenul este deținut în coproprietate, iar construcția, în proprietate exclusivă de către unul dintre coproprietari.

Va fi guvernată această suprafață de regulile unei suprafețe tipice? Evident, nu. Coproprietarul care deține construcția în proprietate exclusivă nu va avea drepturile și obligațiile unui superficiar în raport cu celălalt coproprietar al terenului. Folosința terenului s-ar exercita oricum în temeiul calității sale de coproprietar, însă coproprietarului care nu are proprietatea construcției i se îngrădește folosința terenului pentru întreaga sa suprafață, astfel că soluția unui partaj de folosință asupra terenului va fi soluția optimă. Deși durata de folosință a terenului este perpetuă (întrucât este o prerogativă a proprietății), are loc o restrângere a folosinței terenului de către celălalt coproprietar al terenului. De aceea, suprafața ar trebui limitată, iar la încetarea sa, coproprietarii ar putea proceda la partajul terenului. Modul în care coproprietarii se vor desocoti la expirarea suprafeței în ce privește construcția, ar trebui convenit de părți cu ocazia constituirii suprafeței prin renunțarea la accesione.

În situația în care coproprietarii nu încheie un acord de renunțare anticipată la accesione, iar construcția se dobândește în coproprietate, actul prin care construcția revine integral celui care a construit, iar terenul rămâne în coproprietate, deși poate fi mascat într-un act de partaj fără sultă, va fi în realitate o dare în plată. Coproprietarul care nu a contribuit la edificarea construcției, dar care devine coproprietar asupra construcției în temeiul accesionii, transmite cota sa parte de drept pentru a stinge creanța pe care o are coproprietarul care a edificat construcția față de el. Coproprietarul constructor este titularul unui drept de creanță față de coproprietarul care nu a participat la edificare, creanță ce constă în valoarea materialelor și manoperei. Aceasta, deoarece, construcția, chiar dacă s-a edificat prin contribuția sa exclusivă, va reveni, ca urmare a aplicării regulilor accesionii, în coproprietate coproprietarilor terenului, în aceleași cote-părți de drept.

Coproprietarul care a edificat o construcție împotriva voinței celui alt, va putea fi obligat la desființarea construcției ori la cumpărarea întregului teren. Este posibil și un partaj judiciar prin care construcția va reveni în proprietate exclusivă coproprietarului care a construit, însă prin hotărâre judecătorească nu se poate constitui o suprafață împotriva voinței proprietarului terenului care nu a contribuit la edificare.

d) Combinarea dreptului de folosință, concesiune sau închiriere a unui imobil proprietatea privată a unităților administrativ-teritoriale, atribuite în vederea construirii, cu dreptul de proprietate asupra construcțiilor edificate

Atunci când statul sau unitățile administrativ-teritoriale atribuie unui terț, terenuri proprietate privată¹⁷ în vederea construirii, proprietatea asupra terenului și proprietatea

¹⁷ Potrivit art. 362 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 57/2019, „(1) Bunurile proprietate privată a statului sau a unităților administrativ-teritoriale pot fi date în administrare, concesionate ori închiriate. (2) Bunurile proprietate privată a unităților administrativ-teritoriale pot fi date în folosință gratuită, pe termen limitat, după caz, persoanelor juridice fără scop lucrativ, care desfășoară activitate de binefacere sau de utilitate publică ori serviciilor publice. (3) Dispozițiile privind darea în administrare, concesionarea, închirierea și darea în folosință gratuită a bunurilor aparținând domeniului public al statului sau al unităților administrativ-teritoriale se aplică în mod corespunzător”.

asupra construcției vor avea titulari diferiți. Situația este asemănătoare cu o suprafață, doar că atipică, deoarece suprafața nu dobândește folosința ca prerogativă a proprietății, ci în temeiul unui drept real de sine stătător.

De pildă, prin Legea nr. 15/2003 unitățile administrativ-teritoriale atribuie terenuri proprietate privată în folosință gratuită, în vederea construirii, tinerilor care nu au avut și nu au în proprietate o locuință ori un teren pentru construire. Atribuirea în folosință gratuită a terenului se face pe durata existenței construcției. Se constituie o suprafață atipică deoarece, pe de o parte, se produce o suprapunere de două drepturi reale, iar pe de altă parte, această suprafață este perpetuă, spre deosebire de suprafața tipică ce se poate constitui pentru maximum 99 de ani.

Similar, art. 13 alin. (1) din Legea nr. 50/1991 prevede că „terenurile aparținând domeniului privat al statului sau al unităților administrativ-teritoriale, destinate construirii, pot fi vândute, concesionate ori închiriate prin licitație publică, potrivit legii, în condițiile respectării prevederilor documentațiilor de urbanism și de amenajare a teritoriului, aprobate potrivit legii, în vederea realizării de către titular a construcției”. Cum închirierea acestor terenuri este destinată lucrărilor provizorii, iar prin vânzare se transferă însuși dreptul de proprietate asupra terenului, doar concesiunea reprezintă un drept menit să stea la baza dobândirii unei suprafațe atipice. Dreptul de concesiune se dobândește prin licitație publică și, spre deosebire de închiriere, care este un drept personal, este un drept real. Constituirea unui astfel de drept asupra terenurilor care aparțin unităților administrativ-teritoriale se face doar în scopul edificării unei construcții de către titularul dreptului. Folosința terenului aferent construcției este o prerogativă a dreptului de concesiune, de aceea dreptul de proprietate asupra construcției asociat cu dreptul de concesiune asupra terenului reprezintă o combinație de drepturi ce poate fi calificată ca suprafață atipică.

O asemenea suprafață trebuie însă să prezinte o utilitate pentru unitatea administrativ-teritorială, să urmărească obținerea unui interes al comunității, altfel nu se justifică dobândirea unui drept de suprafață.

Concesiunea este oneroasă și trebuie să aibă o durată determinată. Potrivit art. 17 din Legea nr. 50/1991 republicată, „limita minimă a prețului concesiunii se stabilește, după caz, prin hotărârea consiliului județean, a Consiliului General al Municipiului București sau a consiliului local, astfel încât să asigure recuperarea în 25 de ani a prețului de vânzare al terenului, în condiții de piață, la care se adaugă costul lucrărilor de infrastructură aferente”. De aici rezultă că nu se poate stabili o durată a concesiunii sub 25 de ani, tocmai pentru ca prețul terenului să poată fi obținut din plata redevenței.

Concesiunii terenurilor proprietate privată i se aplică regulile de la concesionarea bunurilor proprietate publică. Ca urmare, la încetarea concesiunii, bunurile rezultate din investiție sunt considerate bunuri de retur, care vor reveni concedentului, adică unității administrativ-teritoriale. Această dispoziție este inechitabilă în condițiile în care concesionarul a plătit o perioadă de cel puțin 25 de ani o redevență care ar egala prețul de vânzare al terenului. Nu numai că, deși plătește această redevență, la încetarea concesiunii nu dobândește proprietatea asupra terenului, ci, mai mult, pierde și dreptul de proprietate

asupra construcției. În situația în care unitatea administrativ-teritorială ar decide vânzarea terenului ar trebui să urmeze procedura licitației publice, situația concesiunii în vederea construirii nefiind un caz în care s-ar putea aplica vânzarea directă.

Dreptul de administrare constituit poate fi temei pentru edificarea unor construcții și constituirea de suprafețe atipice în favoarea titularului dreptului, dacă obiectul său îl reprezintă un teren proprietate-privată a unităților administrativ-teritoriale.

Dreptul de folosință constituit cu titlu gratuit ori dreptul de concesiune constituite asupra terenurilor proprietate privată a unităților administrativ-teritoriale sunt drepturi reale de sine stătătoare, care se constituie prin detașarea de prerogative ale proprietății private ce aparține unităților administrativ-teritoriale. Aceste dezmembrăminte speciale nu se confundă cu dezmembrămintele dreptului de proprietate privată, care aparține altor persoane fizice și juridice de drept privat.

Scurtă concluzie

Am arătat în cuprinsul acestui articol că suprafeța poate exista nu numai în formă tipică, ci și în formă atipică. În cazul suprafeței tipice, prerogativa folosinței terenului aferent construcției este detașată din dreptul de proprietate privată asupra terenului, iar nu a unei modalități a dreptului de proprietate ori a unui alt drept real. Ca urmare, suprafeța în formă tipică este un drept complex, iar nu un complex de drepturi. În varianta atipică, suprafeța rezultă dintr-o situație de combinare de drepturi reale în care folosința terenului poate fi o prerogativă a unei coproprietăți, construcția aparținând în proprietate exclusivă unuia dintre coproprietari, sau o prerogativă a unei proprietăți exclusive, al cărei titular deține o proprietate devălmașă asupra construcției. O altă variantă de suprafețe atipică este cea potrivit căreia folosința terenului aferent construcției este o prerogativă a unui alt drept real decât dreptul de proprietate. Combinarea drepturilor reale diferite asupra construcției și terenului aferent modifică regimul de drept comun al suprafeței.

Aspecte relative la dreptul angajatorului de a stabili obiective de performanță individuală și criterii de evaluare a realizării acestora

Aspects regarding the employer's right to establish individual performance objectives and criteria for evaluating their achievement

Conf. univ. dr. **Daniela MOȚIU***
Universitatea de Vest din Timișoara
Facultatea de Drept

Abstract

The design and implementation of performance objectives at the level of the unit falls under the category of opportunity measures, left by the legislator at the disposal of the employer, being at the same time a measure by which he aims to make his own activity more efficient. Tasks and activities that do not literally comply with the content of the job description, but that fall within the employee's work, set by the employer in the form of individual performance objectives, do not represent a unilateral change of the individual employment contract. By their nature, they demand specific evaluation criteria of the extent to which they have been achieved.

Keywords: individual performance goals, criteria for evaluating the achievement of individual performance objectives, unilateral modification of the individual employment contract, employer's rights, dismissal for professional misconduct.

Rezumat

Conceperea și implementarea la nivelul unității de obiective de performanță se încadrează în categoria măsurilor de oportunitate, lăsate de legiuitor la dispoziția angajatorului, fiind în același timp și o măsură prin care acesta urmărește eficientizarea propriei activități. Sarcinile și activitățile care nu respectă ad literam conținutul fișei postului, dar care se încadrează în felul muncii salariatului, stabilite de angajator sub forma obiectivelor de performanță individuală, nu reprezintă o modificare unilaterală a contractului individual de muncă. Prin natura lor, acestea reclamă criterii de evaluare specifice a măsurii în care au fost realizate.

* dana.motiu@e-uvv.ro

Cuvinte-cheie: *obiective de performanță individuală, criterii de evaluare a realizării obiectivelor de performanță individuală, modificare unilaterală a contractului individual de muncă, drepturile angajatorului, concediere pentru necorespundere profesională.*

1. Considerații premergătoare. În temeiul art. 40 alin. (1) lit. f) Codul muncii, angajatorul dispune de dreptul de a stabili obiective de performanță individuală, precum și criterii de evaluare a realizării acestora¹. În același timp, art. 69 alin. (3) Codul muncii arată că criteriile avute în vedere, potrivit legii și/sau contractelor colective de muncă, pentru stabilirea ordinii de prioritate la concediere se aplică pentru departajarea salariaților după evaluarea realizării obiectivelor de performanță.

Reglementarea legală este în contradicție cu principiul negocierii (individuale și colective) care stă la baza modului de stabilire a drepturilor și obligațiilor părților unui contract individual de muncă, consacrat prin dispozițiile art. 37 Codul muncii². În condițiile în care competența profesională și eficiența economică reprezintă indicatori de marcă care stau la baza organizării și conducerii activităților economice specifice economiei de piață, caracterul coercitiv al reglementării legale pare surprinzător și nefiresc deoarece consensualitatea și buna-credință care stau la baza relației de muncă sunt incompatibile cu mecanismul stabilirii obligatorii și în mod unilateral a oricărei obligații în sarcina uneia dintre părți, îndeosebi a celei dezavantaje oricum prin simpla poziție de subordonare specifică în care se situează.

Prerogativa în discuție, conferită prin lege angajatorului, poate fi calificată ca o expresie a neputinței angajatorului de stabilire și organizare a muncii, a propriei sale activități, în condițiile art. 40 alin. (1) lit. a) Codul muncii. Din interpretarea sistematică a dispozițiilor art. 40 alin. (1) Codul muncii s-ar putea concluziona că gestionarea necorespunzătoare sau greșită a stabilirii și organizării proprii de către angajator reprezintă temeiul și justificarea reglementării subsecvente a dreptului angajatorului de stabilire a obiectivelor de performanță individuală și a criteriilor de evaluare a realizării acestora. În măsura în care buna învoială apare ca insuficientă pentru obținerea unor rezultate de calitate superioară, s-ar părea că mecanismul stabilirii imperative, forțate, a acestor obiective ar reprezenta „colacul de salvare” așezat prin lege la dispoziția angajatorului. Aceasta deoarece, „fără îndoială, prin textul analizat, legiuitorul a dorit creșterea prerogativelor angajatorului, în relația cu salariații săi, intensificarea activității profesionale a acestora, mobilizarea lor pentru obținerea unor rezultate superioare în muncă”³.

¹ Privită în sine, formularea textului „obiective de performanță” este tautologică, deoarece orice obiectiv include, în structura sa, performanța, ca produs al comportamentului așteptat, explicitat în termeni de sarcini, activități. Ar fi mai adecvată, probabil, sintagma „obiective specifice”. Cu toate acestea, prezentul studiu utilizează sintagma „obiective de performanță” din cuprinsul textului legal.

² Drepturile și obligațiile privind relațiile de muncă dintre angajator și salariat se stabilesc potrivit legii, prin negociere, în cadrul contractelor colective de muncă și al contractelor individuale de muncă, potrivit art. 37 Codul muncii.

³ Al. Țiclea, *Stabilirea obiectivelor de performanță individuală – prerogativă a angajatorului*, în *Revista Română de Dreptul Muncii* nr. 7/2011, p. 13.

2. Natura juridică și conținutul dreptului angajatorului de stabilire a obiectivelor de performanță individuală. În doctrină⁴, dreptul angajatorului de a stabili obiectivele de performanță individuală a fost calificat ca fiind „un caz de modificare unilaterală a contractului individual de muncă” realizat prin „act unilateral al angajatorului”.

Principiul general care guvernează modificarea contractului consacrat de art. 1270 alin. (2) C. civ. este reluat de art. 41 alin. (1) și (2) Codul muncii și particularizat de legiuitor prin importanța acordată elementelor contractuale relative la durata contractului, locul muncii, felul muncii, condițiile de muncă, salariul și, respectiv, timpul de muncă și timpul de odihnă.

Prin stabilirea obiectivelor de performanță în sarcina unui salariat sau mai multor salariați, s-ar părea că, în fapt, angajatorul nu aduce nicio modificare substanțială, de conținut, vreunui dintre elementele contractului individual de muncă convenite contractual, deoarece acestea trebuie „să concorde întru totul cu fișa postului salariatului și să fie realizabile în condiții normale de muncă”, vizând „prin excelență, componenta calitativă a muncii”⁵. Cu atât mai mult realizarea lor trebuie să se raporteze la durata timpului de muncă stabilită prin contractul individual de muncă, respectiv la timpul de muncă alocat în mod firesc și diferențiat de către salariat îndeplinirii atribuțiilor de serviciu.

Pe de altă parte, se susține că stabilirea obiectivelor de performanță constă tocmai în norma de muncă ce trebuie realizată de salariat într-o unitate de timp, de regulă, zi lucrătoare (dar și săptămână sau lună). Este posibil, totodată, de la caz la caz, cu totul excepțional, ca aceste obiective să fie superioare normei de muncă, atunci când condițiile tehnice, organizatorice etc., permit aceasta”⁶. Dar norma de muncă exprimă cantitatea de muncă ce trebuie depusă de salariat pe durata timpului de muncă convenit contractual, cantitatea muncii și calitatea muncii fiind aspecte diferite ale aceluiași proces.

Obiectivele de performanță reprezintă sarcini și activități⁷ cu caracter profesional concret și de o complexitate sporită, diferită calitativ de cele prevăzute în fișa postului salariatului, a căror realizare presupune utilizarea concomitentă, succesivă sau alternativă a competențelor, capacităților și cunoștințelor aferente și specifice atribuțiilor de serviciu stabilite prin fișa postului salariatului. Este necesar ca sarcinile și activitățile cu caracter profesional cerute salariatului să fie specifice (să concorde cu felul muncii salariatului), măsurabile (cuantificabile), accesibile (posibil de realizat) și încadrabile în perioade de timp precise.

Structura unui obiectiv trebuie să cuprindă sarcina/activitatea urmărită a se realiza de către salariat, produsul sarcinii/activității desfășurate (performanța urmărită), condițiile în care se va desfășura sarcina/activitatea (cu luarea în considerare a resurselor și a mijloacelor

⁴ I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii, ediția a IV-a, revăzută și adăugită*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 413.

⁵ I.T. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 347.

⁶ Al. Țiclea, *Tratat teoretic și practic de dreptul muncii, ediția a II-a, revăzută și adăugită*, Ed. Universul Juridic, București, 2024, p. 575.

⁷ Sarcinile și activitățile stabilite în cadrul unui obiectiv se regăsesc sub denumirea generică de „comportamente”.

necesare, adecvate puse la dispoziție), criteriile în temeiul căreia va fi apreciat gradul de realizare a sarcinii/activității⁸.

Sarcinile și activitățile profesionale în cauză: (i) sunt așezate la confluența atribuțiilor de serviciu specificate în fișa postului, putând fi rezultatul congruenței a două sau mai multe atribuții; (ii) deși au statutul de „metaatribuții”, de „atribuții transversale”, se exprimă în termeni de comportamente direct observabile și măsurabile (de tipul: planificare, generare, creare, organizare, apreciere, combinare, motivare, caracterizare, extragere, rezolvare etc.), posibil de ordonat gradual pe nivele taxonomice; (iii) sunt realizabile pe parcursul unor intervale de timp care nu se raportează cu necesitate la un interval de timp standard (de tipul orei, zile lucrătoare, săptămâna de lucru sau luna calendaristică) și (iv) permit obținerea de rezultate de un nivel superior calitativ celor care derivă din îndeplinirea exactă și paralelă a atribuțiilor de serviciu.

Prin stabilirea obiectivelor de performanță individuală, în realitate, nu se aduce nicio modificare contractului individual de muncă relativ la elementele esențiale ale acestuia. Cel mult, această facultate conferită angajatorului poate fi calificată ca un caz de modificare a condițiilor de executare a contractului⁹.

Sarcinile și activitățile profesionale aferente obiectivelor de performanță sunt în legătură directă cu felul muncii salariatului, stabilit contractual, prin raportare la elementul transversal, de dinamică, de transfer care interconectează, reșază și valorifică cu eficiență rezultatele derivate din îndeplinirea fidelă a atribuțiilor de serviciu determinate la încheierea contractului individual de muncă prin negociere între părți și consemnate, ca atare, în fișa postului, permițând obținerea unor rezultate noi, concrete, calitativ superioare celor stabilite prin fișa postului, care fac posibilă eficientizarea activității angajatorului. În doctrină se arată că „transformarea sarcinilor, funcțiilor și responsabilităților, la același nivel de calificare profesională și fără modificarea remunerației, constituie o simplă modificare a condițiilor de muncă care se impune salariatului. Iată de ce angajatorul poate cere salariatului o sarcină diferită de cea pe care a îndeplinit-o anterior, atâta timp cât această evoluție corespunde nivelului de funcții al persoanei în cauză și se încadrează în felul muncii pe care trebuie să o îndeplinească sub autoritatea angajatorului și pentru care a fost recrutat¹⁰.

Reprezintă un obiectiv de performanță cerința impusă consilierului juridic bancar de a extrage, urmare a studierii hotărârilor judecătorești pronunțate în cadrul dosarelor înregistrate pe rolul instanțelor judecătorești (și implicit a contractelor bancare încheiate cu consumatorii aferente) în ultimii cinci ani, considerentele pentru care au fost respinse, respectiv admise, excepțiile de nulitate invocate de părți.

⁸ Din acest punct de vedere, se constată caracterul incomplet și eronat al textului legal, care face referire doar la criteriile de realizare a obiectivelor de performanță, ca și când un obiectiv nu ar trebui să includă, *eo ipso*, în structura sa aceste criterii.

⁹ Pentru dezvoltări, a se vedea M. Miné, D. Marchand, *Le droit du travail en pratique*, ediția 23, Ed. d'Organisation Groupe Eyrolles, 2011, pp. 198-200.

¹⁰ Fr. Héas, *Droit du travail*, ediția a 11-a, Ed. Bruylant, Collection Paradigme, Bruxelles, 2023, p. 311.

Fără îndoială, se poate susține că stabilirea obiectivelor de performanță are repercusiuni directe asupra normei de muncă, care prin natura sa nu reprezintă cu necesitate o categorie statică, ci una aflată într-un dinamism permanent. Astfel, unele dintre atribuțiile de serviciu specificate în fișa postului se estompează prin cuprinderea lor iminentă în categorii de atribuții cu caracter mai general, altele sunt stabilite sau extrase direct din rezultatele derivate din alte atribuții îndeplinite sau pot permite, în anumite contexte, identificarea de soluții viabile în perioade de timp mai mici decât în mod obișnuit etc.

Norma de muncă reprezintă materializarea practică a felului muncii salariatului, însemnând cantitatea de muncă necesară pentru îndeplinirea atribuțiilor de serviciu și a sarcinilor și activităților specifice obiectivelor de performanță (timpul productiv), la care se adaugă timpul pentru întreruperi impuse de desfășurarea procesului tehnologic și timpul pentru pauze legale în cadrul programului de muncă.

Din perspectiva obiectivelor de performanță stabilite în concordanță cu felul muncii salariatului, observăm transformarea naturii juridice a obligației de prestare a muncii din obligație de diligență în obligație de rezultat. Cu alte cuvinte, acceptând că există o corelație firească între atribuțiile și responsabilitățile postului convenite contractual și norma de lucru stabilită unilateral de angajator, comensurate corespunzător în cadrul timpului de muncă arătat prin convenția părților, salariatului îi este impusă cerința obținerii de produse finale de o calitate superioară celei obișnuite sau într-o perioadă de timp inferioară celei obișnuite, sub amenințarea legitimă și serioasă a sancționării pentru necorespondere profesională.

În mod practic, performanțele stabilite în sarcina salariatului vizează obținerea de rezultate superioare, calitative sau de timp, ca urmare a modului de îndeplinire a atribuțiilor de serviciu specifice felului muncii, stabilirea acestora fiind calificată în doctrină¹¹ ca „o măsură de ordin organizatoric”, „subsumată nevoii de eficientizare a activității angajatorului”.

3. Operațiunea de stabilire a obiectivelor de performanță individuală. Procesul de stabilire a obiectivelor de performanță individuală presupune implementarea unui mecanism de analiză și diferențiere precisă între rezultatelor muncii exprimate sub formă de performanțe, obținute de salariat în mod concret și obișnuit în procesul muncii, evaluate în baza unor criterii prestabilite și apreciate pe o scală ale cărei valori permit încadrarea acestora în categorii diferite, ordonate crescător, de la nesatisfăcător la excepțional, și acele rezultate ale muncii așteptate de angajator și exprimate sub forma unor performanțe concrete, superioare celor dintâi, care necesită la rândul lor o evaluare distinctă realizată în baza aceluiași unor criterii de evaluare sau a unor criterii specifice, proprii acestora.

Pe de altă parte, din modul de redactare a art. 40 alin. (1) lit. f) Codul muncii rezultă că dreptul angajatorului de a stabili obiective de performanță individuală se poate activa doar pe parcursul executării contractului individual de muncă. Interpretarea este firească, deoarece scopul încheierii contractului individual de muncă vizează obținerea de performanțe în procesul muncii aferente tematicii și conținutului bibliografic stabilit, angajatorul fiind lipsit la acest moment de un etalon obiectiv care să îi permită diferențierea

¹¹ M.C. Preduț, *Codul muncii comentat. Protecția datelor personale, telemunca, munca virtuală și alte forme de muncă*, ediția a II-a, completată și revizuită, Ed. Universul Juridic, București, p. 155.

între categoria acestor performanțe și categoria unor performanțe superioare celor dintâi. În plus, aceste performanțe ar fi stabilite prin negociere între părți la data încheierii contractului individual de muncă.

Este evident că nevoia de a stabili obiective de performanță reiese din practică, din activitățile desfășurate în mod firesc, potrivit obiectului de activitate al unității; în măsura în care cerințele impuse ar fi putut fi prevăzute, anticipate de un angajator diligent, s-ar fi regăsit în fișa postului sub forma atribuțiilor de serviciu. Prin urmare, este specific obiectivelor de performanță faptul că stabilirea lor derivă din situațiile noi, „de surpriză”, care nu puteau fi anticipate în mod rezonabil de un angajator diligent. O altă trăsătură distinctă a obiectivelor de performanță o reprezintă caracterul util al acestora, direct aplicabil în alte arii de performanță.

În consecință, rezultatele noi așteptate în procesul muncii, privite în termeni de calitate, cantitate și de timp, se pot constitui sub formă de atribuții specifice distincte, cuprinse în fișa postului care va fi propusă personalului nou recrutat.

În măsura în care înțelege să-și valorifice acest drept, întocmirea obiectivelor de performanță intră în obligațiile angajatorului. De altfel, și interesul în stabilirea obiectivelor de performanță aparține acestuia. Accentul trebuie pus asupra modului de redactare, dat fiind că sarcinile cu caracter profesional se impun a fi stabilite în termeni de comportamente observabile și măsurabile, astfel încât salariatul să fie capabil să înțeleagă și să proceseze cu ușurință sarcina încredințată.

Obiectivele de performanță sunt stabilite în sarcina unui salariat, fiind strâns legate de calitățile personale ale acestuia grefate pe specificul postului pe care îl ocupă; „ele urmăresc salariatul, *in personam*, îi sunt lui specifice, și nu postului pe care îl ocupă”¹², cu precizarea că tocmai specificul postului permite punerea în valoare a calităților personale ale salariatului. În acest sens, în practica judiciară s-a arătat că „postul presupune adaptarea funcției la particularitățile fiecărui loc de muncă și la caracteristicile titularului ce îl ocupă, potrivit cerințelor de pregătire teoretică și practică, competență, responsabilități, atribuții și sarcini precise”¹³.

În consecință, stabilirea obiectivelor de performanță individuală se realizează prin actul unilateral al angajatorului destinat unui anumit salariat, care precizează rezultatele concrete care îi sunt impuse acestuia a le obține și perioada de timp în care trebuie să le realizeze. Forma scrisă a actului unilateral al angajatorului este necesară *ad probationem*, constituind anexă la contractul individual de muncă. Actul unilateral al angajatorului se comunică salariatului, producând efecte de la data ajungerii la destinatar, în temeiul art. 1326 alin. (3) C. civ. Nu este exclus însă ca angajatorul să stabilească astfel de obiective și printr-un ordin verbal adresat unui anumit salariat.

Dat fiind că actul unilateral al angajatorului trebuie să arate în mod obligatoriu și perioada de timp în care i se cere salariatului îndeplinirea unor obiective de performanță,

¹² A.G. Uluitu, *Soluții actuale de reglementare din legislația muncii necesar a fi urgent revăzute de către legiuitor*, în *Curierul Judiciar* nr. 2/2012, p. 95.

¹³ Curtea de Apel Timișoara, *Secția litigii de muncă și asigurări sociale*, Dosar nr. 2273/30/2018, Decizia civilă nr. 122 din 11 martie 2019, nepublicată.

suntem în prezența unei modificări unilaterale temporare a condițiilor de executare a contractului individual de muncă. În cazul în care nu se menționează termenul în care se impune salariatului realizarea obiectivelor de performanță stabilite în sarcina sa, atunci nu există o cerință reală de eficientizare a activității, ca premisă care a stat la baza stabilirii acestor obiective, punându-se pune problema nulității actului unilateral al angajatorului pentru lipsă de cauză. În plus, în absența precizării acestui element, obiectivele formulate se diluează, sarcina profesională pierzându-și din importanța valorică preconizată.

Obiectivele de performanță individuală nu se pot stabili prin acte regulamentare sau colective de muncă, însăși operațiunea de stabilire a acestora putând fi activată doar ulterior cunoașterii de către angajator a persoanei salariatului prin prisma calităților personale ale acestuia și a modului în care își îndeplinește, în concret, atribuțiile de serviciu aferente postului pe care îl ocupă. Chiar dacă postul ocupat de către salariat, prin specificul său, permite realizarea unor performanțe superioare, în lipsa calităților personale ale celui care îl ocupă nu s-ar putea stabili obiective de performanță. Și reciproca este valabilă, deoarece, chiar dacă există consimțământul salariatului și acesta întrunește gama calităților necesare atingerii unor performanțe superioare, în măsura în care postul pe care îl ocupă nu permite acest aspect, angajatorul nu ar putea stabili obiective de performanță superioară în sarcina salariatului respectiv.

Considerentele de mai sus permit a se concluziona că nivelul postului ocupat de salariat, respectiv funcție de conducere sau funcție de execuție, constituie un criteriu fundamental în delimitarea salariaților în sarcina cărora pot sau nu fi stabilite obiective de performanță. În acest caz, conform ar. 5 din Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare¹⁴, diferența de tratament bazată pe criteriul nivelului/naturii postului nu constituie discriminare deoarece, în temeiul naturii activităților ocupaționale sau al contextului în care acestea se desfășoară, o asemenea caracteristică reprezintă o cerință profesională reală și determinantă, cu condiția ca obiectivul să fie legitim și cerința proporțională. Cu toate acestea, obiectivele de performanță individuală sun specifice atât funcțiilor de conducere, cât și celor de execuție, în funcție de situația concretă ivită, cu luarea în considerare a calităților personale și profesionale ale celor care ocupă aceste funcții.

Pe de altă parte, criteriile avute în vedere, potrivit legii și/sau contractelor colective de muncă, pentru stabilirea ordinii de prioritate la concediere se aplică pentru departajarea salariaților după evaluarea realizării obiectivelor de performanță, în temeiul art. 69 alin. (3) Codul muncii. Aplicabilitatea acestei reguli presupune necesitatea desființării unor posturi de aceeași natură deținute de salariați în sarcina cărora angajatorul a stabilit obiective de performanță, nivelul de realizare a obiectivelor fiind indicatorul de departajare între salariați. Stabilirea obiectivelor de performanță constituie un criteriu de departajare a salariaților aflați în situații identice sau similare, și nu un mijloc de discriminare a salariaților.

¹⁴ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 183 din 2 aprilie 2013, cu modificările și completările ulterioare.

4. Implicațiile relației dintre fișa postului, norma de muncă și durata timpului de lucru în stabilirea obiectivelor de performanță. Înțelegerea legăturii indisolubile dintre atribuțiile de serviciu, stabilite în cuprinsul fișei postului, asumate de salariat ca rezultat al negocierilor purtate cu angajatorul, și norma de muncă stabilită în mod unilateral de către angajator, conform normativelor în vigoare, sau, în cazul în care nu există normative, normele de muncă se elaborează de către angajator după consultarea sindicatului reprezentativ ori, după caz, a reprezentanților salariaților, în temeiul art. 132 Codul muncii, implică apelul la un al element al contractului individual de muncă, respectiv la timpul de muncă.

Astfel, cantitățile de timp necesar îndeplinirii tuturor atribuțiilor de serviciu alcătuiesc împreună norma de muncă, iar durata contractului individual de muncă (integrală sau parțială) corespunde timpului de muncă necesar îndeplinirii acestor atribuții. Din acest motiv, posturile care reclamă o linearitate statică, constantă, între fiecare atribuție de serviciu și durata timpului de execuție nu se pretează și nu sunt compatibile, prin natura lor, cu stabilirea altor sarcini și activități profesionale apte să reclame obiective de performanță¹⁵.

Norma de muncă și fișa postului au caracter obiectiv, fiind (pre)stabilite de către angajator anterior încheierii contractului individual de muncă cu un anumit salariat și fără legătură cu calitățile persoanele ale viitorului salariat. Cum atribuțiile de serviciu sunt rezultatul negocierii individuale, directe, dintre angajator și salariat, înseamnă că orice modificare a atribuțiilor de serviciu prestabilite de angajator se reflectă asupra normei de muncă, căreia angajatorul este obligat să îi aducă modificările/corecțiile aferente prin raportare la rezultatul negocierilor cu salariatul la data încheierii contractului individual de muncă.

În consecință, posturile care, prin natura lor, includ atribuții de serviciu a căror dimensionare în timp nu poate fi prestabilită cu exactitate, iar rezultatele muncii sunt expuse unei întrebuintări polivalente, sunt compatibile cu stabilirea unor sarcini și activități profesionale specifice obiectivelor de performanță, dar derivate din felul muncii salariatului și fără a avea caracter de noutate exclusivă, înscriindu-se în mod firesc în norma de muncă a acestuia. Salariatul se vede obligat să valorifice indicatorul timp în mod elastic; în absența unei justificări temeinice, salariatul nu va putea pretinde ore suplimentare, deoarece nu i-au fost încredințate atribuții de serviciu noi, care prin ipoteză, să nu poată fi încadrate în felul muncii stabilit contractual.

5. Criteriile de evaluare a obiectivelor de performanță individuală. Deși orice obiectiv include în structura sa internă criteriile în baza cărora evaluatorul va măsura și aprecia realizarea sarcinii profesionale trasate salariatului, art. 40 alin. (1) lit. f) Codul muncii obligă la evidențierea distinctă a acestora.

Ca regulă generală, prestarea muncii nu operează cu acele instrumente ale evaluării care permit măsurarea obiectivă a competențelor (de tipul testelor standardizate), motiv

¹⁵ Astfel de posturi permit asumarea unei clauze de polivalență, în temeiul căreia salariatul ar putea fi obligat să îndeplinească și atribuții de serviciu care, prin natura lor, sunt specifice unui alt post. A se vedea, în acest sens, J.E. Ray, *Droit du travail. Droit vivant*, ediția 30, Ed. Wolters Kluwer France, Saint-Quen, 20221, p. 269; Fr. Gaudu, Fl. Bergeron, *Droit du travail*, ediția a 10-a, Lefebvre Dalloz, 2023, p. 172.

pentru care aprecierea, ca operațiune distinctă a evaluării¹⁶, va implica o doză relativă suficientă de subiectivism, generată de surse multiple.

Fără îndoială, evaluarea performanțelor individuale ale salariaților este necesar a se realiza, art. 17 alin. (3) lit. e) Codul muncii reglementând obligația angajatorului de a informa persoana care solicită angajarea în muncă/salariatul cu privire la „criteriile de evaluare a activității profesionale a salariatului aplicabile la nivelul angajatorului”. Aceste criterii sunt prevăzute de angajator și în cuprinsul regulamentului intern, în baza art. 242 lit. i) Codul muncii. Deoarece criteriile menționate se impun a se regăsi ca element distinct în cuprinsul contractului individual de muncă, ulterior informării salariatului, angajatorul este obligat să obțină acordul salariatului, prin negociere directă, cu acesta¹⁷.

În doctrină, se arată că „criteriile de evaluare a performanțelor individuale – chiar dacă sunt cele de la nivelul angajatorului, cuprinse în regulamentul intern, având caracter general – implică acordul salariatului”¹⁸ sau că „sunt prezentate salariatului anterior încheierii contractului individual de muncă și, implicit, trebuie să fie acceptate și de către salariat”¹⁹.

În opinia noastră, față de modul de redactare a art. 40 alin. (1) lit. f) Codul muncii, prin recunoașterea legală expresă a dreptului angajatorului de a stabili obiectivele de performanță individuală, precum și criteriile de evaluare a realizării acestora, legiuitorul a urmărit, pe de o parte, să arate că acest drept al angajatorului se activează pe parcursul executării contractului individual de muncă conform voinței sale exercitate discreționar, iar pe de altă parte, să sublinieze că atât obiectivele de performanță individuală, cât și criteriile de evaluare a acestora se stabilesc de către angajator ulterior datei încheierii contractului individual de muncă, adică pe parcursul executării acestuia.

Interpretarea de mai sus decurge nu numai din gruparea în mod unitar a celor două sintagme în cadrul aceleiași norme juridice, respectiv obiective de performanță individuală și criterii de evaluare a realizării acestora, care nu se pot activa la date diferite în absența unei prevederi exprese, cât mai ales din evidențierea faptului că aceste criterii de evaluare sunt aplicabile (exclusiv) obiectivelor de performanță individuală, aspect care rezultă din folosirea atributului genitival exprimat prin pronumele demonstrativ „acestora”.

¹⁶ Din aceste considerente, exigențele de precizie ale procesului evaluării pot fi apreciate cu maximă generozitate. În acest sens, evaluarea performanțelor profesionale individuale ale personalului contractual este definită ca fiind „aprecierea obiectivă a performanțelor profesionale individuale ale salariaților pe parcursul unui an calendaristic”, conform art. 90 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 1336/2022 pentru aprobarea Regulamentului-cadru privind organizarea și dezvoltarea carierei personalului contractual din sectorul bugetar plătit din fonduri publice, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1078 din 8 noiembrie 2022, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁷ Sub această formă, formalismul „negocierii” criteriilor de evaluare a activității profesionale a salariatului este evident, fiind greu de acceptat modificarea regulamentului intern de către angajator generată de rezultatul negocierilor cu fiecare persoană care solicită angajarea în muncă. Suntem în prezența unei acceptări forțate din partea salariatului, elementul contractual privind criteriile de evaluare a activității profesionale având natura juridică a unei clauze de adeziune la contract.

¹⁸ I.T. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 346.

¹⁹ M.C. Preduț, *op. cit.* p. 155.

În felul acesta, criteriile de evaluare vizează realizarea obiectivelor de performanță individuală; ele nu vizează activitatea profesională a salariatului, care este evaluată în baza criteriilor de evaluare aplicabile la nivelul angajatorului, conform art. 17 alin. (3) lit. e) Codul muncii.

Logica juridică obligă la acceptarea interpretării de mai sus, deoarece angajatorul nu poate fi pus în situația de a stabili criterii de evaluare a unor sarcini, activități, comportamente care nu au fost prefigurate a fi îndeplinite la data încheierii contractului individual de muncă. Mai mult, actul unilateral al angajatorului emis ulterior încheierii contractului individual de muncă stabilește, cumulativ, atât obiectivele de performanță, cât și criteriile de evaluare a realizării acestora.

Nimic nu se opune ca angajatorul să procedeze la schimbarea criteriilor de evaluare ulterior stabilirii și aducerii la cunoștința salariatului, dar numai prin scăderea standardelor de performanță, aspect care profită salariatului.

6. Limitele dreptului angajatorului de stabilire a obiectivelor de performanță individuală. Soluții avansate. În privința utilității și eficienței practice a dreptului angajatorului de a stabili obiective de performanță în sarcina, avem rezerve și îndoieli.

În prealabil, evidențiem un paradox generat prin reglementarea legală a dreptului angajatorului de a stabili obiective de performanță individuală care constă în următoarea stare de fapt: salariații obișnuiți, lipsiți de „acele calități personale” care să le permită obținerea unor performanțe superioare și care sunt angajați pe posturi ale căror atribuții de serviciu pot fi considerate ca statice, nu se pot găsi în situația „stresantă” generată de stabilirea potențială a unor sarcini și activități specifice obiectivelor de performanță, situație care poate merge până la sancționarea pentru necorespondere profesională a acestuia.

a. Dreptul angajatorului de a stabili obiective de performanță individuală încalcă dispozițiile art. 1 din Directiva nr. 1152 din 20 iunie 2019 privind transparența și previzibilitatea condițiilor de muncă în Uniunea Europeană adoptată de Parlamentul European și Consiliul Uniunii Europene, conform căroră „scopul prezentei directive îl constituie îmbunătățirea condițiilor de muncă prin promovarea unor forme mai transparente și mai previzibile de muncă, asigurându-se în același timp adaptabilitatea pieței muncii”.

Promovarea transparenței și a previzibilității în muncă este privită ca fiind un aspect determinant care contribuie/favorizează îmbunătățirea condițiilor de muncă.

Pentru respectarea cerinței relative la asigurarea transparenței în muncă, angajatorul ar trebui să stabilească de comun acord cu salariatul aceste obiective și orice alte aspecte referitoare la acestea, în contextul explicitării contextului care determină necesitatea eficientizării rezultatelor muncii. Atitudinea onestă a angajatorului, constând într-o prezentare obiectivă a informațiilor de interes general care justifică și necesită obținerea unor rezultate superioare, indiferent de implicațiile și consecințele posibile, este în măsură să coopteze și să sensibilizeze salariatul într-o măsură mult mai realistă decât atunci când i se dispune imperativ această sarcină printr-un act unilateral comunicat în mod oficial, formal.

Cerința relativă la asigurarea previzibilității în muncă poate fi apreciată ca fiind îndeplinită prin considerarea elementului contractual relativ la „funcția/ocupația conform specificației Clasificării ocupațiilor din România sau altor acte normative, precum și fișa

postului, cu specificarea atribuțiilor postului” ca având un conținut adaptabil în permanență la nevoile și provocările constante care apar în mod firesc; cu respectarea felului muncii salariatului, negocierea părților intervine asupra structurii de bază a atribuțiilor de serviciu, conținutul acestor atribuții urmând a se edifica pe parcursul executării contractului individual de muncă prin prisma corelației dinamice dintre acestea.

În felul acesta, rațiunile care țin de adaptabilitatea, menținerea sau chiar supraviețuirea activității angajatorului în contextul dinamic și permanent provocator al cerințelor pieței muncii pot justifica stabilirea obiectivelor de performanță de către angajator. Cerința în cauză își dovedește sustenabilitatea pentru evitarea recurgerii la muncă precară.

b. Un impediment serios și subsecvent stabilirii unilaterale a obiectivelor de performanță este reprezentat de lipsa unei prevederi legale privind obligativitatea acordării salariatului „ales” de prestații suplimentare în bani din partea angajatorului. Se încalcă caracterul sinalagmatic al contractului individual de muncă, deoarece în schimbul prestației în muncă care permite obținerea unor performanțe superioare salariatul nu primește nicio contraprestație materială. În măsura în care angajatorul ar proceda la cooptarea acestui salariat în temeiul unor rațiuni obiective, exprese, cu durată temporară de acțiune, în condiții de transparență și cointerесare materială, eventualele nemulțumiri ale acestuia se vor estompa în mod firesc.

c. Neatingerea obiectivelor de performanță individuală nu ar trebui să deschidă în mod direct calea concedierii pentru motive de necorespondere profesională, în temeiul art. 61 lit. d) din Codul muncii. Dincolo de faptul că angajatorul este obligat să respecte procedura de evaluare profesională aplicabilă la nivelul unității, el trebuie să dovedească necoresponderea profesională a salariatului. În practica judiciară²⁰ s-a decis că, „în fine, instanța judecătorească nu poate realiza ea însăși o evaluare a activității salariatului, substituindu-se astfel angajatorului, dar are competența de a cerceta legalitatea procedurii și temeinicia acesteia”.

Pe de altă parte, pe fondul delimitării între performanța cerută în mod unilateral și discreționar salariatului pe parcursul executării contractului individual de muncă și activitatea profesională aferentă atribuțiilor de serviciu, care include și aspectele de natură comportamentală specifice salariatului, manifestată tot pe parcursul executării contractului individual de muncă, angajatorul se vede obligat să stabilească obiectul evaluării profesionale. Nu se justifică și nu se probează necoresponderea profesională aptă să atragă concedierea salariatului decât în situația în care rezultatele evaluării ambelor paliere sunt într-atât de scăzute încât să poată fi considerate ca inacceptabile pe fondul atitudinii neculpabile a salariatului.

În consecință, angajatorul trebuie să imprime un susținut caracter motivațional operațiunii de stabilire a obiectivelor de performanță și să nu urmărească transformarea acestui drept al său într-un mijloc coercitiv care tinde la îndepărtarea salariatului din unitate.

²⁰ Curtea de Apel București, Decizia nr. 3740/19.06.2023 (<https://www.ilegis.ro/oficiale/index/act/268297/data/2024-05-16/datal/2024-05-16>).

d. O modalitate elegantă de satisfacere a interesului angajatorului pentru eficientizarea propriei sale activități constă în negocierea cu salariații ale căror calități personale și funcții încredințate permit a unor clauze distincte, apte să conducă în același timp și la creșterea performanțelor acestora, ca de exemplu, clauza de variație a remunerației sau clauza de obiectiv²¹.

7. Concluzii. Dreptul angajatorului de a stabili obiective de performanță individuală și criteriile de evaluare a realizării acestora se înscrie în categoria măsurilor de eficientizare a activității sale, ce țin de managementul organizației. Fiind un drept conferit angajatorului prin lege, atenția acestuia se impune a se concentra în direcția unei valorificări constructive, de natură să stimuleze și să motiveze activitatea profesională a salariaților care nu poartă povara responsabilității asumării vreunor angajamente personale privind calitatea activității desfășurate.

²¹ Pentru detalii, a se vedea E. Peskine, C. Wollmark, *Droit du travail, ediția a 16-a*, Ed. Dalloz, Paris, 2022, p. 218; Fr. Gaudu, Fl. Bergeron, *op. cit.*, pp. 172-173.

O oportunitate extraordinară pentru protecția mediului – inteligența artificială

An extraordinary opportunity for environmental protection – artificial intelligence

Conf. univ. dr. **Flaminia STÂRC-MECLEJAN***

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Abstract

At a time when we are facing unprecedented environmental challenges, such as climate change or biodiversity loss, artificial intelligence (“AI”) can prove to be a major asset in protecting our planet. The European Parliament recently approved the artificial intelligence law, regulating the responsibility of the creators of this very important technology of our time. This study focuses on the extraordinary opportunity that AI represents for corporate social responsibility (“CSR”), particularly on its environmental side. AI is understood to mean computer programs that have been trained with a massive amount of data to mimic the performance of the human brain. Several innovations brought by AI, in this sense, help societies to be environmentally responsible. But while AI clearly benefits CSR on its environmental side, it can also harm it, the relationship between AI and the environment being rather ambivalent. From a legal perspective, AI is therefore an extraordinary opportunity in the sense that its use, its creation are not self-evident, but subject to the fulfilment of certain conditions.

Keywords: AI, companies, sustainability, CSR, environmental protection.

Rezumat

Într-un timp în care ne confruntăm cu provocări de mediu fără precedent, precum schimbările climatice sau pierderea biodiversității, inteligența artificială (IA) se poate dovedi a fi un atu major în protejarea planetei noastre. Parlamentul European a aprobat de curând Legea inteligenței artificiale, reglementând responsabilitatea creatorilor acestei atât de importante tehnologii a zilelor noastre. Prezentul studiu se concentrează pe oportunitatea extraordinară pe care IA o reprezintă pentru responsabilitatea socială a societăților comerciale (CSR), în mod particular, în latura sa privind protecția mediului. IA este înțeleasă ca însemnând programe informatice care au fost antrenate cu un volum masiv de date pentru a imita performanța creierului uman. Mai multe inovații aduse de IA, în acest sens, ajută societățile să fie responsabile față de mediu. Dar, deși inteligența

* flaminia.starc@e-uvv.ro

artificială aduce evidente beneficii CSR în latura sa privind protecția mediului, ea îi și poate dăuna, relația dintre IA și mediul ambiant fiind mai degrabă una ambivalentă. Din perspectivă juridică, IA este de aceea o oportunitate extraordinară și în sensul că utilizarea sa, crearea sa nu se înțeleg de la sine, ci sunt supuse îndeplinirii anumitor condiții.

Cuvinte-cheie: *IA, societăți (comerciale), sustenabilitate, CSR, protecția mediului.*

Inteligența artificială (IA) nu se mai referă doar la un set de programe de cercetare limitate la laboratoare sau aplicații specifice. Din contră, ea va deveni una dintre cheile lumii viitoare¹. Într-un timp în care ne confruntăm cu provocări de mediu fără precedent, de genul schimbărilor climatice sau al pierderii biodiversității, vrem să aflăm dacă IA va putea fi un atu și în protejarea planetei noastre.

Obiectivele îndrăznețe și provocatoare ale IA au dat naștere unor opinii contradictorii despre domeniul său de aplicare: pentru unii, IA e fundamentală în înțelegerea naturii și a proceselor sale, pentru alții, IA este oaia neagră a științei și a cercetării actuale dată fiind posibilitatea sa de a se dezvolta mai rapid decât capacitatea oamenilor de a o înțelege sau de a o controla².

Cert este că IA aduce noi instrumente și perturbă procesele existente în multiple domenii precum managementul, sănătatea sau mediul³.

Intenția noastră nu este să contribuim prin acest studiu la dezbaterea creată în jurul avantajelor vs. pericolelor inteligenței artificiale. Nu este nici cazul și sincer credem că nu doar un articol, dar nici măcar o carte nu ar putea acoperi numărul de opinii și explicații existente cu privire la (rolul) IA. În schimb, ne propunem să îi oferim cititorului o privire de ansamblu asupra oportunității pe care inteligența artificială o reprezintă pentru responsabilitatea de mediu ca parte a responsabilității sociale a societăților (comerciale) (cunoscută și drept corporate social responsibility, pe scurt CSR). Ca orice tehnologie nouă, IA produce un amestec complex de emoții și reacții în comunitatea iubitorilor mediului, variind de la încântare și optimism până la frică și respingere. Dar rolul său tot mai mare în acest domeniu are implicații mai largi, ce țin de interesul general, și mai sensibile decât în cazul aplicațiilor din alte sfere de activitate. Acestea sunt motivele pentru care am ales să tratăm aici această temă.

¹ <https://www.lecese.fr/actualites/quels-effets-lintelligence-artificielle-ia-peut-elle-avoir-sur-lenvironnement>. IA este înțeleasă ca însemnând programe informatice care au fost antrenate cu un volum masiv de date pentru a imita performanța creierului uman.

² P. Veit-Haibach, K. Herrmann (Ed.), *Artificial Intelligence/Machine Learning in Nuclear Medicine and Hybrid Imaging*, Springer, 2022, p. IX.

³ Să cităm numai Climate Q&A, descris ca „ChatGPT al climei”. Ekimetrics, o companie specializată în inteligența artificială, tocmai a dezvoltat acest instrument. În prezent, în faza de testare, el ne permite să punem toate întrebările legate de climă și ecologie și apoi răspunde selectând cele mai relevante extrase din rapoarte științifice, precum cele de la IPCC sau Agenția Internațională pentru Energie (ClimateQ&A – a Hugging Face Space by Ekimetrics).

*

În ultimii ani, inteligența artificială s-a dezvoltat ca un instrument care poate remodela peisajul CSR înțeles ca o parte integrantă a afacerilor, reflectând angajamentul companiilor față de mediu, sustenabilitate, etică și bunăstarea societală. Folosind tehnologiile IA, companiile își pot spori eforturile de CSR și pot crea un impact mai semnificativ și mai durabil asupra lumii⁴.

Vom explora în rândurile ce urmează modul în care IA poate influența CSR în latura sa privind protecția mediului. Trebuie să ținem cont de faptul că, deși inteligența artificială aduce evidente beneficii CSR în latura sa privind protecția mediului, ea îi și poate dăuna, relația dintre IA și mediul ambiant fiind mai degrabă una ambivalentă.

Conform Legii privind inteligența artificială⁵, „sistem IA” înseamnă un sistem bazat pe mașini proiectat să funcționeze cu diferite niveluri de autonomie, care poate prezenta capacitate de adaptare după implementare și care, pentru obiective explicite sau implicite, deduce, din intrarea pe care o primește, cum să genereze rezultate, cum ar fi predicții; conținut, recomandări sau decizii care pot influența mediile fizice sau virtuale. Rezoluția Parlamentului European (RPE) din 20 octombrie 2020 conținând recomandări adresate Comisiei privind cadrul de aspecte etice asociate cu inteligența artificială, robotica și tehnologiile conexe, un document fundamental pentru problemele pe care le tratăm, definește și ea IA ca fiind un sistem fie bazat pe programe informatice, fie integrat în dispozitive hardware, al cărui comportament prezintă inteligență, printre altele prin colectarea, prelucrarea, analiza și interpretarea mediului său și efectuarea unor acțiuni, cu un anumit grad de autonomie, pentru a atinge obiective specifice⁶. Potrivit RPE, noile provocări juridice generate de dezvoltarea sistemelor de inteligență artificială trebuie abordate prin stabilirea unei securități juridice maxime de-a lungul întregului lanț de răspundere, inclusiv pentru producător, operator, persoana afectată și orice altă parte terță.

Preambulul aceleiași rezoluții, secțiunea „Mediu și sustenabilitate”, prevede că guvernele și societățile ar trebui să utilizeze inteligența artificială, robotica și tehnologiile conexe pentru a aduce beneficii cetățenilor și planetei, pentru a contribui la realizarea dezvoltării durabile, la conservarea mediului, la neutralitatea climatică și la economia circulară; dezvoltarea, implementarea și utilizarea acestor tehnologii ar trebui să contribuie la tranziția verde, să conserve mediul și să reducă la minimum orice daune cauzate mediului pe durata ciclului lor de viață și de-a lungul întregului lor lanț de aprovizionare, potrivit dreptului Uniunii Europene (paragr. 51).

*

⁴ National CSR Network, *How Artificial Intelligence Can Revolutionize Corporate Social Responsibility?*, <https://www.linkedin.com/pulse/how-artificial-intelligence-can-revolutionize-social-network/>.

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.

⁶ Art. 4 lit. a) din Rezoluția Parlamentului European din 20 octombrie 2020 conținând recomandări adresate Comisiei privind cadrul de aspecte etice asociate cu inteligența artificială, robotica și tehnologiile conexe (2020/2012(INL)) (în cont. RPE 20/20).

Într-adevăr, cu capacitatea sa de a analiza cantități foarte mari de date, de a învăța din tipare și de a lua decizii în timp real, IA are potențialul de a avea un impact semnificativ asupra mediului, atât în sens pozitiv, cât și negativ.

În primul rând, dezvoltarea și implementarea IA pot revoluționa multiple aspecte ale vieților noastre, inclusiv modul în care interacționăm cu mediul.

Inteligența artificială este din aceste motive o oportunitate *extraordinară*, așadar, ieșită din comun pentru CSR în latura sa privind protecția mediului. Ea se află la confluența unei întregi familii de tehnologii care pot oferi o gamă largă de beneficii pentru mediu și economie: poate fi folosită pentru a îmbunătăți eficiența energetică, a reduce deșeurile și a îmbunătăți practicile sustenabile⁷.

IA poate juca un rol esențial în lupta împotriva problemelor de mediu, în special în ceea ce privește schimbările climatice, conservarea biodiversității și gestionarea deșeurilor. Algoritmii de inteligență artificială ar putea fi utilizați din ce în ce mai mult pentru a modela impactul activităților umane asupra planetei, ajutând la dezvoltarea unor strategii mai eficiente de reducere a poluării și a emisiilor de carbon. Prin modele predictive bazate pe inteligență artificială, este posibil să se gestioneze mai bine utilizarea resurselor precum apa, pădurile și solul. Acest lucru permite operațiuni mai durabile și o reducere a deșeurilor.

IA este, de asemenea, un atu major în monitorizarea și protejarea biodiversității. Dronele și camerele echipate cu tehnologii IA sunt implementate pentru a monitoriza habitatele naturale și a detecta potențialele amenințări privind fauna sălbatică. Aceste sisteme pot identifica speciile pe cale de dispariție și pot contribui la dezvoltarea strategiilor de conservare.

Gestionarea deșeurilor electronice, care reprezintă o provocare tot mai mare în contextul digital actual, ar putea beneficia și ea de IA. Sistemele IA ar putea fi implementate pentru a facilita reciclarea componentelor electronice și pentru a minimiza impactul acestora asupra mediului.

În domeniul mediului există astfel multiple aplicații când vine vorba de utilizarea și integrarea IA. Exemplificăm doar importanța sa utilizare în Managementul apei – IBM, în managementul deșeurilor – IMMERSIVE ROBOTICS sau al consumului de energie – ENERGIENCY⁸.

În ciuda acestor numeroase efecte pozitive asupra mediului evidente, există însă și preocupări serioase cu privire la potențialul impact negativ asupra mediului al inteligenței artificiale. Încorporarea tehnologiilor IA nu oferă doar beneficii societăților, ci, de asemenea, generează provocări potențiale pentru diferiții *stakeholderi*⁹. Din perspectivă juridică, IA

⁷ R. Li, *The Environmental Impact of AI*, 2023, <https://insights.grcglobalgroup.com/the-environmental-impact-of-ai/>.

⁸ S. Beret, *Artificial intelligence and the environmental component of corporate social responsibility*, pp. 129-146, in Al. Mendoza-Caminade (ed.), *L'entreprise et L'intelligence Artificielle - Les Réponses du Droit*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2022.

⁹ T. Davenport, A. Guha, D. Grewal & T. Bressgott, *How artificial intelligence will change the future of marketing*, în *Journal of the Academy of Marketing Science*, 48(1), 2020, pp. 24-42.

este de aceea o oportunitate *extraordinară* și în sensul că utilizarea sa, crearea sa nu se înțelege de la sine, ci sunt supuse îndeplinirii anumitor condiții.

Inteligența artificială este evaluată de autoritățile naționale de supraveghere sau, după caz, de alte organisme naționale sau europene de supraveghere sectorială, pentru a se vedea dacă e sustenabilă din punctul de vedere al mediului, asigurându-se că sunt luate măsuri pentru a atenua și a remedia impactul lor general (art. 14¹⁰ coroborat cu art. 18¹¹ din RPE 20/20).

¹⁰ Evaluarea riscurilor. (1) În sensul prezentului regulament, inteligența artificială, robotica și tehnologiile conexe, inclusiv programele informatice, algoritmii și datele utilizate sau produse de astfel de tehnologii, sunt considerate tehnologii cu grad ridicat de risc în cazul în care, în urma unei evaluări a riscurilor bazate pe criterii obiective, cum ar fi utilizarea lor sau scopul lor specifice, sectorul în care acestea sunt dezvoltate, implementate sau utilizate, precum și gravitatea eventualelor vătămări sau prejudicii cauzate, dezvoltarea, implementarea sau utilizarea acestora implică un risc semnificativ de a provoca vătămări sau prejudicii persoanelor sau societății cu încălcarea drepturilor fundamentale și normelor de siguranță, astfel cum sunt prevăzute în dreptul Uniunii. (2) Fără a aduce atingere legislației sectoriale aplicabile, evaluarea riscurilor prezentate de inteligența artificială, robotică și de tehnologiile conexe, inclusiv de programele informatice, algoritmii și datele utilizate sau produse de astfel de tehnologii, este efectuată în conformitate cu criteriile obiective prevăzute la alin. (1) de la prezentul articol și în lista exhaustivă și cumulativă stabilită în anexa la prezentul regulament, de către autoritățile naționale de supraveghere menționate la art. 18, sub coordonarea Comisiei și/sau a altor instituții, organe, oficii și agenții relevante ale Uniunii care pot fi desemnate în acest scop în contextul cooperării lor. (3) În cooperare cu autoritățile naționale de supraveghere menționate la alin. (2), Comisia, prin intermediul unor acte delegate în conformitate cu art. 20, elaborează și actualizează ulterior o listă comună de tehnologii cu grad ridicat de risc identificate în Uniune. (4) De asemenea, Comisia actualizează periodic, prin intermediul unor acte delegate, în conformitate cu art. 20, lista prevăzută în anexa la prezentul regulament.

¹¹ Autoritățile de supraveghere. (1) Fiecare stat membru desemnează o autoritate publică independentă responsabilă de monitorizarea aplicării prezentului regulament („autoritatea de supraveghere”) și de realizarea evaluărilor de risc și de conformitate și a certificării prevăzute la art. 14, 15 și 16, fără a aduce atingere legislației sectoriale. (2) Fiecare autoritate națională de supraveghere contribuie la aplicarea coerentă a prezentului regulament în întreaga Uniune. În acest scop, autoritățile de supraveghere din fiecare stat membru cooperează între ele, cu Comisia și/sau cu alte instituții, organe, oficii și agenții relevante ale Uniunii care pot fi desemnate în acest scop. (3) Fiecare autoritate națională de supraveghere este primul punct de contact în cazurile în care există suspiciuni de încălcare a principiilor etice și a obligațiilor legale prevăzute în prezentul regulament, inclusiv tratamentul discriminatoriu sau încălcarea altor drepturi, ca urmare a dezvoltării, implementării sau utilizării inteligenței artificiale, roboticii și a tehnologiilor conexe. În astfel de cazuri, autoritatea națională de supraveghere respectivă efectuează o evaluare a conformității pentru a sprijini dreptul cetățenilor de a contesta și de a exercita căi de atac. (4) Fiecare autoritate națională de supraveghere este responsabilă de supravegherea aplicării normelor și standardelor de guvernare naționale, europene și internaționale relevante, menționate la art. 17 privind inteligența artificială, robotica și tehnologiile conexe, inclusiv prin stabilirea de contacte cu cât mai multe părți interesate relevante. În acest scop, autoritățile de supraveghere din fiecare stat membru furnizează un forum pentru schimburile regulate cu părțile interesate din mediul academic, cercetare, industrie și societatea civilă și pentru schimburile dintre acestea. (5) Fiecare autoritate națională de supraveghere oferă orientare și sprijin profesional și administrativ cu privire la punerea în aplicare generală a dreptului Uniunii aplicabil inteligenței artificiale, roboticii și tehnologiilor conexe și a principiilor etice prevăzute în prezentul regulament, în special organizațiilor, întreprinderilor mici și mijlocii și întreprinderilor nou-înființate relevante din domeniul cercetării și dezvoltării. (6) Fiecare stat membru notifică Comisiei Europene prevederile legale pe care le adoptă în temeiul prezentului articol până la ... [JO: a se insera ca dată un an de la intrarea în vigoare] și, fără întârziere, orice modificare ulterioară care le afectează. (7) Statele membre iau toate măsurile necesare pentru a asigura punerea în aplicare a principiilor etice și a obligațiilor legale stabilite în prezentul regulament. Statele membre

Conform art. 11 din RPE 20/20 – Sustenabilitatea mediului, inteligența artificială, robotica și tehnologiile conexe cu grad ridicat de risc, inclusiv programele informatice, algoritmi și datele utilizate sau produse de astfel de tehnologii, sunt evaluate de autoritățile naționale de supraveghere menționate la art. 18 sau, după caz, de alte organisme naționale sau europene de supraveghere sectorială:

- pentru a se vedea dacă sunt sustenabile din punctul de vedere al mediului,
- asigurându-se că sunt luate măsuri pentru a atenua și a remedia impactul lor general în ceea ce privește resursele naturale, consumul de energie, producerea de deșeuri, amprenta de carbon, urgența schimbărilor climatice și degradarea mediului,

cu scopul de a asigura respectarea legislației aplicabile la nivelul Uniunii sau la nivel național, precum și a altor angajamente internaționale asumate de Uniune în domeniul mediului.

Art. 4 lit. e) din RPE 20/20 și art. 6 din Legea IA explică ceea ce înțelegem prin „grad ridicat de risc” și anume un risc semnificativ determinat de dezvoltarea, implementarea și utilizarea inteligenței artificiale (...), de a provoca vătămări sau prejudicii persoanelor sau societății, prin încălcarea drepturilor fundamentale și a normelor de siguranță, așa cum sunt prevăzute în dreptul Uniunii, având în vedere utilizarea sau scopul lor specific, sectorul în care sunt dezvoltate, implementate sau utilizate, precum și gravitatea vătămarilor sau a prejudiciilor care ar putea să apară.

Acest risc este evaluat în contextul utilizării IA, al sectorului în care este dezvoltată, desfășurată sau utilizată și al gravității vătămării sau vătămării care se poate aștepta să apară, rezultând că noțiunea de IA cu risc ridicat e a fi interpretată subiectiv, putând rezulta în interpretări diferite în fiecare stat al Uniunii Europene.

Prin urmare, un sistem IA ar putea fi considerat cu risc ridicat în unele state, dar nu în altele, ceea ce poate conduce la excluderea greșită a sistemelor IA din evaluare. Pentru a limita aceste diferențe de interpretare, legea IA stabilește linii directoare care să ghideze o interpretare precisă a IA cu risc ridicat, care trebuie evaluată în ceea ce privește durabilitatea mediului¹².

Doctrina recentă¹³ a identificat mai multe probleme majore concrete care ar putea fi legate de atingerea obiectivelor CSR de mediu ale societăților în domeniul IA. Le vom dezvolta în rândurile ce urmează.

sprijină părțile interesate relevante și societatea civilă, atât la nivelul Uniunii, cât și la nivel național, în eforturile lor de a da un răspuns la timp, etic și bine informat la noile oportunități și provocări, în special cele de natură transfrontalieră, care decurg din evoluțiile tehnologice legate de inteligența artificială, robotică și tehnologiile conexe.

¹² A se vedea în acest sens Capitolul 2 – Cerințe pentru sistemele de AI cu grad ridicat de risc și Capitolul 3 – Obligațiile furnizorilor și utilizatorilor de sisteme de IA cu grad ridicat de risc și ale altor părți.

¹³ De exemplu, S. Beret, *op. cit.*, 139 *et seq.*; R. Li, *op. cit.*, *passim*.

1. Promovarea schimbului de date privind mediul: dependența de știință și, implicit, de date

Schimbările climatice, pierderea biodiversității sau biotehnologiile țin de domenii științifice complexe care nu pot fi înțelese sau abordate în absența unor date suficiente și a unei expertize științifice sofisticate.

Colectarea de date suplimentare de mediu va ajuta la dezvoltarea unor sisteme IA mai robuste care, la rândul lor, vor ajuta companiile să-și atingă obiectivele CSR. Dar e crucială o legislație care să încurajeze colectarea și partajarea datelor de mediu¹⁴.

Legea privind inteligența artificială *pare* să încurajeze utilizarea datelor care contribuie la protecția mediului. Art. 54 prevede: „Prelucrarea ulterioară a datelor cu caracter personal în vederea dezvoltării anumitor sisteme de IA în interes public în spațiul de testare în materie de reglementare a IA”, în următoarele condiții:

(a) sistemele de IA inovatoare sunt dezvoltate pentru a proteja un interes public substanțial în unul sau mai multe dintre următoarele domenii (...) (iii) un nivel ridicat de protecție și de îmbunătățire a calității mediului (...).

Aceste reglementări care se adresează IA și/sau datelor (Directiva 2003/04/EC) nu se referă la comunicarea datelor non-personale deținute de societățile comerciale. Or, acestea ar putea fi unele dintre cele mai importante surse pentru dezvoltarea unor sisteme IA mai responsabile din punctul de vedere al mediului¹⁵.

2. Reducerea poluării digitale cauzate de IA

Una dintre cele mai semnificative preocupări legate de dezvoltarea IA privește cantitatea de energie necesară pentru antrenarea și operarea algoritmilor IA. Antrenarea unui model IA poate necesita cantități semnificative de energie. Această energie este adesea generată folosind combustibili fosili, ceea ce duce la o creștere a emisiilor de gaze cu efect de seră¹⁶. Pe măsură ce aplicațiile IA continuă să avanseze și să devină mai complexe, cererea de energie crește.

Din această perspectivă, poluarea digitală privește două aspecte¹⁷:

- materialele cu impact asupra mediului necesare exploatării internetului, infrastructurii acestuia și fabricării echipamentelor digitale. Acestea presupun un consum foarte mare de resurse neregenerabile și crearea de deșeuri în timpul procesului de producție și utilizare a acestora.

- impactul asupra mediului prin însăși funcționarea rețelei de internet. Aceasta include stocarea, trimiterea de e-mailuri, utilizarea motoarelor de căutare, utilizarea *cloud-ului* și *streaming-ului*.

¹⁴ S. Beret, *op. cit.*, pp. 139 et seq.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ R. Li, *op. cit.*, *passim*.

¹⁷ Și S. Beret, *op. cit.*, pp. 143 et seq.

Devine crucială pe cale de consecință explorarea de arhitecturi computaționale eficiente din punct de vedere energetic, dezvoltarea de algoritmi care să minimizeze cerințele computaționale și adoptarea de surse de energie regenerabilă pentru a alimenta infrastructura IA¹⁸. Sunt depuse eforturi pentru a aborda aceste provocări, în practică, mai multe companii încercând să reducă impactul asupra mediului al centrelor lor de date, dar acest efort trebuie extins.

3. În fine, există preocupări și cu privire la implicațiile etice ale utilizării IA pentru a gestiona mediul. Algoritmii IA depind de datele cu care sunt antrenați, iar biasurile acestor date pot duce la luarea unor decizii părtinitoare. Inteligența artificială poate ajuta la identificarea și reducerea impactului biasurilor umane, dar poate, de asemenea, să înrăutățească problema prin introducerea și dezvoltarea biasurilor în zone de aplicare sensibile¹⁹. De exemplu, dacă un algoritm de inteligență artificială este antrenat cu date care acordă prioritate creșterii economice față de protecția mediului, acesta poate lua decizii care acordă prioritate câștigului economic pe termen scurt față de sustenabilitatea mediului pe termen lung²⁰. Această problemă susține importanța reglementării cât mai curând a efectelor inteligenței artificiale asupra mediului. Ea necesită mai mult decât soluții tehnice, inclusiv modul de a determina când un sistem este suficient de corect pentru a fi lansat și în ce situații ar trebui să fie permisă luarea deciziilor complet automatizate²¹. Aceste întrebări necesită perspective multidisciplinare, inclusiv din partea eticienilor, specialiștilor din domeniul științelor sociale și a altor gânditori umaniști²².

În octombrie 2020, Comisia a adoptat un Raport cu recomandări privind un regim de răspundere civilă pentru inteligența artificială.

Conform art. 2 (1), regulamentul propus se va aplica pe teritoriul Uniunii în cazul în care o activitate fizică sau virtuală, un dispozitiv sau un proces condus de un sistem IA a cauzat vătămări sau daune sub formă de vătămare a vieții, a sănătății sau a bunăstării fizice a unei persoane fizice sau proprietății unei persoane fizice sau juridice sau a cauzat un prejudiciu imaterial semnificativ care a avut ca rezultat o pierdere economică verificabilă. Aceste dispoziții observăm că nu se referă la mediu. Dar, potrivit art. 2 (3), aceste reguli nu aduc atingere oricărei alte acțiuni de răspundere, ceea ce poate declanșa aplicabilitatea Directivei 2004/35/CE privind răspunderea pentru mediul înconjurător în legătură cu prevenirea și repararea daunelor aduse mediului (care, e adevărat, instituie un regim limitat de răspundere).

Toate elementele expuse servesc ca un bun preambul, dar ele trebuie completate cu reguli mai clare.

¹⁸ A. Zhuk, *Artificial Intelligence Impact on the Environment: Hidden Ecological Costs and Ethical – Legal Issues*, vol. 1, nr. 4 (2023), disponibil online la adresa: Artificial Intelligence Impact on the Environment: Hidden Ecological Costs and Ethical-Legal Issues | Zhuk | Journal of Digital Technologies and Law (lawjournal.digital).

¹⁹ J. Manyika et al., *What Do We Do About the Biases in AI?*, Harvard Business Review, *passim*.

²⁰ R. Li, *op. cit.*, *passim*.

²¹ Și J. Manyika et al., *op. cit.*, *passim*.

²² *Ibidem*.

Câteva concluzii

Apariția inteligenței artificiale și impactul ei din ce în ce mai puternic necesită o evaluare a efectelor asupra realizării protecției mediului. Reglementările de mediu și cele ale inteligenței artificiale nu iau deocamdată în considerare daunele cauzate mediului de sistemele IA. Acest lucru creează un vid legislativ care va trebui acoperit cu reglementări europene efective, care să reglementeze răspunderea civilă cu privire la IA. Ideea unei reglementări europene specifice este crucială pentru a evita interpretări prea diferite în condițiile acestor lacune în legislațiile statelor membre²³.

Adoptarea tehnologiilor IA în afaceri schimbă aproape toate aspectele modurilor responsabile din punct de vedere social de a desfășura afacerile, deoarece tehnologiile IA în sine nu au standarde morale. (Și de aceea) literatura existentă despre IA se concentrează în principal pe modul în care dezvoltarea sa influențează strategiile și deciziile de piață ale societăților și mai puțin pe latura CSR. Am citat Preambulul RPE, secțiunea „Mediu și sustenabilitate”, potrivit căruia guvernele și societățile ar trebui să utilizeze inteligența artificială, robotica și tehnologiile conexe pentru a aduce beneficii cetățenilor și planetei, pentru a contribui la realizarea dezvoltării durabile, la conservarea mediului, la neutralitatea climatică și la economia circulară etc. Rămân mai multe probleme la care reglementările viitoare urmează să caute răspunsuri, de exemplu: cum pot societățile să echilibreze nevoia unei colectări sporite de date bazate cu dreptul consumatorilor la viață privată ori cum să atenuăm deciziile și comportamentele iresponsabile de afaceri cauzate de adoptarea IA? Sigur că alături de acestea multe alte întrebări se vor mai naște pe parcurs. Important este să reținem oportunitatea extraordinară pe care o prezintă IA pentru latura privind protecția mediului a CSR, dar extraordinară și în sensul că utilizarea sa, crearea sa nu se înțeleg de la sine, ci presupun supunerea utilizării IA îndeplinirii unor condiții clare.

²³ Și *idem*, pp. 145-146. Legea inteligenței artificiale deocamdată încurajează elaborarea de coduri de conduită menite să promoveze aplicarea voluntară, pentru sistemele de IA, a cerințelor legate de durabilitatea mediului.

Interesul general și protecția juridică a programelor de calculator

General Interest and Legal Protection of Software

Lect. univ. dr. **Violeta STRATAN***

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Abstract

This paper offers a synthetic overview of the implications emerging from the general interest in the field of intellectual property law. The implications presented here were shaped out by the debates on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the patentability of computer-implemented inventions (2002), and on the appropriateness of extending the patent system to computer programs. The Proposal has been rejected on July 6, 2005, after several years of debate and numerous conflicting amendments.

Keywords: *general interes, software, patent, copyright, intellectual property.*

Rezumat

Lucrarea prezintă sintetic implicațiile interesului general pentru domeniul proprietății intelectuale, astfel cum au fost ele conturate de argumentele aruncate în jocul dezbaterilor generate de Propunerea de directivă europeană privind brevetabilitatea invențiilor puse în aplicare de calculator (2002) și de oportunitatea extinderii sistemului brevetelor asupra programelor de calculator. Directiva a fost respinsă în 6 iulie 2005, după ani de dezbateri aprinse și numeroase amendamente.

Cuvinte-cheie: *interes general, program de calculator, brevet, drepturi de autor, proprietate intelectuală.*

1. Interesul general. Avant-propos

Ce semnificație au expresiile „interes general”, „interes comun”, „bine comun”, „interes public”? Conceptul din spatele acestor sintagme a bântuit de-a lungul vremii mințile multor filosofi, teologi, politologi, economiști și juriști, care i-au schițat geometria variabilă, încercând să răspundă aceleiași întrebări. Dificultatea de a surprinde esența maleabilului

* violeta.stratan@e-uvv.ro

concept se poate deduce din simpla constatare a faptului că acesta face parte din nucleul dur al oricărui curent politico-ideologic. Gândirea liberală îl asociază unei forme de autoreglare a intereselor private, pentru ca ideologiile mai radicale să îl identifice cu mecanismul pieței, care declanșează intervenția statului doar atunci când inegalitățile dintre actorii interesați și nerespectarea condițiilor pieței riscă să-i pună sub semnul întrebării funcționalitatea¹. La polul opus se află curentele ideologice care întrevăd apogeul interesului general la scară planetară, ca o formă extinsă de manifestare a statului providențial². Acest scurt survol asupra diferitelor abordări ideologice ale interesului general ni-l dezvăluie ca fiind „indispensabil pentru o democrație modernă, întemeiată pe principiul că politicile publice trebuie să servească interesul întregii societăți (sau cel puțin a unei majorități importante), și nu doar pe cel al unei singur element component al acesteia”³. Dar și temerea că poate constitui un excelent „argument demagogic”⁴.

Conștient de problemele generate de complexitatea și omniprezența noțiunii de interes general, accentuate de diversitatea „importantă și profundă”⁵ a societății contemporane, Consiliul de Stat francez îi dedică unul din faimoasele sale rapoarte anuale⁶. Reputata instituție ne amintește cele două concepții care și-au disputat întâietatea în definirea interesului public: utilitaristă și voluntaristă. Ciocnirea dintre acestea nu și-a pierdut deloc din interes, ilustrând clivajul între două viziuni asupra democrației: una care tinde să reducă spațiul public la garantarea coexistenței dintre interesele distincte, și adesea conflictuale, ale diverselor elemente componente ale societății; alta care mizează pe capacitatea indivizilor de a-și transcende apartenențele și interesele, pentru a exercita libertatea supremă de a întemeia o societate politică. În tradiția voluntaristă, legea – ca expresie a voinței generale – este chemată să definească interesul general, în numele căruia autoritățile statului adoptă acte normative, iau decizii individuale și gestionează serviciile publice, sub controlul permanent al instanțelor judecătorești. Schema descrisă mai sus este pusă astăzi sub semnul întrebării. Rolul sporit al reglementărilor Uniunii Europene, adoptate de instituții cu o legitimitate democratică imperfectă, relativizează forța normei juridice naționale, iar interesul general trebuie regândit într-un spațiu care nu se mai limitează la granițele statului național. Dincolo de aceste frontiere, Uniunea Europeană s-a construit pe pilonii gândirii economice liberale. Mult mai apropiată de concepția utilitaristă, aceasta stabilește cu titlu de principiu că interesul comun rezultă din libertatea lăsată fiecărui individ de a-și mobiliza inițiativele și de a da frâu liber propriilor capacități creatoare. Cetățeanul

¹ O. Marty, *Les ultra-libéraux face à l'intérêt général – De la pensée à la pratique*, Institut d'Etudes Politiques, Toulouse, 1999, <http://sociologie.fr.fm>.

² R. Petrella, *Le bien commun – Eloge de la solidarité*, Bruxelles, Labor, 1996, p. 40.

³ L.A. Pall, J. Maxwell, *Le point sur l'intérêt public au XXI^e siècle: un cadre de référence*, Gouvernement du Canada, Comité consultatif externe sur la réglementation intelligente (CCERI), 2004, p. 3, <http://www.smartregulation.gc.ca>.

⁴ C. Nozaradan, *Brévet et intérêt général*, in B. Remiche (coord.), *Brévet, innovation et intérêt général*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 447.

⁵ L. A. Pall, J. Maxwell, *op. cit.*, p. 3.

⁶ *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public 1999, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/reflexions-sur-l-interet-general-rapport-public-1999>.

european este îndreptățit să creadă că poate participa responsabil la definirea interesului general⁷.

Prezent în orice epocă istorică și în orice context social, interesul general nu poate lipsi din limbajul dreptului. În dreptul civil, își face simțită prezența în cadrul teoriei abuzului de drept. În dreptul administrativ, el reprezintă o limită a competenței autorităților administrative. Dreptului sănătății îi servește drept criteriu de natură să justifice înlăturarea regulii obligativității obținerii acordului pacientului. În domeniul drepturilor omului, interesul general se traduce frecvent prin limitarea unor drepturi fundamentale. În dreptul Uniunii Europene, apare ca o excepție de la regula liberei circulații ori în contextul protecției împotriva abuzului de poziție dominantă. Trecerea în revistă unora dintre „avatarurile” interesului general în limbajul juridic ne dezvăluie noi elemente componente ale acestui „mozaic”⁸ de semnificații: ordinea publică, bunele moravuri, siguranța publică, protecția consumatorului, protecția sănătății publice, protecția vieții, protecția mediului, dezvoltarea economică, protecția proprietății industriale și comerciale, respectul pluralismului, dreptul la muncă, libertățile sindicale, democratizarea accesului la educație etc.

2. Implicații ale interesului general în dreptul proprietății intelectuale

În domeniul creațiilor intelectuale, interesul general s-a identificat adesea cu liberul acces la cunoaștere, artă, cultură, educație și informație, cu libertatea de expresie ca valoare fundamentală. Imperativul încurajării progresului prin inovație s-a circumscris aceleiași interes general, progresul tehnologic și creșterea economică fiind susceptibile să asigure confort și bunăstare pentru toți membri societății. Dar sensul cel mai comun atribuit noțiunii de interes general în materia proprietății intelectuale a fost și este încă este acela de echilibru între interesul individual al creatorului (autor sau inventator) și interesul colectiv al societății.

Aceasta este și sensul cu care el a fost folosit mai întâi în dreptului brevetelor de invenție. Pionierii domeniului au susținut că justul echilibru între interesele inventatorului și cele ale societății stă la baza dreptului brevetelor, transpus într-un soi de contract încheiat între inventator și societatea în care trăiește, prin care cea din urmă se obligă să încurajeze inovarea, recunoscând inventatorului un drept exclusiv de exploatare a invenției sale, pe care acesta se obligă să o descrie și să o exploateze, devenind, temporar, unicul beneficiar al rezultatelor efortului său creator. Ulterior, creația intră în domeniul public, profitând deplin și perpetuu întregii societăți. Primele tratate în materia proprietății industriale ne învață că „justificarea teoretică primordială a drepturilor inventatorului, ale creatorului în general, se regăsește în principiul potrivit căruia legile cetății au, înainte de toate, rolul de a asigura dezvoltarea cât mai generoasă a ființei umane, care tinde spre realizarea justiției în

⁷ *Ibidem*.

⁸ R. Petrella, *op. cit.*, 1996, pp. 26-27.

cel mai înalt grad. (...) Aspirațiile individului și interesul societății se confundă într-o proiecție comună de natură să justifice instituția juridică a dreptului inventatorului sau creatorului”⁹.

Literatura de specialitate mai recentă subliniază faptul că cele două tipuri de interese cărora dreptul brevetelor trebuie să le asigure echilibrul – interesul privat al inventatorului (dreptul exclusiv de exploatare pe care societatea i-l acordă, respectiv profitul obținut din exercitarea acestuia) și interesul colectiv al societății (inovarea și difuzarea cunoștințelor inovatoare) – sunt două fațete ale aceleiași realități. Inventatorul contribuie la realizarea interesului colectiv prin crearea și divulgarea invenției sale, iar societatea permite satisfacerea interesului privat al acestuia prin acordarea monopolului temporar de exploatare. Cu alte cuvinte, existența acestor interese depinde de satisfacerea lor reciprocă: realizarea unuia nu o poate exclude pe a celuilalt fără a risca să distrugă dinamica mecanismului care le menține în echilibru. Dacă toate cunoștințele cu potențial inovator ar face obiectul aproprierii private, inventatorul nu ar mai avea instrumentele necesare inovării (stadiul actual al tehnicii, domeniul public). Invers, dacă toate cunoștințele cu potențial inovator ar aparține *de plano* domeniului public, demersurile menite să rentabilizeze inovarea ar fi dificile, riscând să perturbe însăși dinamica creatoare¹⁰.

Dacă interesul general are, fără doar și poate, vocația de a fundamenta legitimitatea dreptului brevetelor, el este și principalul motiv pentru care acest sistem a fost, în ultimii ani, ținta a numeroase critici, în contextul manifestării unor tendințe imperialiste¹¹. Extinderea domeniului de aplicare al brevetelor în detrimentul altor forme de protecție juridică a creațiilor intelectuale a pus sub semnul întrebării menținerea echilibrului dintre interesele aflate în joc. Argumentele susținătorilor extinderii, formulate invariabil în jurul idealului binelui comun, au devenit, cu timpul, contradictorii. Potrivit unora dintre aceștia, brevetul este un instrument indispensabil pentru menținerea și promovarea dinamicii creatoare, grație aptitudinii sale de a îmbina armonios libertatea de a crea, posibilitatea de a crea și motivația de a crea. Astfel, brevetul permite: delimitarea frontierelor libertății creatoare, generând o permanentă actualizare a stadiului tehnicii; disponibilizarea capitalurilor și accesul la cunoștințele aparținând domeniului public, prin publicarea și descrierea invenției; sporirea motivației inventatorilor de a se angaja în efortul inovator, prin configurarea speranței de a obține un profit¹². Alții au ajuns să îl denunțe ca fiind o frână în activitatea de cercetare științifică, de perfecționare a „antecedentelor” protejate, fie prin prisma tendinței naturale de a rentabiliza la maxim o investiție inițială, fie datorită absenței

⁹ M. Plaisant, *Traité du droit conventionnel international concernant la propriété industrielle*, Paris, Sirey, 1949, p. 4, *apud* C. Nozaradan, *op. cit.*, 2007, p. 454.

¹⁰ V. Cassiers, *La protection juridique des logiciels et des créations commerciales*, în B. Remiche (coord.), *op. cit.*, 2007, pp. 238-239.

¹¹ C. Nozaradan, *op. cit.*, 2007, pp. 454-458.

¹² D. Vaver, *Le concept d'invention en droit des brevets: bilan et perspectives*, în M. Vivant (coord.), *Protéger les inventions de demain. Biotechnologie, logiciel et méthodes d'affaires*, Paris, La Documentation française, 2003, p. 273; J. Tirole, *Protection de la propriété intellectuelle: une introduction et quelques pistes de réflexions*, în *Propriété intellectuelle*, Paris, La Documentation française, 2003, pp. 11-25.

presiunilor concurențiale și a posibilității de a obține profit pe această cale chiar fără a investi în inovare¹³.

O altă controversă s-a iscat între autorii care au văzut în brevet un prețios instrument pentru difuzarea cunoștințelor inovatoare și cei care, dimpotrivă, l-au criticat tocmai pentru că ar fi un mijloc de apropiere a acestora, sau chiar de control al informației. Mai mult, s-a considerat că evoluția sistemului brevetelor este emblematică pentru transformarea dreptului proprietății intelectuale în ansamblul său, care dintr-o ramură de drept fundamentată pe idealul binelui comun și având ca scop declarat stabilirea echilibrului între interesele destinatarilor săi a ajuns, cel puțin în Statele Unite, să urmărească idealul „proprietății perfecte” și obiectivul „controlului perfect”¹⁴.

Nu doar extinderea sistemului brevetelor a generat controverse, ci și internaționalizarea acestuia. Cea de-a doua tendință a săpat o prăpastie adâncă între promotorii săi, pentru care brevetul reprezintă un factor al progresului industrial în statele în curs de dezvoltare, datorită potențialul său de a încuraja investițiile și transferul de tehnologie, și critici, care au avansat ideea imposibilității acelorasi state de avea cu adevărat acces la tehnologia brevetată¹⁵.

Dezbaterile continuă și astăzi. În numele eternului interes general, partizanii extinderii domeniului de aplicabilitate al brevetelor au avansat ideea brevetabilității programelor de calculator, sub forma unei propuneri de directivă europeană¹⁶. Aceasta a generat numeroase controverse, chiar și în jurul formulării obiectului său. Deși, la nivel declarativ, propunerea viza „brevetabilitatea invențiilor puse în aplicare de calculator”, definite drept invenții a căror aplicare „implică utilizarea unui calculator, a unei rețele de calculatoare sau a altui aparat programabil și care are una sau mai multe caracteristici de noutate realizate integral sau parțial prin intermediul unui program de calculator”, voci din doctrină au criticat ipocrizia inițiatorilor actului normativ, arătând că adevărata miză a acestuia ar fi fost brevetabilitatea programelor de calculator¹⁷.

Expunerea de motive¹⁸ aferentă Propunerii de directivă pleca de la constatarea faptului că, datorită maturității atinse de industria programelor de calculator, acestea au devenit din ce în ce mai dificil și costisitor de îmbunătățit, dar și din ce în ce mai ușor de copiat. Brevetele joacă un rol esențial în asigurarea protecției invențiilor cu caracter tehnic, în general, eficacitatea lor fiind dovedită pentru orice fel de invenție astfel protejată, atât în Statele

¹³ B. Bergmans, *La protection des innovations biologiques – Une étude de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 361.

¹⁴ L. Lessig, *Open Code and Open Societies*, www.lessig.org/content/articles/works/opensocd1.pdf, p. 10.

¹⁵ C. Nozaradan, *op. cit.*, 2007, p. 456.

¹⁶ Propunerea de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului privind brevetabilitatea invențiilor puse în aplicare de calculator (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the patentability of computer-implemented inventions) (COM/2002/0092 final - COD 2002/0047), OJ C 151E, 25.06.2002, pp. 129-131, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/ALL/?uri=CELEX%3A52002PC0092>.

¹⁷ B. Lang, *Brevetabilité du logiciel: le point de vue d'un chercheur en informatique*, în B. Remiche (coord.), *op. cit.*, 2007, p. 385, n.s. 3; v. și Software patent wars – Parliament rejects directive outright, <https://www.euro.parl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=IM-PRESS&reference=20061201TMN00898&format=XML&language=EN>.

¹⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52002PC0092&from=EN>.

Unite, cât și în statele membre ale UE. Brevetul are vocația de a încuraja investițiile și de a stimula ocuparea forței de muncă. Totodată, în sistemul brevetelor, întreaga societate profită de pe urma divulgării invenției, care generează un progres tehnic de care pot beneficia și alți inventatori.

În opinia inițiatorilor actului normativ european, situația juridică actuală cu privire la protejarea prin brevet a invențiilor puse în aplicare de calculator este ambiguă, fapt de natură să genereze insecuritate juridică, în contextul în care, deși programele de calculator „ca atare” sunt excluse din sfera brevetabilității – atât potrivit normelor dreptului proprietății industriale în vigoare în statele membre, cât și celor ale Convenției privind brevetul european – mii de brevete referitoare la invenții puse în aplicare de calculator au fost deja eliberate de Oficiul European al Brevetelor (OEB) și de autoritățile naționale competente. Numai OEB a eliberat în jur de 20.000 astfel de brevete, multe dintre acestea în sectoare esențiale ale tehnologiei informației, cum sunt prelucrarea și stocarea datelor digitale, sau în domeniul mecanicii și a construcției de automobile. La nivel declarativ, Propunerea de directivă urmărea armonizarea sistemelor de drept naționale în materia brevetelor pentru invențiile puse în aplicare de calculator și transparentizarea condițiilor de acordare a acestora. Ea ar fi putut determina modificarea corespunzătoare a articolului 52, paragr. 2, pct. c) din Convenția europeană a brevetului¹⁹, „în sensul suprimării sintagmei „programe de calculator” din lista invențiilor nebrevetabile”²⁰.

Aparent sub presiunea cererilor manifestate la nivelul diverselor sectoare industriale, a programatorilor și a utilizatorilor de programe de calculator, precum și a întreprinderilor mici și mijlocii, care s-au arătat tot mai interesate de subiect, dezbaterea publică asupra propunerii de directivă s-a intensificat după anul 1999. În 19 octombrie 2000, Comisia Europeană a lansat o serie de consultări, în cadrul cărora au fost chemați să își exprime punctul de vedere atât reprezentanți ai statelor membre ale UE cât și ai publicul larg, pe baza unui document disponibil online²¹. Cele 1.450 răspunsuri astfel oferite au fost sintetizate într-un raport²², care a relevat diferențe de opinie majore între adepții limitării drastice a brevetabilității programelor de calculator, pe de o parte, și partizanii unei armonizări legislative concordantă cu practica și jurisprudența actuală a OEB, pe de altă parte. Răspunsurile individuale au provenit în principal de la partizanii programelor de tip *open source*. Paleta punctelor de vedere exprimate de aceștia a cuprins atât ideea

¹⁹ Potrivit art. 52 din Convenția privind eliberarea brevetelor europene, programele de calculator nu sunt considerate invenții: „Art. 52 (1) Brevetele europene sunt eliberate pentru invenții noi care implică o activitate inventivă și sunt susceptibile de aplicare industrială. (2) În sensul paragrafului (1), nu sunt considerate invenții în special: (c) (...) programele pentru calculatoare; (3) Prevederile paragrafului (2) nu exclud brevetabilitatea elementelor enumerate de acesta decât în măsura în care cererea de brevet european sau brevetul european se referă la unul dintre aceste elemente ca atare” (<http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/40058>).

²⁰ Expunerea de motive a Propunerii de directivă privind brevetabilitatea invențiilor puse în aplicare de calculator, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52002PC0092&from=EN>.

²¹ *La brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur: document de consultation établi par les services de la Direction générale "Marché intérieur"* (19 Octobre 2000), http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/indprop/indprop/softpaten.htm.

²² http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/indprop/softpatanalyse.htm.

interzicerii totale a brevetelor în domeniul programelor de calculator, cât și poziția „oficială” a Alianței Eurolinux, defavorabilă depunerii de brevete pentru programele de calculator standard. În schimb, opiniile favorabile propunerii de directivă au aparținut, potrivit inițiatorilor săi, organizațiilor regionale sau sectoriale reprezentând numeroase întreprinderi, de diferite dimensiuni, din diverse ramuri de activitate (...).

Nu au lipsit din raport nici opiniile unor specialiști ai domeniului proprietății intelectuale, ale căror răspunsuri au fost mai puțin favorabile inițiativei legislative²³. Totuși, promotorii schimbării legislative au subliniat impactul economic al acesteia asupra numărului de locuri de muncă și al investițiilor în inovare, care, în cheia de lectură a interesului general, ar fi înclinat balanța în favoarea adoptării directivei propuse. Ei au invocat, în același sens, experiența SUA, care ar fi demonstrat că „brevetabilitatea invențiilor asociate programelor de calculator a contribuit la dezvoltarea industriei programelor de calculator în Statele Unite și mai ales la faptul că întreprinderile mici și mijlocii și programatorii independenți au dobândit o importanță crescută pe piața IT, ajungând chiar lideri ai acesteia”²⁴.

Susținătorii *statu-quo* legislativ la nivel european nu au ezitat să invoce același argument – al servirii interesului general – în sprijinul împotririi lor față de extinderea sistemului brevetelor asupra programelor de calculator. Conflictul dintre cele două „tabere” s-a extins atât la nivelul instituțiilor europene – în speță, Parlamentul și Comisia –, cât și la cel al organelor legislative și executive din mai multe state membre ale Uniunii Europene, generând discuții aprinse. Pentru că ne-am referit în rândurile de mai sus la un „*statu-quo*” legislativ în materie trebuie să reamintim faptul că, *de lege lata*, programele de calculator fac obiectul protecției conferite prin drepturile de autor. Astfel, potrivit articolului 4 din Tratatul OMPI privind drepturile de autor (Geneva, 1996), „programele pentru calculator sunt protejate ca și operele literare, în sensul art. 2 din Convenția de la Berna”²⁵. Directiva 2009/24/CE²⁶ privind protecția juridică a programelor pentru calculator cuprinde dispoziții similare: „(...) statele membre protejează programele pentru calculator, prin dreptul de autor, în calitate de opere literare în înțelesul Convenției de la Berna privind protecția operelor literare și artistice. (...) Un program pentru calculator este protejat dacă este original, în sensul că reprezintă o creație intelectuală proprie autorului (...)”. În plus, deși

²³ Expunerea de motive a Propunerii de directivă privind brevetabilitatea invențiilor puse în aplicare de calculator, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52002PC0092&from=EN>.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Tratatul OMPI privind dreptul de autor (Geneva, 20 decembrie 1996), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex:22000A0411\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex:22000A0411(01)). La rândul său, *Acordul privind aspectele drepturilor de proprietate intelectuală legate de comerț – TRIPS* (Marrakesh, 1 ianuarie 1994) prevede că programele de calculator, fie ca sunt exprimate în cod sursă, fie în cod obiect, vor fi protejate ca opere literare în baza Convenției de la Berna [art. 10 alin (1)], <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/35721>.

²⁶ Directiva 2009/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2009 privind protecția juridică a programelor pentru calculator, Official Journal of the European Union L 111, 5.5.2009, pp. 16-22, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ro/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0024>.

obiectul studiului nostru nu vizează un anume sistem juridic, merită subliniat aici și faptul că legislația românească se înscrie în același *statu-quo* normativ²⁷.

3. Quo vadis, software?

Brevetul de invenție se bucură de reputația de a constitui un titlu de protecție puternic. Comparând drepturile de proprietate intelectuală – ca veșminte juridice ale creațiilor noi – cu hainele pe care le purtăm noi, oamenii, un autor francez²⁸ prezenta brevetul drept haina cea mai amplă dintre toate, având în vedere întinderea protecției juridice pe care o conferă titularului său. Păstrând plasticitatea comparației, s-a spus că un veșmânt (juridic) trebuie să fie croit pe măsura creației pe care o va „îmbrăca”: prea strâmt, el nu o va proteja suficient, prea larg, o va împiedica să se miște liber. Altfel spus, dreptul brevetelor trebuie să păstreze un raport de proporționalitate între întinderea protecției juridice oferite și „măsura” creației. Un alt reprezentant de seamă al doctrinei critică posibilitatea ca o invenție să se bucure de o protecție juridică mai generoasă decât beneficiul pe care ea îl procură societății, în temeiul principiului care interzice reaproprierea domeniului public²⁹. Iar un altul merge chiar mai departe, avansând ideea excluderii din sfera invențiilor brevetabile a oricărei creații susceptibile de o protecție adecvată conferită de normele incidente în materia drepturilor de autor, a bazelor de date sau a desenelor și modelelor industriale³⁰.

În lumina afirmațiilor precedente, tendința de a elabora un sistem de protecție specific programelor de calculator, astfel cum a fost ea transpusă în încercarea de a schimba legislația europeană în domeniu, pare să ignore nevoia de proporționalitate promovată de doctrina drepturilor intelectuale. Cu toate că propunerea de directivă a rămas la acest stadiu, de propunere, în pofida lobby-ului puternic de care s-au bucurat inițiatorii ei, ne-am propus să prezentăm, în cele ce urmează, câteva dintre reflecțiile pe care ea le-a generat. Pentru simplul motiv că, în opinia noastră, sunt încă de actualitate și de interes. Din 2005, anul în care a fost respinsă de Parlamentul European³¹, și până în prezent au mai existat tentative de a impune în plan legislativ brevetabilitatea programelor de calculator, cea mai recentă dintre acestea fiind instituirea Curții Unice în materie de brevete. Deocamdată,

²⁷ Conform art. 7 din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, „constituie obiect al dreptului de autor operele originale de creație intelectuală în domeniul literar, artistic sau științific, oricare ar fi modalitatea de creație, modul sau forma de exprimare și independent de valoarea și destinația lor, cum sunt: (a) scrierile literare și publicistice, conferințele, predicile, pledoariile, prelegerile și orice alte opere scrise sau orale, precum și programele pentru calculator (...)”. Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție exclude din domeniul său de aplicare programele de calculator [prin dispozițiile cuprinse în art. 13, alin. (1), lit. c)].

²⁸ A. Lucas, *La protection des créations industrielles abstraites*, Paris, Litec, 1975, p. 53.

²⁹ A. Scheuchzer, *L'invention brevetable en 2002. Reflexions sur la notion de l'invention et les conditions de brevetabilité*, în M. Vivant (coord.), *Protéger les inventions de demain. Biotechnologie, logiciel et méthodes d'affaires*, Paris, La Documentation française, 2003, pp. 228-230.

³⁰ D. Vaver, *op. cit.*, p. 294.

³¹ Software patent wars – Parliament rejects directive outright, <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=IM-PRESS&reference=20061201TMN00898&format=XML&language=EN>.

decizia din 20 martie 2020³² prin care Curtea Constituțională Federală din Germania a respins ratificarea Acordului privind Curtea Unică în materie de brevete, pare să întârzie considerabil demersurile inițiatorilor proiectului acestei instanțe³³. Dar, potrivit Comitetului Pregătitor al CUB, demersurile începute vor continua³⁴. Iar în virtutea considerentului nr. 16 al Directivei 2009/24/CE, „protecția programelor pentru calculator în temeiul legislației privind drepturile de autor nu ar trebui să aducă atingere, atunci când este cazul, aplicării altor forme de protecție”³⁵.

Recurgând la un exercițiu de imaginație, ne-am propus să prezentăm cititorilor acestui studiu, în calitate de „organ deliberativ”, câteva dintre argumentele pro sau contra tendinței de schimbare a modului în care sunt protejate programele de calculator (pe post de „amendamente”), pentru ca, urmând rigorile procedurii parlamentare, decizia privind oportunitatea adoptării „reformei legislative” să revină, așa cum se cuvine, cititorului interesat de subiect. Anticipăm doar că „votul” se anunță strâns, căci argumentele sunt convingătoare, de ambele părți. Iată...

4. Argumente din rândul juriștilor

Alegerea protejării programelor de calculator prin normele drepturilor de autor își are originea în necesitatea de a oferi o protecție juridică acestor programe, pentru a evita copiile lor servile³⁶. Opțiunea a fost ulterior ghidată de voința reprezentanților sectorului industrial interesat, circumscrisă aceleiași preocupări de a limita posibilitățile de copiere a programelor de calculator, de a evita obligativitatea publicării codului-sursă (obligație care ar fi impusă în cazul protecției prin brevet)³⁷. În sfârșit, dreptul de autor își oferă protecția în mod automat, fără niciun fel de formalități și la scară internațională³⁸.

Indiferent de nuanțele pe care diferitele sisteme juridice i le pot adăuga, prin maniera în care își formulează normele, obiectul drepturilor de autor este pretutindeni același – o operă, adică o creație originală, care poartă marca personalității autorului său și este exprimată într-o formă sensibilă, adică perceptibilă simțurilor ființei umane, de natură să

³² 2 BvR 739/17, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-020.html>.

³³ Federal Constitutional Court – decision, <https://www.unified-patent-court.org/news/federal-constitutional-court-decision>.

³⁴ J. Nurton, *German Decision Puts Unified Patent Court Agreement in Jeopardy*, <https://www.ipwatchdog.com/2020/03/20/german-decision-puts-unified-patent-court-agreement-jeopardy/id=120013/>.

³⁵ Directiva 2009/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2009 privind protecția juridică a programelor pentru calculator, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ro/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0024>.

³⁶ E. Derclaye, „Software Copyright Protection: Can Europe Learn from American Case Law?”, în *European Intellectual Property Review*, 2000, no. 1, pp. 7-16; no. 2, pp. 56-68.

³⁷ A. Puttemans, *Au bout du bout du droit d'auteur: la nouvelle protection juridique des programmes d'ordinateur*, în D. Lechien, A. Puttemans, *Nouveautés en droits intellectuels – Marques et programmes d'ordinateurs*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 157-158.

³⁸ *Ibidem*.

permite aducerea sa la cunoștința publicului. Asimilarea unui program de calculator cu o operă literară ține mai degrabă de domeniul fanteziei decât de cel al ficțiunilor juridice³⁹, fiind considerată chiar un „demers eretic”⁴⁰. Pentru a fi cât mai convingător, autorul citat își ilustrează opinia preluând un fragment dintr-un cod-obiect (100111010100111001011001) și un extras dintr-un cod-sursă al unei pagini web⁴¹. Atare „creații” nu pot fi opere, conchide el, întrucât nu pot fi originale, au un caracter exclusiv funcțional și, mai ales, nu pot fi comunicate publicului larg⁴². Tripticul invocat pentru a combate asimilarea dintre cele două coduri și o operă este generalizat ulterior la ansamblul programelor de calculator, constituind principalele argumente pentru demonstrarea caracterului inadecvat al protecției juridice acordate acestora de legislația proprietății intelectuale în vigoare.

În esență, potrivit normelor drepturilor de autor, reproducerea unei opere nu se poate face fără consimțământul prealabil al titularului drepturilor de autor. În ceea ce privește programele de calculator, reproducerea poate viza fie codul-sursă, fie codul-obiect. Codul-obiect va fi, de cele mai multe ori, reprodus prin tehnici de decompilare, de către cunoscători ai domeniului, pentru a adapta programul în funcție de propriile lor nevoi sau pentru a-i studia modul de funcționare. Din această perspectivă, reproducerea codului-obiect prejudiciabilă pentru autorul programului ar implica cel puțin un act de distribuie, luând cel mai adesea forma unui comportament contrar practicilor comerciale și legităților concurenței loiale, ceea ce ar face ca invocarea drepturilor de autor să nu fie indispensabilă. În ceea ce privește codul sursă, reproducerea prejudiciabilă s-ar traduce în duplicarea programului cu scopul de a-și apropria o parte din monopolul de distribuție recunoscut de lege creatorului de program. Cu alte cuvinte, recopiarea programului în vederea vânzării, închirierii, împrumutului, schimbului etc. Din această perspectivă, reproducerea neautorizată a codului-sursă ar putea fi sancționată și prin aplicarea unor norme de civil ori penal. În afara acestor două ipoteze, codul-sursă și codul-obiect al programelor de calculator sunt, în realitate,

³⁹ V. Cassiers, *op. cit.*, 2007, p. 258.

⁴⁰ M. Vivant, *Une épreuve de vérité pour les droits de propriété intellectuelle: le développement de l'informatique*, în *L'avenir de la propriété intellectuelle*, Paris, Litec, Coll. IRPI, nr. 11/1993, pp. 50-51.

⁴¹ Pentru a nu diminua forța argumentelor prezentate de autorul la care ne referim, reproducem aici un extras dintr-un cod-sursă al unei pagini web: <!DOCTYPE html> <html lang="ro" class="doc-desktop"><head><meta http-equiv="Content-Type" content="text/html; charset=UTF-8"><title>Candide, Voltaire (Author) - eMAG.ro</title> <meta name="viewport" content="width=device-width, initial-scale=1.0, maximum-scale=5.0"> EM.cookie_group_policy = "current_status":1,"groups":[{"group_id":1,"acceptance_status":1,"is_mandatory":true,"name":"Functional","description":""}, {"group_id":2,"acceptance_status":1,"is_mandatory":false,"name":"Analytics","description":""}, {"group_id":3,"acceptance_status":1,"is_mandatory":false,"name":"Advertising","description":""}]; "type":"Functional", {"id":94,"is_accepted": true,"is_mandatory": true,"name":"_ga_*","description":"Used to manage users data","type":"Functional"}, {"id":105,"is_accepted":true,"is_mandatory":true,"name":"MTs8C1Tc-ro-RO-session-id","description":"Used for Smart Assistant Zoovu session tracking","type":"Functional"}, {"id":107,"is_accepted":true, "is_mandatory":true,"name":"zoovu-copdp-MTs8C1Tc","description":"Used for Smart Assistant Zoovu product page","type":"Functional"}]; </script>, <https://www.emag.ro/candide-voltaire-author-9781507875568/pd/D3BY4HBBM/?X-Search-Id=45b4992d0415b9b79338&X-Product-Id=28737921&X-Search-Page=1&X-Search-Position=0&X-Section=search&X-MB=0&X-Search-Action=view>.

⁴² V. Cassiers, *op. cit.*, 2007, pp. 263-264.

reproduse frecvent pentru finalități care nu aduc în niciun fel atingere drepturilor și intereselor creatorilor lor: decompilarea, copia de rezervă, încărcarea programului în memoria calculatorului în vederea execuției etc. Considerațiile de mai sus converg, în opinia autorului lor⁴³, spre ideea nepotrivirii dintre creațiile reprezentate de programele de calculator și modul în care acestea sunt protejate în prezent.

5. Argumente din rândul economiștilor

Economiștii au luat ca punct de plecare axioma potrivit căreia creatorii de programe ar suporta mai ușor costul ridicat al producției acestor bunuri informatice foarte ușor de piratat, dacă ar beneficia de un drept exclusiv, temporar, de a controla producția și vânzarea lor. Un atare drept exclusiv le-ar putea fi conferit de normele dreptului de autor, ori de cele ale dreptului brevetelor de invenții. Pentru a verifica dacă balanța înclină spre una sau cealaltă din aceste două forme de protecție, specialiștii în economie au recurs la sondaje de opinie, realizate în rândul echipelor de cercetare și dezvoltare din cadrul mai multor întreprinderi, care au relevat că secretul industrial și strategiile comerciale bazate pe prioritatea în comercializarea produselor reprezintă strategia cea mai rentabilă, mai ales pentru IMM-uri. Protecția prin intermediul brevetelor pare prea puțin atractivă pentru cercetătorii intervievați (cu excepția celor din industria chimică și farmaceutică), din cauza lipsei sale de eficacitate: un brevet este greu de obținut și de apărut, prejudiciabil în măsura în care obligă creatorul să divulge informații, și reprezintă apanajul clasic al marilor întreprinderi, care îl folosesc ca monedă de schimb în negocierile asupra unor inovații din domeniul industriale complexe. Cercetătorii din industria IT au arătat că preferă protecția prin drepturile de autor sau o protecție *sui generis*⁴⁴.

Analiza economică a proprietății intelectuale aplicată domeniului programelor de calculator⁴⁵ a luat în calcul particularitățile inovării în tehnologia informației. În primul rând, caracterul secvențial și complementar al creațiilor noi. În acest domeniu, se pot întâlni situații în care o creație cu caracter de noutate să nu prezinte valoare în sine, dar să se dovedească extrem de valoroasă pentru o alta, caz în care protecția juridică oferită ambelor inovații trebuie să transmită celor doi creatori o motivație proporțională cu suma valorilor sociale ale creațiilor lor. O a doua particularitate ține de complexitatea interdependențelor și necesitatea interoperabilității între programele de calculator. Adesea, un program nou poate încălca protecția cuvenită unor programe deja existente, fapt de natură să genereze conflicte între titularii drepturilor, perspectivă deloc încurajatoare pentru cercetători. În al treilea rând, programele de calculator se particularizează prin aptitudinea de a genera efecte de rețea – beneficiul legat de utilizarea unui program crește proporțional cu numărul

⁴³ *Idem*, pp. 266-271.

⁴⁴ P. Belleflamme, *Logiciel, création commerciale et brevet: quelques réflexions d'un économiste...*, in B. Remiche (coord.), *op. cit.*, 2007, pp. 375-377.

⁴⁵ B. Caillaud, *La propriété intellectuelle sur les logiciels*, în *Propriété intellectuelle*, Paris, La Documentation française, 2003, pp. 113-171; P. Belleflamme, *op. cit.*, pp. 377-383.

utilizatorilor acestuia – și costuri de acomodare – costuri nemonetare, cum sunt cele de „re-învățare” atunci când un utilizator trece de la un program de calculator la altul. Atât efectele de rețea, cât și costurile de acomodare pot crea bariere la intrarea pe piață a unui program nou. În sfârșit, programele de calculator sunt relativ durabile în timp. Astfel de bunuri, susceptibile să genereze situații de monopol, nu au alți competitori decât versiunile lor viitoare, fapt de natură să-i limiteze producătorului lor capacitatea de a crește prețul de producție peste costul marginal. Există însă destule „artificii” prin care un producător de programe poate scurta durata de viață a acestora: poate propune aducerea unor îmbunătățiri marginale, sub formă de upgrade; poate „planifica uzura morală” promovând o versiune mai nouă (știut fiind faptul că dacă majoritatea utilizatorilor unui program adoptă o versiune nouă, minoritatea reticentă inițial va sfârși prin a face la fel, din dorința de a putea continua să comunice cu ceilalți, să facă schimb de fișiere); poate închiria în loc să vândă.

Pe baza analizei de mai sus, specialiștii în economie au cântărit oportunitatea extinderii brevetabilității la domeniul programelor de calculator. Trecând problema prin grila de lectură a activității de cercetare, au arătat că aceasta ar putea fi stimulată de impunerea sistemului brevetelor asupra programelor de calculator, prin sporirea rentabilității directe a echipelor de cercetare, dar și că brevetele sunt susceptibile să genereze efecte nefaste în ceea ce privește secvențialitatea, complementaritatea și interoperabilitatea specifice programelor de calculator. Jonglând între cele două ipoteze, economiștii au schițat un set de recomandări prudente, jalonate de următoarele aspecte: protecția prin drepturile de autor rămâne utilă pentru evitarea pirateriei; o protecție suplimentară prin brevet (fără stabilirea unui cadru legislativ *sui generis*) este indicată doar în cazul creațiilor fundamentale sau de pionierat, situații în care criteriile de noutate și inventivitate trebuie să fie verificate cu maximă rigurozitate și profunzime; eventuala reformă a cadrului legal trebuie acompaniată de politici publice adecvate, centrate mai ales pe înregistrarea brevetelor într-o bază de date ușor accesibilă, pe încurajarea publicării codurilor-sursă, pe negocierea licențelor de exploatare și a acordurilor încheiate în materie de cercetare și inovare, sub atenta supraveghere a autorităților menite să protejeze libera concurență și pe elaborarea de strategii adaptate dificultăților cu care se confruntă întreprinderile mici și mijlocii.

6. Argumente din rândul profesioniștilor IT

O perspectivă mult mai avizată decât cea a juriștilor sau a economiștilor care s-au aplecat asupra problemei este, în opinia noastră, cea a profesioniștilor din domeniul tehnologiei informației, fie ei simpli programatori sau cercetători. În opinia acestora definiția dată de Organizația Mondială a Proprietății Intellectuale, în anul 1978, programelor de calculator – „o mulțime de instrucțiuni, putând, din momentul transpunerii pe un suport descifrabil de către o mașină capabilă să trateze informații, să indice, să execute ori să permită obținerea unei informații, a unei sarcini sau a unui rezultat”⁴⁶ nu este doar simplistă,

⁴⁶ T. Bodoașcă, *Contribuții la studiul regimului juridic al programelor pentru calculator în sistemul de drept român*, disponibil la <https://www.universuljuridic.ro/contributii-la-studiul-regimului-juridic-al-programelor-pentru-calculator-in-sistemul-de-drept-roman/>.

ci și desuetă⁴⁷. Programul de calculator nu este un ansamblu de instrucțiuni ce pot, odată transpuse pe un suport descifrabil de către mașină, să indice, să îndeplinească sau să obțină o funcție, o sarcină ori un rezultat de către mașina capabilă să proceseze informația. Datele unui program pot ajunge să devină atât de complexe încât să fie exprimate printr-un limbaj, situație în care programul devine interpret al respectivului limbaj, fără a se putea identifica momentul exact în care data se transformă în program. Limbajul poate și să descrie doar date de o complexitate sporită, a căror lectură și interpretare (nu întotdeauna unică!) va genera anumite rezultate. Cu alte cuvinte, referirea din textele juridice la instrucțiuni nu se justifică întotdeauna, cel puțin nu în ipotezele prezentate mai sus. Pe de altă parte, un program de calculator nu descrie întotdeauna modul în care se obține un anumit rezultat, ci se poate limita la simpla descriere a rezultatului, constituind deci o funcționalitate. Matematica programării tratează toate programele de calculator ca pe niște specificații de funcționalități, și nu ca expresii ale realizării acestora, plecând de la ideea că cele mai multe asemenea programe au vocația de a fi compilate (traduse) dintr-un limbaj sursă, utilizat de programator, într-un limbaj obiect, interpretabil de către o mașină, păstrându-și în același timp funcționalitatea, aspect deosebit de important. Cu alte cuvinte, programul sursă se poate limita la specificarea gramaticii unui limbaj, care să determine structura frazelor acestuia fără a preciza cum poate fi aceasta obținută pentru o frază anume, în timp ce programul obiect este responsabil de analiza sintactică a frazelor limbajului, deci apt să producă structurile respective. În asemenea situații, în care codul lizibil de către om (codul-sursă) nu reprezintă altceva decât specificarea unei funcționalități, nu se poate pune problema protejării programului prin brevet. Criterii ca lizibilitatea, organizarea, stilul programatorului pot juca însă un rol important în exprimarea codului-sursă. Codul-obiect, executabil de către mașină, corespunde mai degrabă definiției date de OMPI, putând fi considerat un procedeu. Acesta este însă esențialmente ilizibil pentru om, care nu poate afla din ce se compune procedeu. Creație derivată mecanic, un atare cod nu are cum să facă obiectul vreunui drept de proprietate intelectuală altfel decât prin extinderea drepturilor legate de codul său sursă⁴⁸. Aceasta pare să fi fost și viziunea Parlamentului European, manifestată cu ocazia votului din 24 septembrie 2003, când instituția a apreciat că activitatea inventivă nu se poate regăsi în programele de calculator în sine, căci acestea rămân entități abstracte similare formulelor matematice, ci în „utilizarea forțelor naturii în scopul de a controla efecte fizice dincolo de reprezentarea numerică a informațiilor”⁴⁹.

Criticilor legate de asocierea programelor de calculator cu operele literare (sub aspectul protecției juridice acordate) li se opune o întreagă literatură referitoare la „stilul programării”⁵⁰.

⁴⁷ B. Lang, *op. cit.*, 2007, pp. 386.

⁴⁸ *Idem*, pp. 387-389.

⁴⁹ v. Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 24 septembre 2003 en vue de l'adoption de la directive 2003/.../CE du Parlement européen et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2003-0402+0+DOC+XML+V0//FR>.

⁵⁰ v., *inter alia*, B.W. Kernighan, P.J. Plauger, *The Elements of Programming Style*, McGraw-Hill, Inc., New York, NY, 1982; D.E. Knuth, *Computer Programming as an Art*, in *Communication of the ACM*, vol. 17, decembrie 1974, <http://fresh.homeunix.net/~like/misc/knuth-turingaward.pdf>.

Reprezentanții aceștia pleacă de la premisa că programele de calculator sunt creații complexe, implicând sute sau chiar mii de elemente componente de natură diferită, iar adevărata artă a programării rezidă tocmai în maniera în care programatorul gestionează uriașa complexitate a elementelor programului, în alegerea formei de exprimare și în claritatea limbajului său. Un program bun este, înainte de toate, un program lizibil, lizibilitatea având un impact esențial asupra mentenanței și dezvoltării programului, aspecte care reprezintă cea mai mare parte a costurilor implicate de program. S-a susținut chiar că numai ignoranța în ceea ce privește activitatea programatorilor și un oarecare dispreț gratuit pentru necunoscut au permis afirmații ca cele potrivit cărora programarea ar fi o activitate banală, asemănătoare mai degrabă simplei corecturi gramaticale decât creației literare, și concluzii de genul celor care exclud compatibilitatea dintre programele de calculator și protecția juridică conferită acestora prin normele dreptului de autor pentru simplul motiv că cele dintâi nu ar fi opere⁵¹.

Cât despre costurile programelor de calculator, dacă majoritatea țin de modul în care programatorul organizează și dă expresie multitudinii de elemente componente ale creației sale, atunci activitatea sa se înscrie în tiparele protecției oferite autorului unei opere. Evident, acest tip de protecție nu poate împiedica un competitor să creeze un program echivalent din punct de vedere funcțional, dar îi poate oferi creatorului primar avansul necesar pentru a se impune pe o piață aflată în continuă mișcare. Un atare avans ar putea fi asimilat unui brevet de scurtă durată. Dar protecția oferită prin dreptul de autor pare mai adecvată, întrucât are mai puține efecte perverse decât cea conferită de brevet. Unul dintre posibilele efecte perverse ale aplicabilității brevetelor în sfera programelor de calculator vizează insecuritatea juridică generată de o eventuală contraface involuntară a acestora⁵². Lucrările de specialitate par să ignore posibilitatea, frecvent semnalată de profesioniștii IT, de a comite infracțiunea de contrafacere în mod accidental, care ar deschide o adevărată cutie a Pandorei pentru aceștia. Pe de o parte, întrucât programele de calculator sunt creații complexe, formate mii de elemente susceptibile să interacționeze pentru a produce efecte adesea neașteptate chiar și pentru autorii lor, este dificil și costisitor pentru aceștia să identifice, în multitudinea de elemente și combinații posibile, exact elementul sau combinația care ce ar fi putut face obiectul unui brevet. Pe de altă parte, temeinicia și întinderea pretențiilor titularilor eventualelor brevete încălcate accidental sunt greu de stabilit cu certitudine⁵³. Prin urmare, activitatea programatorilor comportă o considerabilă doză de insecuritate juridică, de natură să genereze situații și mai grave, cum sunt practicile de braconaj informatic. În esență, braconajul informatic înseamnă solicitarea de brevete pentru creații care urmează a nu fi exploatate ulterior, tocmai pentru a vâna inevitabilele contrafaceri involuntare și a obține astfel profit. Evident, asemenea practici neagă principala

⁵¹ B. Lang, *op. cit.*, 2007, p. 390.

⁵² *Idem*, p. 391.

⁵³ Conform unui Raport al Comisiei Federale pentru Comerț a SUA, din anul 2003, intitulat *To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*, <http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf> („Avoiding infringement can also be fraught with uncertainty, because the metes and bounds of software patent claims are often ambiguous”).

finalitate a brevetului – valorificarea inovației. Solicitantul descris în schița de mai sus păcătuiește de două ori: nu numai că nu valorifică invenția pentru care depune cererea de brevet – invenție devenită inutilă pentru societate –, ci se și transformă într-un prădător, în detrimentul tuturor celor care investesc (spiritual și material) în inovare pentru ca economia să beneficieze efectiv de pe urma valorificării rezultatelor acesteia⁵⁴.

De cele mai multe ori, victime ale braconajului sunt IMM-urile, care își asumă riscurile inovării pe piața deja monopolistă a tehnologiei informației, și trebuie să suporte costurile parazite ale acțiunilor în justiție intentate împotriva lor⁵⁵. Potrivit unui studiu britanic dedicat implicațiilor drepturilor de proprietate intelectuală asupra întreprinderilor mici și mijlocii⁵⁶, exceptând domeniul biotehnologiei, sistemul brevetelor nu prezintă nicio utilitate pentru acestea, deoarece nu le încurajează activitatea inovatoare și nici nu le protejează invențiile. Mai mult, nu le protejează nici de eventuale acțiuni în contrafacere (accidentală) îndreptate împotriva lor.

Practica demonstrează, la rândul ei, nevoia de a acorda o atenție sporită contrafacerii involuntare⁵⁷. Adepții acestui imperativ au inventariat, într-un soi de *web-shop*, nu mai puțin de douăzeci și două de brevete acordate de Oficiul European al Brevetelor (OEB), care ar fi putut genera numeroase litigii dacă Parlamentul European nu ar fi respins, în anul 2005, Propunerea de directivă privind brevetabilitatea invențiilor puse în aplicare de calculator. *Web-shop*-ul ilustrează „terenul minat” al protecției conferite programelor de calculator prin brevet: în speță, imposibilitatea de a crea orice fel de funcționalitate specifică comerțului electronic (fie ea și una minoră) fără supunerea la riscul permanent de pune piciorul pe un program brevetat și a antrena astfel explozia întregului⁵⁸. Merită subliniat faptul că, dintre brevetele inventariate de creatorii *web-shop*-ului, mai puțin chiar de un sfert (18%) sunt deținute de state membre ale Uniunii Europene, față de cele trei sferturi care revin țărilor din afara cesteia (din care 63% doar SUA)⁵⁹.

Un alt efect pervers al extinderii brevetabilității în domeniul programelor de calculator se conturează în domeniul inovării, potrivit opiniei unui cercetător în domeniul informaticii⁶⁰, pe care o vom rezuma în cele ce urmează. Promotorii brevetelor pleacă de la premisa că, în schimbul exclusivității conferite titularului brevetului, acesta își divulgă

⁵⁴ B. Lang, *op. cit.*, 2007, pp. 395-396.

⁵⁵ B. Caillaud, *La propriété intellectuelle sur les logiciels*, în *Propriété intellectuelle*, Paris, La Documentation française, 2003, p. 149, http://www.freescape.eu.org/biblio/IMG/pdf/rapprt-cae_41.pdf; Chambre syndicale des SSII et des Editeurs de Logiciels, *Position du Syntec informatique sur la brevetabilité du logiciel*, 13 dec. 2000, *La brevetabilité du logiciel est-elle favorable aux PME?*, la http://www.syntec-informatique.fr/information/page.asp?article_id=36&Theme_id=1.

⁵⁶ R. Coleman; D. Fishlock, *Background and Overview of the Intellectual Property Initiative*, <http://info.sm.umist.ac.uk/esrcip/background.htm>.

⁵⁷ J. Maebe, *Patented Webshop – our demonstrator for the legal ambush on e-commerce & freedom of business in Europe*, disponibil la <http://webshop.ffii.org/index.en.html>.

⁵⁸ G. Sédrati-Dinet, *Boutique web européenne brevetée*, disponibil la <http://www.ffii.fr/Boutique-web-europeenne-brevetee?lang=fr>.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ B. Lang, *Liberté et barrières dans l'univers des logiciels*, SPECIF, no. 50, décembre 2003, <http://pauillac.inria.fr/~lang/ecrits/liste/specif2003.pdf>.

invenția, contribuind astfel la îmbogățirea patrimoniului public al cunoașterii. Cercetătorul citat contrazice acest raționament, pentru mai multe motive. Primul este acela că brevetele pentru programele de calculator, astfel cum sunt acestea acceptate de SUA și, într-o legalitate îndoielnică, chiar de OEB, reprezintă, în cele mai multe cazuri, niște trivialități, oricare ar fi pretinsa calitate a invențiilor protejate⁶¹. Într-un univers științific deja supraîncărcat cu informații utile, căutarea acestora în cererile de brevet depuse reprezintă *a priori* o activitate prea puțin rentabilă pentru cercetători. Pe de altă parte, tehnicile brevetate în domeniul IT nu reprezintă prea mult pentru informaticieni, care au adesea mai multe de învățat din analiza codului-sursă al unui program, din arhitectura și stilul acestuia, decât din „inovațiile” care ar putea face obiectul brevetului. Codul-sursă joacă, de altfel un rol esențial în mentenanța și evoluția unui program de calculator, utilizarea lui putând supraviețui societății sau organizației care l-a produs. Totuși, metodele de programare utilizate, cel puțin pentru a specifica rezultatul care trebuie obținut, sunt relativ ușor de analizat din examinarea codului-sursă, în cazul în care acesta este disponibil, dar dificil de identificat în cazul codului-obiect. Cum riscul contrafacerii în cazul programelor de calculator este foarte ridicat, tocmai datorită complexității lor, cea mai bună pavăză la care pot recurge creatorii de programe este încercarea de a împiedica identificarea metodelor utilizate nedeazăluind decât codul-executabil, nu și codul-sursă.

Departe de a favoriza difuzarea de cunoștințe utile, brevetabilitatea pare să incite programatorii la păstrarea secretului asupra codului-sursă, indiferent de caracterul inovator al creațiilor lor, descurajând astfel orice modalitate de creație și inovație bazată pe difuzarea liberă a codurilor sursă⁶², cu impact considerabil și asupra activității de cercetare. Colaborarea între cercetători se face atât prin comunicarea unor lucrări științifice cât și prin schimbul de date sau experimente care, în domeniul IT, iau inevitabil forma programelor de calculator. Activitatea științifică are nevoie de o comunicare deschisă, pentru ca fiecare cercetător să poată contribui, analiza, critica, relua sau modifica realizările colegilor săi, în scopul minimizării efortului global, indiferent de contextul în care activitatea sa se derulează – de pe poziția de partener ori de competitor. Pericolul anticipat nu poate fi contracarat nici de eventuale dispoziții normative care ar tinde să restrângă exercitarea drepturilor titularilor de brevet în cazul folosirii invenției brevetate în scopuri pur experimentale, cu caracter necomercial. Condiția nu poate fi îndeplinită de toate componentele unui program destinat cercetării, care de cele mai multe ori servește drept context al scopurilor experimentale. Dispersia drepturilor de proprietate și costurile de tranzacționare implicate constituie deci un handicap și pentru schimbul de experiență și dialogul dintre cercetători. Și nu doar în domeniul IT, căci efectele perverse ale brevetabilității programelor de

⁶¹ Propunerea de directivă europeană anticipase, de altfel, riscul acordării de brevete pentru invenții care nu prezintă caracter de noutate și nici nu fac obiectul unei activități inventive (risc constat în urma analizei sistemului american de acordare a brevetelor), inițiatorii săi subliniind că armonizarea legislativă avută în vedere de ei viza tocmai prevenirea unui asemenea risc, prin instituirea de norme apte să verifice cu strictețe îndeplinirea criteriilor de brevetabilitate, fiind binecunoscută atenția acordată de OEB acestor aspecte (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52002PC0092&from=EN>).

⁶² V. cazul programelor de tip *open source*.

calculator s-ar putea propaga cu ușurință și la alte discipline științifice, datorită rolului jucat de programele de calculator în derularea activităților experimentale și în analiza rezultatelor lor. Costul relativ redus al publicațiilor electronice permite în prezent ca oricărei publicații a unor atare rezultate să i se anexeze datele brute și programul care a stat la baza experimentului, pentru a permite analiza critică și reproducerea acestuia în cele mai bune condiții. Or, dacă această practică, vitală pentru cercetare, implică riscul declanșării unei acțiuni în contrafacere (sub aspectul metodelor utilizate de programele folosite), ea va deveni, probabil, din ce în ce mai rară⁶³.

Un alt argument împotriva protejării prin brevet a programelor de calculator, convingător prin celebritatea de care se bucură autorul său în domeniul IT și nu numai, poate fi o mai veche afirmație aparținând lui Bill Gates, formulată astfel: dacă oamenii ar fi înțeleș cum sunt acordate brevetele atunci când majoritatea ideilor au fost inventate, și le-ar fi și obținut, industria ar fi astăzi complet blocată⁶⁴. Continuând raționamentul fondatorului Microsoft, dacă numeroasele componente ale unui program de calculator, luate individual sau în diverse combinații de interacțiune, ar face obiectul unei aproprieri exclusive, s-ar ajunge la costuri de tranzacționare considerabile, de natură să creeze comportamente economice bizare, anticoncurențiale, defavorabile oricărei evoluții.

7. În loc de concluzii, am ales să reproducem mai jos argumentele Micului prinț, celebrul personaj al lui Antoine de Saint-Exupéry. Dacă nu sunt la fel de relevante precum cele expuse anterior, ele sunt parcă mai convingătoare, grație forței literaturii. Deși scriitorul francez nu poate fi bănuț de vreun *parti pris*, în exercițiul nostru de imaginație rândurile de mai jos pot constitui, *mutatis mutandis*, opinia unui expert chemat să facă lobby. În ce sens? Vom lăsa cititorul să decidă...

„ – Când găsești un diamant care nu e al nimănui, atunci e al tău. Când găsești o insulă care nu e a nimănui, este a ta. Când ai o idee primul, o brevetezi: e a ta. Iar eu posed stelele pentru că nimeni înaintea mea nu s-a gândit să le posed.

– Asta-i adevărat, spuse micul prinț. Și ce faci cu ele?

– Le administrez. Le socotesc și le răs-socotesc. E greu. Însă eu sunt un om serios!

„E amuzant, se gândi micul prinț. E destul de poetic. Dar nu-i tocmai serios”. Micul prinț avea despre lucrurile serioase idei foarte diferite de ideile oamenilor mari.

– Eu, a mai spus el, am o floare pe care o ud în fiecare zi. Posed trei vulcani pe care îi curăț în fiecare săptămână. Fiindcă-l curăț și pe cel stins. Nu se știe niciodată. Le e de trebuință vulcanilor mei să-i posed, și îi e de trebuință florii mele să o posed. Dar tu nu le ești de trebuință stelelor”⁶⁵.

⁶³ B. Lang, *op. cit.*, 2007, pp. 406-407.

⁶⁴ William Gates III, *Challenges and Strategy Memo*, 16 mai 1991, „If people had understood how patents would be granted when most of today's ideas were invented, and had taken out patents, the industry would be at a complete standstill today”, http://en.swpat.org/wiki/Bill_Gates_on_software_patents.

⁶⁵ A. de Saint-Exupéry, *Micul prinț*, traducere de Ioana Pârvolescu, București, Ed. Arthur, 2015, pp. 58-59.

Instituții procesual civile ca garanții de respectare a principiului celerității procedurilor judiciare

Procedural Civil Institutions as Guarantees for Upholding the Principle of Expediency in Judicial Procedures

Lect. univ. dr. **Nicolae Sergiu CÂRLAN***
Judecător, Tribunalul Cluj

Abstract

The legislator has regulated through the Civil Procedure Code a series of measures regarding procedural deadlines aimed at ensuring the expediency of judicial procedures, as well as institutions designed to ensure, on one hand, the control of their observance, and on the other hand, the objective of a quality act of justice. The vision of the legislator is to create an array of measures at the judge's disposal, through which the judge, in exercising his role as the "administrator of the process", is to make every effort to ensure the expediency of procedures. This includes the hearing dates, the power granted to the judge to use sanctioning prerogatives in situations where participants in judicial procedures must fulfill certain acts or respond to requests within the given deadlines, and the hierarchical control exercised over the judge concerning the observance of their own obligations in accordance with the principle of expediency. In this article, we will analyze some civil procedural institutions designed as guarantees for respecting the principle of expediency in judicial procedures.

Keywords: expediency, civil lawsuit, guarantees, complaint.

Rezumat

Legiuitorul a reglementat prin Codul de procedură civilă o serie de măsuri din perspectiva termenelor procesuale menite să asigure celeritatea procedurilor judiciare, dar și instituții de natură a asigura, pe de o parte, un control al respectării acestora, iar pe de altă parte, dezideratul unei justiții de calitate.

Viziunea legiuitorului este aceea de a crea un arsenal de măsuri la îndemâna judecătorului, prin care acesta, în exercitarea rolului său de „administrator al procesului”, să depună toate diligențele în vederea asigurării celerității procedurilor, fie că vorbim de termenele de judecată, de puterea acordată judecătorului de a uza de prerogative sancționatorii în situațiile în care participanții la procedurile judiciare trebuie să îndeplinească anumite acte sau să răspundă unor solicitări în termenele acordate sau de

* sergiucarlan@ymail.com

controlul ierarhic exercitat asupra acestuia în privința respectării propriilor obligații în considerarea principiului celerității.

În acest articol vom analiza unele instituții procesual civile gândite ca garanții de respectare a principiului celerității procedurilor judiciare.

Cuvinte-cheie: *celeritate, proces civil, garanții, plângere.*

Preliminarii

Conform art. 6 din C. pr. civ., judecătorii sunt datori să dispună toate măsurile permise de lege și să asigure desfășurarea cu celeritate a judecării, evitând întârzierile nejustificate care pot afecta negativ parcursul procesului civil. Principiul celerității nu doar că promovează eficiența procedurală, dar previne și prelungirea nejustificată a stării de incertitudine juridică pentru părțile în litigiu. În mod similar, dispozițiile legale care reglementează termenele procedurale, dar și remediile aflate la dispoziția părților în situația în care instanța de judecată nu respectă termenul rezonabil de soluționare a cauzelor, subliniază importanța celerității în toate fazele procesului civil.

Importanța acestui principiu este amplificată de numeroasele avantaje pe care le aduce, de la reducerea costurilor determinate de procedurile judiciare, până la protejarea dreptului părților la un proces echitabil în componenta sa referitoare la respectarea termenului rezonabil. Într-o epocă în care timpul este o resursă esențială, implementarea riguroasă a principiului celerității nu doar că îmbunătățește funcționarea sistemului judiciar, dar și contribuie la consolidarea statului de drept și la creșterea încrederii publice în justiție.

În acest articol, ne propunem să analizăm în unele instituții procesual civile, ca garanții de asigurare a principiului celerității, evidențiind importanța și impactul acestuia asupra procesului civil.

1. Celeritatea din perspectiva termenelor procesuale

Urmare a jurisprudenței Curții Europene, și România a adoptat măsuri pentru a se alina opticii Curții și a pus în aplicare, la nivel legislativ, mecanisme de asigurare a celerității procedurilor și de sancționare la nivel intern a încălcării dreptului la o judecată realizată într-un termen rezonabil.

Unele considerații legate de etapa scrisă

Un prim aspect relevant este dat de procedura urmată anterior stabilirii primului termen de judecată în procesul civil, în considerarea faptului că acesta parcurge o etapă scrisă, care nu trebuie să fie prelungită prin măsuri administrative nejustificate.

În acest sens, în cadrul procedurii premergătoare judecării propriu-zise, prevăzută de art. 200 și urm. C. pr. civ., legiuitorul a intervenit prin Legea nr. 310/2018¹, în sensul că

¹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1074 din 18 decembrie 2018.

judecătorul nu mai așteaptă depunerea răspunsului la întâmpinare pentru stabilirea termenului de judecată. Această intervenție legislativă este benefică sub aspectul scurtării perioadei de timp aferente fazei scrise a procesului.

Considerăm și noi, asemenea altor opinii exprimate, că este justificată renunțarea la obligativitatea formulării răspunsului la întâmpinare, din cauza efectului dilatoriu al acestuia, stabilirea primului termen de judecată realizându-se după depunerea întâmpinării, fără să mai prezinte importanță dacă s-a formulat sau nu răspunsul la întâmpinare. Evident că pentru a da un plus de celeritate procedurii, modificarea este binevenită².

Nu suntem însă de acord cu opinia exprimată de același autor în sensul că legiuitorul ar fi trebuit să abroge chiar și posibilitatea depunerii răspunsului la întâmpinare, justificat de faptul că reclamantul și-a argumentat solicitările prin cererea introductivă, iar pârâtul prin întâmpinare.

Rațiunea reglementării răspunsului la întâmpinare rezidă din împrejurarea că prin întâmpinare, pârâtul poate prezenta elemente noi, față de care reclamantului trebuie să i se recunoască dreptul de a formula o apărare. Este adevărat faptul că dreptul de a formula apărări poate fi exercitat pe tot parcursul procesului, este însă important ca înainte de a intra în cercetarea judecătorească, instanței să-i fie prezentate toate aspectele de fapt și de drept cunoscute la acel moment, pentru a putea aprecia asupra probatoriului și asupra altor măsuri necesare soluționării cauzei.

Pe de altă parte, răspunsul la întâmpinare oferă posibilitatea reclamantului de a formula o apărare argumentată excepțiilor invocate de către pârât prin întâmpinare, care vor fi puse în discuție la primul termen de judecată cu procedura de citare legal îndeplinită, astfel încât judecătorul să pronunțe o soluție asupra excepțiilor în considerarea tuturor elementelor relevante, în condiții de deplină contradictorialitate.

Art. 201 C. pr. civ. prevede că judecătorul va fixa primul termen de judecată după trecerea a 3 zile de la momentul în care pârâtul comunică întâmpinarea, iar termenul de judecată nu poate fi mai mare de 60 de zile de la data emiterii rezoluției.

Numai după epuizarea acestei etape preliminare a procesului, în care părților li se aduc la cunoștință pretențiile și apărările în scris, judecătorul fixează termenul de judecată, care este un termen imperativ, în opinia noastră, fără a atrage însă o sancțiune procesuală³.

Față de reglementarea anterioară, în care primul termen de judecată era stabilit în sistem computerizat, de data aceasta termenul este stabilit de judecătorul investit cu soluționarea cauzei. Stabilirea unor termene maxime în care judecătorul trebuie să emită rezoluțiile și să stabilească primul termen de judecată este o măsură de natură a contribui la celeritatea procedurii.

Estimarea duratei cercetării procesului. Art. 238 C. pr. civ. cuprinde o normă, și aceasta cu caracter imperativ, conform căreia judecătorul, ascultând părțile, estimează durata necesară în vederea cercetării judecătorești, în funcție de toate circumstanțele relevante,

² C. Roșu, *Răspunsul la întâmpinare în procesul civil, între obligație și posibilitate*, Revista „Dreptul” nr. 6 din 2019, pp. 62-63.

³ Pentru opinia conform căreia dispoziția are doar caracter de recomandare, a se vedea și D. Atasiei, H. Țiț, *Mica reformă în justiție. Legea nr. 202/2010 comentată*, Ed. Hamangiu, București, 2010, pp. 45 și urm.

după ascultarea părților, consemnând în încheiere termenul stabilit. Judecătorul are posibilitatea de a reevalua termenul necesar cercetării procesului, pentru motive temeinic, și de această dată cu ascultarea părților. Această măsură are ca scop principal asigurarea previzibilității duratei procesului, astfel încât părților să li se ofere o perspectivă asupra timpului necesar pentru soluționarea cauzei.

Cu toate că lipsa acestei estimări sau nerespectarea termenului stabilit nu atrage vreo sancțiune procesuală, judecătorul este ținut să întreprindă toate demersurile administrative posibile în vederea respectării termenului asupra căruia a deliberat, altfel dispoziția legală ar rămâne fără efecte practice, deviind de la scopul pentru care a fost reglementată de lege. În situațiile care impun o celeritate deosebită, judecătorul se va asigura că termenele fixate pentru judecată sunt scurte, chiar de la o zi la alta, iar pentru obligațiile care revin părților, experților, martorilor sau altor participanți, va putea uza inclusiv de mijloace de comunicare electronice.

Caracterul de predictibilitate al duratei procesului este uneori înfrânt de complexitatea cauzei care la momentul estimării nu poate fi determinată, motiv pentru care, legiuitorul a considerat că pentru realizarea unei cercetări judicioase, dar cu titlu de excepție, e necesar să instituie posibilitatea de reconsiderare a duratei estimate. Se poate constata că în cuprinsul acestui text legiuitorul nu a stabilit sancțiuni procesuale pentru nerespectarea dispozițiilor art. 238 C. pr. civ., însă lipsa aceasta este acoperită de măsurile cuprinse în art. 522-525 C. pr. civ. care reglementează posibilitatea oricărei părți, sau a reprezentantului Ministerului Public care ia parte la proces de a înainta o contestația în urma încălcării termenului rezonabil în soluționarea unei cauze, în scopul luării măsurilor prevăzute de lege pentru înlăturarea acestei situații⁴.

Apreciem că, în aplicarea articolului 238 C. pr. civ., judecătorul poate inclusiv să acorde mai multe termene de judecată în avans, în limita estimării inițiale, în vederea administrării probelor, astfel încât părțile să poată să-și coordoneze comportamentul procesual în raport de timpi acordați.

În vederea estimării duratei cercetării judecătorești, instanța va lua în considerare aspecte precum: caracterul urgent al cererii, obiectul pricinii, dar și de particularități precum nivelul de încărcătură al completului de judecată, posibilitatea de a acorda termene scurte, chiar de la o zi la alta, în cauze care se impune a fi soluționate cu o celeritate deosebită. Dacă părțile nu se prezintă și nu trimit concluzii în acest sens, judecătorul are posibilitatea de a determina estimativ durata necesară finalizării procedurii, în raport de cererile scrise ale părților cu privire la probele de administrat, în funcție de fiecare situație în parte⁵.

Considerăm însă că momentul la care instanța trebuie să estimeze durata cercetării este inadecvat, în condițiile în care este limitat la debutul judecății propriu-zise, respectiv primul termen stabilit în vederea soluționării cauzei, la care părțile sunt legal citate. Estimarea poate fi nerealistă în considerarea tuturor elementelor ce se impun a fi avute în

⁴ T. Mărioara, *Aspecte privind procedura contencioasă în conflicte de muncă prin prisma Codului de procedură civilă*, în *Revista Română de Dreptul Muncii* nr. 12 din 2013, p. 17.

⁵ C. Gabriela, T. Andreea, *Contestație privind tergiversarea procesului. Litigiu de contencios administrativ. Domeniu de aplicare*, *Revista Română de Jurisprudență* nr. 3 din 2013, p. 42.

vedere. Chiar denumirea articolului, „Estimarea duratei cercetării procesului”, impune ca aprecierea să fie făcută în raport cu complexitatea cauzei, în mod special în considerarea probelor ce se impun a fi administrate, aspect ce poate fi determinat uneori doar la un termen ulterior, după ce instanța încuviințează probele solicitate (atunci când de exemplu, instanța rămâne în pronunțare asupra excepțiilor, le respinge și dispune citarea pentru un termen ulterior, sau atunci când în vederea determinării competenței sunt necesare lămuriri suplimentare, ce implică acordarea unui alt termen). Apreciem că estimarea ar trebui să fie realizată ulterior încuviințării probelor ce vor fi administrate, care poate fi un alt termen, nu neapărat primul stabilit în dosar⁶.

Cercetarea în camera de consiliu. Ca o măsură de natură a asigura celeritatea procedurilor judiciare, în mod special a cercetării judecătorești, în expunerea de motive la Legea nr. 134/2010 s-a prevăzut cu titlu de noutate că etapa cercetării judecătorești va avea loc în camera de consiliu, ca o subliniere a intereselor predominant private caracteristice procesului civil⁷.

Măsura propusă a fost modificată prin Legea nr. 310/2018⁸, prin care s-a stabilit că cercetarea procesului se realizează în ședință publică, renunțându-se la posibilitatea cercetării în camera de consiliu.

Rațiunea care a stat la baza modificării s-a întemeiat exclusiv pe considerente logistice determinate de lipsa infrastructurii necesare la nivelul instanțelor de judecată pentru ca cercetarea proceselor să se realizeze în camera de consiliu. Apreciem că pasivitatea Guvernului în a asigura fondurile necesare instanțelor de judecată pentru a organiza camere de consiliu este de natură a afecta în mod negativ celeritatea procedurilor, deziderat urmărit prin reglementarea inițială. Astfel, în camera de consiliu puteau să fie fixate termene scurte, chiar de la o zi la alta, pentru asigurarea celerității, în condițiile art. 241 alin. (1) C. pr. civ.⁹.

În același sens, în doctrina juridică s-a arătat că cercetarea judecătorească în camera de consiliu este oportună, deoarece va contribui la celeritatea soluționării procesului și la temperarea comportamentelor necorespunzătoare ale unor justițiabili, care sunt tentați, în fața publicului, să ofere un „spectacol” nepotrivit. Chiar dacă instanța de judecată are la îndemână mijloacele procesuale de a diminua astfel de conduite, amenzile și, respectiv, îndepărtarea din sală, acestea nu pot fi întotdeauna aplicate cu promptitudine¹⁰.

În exercitarea controlului asupra respectării timpului de desfășurarea a procedurilor judiciare, judecătorul dispune de mijloace eficiente de persuasiune astfel încât participanții la procedurile judiciare să respecte timpii acordați, sens în care, pot fi aplicate sancțiuni

⁶ S. Cărlan, *Accesul la justiție în procesul civil și standardul convențional*, Ed. Universul Juridic, București 2024, p. 65.

⁷ C. Roșu, *Desfășurarea procesului civil în camera de consiliu, un deziderat nerealizat*, în Revista „Dreptul” nr. 5 din 2020, p. 93.

⁸ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1074 din 18 decembrie 2018.

⁹ M. Tăbărcă, *Drept procesual civil, Vol. II – Procedura contencioasă în fața primei instanțe. Procedura necontencioasă judiciară. Proceduri speciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 241.

¹⁰ C. Roșu, A. Fanu-Moca, *Administrarea probelor în noul Cod de procedură civilă*, în Revista „Dreptul” nr. 11/2012, p. 80.

pentru nerespectarea termenelor judiciare (ex., termenul în vederea depunerii raportului de expertiză, termenul stabilit pentru ca o instituție publică să pună la dispoziția instanței înscrisurile solicitate, nerespectarea în mod imputabil de către o parte, a obligației de a prezenta martorul în vederea audierii la termenul fixat în acest scop ș.a.).

Un alt termen imperativ este cel referitor la redactarea hotărârilor judecătorești, acesta fiind un aspect esențial în analiza respectării principiului celerității.

Motivarea hotărârilor judecătorești. Art. 426 alin. (5) C. pr. civ. instituite în sarcina judecătorului îndatorirea de a redacta hotărârea judecătorească respectând un termen maxim de 30 de zile care curge de la momentul pronunțării, iar în situații temeinic motivate, termenul de redactare să poată fi prelungit cu câte 30 de zile, de cel mult două ori, text modificat prin Legea nr. 310/2018. Modificarea a fost necesară dintr-o dublă perspectivă. Pe de o parte, în forma anterioară, textul prevedea faptul că hotărârea se motivează într-un termen de 30 de zile de la momentul comunicării, apreciindu-se în practica judiciară că acesta este un termen de recomandare, fapt care atrăgea, chiar și în situații nejustificate, amânarea redactării hotărârii, sens în care au fost înregistrate în mod recurent abateri disciplinare pentru nerespectarea de către judecător, cu caracter repetat și imputabil a prevederilor legale referitoare la celeritatea în soluționarea cauzelor, în baza art. 99 lit. h) din Legea nr. 303/2004.

Astfel, dacă în vechea redactare a alin. (5), din cuprinsul art. 426 C. pr. civ., sintagma „se va redacta” a primit o accepțiune de normă de recomandare, de bune practici, din punctul nostru de vedere, modificarea actuală a schimbat perspectiva, vorbind *de lege lata* despre o veritabilă obligație, imperativă, acordându-se posibilitatea prelungirii acestui termen, de 2 ori, a câte 30 de zile, pentru motive temeinice.

În cauza B. împotriva Austriei¹¹, Curtea Europeană a reținut că depășirea termenului de redactare a unei hotărâri judecătorești cu peste 33 de luni, indiferent de complexitatea raporturilor juridice deduse judecătii, reprezintă o ingerință nejustificată în dreptul la soluționarea pricinii într-un termen rezonabil.

Apreciem că modalitatea de reglementare a pronunțării și redactării hotărârii judecătorești în actuala reglementare, ca și în vechiul Cod de procedură civilă, este deficitară din perspectiva logicii urmate. Considerăm că pronunțarea și redactarea hotărârii judecătorești trebuie să survină în același timp, pentru următoarele motive: 1. Minuta hotărârii judecătorești, întocmită conform art. 401 C. pr. civ., după ce judecătorul a luat o hotărâre în termenul de pronunțare, reflectată apoi în dispozitivul hotărârii judecătorești, nu reprezintă altceva decât consecința directă a raționamentului judecătorului în urma deliberării, redat în expozitivul hotărârii judecătorești. Astfel, judecătorul nu face o apreciere asupra soluției în abstract, ci analizând probele de la dosar, a cererilor și susținerilor părților, în considerarea raționamentului urmat, va pronunța „minuta”, care este precedată de motivele care au stat la baza ei, chiar neașternute în scris; 2. Trecerea unui timp îndelungat între momentul pronunțării și cel al motivării poate atrage o motivare

¹¹ CEDO, B. împotriva Austriei, C. nr. 8/1989/168/224 din 23 februarie 1990, disponibilă în engleză pe <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57625>.

deficitară a hotărârii judecătorești, slăbind bazele factuale și juridice avute în vedere la momentul luării hotărârii; 3. Legiuitorul a păstrat consecvența în a folosi o „inversiune” juridică, în sensul în care considerentele hotărârii sunt precedate de concluzia (minuta) acesteia, contrar raționamentului general acceptat premisă – concluzie; 4. O hotărâre pronunțată și motivată în același timp, livrată destinatarilor integral, păstrează șanse mai mari de a fi menținută sub aspectul legalității și al temeiniciei în căile de atac, erorile de judecată fiind mai ușor de evitat, judecătorul fiind astfel lipsit de presiunea de a pronunța hotărârea imediat, deși poate că s-ar fi impus o aplecare aprofundată (în scris), în succesiunea tuturor evenimentelor relevante; 5. Unele hotărâri executorii sunt susceptibile de a produce efecte imediate, independent de motivarea instanței, iar redactarea hotărârii judecătorești la un termen mult îndepărtat de cel al pronunțării poate avea efecte negative în planul securității raporturilor juridice, în mod deosebit acolo unde părțile uzează ulterior cu succes de o cale extraordinară de atac¹².

În acest sens, suntem de acord cu opinia exprimată în literatura juridică, în sensul că o deliberare reală, respectiv o identificare concretă și punctuală, de către toți judecătorii completului de judecată, a tuturor motivelor de fapt și de drept nu poate fi independentă de redactarea hotărârii¹³.

Considerăm că, *de lege ferenda*, s-ar impune modificarea dispozițiilor procesual civile referitoare la modalitatea de redactare și pronunțare a hotărârii judecătorești, în sensul în care judecătorul ar trebui să pronunțe o hotărâre deja motivată¹⁴. Evident, o astfel de modificare ar presupune și o intervenție asupra termenelor prevăzute de lege pentru pronunțare și redactare, așa încât, pe de o parte, să fie satisfăcut dezideratul termenului optim și previzibil de soluționare a cauzei, iar pe de altă parte, să corespundă realităților din activitatea practică în care, un termen de 15 zile (pentru pronunțare) ar fi insuficient și pentru motivare, mai ales în cauzele cu un probatoriu complex. În acest sens, prin minuta Comisiei nr. 1 judecătorești a Consiliului Superior al Magistraturii, s-a propus modificarea dispozițiilor amintite în sensul posibilității amânării pronunțării o singură dată, pentru cel mult 3 luni, cu condiția ca hotărârea să fie redactată¹⁵.

Deși poate fi un pas în vederea modificărilor așteptate, apreciem că propunerea este lacunară și insuficientă, fiind necesară o modificare de substanță asupra modalității în care hotărârea judecătorească trebuie privită, respectiv ca întreg, „livrată” o singură dată. Pe de altă parte, termenul de 3 luni poate fi prea lung în contextul unor cauze care nu necesită nici pe departe timp de deliberare îndelungat, dar care pot fi urgente fie din pricina naturii lor, fie a interesului urmărit.

¹² S. Cârlan, *Accesul la justiție în procesul civil și standardul convențional*, Ed. Universul Juridic, București 2024, p. 67.

¹³ D.M. Diaconu, *Motivarea sau justificarea hotărârii judecătorești. Când trebuie motivată hotărârea judecătorească?*, în *Analele Universității de Vest din Timișoara, seria Drept*, nr. 2/2018, p. 145.

¹⁴ Despre redactarea hotărârii judecătorești, C. Roșu, *Posibilitatea de redactare a hotărârii judecătorești în procesul civil peste termenul inițial de 30 de zile de la pronunțare*, *Revista „Dreptul”* nr. 4/2021, p. 72.

¹⁵ Disponibilă pe

<https://www.csm1909.ro/ViewFile.ashx?guid=dfc67d40-760b-44a3-9b66-78a491ccf6b2> | InfoCSM.

În concret, apreciem că în perspectiva unei schimbări de paradigmă, pronunțarea hotărârii judecătorești ar trebui reglementată astfel: art. 396 a C. pr. civ.: (1) Hotărârea judecătorească va fi pronunțată în termen de maximum 2 luni de la ultimul termen de judecată și va avea conținutul prevăzut de dispozițiile art. 425 C. pr. civ. Judecătorul poate, pentru motive justificate, să amâne de cel mult două ori, cu câte 15 zile, pronunțarea hotărârii judecătorești.

În această ipoteză s-ar impune abrogarea dispozițiilor art. 401 C. pr. civ., referitoare la întocmirea minutei, iar art. 395 C. pr. civ., ar putea fi modificat astfel: (1) Anterior datei stabilite pentru pronunțarea hotărârii judecătorești, completul deliberază în secret asupra hotărârii.

De asemenea, dispozițiile referitoare la termenul de redactare ar trebui abrogate, devenind lipsite de obiect.

2. Contestația privind tergiversarea procesului

Noțiune. Mijlocul de control aflat la dispoziția părților, în vederea respectării normelor imperative referitoare la soluționarea cu celeritate a cauzelor sau a termenului rezonabil, în general, se regăsește în cuprinsul art. 522 și urm. C. pr. civ. care reglementează procedura contestației privind tergiversarea procesului, lăsând-o la latitudinea părților, precum și reprezentantului Ministerului Public, atunci când ia parte la judecată.

Nou introdusă în dreptul procesual civil prin Legea nr. 134/2010, scopul acestei instituții este acela de a interveni acolo unde există riscul unor devieri în soluționarea cauzelor cu celeritate.

Prin intermediul acestei proceduri, se poate invoca nerespectarea principiului celerității în cazurile prevăzute de lege, însă pot apărea situații în care se recurge la această instituție și în ipoteze care nu acoperă nevoia unei intervenții în scopul accelerării procedurii¹⁶.

Contestația reprezintă în concret o plângere, formulată de partea interesată, sau de procuror, atunci când participă la judecată, prin care se invocă nerespectarea de către instanță a termenului rezonabil de soluționare a cauzei, în situațiile prevăzute de lege.

Cazuri de contestație

a) dispozițiile legale stabilesc un termen în vederea finalizării unei proceduri, sau un termen pentru pronunțarea sau redactarea hotărârii, care s-a împlinit fără rezultat.

Acest caz de contestație se aplică cu precădere acolo unde legiuitorul stabilește termene imperative în vederea soluționării unei cauze, precum cel de 30 de zile, prevăzut de art. 1031 alin. (1) C. pr. civ., pentru soluționarea cererii de valoare redusă, care debutează cu momentul în care judecătorul a primit toate informațiile necesare, sau după caz, de la dezbaterile orale. Cu titlu marginal, arătăm că exprimarea legiuitorului, „*de la data la care a primit toate informațiile necesare*” este lacunară, generală, și ar trebui înțeleasă în sensul că termenul debutează de la data la care a primit toate informațiile *solicitate*. Altfel, există

¹⁶ I. Leș, *Noul Cod de procedură civilă, Comentariu pe articole*, art. 1-1.133, Ed. C.H. Beck, București, 2013, pp. 778 și 779.

riscul tergiversării soluționării cauzei pe considerentul lipsei informațiilor necesare, deși rolul activ al judecătorului trebuie exercitat inclusiv în această procedură.

De asemenea, cazul se aplică cu privire la termenul prevăzut de lege pentru pronunțarea și redactarea hotărârii judecătorești. Astfel, conform dispozițiilor art. 396 alin. (1) C. pr. civ., instanța poate decide amânarea pronunțării în cazuri justificate. Regula este aceea că hotărârea judecătorească se pronunță de îndată, având înțelesul de aceeași zi, însă, în practică, justificarea amânării pronunțării este dată de cele mai multe ori de complexitatea cauzelor care necesită un timp de deliberare mai lung, pentru a permite o verificare atentă a cauzei din toate punctele de vedere, cu luarea în considerare a concluziilor puse de părți cu ocazia dezbaterilor asupra fondului cauzei. Apreciem că părțile pot uza de contestație atunci când judecătorul, în situații ce nu sunt justificate de complexitatea cauzei, amână în mod repetat, fără temei, pronunțarea hotărârii, cu atât mai mult în condițiile în care legiuitorul nu limitează numărul de amânări de pronunțare succesive.

În ce privește motivarea hotărârii judecătorești, legiuitorul a instituit un termen general de 30 de zile în vederea redactării hotărârii, conform dispozițiilor art. 426 alin. (5) C. pr. civ., ce poate fi prelungit, pentru motive temeinice, de cel mult două ori, cu câte 30 de zile. În această ipoteză, în mod evident, îi revine judecătorului să aprecieze dacă există motive temeinice în vederea prelungirii termenului de redactare, însă odată depășit termenul de 90 de zile (însumând cele 3 termene de 30 de zile), invariabil, partea interesată are posibilitatea de a formula o contestație pentru tergiversare. Nu excludem însă posibilitatea de a formula o contestație și în cazul în care se depășește termenul general de 30 de zile, mai cu seamă acolo unde complexitatea cauzei nu presupune o analiză care să necesite un termen prelungit, sau acolo unde natura cauzei impune o soluționare accelerată (de exemplu, în cauzele care vizează stabilirea locuinței minorului, programul de legături personale cu părintele la care nu locuiește, exercitarea autorității părintești, punere sub interdicție judecătorească ș.a.).

b) Nerespectarea termenului stabilit de instanță pentru ca un participant la procedura judiciară să ducă la îndeplinire un act de procedură, dacă instanța nu a luat măsuri legale în acest sens.

Caracteristica acestui caz de contestație este dată de inacțiunea instanței în a sancționa sau în a lua măsurile legale, pentru a-l determina pe cel în sarcina căruia s-au stabilit anumite obligații să și le ducă la îndeplinire, determinând tergiversarea soluționării cauzei.

Astfel de situații pot fi determinate de omisiunea instanței de a aplica sancțiunea amenzii judiciare, potrivit art. 187 alin. (1) pct. 2 lit. b), în ipoteza în care partea a ignorat obligația pe care și-a asumat-o de a prezenta martorul la termenul fixat, în condițiile art. 312 alin. (3) C. pr. civ., fapt ce determină prelungirea procesului în mod nejustificat, din culpa părții. Conform acestor dispoziții legale, la solicitarea părții interesate, martorul poate fi adus de către aceasta, fără citare, la termenul fixat de instanță. Neprezentarea martorului pentru motive imputabile, determină amânarea judecății și citarea acestuia pentru un termen ulterior.

În materia litigiilor ce revin spre competență instanței de tutelă și familie, se poate întâlni o astfel de situație în ipoteza refuzului părintelui la care copilul minor locuiește de a-l

prezenta pe acesta la termenul fixat în vederea efectuării raportului de evaluare psihologică, caz în care, apreciem că ar putea fi incidente dispozițiile art. 187 alin. (1) pct. 2 lit. i) C. pr. civ., psihologul desemnat fiind în imposibilitate de a-și exercita atribuțiile din culpa părții care refuză să prezinte minorul în vederea evaluării.

c) ignorarea obligației unei persoane sau a unei autorități, terți față de procedura judiciară, de a transmite instanței în termenul acordat relațiile solicitate pe care le are în evidențele sale, utile soluționării cauzei, fără ca judecătorul să fi luat măsurile ce se impun.

O astfel de situație poate fi determinată de refuzul unei autorități publice de a comunica instanței, în termenul fixat, înscrisurile pe care le deține, necesare soluționării cauzei (ex: înregistrarea video dintr-o intersecție la dispoziția municipiului, în vederea soluționării unei plângeri contravenționale; un contract de achiziție publică necesar pentru soluționarea unei acțiuni în pretenții), fără ca instanța să sancționeze această atitudine culpabilă cu amendă, conform art. 187 alin. (1) pct. 2 lit. g).

d) ignorarea de către instanță a obligației de soluționare a cauzei cu celeritate, în urma neadoptării măsurilor prevăzute de lege sau omisiunea de a îndeplini ex officio, în situațiile determinate de lege, acte de procedură dacă perioada scursă de la luarea ultimei măsuri procesuale ar fi fost suficientă în vederea luării măsurii sau a îndeplinirii actului procedural.

În considerarea acestui caz de contestație, merită purtată o discuție asupra compatibilității procedurii de regularizare cu contestația împotriva tergiversării procesului.

Parcursul procedurii scrise de regularizare a cererii introductive are un efect dilatoriu și intră indiscutabil în calculul termenului rezonabil de soluționare a cauzei, în considerarea prevederilor art. 192 alin. (2) C. pr. civ. care stabilesc că procesul începe prin sesizarea instanței cu cererea introductivă. Din practica Curții Europene a Drepturilor Omului rezultă că în aplicarea art. 6 paragr. 1 din Convenție, calculul termenului rezonabil are în vedere ansamblul procedurii de judecată, de la momentul sesizării instanței până la executarea efectivă și integrală a hotărârii pronunțate. De aceea, întrebarea legitimă care se pune este dacă contestația împotriva tergiversării procesului, reglementată de art. 522 și urm. C. pr. civ. este compatibilă cu procedura verificării prealabile.

Ipoteza este aceea în care judecătorul, care trebuie să verifice „de îndată”, regularitatea cererii de chemare în judecată, întârzie nejustificat să procedeze la stabilirea elementelor lipsă ale cererii, sau după caz, atunci când aceasta cuprinde toate elemente obligatorii, întârzie în comunicarea acesteia, iar ulterior, în emiterea rezoluției de fixare a primului termen de judecată. În aparență, procedura împotriva tergiversării procesului se aplică procesului propriu-zis, calitatea în vederea formulării acestei „plângeri” în tergiversare fiind dată părților și procurorului, atunci când participă la judecată, fapt ce ar lăsa impresia că nu se aplică și acestei etape scrise.

Pe de altă parte, regăsim și situația în care, în etapa scrisă, completul investit cu cererea de reexaminare a încheierii de anulare a cererii/a modalității de stabilire a taxei de timbru/a încheierii de ajutor public judiciar, întârzie în mod nejustificat deschiderea acestei proceduri, prin fixarea termenului de judecată, sau, după caz, fixează un termen îndelungat, incompatibil cu caracterul urgent al acestor proceduri.

Apreciem că în ipotezele expuse, contestația este admisibilă, în baza prevederilor art. 522 alin. (2) pct. 4 C. pr. civ.

O astfel de interpretare se impune din mai multe considerente: a) dispoziția legiuitorului care atribuie calitate în formularea contestației împotriva tergiversării procesului în sensul că aceasta revine „părților și procurorului când participă la judecată”, nu trebuie privită în mod necesar în contextul contradictorialității (ca fiind aplicabilă doar ulterior comunicării cererii), ci ca o circumstanțiere a celor care au un interes direct în soluționarea cauzei în termenul rezonabil; b) garanția celerității este asigurată în contextul principiilor fundamentale ale procesului civil, care începe odată cu sesizarea instanței de judecată, acesta fiind momentul de debut al procedurii judiciare; c) întârzierea nejustificată în parcurgerea procedurii regularizării cererii de chemare în judecată sau în soluționarea cererii de reexaminare poate afecta drepturile părților, în mod deosebit acolo unde natura cauzei impune o procedură accelerată, sau acolo unde legea prevede caracterul urgent (în prima ipoteză, exemplificativ, menționăm cauzele care privesc dreptul părintelui de a păstra legături personale cu copilul minor, sau referitoare la exercitarea autorității părintești, iar în cea de a doua situație, menționăm contestația la executare); d) o interpretare contrară ar fi de natură a sustrage instituția contestației împotriva tergiversării procesului de la scopul său, acela de a garanta accesul la o instanță de judecată, în componenta efectivității sale, întârzierea nejustificată în soluționarea procesului fiind susceptibilă să atragă consecințe negative în planul drepturilor substanțiale (ex: dreptul copilului de a păstra legături personale, mai ales acolo unde sunt indicii de alienare parentală din partea părintelui la care acesta are stabilit domiciliul); e) art. 522 alin. (2) pct. 4 C. pr. civ., este formulat într-o manieră generală, rațiunea fiind aceea de a acoperi și aceste situații, în contextul principiului soluționării cauzelor într-un termen rezonabil, ultima parte a textului disociind situația în care termenul este prevăzut de lege, de cea în care termenul trebuie să fie „suficient pentru luare măsurii sau îndeplinirea actelor”¹⁷.

Competență de soluționare. Art. 524 C. pr. civ. atribuia competența de soluționare a contestației completului investit cu judecarea cauzei, adică aceluiși judecător care soluționează fondul raportului juridic litigios în care s-a invocat tergiversarea. Curtea Constituțională a intervenit prin Decizia nr. 604/2020¹⁸ și a statuat că dispozițiile sunt neconstituționale.

Astfel, deși revine legiuitorului competența de a prescrie două etape (contestata și plângere), sau doar una (contestatie), situația în care aceasta ar urma să fie judecată de instanța de control judiciar, opțiunea legiuitorului trebuie să fie în concordanță cu drepturile și libertățile fundamentale garantate. Stabilirea unei proceduri în două etape, în condițiile în care contestația se soluționa în prima treaptă de același judecător care soluționează fondul cauzei, nu corespundea standardului de protecție asumat la nivel constituțional și convențional sub aspectul dreptului la un proces echitabil. În acest caz, judecătorul era pus

¹⁷ S. Cârlan, *Accesul la justiție în procesul civil și standardul convențional*, Ed. Universul Juridic, București 2024, p. 72.

¹⁸ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 976 din 22 octombrie 2020.

să-și evalueze și să-și judece propria conduită, care putea sau nu să fie culpabilă, fiind *ab initio*, într-o postură lipsită de imparțialitate obiectivă. Or, drepturile fundamentale nu trebuie privite în abstract, neavând o existență ruptă din context, fiind necesar a se respecta principiul liberului acces la o instanță de judecată imparțială și în această procedură incidentală.

Curtea Constituțională a apreciat că dispozițiile criticate încalcă și prevederile art. 47 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene privind dreptul la o cale de atac eficientă, făcând trimitere la Hotărârea din Stefano Melloni împotriva Ministerio Fiscal¹⁹, în sensul că modalitatea de reglementare a procedurii de contestație împotriva tergiversării procesului nu răspundea exigențelor convenționale pe care jurisprudența Curții le recunoaște drepturilor garantate de art. 6 paragr. 1 din Convenție.

Soluția Curții Constituționale este fără dubii una judicioasă, legiuitorul reglementând procedura într-o manieră care încălca flagrant dreptul de acces la o cale de atac efectivă, câtă vreme „controlul” judecătoresc era autoexercitat, instanța fiind pusă în situația de a-și judeca propriul comportament procesual. În prezent, contestația se soluționează de instanța ierarhic superioară.

Având în vedere faptul că procedura reprezintă o veritabilă plângere cu privire la modalitatea în care instanța de judecată respectă principiul celerității, evident, soluția controlul judecătoresc trebuie exercitat, ca regulă, pe linie verticală, respectându-se principiul organizării ierarhice a instanțelor de judecată; soluționarea contestației de către un judecător al aceleiași instanțe poate naște suspiciuni sub aspectul imparțialității sale, în principal în considerarea faptului că frecvent se întâmplă ca mai mulți judecători ai aceleiași instanțe să se afle în aceeași situație (din cauza unor aspecte precum: volum de muncă, practică

Într-o speță, s-a apreciat că dincolo de complexitatea deosebită a cauzei, dosarul a fost preluat de judecător de la un alt complet, într-un stadiu în care era depășit atât momentul estimării, cât și cel al încuviințării probațiunii, astfel încât, din această perspectivă, probabil soluția este aceea a reevaluării perioadei estimate, în condițiile în care încheierea pronunțată în temeiul art. 238 C. pr. civ. nu este una interlocutorie, instanța având posibilitatea de a reveni asupra estimării inițiale²⁰.

Apreciem și noi că în ipoteza schimbării completului de judecată, din motive obiective, nu se poate imputa judecătorului nou investit, pasivitatea completului inițial în respectarea termenelor, acesta având posibilitatea de a proceda la reevaluarea estimării inițiale.

De asemenea, considerăm că o parte nu se poate prevala de procedura contestației împotriva tergiversării procesului în ipoteza în care este nemulțumită de termenul de judecată, mai puțin acolo unde caracterul urgent al pricinii impune un termen scurt, fiind vorba despre o procedură specială, reglementată prin norme derogatorii de la regulile generale ale procedurii civile, astfel că textele care reglementează contestația la

¹⁹ CJUE, C-399/11 din 26 februarie 2013, disponibilă pe <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-399/11&language=RO>.

²⁰ Tribunalul Cluj, Decizia nr. 471/2020 din 20 octombrie 2020, nepublicată.

tergiversarea procesului trebuie interpretate în mod restrictiv. În mod evident, în această situație, judecătorul trebuie să respecte termenul procedural prevăzut de lege pentru fixarea primului termen de judecată, altminteri devin incidente dispozițiile art. 522 alin. (4) C. pr. civ., contestația fiind admisibilă.

Într-o altă speță a Tribunalului Dâmbovița²¹, dosarul în cauză a fost înregistrat la data de 31.03.2020 și până la data de 14 mai 2020 a fost suspendată de drept judecata ca urmare a instituirii stării de urgență, neputând fi efectuate acte de procedură. La data de 20.05.2020 a fost stabilit termen de judecată la 08.09.2020, fiind primul termen al completului după vacanța judecătorească. La acest termen a fost stabilit un al doilea termen la data de 24.11.2020.

Prin încheierea din data de 15.07.2020 a fost respinsă cererea intimatului de preschimbare a termenului de judecată din 08.09.2020, măsură ce ar fi fost justificată, în condițiile în care cauzele având ca obiect contestație la executare nu făceau parte dintre cele care se judecau pe timpul vacanței judecătorești, însă, este de remarcat faptul că vacanța judecătorească a operat doar pe perioada lunii august, astfel încât, de la data încetării stării de urgență și până la data fixării primului termen de judecată, cu excluderea lunii august, a trecut un timp de peste de 2 luni, sens în care ar fi devenit incidente dispozițiile art. 522 alin. (4) C. pr. civ.

În acest context, s-a reținut că sintagma „termen rezonabil” evocă celeritatea procedurii, dar nu o celeritate cu orice preț, ci una „rezonabilă”, adică una care să nu sacrifice, în ultimă instanță, calitatea actului de justiție și drepturile părților, mai ales în contextul în care instanța are obligația de a respecta măsurile sanitare, sens în care ședințele de judecată nu pot avea un număr de cauze foarte ridicat.

Cu caracter general, considerentul reținut, în contextul special determinat de instituirea stării de urgență, este valid, în sensul că au fost stabilite limite în ce privește numărul dosarelor pentru fiecare ședință de judecată, în vederea respectării normelor sanitare, însă chiar și așa, în concret, dată fiind urgența procedurii contestației la executare, potrivit art. 717 alin. (3) C. pr. civ., judecătorul era obligat să respecte termenul de 2 luni pentru fixarea primului termen de judecată.

Pentru preschimbarea termenului, părțile nu pot urma decât procedura prevăzută de art. 230 C. pr. civ. în cadrul căreia instanța investită cu soluționarea cauzei poate aprecia, în raport de caracterul urgent *ex lege* și de urgența concretă a motivului de preschimbare, dacă se impune stabilirea unui termen mai redus.

Apreciem și noi că respectarea duratei cercetării nu trebuie urmărită cu orice preț, dincolo de scopul pentru care această instituție a fost reglementată în legislația procesual civilă, ci ea trebuie să urmărească finalitatea soluționării cauzelor într-un termen rezonabil, fără a afecta calitatea actului de justiție și în orice caz, fără să opereze ca o barieră în calea unei cercetări judecătorești complete, care să lămurească pricina sub toate aspectele, pentru o hotărâre judecătorească temeinică.

²¹ Tribunalul Dâmbovița, Decizia nr. 676/2020, nepublicată.

Cu toate acestea, ori de câte ori sunt ignorate prevederile legale referitoare la termenele de judecată, sau alte termene prevăzute de lege în vederea asigurării celerității procedurii, partea interesată poate uza de procedura contestației privind tergiversarea procesului.

Un alt aspect relevant în procedura contestației este acela că instanța care o soluționează este obligată ca în cazul admiterii să dispună îndeplinirea de către judecătorul fondului a actelor de procedura sau a măsurilor ce se impun, cu indicarea acestora și stabilirea termenului în vederea ducerii lor la îndeplinire. Astfel, în ipoteza în care până la soluționarea contestației, judecătorul fondului s-a pronunțat, sau a redactat hotărârea (în situația în care contestația vizează nerespectarea termenului de redactare), contestația urmează a fi respinsă ca rămasă fără obiect.

Și în acest caz apreciem că instanța care soluționează contestația trebuie să procedeze cu o diligență specială atunci când stabilește măsurile care trebuie să fie luate de judecătorul fondului, astfel încât să nu afecteze în vreun fel activitatea de judecată, în detrimentul calității actului de justiție și fără a obstrucționa cercetarea judecătorească. De altfel, aceasta nu are prerogativa de a îndrumări sau de a propune modalitatea de dezlegare a unor probleme de drept sau de fapt prin care să fie anticipată modalitatea de rezolvare a pricinii²².

Concluzii

Principiul celerității procedurilor judiciare reprezintă un pilon esențial al justiției moderne, asigurând desfășurarea rapidă și eficientă a actului de justiție. Analiza dispozițiilor legale subliniază importanța acestui principiu în garantarea unui proces echitabil și în menținerea încrederii publice în sistemul juridic.

Celeritatea procedurilor nu este doar o cerință teoretică, ci o necesitate practică, reflectată în prevederile Codului de procedură civilă, care impun termene clare și măsuri pentru evitarea întârzierilor nejustificate. Respectarea acestor termene și aplicarea riguroasă a instituțiilor procesual civile care garantează efectivitatea acestui principiu sunt esențiale pentru protejarea drepturilor părților și pentru evitarea prelungirii stării de incertitudine juridică.

Avantajele evidente ale principiului celerității includ reducerea costurilor procesuale și administrative, protejarea drepturilor fundamentale ale părților și asigurarea unui acces real la justiție.

Cu toate acestea, implementarea principiului celerității vine și cu provocări, printre care se numără necesitatea unei gestionări eficiente a resurselor umane și materiale ale instanțelor, precum și asigurarea unei formări continue și adecvate a personalului judiciar. Pentru a depăși aceste provocări, este esențială adoptarea unor soluții practice, cum ar fi digitalizarea procedurilor, reglementarea unor soluții alternative eficiente de soluționare a litigiilor îmbunătățirea infrastructurii judiciare și promovarea unor practici de management al cazurilor orientate către eficiență.

²² C. Roșu, *Drept procesual civil, Partea specială, Ediția 10*, Ed. C.H. Beck 2020, p. 109.

Intervenția voluntară în procesul civil – aspecte de drept comparat

Voluntary intervention in civil proceedings – comparative law aspects

Dr. Ionuț Adrian ȘIPEȚAN*
Judecător, Tribunalul Timiș

Abstract

Voluntary intervention in the civil proceedings should also be studied from the perspective of comparative law. In this sense, we have chosen four systems of continental law, namely French law, Italian law, Spanish law and German law, and we have analyzed a series of particularities in relation to the Romanian law system. We focused our attention on the entities that claim a collective interest and files a request for voluntary intervention in French law, the possibility of filing voluntary intervention directly on appeal in Italian law, voluntary litisconsortial intervention in Spanish law and court costs of the accessory intervener in German law.

Keywords: voluntary intervention, civil process, comparative law.

Rezumat

Intervenția voluntară în procesul civil se cuvine a fi studiată și din perspectiva dreptului comparat. În acest sens, am ales patru sisteme de drept continental, respectiv dreptul francez, dreptul italian, dreptul spaniol și dreptul german, și am analizat o serie de particularități în raport de sistemul de drept român. Ne-am îndreptat atenția asupra entităților care reclamă un interes colectiv și formulează o cerere de intervenție voluntară în dreptul francez, posibilitatea formulării intervenției voluntare direct în apel în dreptul italian, intervenția voluntară litisconsorțială în dreptul spaniol și cheltuielile de judecată ale intervenientului accesoriu în dreptul german.

Cuvinte-cheie: intervenția voluntară, proces civil, drept comparat.

1. Considerații introductive

Având în vedere apartenența dreptului român la familia juridică de tradiție romanică, la dreptul continental, nu este nicio surpriză că actuala reglementare a intervenției

* ionut.sipetan10@e-uvr.ro

voluntare din Codul de procedură civilă se aseamănă cu cea existentă în dreptul procesual civil francez, italian, spaniol sau german.

Astfel, toate sistemele de drept menționate cunosc instituția intervenției voluntare, mai mult, chiar clasificarea devenită clasică între intervenția principală și cea accesorie.

Din acest punct de vedere avem *l'intervention volontaire principale* și *l'intervention volontaire accessoire* în art. 328 C. pr. civ. francez, *intervento principale* și *intervento adesivo dependente* în art. 105 C. pr. civ. italian, *intervención principal* și *intervención adhesiva* în art. 13 C. pr. civ. spaniol sau *hauptintervention* și *nebenintervention* în art. 64 și 66 C. pr. civ. german. Trebuie subliniat că unele coduri conțin în mod expres denumirea celor două categorii de intervenție voluntară, cum este cazul Codului de procedură civilă francez sau german, pe când în alte codificări legiuitorul nu s-a preocupat să numească cele două forme de intervenție voluntară, această menire revenind literaturii de specialitate pe baza definiției legale, cum este cazul Codului de procedură civilă spaniol sau italian.

Ceea ce este comun definiției intervenției principale este afirmarea unei pretenții, „*élève une prétention*” conform art. 329 C. pr. civ. francez, „*per far valere, (...), un diritto relativo all'oggetto o dependente dal titolo dedotto nel processo medesimo*” potrivit art. 105 C. pr. civ. italian, „*las pretensiones formuladas*” conform art. 13 C. pr. civ. spaniol sau „*Wer die Sache oder das Recht*” în formularea art. 64 C. pr. civ. german.

Totodată intervenientul accesoriu sprijină poziția uneia dintre părțile inițiale, respectiv „*appuie les prétentions d'une partie*” potrivit art. 330 C. pr. civ. francez, „*per sostenere le ragioni di alcuna delle parti*” în redactarea art. 105 C. pr. civ. italian, „*defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte*” conform art. 13 C. pr. civ. spaniol sau „*kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten*” potrivit art. 66 C. pr. civ. german.

Cu toate că definițiile celor două forme de intervenție voluntară sunt aproape identice, literatura de specialitate din unele sisteme de drept a dezvoltat o clasificare diferită, fie că vorbim de o clasificare tripartită, cum este cazul dreptului procesual civil italian, fie că vorbim despre o subclasificare a intervenției accesorii, cum este cazul dreptului spaniol. Se observă că în aceste sisteme de drept legiuitorul nu a numit în mod direct categoriile de intervenție voluntară, ci doar le-a definit, spre deosebire de alte sisteme, cum este și cel român, în cadrul căruia legiuitorul este cel care a oferit o clasificare expresă a tipurilor de intervenție voluntară.

Din acest punct de vedere avem doar intervenție principală și accesorie în Codul de procedură civilă român, francez și german, însă în literatura de specialitate¹ corespunzătoare Codului de procedură civilă italian regăsim *l'intervento principale*, *l'intervento litisconsortile o adesivo autonomo* și *l'intervento adesivo dependente*, iar în sistemul de drept spaniol se vorbește despre *intervención principal*, *intervención adhesiva litisconsorcial* și *intervención adhesiva simple*.

Clasificarea intervenției voluntare în cele trei categorii este întemeiată în dreptul italian pe existența a trei ipoteze diferite în art. 105 C. pr. civ., iar în dreptul spaniol noutatea rezultă din clasificarea intervenției accesorii (*intervención adhesiva*) în două subcategorii,

¹ G.P. Califano, *Intervento di terzi e riunione di procedimenti*, Ed. Zanichelli, Torino, 2018, p. 43.

intervenția accesorie litisconsorțială (*intervención adhesiva litisconsorcial*) și intervenția accesorie propriu-zisă (*intervención adhesiva simple*).

Întrucât primul paragraf al art. 105 C. pr. civ. italian vorbește atât despre un terț care intervine în proces în contradictoriu cu toate părțile inițiale, cât și despre un terț care intervine în contradictoriu doar cu una sau unele dintre părțile inițiale, doctrina din Italia a împărțit cele două teze în două categorii diferite de intervenție voluntară, respectiv intervenție principală (*l'intervento principale*) și intervenție autonomă (*l'intervento litisconsortile o adesivo autonomo*). Cea de-a treia formă de intervenție (*l'intervento adesivo dipendente*), prevăzută de cel de-al doilea paragraf al art. 105 C. pr. civ., nu prezintă nicio noutate, fiind vorba despre cunoscuta intervenție voluntară accesorie.

După cum putem observa, diferența față de dreptul român, dar și față de cel francez sau german, este dată de existența unei noi categorii de intervenție voluntară, alta decât intervenția principală sau accesorie, respectiv intervenția autonomă (*l'intervento litisconsortile o adesivo autonomo*). Numai că, după cum vom observa în continuare, nu este vorba despre o categorie cu totul aparte a intervenției voluntare, necunoscută în celelalte sisteme de drept, ci, în esență, despre o subclasificare a intervenției principale în propriu-zisă și autonomă.

Astfel, prin intervenția principală doctrina italiană² desemnează situația unui terț care pretinde chiar dreptul dedus judecății sau un drept incompatibil cu cel care face obiectul litigiului, intervenientul fiind în postura de a combate susținerile și apărările tuturor părților din proces. Exemplul clasic este acela al unui terț care intervine într-un proces având ca obiect revendicarea unui bun, afirmând că bunul îi aparține, de fapt, lui, fiind prin urmare în opoziție atât cu reclamantul, cât și cu pârâtul din proces. Acestei forme de intervenție îi corespunde intervenția voluntară principală din dreptul procesual civil român, respectiv intervenția reglementată prin art. 61 alin. (2) prima teză C. pr. civ., „când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății”.

Prin intervenția autonomă (*l'intervento litisconsortile o adesivo autonomo*) autorii de specialitate din Italia desemnează acea situație în care terțul care intervine în proces pretinde un drept distinct de cel disputat între părțile inițiale, însă compatibil cu acesta din urmă, având la bază o strânsă legătură între acestea. Un exemplu în acest sens este intervenția unui terț care a fost victima aceluiași accident rutier provocat de pârât, solicitând repararea prejudiciului în cadrul litigiului demarat de reclamant, la rândul său victimă a evenimentului rutier cauzat de pârât. În această ipoteză instanța poate admite ambele cereri, atât cererea principală, cât și cererea de intervenție, drepturile afirmate de reclamant și de intervenient fiind conexe și compatibile, spre deosebire de situația intervenției principale, când instanța nu poate admite ambele cereri.

Această categorie de intervenție voluntară nu este, în esență, o inovație în materie, ea fiind de fapt o specie a intervenției voluntare principale, având corespondent, spre exemplu, în art. 61 alin. (2) ultima teză C. pr. civ. din România, care stabilește că „Intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine (...) un drept strâns legat de acesta”.

² G.P. Califano, *op. cit.*, pp. 43-44.

Acest tip de intervenție conduce întotdeauna la modificarea obiectului procesului, prin adăugarea unei noi pretenții, și este denumită *l'intervento litisconsortile* întrucât este vorba despre un litisconsorțiu facultativ, terțul având posibilitatea să participe în calitate de intervenient în cadrul procesului demarat de reclamant sau poate să își valorifice pretențiile ulterior, în cadrul unui nou proces în care va avea calitatea de reclamant.

O clasificare aparte o regăsim în sistemul de drept spaniol, unde avem, pe de o parte, *intervención principal* și *intervención adhesiva*, iar pe de altă parte o subclasificare în *intervención adhesiva litisconsorcial* și *intervención adhesiva simple*.

Criteriul folosit pentru a distinge între *intervención principal* și *intervención adhesiva* nu este acela al formulării sau nu a unei pretenții, precum în sistemul de drept român, ci al raportului dintre intervenient și părțile inițiale. Astfel, intervenientul principal este acel terț care afirmă un drept incompatibil cu obiectul procesului, în contradictoriu cu toate părțile inițiale, pe când intervenientul *adhesiva* are o pretenție compatibilă cu dreptul disputat de părțile inițiale, fiind, la rândul său, împărțit între intervenientul litisconsorțial (*intervención adhesiva litisconsorcial*) și *adhesiva* propriu-zis (*intervención adhesiva simple*). În timp ce intervenientul *adhesiva* propriu-zis nu susține că este titularul dreptului dedus judecății, el participând la proces doar pentru a sprijini apărarea uneia dintre părți, intervenientul litisconsorțial este titular al dreptului ce face obiectul procesului, mai bine zis cotitular al acestuia, exemplul clasic al acestui tip de intervenție fiind acela al unui creditor sau debitor solidar sau al unui comoștenitor³.

Se observă și diferența dintre cele două categorii de intervenții voluntare *adhesiva*, respectiv intervenientul litisconsorțial este cotitular al dreptului dedus judecății, pe când intervenientul *adhesiva simple* nu are nicio legătură juridică cu acest drept, însă este titularul unui alt drept care este într-o relație de dependență cu dreptul disputat de părțile inițiale, fiind în postura de parte interesată de deznodământul procesului. Din această perspectivă *intervención adhesiva simple* din dreptul spaniol nu este altceva decât intervenția accesorie din dreptul nostru, definită conform art. 61 alin. (3) C. pr. civ.. În schimb *intervención adhesiva litisconsorcial* este mai dificil de integrat într-una din cele forme de intervenție voluntară pe care le cunoaște dreptul procesual civil român, pe de o parte pentru că acest tip de intervenient afirmă un drept propriu, însă în calitate de cotitular al dreptului dedus judecății, ceea ce îl apropie de intervenția voluntară principală, iar pe de altă parte pentru că terțul nu este într-o poziție antagonică cu toate părțile inițiale din proces, ceea ce amintește de intervenția voluntară accesorie.

O reglementare mult mai apropiată de sistemul nostru de drept este cea existentă în Codul de procedură civilă francez și german. Astfel, conform art. 328 C. pr. civ. francez intervenția voluntară este de două feluri, principală și accesorie, cea principală fiind definită prin prisma pretenției proprii pe care o ridică terțul, potrivit art. 329 C. pr. civ., iar cea accesorie prin raportare la apărarea poziției uneia dintre părți, așa cum statuează art. 330 C. pr. civ., o definiție similară existând și în art. 64 și 66 C. pr. civ. german. Astfel, potrivit

³ J.M. Arouca, *Procesal Civil*, articol disponibil pe https://www.tirant.com/derecho/actualizaciones/Tema16_Paginas07_14.pdf.

art. 64 C. pr. civ. german, oricine are o pretenție referitoare la obiectul sau dreptul aflat în litigiu între alte persoane, în tot sau în parte, are posibilitatea, până la pronunțarea unei hotărâri definitive, să intervină în proces împotriva părților inițiale, iar conform art. 66 C. pr. civ. german, oricine are un interes legitim pentru ca o parte să câștige procesul, are dreptul să intervină în cauză pentru susținerea părții respective.

Chiar și sub aspectul efectelor pe care intervenția voluntară o are în procesul civil se remarcă o incontestabilă asemănare, în doctrină⁴ fiind menționate următoarele: intervenientul accesoriu nu pretinde un drept propriu, soarta intervenției accesorii depinde de cea principală, intervenientul accesoriu nu poate exercita singur cale de atac în ceea ce privește cererea principală sau independența intervenției principale de cererea introductivă de instanță.

Cu toate acestea configurația juridică a instituției nu este identică, existând și diferențe importante între cele două Coduri de procedură civilă, una dintre ele fiind reprezentată de posibilitatea terțului de a formula cererea de intervenție voluntară principală direct în apel, fără acordul părților inițiale.

În timp ce art. 62 alin. (3) C. pr. civ. român impune condiții destul de restrictive în ceea ce privește admisibilitatea intervenției principale direct în apel, condiționând cererea de acordul expres al părților, Codul de procedură civilă francez, prin art. 327, nu conține o astfel de regulă, consacrand doar dreptul terților de a interveni și în instanța de apel.

2. Intervenția voluntară accesorie a entităților care reclamă un interes colectiv în dreptul francez

În cursul anului 2016, cu ocazia pronunțării deciziei nr. 15-10.577 din data de 16 martie 2016 de către Curtea de Casație franceză⁵, s-a pus problema regimului juridic și al admisibilității unei cereri de intervenție formulate de o asociație în interesul unei părți din proces, invocând protejarea unor interese colective. În concret cauza privea căsătoria dintre două femei, Franța fiind una dintre țările care au permis căsătoria între persoane de același sex, și avea ca obiect cerere de adopție a copilului uneia dintre soții de către cealaltă soție.

În cursul procesului asociația „Juriști pentru copii” a formulat o cerere de intervenție voluntară, solicitând ca acțiunea să fie respinsă întrucât admiterea unei astfel de cereri ar denatura însăși esența adopției, însă Curtea de Apel Versailles a declarat ca inadmisibilă intervenția voluntară, apreciind, pe de o parte, că asociația nu invocă o pretenție proprie pentru a fi în prezența unei intervenții principale, iar pe de altă parte, că nu există un interes legitim al terțului pentru a interveni într-o cauză privată, în lipsa unei legături cu copilul a cărui adopție se discută sau cu părțile inițiale din proces.

Asociația „Juriști pentru copii” a fost nemulțumită de soluția pronunțată de Curtea de Apel Versailles referitoare la cererea sa de intervenție și a atacat cu recurs hotărârea, însă

⁴ Y. Strickler, *Procédure civile, 8e édition*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2018, pp. 147-148.

⁵ Decizia nr. 15-10.577 din data de 16 martie 2016 pronunțată de Curtea de Casație – Prima cameră civilă disponibilă pe <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000032264928/>.

calea de atac a fost respinsă ca neîntemeiată prin decizia nr. 15-10.577 din data de 16 martie 2016 pronunțată de către Curtea de Casație franceză, confirmându-se raționamentul dezvoltat în hotărârea atacată, anume că terțul nu invocă un drept propriu și nici nu justifică un interes pentru a interveni într-o procedură precum cea având ca obiect adopția. Totodată instanța supremă franceză a reținut că apărarea unor interese colective nu este suficientă pentru admisibilitatea intervenției.

Respingerea intervenției formulate de asociația „Juriști pentru copii” a atras anumite reacții în spațiul public din Franța, dintre care poate fi amintită interpelarea denumită „*Droit d'agir des associations*”⁶ („Dreptul la acțiune al asociațiilor”), formulată de senatorul Jacques Gersperrin adresată ministrului justiției. Prin intermediul acestei interpelări parlamentarul francez s-a arătat contrariat de poziția adoptată de Curtea de Casație, apreciind-o drept un reviriment de jurisprudență, în condițiile în care anterior, prin decizia nr. 06-22038 din data de 18 septembrie 2008⁷, aceeași instanță supremă arătase că, și în lipsa unei prevederi legislative exprese cu privire la mijloacele juridice de care dispune o asociație, aceasta din urmă poate acționa în justiție pentru apărarea unor interese colective, cu condiția ca acestea să se încadreze în obiectul său de activitate. În final, a apreciat că această schimbare de viziune poate afecta capacitatea asociațiilor de apărare a unor interese colective în domenii sensibile precum lupta contra proxenetismului sau protecția drepturilor animalelor, astfel că a propus inclusiv o modificare legislativă prin care dreptul de acțiune al asociațiilor să fie consfințit expres ori de câte ori realizarea unor interese colective se încadrează în obiectul lor de activitate.

Prin răspunsul formulat de ministrul de justiție⁸ s-a apreciat că nu este necesară vreo modificare a legii întrucât evoluția legislativă și jurisprudențială au scos în evidență o continuă extindere a ipotezelor în care asociațiile beneficiază de un drept la acțiune sau de a formula o intervenție voluntară, spre exemplu în materie de protecție a consumatorilor sau dreptul mediului. Totodată, s-a arătat că în cauza menționată de senatorul Jacques Gersperrin Curtea de Casație nu a făcut altceva decât să constate că nu există o legătură suficientă care să justifice admiterea intervenției accesorii, iar o intruziune a asociației într-o cauză de adopție ar putea încălca dreptul la viață privată și de familie al părților inițiale din proces.

Situația din dreptul civil român este similară întrucât textul de principiu este reprezentat de art. 37 C. pr. civ. care dispune că, în cazurile și condițiile prevăzute exclusiv prin lege, se pot introduce cereri sau se pot formula apărări și de persoane, organizații, instituții sau autorități, care, fără a justifica un interes personal, acționează pentru apărarea drepturilor ori intereselor legitime ale unor persoane aflate în situații speciale sau, după caz, în scopul ocrotirii unui interes de grup ori general.

⁶ Interpelarea „*Droit d'agir des associations*” publicată în Jurnalul Oficial al Senatului din data de 07.04.2016, disponibilă pe <https://www.senat.fr/questions/base/2016/qSEQ160421119.html>.

⁷ Decizia nr. 06-22038 din data de 18 septembrie 2008 pronunțată de Curtea de Casație – Prima cameră civilă disponibilă pe <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000019512562/>.

⁸ Publicat în Jurnalul Oficial al Senatului din data de 30.03.2017 disponibil pe <https://www.senat.fr/questions/base/2016/qSEQ160421119.html>.

Prin urmare, posibilitățile de acțiune în justiție ale asociațiilor sunt destul de limitate, fiind restrânse exclusiv la cazurile și condițiile prevăzute exclusiv prin lege. În opinia noastră este utilă o abordare în sensul celei propuse de senatorul Jacques Groppe, anume ca legea să creeze un cadru unitar prin care orice asociație legal constituită pentru apărarea unor drepturi colective să dispună de mijloace juridice, inclusiv posibilitatea de a interveni accesoriu în proces, astfel încât scopul pentru care a fost constituită să poată fi atins.

Este un domeniu în plină evoluție și în care asociațiile câștigă din ce în ce mai mult teren, astfel că, pentru a nu crea dezechilibre sau discriminări doar în funcție de anumite obiecte de activitate, precum protecția consumatorului, este necesar ca legiuitorul să fie proactiv și să reglementeze în mod uniform dreptul la acțiune al entităților care apără drepturile colective.

3. Intervenția voluntară formulată direct în apel în dreptul italian

Sediul materiei din Codul de procedură civilă italian în ceea ce privește instituția intervenției voluntare se regăsește în cuprinsul art. 105, din conținutul căruia atât doctrina⁹, cât și jurisprudența au evidențiat 3 forme de sine stătătoare: *l'intervento principale*, *l'intervento litisconsortile o adesivo autonomo* și *l'intervento adesivo dependente*.

Spre deosebire de Codul de procedură civilă român, legiuitorul italian a fost foarte strict cu posibilitatea terților de a interveni direct în apel, dispunând în art. 344 C. pr. civ. că terții pot formula intervenție voluntară direct în apel numai în măsura în care pot formula opoziție în conformitate cu art. 404 C. pr. civ.

Opoziția la care se referă articolul anterior menționat este o cale de atac prin intermediul căreia terții pot repune în discuție o hotărâre judecătorească care le vatămă drepturile sau interesele legitime. Din cuprinsul art. 404 C. pr. civ. italian, literatura de specialitate¹⁰ a decelat două forme ale opoziției formulate de terț, anume opoziția ordinară, corespunzătoare primului alineat al articolului, care este deschisă oricărui terț care este prejudiciat de hotărârea atacată și opoziția revocatorie, prevăzută de alineatul al doilea, concepută exclusiv avânzilor cauză și creditorilor uneia dintre părți, prin care aceștia pot ataca o hotărâre pronunțată ca urmare a înțelegerii frauduloase a părților din proces, cu scopul fraudării intereselor acestor terți.

Opoziția formulată de terți din dreptul italian (*opposizione di terzo*) se aseamănă cu opoziția formulată de terți din dreptul francez (*tierce-opposition*), fiind însă o cale de atac inexistentă în Codul de procedură civilă român. În orice caz, dată fiind configurația sa juridică, această instituție este privită mai degrabă ca o curiozitate a dreptului, fiind greu de explicat de ce o persoană care nu a participat la proces să aibă dreptul de a formula cale de atac împotriva hotărârii pronunțate de instanță.

⁹ G.W. Caglioti, *Il Contributo unificato nell'intervento volontario*, articol disponibil pe https://www.filo.diritto.com/il-contributo-unificato-nell'intervento-volontario#_ftn8.

¹⁰ F. Prato, *Osservazioni sull'istituto dell'opposizione di terzo*, articol disponibil la <https://rivista.cammino.diritto.it/articolo.asp?id=5212>.

În acest sens, s-a arătat¹¹ că opoziția formulată de terți este un instrument excepțional, caracter derivat din împrejurarea că derogă de la principiul conform căruia au legitimare procesuală de a formula căi de atac împotriva unei hotărâri doar părțile participante la litigiu.

Fiind reglementată în corelație cu opoziția prevăzută de art. 404 C. pr. civ., intervenția voluntară direct în apel este limitată doar la o singură formă din cele trei recunoscute în dreptul italian, anume doar intervenientul principal (*l'intervento principale*) are posibilitatea de a uza de acest mijloc juridic, nu însă și intervenientul litisconsorțial (*l'intervento litisconsortile o adesivo autonomo*) sau cel accesoriu (*l'intervento adesivo dipendente*).

Spre exemplu, prin decizia nr. 20696 din data de 22 noiembrie 2012 pronunțată de Curtea de Casație din Italia¹² s-a arătat că, în virtutea art. 344 C. pr. civ., un terț proprietar care și-a notat dreptul de proprietate asupra unui imobil anterior notării procesului având ca obiect o cotă-parte din același imobil, purtat între alte persoane, are posibilitatea de a formula cerere de intervenție voluntară direct în apel pentru a lipsi de efecte hotărârea ce se va pronunța în privința sa.

În schimb, atunci când a fost vorba despre un codebitor solidar care a formulat cerere de intervenție direct în apel, Curtea de Casație a respins-o inadmisibilă¹³, apreciind că terțul nu poate invoca un drept autonom în raport de obiectul judecății dintre părțile originare. În fapt intervenția terțului era o intervenție litisconsorțială, inadmisibilă în apel, în condițiile în care codebitorul solidar nu era îndreptățit să formuleze opoziție în temeiul art. 404 C. pr. civ.

Observăm că este un sistem diferit de cel urmat de legiuitorul român, care a permis intervenția accesorie inclusiv în căile extraordinare de atac, împrejurare explicabilă prin particularitățile Codului de procedură civilă italian. În orice caz apreciem că reglementarea autohtonă este mai accesibilă și previzibilă, fiind mai facil de aplicat, cu incontestabile avantaje în procesul de interpretare a legii de către instanțele de judecată.

4. Intervenția voluntară litisconsorțială în dreptul spaniol

Întrucât Codul de procedură civilă spaniol a reglementat de o manieră generală intervenția voluntară într-un proces pendinte, a revenit doctrinei și jurisprudenței sarcina de a identifica diferitele forme de intervenție, în funcție de particularitățile fiecărei categorii în parte.

În prezent sunt acceptate trei forme de intervenție voluntară, anume intervenția principală (*intervención principal*), intervenția adezivă litisconsorțială (*intervención adhesiva litisconsorcial*) și intervenția accesorie (*intervención adhesiva simple*).

¹¹ V. Baroncini, *Spunti essenziali in tema di opposizione di terzo*, articol disponibil la <https://www.eclegal.it/spunti-essenziali-tema-opposizione-terzo/>.

¹² Decizia nr. 20696 din data de 22 noiembrie 2012 pronunțată de Curtea de Casație din Italia disponibilă pe <https://www.avvocato.it/massimario-31294/>.

¹³ Decizia nr. 31313 din data de 4 decembrie 2018 pronunțată de Curtea de Casație din Italia disponibilă pe <https://www.brocardi.it/massimario/64194.html>.

Având în vedere că intervenția principală și cea accesorie este similară cu cea regăsită în Codul de procedură civilă român, în continuare ne vom restrânge analiza doar asupra intervenției adevize litisconsorțiale.

În cuprinsul deciziei nr. 90 din data de 29.04.2020 pronunțate de Instanța Provincială din Valencia (*Audiencia Provincial de Valencia*)¹⁴ s-a reținut că intervenția adeviză litisconsorțială reprezintă acea intervenție în cadrul căreia terțul invocă un drept propriu, drept care este disputat între părțile inițiale din cauză și în virtutea căruia putea să figureze încă de la început în proces, în calitate de reclamant sau pârât. Totodată s-a reținut că intervenientul adeviz litisconsorțial este afectat în mod direct de hotărârea ce urmează a se pronunța în cauză, chiar și în ipoteza în care nu ar formula cererea de intervenție.

Într-o altă definiție¹⁵ s-a reținut că intervenția adeviză litisconsorțială este acea intervenție a unui terț care este cotitular al dreptului sau obligației care face obiectul litigiului, urmând ca efectele hotărârii ce se va pronunța să se producă în mod direct asupra situației juridice a acestuia.

Drept exemple de ipoteze în care intervenția este calificată drept adeviză litisconsorțială sunt amintite următoarele: intervenția unui consumator în litigiile inițiate de entitățile care au ca obiect de activitate protejarea unor interese colective, intervenția unui comoștenitor într-un proces declanșat de un creditor al moștenirii împotriva unui alt comoștenitor sau intervenția unui creditor sau debitor solidar în litigiul declanșat de un alt creditor solidar sau împotriva unui alt debitor solidar.

În dreptul spaniol debitorii solidari au tot interesul să intervină în procesul declanșat împotriva unui alt debitor solidar, întrucât, în caz contrar, se expun riscului de a suporta consecințele negative ale hotărârii judecătorești, chiar dacă nu au figurat în proces. Această concluzie rezultă din cuprinsul art. 1141 C. civ. spaniol, care prevede că acțiunile exercitate împotriva oricăruia dintre debitorii solidari îi prejudiciază și pe ceilalți debitori solidari.

Posibilitatea ca un debitor solidar să fie afectat de un proces în care nu a fost parte a fost deja criticată în literatura de specialitate¹⁶, arătându-se că această dispoziție încalcă dreptul la apărare prevăzut de art. 24 din Constituția Spaniei, fiind inadmisibil ca o parte să suporte consecințele unui proces în care nu a avut posibilitatea de a invoca excepții și mijloace apărare.

Legiuitorul român a fost mult mai precaut în această materie, stabilind expres în art. 1455 alin. (1) C. civ. că hotărârea judecătorească pronunțată împotriva unuia dintre codebitorii solidari nu are autoritate de lucru judecat față de ceilalți codebitori.

¹⁴ Decizia nr. 90 din data de 29.04.2020 pronunțată de Instanța Provincială din Valencia (*Audiencia Provincial de Valencia*) disponibilă pe <https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9233795/Real%20Decreto%20a%20larma%20sanitaria%20Covid-19/20200828>.

¹⁵ M.R. Garau, *Sobre la Intervención voluntaria de terceros en el proceso*, articol disponibil pe <https://www.bufetebuades.com/intervencion-voluntaria-terceros-proceso/>.

¹⁶ P. de la F. García, *La demanda a uno solo de los deudores solidarios perjudica a todos los demás?*, articol disponibil pe <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/deudores-solidarios-y-articulo-1144-del-codigo-civil-en-caso-de-demanda/>.

Privită din perspectiva dreptului procesual civil român intervenția adevizivă litiscon-sorțială din dreptul procesual civil spaniol nu ar putea fi încadrată decât ca o intervenție voluntară principală, în condițiile în care terțul invocă drepturi proprii și nu o simplă sprijinire a poziției uneia dintre părțile din proces.

În opinia noastră, nu există niciun motiv pentru a aprecia că împărțirea categoriilor intervenției voluntare din dreptul spaniol este superioară celei reglementate de Codul de procedură civilă român, clasificarea tradițională în intervenție principală și accesorie fiind suficientă să acopere toate ipotezele de intervenție a terților în procesul civil, din proprie inițiativă.

5. Cheltuielile de judecată ale intervenientului accesoriu în dreptul german

Reglementarea intervenției voluntare în dreptul german prezintă puncte comune cu intervenția voluntară din Codul de procedură civilă român, mai ales din perspectiva clasificării instituției. Astfel, art. 64 C. pr. civ. german se preocupă de intervenția voluntară principală (*hauptintervention*), iar art. 66 C. pr. civ. german de intervenția voluntară accesorie (*nebenintervention*).

Cu toate acestea, asemănările se opresc în acest punct, întrucât există numeroase dispoziții legale proprii sistemului procesual civil german, care îi asigură individualitatea.

O primă diferență majoră între cele două sisteme de drept este reprezentată de configurația atipică a intervenției principale, care nu ia forma unei cereri incidentale în primul proces, ci a unei cereri de sine-stătătoare, care se transpune într-un proces distinct, independent, în care poziția de reclamant o dobândește terțul intervenient, iar părțile din primul litigiu vor avea calitatea de pârâte. Mai mult, instanța poate suspenda primul proces până la soluționarea procesului declanșat de intervenientul principal, legiuitorul german acordând prioritate soluționării pretențiilor formulate de terț în detrimentul celor formulate de părțile inițiale.

A doua notă distinctivă este reprezentată de așa-numitul efect al intervenției accesorii (*nebeninterventionswirkung*), prin acest efect înțelegându-se că instanța este ținută într-un eventual litigiu ulterior între intervenientul accesoriu și partea în favoarea căreia a intervenit de constatările definitive din primul litigiu. Cu toate acestea, așa cum s-a reținut în doctrină¹⁷, efectul nu este absolut, întrucât intervenientul poate invoca anumite apărări pe care nu le-a putut invoca în primul proces din cauza poziției procesuale subordonate față de partea în favoarea căreia a intervenit.

Nu în ultimul rând, se observă că există o altă abordare în ceea ce privește cheltuielile de judecată efectuate de intervenientul accesoriu. Astfel, prin decizia nr. 9 U 152/18 din

¹⁷ M. Breucker, *Beteiligung dritter im zivilprozess – anwaltsstrategien bei haupt – und nebenintervention*, articol disponibil pe <https://www.wueterich-breucker.de/blog/p/-beteiligung-dritter-im-zivilprozess-anwalt-sstrategien-bei-haupt-und-nebenintervention>.

data de 04.12.2019 pronunțată de Curtea Regională Superioară Schleswig-Holstein¹⁸ instanța a respins calea de atac promovată de reclamânți și i-a obligat pe aceștia din urmă la plata cheltuielilor de judecată efectuate de pârâtă și de intervenienta accesorie.

În dreptul român obligarea unei părți la plata cheltuielilor de judecată solicitate de intervenientul accesoriu este o soluție respinsă de majoritatea doctrinei¹⁹, care rămâne atașată ideii că intervenția accesorie nu trebuie să sporească cheltuielile de judecată efectuate în proces. Este adevărat însă că posibilitatea ca o parte din proces să poată fi obligată la plata cheltuielilor de judecată efectuate de intervenientul accesoriu nu este o creație pretoriană a instanțelor germane, ci este reglementată în mod expres în art. 101 C. pr. civ. german. În acest sens, articolul anterior menționat prevede următoarele: „Cheltuielile efectuate de intervenientul accesoriu urmează a fi suportate de partea adversă părții în favoarea căreia s-a formulat intervenția, în măsura în care acesta urmează să achite cheltuielile de judecată ale litigiului conform dreptului comun”.

În opinia noastră, reglementarea din dreptul german este superioară în ceea ce privește problema suportării cheltuielilor de judecată solicitate de intervenientul accesoriu întrucât acordă terțului deplinătatea drepturilor procesuale și un regim juridic nediscriminatoriu, fiind necesar ca soluția legislativă să fie preluată și în Codul de procedură civilă român.

6. Concluzii

Studiul instituției intervenției voluntare principale în procesul civil nu poate fi considerat cuprinzător dacă nu este completat cu o analiză a reglementării cuprinse în celelalte sisteme de drept. Numai în urma unui asemenea demers poate fi conturată o imagine de ansamblu a intervenției voluntare, o direcțiilor comune, dar și a celor diferite, în care a evoluat legislația la nivelul principalelor sisteme de drept continental.

Această scurtă incursiune în sistemul de drept francez, italian, spaniol și german a scos în evidență existența unui nucleu comun al legislației, în sensul identificării unor asemănări de necontestat, precum clasificarea similară a intervenției voluntare, definițiile apropiate ale tipurilor de intervenție voluntară sau condițiile de exercitare, dar și o serie de particularități.

Din perspectiva elementelor de diferențiere, am analizat intervenția voluntară accesorie a entităților care reclamă un interes colectiv în dreptul francez, intervenția voluntară formulată direct în apel în dreptul italian, intervenția voluntară litisconsorțială în dreptul spaniol și cheltuielile de judecată ale intervenientului accesoriu în dreptul german, arătând, acolo unde a fost cazul, dacă, în opinia noastră, reglementarea din dreptul comparat este superioară sau nu celei din Codul de procedură civilă român.

¹⁸ Decizia nr. 9 U 152/18 din data de 04.12.2019 pronunțată de Curtea Regională Superioară Schleswig-Holstein disponibilă pe <https://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/o6r/page/bsshopprod.psm1?doc.hl=1&doc.id=KORE202492020&documentnumber=1&numberofresults=26&doctyp=juris-r&showdoccase=1&doc.part=L&paramfromHL=true#focuspoint>.

¹⁹ M. Tăbărcă, în V.M. Ciobanu, M. Nicolae (coord.), *Noul Cod de procedură civilă, comentat și adnotat, Vol. I – art. 1-526, ed. a II-a, revizuită și adăugită*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 257.

Scurte considerații privind părțile procesului civil

Brief considerations regarding the parts of the civil process

Judecător **Ioana-Anamaria FILOTE-IOVU***
Judecătoria Sectorului 2 București

Abstract

One of the components of the principle of availability in the civil process is represented by the right of the parties to establish the procedural framework regarding the object, the legal cause of the civil process, but especially of the participants in the jurisdictional activity.

In this study, the author aims to analyze the importance of the parts of the civil process, highlighting the theoretical and practical aspects, but also the difficulties encountered in the interpretation and application of the relevant legal norms.

Keywords: *the principle of availability, penitus extranei, procedural co-participation, main intervention, forced intervention.*

Rezumat

Una din componentele principiului disponibilității în procesul civil este reprezentată de dreptul părților de a stabili cadrul procesual în privința obiectului, a cauzei juridice a procesului civil, dar în special a participanților la activitatea jurisdicțională.

În acest studiu, autoarea își propune să analizeze importanța părților procesului civil, cu evidențierea aspectelor de natură teoretică și practică, dar și a dificultăților întâmpinate în interpretarea și aplicarea normelor legale incidente în materie.

Cuvinte-cheie: *principiul disponibilității, penitus extranei, coparticipare procesuală, intervenție principală, intervenție forțată.*

1. Principiul disponibilității în procesul civil

Una dintre componentele principiului disponibilității în procesul civil este reprezentată de dreptul părților de a stabili cadrul procesual, astfel cum reiese din dispozițiile art. 9 alin. (2) C. pr. civ., potrivit cărora „obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților”.

*ioana_filote1@yahoo.com

În doctrină s-a arătat că, în esență, principiul disponibilității constă în recunoașterea dreptului părții de a hotărî pornirea procesului civil, de a dispune de obiectul acestuia și de mijloacele de apărare¹.

Aceste aspecte au fost conturate și de către Înalta Curte de Casație și Justiție, prin decizia nr. 2952/2007², în care s-a statuat că „unul dintre principiile fundamentale ale procesului civil este cel al disponibilității, în conținutul căruia intră și dreptul reclamantului de a determina limitele cererii de chemare în judecată, ale cadrului procesual în care se va desfășura judecata cu privire la obiect și la părți”.

Determinarea obiectului cererii de chemare în judecată și a limitelor apărării reprezintă manifestarea în concret a disponibilității, întrucât reclamantul are posibilitatea de a aprecia ce solicită instanței și de a-i stabili limitele investiției, iar pârâul poate invoca excepții de procedură sau de fond, își poate face apărări în fapt sau în drept, ambele părți având totodată aptitudinea de a introduce în judecată terțe persoane³.

Această formă de manifestare a dreptului de dispoziție al părții procesuale constituie în același timp și o limită a principiului rolului activ al judecătorului, întrucât instanța nu poate depăși limitele investiției sale, în sensul că nu poate da mai mult, mai puțin ori altceva decât s-a cerut, având totodată obligația de a hotărî numai asupra ceea ce s-a solicitat în cauză, astfel cum reiese din dispozițiile art. 22 alin. (6) C. pr. civ.

Părțile, obiectul și cauza sunt cele trei elemente specifice ale acțiunii civile, ale oricărei forme procesuale ce intră în conținutul acțiunii civile⁴.

Despre noțiunea de acțiune civilă s-a susținut în literatura de specialitate⁵ că desemnează „ansamblul mijloacelor procesuale prin care se poate realiza protecția judiciară a drepturilor și intereselor civile ocrotite de lege” și că „atunci când se apelează la acțiune aceasta se individualizează și devine proces”. S-a arătat totodată că aceasta este legată de dreptul subiectiv civil și că nu poate exista în absența unei persoane care să fie interesată de protecția unui drept subiectiv sau a unui interes.

¹ A se vedea F. Popa, *Principiul disponibilității părților în procesul civil versus principiul rolului activ al judecătorului în aflarea adevărului: corelații, interferențe, limite*, publicată în Revista Analale Universității de Vest din Timișoara – Seria Drept nr. 2/2019, p. 78. În același sens, a se vedea G. Boroi, M. Stancu, *Fișe de procedură civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2019, pp. 8-12; M. Tăbărcă, *Procedura civilă în fișe de revizuire*, ediția a II-a, Ed. Solomon, București, 2019, pp. 15-18; A. Tabacu, *Drept procesual civil. Legislație internă și internațională. Doctrină și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 49; C. Roșu, *Principiul disponibilității în procesul civil*, publicat în Revista Universul Juridic Premium nr. 11/2016, disponibil [online] la adresa <https://www.universuljuridic.ro/principiul-disponibilitatii-procesul-civil/>, accesată la data de 18.10.2023; M. Dinu, *Drept procesual civil*, Ed. Hamangiu, București, 2020, pp. 28-29.

² Înalta Curte de Casație și Justiție, S. civ. și de propr. intelect., dec. nr. 2952/2007, consultată [online] la adresa <https://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=81967#highlight=##>, accesată la data de 22.05.2024.

³ C. Roșu, *Drept procesual civil, Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, pp. 14-15; C. Roșu, L. Dănilă, *Drept procesual civil*, ediția 5, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 42.

⁴ I.A. Filote-Iovu, *Principiul disponibilității în faza judecării procesului civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2024, p. 31.

⁵ G. Boroi, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. All, București, 1994, p. 93.

Ar rezulta din aceste considerații că elementele acțiunii civile sunt și elementele procesului civil⁶.

De asemenea, în doctrină⁷ s-a afirmat că cele patru condiții de exercitare ale acțiunii prevăzute de art. 32 alin. (1) C. pr. civ., respectiv: formularea unei pretenții, capacitatea procesuală, calitatea procesuală și interesul sunt, în același timp și „condițiile ce trebuie îndeplinite pentru ca o persoană fizică sau juridică să fie parte într-un proces”.

Așadar, în principiu, în cadrul demersului judiciar, părțile au dreptul de a dispune de obiectul acțiunii (dreptul subiectiv sau interesul născut din raportul de drept civil dedus judecății) și de mijloacele acordate de lege în acest scop. Tot în principiu, motivarea în fapt a unei cereri de chemare în judecată va fi însoțită și de motivarea în drept, în sensul că reclamantul va indica și cauza (temeiul juridic) cererii sale, respectiv actul sau faptul juridic constituind fundamentul direct și imediat al dreptului reclamat.

Prin principiul disponibilității se înțelege, așadar, faptul că „părțile pot determina nu numai existența procesului, prin declanșarea procedurii judiciare și prin libertatea de a pune capăt procesului înainte de a interveni o hotărâre pe fondul pretenției supuse judecății, ci și conținutul acestuia, prin stabilirea cadrului procesual, în privința obiectului, a cauzei sale juridice, a participanților la proces, a fazelor și etapelor pe care procesul civil le-ar parcurge”⁸.

2. Aspecte teoretice și practice privind părțile procesului civil

Părțile procedurii contencioase au fost definite în literatura de specialitate ca fiind „persoanele fizice sau juridice care au un litigiu cu privire la un drept subiectiv civil dedus judecății sau la o situație juridică pentru a cărei realizare calea judecății este obligatorie și asupra căroră se răsfrâng efectele hotărârii judecătorești ce urmează a se pronunța ori care a fost pronunțată”, iar ale procedurii necontencioase, ca fiind persoanele „ce se adresează instanței prin care nu se urmărește stabilirea unui drept potrivit față de altcineva, precum

⁶ P. Filip, *Arhitectura procesului civil din perspectiva doctrinei, Codului civil și Codului de procedură civilă*, publicată în Revista Universul Juridic Premium nr. 6/2018, disponibilă [online] la adresele <https://www.universuljuridic.ro/arhitectura-procesului-civil-din-perspectiva-doctrinei-civile-codului-civil-si-codului-de-procedura-civila/2/> și <https://lege5.ro/Gratuit/gi4dgnbvgi2a/arhitectura-procesului-civil-din-perspectiva-doctrinei-civile-a-codului-civil-si-a-codului-de-procedura-civila>, accesată la data de 22.05.2024.

⁷ G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, ediția a 5-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2020, p. 41; G. Tocilescu, *Curs de procedură civilă, vol. II*, Ed. Tipografia Națională, Iași, 1889, p. 29; V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă. Teoria generală, vol. I*, Ed. Național, București, 1996, pp. 319-320. Pentru o opinie diferită, în sensul că nu există o suprapunere perfectă între condițiile pentru a fi parte în procesul civil și condițiile de exercitare a acțiunii civile, în sensul că printre condițiile pentru a fi parte în proces nu se regăsesc capacitatea de exercițiu și afirmarea unui drept, a se vedea I. Leș, *Tratat de drept procesual civil*, ediția a II-a, Ed. All Beck, București, 2002, p. 147.

⁸ I.A. Filote-Iovu, *Obiectul procesului civil raportat la principiul disponibilității*, susținută la „Conferința Internațională Bială «Sistemul juridic între stabilitate și reformă»”, organizată în perioada 15-16 octombrie 2021, la Craiova.

și, dacă este cazul, persoanele chemate înaintea instanței pentru dezlegarea cererii respective”⁹.

În cele mai multe situații, cadrul procesual, sub aspectul părților între care se stabilesc raporturi juridice procesuale este fixat de către reclamant, prin indicarea în cererea de chemare în judecată a persoanei împotriva căreia își formulează pretenția¹⁰.

Cu toate acestea, potrivit art. 55 C. pr. civ., părțile procesului civil sunt reclamantul și pârâtul, precum și, în condițiile legii, terțele persoane care intervin voluntar sau forțat în cauză. Nu putem însă face abstracție de lipsa unei definiții a părților în actuala reglementare, pe care însă o apreciem a fi oportună de inserat în cadrul acestei dispoziții legale.

Propunem așadar ca, *de lege ferenda*, să se stipuleze în mod expres definițiile doctrine menționate anterior referitoare la părțile procedurii contencioase și cele ale procedurii necontencioase.

Observăm așadar că, pe lângă părțile necesare, în lipsa cărora nu poate fi conceput un proces, cadrul procesual poate fi extins prin intervenția lui *penitus extranei*¹¹.

Reținem însă că este necesar ca acești participanți în demersul judiciar să întrunească condițiile generale pentru exercițiul acțiunii civile, printre care și calitatea procesuală¹² și capacitatea procesuală de folosință¹³ și de exercițiu¹⁴.

Capacitatea juridică procesuală a fost definită în literatura de specialitate¹⁵ ca fiind „o componentă a capacității juridice civile și care reprezintă aptitudinea persoanei fizice sau juridice de a-și asuma drepturi și obligații procesuale și de a exercita aceste drepturi și de a aduce la îndeplinire aceste obligații, adică, cu alte cuvinte, semnifică aptitudinea persoanelor de a deveni părți în procesul civil”. Aceasta „nu poate fi înstrăinată de către titularul ei, nu se poate renunța la ea și nu poate forma obiectul unor tranzacții și nu îi pot fi aduse îngărdiri decât în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege, care au caracter de sancțiune sau de ocrotire a anumitor categorii de persoane”.

Calitatea procesuală reprezintă „un concept juridic folosit pentru a desemna îndreptățirea unei persoane fizice sau juridice de a participa la activitatea judiciară (*legitimatio ad causam*), ce nu implică cu necesitate existența unei identități între persoana reclamantului și persoana celui care este titularul dreptului subiectiv dedus în justiție, respectiv între

⁹ G. Boroi, M. Stancu, *Drept procesual civil*, op. cit., 2017, pp. 88-89.

¹⁰ *Idem.*, p. 101.

¹¹ Terții sau *penitus extranei* sunt persoanele străine de un anumit act juridic, care nu au participat nici direct și nici prin reprezentare la încheierea acestuia. În principiu, terții nu sunt afectați prin încheierea unui act juridic, în sensul că acesta nu le profită, dar nici nu le dăunează. A se vedea <https://legeaz.net/dictionar-juridic/terti>.

¹² Pentru noțiunea de calitate procesuală, a se vedea, spre exemplu, V.M. Ciobanu, G. Boroi, *Drept procesual civil, Curs selectiv. Teste grilă*, ediția a II-a, Ed. All Beck, București, 2003, p. 7.

¹³ Lipsa capacității procesuale de folosință poate fi invocată în orice fază a procesului civil, de către oricare dintre părți, de procuror și de instanță din oficiu și este sancționată cu nulitatea absolută, având drept consecință nulitatea actului procedural făcut în aceste condiții.

¹⁴ Actele de procedură îndeplinite de către cel lipsit de capacitate procesuală de exercițiu sunt anulabile, putând însă fi ratificate, în condițiile legii.

¹⁵ G. Aioanei, *Părțile în procesul civil. Teză de doctorat (rezumat)*, 2012, p. 10, disponibilă [online] la adresa <https://doctorate.ulbsibiu.ro/wp-content/uploads/rezumato-aioanei.pdf>.

persoana pârâtului și persoana celui obligat în raportul de drept substanțial, fiind suficientă doar justificarea dreptului și a obligației unei persoane de a participa (ca parte) în procesul civil”¹⁶.

În practica judiciară s-a statuat că „reclamantul este titularul dreptului sau interesului încălcat sau lezat, iar pârâtul este, de regulă, numai persoana despre care se afirmă că a încălcat dreptul sau interesul reclamantului”¹⁷, calitatea procesuală reprezentând o condiție de exercitare a acțiunii civile și fiind dată de „identitatea dintre părți și subiectele raportului juridic litigios, astfel cum acesta este dedus judecății”¹⁸.

Din punctul de vedere al subiectelor care participă la activitatea judiciară, aceasta poate fi activă, împrejurare în care ea privește îndreptățirea unei persoane de a reclama în justiție, respectiv titularul dreptului din raportul juridic dedus judecății și pasivă, atunci când vizează obligația unei alte persoane de a răspunde față de pretențiile invocate împotriva sa.

Sarcina justificării calității procesuale, atât active, cât și pasive, aparține reclamantului, care, în cadrul cererii de chemare în judecată, trebuie să expună împrejurările de fapt sau de drept din care rezultă îndreptățirea sa de a-l acționa în judecată pe adversar.

Condiția calității procesuale decurge din scopul procesului civil, acela de rezolvare a situațiilor conflictuale ce apar în viața socială și din necesitatea unei optime administrări a justiției, ce presupune desfășurarea procedurii cu participarea persoanelor îndreptățite să fie părți în procesul civil, reprezentând o cerință care trebuie să fie întrunită în orice proces civil, indiferent de obiectul acestuia.

Calitatea procesuală pasivă reprezintă una din condițiile pe care trebuie să le îndeplinească persoana împotriva căruia este formulată cererea inițială, pentru legala formulare și exercitare a acțiunii civile, ce presupune existența unei identități între cel chemat în judecată și debitorul raportului juridic dedus judecății¹⁹.

Coparticiparea procesuală. În cadrul unui proces putem avea și coparticipare procesuală, adică mai multe părți în aceeași cauză, ceea ce reprezintă „aplicația pe plan procesual a pluralității subiectelor raportului juridic substanțial”²⁰.

Sediul materiei este reprezentat de dispozițiile art. 59-60 C. pr. civ., ce reglementează condițiile de existență ale coparticipării, prevăzându-se că „mai multe persoane pot fi

¹⁶ I.A. Filote-lovu, *Competența funcțională a instanțelor judecătorești și calitatea procesuală pasivă în cauzele având ca obiect „ridicarea sechestrului asigurător”, după rămânerea definitivă a hotărârii penale*, disponibilă [online] la adresa <https://www.universuljuridic.ro/competenta-functionala-a-instantelor-judecato-resti-si-calitatea-procesuala-pasiva-in-cauzele-avand-ca-obiect-ridicarea-sechestrului-asigurator-dupa-ramane-rea-definitiva-a-hotararii/>, accesată la data de 22.05.2024.

¹⁷ Trib. Constanța, S. I civ., dec. nr. 633/2016, consultată în I.A. Filote-lovu, *Competența funcțională a instanțelor judecătorești și calitatea procesuală pasivă în cauzele având ca obiect „ridicarea sechestrului asigurător”, după rămânerea definitivă a hotărârii penale*, op. cit.

¹⁸ Înalta Curte de Casație și Justiție, S. a II-a civ., dec. nr. 3511/2014, consultată [online] la adresa <https://www.scj.ro/en/1093/Jurisprudence-details?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=118854#highlight=##>, accesată la data de 22.05.2024.

¹⁹ Jud. Rădăuți, sent. nr. 2000/2020, consultată în I.A. Filote-lovu, *Competența funcțională a instanțelor judecătorești și calitatea procesuală pasivă în cauzele având ca obiect „ridicarea sechestrului asigurător”, după rămânerea definitivă a hotărârii penale*, op. cit.

²⁰ G. Boroș, M. Stancu, *Drept procesual civil*, op. cit., 2017, p. 96.

împreună reclamante sau pârâte dacă obiectul procesului este un drept sau o obligație comună, dacă drepturile sau obligațiile lor au aceeași cauză ori dacă între ele există o strânsă legătură”.

Coparticiparea poate fi necesară (obligatorie când mai multe persoane sunt într-un raport juridic unic și indivizibil) ori facultativă, activă (în proces sunt mai mulți reclamanți și un pârât), pasivă (un reclamant și mai mulți pârâți) sau mixtă (mai mulți reclamanți și mai mulți pârâți), subiectivă (pluralitate de persoane cu aceleași interese) sau obiectivă (reiese din conexarea mai multor cereri, dacă în unele dintre acestea sunt și alte părți).

Coparticiparea procesuală respectă principiul independenței procesuale în cazul raporturilor între coparticipanți, art. 60 alin. (1) C. pr. civ. stipulând că actele de procedură, apărările și concluziile unuia dintre coparticipanți nu pot folosi, dar nici dăuna celorlalți.

De la acest principiu există o singură excepție, anume aceea că, în unele cazuri, dacă prin natura raportului juridic sau în temeiul unei dispoziții legale, efectele hotărârii se produc asupra tuturor reclamanților sau pârâților, actele de procedură îndeplinite numai de către unii dintre ei sau termenele încuviințate numai unora dintre ei în vederea îndeplinirii actelor procedurale folosesc și celorlalți. În situația în care actele de procedură ale unora dintre coparticipanți sunt potrivnice celorlalți, atunci se va ține seama de actele cele mai favorabile, astfel cum prevede art. 60 alin. (2) C. pr. civ.

Această excepție își găsește aplicabilitatea în ipoteza în care între coparticipanți există raporturi obligaționale de solidaritate sau de indivizibilitate²¹.

De pildă, efectele admiterii apelului sau recursului declarat de către un coparticipant se vor extinde și asupra celorlalți coparticipanți care nu au introdus apel sau recurs, ori a căror cereri de apel sau recurs au fost respinse. Un alt exemplu îl constituie situația coproprietarilor unui bun, în cazul cărora nu se mai aplică principiul independenței procedurale.

Printre efectele coparticipării enumerăm următoarele:

- necesitatea existenței unui singur mandatar în ipoteza în care coparticipanții au aceleași interese, caz în care li se va comunica o singură copie a cererii introductive de instanță, respectiv a întâmpinării [art. 149 alin. (1) C. pr. civ.];
- neprezentarea unor coparticipanți sau neîndeplinirea de către aceștia a unui act de procedură la termenul de judecată stabilit nu împiedică citarea lor în continuare în cadrul litigiului [art. 60 alin. (3) C. pr. civ.];
- unicitatea taxei judiciare de timbru în ipoteza efectuării actelor de procedură în interesul comun al coparticipanților sau împotriva acestora; și
- suportarea cheltuielilor de judecată de către coparticipanți în funcție de natura raportului dintre ei, respectiv în mod egal, proporțional sau solidar (art. 455 C. pr. civ.).

Reținem totodată că părților inițiale li se pot alătura și alte persoane care intră în procesul originar din inițiativa lor (intervenția voluntară) sau a celor între care s-a stabilit inițial raportul juridic procesual (chemarea în judecată a altor persoane, chemarea în

²¹ *Idem.*, p. 98.

garanție, arătarea titularului dreptului și intervenția forțată, din oficiu, a altor persoane), lărgindu-se astfel litigiul²².

Intervenția voluntară. Intervenția voluntară a fost definită ca fiind „cererea unui terț de a intra într-un proces pornit de alte părți, pentru a-și apăra un drept propriu sau pentru a sprijini apărarea uneia dintre părțile din acel proces”²³.

Aceasta este de două tipuri, respectiv principală (terțul solicită introducerea sa în proces printr-o cerere incidentală pentru a i se recunoaște sau stabili un drept propriu, lărgind cadrul procesual sub aspectul părților, dar și sub aspectul obiectului, dacă dreptul invocat de terț este diferit de cel pretins de reclamant) și accesorie (terțul urmărește numai să sprijine apărarea uneia dintre părți).

Pentru ca părțile din litigiu să nu fie luate prin surprindere de către această cerere de intervenție voluntară principală, precum și pentru a se asigura dreptul de apărare și contradictorialitatea, cererea trebuie încuviințată în principiu, adică trebuie verificat dacă pretenția este susceptibilă de a se soluționa în litigiul deja început. Terțul nu poate solicita refacerea actelor de procedură, readministrarea probelor și nici comunicarea actelor aflate la dosar, doar actele de procedură următoare se vor îndeplini și față de acesta.

Subliniem faptul că cererea de intervenție principală se judecă odată cu cea principală, putând să fie disjunctă, exceptând ipoteza în care intervenientul pretinde pentru sine dreptul dedus judecății.

De pildă, într-un dosar²⁴ în care tatăl unei minore a solicitat modificarea măsurilor stabilite printr-o hotărâre anterioară privitor la modalitatea de exercitare a autorității părintești, programul de vizitare și reducerea pensiei de întreținere, a fost formulată o cerere de intervenție principală de către mama celui de-al doilea copil al reclamantului având ca obiect: stabilirea locuinței copilului, a pensiei de întreținere, a autorității părintești și a programului de vizitare, care a fost admisă în parte.

Deși apreciem justă soluția pronunțată în cauză, nu putem face abstracție de faptul că, pentru soluționarea cu celeritate a cauzei s-a procedat la comunicarea cererii de intervenție principală părților în cadrul procedurii de regularizare, cu mențiunea de a-și exprima poziția procesuală, precum și de formula întâmpinare și abia la primul termen de judecată s-a pus în discuție admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție.

Părțile nu au invocat nerespectarea dispozițiilor legale incidente, ci au fost de acord cu admisibilitatea acestei cereri, reclamantul formulând chiar cerere reconvențională prin care a solicitat extinderea programului de vizitare al minorului.

Subliniem totodată că actele de dispoziție efectuate de părțile inițiale, respectiv renunțarea reclamantului la judecată sau la dreptul pretins, ori achiesarea pârâtului la pretențiile reclamantului nu au nicio influență cu privire la cererea de intervenție principală, care va fi soluționată²⁵.

²² C. Roșu, *Drept procesual civil, op. cit.*, 2016, pp. 64-65.

²³ G. Boroș, M. Stancu, *Drept procesual civil, op. cit.*, 2017, p. 104.

²⁴ Jud. Sectorului 2 București, sent. nr. 8281/2022, consultată în I.A. Filote-Iovu, *Principiul disponibilității în faza judecății procesului civil, op. cit.*, p. 55.

²⁵ C. Roșu, *Drept procesual civil, op. cit.*, 2016, p. 66.

Apreciem că, privitor la alin. (3) al art. 62 C. pr. civ., ce reglementează faptul că, prin acordul expres al părților, intervenția principală se poate face și în instanța de apel, este necesară intervenția legiuitorului, în sensul precizării că este vorba despre părțile originare ale procesului ajuns în faza de apel, iar nu despre părțile din calea de atac a apelului, întrucât nu este vorba despre un apel incident.

Pe de altă parte, considerăm oportună pentru soluționarea cu celeritate a cauzei și pentru înlăturarea divergențelor jurisprudențiale, modificarea adusă alin. (3) și (4) ale art. 64 C. pr. civ., prin Legea nr. 310/2018, în sensul că încheierea prin care instanța se pronunță asupra admisibilității în principiu nu se poate ataca decât odată cu fondul, iar în ipoteza în care a fost respinsă cererea de intervenție ca inadmisibilă, hotărârea este desființată de drept, cauza fiind trimisă la rejudecare de la momentul discutării admisibilității în principiu a acesteia²⁶.

Spre deosebire de acesta, intervenția accesorie are natura juridică a unei simple apărări, motiv pentru care intervenientul accesoriu este subordonat părții în favoarea căreia a intervenit, neputând efectua decât actele ce profită acesteia.

Ca expresii ale poziției de dependență, precizăm că, dacă persoana în favoarea căreia a intervenit renunță la judecată sau la dreptul pretins, cererea de intervenție accesorie va fi respinsă ca lipsită de interes sau de obiect. Totodată, intervenientul accesoriu poate renunța la judecarea cererii sale doar cu acordul părții în favoarea căreia a intervenit, iar dreptul său de a exercita o cale de atac este condiționat de exercitarea acesteia de partea în favoarea căreia a intervenit, în caz contrar aceasta fiind socotită neavenită²⁷.

În jurisprudență²⁸ s-a apreciat că lipsa calificării de către instanța de fond a cererii de intervenție (principală sau accesorie) în condițiile în care intervenientul nu a făcut-o, nu poate constitui motiv de nulitate al hotărârii atacate, în condițiile în care procedura de soluționare și efectele produse sunt evident specifice intervenției accesorii, iar apelantul nu a suferit vreun prejudiciu.

Suntem parțial de acord cu această soluție, apreciind că, deși lipsa calificării de către instanță a cererii de intervenție ca fiind principală ori accesorie nu poate conduce decât la nulitatea relativă condiționată de probarea unei vătămări, apreciem că judecătorul are

²⁶ Anterior modificărilor, dispozițiile art. 64 alin. (3) și (4) C. pr. civ. prevedeau următoarele: „(3) Încheierea de admitere în principiu nu se poate ataca decât odată cu fondul. (4) Încheierea de respingere ca inadmisibilă a cererii de intervenție poate fi atacată în termen de 5 zile, care curge de la pronunțare pentru partea prezentă, respectiv de la comunicare pentru partea lipsă. Calea de atac este numai apelul, dacă încheierea a fost dată în prima instanță, respectiv numai recursul la instanța ierarhic superioară, în cazul în care încheierea a fost pronunțată în apel. Dosarul se înaintează, în copie certificată pentru conformitate cu originalul, instanței competente să soluționeze calea de atac în 24 de ore de la expirarea termenului. Întâmpinarea nu este obligatorie. Apelul sau, după caz, recursul se judecă în termen de cel mult 10 zile de la înregistrare. Judecarea cererii principale se suspendă până la soluționarea căii de atac exercitate împotriva încheierii de respingere ca inadmisibilă a cererii de intervenție”.

Precizăm că unele instanțe suspendau judecarea cauzei până la soluționarea căii de atac, iar altele acordau un termen suficient de lung pentru a acoperi perioada în care dosarul era în calea de atac.

²⁷ C. Roșu, *Drept procesual civil, op. cit.*, 2016, pp. 66-67.

²⁸ Trib. Suceava, S. a II-a civ., dec. nr. 113/2017, consultată [online] la adresa <https://www.jurisprudenta.com/jurisprudenta/speta-10hbwh05/> accesată la data de 22.05.2024.

obligația de a lămuri cadrul procesual sub toate aspectele, inclusiv cu privire la denumirea cererilor incidentale și a părților, pentru acuratețe.

Intervenția forțată. Chemarea în judecată a altor persoane presupune introducerea în proces a unei terțe persoane ce ar putea să pretindă aceleași drepturi ca și reclamantul, de către părțile procesului originar.

Un efect specific al unei astfel de cereri de intervenție forțată constă în scoaterea din proces a pârâtului în cazul în care acesta este chemat pentru o datorie bănească și recunoaște pretențiile bănești formulate împotriva sa. Dacă acesta declară că dorește să-și achite datoria față de cel care își va stabili judecătorește dreptul și va depune suma respectivă, judecata va continua între reclamant și terțul chemat în judecată.

Arătarea titularului dreptului poate fi făcută numai de către pârât și numai în cazul cererilor prin care se urmărește valorificarea unui drept real, în măsura în care între pârât și terțul arătat ca titular al dreptului real există un raport juridic cu privire la lucrul de formează obiectul cererii.

Cererea se comunică persoanei indicate ca titular al dreptului real împreună cu copiile de pe cererea de chemare în judecată și înscrisurile depuse la dosar, precum și reclaman-tului, întrucât scoaterea din proces a pârâtului nu se poate face decât cu încuviințarea acestuia.

Chemarea în garanție este o formă de intervenție forțată, prin care partea care ar putea pierde procesul poate să cheme în judecată o altă persoană împotriva căreia ar putea să se îndrepte cu o cerere de garanție sau în despăgubire.

Aceasta presupune existența unui proces civil aflat în faza judecătii în primă instanță și o legătură de dependență între cererea principală și cererea de chemare în garanție, astfel încât soluția ce se va da în cererea principală să poată influența soluția ce se va pronunța asupra cererii de chemare în garanție.

Reținem că aceasta se judecă odată cu cererea principală, însă dacă soluționarea celei din urmă este întârziată din cauza cererii de chemare în garanție, instanța poate dispune disjungerea și judecarea lor separată.

De exemplu, într-o cauză²⁹ având ca obiect „revendicare și rectificare carte funciară” a fost admisă în principiu cererea de chemare în garanție a vânzătorului și a succesorilor altui vânzător ai unui teren, de către pârâtii cumpărători, în temeiul art. 1705 C. civ., respectiv în temeiul răspunderii pentru evicțiune.

Observăm că în respectivul dosar cererea de chemare în garanție a fost depusă odată cu întâmpinarea, iar judecătorul a manifestat un rol activ foarte accentuat, mai ales că aceasta avea caracter inform, în sensul că nu erau nominalizați moștenitorii celui de-al doilea vânzător.

Apreciind că nu este oportun ca în circumstanțele cauzei să stabilească primul termen de judecată întrucât cadrul procesual nu era conturat în mod corespunzător, instanța a făcut adresă pârâtilor, cărora le-a pus în vedere pe de o parte să achite taxa judiciară de timbru

²⁹ Jud. Rădăuți, sent. nr. 973/2022, consultată în I.A. Filote-Iovu, *Principiul disponibilității în faza judecătii în procesul civil, op. cit.*, p. 57.

cu indicarea cuantumului acesteia, sub sancțiunea anulării acesteia ca netimbrată, iar pe de altă parte să precizeze numele și adresele moștenitorului celui de-al doilea vânzător, sub sancțiunea anulării acesteia pentru caracterul inform.

După ce părâții s-au conformat obligațiilor trasate în sarcina lor, cererea de chemare în garanție a fost comunicată reclamantului pentru a-și exprima poziția procesuală privind admisibilitatea în principiu, în termen de 10 zile, precum și celor chemați în garanție, pentru a depune întâmpinare în termen de 10 zile, acestora fiindu-le comunicate totodată și copii de pe cererea de chemare în judecată, întâmpinarea și înscrisurile depuse la dosar, sub rezerva punerii în discuție la primul termen de judecată a admisibilității în principiu.

Observăm totodată că, pentru primul termen de judecată, a fost comunicată părților întâmpinarea formulată de cei chemați în garanție.

La primul termen din data de 5 octombrie 2020, apreciind că sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 72 C. pr. civ., instanța a admis în principiu cererea de chemare în garanție, care a fost judecată odată cu cererea principală.

Observăm că, deși instanța a nesocotit dispozițiile art. 74 alin. (2) și (3) C. pr. civ., în sensul că nu a stabilit direct termen de judecată și a pus în vedere celor chemați în garanție să depună întâmpinare anterior punerii în discuție a admisibilității în principiu, apreciem că o astfel de soluție este justificată de circumstanțele cauzei, a respectat principiul contradictorialității și dreptul de apărare al părților. De altfel, niciuna dintre părți nu a invocat la primul termen de judecată vreo neregularitate și niciuneia nu i-a fost produsă vreo vătămare, iar cauza nu a suferit amânări succesive, judecătorul manifestând un rol foarte activ pentru ca, la primul termen de judecată, cadrul procesual să fie complet.

De altfel, în opinia noastră, deși din dispozițiile legale reiese că intervenientul devine parte în proces doar după admiterea în principiu a cererii de intervenție, apreciem că ar trebui reformate mai multe dispoziții legale din materia intervenției voluntare și a celei forțate.

Astfel, considerăm că pentru intervenția principală voluntară, art. 64 alin. (1) și art. 65 alin. (3) C. pr. civ. ar trebui să prevadă că se comunică părților cererea de intervenție și copii de pe înscrisurile atașate cererii, cu mențiunea de a depune întâmpinare în termen de 10 zile de la comunicare, sub rezerva punerii în discuție a admisibilității în principiu a cererii de intervenție. În mod excepțional, pentru motive temeinice, în cazul în care a fost admisă în principiu cererea de intervenție principală, părțile pot solicita repunerea în termenul de formulare a întâmpinării și acordarea unui termen de judecată, caz în care au obligația depunerii acesteia în termen de 10 zile.

Chiar dacă, potrivit art. 65 alin. (1) C. pr. civ., intervenientul devine parte în proces numai după admiterea sa în principiu, apreciem că nu este pricinuită nicio vătămare părților prin modificările pe care le propunem, din moment ce oricum acestora li se comunică actele sus-menționate și li se acordă termen pentru pregătirea apărării privind admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție voluntară.

Acest modificări propuse conduc implicit și la schimbarea conținutului art. 69 alin. (3), art. 74 alin. (3) și art. 77 alin. (2), rațiunile expuse rămânând valabile întocmai.

Astfel, încercând a îngloba toate situațiile ce s-ar ivi în practica judiciară, conchidem că, în momentul în care se comunică intervenienților forțați cererea de chemare în judecată,

întâmpinarea, înscrisurile și cererea de intervenție forțată, acestora li se pune în vedere să depună întâmpinare în cauză în termen de 10 zile, sub rezerva punerii în discuție a admisibilității în principiu a cererii de intervenție. În mod excepțional, pentru motive temeinice, în cazul în care a fost admisă în principiu cererea de intervenție forțată, intervenientul forțat poate solicita repunerea în termenul de formulare a întâmpinării și acordarea unui termen de judecată, caz în care are obligația depunerii acesteia în termen de 10 zile.

Apreciem că în această manieră terții intervenienți nu ar fi prejudiciați dacă și-ar formula apărări atât cu privire la admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție forțată, cât și cu privire la pretențiile formulate împotriva acestora, mai ales că, în ipoteza respingerii ca inadmisibilă a unei astfel de cereri, își pot recupera cheltuielile de judecată efectuate. Ba mai mult, dacă apreciază că în mod abuziv și cu rea-credință s-a solicitat introducerea lor în cauză, pot solicita amendarea persoanei responsabile, dar și plata de despăgubiri.

3. Concluzii

Prin principiul disponibilității se înțelege faptul că părțile pot determina nu numai existența procesului, ci și conținutul acestuia, prin stabilirea cadrului procesual, în privința obiectului, a cauzei sale juridice, a participanților la proces, a fazelor și etapelor pe care procesul civil le-ar parcurge.

Părțile, obiectul și cauza sunt cele trei elemente specifice ale acțiunii civile, ale oricărei forme procesuale ce intră în conținutul acțiunii civile.

În lipsa unei definiții a părților în actuala reglementare, propunem, ca, *de lege ferenda*, să se definească părțile procedurii contencioase ca fiind „persoanele fizice sau juridice care au un litigiu cu privire la un drept subiectiv civil dedus judecății sau la o situație juridică pentru a cărei realizare calea judecății este obligatorie și asupra căroră se răsfrâng efectele hotărârii judecătorești ce urmează a se pronunța ori care a fost pronunțată”, iar cele ale procedurii necontencioase, ca fiind persoanele „ce se adresează instanței prin care nu se urmărește stabilirea unui drept potrivit față de altcineva, precum și, dacă este cazul, persoanele chemate înaintea instanței pentru dezlegarea cererii respective”.

Pe lângă părțile necesare, în lipsa căroră nu poate fi conceput un proces, cadrul procesual poate fi extins prin intervenția lui *penitus extranei*, care trebuie să întrunească condițiile generale pentru exercițiul acțiunii civile.

În cadrul unui proces putem avea și coparticipare procesuală, adică mai multe părți în aceeași cauză, ceea ce reprezintă aplicația pe plan procesual a pluralității subiectelor raportului juridic substanțial.

Reținem totodată că părților inițiale li se pot alătura și alte persoane care intră în procesul originar din inițiativa lor (intervenția voluntară) sau a celor între care s-a stabilit inițial raportul juridic procesual (chemarea în judecată a altor persoane, chemarea în garanție, arătarea titularului dreptului și intervenția forțată, din oficiu, a altor persoane), lărgindu-se astfel litigiul.

Procedura încuviințării mandatului de ocrotire

The procedure for approving the protection mandate

Cons. jur. **Lorena Alexandra AVRAM***

Consiliul Județean Timiș

Abstract

The study analyzes the procedure for approving the protection mandate, an institution introduced in the Romanian legal landscape by Law no. 140/2022, the approval and, respectively, its revocation procedure being regulated by art. 943¹ - 943⁷ introduced in the Code of Civil Procedure by the same law. As in the case of other measures to protect the natural person, the procedure regulated in this matter has a contentious nature, the participation of the prosecutor being mandatory, our legislator also provided for special forms of communication of the court decision, which take into account the interest third parties, considering the fact that the approval of the protection mandate aims to protect a double interest - both of the protected person and of third parties.

Keywords: protection mandate, consent, guardianship, revocation, prosecutor, guardianship court.

Rezumat

Studiul analizează procedura de încuviințare a mandatului de ocrotire, instituție introdusă în peisajul juridic românesc prin Legea nr. 140/2022, procedura de încuviințare și, respectiv, de revocare a acestuia fiind reglementată de art. 943¹-943⁷ introduse în Codul de procedură civilă prin aceeași lege. La fel ca în cazul altor măsuri de ocrotire a persoanei fizice, procedura reglementată în această materie are un caracter contencios, participarea procurorului fiind obligatorie, legiuitorul nostru prevăzând, de asemenea, forme speciale de comunicare a hotărârii judecătorești, care au în vedere interesul terților, în condițiile în care încuviințarea mandatului de ocrotire vizează protejarea unui dublu interes – atât al persoanei ocrotite, cât și a terților.

Cuvinte-cheie: mandat de ocrotire, încuviințare, curatelă, revocare, procuror, instanța de tutelă.

1. Preliminarii. Procedura încuviințării mandatului de ocrotire este reglementată de dispozițiile art. 943¹-943⁷ C. pr. civ., aceasta fiind introdusă prin Legea nr. 140/2022 privind

* avramlorenaa@yahoo.com

unele măsuri de ocrotire pentru persoanele cu dizabilități intelectuale și psihosociale și modificarea unor acte normative¹. Mandatul de ocrotire este reglementat de art. 2029¹-2029¹⁰ C. civ. într-o modalitate asemănătoare instituției omonime din dreptul francez (*mandat de protection future*), ce se regăsește în art. 477-478 C. civ. francez, reglementată după modelul introdus mai înainte în dreptul provinciei canadiene de limbă franceză Quebec, care are un sistem juridic de inspirație romano-germanică.

Contractul de mandat cu reprezentare a fost definit în doctrină² ca fiind „convenția prin care o persoană, numită mandatar, se obligă să îndeplinească anumite acte juridice pe seama unei alte persoane, numită mandant, de la care a primit o împuternicire și pe care o reprezintă”.

Mandatul de ocrotire este definit de literatura de drept civil³ ca fiind „un contract de mandat cu reprezentare, dat prin înscris autentic notarial de o persoană cu capacitate de exercițiu deplină sau de majorul care beneficiază de consiliere judiciară, cu încuviințarea ocrotitorului legal și cu autorizarea instanței de tutelă pentru situația în care nu ar mai putea să se îngrijească de persoana sa ori să își administreze bunurile”. Mandatul de ocrotire, fiind o formă de reprezentare a persoanei fizice, este, deopotrivă, atât un mod de exercitare a drepturilor și obligațiilor civile, cât și o măsură de protecție⁴.

Astfel, „mandatul de ocrotire este o instituție juridică nou introdusă în sistemul nostru de drept, ca o măsură de precauție a persoanei care urmărește ca în situația în care nu va mai putea să aibă grijă de persoana sau bunurile sale să fie deja desemnată persoana care să o ajute în acest sens. (...) Din cauza consecințelor pe termen lung, mandatul de ocrotire se încheie prin înscris autentic notarial, astfel cum dispune art. 2029¹ alin. (3) C. civ.”⁵.

Potrivit dispozițiilor art. 2029¹ alin. (1) teza a doua C. civ., mandatul de ocrotire poate fi dat și de majorul care beneficiază de consiliere judiciară, cu încuviințarea ocrotitorului legal și cu autorizarea instanței de tutelă.

Așa cum s-a arătat în doctrina de drept procesual civil⁶, „legiuitorul a instituit, în concluzie, două ipoteze: (1) mandatul de ocrotire este dat de majorul cu capacitate de exercițiu deplină (pentru anumite ipoteze factuale); și (2) mandatul de ocrotire este dat de majorul care beneficiază de consiliere judiciară, potrivit legii. Se poate observa că în ipoteza a doua existența mandatului de ocrotire impune, pe de o parte, încuviințarea ocrotitorului legal, iar pe de altă parte, autorizarea instanței de tutelă”.

Executarea mandatului de ocrotire este condiționată, conform dispozițiilor art. 2029¹ alin. (4) C. civ., de survenirea deteriorării facultăților mintale ale mandantului, constatată ca urmare a întocmirii unor rapoarte de evaluare medicală și psihologică, și de încuviințarea acestuia de către instanța de tutelă, la cererea mandatarului desemnat în contract, instanța de tutelă putând, așa cum prevede alin. (5) al aceluiași articol, „cu ocazia încuviințării

¹ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 500 din 20 mai 2022.

² C. Roșu, *Contractul de mandat în dreptul intern*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 14.

³ E. Chelaru, M. Chelaru, *Drept civil. Persoanele*, Ed. C.H. Beck, București, 2023, p. 189.

⁴ C.T. Ungureanu, I.Al. Toader, *Drept civil. Persoanele*, Ed. Hamangiu, București, 2022, p. 542.

⁵ C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială*, ediția a 12-a, Ed. C.H. Beck, București, 2023, p. 126.

⁶ V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu, *Drept procesual civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2023, p. 721.

mandatului, pentru a evita prejudicierea gravă a mandantului, să ia orice măsură necesară pentru ocrotirea persoanei mandantului, reprezentarea acestuia în exercitarea drepturilor și libertăților sale civile sau administrarea bunurilor lui”.

Instituția mandatului de ocrotire își are originea în dreptul quebechian, unde, în 1989, legiuitorul din Quebec a inventat o instituție originală, ca substitut facultativ al tutelei sau curatelei, pe care a denumit-o „mandat dat în caz de incapacitate a mandantului”, aceasta fiind preluată în 1991 în Codul civil al Quebecului⁷. În concepția literaturii juridice quebechiene⁸, mandatul în caz de incapacitate constituie act juridic care permite unei persoane să organizeze, în timp ce este capabilă să facă acest lucru, gestionarea proprietăților sale și protecția propriei persoane în anticiparea incapacității ei viitoare. Ea poate astfel identifica în avans persoana care se va ocupa de administrarea proprietăților sale și de bunăstarea ei, precum și ce puteri îi acordă acestei persoane, legiuitorul creând o instituție juridică utilă și eficientă ca modalitate de organizare a treburilor sale. În dreptul quebechian a existat o vie dezbateră cu privire la natura juridică a acestei instituții încă de la momentul introducerii ei în anul 1989. Pe de o parte, unii autori consideră mandatul dat în anticiparea incapacității drept un regim de protecție, în vreme ce alți autori susțin natura juridică de contract a acestuia. Teza aleasă depinde de sistemul de valori susținut. Astfel, dacă mai mulți autori asociază mandatul în caz de incapacitate cu regimurile de respectare a autonomiei reziduale a persoanei, pentru ceilalți, respectarea principiului autodeterminării persoanei se dovedește a fi mai important, motiv pentru care aceștia din urmă îl considerat un contract⁹.

2. Procedura încuviințării mandatului de ocrotire. Procedura de încuviințare a mandatului de ocrotire este reglementată în Titlul II din Cartea a VI-a, Proceduri speciale, care poartă denumirea *Procedura instituirii consilierii judiciare sau a tutelei speciale. Încuviințarea mandatului de ocrotire*, în art. 943¹-943⁷ C. pr. civ., grupate în Capitolul II, *Încuviințarea mandatului de ocrotire*. Anumite prevederi sunt aplicabile de la procedura instituirii consilierii juridice sau a tutelei speciale¹⁰.

Privind comparativ cele două proceduri reglementate de Titlul II se poate lesne observa o diferență majoră între ele, care reiese chiar din terminologia utilizată de legiuitor. Astfel, dacă, în ceea ce privește consilierea judiciară și tutela specială, este folosită noțiunea de „înstituire”, în ceea ce privește mandatul de ocrotire, este folosită noțiunea de „încuviințare”, cele două noțiuni arătând rolul distinct al instanței de tutelă în acestea, precum și soriginea contractuală a celei din urmă, ceea ce impune procedurii urmate o componentă de verificare și aprobare (autorizare).

3.1. Instanța competentă. Din lectura dispozițiilor art. 943¹ C. pr. civ., cererea de încuviințare a mandatului de ocrotire se soluționează de instanța de tutelă în a cărei

⁷ C. Fabien, *Le mandat de protection en cas d'incapacité du mandant: une institution à parfaire*, disponibil la <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/2239>.

⁸ K. Désilet, *Le mandat en cas d'incapacité: la réconciliation des idées*, disponibil la https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_38/38-2-desilets.pdf.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială*, p. 126.

circumscripție își are domiciliul mandantul sau, după caz, beneficiarul mandatului de ocrotire. Prin urmare, în ceea ce privește competența teritorială, „aceasta este una exclusivă, cererea de încuviințare a mandatului de ocrotire urmând a fi soluționată de instanța de tutelă în a cărei circumscripție își are domiciliul mandantul sau, după caz, beneficiarul mandatului de ocrotire. Competența materială nu este reglementată în mod special, urmând a se aplica dreptul comun, respectiv art. 94 pct. 1 lit. a) NCPC, care face trimitere la cererile date în competența instanței de tutelă, deci competentă va fi judecătoria”¹¹.

3.2. Cererea de încuviințare a mandatului de ocrotire. În ceea ce privește calitatea procesuală activă, aceasta este una „exclusivă, în sensul că este recunoscută doar mandatarului care poate formula cererea de încuviințare a mandatului de ocrotire”¹², aspect ce reiese în mod clar din lectura dispozițiilor art. 943² alin. (1) C. pr. civ. care prevăd: „Cererea poate fi formulată numai de către mandatar”.

Așa cum rezultă din dispozițiile art. 943² alin. (1) C. pr. civ., cererea de încuviințare a mandatului de ocrotire va fi însoțită de următoarele documente:

- a) o copie a contractului de mandat de ocrotire;
- b) rapoartele de evaluare medicală și psihologică având cuprinsul prevăzut la art. 938 alin. (6)¹³ și, dacă este cazul, referatul prevăzut la art. 938 alin. (3)¹⁴, întocmite cu cel mult două luni înainte de data sesizării instanței;
- c) în cazul prevăzut la art. 114 alin. (6) din Codul civil¹⁵, certificatul de deces al mandantului sau, după caz, dovezile privitoare la motivele pentru care acesta nu își mai poate îndeplini sarcina tutelei față de beneficiarul contractului de mandat de ocrotire, precum și o copie a hotărârii prin care cu privire la acesta a fost instituită tutela specială.

Procedura de încuviințare a mandatului de ocrotire a fost caracterizată de către doctrina de drept procesual civil¹⁶ ca fiind una cu „caracter contencios, ceea ce înseamnă că

¹¹ V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu, *op. cit.*, p. 722.

¹² C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială*, p. 127.

¹³ Art. 938 alin. (6) C. pr. civ. prevede: „Raportul de evaluare medicală și cel de evaluare psihologică a persoanei a cărei ocrotire se solicită cuprind, după caz, referiri la natura și gradul de severitate al afecțiunii psihice și la evoluția previzibilă a acesteia, la amplasarea nevoilor sale și la celelalte circumstanțe în care se găsește, precum și mențiuni privind necesitatea și oportunitatea instituirii unei măsuri de ocrotire”.

¹⁴ Conform art. 938 alin. (3) C. pr. civ., „procurorul va face cercetările necesare, va dispune efectuarea unei evaluări medicale și a uneia psihologice, stabilind și termenul în care acestea trebuie realizate. Dacă cel cu privire la care a fost solicitată instituirea măsurii de ocrotire este internat într-o instituție sanitară, va dispune întocmirea unui referat și de către aceasta. Cu ocazia efectuării evaluării medicale și, după caz, a întocmirii referatului, poate fi solicitat și punctul de vedere al medicului curant al persoanei a cărei ocrotire se cere. De asemenea, procurorul va dispune întocmirea unui raport de anchetă socială de către autoritatea tutelară”.

¹⁵ Art. 114 alin. (6) C. civ. prevede că „părintele cu capacitate de exercițiu deplină, care exercită autoritatea părintească asupra copilului său minor sau care este tutorele copilului său major cu privire la care a fost instituită tutela specială, poate să încheie un contract de mandat de ocrotire cu privire la îngrijirea acestuia, pentru situația în care mandantul decedează sau nu își mai poate îndeplini sarcina tutelei. Dispozițiile prezentului alineat se aplică și rudelor de până la gradul al doilea inclusiv care sunt tutori ai minorului sau ai majorului care beneficiază de tutelă specială”.

¹⁶ V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu, *op. cit.*, p. 722.

va avea calitate procesuală pasivă mandantul sau, după caz, beneficiarul mandatului de ocrotire. Această concluzie reiese și din art. 943⁴ alin. (1) NCPC, care prevede că cererea se soluționează în camera de consiliu, cu citarea în termen scurt a mandantului sau, după caz, a beneficiarului contractului de mandat de ocrotire și a mandatarului”.

3.3. Măsurile prealabile. Art. 943³ C. pr. civ. reglementează faza prealabilă judecării cererii, necontradictorie în esența sa, care se desfășoară sub coordonarea și verificarea judecătorului. Astfel, după primirea cererii, instanța va dispune să se comunice copii de pe cerere și de pe înscrisurile anexate mandantului sau, după caz, beneficiarului mandatului de ocrotire și procurorului.

De asemenea, instanța va dispune ca cererea să fie comunicată, în copie, și unei persoane din familia mandantului, precum și persoanei desemnate în contract față de care urmează să fie îndeplinită obligația de a da socoteală¹⁷. Comunicarea cererii către aceste din urmă persoane nu face ca acestea să devină părți în această procedură specială, însă acestea vor putea formula o cerere de intervenție voluntară principală sau accesorie, dacă sunt îndeplinite cerințele impuse de lege pentru acestea¹⁸.

În conformitate cu dispozițiile alin. (3) al art. 943³ C. pr. civ., instanța are obligația de a verifica în Registrul național notarial prevăzut la art. 2.033 C. civ. dacă mandatul de ocrotire nu a fost revocat de către mandant sau dacă mandatarul nu a renunțat la mandat, solicitând notarului public instrumentator transmiterea, pe cale electronică, a unei copii certificate a contractului.

În tot cursul procedurii, instanța poate lua măsuri provizorii cerute de interesele mandantului sau, după caz, beneficiarul contractului de mandat de ocrotire, putând chiar să numească un curator special. Instanța îl numește cu prioritate în această calitate pe mandatarul din contractul de mandat de ocrotire. Luarea acestor măsuri este prevăzută și de dispozițiile art. 2029¹ alin. (5) C. civ., care prevăd: „Instanța de tutelă poate, cu ocazia încuviințării mandatului, pentru a evita prejudicierea gravă a mandantului, să ia orice măsură necesară pentru ocrotirea persoanei mandantului, reprezentarea acestuia în exercitarea drepturilor și libertăților sale civile sau administrarea bunurilor lui”.

3.4. Reguli privind soluționarea cererii. Art. 943⁴ C. pr. civ. reglementează regulile speciale de judecată aplicabile în materia cererii de încuviințare a mandatului de ocrotire. Așa cum am mai arătat, alin. (1) al acestui articol prevede că „cererea se soluționează în camera de consiliu, cu citarea în termen scurt a mandantului sau, după caz, a beneficiarului contractului de mandat de ocrotire și a mandatarului”, la soluționarea acesteia fiind obligatorie participarea procurorului.

Instanța are obligația ascultării mandantului sau, după caz, a beneficiarului contractului de mandat, punându-i și întrebări pentru a constata necesitatea și oportunitatea încuviințării mandatului de ocrotire, așa cum prevede art. 943⁴ alin. (3) C. pr. civ., care stipulează, de asemenea, că dispozițiile art. 940 alin. (3) teza finală și alin. (4) C. pr. civ. sunt aplicabile. Așa fiind, dacă este în interesul celui a cărui punere sub ocrotire este cerută, așa cum

¹⁷ C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială*, p. 127.

¹⁸ V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu, *op. cit.*, p. 723.

prevede teza a doua a art. 940 alin. (3) C. pr. civ., acesta va fi ascultat la locuința sa, acolo unde este îngrijit sau în alt loc apreciat de instanță ca fiind potrivit.

Alin. (4) al art. 940 C. pr. civ. prevede o regulă specială, care e menită să asigure persoanei a cărei ocrotire se cere un confort sporit, ținându-se cont de situația specială în care aceasta se află, astfel că la ascultarea celui a căruia ocrotire se solicită poate fi de față "o persoană de încredere". Această noțiune nu este definită de Cod, astfel că revine instanței de tutelă rolul de a aprecia cine poate fi această persoană și dacă este necesară prezența sa la audiere. În acest sens s-a exprimat și doctrina, care a arătat că „termenul *de încredere* este vag și nu este clar dacă legiuitorul s-a referit la soț, concubin, o rudă sau afin până la gradul al patrulea inclusiv, la o persoană apropiată sau persoana care îl îngrijește. De aceea, în opinia noastră, instanța de judecată este cea care va aprecia dacă persoana indicată poate fi considerată de încredere”¹⁹.

Așa cum s-a arătat în doctrină²⁰, ascultarea acestor persoane se va realiza „prin intermediul interrogatorului prevăzut de art. 351 C. pr. civ. Potrivit acestui text legal, instanța poate încuviința din oficiu chemarea la interogatoriu a oricăreia dintre părți, cu privire la fapte personale, care sunt de natură să ducă la soluționarea procesului”.

În cadrul acestei proceduri, instanța este datoră să verifice dacă mandantul a desemnat prin contract o persoană căreia mandatarul trebuie să îi dea socoteală, iar în caz contrar, desemnează o asemenea persoană, cu acordul acesteia²¹.

Alin. (5) al art. 943⁴ C. pr. civ. stipulează că dispozițiile art. 940 alin. (7) rămân aplicabile, sens în care pe întreaga durată a procedurii, aceasta va fi informată, în modalități adaptate stării acesteia, despre desfășurarea procedurii judiciare, precum și despre luarea oricărei măsuri cu privire la persoana și bunurile sale²².

În această procedură, instanța se pronunță prin încheiere, care este supusă numai apelului²³, astfel că, în conformitate cu dispozițiile alin. (6) al art. 943⁴ C. pr. civ., „dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege, instanța încuviințează mandatul de ocrotire prin încheiere”. Așa cum prevede art. 2029⁶ alin. (1) C. civ., „dacă mandatarul este însărcinat cu administrarea bunurilor mandantului, în termen de 10 zile de la încuviințarea mandatului de către instanța de tutelă, acesta procedează la întocmirea inventarului bunurilor mandantului, care va fi transmis, în copie, instanței de tutelă și persoanei căreia mandatarul trebuie să îi dea socoteală”²⁴.

3.5. Comunicarea hotărârii. Art. 943⁶ C. pr. civ. instituie reguli speciale de comunicare a hotărârilor pronunțate în această procedură, având în vedere că încuviințarea mandatului

¹⁹ S. Stănilă, C. Roșu, *Procedura punerii sub interdicție judecătorească în „haine” noi*, Revista „Dreptul” nr. 11/2022, p. 55.

²⁰ C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială*, p. 128.

²¹ V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu, *op. cit.*, p. 724.

²² C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială*, p. 128.

²³ Conform dispozițiilor art. 943⁵ C. pr. civ., care reglementează calea de atac, „încheierea prin care instanța a soluționat cererea de încuviințare a mandatului de ocrotire este supusă numai apelului”.

²⁴ V.M. Ciobanu, T.C. Briciu, C.C. Dinu, *op. cit.*, p. 724.

de ocrotire vizează protegerea unui dublu interes – atât al persoanei ocrotite, cât și a terților. Așa cum dispune textul normativ mai sus amintit, după rămânerea definitivă a încheierii prin care a fost încuviințat mandatul de ocrotire, instanța care a pronunțat-o va comunica, de îndată, dispozitivul acesteia, în copie legalizată, notarului public instrumentator al mandatului de ocrotire, precum și instituțiilor prevăzute la art. 941, respectiv:

a) serviciului public comunitar local de evidență a persoanelor la care nașterea celui pus sub ocrotire este înregistrată, pentru a se face mențiune pe marginea actului de naștere. Justificarea comunicării către aceasta instituție rezidă în aceea că toate modificările în privința persoanei și a statutului ei trebuie menționate acolo unde este înregistrată nașterea;

b) serviciului sanitar competent, pentru ca acesta să instituie asupra celui pus sub ocrotire, potrivit legii, o supraveghere permanentă. În acest caz comunicare se justifică prin aceea că bolile care au condus la instituirea măsurii de ocrotire necesită tratament continuu și, de aceea, serviciul sanitar trebuie să ia măsuri pentru supravegherea persoanei respective;

c) biroului de cadastru și publicitate imobiliară competent, pentru notarea în cartea funciară, când este cazul, întrucât dacă persoana ocrotită are în proprietate bunuri imobile sau dezmembrăminte ale dreptului de proprietate, se impune notarea în cartea funciară a măsurii de ocrotire, pentru a preîntâmpina posibilitatea încheierii unor acte de dispoziție cu privire la acestea;

d) registrului comerțului, dacă persoana pusă sub ocrotire este profesionist. Și în acest caz, dacă persoana ocrotită se regăsește înscrisă la registrul comerțului, se impune notarea mențiunilor cu privire la măsurile de ocrotire pentru ca potențialii parteneri de afaceri să cunoască aceste împrejurări;

e) Registrului național de evidență a măsurilor de sprijin și ocrotire luate de notarul public și instanța de tutelă, ținut de Uniunea Națională a Notarilor Publici din România. Acest registru are ca principal scop evidența măsurilor de sprijin sau ocrotire luate față de persoanele fizice, fiind, în principal, un instrument la îndemână notarului pentru a cunoaște dacă persoana care solicită încheierea unui act juridic se află sau nu sub o astfel de măsură, cu consecințele juridice aferente²⁵.

În situația în care instanța respinge cererea de încuviințare a mandatului de ocrotire, curatela specială instituită pe durata soluționării acesteia încetează de drept, aceasta întrucât curatela este instituită pentru o perioadă de timp limitată la intervalul de timp în care se desfășoară procedura de încuviințare a mandatului de ocrotire, având, așa cum prevede art. 943³ alin. (4) C. pr. civ., un caracter provizoriu și special. Caracterul provizoriu al acesteia derivă din faptul că ea este limitată în timp, iar cel special vizează instituirea ei exclusiv în scopul protejării intereselor mandantului sau, după caz, ale beneficiarului contractului de mandat de ocrotire. Prin urmare, odată respinsă cererea de încuviințare a

²⁵ În acest sens, a se vedea mai pe larg C. Roșu, *Drept procesual civil. Partea specială*, p. 129.

mandatului de ocrotire, menținerea curatei speciale nu mai are niciun temei, raporturile juridice dintre persoanele implicate în procedura de încuviințare a mandatului de ocrotire revenind la normal, ceea ce înseamnă că vor fi guvernate de regulile dreptului comun.

3.6. *Revocarea mandatului de ocrotire încuviințat.* Art. 943⁷ C. pr. civ. dispune în mod lapidar: „Cererea de revocare a mandatului de ocrotire încuviințat se judecă potrivit dispozițiilor cuprinse în prezentul capitol”. Acest text procesual care prevede doar aplicarea acelorași norme de procedură ca în cazul încuviințării și în cazul revocării mandatului de ocrotire trebuie coroborat cu dispozițiile art. 2030 alin. (2) C. civ., care prevăd că, „în cazul mandatului de ocrotire, orice persoană dintre cele prevăzute la art. 111 poate, dacă mandatul nu este executat corespunzător, să solicite instanței de tutelă să dispună revocarea acestuia, îndeplinirea obligației mandatarului de a da socoteală, precum și o măsură de ocrotire cu privire la mandant”.

Art. 111 C. civ. prevede care sunt persoanele obligate să înștiințeze instanța de tutelă, acestea fiind cele care au calitate procesuală activă în procedura revocării mandatului de ocrotire încuviințat:

„a) persoanele apropiate minorului, precum și administratorii și locatarii casei în care locuiește minorul;

b) serviciul de stare civilă, cu prilejul înregistrării morții unei persoane, precum și notarul public, cu prilejul deschiderii unei proceduri succesorale;

c) instanțele judecătorești, cu prilejul condamnării la pedeapsa penală a interzicerii drepturilor părintești;

d) procurorul, autoritățile administrației publice locale, instituțiile de ocrotire, precum și orice altă persoană”.

În ceea ce privește persoanele menționate la lit. a), apreciez că, *mutatis mutandis*, calitate procesuală vor avea persoanele apropiate mandantului, precum și administratorii și locatarii casei în care locuiește mandantul.

După cum se poate lesne observa din lectura textului art. 111 lit. d) C. civ., care folosește sintagma „orice altă persoană”, enumerarea făcută în text nu este una limitativă, orice persoană care justifică un interes putând sesiza instanța de tutelă cu cererea de revocare a mandatului de ocrotire încuviințat, în condițiile art. 2030 alin. (2) C. civ.

4. Concluzii. Odată cu adoptarea Legii nr. 140/2022, în peisajul juridic românesc a fost introdusă instituția mandatului de ocrotire, fiind reglementate dispoziții procesuale în materia procedurii de încuviințare și, respectiv, de revocare a acestuia prin introducerea în Codul de procedură civilă a art. 943¹-943⁷. La fel ca în cazul altor măsuri de ocrotire a persoanei fizice, procedura reglementată în această materie are un caracter contencios, participarea procurorului fiind obligatorie, legiuitorul nostru a prevăzând, de asemenea, forme speciale de comunicare a hotărârii judecătorești.

În reglementarea acestei noi proceduri, legiuitorul a preluat unele dispoziții din materia instituirii consilierii judiciare sau a tutelei speciale, cel mai adesea prin utilizarea unor norme de trimitere, dar a avut în vedere și natura juridică de contract autentic notarial a

mandatului de ocrotire, ceea ce implică verificări pe care instanța de tutelă trebuie să le facă în Registrul național notarial, precum și procedura de comunicare cu notarul instrumentator.

Reglementarea mandatului de ocrotire și a procedurii încuviințării lui reprezintă un veritabil pas înainte, prin care legislația românească se corelează cu alte sisteme de drept în materia protecției persoanei fizice, procedura astfel reglementată fiind una suplă, simplă și rapidă.

*Rubrica Centrului pentru Dreptul
Afacerilor Timișoara*

Recalificarea unor sume acordate salariaților, asociaților și colaboratorilor

Reclassification of amounts granted to employees, associates and collaborators

Prof. univ.dr. **Radu BUFAN***

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Asist. univ. dr. **Natalia ȘVIDCHI***

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Abstract

The principle of economic substance over legal form is the core of the general anti-abuse rule in tax legislation and requires the taxation of operations according to economic substance and not to their legal form. The determination of the economic substance of an operation involves, in many cases, the assessment of the legal substance, since, in the absence of the corroborated application of the provisions defining its legal regime, the premises for abusive application of anti-abuse provisions can be created.

Keywords: reclassification of treasury advances. reclassification of amounts paid for the use of agricultural land. reclassification of self-employment into dependent activities.

Rezumat

Principiul prevalenței economiei asupra juridicului fundamentează regula generală anti-abuz din legislația fiscală și reclamă impozitarea operațiunilor în funcție de substanța economică și nu de forma lor juridică. Determinarea substanței economice a unei operațiuni implică, în multe cazuri, stabilirea substanței juridice, întrucât, în lipsa aplicării coroborate a dispozițiilor care conturează regimul juridic acesteia, se pot crea premisele aplicării abuzive a dispozițiilor antiabuz.

Cuvinte-cheie: recalificare avansuri de trezorerie, recalificare sume plătite pentru folosința terenurilor agricole. recalificare activități independente în activități dependente.

* radu.bufan@e-uv.ro

* natalia.svidchi@e-uv.ro

1. Introducere

Rigorile legislației fiscale impun nu doar să plătim impozite, taxe și contribuții, după caz, asupra oricărui venit realizat, dar și ca veniturile astfel fiscalizate să fie, în prealabil, corect calificate din punct de vedere economic. Orice încercare de a schimba natura economică a veniturilor realizate, cu consecința diminuării obligațiilor fiscale aferente, se traduce în evitare fiscală.

Sunt relativ puține situațiile în care se poate argumenta că un anumit venit scapă impozitării sau, mai bine spus, reglementării fiscale; legiuitorul a avut, în principiu, grijă, prin edictarea unor texte de lege cuprinzătoare, să reglementeze regimul fiscal al oricărui venit.

Semnificativ mai dese sunt cazurile caracterizate printr-un conflict de calificare a naturii unui venit sau a unei încasări, după caz¹. Dacă în unele situații însuși bunul-simț (fiscal) dictează natura venitului/a încasării, există situații în care sunt necesare analize temeinice ale legislației aplicabile.

Deși materia fiscală aparține dreptului public, contribuabilul nu este lipsit de libertatea de a-și structura astfel activitatea încât să achite un impozit mai mic. Limita acestei libertăți este necunoscută, fiind coborâtă sau ridicată, după caz, în mod constant, în funcție de partea care câștigă pe terenul argumentelor.

Legislația noastră fiscală – Codul fiscal și Codul de procedură fiscală – conține reguli anti-abuz, care ne spun că nu contează decât scopul economic al unei tranzacții, natura economică a venitului obținut, forma (și fondul) juridică fiind indiferent(e). În practică, organele fiscale duc această regulă, devenită deja cardinală, la extreme, în sensul în care aprecierea naturii tranzacției sau a venitului se face exclusiv în temeiul preceptelor fiscale. Puține însă sunt cazurile în care aceste precepte sunt suficiente, în majoritatea cazurilor fiind necesară o analiză coroborată cu reglementări juridice asociate pentru a ajunge la soluția corectă.

În opinia noastră, chiar dacă în materie fiscală economicul prevalează asupra juridicului, nu se poate, totuși, stabili natura economică a tranzacției/venitului fără o fundamentare juridică.

În continuare, ne propunem să analizăm câteva cazuri din practică care ilustrează cele evidențiate mai sus: cazuri în care natura economică este relativ evidentă și care nu generează conflicte între reglementări, dar și cazuri în care, în opinia noastră, recalificarea (exclusiv) fiscală dovedește slăbiciunile sistemului anti-abuz din materia fiscală, cel puțin astfel cum este înțeles de către autoritățile fiscale.

¹ Cu privire la subiectul recalificării indemnizațiilor de detașare în venituri de natură salarială/asimilate salariilor a se vedea M.V. Buliga, *Regimul fiscal al indemnizațiilor de detașare/specifice detașării transnaționale – cronică a două amnistii fiscale anunțate (partea I)*, publicat în Revista Consultant Fiscal nr. 2/2023, Ed. Universul Juridic, București, pp. 4-9 și M.V. Buliga, *Regimul fiscal al indemnizațiilor de detașare/specifice detașării transnaționale – cronică a două amnistii fiscale anunțate (partea a II-a)*, publicat în Revista Consultant Fiscal nr. 3/2023, Ed. Universul Juridic, București, pp. 15-21.

2. Recalificarea avansurilor de trezorerie în venituri din salarii și asimilate salariilor

Chiar dacă organele fiscale dau dovadă, de multe ori, de exces de zel cu ocazia efectuării inspecțiilor fiscale, urmărind evident să crească sarcina fiscală a contribuabilului verificat, nici contribuabilii nu sunt, în toate cazurile, de bună-credință, fiind des întâlnite „construcții” juridice prin care se urmărește diminuarea sarcinii fiscale sau chiar eliminarea acesteia.

Un asemenea caz, poate deja clasic, este cel în care persoane care au fapte înscrise în cazierul fiscal și care nu mai pot avea calitatea de asociat în alte societăți, din cauza efectelor acestei stări de fapt (printre care și anularea codului de TVA), interpun alte persoane în calitate de asociați.

Modul în care asociații „oculți” înțeleg să beneficieze de veniturile societății este de a deveni salariați în cadrul acesteia. Pentru că salariile reprezintă printre cele mai impozitate venituri, salariul primit de către asociatul ocult va fi cel mult unul mediu, în scopul completării veniturilor fiind preferată varianta, neînțeleaptă, dar convenabilă din punct de vedere fiscal, a avansurilor de trezorerie. Soarta fiscală a acestor avansuri de trezorerie, nerestituite și nejustificate, este, de regulă, următoarea: recalificarea în venituri salariale, cu consecința calculării impozitului pe venit și a contribuțiilor sociale prin procedeul sutei micșorate (*gross up*), în ipoteza în care nu se ajunge chiar la plângeri penale pentru delapidare, ca și în cazul absenței sumelor înregistrate în contul de casă.

Într-o asemenea situație, prevederile art. 76 alin. (1) C. fisc., coroborate cu cele ale art. 11 alin. (1) C. fisc., reprezintă temeiuri care ar putea justifica recalificarea avansurilor de trezorerie, nerestituite și nejustificate de salariat, în venituri de natură salarială.

Probabil provocarea cea mai mare într-o asemenea situație este că toate obligațiile suplimentare, reprezentate de impozitul pe venit și de contribuțiile sociale, sunt calculate prin procedeul sutei micșorate și sunt puse exclusiv în sarcina societății.

Considerăm că exemplul prezentat este unul în care cu greu poate fi contestată recalificarea avansurilor de trezorerie în venituri salariale; nu înseamnă însă că necesitatea recalificării nu trebuie întemeiată în fapt și în drept de către organele de inspecție fiscală.

Din punctul de vedere al situației de fapt, organul de inspecție fiscală este obligat să țină cont de toate circumstanțele care o conturează, spre exemplu, de eventualele stingeri ale avansurilor de trezorerie prin compensare sau prin orice altă modalitate care nu presupune restituirea efectivă a acestora. Tot astfel, fundamentarea greșită în drept a operațiunii de recalificare, prin omisiunea indicării regulii generale și/sau a celor speciale anti-abuz, după caz, reprezintă, în opinia noastră, un motiv de anulare a actului de impunere.

3. Recalificarea avansurilor de trezorerie în dividende

O altă categorie de cazuri este reprezentată de cea în care avansurile de trezorerie sunt acordate asociaților. În astfel de situații, practica organelor fiscale este de a recalifica aceste

avansuri în dividende, cu consecința perceperii impozitului pe venit și a CASS, după caz. Bineînțeles, și în astfel de situații obligațiile fiscale suplimentare calculate sunt stabilite prin procedeul sutei micșorate și sunt impuse în sarcina societății.

Spre deosebire de categoria de cazuri prezentată mai sus, în aceste situații, procesul de recalificare impune o analiză temeinică nu numai a prevederilor legislației fiscale, care conține o definiție specială a noțiunii de dividend, dar și analiza prevederilor de „drept comun” ale legii societăților comerciale care reglementează regimul juridic al distribuirilor din profit.

Astfel, într-o cauză, cu ocazia efectuării inspecției fiscale, organele de control au constatat că societatea verificată a înregistrat în soldul debitor al contului 5311 „Casa în lei” o anumită sumă ridicată din casierie de administratorul societății care avea și calitatea de asociat, sumă care a fost recalificată în dividende.

În drept au fost invocate prevederile art. 7 alin. (1) pct. 12, coroborate cu dispozițiile art. 67 alin. (1) C. fisc. 2003, potrivit cărora se consideră dividend, din punct de vedere fiscal, și se supune aceluiași regim fiscal și „suma plătită de o persoană juridică pentru bunurile sau serviciile furnizate în favoarea unui participant la persoana juridică, dacă plata este făcută de către persoana juridică în folosul personal al acestuia”.

Or, după cum reiese în mod clar din prevederile art. 7 alin. (1) pct. 12 C. fisc. 2003 și după cum a reținut și instanța care a soluționat cauza în fond inițial², dar și după casarea cu trimitere spre rejudecare³, ipoteza normei-definiție este distinctă de situația de fapt, mai

² Sentința nr. 96/22.03.2017, pronunțată de către Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, disponibilă pe Sintact.ro, la următorul link: <https://www.sintact.ro/#/jurisprudence/527322001/1/sentinta-nr-96-2017-din-22-mar-2017-curtea-de-apel-timisoara-anulare-act-administrativ-contencios...?keyword=96~2F2017%20curtea%20de%20apel%20timisoara&cm=SREST>: „Or, astfel cum cu temei susține reclamanta, norma citată asimilează unor dividende doar sumele cu care contribuabilul persoană juridică a achitat bunuri sau servicii furnizate unui asociat sau acționar sau altui participant la persoana juridică, iar nicidecum sumele ridicate din casierie de un astfel de participant. În speță nu s-a reținut că suma de 2.962.527 lei a fost utilizată de către reclamantă pentru a achita contravaloarea unor bunuri sau servicii prestate în folosul personal al numitului ..., astfel încât aceasta nu intră în sfera de aplicare a normei invocate de inspectorii fiscali, neputând fi asimilată unor dividende. În această privință, instanța observă că dispozițiile art. 7 alin. (1) pct. 12 teza ultimă ale Codului fiscal au caracter de excepție, raportat la definiția noțiunii de «dividend», din prima teză a normei, întrucât se referă la sume care nu corespund definiției legale astfel instituite, fiind însă asimilate în mod excepțional aceleiași noțiuni. Având deci caracter de excepție, prevederile în discuție nu pot fi interpretate extensiv, fiind de strictă interpretare și aplicare limită doar la împrejurările de fapt descrise în cuprinsul său, iar nu și la altele mai mult sau mai puțin similare. Cum împrejurările de fapt reținute cu privire la suma de 2.962.527 lei nu corespund situației reglementate de norma în discuție, trebuie concluzionat că aceasta nu se aplică, suma neputând fi deci asimilată unor dividende și neputând constitui bază de calcul a impozitului pe dividende”.

³ Sentința nr. 573/28.10.2021, pronunțată de către Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, disponibilă pe Sintact.ro, la următorul link: <https://www.sintact.ro/#/jurisprudence/535729155/1/sentinta-nr-573-2021-din-28-oct-2021-curtea-de-apel-timisoara-anulare-act-administrativ...?keyword=573~2F2021%20curtea%20de%20apel%20timisoara&cm=SREST>, pronunțată după casarea cu trimiterea spre rejudecare dispusă prin Decizia nr. 833/12.02.2020, pronunțată de către Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, disponibilă la următorul link: www.scj.ro/1093/Detail-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=175432#highlight=##.

exact dispoziția legală se referă la ipoteza în care persoana juridică este cea care plătește pentru bunuri sau servicii achiziționate pentru folosul personal al asociatului.

Deosebirea dintre cele două situații are ca explicație următorul raționament:

- în cazul în care s-ar fi făcut o plată unui terț pentru bunuri sau servicii de care se folosește asociatul/administratorul, această ieșire de numerar este ireversibilă, are caracter definitiv și de aceea poate fi recalificată drept dividend;

- dimpotrivă, în cazul în care asociatul ridică numerar din cont sau din casierie, deci societatea nu face o plată către un terț, ieșirea de numerar nu are caracter ireversibil, fiind prezumată posibilitatea reîntoarcerii acestei sume în patrimoniul societății, și de aceea nu intervine recalificarea în dividend. Ca și confirmare a acestui raționament, inclusiv în speța prezentată, asociatul a restituit societății o mare parte din sumele respective, astfel încât nu se impunea constatarea plății unor dividende oculte, în condițiile în care o parte din sumă s-a reîntors în patrimoniul societății.

Noțiunea de „dividende” semnifică partea din beneficiile sociale care revine persoanei ce deține titluri de participare, ca urmare a divizării beneficiului obținut, distribuit proporțional cu cota de participare la capitalul social, iar orice asimilare a altor sume cu aceste dividende „oficiale” trebuie să se sprijine pe o bază legală clară, neechivocă.

Dacă legiuitorul nostru ar fi urmărit ca avansurile de trezorerie să fie considerate dividende, așa cum a procedat de exemplu legiuitorul francez, ar fi trebuit să dispună expres în acest sens. Or, o asemenea recalificare nu este admisă de niciun text anti-abuz, Codul fiscal din 2003 prevăzând doar ipotezele de la art. 7 alin. (1) pct. 12.

Astfel, cele două situații în care legiuitorul afirmă existența unor dividende „oficioase” sau „oculte” sunt prezentate la pct. 12, după cum urmează:

- dacă suma plătită de o persoană juridică pentru bunurile sau serviciile furnizate către un participant la persoana juridică depășește prețul pieței pentru astfel de bunuri sau servicii, atunci diferența se tratează drept dividend;

Prin Sentința nr. 573/28.10.2021, Curtea de Apel Timișoara a reținut: „*Având în vedere concluziile raportului de expertiză fiscală, Curtea constată că sunt întemeiate și susținerile reclamantei potrivit cărora pârâta nu a făcut dovada aplicabilității în speță a dispozițiilor art. 7 alin. (1) pct. 12 teza a II-a Cod fiscal, potrivit cărora «se consideră dividend din punct de vedere fiscal și se supune aceluiași regim fiscal ca veniturile din dividende ... suma plătită de o persoană juridică pentru bunurile sau serviciile furnizate în favoarea unui participant la persoana juridică, dacă plata este făcută de către persoana juridică în folosul personal al acestuia».* Împrejurarea că administratorul societății, numitul ..., a ridicat din casierie până la data de 30.09.2015 suma de 2.962.527 lei, pentru a o utiliza în scopuri personale, nu este suficientă per se pentru a se concluziona că această conduită s-ar circumscrie dispozițiilor legale de care s-au prevalat organele fiscale, respectiv că suma respectivă ar putea fi asimilată unor dividende, așa cum în mod greșit acreditează pârâta, de vreme ce din datele speței nu rezultă că această sumă ar fi fost achitată de persoana juridică asociatului în considerarea unor bunuri sau servicii furnizate de acesta. Or, din moment ce norma citată, care are un caracter de excepție, fiind de strictă interpretare, asimilează dividendelor exclusiv sumele utilizate de către persoana juridică pentru a achita contravaloarea unor bunuri sau servicii prestate în folosul personal al asociatului, și nu orice sume ridicate din casierie de asociat, în alte situații decât cea strict prevăzută de textul legal invocat de pârâtă, Curtea constată că asimilarea sumei de 2.962.527 lei unor dividende, cu consecința includerii acesteia în baza de calcul a impozitului pe dividende, apare ca fiind lipsită de fundament legal”.

- dacă suma plătită de o persoană juridică pentru bunurile sau serviciile furnizate în favoarea unui acționar sau asociat al persoanei juridice este efectuată în scopul personal al acestuia, atunci suma respectiva este tratată ca dividend.

Niciunul dintre aceste texte nu se suprapune peste situația de fapt prezentată, ci se referă la situații complet diferite. În plus, nu există nicio regulă specială anti-abuz în Codul fiscal care să permită recalificarea în dividende a unor avansuri de trezorerie ridicate într-un anumit an calendaristic și restituite în cursul aceluiași an. Ca atare, dispozitivul anti-abuz al Codului fiscal nu avea în vedere o asemenea posibilitate de recalificare, care ar trebui să aibă la bază și o dispoziție de drept contabil.

Chiar și în situația în care ar exista o bază legală în sensul încadrării unor astfel de sume în categoria dividendelor, cerințele legislației incidente impun ca suma unor astfel de dividende să nu depășească totalul profitului net al anului respectiv, care reiese din soldul contului „profit și pierdere”.

Aceste aspecte nu au împiedicat însă instanța de recurs⁴ să considere că, în cazul de speță, organul fiscal, în mod legal, a reîncadrat avansurile de trezorerie în dividende. În motivare, instanța de recurs a reținut că nu s-a contestat faptul că asociatul unic al societății, care a îndeplinit și funcția de administrator, a ridicat din casieria societății până la data 30.09.2015 suma de 2.962.527 lei pe care a utilizat-o în scopuri personale, pentru achiziții proprii și că, întemeindu-se pe raportul de expertiză, instanța de fond a reținut că societatea ar fi îndeplinit formalitățile de declarare a unui impozit pe dividende corespunzător retragerilor de numerar din casierie.

În ce privește baza legală invocată de organele fiscale în vederea recalificării – art. 7 alin. (1) pct. 12 teza a doua C. fisc. 2003 –, instanța de recurs reține că instanța de fond a apreciat greșit că situația de fapt în cauză nu se încadrează în acest text de lege și că organul fiscal a stabilit cu aplicarea corectă a legii fiscale că retragerea sumei din casierie de către asociatul unic-administrator și folosirea banilor pentru achiziții personale atrage calificarea sumelor retrase drept dividende în conformitate cu norma în discuție. Observăm că instanța de recurs a interpretat extensiv și prin analogie temeiul legal invocat de către organele fiscale, bazându-se pe două elemente: faptul că nu s-a contestat utilizarea avansurilor de trezorerie în scopuri personale și că societatea, conform concluziilor raportului de expertiză, înregistra profit în vederea repartizării de dividende. Încurajată de aceste elemente de fapt, instanța de recurs a extins ipoteza textului legal invocat de organul fiscal, astfel încât să ofere și o bază legală soluției (neargumentată, din punctul nostru de vedere) pe care a considerat-o judicioasă în speță. Ne întrebăm care ar fi fost soluția în cazul în care societatea nu ar fi înregistrat un profit care să permită distribuirea de dividende.

În completare la concluzia prezentată la cazul de la pct. 1, situația de speță prezentată în cuprinsul acestei secțiuni scoate la iveală unele lacune ale sistemului anti-abuz din dreptul nostru fiscal. Nu în toate cazurile, aplicând litera legii, sumele ridicate de asociați pot fi

⁴ Decizia nr. 4724/18.10.2022, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, disponibilă la următorul link: <https://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=201559#highlight=##>.

calificate drept dividende, nici măcar exclusiv din punct de vedere fiscal. În cazul în care încadrarea în configurația stabilită de definiția din legislația fiscală ar fi totuși posibilă, procesul de recalificare își poate dovedi slăbiciunile prin ignorarea dispozițiilor legii societăților comerciale și ale reglementărilor contabile.

Rămâne deschis răspunsul la întrebarea: cum ar putea fi evitată o recalificare abuzivă a unor sume ridicate din conturile societății în detrimentul celorlalți asociați și al salariaților?

4. Recalificarea în dividende a veniturilor plătite persoanelor fizice drept contra-prestație pentru terenurile aduse în folosința societăților agricole

Începând cu 01.01.2016, în definiția fiscală a dividendului sunt incluse și distribuirile efectuate din profitul societăților agricole. Indiferent de definiția expres edictată din punct de vedere fiscal, se ridică întrebare în ce măsură pot fi considerate dividende veniturile și echivalentul în lei al produselor agricole plătite/acordate persoanelor fizice care au adus terenurile, proprietate personală, în folosința societății agricole și dacă recalificarea efectuată de organele fiscale în acest sens este întemeiată din punct de vedere legal.

În mod cert, noțiunea de dividend este specifică dreptului societăților comerciale, entități înființate în scopul de a realiza activități comerciale, în urma cărora să rezulte un profit, al cărui quantum net poate fi distribuit asociaților/acționarilor sub formă de dividende.

Societățile agricole, înființate potrivit Legii nr. 36/1991, spre deosebire de societățile comerciale, nu au un caracter comercial, ci reprezintă o formă de asociere, cu personalitate juridică, prin care proprietarii terenurilor agricole își manifestă voința de a exploata terenurile sub umbrela unei entități organizate.

Din punct de vedere fiscal, voința legiuitorului a fost aceea de a trata societățile comerciale și pe cele agricole în mod similar, ambele intrând în sfera de aplicare a impozitului pe profit (a se vedea Normele metodologice date în aplicarea art. 13 C. fisc. 2003).

Spre deosebire de legea societăților comerciale însă, Legea nr. 36/1991 nu face nicio referire la noțiunea de dividend, folosind la art. 12 lit. k) noțiunea de „profit”, iar la art. 58 lit. a) noțiunea de „excedent”. În mod evident, folosirea conceptului de excedent este în spiritul Legii nr. 36/1991, conform căreia societățile agricole nu au un caracter comercial.

Din punct de vedere fiscal, abia începând cu 1 ianuarie 2016 se prevede, la art. 7 pct. 11 (i) Cod fiscal, că reprezintă dividend și „veniturile în bani și în natură distribuite de societățile agricole, cu personalitate juridică, constituite potrivit legislației în materie, unui participant la societatea respectivă drept consecință a deținerii părților social”.

Codul fiscal din 2003 nu prevedea o asemenea dispoziție expresă, stipulând la art. 7 alin. (1) pct. 12 doar că reprezintă dividend „o distribuire în bani sau în natură, efectuată de o persoană juridică unui participant la persoana juridică, drept consecință a deținerii unor titluri de participare la acea persoană juridică”.

Chiar dacă ar fi să acceptăm că plățile efectuate de societățile agricole, anterior datei de 1 ianuarie 2016, ar putea fi considerate „dividende” din punct de vedere fiscal, o asemenea încadrare în ipoteza definiției legale reclamă îndeplinirea, în mod cumulativ, a trei condiții:

- să existe o distribuție în bani sau în natură;
- distribuția să fie efectuată de persoana juridică unui participant la persoana juridică;
- distribuția să fie efectuată drept consecință a deținerii unor titluri de participare la persoana juridică; prin urmare, în considerarea proporției din capitalul social deținut de participant.

Din definiția fiscală, deși nu se prevede expres, rezultă neîndoiește faptul că sumele distribuite cu titlu de dividende depinde, matematic, proporțional, de numărul și valoarea titlurilor de participare deținute de către fiecare participant.

O astfel de concluzie rezultă din reglementarea societăților comerciale, materie de unde s-a preluat și „instituția” dividendelor, în scopul de a o fiscaliza la nivelul societăților civile agricole. În dreptul societar, această regulă se aplică dacă în actele constitutive nu se prevede altfel.

Legislația fiscală nu reglementează care este sursa veniturilor în bani sau în natură distribuite participanților la capitalul social al persoanelor juridice, aspect prevăzut de dispozițiile legislației care reglementează modalitatea de organizare și de funcționare a persoanelor juridice în discuție.

Legea nr. 36/1991 nu dedică o prevedere expresă reglementării acestor „distribuiri”, însă din prevederile art. 12 lit. k) și cele ale art. 58 lit. a) rezultă că sumele excedentare se achită membrilor asociați din profitul societății, iar repartizarea excedentului este aprobată de adunarea asociaților, care trebuie să se întrunească, de cel puțin, o dată pe an.

În cazul veniturilor și al echivalentul în lei al produselor agricole plătite/acordate de societățile agricole membrilor săi, nu sunt îndeplinite cerințele impuse de prevederile Legii nr. 36/1991 și ale Codului fiscal 2003 pentru ca acestea să fie considerate dividende din punct de vedere fiscal.

În primul rând, sumele/produsele nu sunt plătite/acordate din profitul înregistrat de societatea agricolă, ori, caracteristica esențială a dividendelor este aceea că ele reprezintă o cota-parte din profit.

În al doilea rând, sumele/produsele nu sunt plătite/acordate în considerarea părților sociale deținute de membrii beneficiari în capitalul social al societății comerciale.

Potrivit prevederilor art. 6 al Legii nr. 36/1991, care reglementează modul de constituire a capitalului social, terenurile agricole se aduc numai în folosința societății, asociații păstrându-și dreptul de proprietate asupra acestora. La intrarea în societatea agricolă, bunurile mobile și imobile, precum și animalele se vor evalua pentru a se determina părțile sociale subscrise de fiecare membru asociat.

Ca atare, aportul la capitalul social al unei societăți agricole, constând în folosința asupra terenului agricol, trebuie evaluat pentru a fi înregistrat în capitalul societății agricole sub formă de părți sociale. În lipsa unei atare evaluări, dreptul de folosință asupra terenului agricol nu reprezintă aport la capitalul social reprezentat prin părți sociale. În consecință,

veniturile/produsele plătite/acordate în asemenea situații nu vor reprezenta consecința deținerii unei participații și nu pot fi tratate drept dividende⁵.

În sensul argumentat mai sus s-au pronunțat și instanțele naționale. Într-o decizie de speță⁶, Înalta Curte de Justiție și Casație a statuat: *„Faptul că proprietarii terenurilor le muncesc în asociație și nu individual, nu înseamnă că aceasta îi transformă într-o societate comercială, unicul scop al înființării acestor asociații fiind de a obține economii sau beneficii din folosirea serviciilor și nicidecum de exploatarea capitalului pentru obținerea de dividende. Astfel fiind transformarea produselor obținute de pe terenurile proprietate privată a membrilor asociații și distribuirea lor către aceștia în raport de suprafața de teren deținută – nu reprezintă un act de comerț și nicio plată în natură sau dividende”*.

Tot astfel, Curtea de Apel București⁷ a apreciat: *„Instanța de fond în mod corect a apreciat că nu sunt întrunite condițiile prev. de art. 67 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale și art. 7 alin. (1) pct. 12 C. fisc. privind dividendul întrucât acesta reprezintă conform definiției legale, o distribuie în bani sau în natură efectuată de o persoană juridică, participanților care dețin titluri de participare la această persoană juridică. În speță însă, Societatea în cauză este o societate agricolă înființată în baza dispozițiilor Legii nr. 36/1991, fiind o formă asociativă de tip privat având ca obiect conform statutului, cultivarea în comun a pământului, creșterea animalelor, prelucrarea și industrializarea produselor agricole precum și alte asemenea activități. În consecință, Curtea constată că în mod corect s-a reținut în cauză faptul că produsele în natură acordate asociațiilor reprezentând profitul obținut ca urmare a exploatării în asociere a terenurilor acestora, fără ca dreptul de proprietate asupra acestora să fie transferat societății agricole respective, nu pot fi considerate dividend acordat și în consecință nu pot fi impozitate aceste drepturi, întrucât drepturile respective nu îndeplinesc condițiile prev. de disp. art. 7 alin. (1) pct. 12 C. fisc. O altă concluzie ar fi contrară naturii juridice a contractului de societate agricolă, care presupune exploatarea în comun a terenurilor agricole și a altor bunuri proprietate privată, în scopul obținerii de beneficii”*.

De asemenea, într-o altă decizie de speță⁸, Curtea de Apel București a motivat: *„În definirea dividendelor trebuie ținut seama și de caracteristica lor esențială, respectiv aceea*

⁵ Aceste argumente sunt redată pe larg în R. Bufan, T.M. Ștefănescu, *Impozitul pe dividende datorat de către „participanții” (membrii) societăților agricole civile*, publicat în Revista Consultanțul Fiscal nr. 2/2022, pp. 31-24 și au fost invocate în dosarul în care Înalta Curte de Casație și Justiție a pronunțat Decizia nr. 4633/2021, menționată *infra*.

⁶ Decizia nr. 523/11.02.2003, pronunțată de către Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, disponibilă la următorul link: <https://www.scj.ro/1093/Detail-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=4829#highlight=##>.

⁷ Decizia nr. 2317/16.11.2009, pronunțată de către Curtea de Apel București, Secția Contencios administrativ și fiscal, disponibilă pe Sintact.ro, la următorul link: <https://www.sintact.ro/#/jurisprudence/52048556/1/decizie-nr-2317-2009-din-16-nov-2009-curtea-de-apel-bucuresti?keyword=2317~2F2009&cm=STOP>.

⁸ Decizia nr. 9122/04.12.2014, pronunțată de către Curtea de Apel București, Secția a VIII-a, Contencios administrativ și fiscal, disponibilă pe Sintact.ro, la următorul link: <https://www.sintact.ro/#/jurisprudence/521954660/1/decizie-nr-9122-2014-din-04-dec-2014-curtea-de-apel-bucuresti-anulare-act-administrativ...?keyword=9122~2F2014&cm=SREST>.

de a fi o cota-parte din profit. Or, în speță nu s-a dovedit ca societatea agricolă ar fi obținut profit, neoferindu-se niciun fel de date cu privire la cheltuieli și venituri pentru a se putea aprecia ca bunurile distribuite reprezintă un beneficiu, un surplus al societății rezultat din activitatea acesteia”.

În fine, printr-o decizie⁹, Înalta Curte de Casație și Justiție s-a pronunțat după cum urmează: „(...) Potrivit art. 5 alin. (1) din Legea nr. 36/1991, societatea agricolă este una de tip privat, cu capital variabil și un număr nelimitat de asociați, având ca obiect exploatarea agricolă a pământului, uneltelor, animalelor și a altor mijloace aduse în societate și obținerea de profit care se împarte între membrii asociați, în condițiile reglementate în actul constitutiv, potrivit art. 11 lit. k) din lege. Alin. (2) al aceluiași articol prevede expres că societatea agricolă nu are caracter comercial iar art. 6 din lege stabilește că terenurile agricole se aduc numai în folosința societății, asociații păstrându-și dreptul de proprietate asupra acestora. Astfel, în cazul societății agricole, distribuirea de produse se face în contul terenului adus în exploatare comună (...).

Înalta Curte apreciază că organele de inspecție fiscală au considerat în mod greșit că pentru drepturile acordate în perioada verificată, reclamanta ar datora impozit pe dividende, întrucât livrările efectuate către membrii asociației nu au avut caracterul unui dividend. Potrivit art. 67 alin. (1) din Legea nr. 31/1990, dividendul este cota parte din profit ce se plătește fiecărui asociat, iar art. 7 alin. (1) pct. 12 din Legea nr. 571/2003 (Codul fiscal, forma în vigoare la data desfășurării operațiunilor vizate de actele administrativ-fiscale contestate) îl definește ca o distribuie de bani sau în natură, efectuată de o persoană juridică unui participant la persoana juridică, drept consecință a deținerii unor titluri de valoare la acea persoană juridică. Deci, noțiunea de dividend, așa cum a fost definită de legiuitor prin cele două texte citate, constituie o categorie de venit ce reprezintă o cotă din profitul unei societăți, proporțională cu cota de participare la capitalul social.

(...) Pentru ca veniturile să fie considerate dividende, încadrarea trebuie să fie făcută în contextul art. 67 și în contul deținerii unor titluri de participare. În cauza de față, produsele acordate membrilor asociați (venituri și echivalentul în RON al produselor agricole plătite persoanelor fizice care au adus terenurile, proprietate personală, în folosința societății agricole) reprezintă profitul obținut de aceștia de pe urma exploatarea în asociere a terenurilor lor, operațiunea de acordare a acestor drepturi neputând fi însă asimilată, raportat la intervalul 2012-2014, distribuirii unor dividende. (...)

În realitate, raportat la perioada verificată, tratamentul fiscal aplicabil venitului realizat de către o persoană fizică prin aducerea în folosința unei societăți agricole constituite conform Legii nr. 36/1991 a unei suprafețe de teren agricol, este următorul:

- în cazul în care dreptul de folosință asupra terenului agricol se evaluează și se înregistrează în capitalul social sub formă de părți sociale, venitul realizat în calitate de

⁹ Decizia nr. 4633/12.10.2021, pronunțată de către Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, disponibilă la următorul link: <https://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=189236#highlight=##>.

asociat constituie venit din dividend și se impozitează în conformitate cu prevederile Cap. V Venituri din investiții, din Titlul III, Impozit pe venit, al Legii nr. 571/2003;

- în situația în care dreptul de folosință asupra terenului agricol nu se evaluează și nu se înregistrează în capitalul social sub formă de părți sociale, veniturile obținute de persoanele fizice în cauză sunt venituri din cedarea folosinței bunurilor, impunerea urmând să se facă potrivit prevederilor Cap. IV, Venituri din cedarea folosinței bunurilor, din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal.

Așadar, cu trimitere la perioada de referință, unui membru asociat la o societate agricolă care aduce în folosință o suprafață de teren și care nu intră în capitalul sau patrimoniul societății în schimbul unor acțiuni sau părți sociale, nu se poate susține (în lipsa unui temei legal) că produsele oferite la sfârșitul unui an agricol au natura juridică a unor dividende. Aportul membrului asociat este numai folosința terenului, nu și proprietatea acestuia, iar produsele primite sunt în raport de suprafața de teren cedată în folosință și nu în raport de părți sociale sau acțiuni. Cum venitul realizat de membri asociației în perioada 2012-2014, impus de pârâți, nu intră în noțiunea de dividend, nefiind o cotă din profitul reclamantei, proporțională cu cota de participare a asociaților la capitalul social, nu subzistă obligația reclamantei de a plăti impozit pe dividende”.

În concluzie, în unele situații, principiul prevalenței economicului asupra juridicului, astfel cum este aplicat uneori de către autoritățile fiscale, înfrânge instituții de drept care s-au fundamentat în timp, prin erodarea esenței acestora. Prin urmare, aplicarea acestui principiu reclamă prudență și coroborarea situației de fapt cu toate dispozițiile legale relevante, nu doar cu cele de natură fiscală.

5. Recalificarea veniturilor din activității independente în activități dependente

De la jumătatea anului 2010, ca urmare a modificărilor aduse Codului fiscal 2003 prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 58/2010¹⁰, legiuitorul a edictat în favoarea administrației fiscale o dispoziție-definiție, anti-abuz, care îi permite expres acesteia să recalifice activitățile independente în activități dependente, cu consecința creșterii sarcinii fiscale asupra veniturilor obținute din astfel de activități.

Forma de redactare a textului definiție, de la art. 7 C. fisc. 2003 a reprezentat, în opinia noastră, un supliment de „arsenal” acordat administrației în procesul de recalificare a activităților independente. Astfel, potrivit pct. 2.1 de la alin. (1) al art. 7 C. fisc. 2003, astfel cum a fost modificat Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 58/2010, orice activitate putea fi reconsiderată ca activitate dependentă dacă îndeplinea cel puțin unul din criteriile enumerate, inițial, la lit. a)-f) și, ulterior, la lit. a)-d); începând cu data de 10 septembrie 2010 a fost eliminat criteriul, anterior reglementat la lit. f) – „*orice alte elemente care reflectă natura dependentă a activității*”.

¹⁰ Ordonanța de urgență nr. 58 din 26 iunie 2010 pentru modificarea și completarea Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal și alte măsuri financiar-fiscale, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 431 din data de 28 iunie 2010.

Lista celor inițial 5 și, ulterior, 4 criterii, enumerate de textul pct. 2.1 al art. 7 C. fisc., și redactarea cuprinzătoare a acestora, crea posibilitatea recalificării în majoritatea cazurilor, dând naștere unor abuzuri.

Începând cu 1 iulie 2015, textul art. 7 alin. (1) pct. 2.1 și 2.2 a fost abrogat¹¹, drept consecință a „necesității înlăturării distorsiunilor apărute ca urmare a necorelării prevederilor referitoare la încadrarea din punct de vedere fiscal a oricărei activități ca fiind dependentă cu modalitatea de desfășurare a activităților independente, în funcție de specificul acesteia¹²”.

Începând cu aceeași dată, textul art. 7 a fost completat prin adoptarea unei liste de criterii de încadrare a activității independente. Spre deosebire de abordarea anterioară, când îndeplinirea a cel puțin unuia din criteriile enumerate la pct. 2.1 conducerea la recalificarea activității, potrivit noii paradigme, adoptată la jumătatea anului 2015, păstrată și în prezent, pentru ca o activitate să fie considerată independentă, trebuiau îndeplinite un număr minim de criterii din totalul celor enumerate.

Astfel cum am menționat mai sus, în forma în vigoare în perioada 2010-2015, textul art. 7 alin. (1) pct. 2.1 a dat naștere multor dispute între administrația fiscală și contribuabili, fiind utilizat, mai cu seamă, în vedere recalificării veniturilor obținute în baza contractelor civile sau în baza unor contracte de prestări servicii de management/administrare a societăților comerciale.

Cele mai expuse erau contractele încheiate cu persoane fizice care nu puteau fi încadrate ca făcând parte dintr-o profesie liberală sau ca având o formă de organizare. Cu toate acestea, nici persoanele fizice care își luau măsura de precauție a organizării sub o anumită formă recunoscută de lege, nu scăpau în totalitate recalificării, atât timp cât structura contractuală și situația de fapt trădau o relație de dependență, astfel cum rezulta aceasta din criteriile care o conturau¹³.

În opinia noastră, fragilitatea caracterului independent al unei activități, din punct de vedere fiscal, reprezintă o transpunere a precarei reglementări a regimului juridic al acesteia; activitățile independente desfășurate de persoanele fizice sunt variate, fiind limitate numai de ordinea publică și bunele moravuri. Din această cauză, probabil, este dificilă conturarea unor reguli comune și definitorii, caracterizare prin substanță și

¹¹ Legea nr. 187 din 2 iulie 2015 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 6/2015 pentru modificarea și completarea Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 99 din 7 iulie 2015.

¹² Raportul Comisiei pentru buget, finanțe și bănci asupra proiectului de Lege privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 6/2015 pentru modificarea și completarea Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal, disponibil pe website-ul Camerei Deputaților, Secțiunea „Activitate parlamentară”, Subsecțiunea „Urmărirea procesului legislativ”, proiect de lege nr. PL-x nr. 410/2015, link de accesare: https://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?idp=14936.

¹³ Cu privire la existența unui temei pentru recalificarea activității desfășurate de societăți cu răspundere limitată cu asociat unic în venituri salariale, a se vedea M.V. Buliga, R. Bufan, *Dreptul societar sub asaltul ANAF. Ignorarea personalității juridice societare în scopul recalificării veniturilor din activitatea societăților cu răspundere limitată cu asociat unic în venituri salariale*, publicat în Revista Română de Drept Comercial, nr. 2/2022, Ed. Universul Juridic, București, pp. 116-129.

constanță. Găsim, în schimb, multe acte normative care reglementează organizarea și funcționarea unor activități economice desfășurate de persoanele fizice, care, poate deși simpliste la prima vedere, ridică fiecare probleme tocmai din cauza lipsei de claritate privind regimul juridic al activităților independente. Complexitatea juridică este sporită de regimul transparenței fiscale în cazul unor forme asociative a persoanelor fizice care desfășoară activități independente ș.a.

Toate confuziile pe care le poate genera precaritatea reglementării juridice a activităților independente creează un spațiu destul de mare de manevră pentru abuzuri pe plan fiscal, atât pentru contribuabili, cât și pentru administrația fiscală. Atât timp cât desfășurarea unei activități sub o anumită formă va prezenta avantaje fiscale, vor exista și optimizările fiscale.

Într-un caz de speță, spre exemplu, ale căruia fapte s-au petrecut în perioada în care au fost în vigoare prevederile art. 7 alin. (1) pct. 2.1 și 2.2 C. fisc. 2003, denumirea contractului (Contract de prestări servicii de consultanță) și unele clauze declarative intenționate ale acestuia (care excludeau calificarea sa drept contract de muncă), „demonstrau” caracterul independent al activității desfășurate în temeiul acestui, însă o serie de elemente, contractuale și ele, trădau, în mod neechivoc natura dependentă a activității:

- *durata nelimitată a contractului*; acest tip de durată contractuală pentru un contract care nu este de muncă este extrem de rară, tocmai datorită naturii activității, care este independentă, prestată de un liber-profesionist și care, prin reperele stabilite la pct. 19 din Normele date în aplicarea art. 46 C. fisc. 2003, este foarte greu compatibilă cu un angajament pe o perioadă nelimitată. Un liber-profesionist nu mai este liber dacă este legat printr-un contract pe durată nedeterminată, fiindu-i aproape imposibil să mai aibă libertatea de a presta pentru mai mulți clienți, de a-si alege liber modul de desfășurare a activității etc. Aceasta clauză era neuzuală și din perspectiva postului pe care îl îndeplinea prestatorul, acela de „*director național*”, cu atribuții de coordonare a întregii activități din Romania. Astfel de activități nu sunt de regulă exercitate de către persoane din afara societății, iar când se întâmplă așa, situația este doar provizorie, pe termen lung urmând a fi contactat un angajat, ori în cazul respectiv contractul a fost încheiat *ab initio* pe perioadă nedeterminată;

- *clauza de neconcurență*, iarăși rarisimă în contractele încheiate de liber-profesioniști, care, de regulă, posedă o anumită specializare (contabili, avocați, arhitecți, experți în marketing etc.). Or, dacă acești liber-profesioniști nu pot exercita în paralel activități din aceeași specializare în care s-au remarcat și care le procură veniturile necesare, este aproape imposibil ca ei să poată acționa în mod independent în alte meserii decât cele în care sunt specializați (frizeri, bucătari, coafeze etc.);

- *cedarea exclusivă în favoarea beneficiarului a tuturor componentelor și rezultatelor activității*, plecând de la idei și până la proiecte realizate; această clauză contractuală are consecința directă că, practic, consultantul nu poate lucra în paralel pentru alt beneficiar în același domeniu de activitate, care însă este singurul domeniu în care consultantul este autorizat, din punct de vedere legal, să lucreze pe cont propriu.

- clauza de punere la dispoziție a tuturor „echipamentelor” necesare exercitării activității de către beneficiar. Asigurarea acestor echipamente/facilități conduce fără dubii la îndeplinirea criteriului prevăzut de C. fisc. 2003 la art. 7 alin. (1) pct. 2.1 la lit. b);

- suportarea de către beneficiar a tuturor cheltuielilor ocazionate de deplasări/transport, cazare, masă etc.; în afară de îndeplinirea evidentă a condiției de la art. 7 alin. (1) pct. 2.1. lit. c) C. fisc. 2003, atrage atenția caracterul nelimitat al acestui tip de cheltuieli; în contractele încheiate cu consultanți cu adevărat independenți, aceste cheltuieli sunt, de regulă, limitate ori sunt supuse aprobării prealabile a beneficiarului.

- suportarea de către societatea beneficiară a unei asigurări de călătorie care acoperă accidentele, problemele medicale și bunurile personale; o astfel de asigurare este, de regulă, în sarcina prestatorului independent care prin definiție este în relații cu mai mulți beneficiari;

- diversele elemente care trădează o subordonare a prestatorului față de beneficiar, specifică raporturilor de angajare: obligația de raportare față de consiliul de administrație, modul de recrutare specific angajării (interviuri și texte), programul de lucru identic cu cel al angajaților, procedura de evaluare identică cu cea a angajaților, lipsa unde asigurări de răspundere profesională etc.

Este clar că regimul fiscal al veniturilor obținute din activități de natura celei menționate mai sus nu ar fi putut determinat în mod corect în absența reglementărilor juridice care conturează raporturile de angajare: Codul muncii. Contribuabilii însă nu vor înceta să se angajeze în asemenea structuri pasibile de recalificare atât timp cât au ceva de câștigat. În lipsa unor reglementări juridice clare și în prezența unor reglementări fiscale fragile, probabil soluția corectă ar fi eliminarea diferențelor de natură fiscală dintre lucrătorii dependenți și cei independenți.

6. Concluzii

Unele dintre situațiile prezentate mai sus demonstrează că diferența de regim fiscal în funcție de sursa veniturilor determină contribuabilii să apeleze la practici prin care urmăresc reducerea sau eliminarea obligațiilor fiscale. Cu toate acestea, autoritățile fiscale sunt cele chemate să demonstreze și să fundamenteze, din punct de vedere legal, că prin asemenea practici contribuabilii încalcă scopul legislației fiscale, urmărind exclusiv sau în principal un avantaj de natură fiscală.

Observăm că, în procesul de recalificare a unor venituri, autoritățile fiscale se bazează, în principal, pe dispozițiile legislației fiscale, cu toate că unele situații reclamă o analiză sistematică prin considerarea dispozițiilor din alte domenii, care pot invalida raționamentul exclusiv fiscal. Remarcăm, de asemenea, faptul că dispozițiile fiscale nu oferă întotdeauna o bază legală pentru recalificările efectuate de organele fiscale, situații în care se ridică problema temeiniciei sumelor suplimentare stabilite cu titlu de obligații fiscale.

II. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE

Conferințele Facultății de Drept din Timișoara

1. În data de 22 martie 2024 au avut loc la Banca Națională a României – Sucursala Timișoara, în organizarea Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, Centrul pentru Dreptul Afacerilor Timișoara, Colocviile juridice ale Băncii Naționale a României, Ediția a XXVIII-a, *Influența dreptului bancare european și comparat în România*.

La eveniment au participat: **Alexandru Păunescu**, directorul Direcției Juridice, Banca Națională a României, *Importanța plăților în numerar – inițiative europene și naționale*; **Rainer Kulms**, Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, *The Digital Euro from a Private Law Perspective*; prof. univ. dr. **Silviu Cerna**, Facultatea de Economie și Administrare a Afacerilor, Universitatea de Vest din Timișoara, fost membru al Consiliului de Administrație al Băncii Naționale a României, *Adoptarea euro: șansă și provocare pentru România*; **Roberto Ferretti**, președintele Asociației Europene de Drept Bancar și Financiar (AEDBF), *Issues and perspectives of AI applications in the financial system*; prof. univ. dr. **Radu Rizoiu**, Facultatea de Drept, Universitatea din București, *Hi, you've just been erased. Despre procesarea automat(izat)ă a bonității*; asist. univ. dr. **Mihaela Gherghe**, Facultatea de Drept, Universitatea din București, *Credit (doar) cu buletinul (altuia)*. *KYC, AML și cum mai scapă totuși unele cazuri printre picături*; lect. univ. dr. **Nicolae-Horia Jiț**, prodecan, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, *Cadrul procesual al soluționării contestației la executare, în cazul invocării caracterului abuziv al clauzelor cuprinse în contractele de credit. Evoluții jurisprudențiale recente*; prof. univ. dr. **Lucian Bercea**, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, Dr. **Ioan Șumandea-Simionescu**, cercetător, Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, șef Serviciu Guvernanță Corporativă și Piețe de Capital, Banca Transilvania, *Excepționalismul românesc al comisioanelor din contractele de credit pentru consumatori. O cercetare empirică*; conf. univ. dr. **Ioana Costea**, decan, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, *Obligațiile instituțiilor financiare raportoare în materie fiscală la limita dreptului privat, a dreptului public și a dreptului european: un veritabil Gjallarhorn în evoluție*; **Daniel Nicolaescu**, directorul Direcției Juridice, Raiffeisen Bank, *ESG: de unde am pornit și încotro ne îndreptăm?*; **Mihai Selegean**, formator, Institutul Național al Magistraturii, *Familia (de societăți) și interesele comune în relația dintre (companiile) mamă și fiică. Câtă putere pentru (compania) mamă înseamnă abuz (de majoritate) și poate conduce la conflicte (de interese)?*; **Alina Radu**, avocat partener, Nestor Nestor Diculescu Kingston Petersen, *Mecanisme și prevederi contractuale ce reflectă practica băncilor europene în contractele în care se aplică legea română*; **Gabriela Anton**, avocat partener, Țuca Zbârcea & Asociații, *Noile reglementări europene în materia serviciilor de plată: PSD3 și PSR*; **Raul Dimitriu**, Managing Associate, KPMG Legal/Toncescu și Asociații, *„Pașaportarea” serviciilor bancare – interconectarea României cu centrele bancare europene*; **Florin Sandu**, Managing

Associate, Bondoc și Asociații, *Busola Unidroit în lumea digitală*; **Stan Tîrnoveanu**, avocat partener, **Laura Retegan**, **Managing Associate**, Zamfirescu Racoți Vasile & Partners, *Câteva discuții privind tratamentul activelor urmăribile existente în patrimoniul debitorului și al creanțelor instituțiilor de credit în insolvența transfrontalieră în UE*.

2. În data de 10 mai 2024 a avut loc **CONFERINȚA JUDECĂTORILOR INTERNAȚIONALI AI ROMÂNIEI**, organizată de Centrul de Drept Comparat și Interdisciplinaritate din cadrul Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara.

La conferință au participat: prof. univ. dr. **Iulia Motoc**, judecător al Curții Penale Internaționale, *Natura duală a genocidului: Curtea Internațională de Justiție și Curtea Penală Internațională*; prof. univ. dr. **Sebastian Rădulețu**, judecător al Curții Europene a Drepturilor Omului, Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept, *Obligațiile pozitive din articolele 2, 3, 4 și 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului – evoluții recente în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*; dr. **Octavia Spineanu-Matei**, judecător al Curții de Justiție a Uniunii Europene, *Rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene în asigurarea unității, coerenței și dezvoltării dreptului Uniunii Europene, ilustrat prin jurisprudență recentă*; judecător dr. **Corina Corbu**, președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție; procuror **Alex Florența**, procuror general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție; prof. univ. dr. **Traian Briciu**, președintele Uniunii Naționale a Barourilor din România; conf. univ. dr. **Mirela Stancu**, Universitatea din București, Facultatea de Drept, judecător al Tribunalului Uniunii Europene, *Rolul Tribunalului Uniunii Europene în cadrul construcției jurisdicționale a Uniunii Europene*; prof. univ. dr. **Camelia Toader**, Universitatea din București, Facultatea de Drept, fost judecător al Curții de Justiție a Uniunii Europene, *Provocările primului cabinet român la Curtea de Justiție a Uniunii Europene*; prof. univ. dr. **Valeriu M. Ciucă**, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” Iași, Facultatea de Drept, fost judecător al Tribunalului Uniunii Europene, *Dreptul european se transportă cu camioane; nu cu trenul regal, nu cu limuzine negre și nici cu atelaje particulare*; conf. univ. dr. **Laura-Maria Crăciunean-Tatu**, Universitatea „Lucian Blaga” Sibiu, Facultatea de Drept, președinte al Comitetului Organizației Națiunilor Unite pentru Drepturile Economice, Sociale și Culturale, *Curțile hibride și răspunderea juridică pentru crime de război: actualități și perspective*; lect. univ. dr. **Diana Botău**, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, Facultatea de Drept, *State, particulari și drept internațional penal. Responsabilitate juridică exclusivă, partajată sau alternativă?*; conf. univ. dr. **Lucian Bojin**, Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept, *Obligații pozitive, conflicte de drepturi și punere în balanță*; prof. univ. dr. **Raluca Bercea**, Universitatea de Vest din Timiș, *Statul de drept în fața Curții Europene a Drepturilor Omului*.

3. În perioada 16-19 mai 2024 a avut loc la Gărbăna, jud. Caraș-Severin, Școala de primăvară de Dreptul Afacerilor, ediția a III-a, organizată de Centrul pentru Dreptul Afacerilor Timișoara, din cadrul Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara.

La eveniment au participat: **Bogdan Dumitrache**, executor judecătoresc, profesor asociat, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, *Compensația și darea în plată. Aspecte substanțiale și procedurale*; conf. univ. dr. **Florina Popa**, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, *În ce măsură pot părțile „cenzura” rolul judecătorului în (re)calificarea actelor și faptelor deduse judecății?*; av. **Eva Forika**, partener, NNDKP, av. Ion Loga, asociat, NNDKP, *Perspective practice asupra valorii economice asociate riscurilor juridice*; conf. univ. dr. **Sergiu Popovici**, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara, *Flight right: drepturile pasagerilor în cazul anulării sau întârzierii zborurilor ori al altor probleme apărute la îmbarcare*; dr. **Ioan Șumandea-Simionescu**, Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, șef Serviciu Guvernanță Corporativă și Piețe de Capital, Banca Transilvania, *Concepte avansate și metode experimentale de analiză economică a dreptului*; dr. **Ioana Riedl**, Senior Insolvency Practitioner, CITR, *Introducere în materia insolvenței – aspecte legislative și jurisprudențiale privind restructurarea afacerii în acord cu dispozițiile Legii nr. 85/2014*; prof. univ. dr. **Lucian Bercea**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, *Analiza economică a contractului. Caz practic/Proces simulat (I), (II)*.

4. În perioada 14-15 iunie 2024 a avut loc, la Timișoara, Conferința națională de Drept comercial, ediția a XIV-a, *Analiza economică a contractului*, organizată de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, prin *Centrul pentru Dreptul Afacerilor Timișoara*, în colaborare cu Facultatea de Drept din cadrul Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, prin *Centre for Business Law and Information Technology*.

La conferință au participat: în **Panelul I. Concepte și interogații introductive**: prof. univ. dr. **Irina Sferdian**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara – *Despre conceptul de proprietate economică*; conf. univ. dr. **Lucian Bojin**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara – *Introducere în analiza economică a tratatelor internaționale*; **Lucian Bondoc**, avocat coordonator, Bondoc și Asociații – *În ce măsură pot juriștii să acopere aspectele economice în contracte complexe?*; lect. univ. dr. **Nicolae-Horia Țiț**, decanul Facultății de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași – *Ghidul autostopistului... judiciar; sau de ce e (mai) bine să închei o tranzacție*; lect. univ. dr. **Cristian Paziuc**, Prodecan, Facultatea de Drept a Universității din București – *Eficiență sau justiție distributivă? Despre premisele economice eterogene ale leziunii*.

În **Panelul II. Remedii contractuale**, au participat: prof. univ. dr. **Ionuț-Florin Popa**, Facultatea de Drept a Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Neexecutarea oportună a contractului – un scenariu compatibil cu dreptul pozitiv? Perspectiva teoretică*; dr. **Ioan Șumandea-Simionescu**, Facultatea de Drept a Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Neexecutarea oportună a contractului – un scenariu compatibil cu dreptul pozitiv? Perspectiva practică*; lect. univ. dr. **Marius Floare**, Facultatea de Drept a Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Efficient breach of contract și tradiția moralizatoare a contractului în dreptul continental european*; lect. univ. dr. **Mihai David**, Facultatea de Drept

a Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Despre mirajul analizei economice a contractului și omniprezența daunelor-interese*; lect. univ. dr. **Sergiu Golub**, prodecan, Facultatea de Drept a Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Neexecutarea contractului de leasing din partea beneficiarului. Perspectiva dinamică a legiuitorului. Cât „law” și cât „economics”?*; conf. univ. dr. **Maria Nica-Dumitru**, Facultatea de Drept și Științe Administrative a Universității „Ștefan cel Mare” Suceava – *Reducerea penalităților în contextul analizei economice a contractului*.

În **Panelul III. Contracte bancare & protecția consumatorilor**, au participat: prof. univ. dr. **Radu Rizoiu**, Facultatea de Drept a Universității din București – *Marfa și banii: Despre dobânzile negative*; asist. univ. dr. **Mihaela Gherghe**, Facultatea de Drept a Universității din București – *Modificarea standardului consumatorului „mediu”. Costurile măsurilor și cine le suportă*; **Cristian Radu**, avocat, KPMG Legal Toncescu și Asociații – *Impactul acțiunilor colective în economia contractului. O aplicație la practicile de tip greenwashing*; prof. univ. dr. **Lucian Bercea**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, dr. **Ioan Șumandea-Simionescu**, Facultatea de Drept a Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Transparența costurilor secundare ale creditelor corporate. Un exercițiu de imaginație?*

În **Panelul IV. Contractul și interesele publice/private**, au participat: prof. univ. dr. **Gheorghe Piperea**, Facultatea de Drept a Universității din București – *Plusvaloarea pentru dreptul afacerilor a principiului prevalenței economicului asupra juridicului în dreptul fiscal*; prof. univ. dr. **Ovidiu Podaru**, Facultatea de Drept a Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Interes public vs interes economic în contractele administrative*; conf. univ. dr. **Cristian Clipa**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara – *Calculul (economic) al consimțământului (juridic) în formarea (progresivă) a contractelor administrative*; prof. univ. dr. **Adriana Almășan**, drd. **Elena-Iuliana Gheorghe**, Facultatea de Drept a Universității din București – *Contractul tranzacțional vs contractul relațional: riscuri și beneficii economice*; lect. univ. dr. **Codruț-Nicolae Savu**, Facultatea de Drept a Universității „Transilvania” Brașov – *Impactul economicului asupra regulilor de interpretare a contractelor*.

În **Panelul V. Contractul și noile tehnologii**, au participat: prof. univ. dr. **Carmen Tamara Ungureanu**, Facultatea de Drept a Universității „Alexandru Ioan Cuza” Iași – *It's a jungle out there: contracte în economia datelor*; conf. univ. dr. **Vladimir Diaconiță**, Facultatea de Drept a Universității din București – *Considerații despre contractele de exploatare a programelor pentru calculator*; asist. univ. dr. **Albert Albanezi**, Facultatea de Drept a Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Platformele digitale: extinderea structurii organizaționale prin mecanisme contractuale*; asist. univ. dr. **Alexandru-Șerban Rățoi**, Facultatea de Drept a Universității din București – *Analiza economică în faza precontractuală. Convergențe cu instrumentele inteligenței Artificiale*; lect. univ. dr. **Dan-Adrian Cărmidariu**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara – *Reinventarea unui model: despre transparență în era platformelor digitale și a contractelor smart*.

În **Panelul VI. Contracte și clauze speciale**, au participat: conf. univ. dr. **Șerban Diaconescu**, decan, Facultatea de Drept a Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Posibile utilizări ale economiei contractului la interpretarea și executarea contractului de agenție*; lect. univ. dr. **Adina Buciuman**, Facultatea de Drept a Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Clauzele knock-for-knock în contractele operaționale privind exploatarea zăcămintelor offshore de petrol și gaze*; **Rodica Manea**, avocat partener, CMS Cameron McKenna Nabarro Olswang – *Mecanisme de ajustare a prețului în tranzacțiile internaționale*; dr. **Andrei Săvescu**, fondator *juridice.ro*, avocat coordonator Săvescu & Asociații – *Despre contractul de asistență juridică. Valoare și mecanisme*; conf. univ. dr. **Alin Speriusi-Vlad**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, **Flavius Boga**, avocat, Baroul Timiș – *Echilibrul dintre protecție și inovație în contractele OEM (Original Equipment Manufacturer)*.

În **Panelul VII. Contracte și mecanisme societare**, au participat: conf. univ. dr. **Alina-Elena Oprea**, Facultatea de Drept a Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Clauzele de repartizare a drepturilor de vot și eficiența economică*; Conf. univ. dr. **Lavinia Tec**, lect. univ. dr. **Dan-Adrian Cărmidariu**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara – *O intersecție cu circulație dirijată? Administrarea societății (comerciale) din perspectiva analizei economice*; conf. univ. dr. **Flaminia Stărc-Meclejan**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara – *Ar (putea) negocia societatea și creditorii răspunderea limitată dacă nu ar fi the rule by default?*; Dr. **Ștefan Lucaciuc**, judecător, Înalta Curte de Casație și Justiție – *Act de transfer a activității de distribuție către o altă societate. Acțiune pauliană exercitată de creditor. Efecte și controverse*; dr. **Mihaela Mocanu**, avocat, redactor-șef al Revistei Române de Drept al Afacerilor – *Obligațiile francizatului – un potpourri sau o simfonie?*

În **Panelul VIII. Contractele în procedura insolvenței**, au participat: prof. univ. dr. **Radu Bufan**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, dr. **Anca Buta**, fost judecător al Curții de Apel Timișoara – *Aspecte nerezolvate corespunzător de legislația insolvenței. Propuneri de lege ferenda*; dr. **Mihaela Sărăcuț**, judecător, Curtea de Apel Cluj, cadru didactic asociat, Facultatea de Drept a Universității „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca – *Cât valorează o garanție în procedura insolvenței?*; dr. **Ioana Riedl**, Senior Insolvency Practitioner, CITR – *Menținerea „forțată” a contractelor în procedura insolvenței – sănătatea mediului de afaceri?*; prof. univ. dr. **Florin Moțiu**, conf. univ. dr. **Dana Moțiu**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara – *Analiza economică a contractului de muncă în procedura insolvenței*; asist. cercet. dr. **Natalia Șvidchi**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara – *Contraprestație sau despăgubire? O analiză din perspectiva jurisprudenței CJUE în materia TVA*.

În **Panelul IX. Contractele și arbitrajul comercial**. Secțiune aniversară dedicată profesorului **Constantin Dragoș Popa**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, fost președinte al Curții de Arbitraj de pe lângă Camera de Comerț, Industrie și Agricultură Timiș, au participat: prof. univ. dr. **Constantin Dragoș Popa**, conf. univ. dr. **Florin**

I. Mangu, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara – *Despre litigiile privind contestarea certificatelor negative emise de către autoritățile contractante, în arbitraj. Implicații în economia contractului*; prof. univ. dr. **Claudia Roșu**, asist. cercet. dr. **Cătălin Lungănașu**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara – *Limitele controlului judecătoresc asupra hotărârii arbitrale*; lect. univ. dr. **Codruța Guzei-Mangu**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara – *Un mod de exercitare eficientă a dreptului de proprietate. Impactul interpretării și recalificării clauzelor contractuale în arbitraj asupra economiei contractului*; conf. univ. dr. **Florina Popa**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara – *Provocările arbitrajului la început de mileniu III: în ce condiții poate opera rezoluțiunea unilaterală?*; conf. univ. dr. **Sergiu Popovici**, Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara – *Clauza compromisorie și clauza de electio fori: pot ele influența analiza economică a contractului?*

III. ȘCOALA DOCTORALĂ

Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara

Susțineri de teze de doctorat:

1. În data de 22 februarie 2024, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a fost susținută teza de doctorat cu titlul *Aspecte teoretice și practice privind unele varietăți de vânzare*, elaborată de doctoranda Cimpu Georgiana, sub coordonarea științifică a dl prof. univ. dr. Moțiu Florin.

2. În data de 22 aprilie 2024, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a fost susținută teza de doctorat cu titlul *Autoritatea părintească exclusivă*, elaborată de doctorandul Moloman Bogdan Dumitru, sub coordonarea științifică a dl prof. univ. dr. Motica I. Radu.

3. În data de 3 iunie 2024, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a fost susținută teza de doctorat cu titlul *Proba cu înscrisurile electronice în procesul civil*, elaborată de doctorandul Rusu Andrei, sub coordonarea științifică a dnei prof. univ. dr. Claudia Roșu.

4. În data de 3 iunie 2024, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a fost susținută teza de doctorat cu titlul *Procedura de soluționare a ordonanței președințiale*, elaborată de doctoranda Precup Roxana-Silvia (Truța), sub coordonarea științifică a dnei prof. univ. dr. Claudia Roșu.

5. În data de 19 iunie 2024, la Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara a fost susținută teza de doctorat cu titlul *Regimul juridic al proprietății private a unităților administrativ-teritoriale*, elaborată de doctoranda Dobreanu Ana-Maria (Dobra), sub coordonarea științifică a dnei prof. univ. dr. Irina Sferdian.

IV. PREMII

Premii obținute de cadrele didactice din cadrul Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara

În cadrul GALEI JURIDICE.ro de joi, 23 mai 2024, la Palatul Parlamentului, una dintre distincțiile Societății de Științe Juridice i-a revenit dlui prof. univ. dr. **Valentin Constantin**, cu următoarea motivare:

Pentru modul în care scrie, erudit, blând și tăios, Societatea de Științe Juridice își exprimă aprecierea față de domnul profesor **Valentin Constantin**.

În cadrul GALEI JURIDICE.ro de joi, 23 mai 2024, la Palatul Parlamentului, una dintre distincțiile Societății de Științe Juridice i-a revenit dnei conf. univ. dr. **Lavinia Tec**, cu următoarea motivare:

Pentru curajul și întemeierea juridică solidă a abordării libertății de exprimare într-o societate tot mai liniștitoare, scriind incomod despre subiecte incomode, Societatea de Științe Juridice își exprimă aprecierea față de doamna profesor **Lavinia Tec**, de la Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara.

V. APARIȚII EDITORIALE

În prima parte a anului 2024 au fost publicate mai multe lucrări elaborate de cadre didactice ale Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara.

1. Fundamentele ideologice ale dreptului administrativ. Volumul II, Tomul 2. Ediția a 2-a, Cristian Clipa, Editura: Hamangiu, București, 2024.

Despre carte **Volumul II, Tomul 2 – Specificitățile**

Despre ediția a II-a

Această a II-a ediție a prezentului volum adaugă câteva sute de pagini celei dintâi. Ea teoretizează pe marginea unor categorii oarecum neglijate în cuprinsul primei ediții, precum „public”, „spațiu public”, „sferă publică”, „privat”, „spațiu privat” sau „sferă privată”. Mai apoi, tot cu acest prilej, autorul a construit o teorie a persoanei juridice de drept public, din perspectiva specifică a dreptului administrativ și a analizat – cu preocupare pentru detaliile de ordin tehnic – întregul sistem instituțional al administrației publice. Cei interesați vor putea regăsi în această nouă ediție inclusiv analize dedicate descentralizării, principiilor, regulilor și mecanismelor specifice acesteia, consorțiilor administrative, dar și subdiviziunilor administrativ-teritoriale (sectoarelor).

Nu în ultimul rând, ediția prezintă aprofundează semnificațiile filosofice, politice și juridice ale noțiunilor de „autoritate publică”, „putere publică” și „ordine publică”, acestea din urmă fiindu-i atașate o serie întreagă de funcții epistemice care potențează rolul acestui fundament ideologic al dreptului administrativ în înțelegerea raporturilor angajate de această disciplină juridică cu dreptul constituțional, cu dreptul civil sau cu dreptul european, precum și rolul aceluiași fundament în construcția teoriilor marilor instituții ale dreptului administrativ.

În sfârșit, în cuprinsul acestui volum, autorul a analizat natura și specificitatea Planului National de Redresare și Reziliență (P.N.R.R.), în contextul mai larg al analizei făcute prerogativei planificării încă din cuprinsul primei ediții, a încercat să explice sensul a două expresii legislative des întâlnite în dreptul pozitiv – „în temeiul puterii publice” și „în regim de putere publică” – și a încercat să stabilească o linie de demarcație, pe care toți juriștii ar trebui să o perceapă, între „puterea publică” și „puterea civilă”.

Totodată, pe lângă perspectivele puse la dispoziție de dreptul român și de cel francez (care se regăsesc în cuprinsul primei ediții), cea de-a doua ediție pune la dispoziția cititorilor și perspectivele școlilor germană, spaniolă, italiană, engleză și americană asupra funcției publice, proprietății publice, întreprinderii publice, actului administrativ unilateral, contractului administrativ, contenciosului administrativ și răspunderii administrativ-patrimoniale.

2. Ghid esențial al distincțiilor în procedura penală, Flaviu Ciopec, Editura C.H. Beck, București, 2024

Despre lucrare

Evidențierea diferențelor observate atât în teorie, cât și în practică în legătură cu anumite concepte, mecanisme și instituții din procedura penală ține de apanajul lucrării de față. Dintre numeroasele metode de învățare disponibile la acest moment, tehnica sesizării și aprofundării diferențelor specifice poate fi considerată una dintre cele mai eficiente și de succes. Astfel, la final, cititorul va putea să înțeleagă mult mai bine materia printr-o analiză comparativă a noțiunilor care prezintă similitudini.

Structural, fiecare secțiune a cărții conține un tablou sinoptic al principalelor distincții ce merită evidențiate, precum și explicații ale acestora, acolo unde se impun. Lucrarea este destinată atât studenților, cât și profesioniștilor dreptului.

Din cuprins

Avatarurile persoanei acuzate în procesul penal
Binomul procesual-procedural
Nulitatea. Decăderea. Inadmisibilitatea. Excluderea
Portabilitatea probelor în procesul penal
Standardele probatorii

Puncte forte

analiză temeinică a distincțiilor în procedura penală
interpretări și clarificări ale dezbaterilor din doctrină
caracter interdisciplinar
ample referințe bibliografice
structură tabelară facil de parcurs

3. Scurt itinerar constituțional, Mircea Criste, Editura Universul Juridic, București, 2024

Studiul dreptului în general și al dreptului constituțional în particular ar fi nu numai incomplet, ci chiar de neconceput în condițiile dezvoltării societății contemporane, fără o abordare dintr-o perspectivă comparată. Interesul pentru un studiu comparativ a fost prezent încă de la formarea primelor sisteme de drept, în Grecia antică, unde Platon studiază dreptul din diferitele *Poleis* grecești în lucrarea sa *Nomoi*.

Aportul dreptului comparat la dezvoltarea întregii științe a Dreptului poate fi evidențiat sub doua aspecte, atât documentar, cât și normativ.

Finalitatea unui demers comparativ se regăsește, de altfel, în posibilitatea ca, aplecându-se cu atenție și umilință asupra soluțiilor la care s-au oprit alte sisteme de drept pentru reglementarea unor instituții juridice asemănătoare, cercetătorul-jurist va putea construi o imagine completă a lumii juridice contemporane și a evoluției sale, raportată atât la trecut, cât și la viitor. Mai mult, înțelegând soluțiile din diferite alte sisteme și inspirându-se din acestea, legiuitorul poate să ajungă la o îmbunătățire a propriului sistem de drept.

4. Dreptul european al concurenței, Sorina Doroga – Editura Universității de Vest Timișoara, 2024

Lucrarea, apărută la Editura Universității de Vest din Timișoara în cadrul colecției Amfiteatru, sintetizează într-un limbaj accesibil studenților conceptele-cheie relevante în materia dreptului european al concurenței. Structurată în 5 capitole, lucrarea tratează, printre altele, teme precum înțelegerile anticoncurențiale, abuzul de poziție dominantă și controlul concentrărilor economice, oferind, pe lângă explicațiile teoretice, exemple relevante din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

5. Admiterea în notariat. Teste grilă și sinteze teoretice. Ediția a 10-a, Adina-Renate Motica, Oana-Elena Buzincu, Veronica Stan, Editura Hamangiu, București, 2024

Lucrarea reprezintă un instrument destinat recapitulării noțiunilor de legislație și procedurilor notariale pentru toți cei care se pregătesc pentru examenul de definitivat ori pentru concursul de admitere în funcția de notar public având 6 ani vechime.

În cea de-a zecea ediție, atenția autoarelor a fost îndreptată spre revizuirea și adaptarea sintezelor de Drept notarial, respectiv a grilelor din cuprinsul celor două secțiuni, în conformitate cu modificările legislative și potrivit cerințelor examinării, având un grad de dificultate mai ridicat, inspirat și din practică, tocmai pentru a spori interesul spre particularitățile instituțiilor indicate în tematică.

Asemănător edițiilor anterioare, s-a păstrat nota de bază a materialului, răspunsurile aferente grilelor având indicate explicații, iar la sfârșitul lucrării, pentru o verificare temeinică a cunoștințelor, există teste recapitulative elaborate respectând modelul subiectelor de la examenul de admitere în notariat.

6. Legislație notarială. Ediția 2024, Adina-Renate Motica, Oana-Elena Buzincu, Veronica Stan, Editura Hamangiu, București

Lucrarea a fost concepută ca un instrument de bază, de informare și de orientare într-un domeniu aflat într-o continuă creștere, formare și transformare.

În acest sens, cartea reprezintă, pe de o parte, pașaportul legislativ de trecere în profesia de notar, deoarece se adresează în primul rând celor care se pregătesc pentru susținerea examenului sau concursului privind dobândirea calității de notar stagiar, urmând îndeaproape liniile tematicii și bibliografiei pe care candidatul trebuie să le respecte. Pe de altă parte, constituie și o linie de pornire pentru cei care se pregătesc pentru examenul de definitivat sau examenul de dobândire a calității de notar public pentru cei cu cel puțin 6 ani vechime într-o funcție de specialitate juridică, pentru studenții facultăților de drept sau pentru profesioniștii interesați de dreptul notarial, care pot regăsi în cuprinsul cărții, pe lângă actele normative menționate în tematica și bibliografia examenelor sau concursurilor, și alte acte strategice în domeniu.

Ca elemente de noutate, această ediție include ultimele modificări și completări aduse Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 97/2005 privind evidența, domiciliul, reședința și actele de identitate ale cetățenilor români prin Ordonanța Guvernului nr. 9/2024, respectiv Codului silvic prin Legea nr. 85/2024, precum și noile norme în materia constatării desfacerii

căsătoriei prin acordul soților de către ofițerul de stare civilă, cuprinse în Hotărârea Guvernului nr. 255/2024 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare unitară a dispozițiilor în materie de stare civilă, care abrogă, începând cu 24 septembrie 2024, Hotărârea Guvernului nr. 64/2011.

7. Dreptul individual al muncii. Note de curs. Spețe. Grile, Daniela Moțiu, Editura Universul Juridic, București, 2024

Despre lucrare. Lucrarea analizează din punct de vedere teoretic și practic aspectele esențiale ale dreptului individual al muncii, fiind structurată pe trei paliere (note de curs, spețe și grile) și reprezentând un instrument util de lucru pentru studenți și masteranzi. Sistematizarea se bazează pe programa analitică și pe tematica de seminar aferente disciplinei Dreptul muncii.

Lucrarea este împărțită în 11 capitole, începând cu noțiunile generale de dreptul muncii, continuând cu analiza pe larg a contractului individual de muncă (încheiere, conținut, modificare, suspendare, încetare) și prezentând apoi principalele tipuri de contracte individuale de muncă. Următoarele capitole sunt rezervate timpului de muncă și timpului de odihnă, salarizării, răspunderii juridice în dreptul muncii și, în final, jurisdicției muncii.

Puncte forte. Autoarea are o îndelungată experiență didactică și de practician al dreptului (avocat), ceea ce face ca partea teoretică să fie bine îmbinată cu partea practică a lucrării, exemplele prezentate fiind variate, iar limbajul folosit – unul ușor de înțeles. Lucrarea are și avantajul de a fi la zi cu toate modificările legislative de până la data de 1 octombrie 2023.

Lucrarea se adresează în primul rând studenților și masteranzilor facultăților de drept, în vederea pregătirii seminarelor și examenelor la disciplina Dreptul muncii. În același timp, lucrarea poate fi utilă persoanelor implicate în activități care privesc relațiile de muncă, precum și practicienilor în domeniu.

8. Drept penal internațional. Curs universitar. Ediția a II-a, revăzută și adăugită, Ioana Celina Pașca, Editura Universul Juridic, București, 2024

Cursul Drept penal internațional, Ediția a II-a, revăzută și adăugită readuce în curricula universitară actuală studiul a ceea ce cunoscutul penalist și diplomat Vespasian V. Pella numea dreptul penal al viitorului, fiind dedicat studenților facultăților de drept și științe politice, cu scopul de a consolida și interpreta conceptul de „crimă internațională” în optica tribunalelor penale internaționale *ad-hoc* și a Curții Penale Internaționale.

Studiul este structurat în trei părți, fiecare dintre acestea conținând mai multe capitole. Prima parte este menită a oferi o imagine de ansamblu asupra evoluției dreptului penal internațional, precum și asupra activității tribunalelor internaționale implicate în formarea și aplicarea dreptului penal internațional. Partea a doua analizează problematica răspunderii persoanelor vinovate de săvârșirea crimelor internaționale și formele de participare la comiterea acestora, precum și drepturile victimei stipulate în Statutele tribunalelor penale internaționale. În ultima parte regăsim o analiză a elementelor constitutive ale crimei de

genocid, ale crimelor împotriva umanității, ale crimelor de război și ale crimei de agresiune, așa cum au fost reținute în jurisprudența tribunalelor penale internaționale și a Curții Penale Internaționale.

9. Caiet de seminar. Drept penal. Partea generală. Ediția a VII-a, revăzută și adăugită, Laura Maria Stănilă, Editura Universul Juridic, București, 2024

Această lucrare este un instrument extrem de util și eficient pentru parcurgerea disciplinei DREPT PENAL – PARTEA GENERALĂ, disciplină ce se regăsește în tematica tuturor examenelor importante ale carierei juridice.

Caietul de seminar se adresează deopotrivă:

- studenților facultăților de drept din anul al II-lea de studiu, pentru pregătirea seminarelor și a examenelor pentru promovarea disciplinei DREPT PENAL – PARTEA GENERALĂ;
- studenților din ultimul an ai facultăților de drept, pentru pregătirea examenului de licență;
- candidaților la examenul organizat pentru admiterea la Institutul Național al Magistraturii, în special prin practica judiciară prezentată și prin testele-grila;
- candidaților la concursul de admitere în profesia de avocat;
- cursanților (avocați stagieri) ai Institutului Național pentru Pregătirea și Perfecționarea Avocaților, în vederea pregătirii modulelor la disciplina DREPT PENAL;
- practicienilor, prin practica judiciară bogată și actuală;
- personalului didactic al facultăților de drept, lucrarea constituind un instrument facil în realizarea seminarelor la disciplina DREPT PENAL – PARTEA GENERALĂ.

Lucrarea de față prezintă o serie de avantaje evidente:

- fiecare capitol conține o parte de prevederi legale, inclusiv referiri la practica Curții Constituționale și a Înaltei Curți de Casație și Justiție, un set de grile a căror dificultate crește gradual, spețe și probleme teoretice, soluții de jurisprudență;
- în cazul unor capitole sunt realizate referiri la practica C.E.D.O. relevantă;
- publicul are acces la informația esențială necesară unei verificări eficiente într-o lucrare atent structurată, prin care se facilitează atât însușirea de cunoștințe aprofundate de Drept penal, Partea generală, cât și sedimentarea și recapitularea acestora.

10. Drept penal. Partea generală II. Ediția a IV-a, revăzută și adăugită, Laura Maria Stănilă, Editura Universul Juridic, București, 2024

Cursul este dedicat studenților facultăților de drept, studenților la programele de masterat în științe penale, precum și candidaților la concursurile de admitere în avocatură și magistratură care doresc să dobândească cunoștințe temeinice în materia teoriei infractorului, a răspunderii penale și a sancțiunilor penale.

Cursul este actualizat cu toate modificările legislative intervenite până la data apariției și face referire la toate deciziile Curții Constituționale și ale Înaltei Curți de Casație și Justiție (atât cele pronunțate de completul de dezlegare a unor chestiuni de drept, cât și de completul privind soluționarea recursului în interesul legii) și cuprinde numeroase referiri la

practica judiciară națională recentă și foarte recentă, precum și la numeroase decizii pronunțate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

De menționat este faptul că lucrarea aduce elemente de noutate în materia răspunderii penale a persoanei fizice – fiind tratate inclusiv cauzele noi de suspendare introduse prin decretul prezidențial de instituire a stării de urgență în contextul pandemiei SARS-COV 2 –, în materia răspunderii penale a persoanei juridice – prin prezentarea modelelor de angajare a răspunderii penale a persoanei juridice – și a răspunderii penale a minorului – prin analiza condițiilor de angajare și a tipurilor de măsuri educative ilustrate prin multiple exemple de practică judiciară.

Sunt prezentate laudativ sau critic și opiniile exprimate în literatura de specialitate în legătură cu diferite instituții pentru a oferi o mai bună cunoaștere a acestora de către publicul țintă.

Lucrarea este bine structurată, temele fiind tratate într-un limbaj accesibil ce invită la lectură și diminuează efortul de învățare al studenților.

11. *Manual de istoria dreptului. Instituții juridice românești din antichitate până în secolul al XIX-lea*, Violeta Stratan, Editura Universității de Vest, Timișoara, 2024

Manualul se dorește a fi, înainte de toate, un instrument de lucru pentru cursurile și seminarele dedicate disciplinei opționale a cărei denumire ce o poartă în titlul *Istoria dreptului românesc* este, conform planului de învățământ, o disciplină pe care studenții Facultății de Drept o pot alege în primul semestru al anului I și are menirea de a-i familiariza cu limbajul unor instituții juridice cu care se vor întâlni de-a lungul întregului lor parcurs academic la disciplinele de specialitate. Ea face trecerea de la studiul istoriei din gimnaziu și liceu spre studiul sistemului juridic românesc – profund legat de contextul istoric în care s-a format și a evoluat. *Mutatis mutandis*, poate fi considerată un cap de pod pentru multe din disciplinele studiate în anii de facultate, construind, pe temelia unor cunoștințe existente, pilonii înțelegerii instituțiilor juridice contemporane, prin raportare la originea, evoluția și rolul lor în societatea românească.

Criterii de redactare Analele UVT – seria Drept

I. Criterii de tehnoredactare

Materialele destinate publicării se transmit de către autori numai pe suport electronic la adresa de e-mail: redactie.drept@e-uvt.ro.

Materialele trimise de autori trebuie să se conformeze exigențelor referitoare la structura articolelor, studiilor, comentariilor și anume acestea să cuprinsă o introducere, secțiuni cu titlu bine definit, precum și concluzii.

Textele trimise să fie scrise cu fontul Times New Roman, obligatoriu cu diacritice, cu dimensiunea de 12, iar subsolul de 10, la un rând. Din stânga paginii în dreapta ei, dimensiunea să fie de 16,5.

Textul trebuie însoțit obligatoriu de un rezumat în limba română și de un rezumat în limba engleză și de cuvintele-cheie ale articolului atât în limba română, cât și în limba engleză.

Titlul articolului se scrie atât în limba română, cât și în limba engleză.

În cuprinsul materialului, cu excepția titlului acestuia, textul și notele de subsol se culeg cu literă obișnuită.

În notele de subsol, prima dată se scrie inițiala prenumelui și apoi numele autorului, titlul lucrării se scrie integral și cu italic, editura se scrie integral, de ex. Editura C.H. Beck, localitatea de apariție, anul, pagina. Mențiunea *op. cit.* se scrie cu italic. Dacă sunt 2-4 autori ai unei lucrări, se trec toți, despărțiți prin virgulă. De ex.: S. Beligrădeanu, Gh. Mohanu. Dacă sunt mai mult de patru coautori, se scrie, după caz, numai numele primului și în continuare ș.a. ori (dacă există) numele autorului coordonator.

Ex. V. Pașca, *Studii de drept penal*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p.

La volumele scrise de mai mulți autori și în care la fiecare capitol, titlu, parte este nominalizat autorul citarea se face astfel: C. Stătescu, *Fapta ilicită cauzatoare de prejudiciu, ca izvor de obligații (Răspunderea civilă delictuală)*, în „Drept civil. Teoria generală a obligațiilor” de C. Stătescu, C. Bîrsan, Editura All Beck, București, 1999, p. 121 și urm.

Dacă titlul este într-o limbă străină se scrie în această limbă (și nu se traduce în cazul în care este în limbile franceză și engleză; se traduce în limba română dacă este în orice altă limbă ca, de pildă, germană, rusă, spaniolă etc.).

Nici în text, nici în notele de subsol nu sunt permise cuvinte sau fraze culese cu caractere aldine/bold ori integral cu majuscule.

În text și în notele de subsol nu sunt permise prescurtări precum: prev., disp., H.G., O.G., O.U.G. etc., ci se scrie denumirea completă adică: prevăzută, dispozițiile, Hotărârea Guvernului nr., Ordonanța Guvernului nr., Ordonanța de urgență a Guvernului nr.; Legea nr. etc.

Indicarea oricăror acte normative se face numai prin numărul și anul apariției, fără a se indica și ziua adoptării (ex. Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ).

Atât în text, cât și în note se scriu numai prescurtat art., paragr., alin., urm., iar în notele de subsol se scriu numai prescurtat p., t., vol.

În text și în notele de subsol se scriu prescurtat numai unele din denumirile codurilor, și anume: C. civ.; C. pr. civ.; C. pen.; C. pr. pen. etc. Nu se prescurtează, ci se scriu complet: Codul muncii; Codul vamal, Codul silvic etc.

Materialele să nu depășească numărul de 20 de pagini.

Denumirile oricăror instituții (persoane juridice) române (de ex. Ministerul Finanțelor Publice, Ministerul Justiției etc.) se scriu integral, nefiind permisă prescurtarea lor. Prin excepție se pot prescurta: O.N.U.; U.E.; N.A.T.O.

Este interzisă, în text și în notele de subsol, prescurtarea denumirii următoarelor instanțe: Curtea Constituțională; Înalta Curte de Casație și Justiție; Curtea Europeană a Drepturilor Omului; Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

Numai în cuprinsul notelor de subsol, următoarele categorii de instanțe ori hotărâri se scriu exclusiv prescurtat: ex. Trib. București; Jud. Brașov; C. Ap. Cluj; S. civ.; S. pen., S. de cont. adm.; dec.; sent.; înch.

Citările la notele de subsol se fac astfel: Curtea Constituțională, dec. nr. 312/2010; C. Ap. București, S. a IV-a civ., dec. nr. 312/2011 etc.

Toate publicațiile (revistele de specialitate) se scriu cu titlul integral și între ghilimele, nefiind permisă prescurtarea lor. De ex: Revista Dreptul nr. 3/2011, p...; Revista „Pandectele române” nr. 6/2004, p..., „Revue trimestrielle de droit civil” nr. 1/2004, p...

În cazul actelor normative, se scrie la nota de subsol, monitorul în care a fost publicată astfel: Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 145 din 14 februarie 2010 și dacă este cazul, cu modificările și completările ulterioare sau republicarea.

În cazul referirilor la Culegerea de jurisprudență a Curții de Justiție a Comunităților Europene, în cazul primei citări, dintr-un articol, se pune denumirea completă a culegerii, și anume: „Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice”, urmată de an și pagină. În citările subsecvente, din același articol, se trece doar „Recueil ...”, urmat de anul culegerii și pagina.

În cazul materialelor în care predomină citarea deciziilor Curții Europene a Drepturilor Omului, precum și ale instanțelor Uniunii Europene, se admit următoarele prescurtări: C.E.D.O.; Comisia = Comisia Europeană a Drepturilor Omului; Convenția = Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale; C.E.D.H. = Recueil des arrêts et décisions.

Culegerile de decizii se citează astfel: Înalta Curte de Casație și Justiție, S. pen., dec. nr. 120/2010, în *Buletinul jurisprudenței 2010*, p. 700.

Dacă un autor dorește să sublinieze un text dintr-un citat ori să includă o paranteză într-un citat se procedează astfel: (s.n. – V.P.); (paranteza noastră – V.P.).

Toate lucrările și jurisprudența citate se indică numai în notele de subsol. Nu se permit materiale cu bibliografia și jurisprudența trecute la sfârșitul acestora.

Notele de subsol se numerotează în continuare, nu începând cu nota 1 la fiecare pagină.

Privitor la materialele care se publică, redacția își rezervă dreptul de a face sugestii, propuneri, modificări autorilor, iar dacă aceștia nu se conformează să decidă nepublicare articolelor.

Articolele sunt supuse unei duble verificări de *peer-review*, pentru a se asigura corectitudinea și imparțialitatea observațiilor.

Colaboratorii sunt obligați să respecte legislația privind drepturile de autor evitând total orice formă de plagiat. În cazul preluării unor idei din alte lucrări, colaboratorii sunt obligați să le citeze și, când este cazul, să treacă între ghilimele unele pasaje din lucrările citate.

Redacția revistei nu-și asumă nicio răspundere pentru nerespectarea de către colaboratori în caz de plagiat și în general a oricărei nerespectări de către aceștia a reglementărilor din legislația privind drepturile de autor.

În caz de plagiat, parțial sau integral, întreaga răspundere, atât juridică (penală, contravențională, civilă), cât și deontologică revine în exclusivitate autorului care a săvârșit plagiatul, redacția revistei neasumându-și vreo răspundere pentru încălcarea legislației privind dreptul de autor și drepturile conexe de către persoanele care înaintează revistei materiale în vederea publicării.

II. Structura revistei

Revista va fi structurată pe următoarele secțiuni:

1. Studii, articole, comentarii – Secțiunea de Drept privat; Secțiunea de Drept public;
2. Manifestări științifice;
3. Școala doctorală;
4. Evenimente;
5. Apariții editoriale

Articolele se trimit membrilor colegiului de redacție, care vor avea putere de cenzură a materialelor.

III. Apariții editoriale

Analele UVT – seria Drept va avea 2 apariții anuale. Pentru primul număr, materialele se vor preda până la data de 30 aprilie a anului curent. Pentru al doilea număr, materialele se trimit până la data de 30 septembrie a anului curent.

Prof. univ. dr. habil. Claudia Roșu
Redactor-șef

Procedura Double-Blind Peer Review

În vederea realizării procedurii de recenzare, materialul va fi trimis, prin e-mail (redactie.drept@e-uvt.ro), către revista *Analele Universității de Vest din Timișoara – Seria Drept*.

Autorul este sfătuit să cuprindă în materialul trimis mențiuni exprese privind teza cercetării, scopul și relevanța acesteia, concluziile acesteia și elementele de originalitate cu privire la tema lucrării.

Adițional, autorul trebuie să furnizeze colegiului de redactori informații referitoare la instituția de afiliere pentru toate articolele științifice din ultimii doi ani de publicare și, dacă este cazul, finanțarea specifică sau sprijinul financiar pentru cercetare. Totodată, autorul trebuie să indice un mijloc de contact, de preferință e-mail.

Anterior trimiterii materialului pentru realizarea procesului de recenzare, acesta va fi supus unei analize prealabile cu privire la îndeplinirea criteriilor structurale și formale de redactare recomandate de revistă, regăsite pe pagina de internet a acesteia. În cazul în care criteriile de redactare ale revistei nu sunt respectate, materialul va fi trimis autorului pentru ca, într-un termen rezonabil, acesta să fie refăcut în conformitate cu criteriile de redactare indicate.

Manuscrisele primite spre publicare în **Analele Universității de Vest din Timișoara – Seria Drept** vor fi revizuite folosind sistemul „double blind” peer review, cu respectarea standardelor internaționale referitoare la publicarea revistelor științifice. Orice articol trimis spre publicare va fi revizuit de către doi recenzori independenți, de la o instituție diferită decât cea a autorului, de pe o listă stabilită de Consiliul Editorial al **Analelor Universității de Vest din Timișoara – Seria Drept**. În cazul în care nu există experți relevanți în domeniul de cercetare ales de către autor, recenzorii vor fi aleși din rândul altor experți recunoscuți domeniul respectiv.

Identitatea autorilor nu va fi dezvăluită recenzorilor, iar nici autorilor nu li se va dezvălui identitatea recenzorilor, pe tot parcursul procesului de recenzare.

Fiecare recenzor va întocmi un raport cu referire la materialul revizuit. Raportul va cuprinde informații cu privire la relevanța subiectului de cercetare, calitatea scrierii, a argumentării și a raționamentului logic și, în special, cu privire la elementele de originalitate și caracterul contributiv al lucrării. Raportul va evidenția, de asemenea, caracterul precar sau neconvingător al argumentelor, lipsa referințelor bibliografice și prezența unor concluzii insuficient fundamentate. În cazul în care textul nu prezintă elemente de originalitate, recenzorii vor semna acest lucru și vor indica, deopotrivă, lucrările care au abordat deja tema de cercetare respectivă și faptul că au fost obținute, prin aceleași mijloace, aceleași concluzii cu cele ale autorului. În cazul în care toate celelalte criterii sunt îndeplinite, materialul

nu va putea fi respins doar pe baza faptului că recenzorii nu împărtășesc aceleași concluzii cu cele ale autorului.

Textele trebuie să fie redactate într-o manieră obiectivă, fără a aduce prejudicii persoanelor sau instituțiilor. Lucrări care conțin un discurs inflamator, cu un pregnant caracter politic sau care incită la ură nu vor fi acceptate spre publicare.

Raportul recenzorilor trebuie să sublinieze punctele forte sau punctele slabe ale manuscrisului, astfel încât să confirme decizia de publicare sau să ofere editorilor instrucțiuni clare în sensul îmbunătățirii materialului. În cazul în care autorului i se va comunica faptul că materialul va fi primit spre publicare, sub rezerva realizării ajustărilor indicate, acesta va trebui să procedeze la realizarea acestor modificări în **termenul indicat de către editori**.

Durata necesară pentru revizuirea lucrării poate să varieze, în funcție de complexitatea temei de cercetare și a procesului de recenzare, dar obiectivul este ca aceasta să nu depășească un termen de **60 de zile**, calculat de la momentul de la care autorul a trimis materialul spre revizuire.

Ulterior confirmării deciziei de publicare a manuscriptului, autorul va fi informat că acesta va supus procesului de editare. În acest timp, autorului i se poate solicita să corecteze eventualele greșeli de dactilografiere. La acest moment nu va mai fi permisă o modificare a conținutului, cu excepția cazului în care materialul este retrimis spre recenzare.

Pentru a asigura anonimatul recenzorilor și al autorilor, autorii se vor asigura că manuscrisele transmise sunt pregătite într-un mod care nu le dezvăluie identitatea. În acest sens, atunci când va fi trimisă o lucrare spre publicare în *Analele Universității de Vest din Timișoara – Seria Drept*, vă rugăm să aveți în vedere: trimiterea **Paginii de titlu**, care conține detaliile autorilor, și a **Manuscrisului anonimizat**, fără detalii despre autori, în două fișiere separate.

Informații referitoare la Pagina de titlu

Pagina de titlu va trebui să includă titlul, numele autorilor și afilierea, precum și adresa completă a autorilor, inclusiv adresa de telefon și de e-mail.

Informații referitoare la Manuscrisul anonimizat

Pe lângă necesitatea evidentă de a elimina numele și afilierea din manuscris, există și alți pași care trebuie urmați pentru a asigura că manuscrisul este pregătit corect pentru evaluarea folosind sistemul „double blind” peer review. În acest sens, elementele-cheie care trebuie avute în vedere sunt următoarele:

Utilizați persoana a treia pentru a vă referi la lucrările elaborate în calitate de autori, e. g. înlocuiți orice expresii precum „am arătat înainte” cu „... a fost arătat înainte de [Anonymous 2007]”;

Asigurați-vă că cifrele nu conțin niciun identificator legat de afiliere;

Nu eliminați auto-referințele esențiale sau alte referințe, ci limitați auto-referințele doar la lucrările care sunt relevante pentru cei care revizuiesc lucrarea trimisă;

Citați lucrările publicate în text după cum urmează: „[Anonymous 2007]”;

Pentru anonimizare în lista de referințe utilizați: „[Anonymous 2007] Detalii omise pentru „double blind” peer review;

Eliminați referințele la sursele de finanțare;

Nu includeți mulțumiri;

Eliminați orice informații de identificare, inclusiv numele autorilor, din numele fișierelor și asigurați-vă că și proprietățile documentului sunt anonimizate.

Se poate refuza publicarea articolului, conform propunerii făcute de recenzori, având în vedere nivelul nesatisfăcător al conținutului științific și nerespectarea deontologiei academice, conform standardelor unanim recunoscute în domeniul cercetării juridice. În caz de încălcare în orice mod a legislației dreptului de autor/în caz de plagiat, întreaga responsabilitate revine autorului articolului și manuscrisul va fi respins, respectiv articolul publicat va fi retras.

Double-Blind Peer Review Process

With a view to undergoing the review process, the material should be submitted, by e-mail (redactie.drept@e-uvt.ro), to the journal Annals of the West University of Timișoara – Law Series. The author is advised to include in the submitted material express mentions of the research thesis, its purpose and relevance, conclusions and the elements of originality regarding the theme of the paper.

In addition, the author should provide the board of editors with information regarding the institution of affiliation for all scientific articles in the last two years of publication and, if applicable, the specific funding or financial support for the research. At the same time, the author should indicate contact information, preferably the e-mail address.

Prior to being submitted for the review process, the material will be subjected to a preliminary analysis regarding fulfillment of the structural and formal writing criteria recommended by the journal, found on its website. If the editorial criteria of the journal are not respected, the material will be sent to the author so that, within a reasonable time, it can be rewritten in accordance with the indicated editorial criteria.

The manuscripts received for publication in the Annals of the West University of Timișoara - Law Series will be reviewed using the "double blind" peer review system, in compliance with the international standards for the publication of scientific journals. Any article submitted for publication will be reviewed by two independent reviewers, from a different institution than the author's, from a list established by the Editorial Board of the Annals of the West University of Timișoara - Law Series. If there are no relevant experts in the research field chosen by the author, the reviewers will be selected from among other recognized experts in the field.

The identity of the authors will not be revealed to the reviewers, nor will the identity of the reviewers be revealed to the authors, throughout the review process.

Each reviewer will prepare a report with reference to the reviewed material. The report will include information on the relevance of the research topic, the adequateness of language, the argumentation and the logical reasoning and, in particular, on the originality and contribution of the paper to the field. The report will also highlight the precarious or unconvincing character of the arguments, the lack of bibliographic references and the presence of insufficiently substantiated conclusions. If the text does not present elements of originality, the reviewers will indicate this and will also indicate the works that have already addressed the respective research topic and the fact that the same conclusions as the author's have been obtained by the same means. If all other criteria are met, the material will not be rejected solely on the basis of the fact that the reviewers do not share the same conclusions as the author.

Texts should be drafted in an objective manner, without harming individuals or institutions. Papers that contain inflammatory speech, with a strong political character or that incite to hatred will not be accepted for publication.

The reviewers' report should highlight the strengths or weaknesses of the manuscript so as to confirm the decision to publish it or provide the editors with clear instructions for improving the material. If the author is notified that the material will be accepted for

publication, subject to making the indicated adjustments, they will have to make these changes up to the deadline indicated by the editors.

The time required to review the paper may vary, depending on the complexity of the research topic and the review process, but the aim is that it should not exceed a period of 60 days, calculated from the date the author submitted the material for review. After the confirmation of the decision to publish the manuscript, the author will be informed that it will undergo the editing process. During this time, the author may be asked to correct any typos. At this point no further content modification will be permitted, unless the material is resubmitted for review.

To ensure the anonymity of reviewers and authors, authors will ensure that submitted manuscripts are prepared in a manner that does not reveal their identity. In this sense, when a paper will be sent for publication in the Annals of the West University of Timisoara - Law Series, please consider: sending the Title page, which contains details about the authors, and the Anonymized manuscript, without details about the authors, in two separate files.

Title page information

The title page should include the title, authors' names and affiliation, and the full address of the authors, including telephone and e-mail address.

Information about the anonymized manuscript

In addition to the obvious need to remove names and affiliations from the manuscript, there are other steps that must be taken to ensure that the manuscript is properly prepared for double blind peer review. In this regard, the key elements to be considered are the following:

- Use the third person to refer to works produced as authors, e.g. replace any phrases such as "I have shown before" with "... was shown before [Anonymous 2007]";

- Make sure the numbers do not contain any affiliation identifiers;

- Do not remove essential self-references or other references, but limit self-references only to works that are relevant to those reviewing the submitted paper;

- Cite published works in the text as follows: "[Anonymous 2007]";

- For anonymization in the reference list use: "[Anonymous 2007] Details omitted for "double blind" peer review;

- Remove references to funding sources;

- Do not include thanks;

- Remove any identifying information, including author names, from file names and ensure that document properties are also anonymized.

The publication of the article may be refused, according to the proposal made by the reviewers, considering the unsatisfactory level of the scientific content and non-compliance with academic ethics, according to the standards unanimously recognized in the field of legal research. In case of violation of the copyright law in any way/in case of plagiarism, the full responsibility rests with the author of the article and the manuscript will be rejected, respectively the published article will be withdrawn.

Cuprins

Secțiunea Judecătorii Europei. Europa judecătorilor

Rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene în asigurarea unității, coerenței și dezvoltării dreptului Uniunii Europene, ilustrat prin jurisprudență recentă Judecător dr. Octavia SPINEANU-MATEI	5

I. STUDII. ARTICOLE. COMENTARII

Secțiunea de Drept public

Câteva considerații privind competența teritorială de soluționare a contestației în materia liberării condiționate Conf. univ. dr. Voicu PUȘCAȘU	23
Extraterritorial Human Rights Obligations and the European Union Sorina DOROGA, PhD	33
The politics, promises and perils of addressing violence against women in Romania in the 2000s Andra-Mirona STAN-DRAGOTESC	47
Confiscarea mijloacelor de transport în Codul penal român și în practica judiciară Drd. Adrian STAN	60
Parteneriatul public-privat în lupta împotriva spălării banilor și finanțării terorismului PhD Student Attila László BARÁTKI	76
Unele precizări consolidate privind scopul, sarcinile și principiile de bază ale procesului contravențional în Republica Moldova Conf. univ. dr. Oleg PANTEA, Doctorand Andrei GÎRLEANU	89
Dosar: Conferința Națională de Drept Fiscal Ediția a X-a, Timișoara, 13-14 octombrie 2023	
„Prejudiciul” – problema centrală a cauzelor de evaziune fiscală Conf. univ. dr. Adrian FANU-MOCA	105

Rolul impozitelor de mediu în finanțarea programelor de protecția mediului Lect. univ. dr. Marilena ENE	113
Despre poprirea fiscală și interferența acesteia cu insolvența Conf. univ. dr. Andreea TABACU	129
Principiul incertitudinii sau despre valențele verificării documentare realizate de antifrauda fiscală Lect. univ. dr. Septimiu Ioan PUȚ	145
Repere jurisprudențiale privind regimul deducerii TVA Judecător Lucian Ioan GHERMAN	153
Reguli de simplificare pentru operațiunile intracomunitare Cadru didactic asociat Mariana VIZOLI	176
Dificultăți și deficiențe în aplicarea prețurilor de transfer în România: o perspectivă empirică Cadru didactic asociat, drd. Mihai LUPU	191
Criterii de selecție a celei mai potrivite metode de documentare a prețurilor de transfer. Metode tradiționale vs. metode tranzacționale Daniel IOVESCU	207
Obligația motivării în procedura de control fiscal – a organelor fiscale, a contribuabilului, a judecătorului sau a nimănui? Avocat Bogdan MĂRCULEȚ	215
Secțiunea de Drept privat	
Combinarea drepturilor reale și <i>numerus clausus</i> Prof. univ. dr. Irina SFERDIAN	233
Aspecte relative la dreptul angajatorului de a stabili obiective de performanță individuală și criterii de evaluare a realizării acestora Conf. univ. dr. Daniela MOȚIU	252

O oportunitate extraordinară pentru protecția mediului – inteligenta artificială Conf. univ. dr. Flaminia STÂRC-MECLEJAN	264
Interesul general și protecția juridică a programelor de calculator Lect. univ. dr. Violeta STRATAN	273
Instituții procesual civile ca garanții de respectare a principiului celerității procedurilor judiciare Lect. univ. dr. Nicolae Sergiu CÂRLAN	290
Intervenția voluntară în procesul civil – aspecte de drept comparat Dr. Ionuț Adrian ȘIPEȚAN	304
Scurte considerații privind părțile procesului civil Judecător Ioana-Anamaria FILOTE-IOVU	315
Procedura încuviințării mandatului de ocrotire Cons. jur. Lorena Alexandra AVRAM.....	326
Rubrica Centrului pentru Dreptul Afacerilor Timișoara	
Recalificarea unor sume acordate salariaților, asociaților și colaboratorilor Prof. univ.dr. Radu BUFAN, Asist. univ. dr. Natalia ȘVIDCHI.....	337
II. MANIFESTĂRI ȘTIINȚIFICE	
Conferințele Facultății de Drept din Timișoara.....	353
III. ȘCOALA DOCTORALĂ	
Școala doctorală a Facultății de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara	361
IV. PREMII	
Premii obținute de cadrele didactice din cadrul Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara	365

V. APARIȚII EDITORIALE

Criterii de redactare Analele UVT – seria Drept	375
Procedura Double-Blind Peer Review	378
Double-Blind Peer Review Process	381

Librăria ta de carte de specialitate juridică, economică și business

Din 2008 suntem
alegerea lor...

TU?



Cursuri universitare • Tratate • Monografii • Coduri • Legislație • Jurisprudență • Reviste de specialitate

www.ujmag.ro



Bd. Iuliu Maniu nr. 7, clădirea Cotroceni Business Center corp C,
sector 6, București (lângă AFI MALL)

021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro



Universul Juridic.ro

nihil sine iure



instrument
de pregătire
profesională



P

ARTENERIAT

Suntem o comunitate impresionantă
– peste **40.000** de membri activi

O

NLINE

Conținut juridic de calitate disponibil
de pe orice dispozitiv:
laptop, mobil sau tabletă

R

EZULTATE

Puteți accesa informații juridice reale, certificate
editorial, necesare activității dvs., în orice moment,
sub **semnătura specialiștilor recunoscuți în domeniu**

T

RADIȚIE

În **23 ani** am devenit cel mai important actor al
pieței editoriale juridice! Peste **2.000** de titluri,
1.000 de autori, **12 reviste juridice**. Acum și online!

A

RTICOLE

Peste **10.000** de pagini de conținut
profesional structurat pe **12 secțiuni**,
pentru a facilita accesul la conținutul relevant

L

EGISLAȚIE

Modificări legislative, legi promulgate,
decizii CCR și ICCJ, proiecte de legi

ALĂTURĂ-TE CELOR 40.000 de profesioniști!
BENEFICIAZĂ de avantajele contului premium: **GO PREMIUM!**
Testează și convinge-te!

www.universuljuridic.ro