

# ROMÂNIA

# BAROUL BUCUREȘTI

Către: AVOCATUL POPORULUI

11061/A  
23. 12 12

Strada George Vraca nr. 8, București, România 010146

În atenția: Doamnei Renate Weber – Avocatul Poporului

Biroului analiză acte normative

Biroului contencios administrativ și juridic

[petitii@avp.ro](mailto:petitii@avp.ro)

Referitor la: Petiție privind încălcarea dispozițiilor Constituției României de către Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 108/2023 pentru modificarea și completarea Legii concurenței nr. 21/1996, precum și a altor acte normative, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 1100 din 6 decembrie 2023 („OUG nr. 108/2023” sau „Ordonanța”)

Cerere de sesizare a Curții Constituționale în legătură cu neconstituționalitatea dispozițiilor OUG nr. 108/2023

Stimate Doamne, Stimați Domni,

Subscrisul, **Baroul București**, persoană juridică de interes public, constituit, potrivit dispozițiilor art. 49 alin. (1) din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, din toți avocații din municipiul București, reprezentat prin Decan, avocat Aureli Ciobanu, (denumit în continuare „**Baroul București**” sau „**Subscrisul**”) având drept misiune organizarea și protejarea exercitării profesiei de avocat de către avocații membri ai Baroului,

**Având în vedere:**

- dispozițiile OUG nr. 108/2023, care prevede, între altele, o serie de schimbări semnificative în ceea ce privește modalitatea de desfășurare a inspecțiilor de către Consiliul Concurenței, schimbări care sunt neconstituționale și încalcă în mod grav dreptul la respectarea vieții private și a secretului corespondenței atât al avocaților cât și al clienților acestora, persoane fizice și/sau juridice, afectând în mod iremediabil modalitate de administrare a justiției în România, cu anularea nepermisă a libertăților și drepturilor fundamentale recunoscute de Constituție și Convenția Europeană a Drepturilor Omului;



# ROMÂNIA

# BAROUL BUCUREȘTI

- intrarea în vigoare a acestui act normativ și iminența producerii unor efecte negative ireversibile în ceea ce privește relațiile dintre avocați și clienții acestora, care nu vor mai fi guvernate de transparență și onestitate, încrederea în caracterul protejat al comunicărilor cu avocații fiind iremediabil pierdută, cu efecte dezaastroase asupra administrării justiției și a respectării drepturilor și libertăților fundamentale;
- dispozițiile art. 115 și art. 146 lit. d) din Constituția României, art. 11 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, și cele ale art. 15 lit. (i) și 17 din Legea nr. 35/1997 privind organizarea și funcționarea instituției Avocatul Poporului, republicată,

formulăm prezenta:

## PETIȚIE

Prin care vă solicităm respectuos ca, **în baza înaltelor competențe și prerogative ce vă sunt recunoscute în scopul apărării drepturilor și libertăților persoanelor fizice și juridice din România, ținând cont de problemele prezentate în continuare, să sesizați Curtea Constituțională cu privire la neconstituționalitatea OUG nr. 108/2023,**

**Pentru motivele prezentate în mod succint în cele ce urmează:**

- 1. Neconstituționalitatea OUG nr. 108/2023. Încălțări ale drepturilor și libertăților persoanelor fizice și juridice din România.**

Conform Legii concurenței nr. 21/1996 ("**Legea concurenței**"), în forma anterioară modificării ei prin OUG nr. 108/2023:

„Art. 38. -

*(1) Pentru investigarea încălcării prevederilor prezentei legi, inspectorii de concurență sunt abilitați cu puteri de inspecție, cu excepția inspectorilor debutanți, și au următoarele puteri de inspecție:*

*a) să intre în spațiile, terenurile sau mijloacele de transport pe care întreprinderile ori asociațiile de întreprinderi le dețin legal și/sau își desfășoară activitatea;*

*b) să examineze orice documente, registre, acte financiar- contabile și comerciale sau alte evidențe legate de activitatea întreprinderii sau asociațiilor de întreprinderi, indiferent de locul în care sunt depozitate și de suportul fizic sau electronic pe care sunt păstrate;*

*c) să ceară oricărui reprezentant sau membru al personalului întreprinderii sau asociației de întreprinderi explicații cu privire la faptele sau documentele legate de obiectul și scopul inspecției și să consemneze sau să înregistreze răspunsurile acestora;*



# ROMÂNIA

# BAROUL BUCUREȘTI

d) să ridice sau să obțină în orice formă copii ori extrase din orice documente, registre, acte financiar-contabile și comerciale sau din alte evidențe legate de activitatea întreprinderii sau asociației de întreprinderi;

e) să sigileze orice amplasament destinat activităților întreprinderii sau asociației de întreprinderi și orice documente, registre, acte financiar-contabile și comerciale sau alte evidențe legate de activitatea întreprinderii sau asociației de întreprinderi, pe durata și în măsura necesară inspecției.

(2) Inspectorii de concurență cu puteri de inspecție vor proceda la actele prevăzute la alin. (1) numai dacă există indicii că pot fi găsite documente sau pot fi obținute informații considerate necesare pentru îndeplinirea misiunii lor, iar rezultatul acestora va fi consemnat într-un proces-verbal de constatare și inventariere.

[...]

(3<sup>1</sup>) În cursul inspecției inopinate, informațiile stocate sau arhivate în mediul electronic pot fi copiate integral și ridicate pe suport electronic, cu aplicarea de sigilii, urmând ca prelevarea informațiilor necesare investigației să se realizeze în prezența reprezentantului întreprinderii/asociației de întreprinderi, la sediul Consiliului Concurenței.

(3<sup>2</sup>) Măsurile prevăzute la alin. (1<sup>1</sup>) se realizează în baza ordinului emis de președintele Consiliului Concurenței și a autorizării judiciare, prevederile art. 40 fiind aplicabile în mod corespunzător.

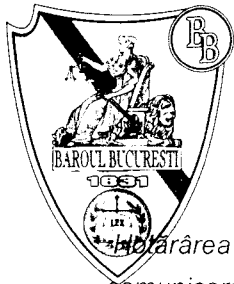
[...]

(8) Comunicările dintre întreprinderea sau asociația de întreprinderi investigate și avocatul acesteia, realizate în cadrul și în scopul exclusiv al exercitării dreptului la apărare al întreprinderii sau asociației de întreprinderi, respectiv după deschiderea procedurii administrative în baza prezentei legi ori anterior deschiderii procedurii administrative, cu condiția ca aceste comunicări să aibă legătură cu obiectul procedurii, nu pot fi prelevate ori folosite ca probă în cursul procedurilor desfășurate de Consiliul Concurenței.

(9) Atunci când întreprinderile nu dovedesc caracterul protejat al unei comunicări, pentru ca aceasta să cadă sub incidența alin. (8), inspectorii de concurență care desfășoară inspecția vor sigila și vor ridica comunicarea în cauză, în dublu exemplar.

(10) Președintele Consiliului Concurenței va decide, de urgență, pe baza probelor și argumentelor prezentate. În condițiile în care președintele Consiliului Concurenței decide să respingă caracterul protejat al comunicării, desigilarea documentului poate avea loc doar după expirarea termenului în care decizia poate fi contestată, potrivit prevederilor alin. (11) sau, în cazul în care decizia este contestată, după ce hotărârea instanței devine definitivă.

(11) Decizia președintelui Consiliului Concurenței cu privire la caracterul protejat al comunicării poate fi atacată în contencios administrativ la Curtea de Apel București, în termen de 15 zile de la comunicare, prin derogare de la Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.



# ROMÂNIA

## BAROUL BUCUREȘTI

*„Apărarea curții de apel este supusă recursului, care se declară în termen de 5 zile de la comunicare. Instanțele vor soluționa cauza de urgență și cu precădere.”*

OUG nr. 108/2023 încalcă în mod grav dreptul la viață privată și secretul corespondenței, cu atât mai grav cu cât este vorba de corespondența dintre avocat și client, corespondență care se bucură de o protecție sporită din perspectiva Constituției României și Convenției Europene a Drepturilor Omului.

În acest sens, Curtea Constituțională a stabilit deja, prin Decizia nr. 23/18.01.2017,<sup>1</sup> că *„caracterul privilegiat al relației client-avocat decurge din art. 8 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, care protejează confidențialitatea comunicărilor cu caracter privat, indiferent de conținutul și forma acestora”* și că *„indiferent de finalitatea sa, corespondența dintre avocat și client beneficiază de un statut privilegiat în ceea ce privește confidențialitatea, indiferent de formele schimburilor realizate între avocați și clienți”*, subliniind de asemenea că *„art. 8 din Convenție protejează confidențialitatea corespondenței dintre indivizi, dar acordă o protecție sporită schimburilor dintre avocați și clienți. Acest lucru se justifică prin faptul că avocații au o misiune fundamentală într-o societate democratică: apărarea justițiabililor. Or, un avocat nu poate îndeplini această misiune fundamentală dacă nu este în măsură să garanteze celor cărora le asigură apărarea că schimburile lor rămân confidențiale. Relația de încredere dintre ei, indispensabilă îndeplinirii acestei misiuni, intră astfel în joc.”*. Curtea a indicat și efectele nesocotirii acestui caracter privilegiat al corespondenței dintre avocat și client: *„Se acordă o mare importanță riscului de alterare a secretului profesional al avocaților, deoarece acesta poate avea repercusiuni asupra bunei administrări a justiției în condițiile în care secretul profesional este la baza relației de încredere dintre avocat și client.”* Deoarece *„de aceasta depinde, de asemenea, în mod indirect, dar necesar, și respectarea dreptului justițiabilului la un proces echitabil, mai ales în ceea ce privește dreptul oricărui „acuzat” de a nu contribui la propria incriminare.”*

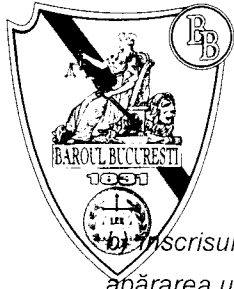
De altfel, acest caracter privilegiat este prevăzut expres și de Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat:

*„Art. 34 - (1) Pentru asigurarea secretului profesional, actele și lucrările cu caracter profesional aflate asupra avocatului sau în cabinetul său sunt inviolabile. Percheziționarea avocatului, a domiciliului ori a cabinetului său sau ridicarea de înscrisuri și bunuri nu poate fi făcută decât de procuror, în baza unui mandat emis în condițiile legii.*

*(2) Sunt exceptate de la măsura ridicării de înscrisuri și de la măsura confiscării:*

*a) înscrisurile care conțin comunicări între avocat și clientul său;*

<sup>1</sup>în M. Of. 235/5.04.2017.



# ROMÂNIA

# BAROUL BUCUREȘTI

*scrisurile care conțin consemnări efectuate de către avocat cu privire la aspecte referitoare la apărarea unui client.*

*(3) Nu vor putea fi ascultate și înregistrate, cu niciun fel de mijloace tehnice, convorbirile telefonice ale avocatului și nici nu va putea fi interceptată și înregistrată corespondența sa cu caracter profesional, decât în condițiile și cu procedura prevăzute de lege.*

*(4) Raportul dintre avocat și persoana pe care o asistă sau o reprezintă nu poate forma obiectul supravegherii tehnice decât dacă există date că avocatul săvârșește ori pregătește săvârșirea unei infracțiuni dintre cele prevăzute în art. 139 alin. (2) din Codul de procedură penală. Dacă pe parcursul sau după executarea măsurii rezultă că activitățile de supraveghere tehnică au vizat și raporturile dintre avocat și suspectul ori inculpatul pe care acesta îl apără, probele obținute nu pot fi folosite în cadrul niciunui proces penal, urmând a fi distruse, de îndată, de către procuror. Judecătorul care a dispus măsura este informat, de îndată, de către procuror. Judecătorul dispune informarea avocatului.*

*Art. 35 - (1) Contactul dintre avocat și clientul său nu poate fi stânjenit sau controlat, direct sau indirect, de niciun organ al statului.”*

dar și de Statutul profesiei de avocat.<sup>2</sup>

*„Art. 8 - (1) Secretul profesional este de ordine publică.*

*(2) Avocatul este dator să păstreze secretul profesional privitor la orice aspect al cauzei care i-a fost încredințată.*

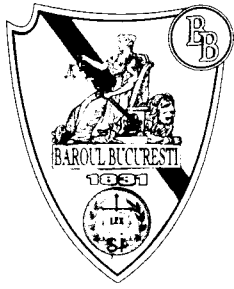
*(3) Avocatul nu poate fi obligat în nicio circumstanță și de către nicio persoană să divulge secretul profesional. Avocatul nu poate fi dezlegat de secretul profesional nici de către clientul său și nici de către o altă autoritate sau persoană. Se exceptează însă cazurile în care avocatul este urmărit penal, disciplinar sau atunci când există o contestație în privința onorariilor convenite, exclusiv pentru necesități stricte pentru apărarea sa.”*

*„Art. 10 - (1) Orice comunicare sau corespondență profesională între avocați, între avocat și client, între avocat și organele profesiei, indiferent de forma în care a fost făcută, este confidențială.*

[...]

*(4) Corespondența și informațiile transmise între avocați sau între avocat și client, indiferent de tipul de suport, nu pot fi în niciun caz aduse ca probe în justiție și nici nu pot fi lipsite de caracterul confidențial.”*

<sup>2</sup> în M. Of. nr. 898/19.12.2011



# ROMÂNIA

# BAROUL BUCUREȘTI

„Art. 228 - (2) Secretul profesional vizează toate informațiile și datele de orice tip, în orice formă și pe orice suport, furnizate avocatului de către client în scopul acordării asistenței juridice și în legătură cu care clientul a solicitat păstrarea confidențialității, precum și orice documente redactate de avocat care conțin sau se fundamentează pe informațiile ori datele furnizate de client în scopul acordării asistenței juridice și a căror confidențialitate a fost solicitată de client.

[...]

(4) Actele și lucrările cu caracter profesional sunt inviolabile. Pentru asigurarea secretului profesional, avocatul are obligația să se opună perchezițiunii domiciliului, a sediului profesional principal, secundar și a biroului de lucru, precum și percheziței corporale, cu privire la actele sau lucrările cu caracter profesional aflate în locurile sus-menționate ori asupra sa.

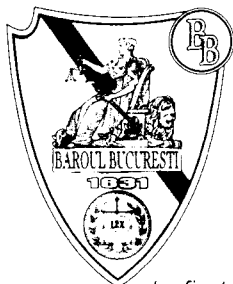
(5) Avocatul este obligat să se opună și ridicării înscrisurilor și bunurilor constând în acte și lucrări cu caracter profesional, dacă nu sunt îndeplinite condițiile art. 35 din Lege. Avocatul are obligația ca, de îndată, să îl încunoștințeze despre cele întâmplate pe decanul baroului.”

În contra celor stabilite de lege, de Constituție și Convenția Europeană a Drepturilor Omului, OUG nr. 108/2023 prevede, la art. I pct. 35, că:

„35. La articolul 38 [din Legea concurenței – n.n.], alineatele (9) – (11) se modifică și vor avea următorul cuprins:

„(9) Întreprinderea care solicită protecția comunicării sale cu avocatul este obligată să prezinte inspectorilor de concurență o justificare adecvată și elementele relevante prin prisma argumentelor invocate în acest scop, fără să fie necesar, însă, să divulge conținutul acesteia. Atunci când, în cursul unei inspecții, inspectorii de concurență consideră că întreprinderea nu și-a justificat în fapt și în drept cererea ca documentul în cauză să fie protejat de secretul profesional, a invocat doar motive care, în conformitate cu jurisprudența Uniunii Europene în materie, nu pot justifica o astfel de protecție sau se bazează pe afirmații factuale care sunt, în mod vădit, eronate, inspectorii de concurență au dreptul să citească imediat conținutul comunicării cu avocatul și să facă o copie după aceasta. În cazul în care, în cursul unei inspecții, pe baza elementelor prezentate de întreprindere, inspectorii de concurență care desfășoară inspecția nu pot ajunge la o concluzie definitivă asupra incidenței prevederilor alin. (8) în privința unei comunicări cu avocatul, nefiind exclusă posibilitatea ca aceasta să fie protejată, aceștia sigilează și ridică respectiva comunicare, în dublu exemplar.

(10) Președintele Consiliului Concurenței va decide, de urgență, pe baza probelor și argumentelor prezentate cu privire la acceptarea sau nu a caracterului protejat al comunicării. Decizia președintelui Consiliului Concurenței cu privire la respingerea caracterului protejat al comunicării



# ROMÂNIA

## BAROUL BUCUREȘTI

poate fi atacată în contencios administrativ la Curtea de Apel București, în termen de 15 zile de la comunicare. Termenul pentru depunerea întâmpinării este de 15 zile de la comunicarea cererii de chemare în judecată. Hotărârea curții de apel este supusă recursului, care se declară în termen de 5 zile de la comunicare. Instanțele soluționează cauza de urgență și cu precădere, dezbaterile asupra fondului litigiului în fața primei instanțe urmând a avea loc într-un termen de 60 de zile de la primul termen de judecată stabilit prin citație. În condițiile în care președintele Consiliului Concurenței decide să respingă caracterul protejat al comunicării, desigilarea documentului poate avea loc doar după expirarea termenului în care decizia poate fi contestată, potrivit prevederilor prezentului alineat sau în condițiile alin. (11).

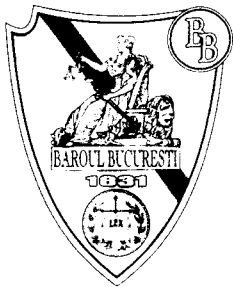
(11) Odată cu introducerea acțiunii în anulare a deciziei conform prevederilor alin. (10), întreprinderea are posibilitatea de a cere suspendarea executării acesteia în condițiile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare. Desigilarea documentului poate avea loc după rămânerea definitivă a hotărârii prin care s-a respins cererea de suspendare sau a hotărârii prin care s-a respins pe fond acțiunea în anulare împotriva deciziei președintelui Consiliului Concurenței, formulată conform dispozițiilor alin. (10)."

Textul criticat din Ordonanță schimbă în mod radical formularea anterioară, în condițiile în care introduce un scenariu în care **anulează** efectiv protecția secretului profesional sub forma comunicărilor dintre avocat și client, (i) fără a prevedea criterii clare, obiective și limitative în care secretul profesional al corespondenței avocat-client poate fi încălcat; (ii) fără posibilitatea părții/părților vătămate de această încălcare de a contesta în mod efectiv această măsură; (iii) fără a condiționa încălcarea secretului profesional de verificarea legalității acestei măsuri, în mod definitiv, de către o instanță de judecată.

Redăm mai jos, comparativ, modul de redactare al art. 38 alin. (9) din Legea concurenței, în forma sa anterioară și în forma modificată prin Ordonanță:

(9) Atunci când întreprinderile nu dovedesc caracterul protejat al unei comunicări, pentru ca aceasta să cadă sub incidența alin. (8), inspectorii de concurență care desfășoară inspecția vor sigila și vor ridica comunicarea în cauză, în dublu exemplar.

(9) Întreprinderea care solicită protecția comunicării sale cu avocatul este obligată să prezinte inspectorilor de concurență o justificare adecvată și elementele relevante prin prisma argumentelor invocate în acest scop, fără să fie necesar, însă, să divulge conținutul acesteia. Atunci când, în cursul unei inspecții, inspectorii de concurență consideră că întreprinderea nu și-a justificat în fapt și în drept cererea ca documentul în cauză să fie protejat de secretul profesional, a invocat doar motive care, în conformitate cu jurisprudența Uniunii Europene în materie, nu pot justifica o astfel de protecție sau se bazează pe



# ROMANIA BAROUL BUCURESTI

afirmații factuale care sunt, în mod vădit, eronate, inspectorii de concurență au dreptul să citească imediat conținutul comunicării cu avocatul și să facă o copie după aceasta. În cazul în care, în cursul unei inspecții, pe baza elementelor prezentate de întreprindere, inspectorii de concurență care desfășoară inspecția nu pot ajunge la o concluzie definitivă asupra incidenței prevederilor alin. (8) în privința unei comunicări cu avocatul, nefiind exclusă posibilitatea ca aceasta să fie protejată, aceștia sigilează și ridică respectiva comunicare, în dublu exemplar.

Se observă așadar că noua formulare prevăzută de Ordonanță limitează în mod evident dreptul avocatului și al părții investigate la secretul corespondenței (garantat de art. 28 din Constituție), ca element al dreptului la viață privată (garantat de art. 8 CEDO) și, indirect, limitează și dreptul la apărare (garantat de art. 24 din Constituția României și dreptul la un proces echitabil, garantat de art. 6 CEDO), toate acestea fără o justificare adecvată, fără parcurgerea procedurii legislative normale (deși nu există nicio justificare a urgenței în adoptarea unor astfel de modificări) și fără asigurarea nici unui control judiciar efectiv.

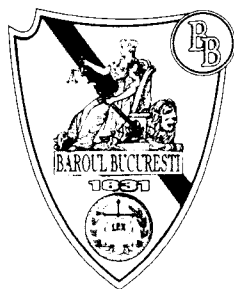
Este astfel încălcat în mod evident și art. 53 din Constituția României, (i) restrângerea libertăților garantate constituțional și convențional nefiind nici necesară, (ii) nici proporțională și (iii) ea afectând însăși existența dreptului sau libertății.

Neconstituționalitatea dispozițiilor indicate din OUG 108/2023 este cu atât mai evidentă cu cât, după cum atât Curtea Constituțională cât și Curtea Europeană a Drepturilor Omului au subliniat, protecția secretului comunicărilor între avocat și client este, și trebuie să fie, în mod special protejată împotriva oricărei ingerințe.

- (i) În ceea ce privește lipsa justificării acestei restrângeri a drepturilor garantate constituțional și convențional:

Singura justificare pentru modificarea impusă prin Ordonanță este cea din Nota de fundamentare a acesteia, unde, la p. 12, se arată că „*pentru evitarea formulării unor cereri nefundamentate privind confidențialitatea comunicărilor dintre întreprinderea investigată și avocatul său, în scopul tergiversării procedurii de investigație, este modificată procedura privind ridicarea documentelor în plic sigilat, similar abordării la nivel european, respectiv ridicarea în plic sigilat a documentelor doar în situația în care nu se poate exclude posibilitatea ca documentul să fie într-adevăr confidențial.*”

În primul rând, trebuie menționat că urgența care a justificat emiterea Ordonanței (și ocolirea procesului legislativ normal) s-a bazat exclusiv pe faptul că a fost depășit termenul de transpunere a Directivei (UE) 2019/1 a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2018 privind oferirea de mijloace autorităților de concurență din statele membre astfel încât să fie mai eficace în aplicarea legii și privind



# ROMÂNIA

# BAROUL BUCUREȘTI

garantarea funcționării corespunzătoare a pieței interne,<sup>3</sup> ori nu există nicio dispoziție în Directiva 1/2019 care să mandateze modificarea art. 38 alin. (9) din Legea concurenței, indicată mai sus.

Așadar, în mod evident urgența care a justificat emiterea Ordonanței, cu ocolirea procesului legislativ normal, nu se verifică în ceea ce privește modificarea art. 38 alin. (9) din Legea concurenței.

**În al doilea rând**, nu există nicio indicație cum că s-ar fi efectuat vreun studiu de impact sau orice alt studiu validat științific, care să fi indicat că există un număr semnificativ de investigații ale Consiliului Concurenței care să fi fost tergiversate de formularea de „cereri nefundamentate privind confidențialitatea comunicărilor dintre întreprinderea investigată și avocatul său”. Nu cunoaștem, de altfel, să se fi prezentat public vreo situație a numărului de astfel de cereri cu care să fi fost învestite instanțele de judecată și care să fi fost respinse ca nefondate și care, din acest motiv, să fi produs efecte negative asupra investigațiilor autorității de concurență.

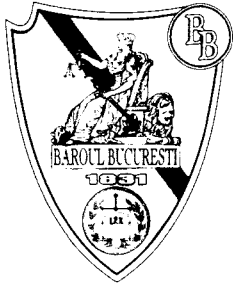
Mai mult, este greu de crezut că astfel de efecte s-ar putea produce, având în vedere că, potrivit dispozițiilor art. 38 alin. (11), soluționarea cererilor privind decizia Președintelui Consiliului Concurenței de respingere a caracterului protejat al comunicării se soluționează de către instanțe „de urgență și cu precădere”, legea însăși prevăzând inclusiv termene scurte pentru introducerea cererii și pentru formularea recursului. Mai mult chiar, Ordonanță însăși prevede, la art. I pct. 36, modificarea art. 38 din Legea concurenței prin introducerea unui nou alineat, (11<sup>1</sup>), care să suspende curgerea termenului de prescripție pe toată durata în care decizia președintelui Consiliului Concurenței este contestată în instanță.

**În al treilea rând**, nu se arată nicăieri cum ar fi această abordare de încălcare sistematică a unui drept garantat constituțional și convențional „similară abordării la nivel european”, fiind greu de crezut că o atare contrarietate cu dispozițiile CEDO și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului ar fi împărtășită sistematic de celelalte state europene, și ele membre ale Consiliului Europei.

- (ii) În ceea ce privește lipsa proporționalității acestei restrângeri a drepturilor garantate constituțional și convențional:

Potrivit Notei de fundamentare, scopul modificării operate de Ordonanță este acela de a face ca orice comunicare a avocatului cu clientul identificată de autoritatea de concurență într-o inspecție să poată fi, ca regulă, studiată și ridicată și doar în ipoteza în care „*nu se poate exclude posibilitatea ca documentul să fie într-adevăr confidențial*” se demarează procedura prin care, deși nu este protejată comunicarea respectivă, se impune un filtru administrativ (Președintele Consiliului Concurenței) și, ulterior, unul judecătoresc (chiar dacă neefectiv, având în vedere că efectivitatea remediei depinde de introducerea și soluționarea unei

<sup>3</sup>În J. Of. nr. L11 din 14 ianuarie 2019



# ROMÂNIA

## BAROUL BUCUREȘTI

cereri distincte de suspendare a executării deciziei Președintelui Consiliului Concurenței de respingere a caracterului protejat al comunicării), care să stabilească caracterul protejat sau nu al comunicării respective.

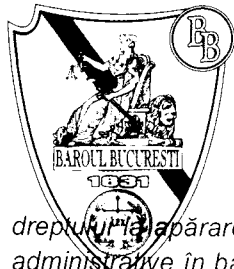
Ori este evident că, față de protecția recunoscută constituțional și convențional comunicărilor dintre avocat și client și față de consacarea legislativă a acestei protecții, prin dispozițiile Legii 51/1995 și ale Statutului profesiei de avocat indicate mai sus, este complet disproporționată minimizarea acestei protecții (cu atât mai mult în absența oricărei justificări) la doar acele cazuri în care posibilitatea operării protecției nu este exclusă cu desăvârșire.

Tocmai minimizarea posibilității controlului judecătoresc la doar acele situații de excepție face ca, de fapt, reglementarea să afecteze tocmai existența dreptului la protecția corespondenței dintre avocat și client, posibilitatea apărării acestui drept prin controlul judecătoresc fiind, de jure, în puterea absolută și discreționară a funcționarului public care poate decide, discreționar, (i) fie că acea comunicare nu beneficiază de protecție, situație în care partea afectată nu are niciun remediu la instanță; (ii) fie că nu este exclus ca acea comunicare să beneficieze de protecție, caz în care urmează decizia Președintelui Consiliului Concurenței care, în caz de refuz, poate fi supusă controlului judecătoresc (ceea ce nu înseamnă, în mod necesar, că respectiva comunicare nu își poate pierde oricum, între timp, caracterul protejat, dacă partea nu solicită și instanța nu decide suspendarea executării deciziei Președintelui Consiliului Concurenței).

O confirmare a faptului că, fără nicio justificare, Ordonanța a răsturnat prezumția instituită de art. 34 din Legea nr. 51/1995 și de art. 10 din Statut este și ultima teză a modificării art. 38 alin. (9) prin Proiect care prevede că, chiar și în cazul în care „inspectorii de concurență care desfășoară inspectia nu pot ajunge la o concluzie definitivă asupra incidenței prevederilor alin. (8) în privința unei comunicări cu avocatul”, respectiva corespondență să fie sigilată și preluată în vederea desfășurării procedurii prevăzută de art. 39 alin. (10) din Legea concurenței astfel cum este modificat. Ori, efectul normal al prezumției ar trebui să fie excluderea automată a oricărei comunicări cu privire la care s-a invocat caracterul confidențial și despre care nu s-a ajuns la concluzia definitivă că nu ar intra în sfera de aplicare a protecției conferită de lege, constituție și convenție, secretului profesional.

Neconstituționalitatea acestor prevederi din Ordonanță este și mai clară dacă avem în vedere interpretarea dată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene dispozițiilor art. 7 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, care corespund art. 8 CEDO și art. 26-28 din Constituția României, în hotărârea din 8 decembrie 2022.<sup>4</sup> În această decizie curtea a arătat că, în mod contrar sensului în care legiferează Ordonanța (care restrânge scopul protecției secretului profesional legal), respectarea dispozițiilor Cartei ar impune, din contră, extinderea acestuia dincolo chiar de limitele prevăzute de art. 38 alin. (8) din Legea concurenței, în sensul că limitarea acolo prevăzută (și, care contrar deciziei CJUE citate, este menținută de Ordonanță), respectiv ca protecția legală să fie acordată doar *în cadrul și în scopul exclusiv al exercitării*

<sup>4</sup> CJUE, *Orde van Vlaamse Balies et al. v. Vlaamse Regering* (C-694/20), par. 27.



# ROMÂNIA

## BAROUL BUCUREȘTI

dreptul la apărare al întreprinderii sau asociației de întreprinderi, respectiv după deschiderea procedurii administrative în baza prezentei legi ori anterior deschiderii procedurii administrative, cu condiția ca aceste comunicări să aibă legătură cu obiectul procedurii” să fie eliminată, o atare limitare fiind contrară dispozițiilor art. 7 din Cartă, „a cărei protecție acoperă nu numai activitatea de apărare, ci și consultanța juridică, articolul 7 din cartă garantează în mod necesar secretul acestei consultanțe juridice, atât în ceea ce privește conținutul, cât și existența sa.”

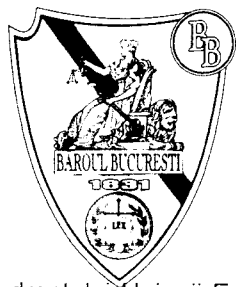
- (iii) În ceea ce privește negarea a chiar existenței drepturilor garantate constituțional și convențional:

După cum am arătat și mai sus, modificarea pe care OUG 108/2023 o operează asupra art. 38 alin. (9) din Legea concurenței face ca un drept recunoscut și protejat de Constituția României și CEDO și, mai mult, în mod special protejat de instanțele de contencios constituțional și convențional, să fie refuzat în tot:

- urmare a unei evaluări făcută nu doar în fapt ci și în drept,
- în funcție de criterii vagi și neclare,
- de către angajați nejuristi ai unei autorități administrative fără putere jurisdicțională,
- direct interesați de rezultatul acestei evaluări,
- fără a fi supusă oricărui control judiciar efectiv.

Că o atare putere discreționară dată funcționarilor neinvestiți cu putere jurisdicțională neagă în întregime dreptul la secretul corespondenței dintre avocat și client rezultă ci evidentă din faptul că, urmare directă a deciziei discreționare a acestora, nesupusă nici unui control judecătoresc și nemanifestată în nici un act administrativ individual, corespondența confidențială dintre avocat și client poate fi (i) citită imediat și (ii) copiată de inspectorii de concurență în vederea utilizării acesteia pentru (i) scopurile investigației și (ii) sesizării altor instituții sau organe ale statului cu competențe de investigare a faptelor despre care inspectorii de concurență apreciază că respectiva corespondență confidențială dintre avocat și client face vorbire.

Mai mult, Ordonanța face ca, în măsura în care inspectorii de concurență (agenți delegați ai unei autorități administrative, care nu desfășoară o procedură jurisdicțională și acționează în afara unei proceduri care să asigure contradictorialitate, egalitatea armelor și respectarea dreptului la apărare și, mai mult decât atât, sunt direct interesați de anularea secretului profesional al corespondențelor în cauză dintre avocat și client) apreciază, discreționar și fără posibilitatea unui control judiciar efectiv, că „întreprinderea nu și-a justificat în fapt și în drept [NB inspectorii de concurență efectuează astfel o apreciere „în drept” fără a fi investiți cu putere jurisdicțională și fără control judiciar efectiv] cererea ca documentul în cauză să fie protejat de secretul profesional, a invocat doar motive care, în conformitate cu jurisprudența Uniunii Europene în materie, nu pot justifica o astfel de protecție [NB inspectorii de concurență fac și o interpretare și aplicare a



# ROMÂNIA

## BAROUL BUCUREȘTI

dreptului Uniunii Europene fără a fi investiți cu putere jurisdicțională și fără control judiciar efectiv] sau se bazează pe afirmații factuale care sunt, în mod vădit, eronate [NB contravine în mod expres deciziei Curții Constituționale nr.839/2015 care a statuat că o examinare a caracterului vădit nefondat al unor argumente nu poate fi făcut decât într-o procedură jurisdicțională, contradictorie, de analiză a fondului problemei dedusă judecății, așadar nici măcar în cadrul unei analize formale a instanței de judecată și cu atât mai puțin de către angajați ai unei autorități administrative, direct interesați de rezultatul analizei] au dreptul să citească imediat conținutul comunicării cu avocatul și să facă o copie după aceasta [NB așadar să neghe efectiv existența dreptului la secretul și inviolabilitatea comunicărilor dintre avocat și client]”.

- (iv) Exercitarea și existența drepturilor fundamentale este subordonată unei puteri discreționare a funcționarului public fără vreun control judecătoresc efectiv:

Așadar, modificările operate de Ordonanță fac ca dreptul la secretul comunicărilor dintre avocat și client să depindă, în chiar existența lui, de o decizie luată de persoane neinvestite cu putere jurisdicțională dar direct interesate în rezultatul evaluării, pe baza unor criterii vagi și neclare și fără vreun control judiciar efectiv.

Dar chiar și în situația de excepție, în care caracterul protejat al comunicării nu poate fi exclus, Ordonanța minimizează posibilitatea apărării dreptului în instanță, modificarea art. 39 alin. (11) anulând efectul suspensiv de drept al măsurii de încălcare a secretului profesional în cazul contestării deciziei Președintelui Consiliului Concurenței de respingere a caracterului protejat al comunicării.

Astfel, dacă art. 39 alin. (10) din Legea concurenței în forma sa anterioară prevedea că: „desigilarea documentului poate avea loc doar după expirarea termenului în care decizia poate fi contestată, potrivit prevederilor alin. (11) sau, în cazul în care decizia este contestată, după ce hotărârea instanței devine definitivă”, Ordonanța prevede că „Odată cu introducerea acțiunii în anulare a deciziei conform prevederilor alin. (10), întreprinderea are posibilitatea de a cere suspendarea executării acesteia în condițiile Legii nr. 554/2004. Desigilarea documentului poate avea loc după rămânerea definitivă a hotărârii prin care s-a respins cererea de suspendare sau a hotărârii prin care s-a respins pe fond acțiunea în anulare formulată împotriva deciziei președintelui Consiliului Concurenței, formulată conform alin. (10).”

Așadar, dacă până acum încălcarea secretului profesional putea avea loc doar în baza unei hotărâri definitive a instanțelor judecătorești, Proiectul propune ca încălcarea să se producă și în situația în care, deși partea a atacat decizia Președintelui Consiliului Concurenței de respingere a caracterului protejat al comunicării, (i) fie nu a introdus și o acțiune separată, de suspendare a executării acesteia; (ii) fie a introdus o acțiune separată de suspendare a executării efectelor dar aceasta a fost respinsă, în ambele situații fiind indiferent dacă acțiunea în anularea deciziei Președintelui Consiliului Concurenței de respingere a caracterului protejat al comunicării a fost sau nu admisă.

Mai mult, este evident că, odată cunoscut conținutul comunicării confidențiale, este complet lipsită de interes continuarea acțiunii în anularea deciziei de respingere a caracterului protejat, informațiile fiind deja cunoscute de inspectorii de concurență și ei nemaiputând reda acestor informații, ex post, caracterul lor



# ROMÂNIA

## BAROUL BUCUREȘTI

confidențială repunerea în situația anterioară nemaifiind, așadar, posibilă, chiar dacă instanța investită cu soluționarea acțiunii în anulare constată, definitiv, că respectiva comunicare intră în sfera de acoperire a secretului profesional și, astfel, trebuie să fie confidențială.

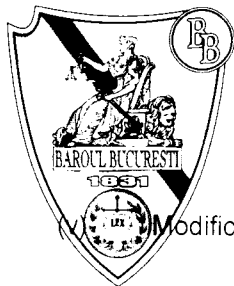
Revenind la situația pe care Ordonanța o transpune în regulă, și anume lipsirea de caracterul protejat a comunicărilor avocat-client, în această situație legea nu prevede în mod explicit nicio cale de control judiciar. Indirect, am putea presupune că, deși nu constituie nici act administrativ individual și nici nu este o parte a deciziei de finalizare a investigației (ca act administrativ individual nominalizat de Legea concurenței), decizia inspectorilor de a înlătura caracterul protejat al comunicărilor dintre partea investigată și avocatul acesteia ar putea fi calificate, cel mult, ca operațiuni administrative a căror legalitate ar putea fi pusă în discuție odată cu acțiunea în anularea deciziei de finalizare a investigației.

**În primul rând**, trebuie să arătăm că o atare situație nu este certă, în baza informațiilor obținute nelegal prin negarea caracterului protejat al comunicărilor investigația putând avansa în alt mod decât spre o decizie care poate fi atacată în contencios administrativ (de exemplu partea investigată fiind împinsă spre o recunoaștere sau o asumare de angajamente).

**În al doilea rând**, este complet inefectiv un atare control judiciar care are loc (i) după o lungă perioadă de la pierderea caracterului protejat, investigațiile autorității de concurență durând, de regulă, mai mulți ani, (ii) după ce autoritatea a luat la cunoștință și utilizat informațiile în contra părții investigate, (iii) în condițiile în care, o dată ce autoritatea a luat la cunoștință de informațiile confidențiale, este imposibilă repunerea în situația anterioară.

**În al treilea rând**, tot ca un efect al lipsei oricărui control judiciar efectiv putem trimite și la efectul coroborat al prevederilor art. 38 astfel cum a fost modificat prin Ordonanță și prevederile art. 34 alin. (6) din Legea concurenței și care prevede că „*Informațiile colectate potrivit prevederilor alin. (1) - (4), art. 36 și art. 38 pot fi folosite doar pentru scopul aplicării legislației în domeniul concurenței. Consiliul Concurenței va putea sesiza și alte instituții sau autorități publice în condițiile în care sunt descoperite aspecte care țin de competența acestora.*”

Așadar, informațiile obținute în cadrul inspecțiilor inopinate, inclusiv cele din comunicările protejate cu avocații cu privire la care inspectorii au decis discreționar să elimine caracterul protejat, pot fi remise altor instituții sau autorități publice, fără posibilitatea cenzurării utilizării acestora printr-un control judiciar efectiv, legalitatea aprecierii care a negat caracterul protejat al comunicării neputând face obiectul controlului judiciar decât, în cel mai bun caz, la momentul finalizării investigației (inclusiv prin utilizarea informațiilor din comunicările al căror caracter protejat a fost înlăturat) și emiterii deciziei care poate fi contestată în contencios administrativ (deși s-ar putea la fel de bine ca, dacă respectivele comunicări nu au fost unele pe care decizia să se bazeze în mod explicit și direct, acestea să nu fie considerate parte a documentației pe care actul administrativ se bazează – în sensul art. 13 din legea nr. 554/2004 – și, pe cale de consecință, să nu intre în obiectul controlului judiciar de contencios administrativ privind decizia Consiliului Concurenței, situație în care nu ar mai fi posibil niciun control judiciar asupra prelevării corespondenței și asupra aprecierii cu privire la caracterul protejat al acesteia).



# ROMÂNIA

## BAROUL BUCUREȘTI

Modificările operate de Ordonanță afectează și principiul securității juridice:

Mai mult, lipsa oricăror criterii stabilite de lege în funcție de care să se determine obiectiv situațiile în care drepturile fundamentale protejate de art. 8 și 6 CEDO, art. 26-28 din Constituție și art. 7 din CDFUE sunt limitate, decizia discreționară a funcționarului public face să fie încălcat și principiul securității juridice<sup>5</sup>, conform căruia prevederile legale trebuie să fie clare, precise și să asigure așteptările celor care acționează cu bună credință, pe baza aparentei legii.

Curtea Constituțională a României a consacrat principiul securității raporturilor juridice în numeroase rânduri, calificând necesitatea salvagădării stabilității raporturilor juridice ca principiu fundamental al dreptului, reflectat în interpretarea coroborată a prevederilor constituționale ale art. 1 alin. (5).

În acest sens, instanța de contencios constituțional a arătat că:

„[P]rincipiul stabilității raporturilor juridice, deși nu este în mod expres consacrat de Constituția României, se deduce atât din prevederile art. 1 alin. (3), potrivit cărora România este stat de drept, democratic și social, cât și din preambulul Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, astfel cum a fost interpretat de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în jurisprudența sa.”<sup>6</sup>

Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene a consacrat, în numeroase rânduri, principiul securității juridice, respectiv al protecției încrederii legitime a cetățenilor în dispozițiile legale în vigoare. În acest sens, Curtea de la Luxemburg a subliniat că „principiile protecției încrederii legitime și al securității juridice fac parte din ordinea juridică comunitară și trebuie să fie respectate de Statele Membre în exercitarea puterilor care le-au fost conferite prin directivele comunitare”.<sup>7</sup>

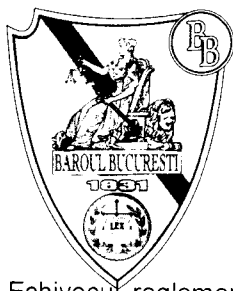
Dispozițiile art. 38 alin. (9) din Legea nr. 21/1996, astfel cum au fost modificate prin Ordonanță, arată că, în situația în care, „în cursul unei inspecții, inspectorii de concurență **consideră** că întreprinderea nu și-a justificat în fapt și în drept cererea ca documentul să fie protejat de secretul profesional [...], inspectorii de concurență au dreptul să citească imediat conținutul comunicării cu avocatul și să facă o copie după aceasta”.

În aceste condiții, dispozițiile normative de modificare sunt contrare principiilor securității juridice și încrederii legitime – ele nu satisfac garanțiile de accesibilitate și previzibilitate, astfel încât justițiabilii sunt lipsiți de posibilitatea de a prefigura consecințele juridice potențiale ale propriei conduite – ele fiind puse sub semnul interpretării discreționare a inspectorilor de concurență privind confidențialitatea comunicărilor efectuate de avocat cu clientul său. Prevederile indicate mai sus permit inspectorilor de concurență să decidă, fără nicio limită legală expresă și fără criterii concrete de evaluare, asupra confidențialității comunicărilor avocat-client.

<sup>5</sup> Consacrat de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, în cauza *Marckx contra Belgiei*, încă din 1979.

<sup>6</sup> Decizia nr. 404 din 10 aprilie 2008 referitoare la excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 4 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

<sup>7</sup> A se vedea: CJUE, *Belgacodex*(C-381/97), par. 26.



# ROMÂNIA

# BAROUL BUCUREȘTI

Echivocul reglementării nu permite întreprinderilor investigate să își adapteze conduita într-o modalitate adecvată pentru respectarea confidențialității raporturilor avocat-client, inspectorii de concurență putând, în orice situație, să considere că justificarea respectării secretului profesional este insuficientă, intrând, astfel, în posesia comunicărilor avocat-client, în lipsa oricăror criterii obiective de determinare.

Pe de altă parte, dispozițiile art. 1 alin. (5) din Constituție, care impun obligativitatea respectării legilor, sunt încălcate, ținând cont că prevederile art. 35 din Legea nr. 51/1995 statuează principiul potrivit căruia „[c]ontactul dintre avocat și clientul său nu poate fi stânjenit sau controlat, direct sau indirect, de niciun organ al statului”.

## 2. Alte încălcări ale drepturilor și libertăților persoanelor fizice și persoanelor juridice

În strânsă legătură cu neconstituționalitatea dispozițiilor OUG nr. 108/2023 indicate mai sus, sunt incidente și următoarele:

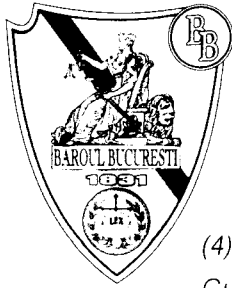
### 2.1. Prin art. I pct. 24, 37 și 38 din Ordonanță se prevede că:

*„După articolul 33 [din Legea concurenței - NN] se introduce un nou articol, art.33<sup>1</sup>, cu următorul cuprins:*

*„Art. 33<sup>1</sup> (1) În cazul în care, pe o anumită piață, se constată elemente de potențială distorsionare a mediului concurențial, Guvernul poate solicita Consiliului Concurenței efectuarea de analize de caz, potrivit procedurilor la nivelul autorității de concurență. În această situație, Consiliul Concurenței poate efectua inspecții în afara unei investigații, dacă există indicii că pot fi găsite documente sau pot fi obținute informații considerate necesare pentru îndeplinirea misiunii autorității, în baza autorizării judiciare emise în condițiile prevăzute la art. 40 și a ordinului emis de președintele Consiliului Concurenței.*

*(2) În vederea realizării analizei de caz prevăzute la alin. (1). Consiliul Concurenței, prin inspectorii de concurență desemnați, indicând temeiul legal, scopul, termenele, precum și sancțiunile prevăzute la art. 53 alin. (1) lit. c) sau, după caz, la art. 54 alin. (1) lit. b), poate solicita întreprinderilor și asociațiilor de întreprinderi, precum și autorităților administrației publice centrale și locale orice informații și documente necesare.*

*(3) Analiza de caz prevăzută la alin. (1) se finalizează într-un termen de maximum 6 luni de la data declanșării. Acest termen se poate prelungi, pentru motive temeinice, cu maximum 3 luni.*



# ROMÂNIA

## BAROUL BUCUREȘTI

(4) *La finalizarea analizei de caz realizate în cauză, Consiliul Concurenței va informa Guvernul asupra concluziilor acesteia, putând formula recomandări sau propune promovarea de reglementări specifice privind remedierea disfuncționalităților constatate pe piețele analizate.*

(5) *În situația în care analiza de caz efectuată prezintă suficient temei de fapt și de drept, Consiliul Concurenței va declanșa o investigație conform dispozițiilor art. 33 alin. (1). Investigația se va soluționa de urgență și cu precădere.*"

În primul rând, apreciem că, în mod surprinzător, această prevedere vine într-o clară contradicție cu prevederile exprese ale tocmai actului de drept al UE a cărui transpunere a servit drept motiv pentru adoptarea Ordonanței (inclusiv a acestei prevederi care nu are, la fel ca cele de mai sus, niciun corespondent în textul Directivei).

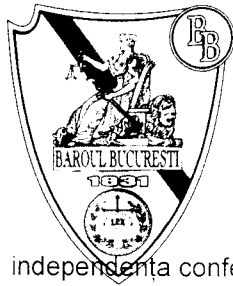
Astfel, prevederile citate încalcă principiul independenței autorității de concurență consacrat de art. 4 alin. (2) lit. b) și c) din Directiva nr. 1/2009, respectiv:

*"(b) nu solicită și nu acceptă instrucțiuni din partea guvernului sau a oricărei alte entități publice sau private în îndeplinirea sarcinilor care le revin și în exercitarea competențelor lor de aplicare a articolelor 101 și 102 din TFUE, fără a aduce atingere dreptului unui guvern al unui stat membru, dacă este cazul, de a emite norme de politică generală care nu sunt legate de anchete sectoriale sau proceduri specifice de aplicare a legii; și*

*(c) se abțin de la orice acțiune incompatibilă cu îndeplinirea obligațiilor lor și/sau cu exercitarea competențelor lor de aplicare a articolelor 101 și 102 din TFUE și sunt supuse unor proceduri care să garanteze că, pentru o perioadă de timp rezonabilă după încetarea mandatului, aceștia se abțin de la soluționarea unor proceduri de aplicare a legii care ar putea conduce la conflicte de interes."*

În acest context este evident contradictoriu că același act normativ prevede posibilitatea Guvernului de a solicita Consiliului Concurenței efectuarea de „analize de caz”, noțiune nedefinită și inutilă atâta vreme cât Legea concurenței prevedea deja suficiente mijloace de acțiune ale autorității, respectiv investigațiile (de caz sau sectoriale).

Astfel, conform Art. 33<sup>1</sup>, Guvernul poate solicita Consiliului Concurenței efectuarea de astfel de „analize de caz” atunci când se constată elemente de potențială distorsionare a mediului concurențial. Astfel, întrucât această constatare pare a fi făcută de către Guvern, nu de către Consiliul Concurenței, rezultă că Guvernul dobândește competențe din punct de vedere al aplicării normelor de concurență sau de constatare a disfuncționalităților mediului concurențial, încălcând și din acest punct de vedere autonomia și



# ROMÂNIA

# BAROUL BUCUREȘTI

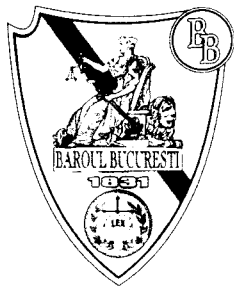
independența conferită Consiliului Concurenței atât prin textul OUG-ului cât și prin textul Directivei.

Nu în ultimul rând, conform prevederilor Art 33<sup>1</sup>, în urma finalizării cercetării ocazionate de sesizarea Guvernului, Consiliul Concurenței poate dispune declanșarea unei investigații, în măsura în care există temei de drept sau de fapt, pe care o va finaliza, conform prevederilor Art 33<sup>1</sup> alin. (5), de urgență și cu precădere. Astfel, Consiliul Concurenței nu mai acționează ca o autoritate autonomă care are dreptul de a prioritiza demersurile sale așa cum crede de cuviință, ci ca o autoritate aflată în subordinea Guvernului, ale cărei demersuri nu sunt inițiate exclusiv în acele situații în care ea consideră că sunt justificate, ci în urma instrucțiunilor primite de la Guvern, demersuri cărora nu le poate fi alocat un interval de timp suficient, ci care trebuie finalizate în termen de 6 luni, spre deosebire de oricare alte demersuri ale Consiliului Concurenței, și care pot da naștere unor investigații care vor fi finalizate de urgență, având prioritate în fața tuturor celorlalte demersuri întreprinse de către Consiliul Concurenței.

**Mai mult**, premisa acestor analize, respectiv atunci când „mediul concurențial este distorsionat” reprezintă o formulare vagă și dificil de analizat din perspectivă legală. Perturbările la nivelul pieței pot avea cauze diverse, de cele mai multe ori explicabile prin fenomene economice ciclice și fără a reprezenta o încălcare a legislației de concurență.

Este astfel disproporțional ca, în baza unei analize pe criterii vagi și neclare, fără o fundamentare în fapt și în drept ancorată în dreptul concurenței și, mai mult, tocmai cu evitarea expresă a unei astfel de fundamentări (acesta fiind motivul pentru care au fost create aceste „analize de caz” distinct de investigațiile pentru demararea cărora este nevoie de un temei suficient de fapt și de drept), să se permită efectuarea de inspecții inopinate (echivalente unor ingerințe în dreptul la inviolabilitatea domiciliului – noțiune care, în accepțiunea Curții Constituționale și a Curții Europene a Drepturilor Omului include și sediul profesional al persoanei juridice – și, așa cum am arătat și mai sus, în dreptul la secretul corespondenței și dreptul la apărare) în afara unei investigații (adică fără ca, anterior, să se fi determinat și justificat un temei suficient de fapt și de drept pentru atare ingerințe).

Realizarea inspecției exclusiv în cadrul formal al investigației conferă garanțiile necesare cu privire la întinderea și limitele inspecției. Posibilitatea realizării inspecției fără îndeplinirea procedurilor interne necesare declanșării unei investigații reprezintă eliminarea unor pași premergători de analiză, necesari pentru a putea stabili dacă supunerea societății la o procedură ce constituie o gravă ingerință în drepturile sale și îi afectează activitatea sa obișnuită este justificată de apărarea unui interes general.



# ROMÂNIA

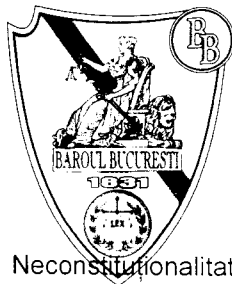
## BAROUL BUCUREȘTI

Scopul unor astfel de inspecții în afara unei investigații este strict acela de a obține informații în condițiile în care nu există indicii cu privire la o posibilă încălcare a normelor de concurență, ceea ce nu reprezintă un temei suficient pentru a justifica **ingerințele în drepturile fundamentale ale persoanelor juridice și/sau fizice** care ar fi afectate de aceste ingerințe.

Menționăm că, potrivit Legii concurenței, pe de-o parte, întreprindere subiect al Legii concurenței poate fi atât o persoană fizică cât și o persoană juridică și, pe de altă parte, potrivit prevederilor art. 38 alin. (3<sup>1</sup>), introdus prin Ordonanță, „pot fi inspectate inclusiv orice dispozitive personale utilizate în baza politicii întreprinderii, în interes de serviciu și identificate în cadrul inspecției derulate în spațiile, terenurile sau mijloacele de transport ale întreprinderii ori asocierii de întreprinderi în care aceasta își desfășoară activitatea” și, potrivit art. 39 alin. (2), și el introdus prin Ordonanță, „În cazul în care există o suspiciune întemeiată că registrele sau alte documente care privesc activitatea întreprinderii sau asocierii de întreprinderi sau informațiile accesibile entității care face obiectul inspecției și care ar putea fi relevante pentru a dovedi o încălcare a legii sunt păstrate în orice spațiu, pe orice teren sau în orice mijloc de transport, altele decât cele menționate la art. 38, inclusiv la domiciliul/reședința sau în orice alt spațiu cu destinația de locuință, pe terenurile sau în mijloacele de transport aparținând conducătorilor, administratorilor, directorilor și altor angajați ai întreprinderilor sau asocierilor de întreprinderi, inspectorii de concurență pot efectua inspecții inopinate în spațiile respective în baza autorizării judiciare prealabile date prin încheiere, conform prevederilor art. 40.”

**Ca un motiv distinct de neconstituționalitate** a art. 1 pct. 37 și 38 din Ordonanță, menționăm aici încălcarea dreptului la inviolabilitatea domiciliului prin modificarea art. 39 alin. (2) raportat la art. 40 astfel cum este și acesta modificat prin Ordonanță.

Aceste prevederi autorizează efectuarea de inspecții în orice spații/terenuri/mijloace de transport, inclusiv la domiciliul/reședința unor persoane fizice angajați ai unei întreprinderi, exclusiv în baza unei autorizații judiciare dată cu privire la întreprindere, iar nu cu privire la fiecare dintre spațiile persoanelor fizice, această concluzie rezultând din modalitatea de redactare a art. 40 și care prevede că „În cazul în care inspecția trebuie desfășurată simultan în mai multe spații dintre cele prevăzute la art. 39 [NB adică inclusiv cele de la alin. (2), respectiv domiciliul/locuința unor angajați], Consiliul Concurenței va introduce o singură cerere, instanța pronunțându-se printr-o încheiere în care se indică întreprinderile și asocierile de întreprinderi care urmează a fi inspectate în spațiile prevăzute la art.39 alin. (1). [NB fiind astfel evident că este suficient indicarea întreprinderilor sau asociației iar nu este necesară identificarea și autorizarea judiciară a inspecțiilor domiciliilor sau reședințelor angajaților potrivit art. 39 alin. (2)]”.



# ROMÂNIA

## BAROUL BUCUREȘTI

Neconstituționalitatea acestor prevederi este cu atât mai evidentă cu cât avem în vedere și faptul că toate aceste inspecții se desfășoară inclusiv cu utilizarea forței publice – art. 38 alin. (7) și (7<sup>1</sup>) astfel cum sunt prevăzute de Ordonanță stabilind că „*inspectorii de concurență pot să pătrundă în acestea în prezența reprezentanților organelor de poliție, jandarmerie sau altor agenți ai forței publice*” și că „*În scopul pregătirii, respectiv efectuării inspecțiilor inopinate, inspectorii de concurență abilitați cu puteri de inspecție, pot beneficia de asistență din partea structurilor de specialitate ale Poliției Române*”.

În fapt, **Ordonanța creează un cadru în care o autoritate administrativă fără putere jurisdicțională să poată, prin funcționari publici, intra cu concursul forței publice în domiciliile sau locuințele unor persoane fizice exclusiv pentru că acestea sunt angajatele unor întreprinderi** și Guvernul a considerat că există o distorsionare pe o piață și, chiar în absența unor temeuri suficiente de fapt și de drept, în cadrul unei „analize de caz”, Consiliul Concurenței a decis să efectueze inspecții inopinate la acele întreprinderi, autorizarea judiciară fiind dată (în mod evident, fără a verifica temeiurile de fapt și de drept care, prin premisă, nu există) exclusiv în ceea ce privește inspectarea acelor întreprinderi și nu a persoanelor fizice angajate ale acestora.

De altfel, lipsa de justificare și caracterul disproporționat al prevederilor Ordonanței au fost sesizate și în avizul negativ dat de către Consiliul Economic și Social care a apreciat că autoritatea de concurență are la dispoziție suficiente instrumente pentru a obține informațiile de care are nevoie în cadrul acestor cercetări, nefiind nevoie de efectuarea de inspecții inopinate.

Nu în ultimul rând, arătăm că, spre deosebire de situația unei investigații (care se finalizează printr-un act administrativ supus controlului judiciar), inspecțiile desfășurate în afara cadrului investigației sunt și în afara oricărui control judiciar, mai ales atunci când, după desfășurarea inspecției și finalizarea cercetării, Consiliul Concurenței să nu deschidă o investigație și, pe cale de consecință, să nu emită niciun act administrativ care să poată face obiectul controlului judecătoresc.

### **2.2. Prin art. I pct. 35 din Ordonanță se prevede că:**

*„35. La articolul 38, alineatele (9) – (11) se modifică și vor avea următorul cuprins:*

[...]

*(10) [...] Decizia președintelui Consiliului Concurenței cu privire la respingerea caracterului protejat al comunicării poate fi atacată în contencios administrativ la Curtea de Apel București, în termen de 15 zile de la comunicare. Termenul pentru depunerea întâmpinării este de 15 zile de la*



# ROMÂNIA

# BAROUL BUCUREȘTI

*comunicarea cererii de chemare în judecată. Hotărârea curții de apel este supusă recursului, care se declară în termen de 5 zile de la comunicare. Instanțele soluționează cauza de urgență și cu precădere, dezbaterile asupra fondului litigiului în fața primei instanțe urmând a avea loc într-un termen de 60 de zile de la primul termen de judecată stabilit prin citație. [...]"*

Modificarea adusă dispozițiilor Legii nr. 21/1996 instituie obligații în sarcina instanțelor judecătorești și creează o situație nouă, derogatorie, în ceea ce privește exercitarea unei căi de atac.

Ori, așa cum prevede art. 38 alin. (3) din Legea nr. 317/2004, art. 39 alin. (3) din Legea nr. 305/2022, Plenul Consiliului Superior al Magistraturii avizează proiectele de acte normative ce privesc activitatea autorității judecătorești. Prin urmare, era obligatorie cel puțin solicitarea avizului Consiliului Superior al Magistraturii, aspect ce nu s-a întâmplat în cauză.

Activitatea de avizare derivă din rolul constituțional al Consiliului Superior al Magistraturii, de garant al independenței justiției, în sensul dispozițiilor art. 134 alin. (4) din Constituție. Lipsa avizului emis de către Consiliul Superior al Magistraturii conduce la nulitatea extrinsecă a dispozițiilor legale care (i) instituie obligații în sarcina instanțelor judecătorești, respectiv (ii) modifică modalitatea de exercitare și judecare a unei căi de atac în ordinea juridică română.

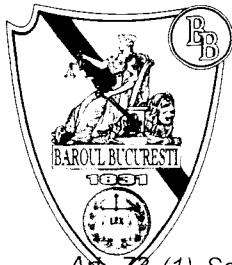
De altfel, instanța de contencios constituțional a reținut că nesolicitarea avizului Consiliului Superior al Magistraturii constituie o încălcare a art. 1 alin. (5) raportat la art. 133 alin. (1) din Constituție, ceea ce reprezintă, în mod implicit, și o încălcare a art. 1 alin. (3) privind statul de drept.

Prin urmare, adoptarea unor dispoziții legale care provoacă un impact semnificativ în organizarea și funcționarea activității de înfăptuire a justiției, în lipsa avizului expres al Consiliului Superior al Magistraturii, constituie o încălcare a principiului separației și echilibrului puterilor în stat, prin care autoritatea judecătorească participă la activitatea de normare, împreună cu puterea legiuitoare, mecanism indispensabil democrației constituționale, bazate pe separația puterilor.

De altfel, instituirea unor obligații în sarcina instanțelor judecătorești provoacă necesitatea ca procesul legislativ să se desfășoare prin adoptarea unei legi organice, iar nu prin intermediul unei ordonanțe de urgență. Or, nici această obligație nu a fost respectată, aspect ce amplifică șirul viciilor de neconstituționalitate extrinsecă a Ordonanței.

### **2.3. Prin art. I pct. 79 din Ordonanță se prevede că:**

*„După articolul 72 se introduc două noi articole, art. 73 și 74, cu următorul cuprins:*



# ROMÂNIA

## BAROUL BUCUREȘTI

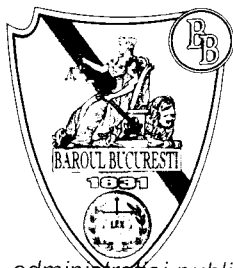
„Art. 73 (1) Se înființează Centrul Național de Concurență, denumit, în continuare, Centrul, structură fără personalitate juridică în cadrul Consiliului Concurenței, ca centru de pregătire în domeniul concurenței și ajutorului de stat. (2) Centrul prevăzut la alin. (1) are ca obiect de activitate organizarea unor cursuri de pregătire profesională destinate funcționarilor publici, personalului contractual, personalului din structurile responsabile cu elaborarea și implementarea programelor finanțate din fonduri externe nerambursabile, la solicitarea acestora, precum și personalului care activează în mediul privat.

(3) Centrul nu face parte din sistemul național de învățământ și educație și nu este supus dispozițiilor legale în vigoare cu privire la acreditarea instituțiilor de învățământ superior și recunoașterea diplomelor. (4) Centrul atestă desfășurarea programelor aferente obiectului său de activitate prin certificate specifice. (5) Certificatele specifice prevăzute la alin. (4) nu reprezintă o condiție necesară în relația persoanelor fizice sau juridice cu autoritatea de concurență.[...]”

**În primul rând**, trebuie menționată că aceste prevederi exced în mod clar sfera de acoperire a Directivei 1/2019, a cărei transpunere reprezintă singura justificare legală a adoptării actului normativ sub forma unei ordonanțe de urgență, cu eludarea procesului legislativ normal. Așa stând lucrurile, este evident că înființarea unor noi structuri de pregătire profesională în domeniul dreptului concurenței, cu plasarea acestora în afara reglementărilor și controlului din sistemul național de învățământ și educație, este complet nejustificată și constituie o dovadă a neconstituționalității adoptării Ordonanței ca ordonanță de urgență.

**În al doilea rând**, prin crearea unor „certificate specifice” care „nu reprezintă o condiție necesară” pentru a asista/reprezenta persoane fizice sau juridice în „relația” cu autoritatea de concurență, textul sugerează că dreptul de a presta astfel de servicii (i.e. de asistență și reprezentare într-un domeniu de drept, precum dreptul concurenței) ar fi extins și la persoane precum „funcționarii publici, personalul contractual, personalul din structurile responsabile cu elaborarea și implementarea programelor finanțate din fonduri externe nerambursabile” sau persoanelor care lucrează în mediul privat.

Deși textul nu limitează doar la aceștia categoria persoanelor care pot presta astfel de servicii (prin condiționarea prestării acestor servicii de obținerea certificatelor respective), prin formularea echivocă întrebuintată (i.e. prin aceea că nu indică expres la alin. (5) că „Certificatele specifice prevăzute la alin. (4) nu conferă nici un drept în relația respectivelor persoane fizice sau juridice cu autoritatea de concurență.”) limitează nejustificat și disproporțional, dreptul conferit avocaților de art. 3 alin. (2) din Legea nr. 51/1995 care prevede că „Activitățile prevăzute la alin. (1) se exercită numai de avocat, dacă legea nu prevede altfel.”, la alin. (1) fiind incluse atât orice „a) consultații și cereri cu caracter juridic,” cât și orice servicii de „b) asistență și reprezentare juridică în fața instanțelor judecătorești, a organelor de urmărire penală, a autorităților cu atribuții jurisdicționale, a notarilor publici și a executorilor judecătorești, a organelor



# ROMÂNIA

# BAROUL BUCUREȘTI

administrativei publice și a instituțiilor, precum și a altor persoane juridice, în condițiile legii;”, „e) apărarea și reprezentarea cu mijloace juridice specifice a drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor fizice și juridice în raporturile acestora cu autoritățile publice, cu instituțiile și cu orice persoană română sau străină”.

Așadar este evident că legea a dispus ca activitățile de apărare și reprezentare a drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor fizice și juridice în relația cu Consiliul Concurenței să fie desfășurate de către avocați, fiind, pe cale de consecință, neconstituționale prevederile Ordonanței care limitează (fără nicio justificare și cu eludarea neneesară a procesului legislativ normal) drepturile avocaților.

### 3. OUG NR. 108/2023 A INTRAT ÎN VIGOARE LA DATA DE 6 DECEMBRIE 2023. NECESITATEA DE A ACȚIONA ÎN CEL MAI SCURT TIMP POSIBIL

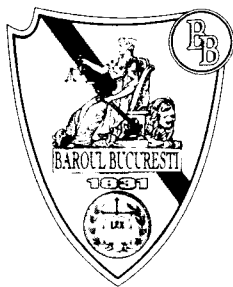
Vă rugăm să aveți în vedere următoarele:

- (i) în urma analizei OUG nr. 108/2023, am constatat că prevederile acesteia încalcă dispozițiile Constituției, ale Convenției Europene ale Drepturilor Omului și alte prevederi legale imperative din legislația națională și europeană, și că, dat fiind faptul că **OUG nr. 108/2023 a intrat deja în vigoare, prejudicierea gravă și ireversibilă a încrederii în sistemul de justiție, precum și în corpul avocaților ca reprezentanți ai părții, dar și a celorlalte drepturi fundamentale ale persoanelor fizice și juridice afectate de OUG nr. 108/2023, este iminentă.**

Astfel, considerăm că **este urgentă efectuarea tuturor demersurilor necesare, pentru a se împiedica aplicarea prevederilor neconstituționale din cuprinsul OUG nr. 108/2023.**

\* \* \*

Pe cale de consecință, având în vedere argumentele de mai sus cu privire la neconstituționalitatea OUG nr. 108/2023, vă solicităm respectuos ca, în baza înaltelor competențe și prerogative ce vă sunt recunoscute în scopul apărării drepturilor și libertăților persoanelor fizice și juridice, ținând cont de argumentele prezentate în prezenta, să sesizați de urgență Curtea Constituțională cu privire la neconstituționalitatea acestui act normativ.



# ROMÂNIA

# BAROUL BUCUREȘTI

În cazul în care aveți nevoie de orice informații suplimentare în legătură cu cele de mai sus, nu ezitați să ne contactați utilizând următoarele date:

**Persoana de contact:** Avocat Dr. Aurel Ciobanu, Decanul Baroului Bucuresti

**Adresa:** Bucuresti, str.Dr.Raureanu nr.3, sector 5

**E-mail:** aurel.ciobanu@baroul-bucuresti.ro

Cu stimă,

**Baroul București**

Prin: Avocat Aurel Ciobanu, Decan al Baroului București