



MONITORUL OFICIAL

AL

ROMÂNIEI

Anul 191 (XXXV) — Nr. 896

PARTEA I
LEGI, DECRETE, HOTĂRĂRI ȘI ALTE ACTE

Joi, 5 octombrie 2023

SUMAR

<u>Nr.</u>	<u>Pagina</u>
DECIZII ALE CURȚII CONSTITUȚIONALE	
Decizia nr. 380 din 29 iunie 2023 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 31 din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat.....	2-3
ACTE ALE AUTORITĂȚII DE SUPRAVEGHERE FINANCIARĂ	
32. — Normă pentru aplicarea Ghidului privind cerințele de governanță a produselor MiFID II, elaborat de Autoritatea Europeană pentru Valori Mobiliare și Piețe (ESMA)	4-14
ACTE ALE INSTANȚELOR DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV	
Sentința civilă nr. 3 din 5 ianuarie 2022 a Curții de Apel Cluj — Secția a III-a contencios administrativ și fiscal	15-32

DECIZII ALE CURȚII CONSTITUȚIONALE

CURTEA CONSTITUȚIONALĂ

DECIZIA Nr. 380

din 29 iunie 2023

referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 31 din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat

Marian Enache	— președinte
Mihaela Ciochină	— judecător
Cristian Deliorga	— judecător
Dimitrie-Bogdan Licu	— judecător
Gheorghe Stan	— judecător
Livia Doina Stanciu	— judecător
Elena-Simina Tănăsescu	— judecător
Varga Attila	— judecător
Ingrid-Alina Tudora	— magistrat-asistent

Cu participarea reprezentantului Ministerului Public, procuror Loredana Brezeanu.

1. Pe rol se află soluționarea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 32 din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, excepție ridicată de Catrina Gaftoniuc, prin procurator Dorina-Margareta Gaftoniuc, și Liliana Teodoriu în Dosarul nr. 289/32/2016 al Tribunalului Bacău — Secția a II-a civilă și de contencios administrativ și fiscal. Excepția formează obiectul Dosarului Curții Constituționale nr. 3.051D/2019.

2. La apelul nominal lipsesc părțile. Procedura de înștiințare este legal îndeplinită.

3. Cauza fiind în stare de judecată, președintele Curții acordă cuvântul reprezentantului Ministerului Public, care pune concluzii de respingere a excepției de neconstituționalitate, în principal, ca inadmisibilă, având în vedere că, deși sunt invocate dispozițiile constituționale pretins încălcate, autoarele excepției nu motivează în ce anume constă contrarietatea reglementării legale criticate cu acestea. Pe fond, solicită respingerea excepției ca neîntemeiată, sens în care arată că persoana vătămată în drepturile sale prin decizia consiliului baroului se poate adresa instanței de contencios administrativ.

CURTEA,

având în vedere actele și lucrările dosarului, reține următoarele:

4. Prin Sentința nr. 447 din 9 iulie 2019, pronunțată în Dosarul nr. 289/32/2016, **Tribunalul Bacău — Secția a II-a civilă și de contencios administrativ și fiscal a sesizat Curtea Constituțională cu excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 32 din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat.** Excepția de neconstituționalitate a fost ridicată de Catrina Gaftoniuc, prin procurator Dorina-Margareta Gaftoniuc, și Liliana Teodoriu într-o cauză având ca obiect anularea unui act administrativ, și anume un contract de asistență juridică încheiat în anul 2011.

5. În motivarea excepției de neconstituționalitate autoarele acesteia susțin că sintagma „*hotărârea este definitivă*” din cuprinsul art. 32 al Legii nr. 51/1995 este neconstituțională

și contravine normelor constituționale ale art. 16 alin. (1), ale art. 20, ale art. 21 alin. (3), precum și art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, fără a indica însă în ce anume constă pretinsa neconstituționalitate.

6. **Tribunalul Bacău — Secția a II-a civilă și de contencios administrativ și fiscal** apreciază că excepția de neconstituționalitate este neîntemeiată. În acest sens, reține că dispozițiile criticate din Legea nr. 51/1995 nu reprezintă o normă care să îngreueze liberul acces la instanță, ci stabilesc o procedură administrativ-jurisdicțională facultativă, hotărârea consiliului baroului fiind definitivă doar în sistemul căilor de atac administrative. Prin urmare, actele administrative emise de către decanul baroului și de consiliul baroului pot fi atacate în fața instanței de contencios administrativ, în condițiile art. 8 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, neputând fi reținută susținerea potrivit căreia aceste acte administrative sunt excluse de la controlul judiciar. Pentru aceleași considerente, tribunalul apreciază că nu se încalcă nici art. 16 alin. (1) din Constituție, persoana vătămată în drepturile sau interesele sale legitime de o decizie a decanului sau de o hotărâre a baroului având posibilitatea să se adreseze instanței de contencios administrativ în aceleași condiții ca persoanele vătămate prin acte administrative emise de alte autorități publice.

7. Potrivit prevederilor art. 30 alin. (1) din Legea nr. 47/1992, actul de sesizare a fost comunicat președinților celor două Camere ale Parlamentului, Guvernului și Avocatului Poporului, pentru a-și exprima punctele de vedere asupra excepției de neconstituționalitate.

8. **Președinții celor două Camere ale Parlamentului, Guvernul și Avocatul Poporului** nu au comunicat punctele lor de vedere asupra excepției de neconstituționalitate.

CURTEA,

examinând actul de sesizare, raportul întocmit de judecătorul-raportor, concluziile procurorului, dispozițiile legale criticate, raportate la prevederile Constituției, precum și Legea nr. 47/1992, reține următoarele:

9. Curtea Constituțională a fost legal sesizată și este competentă, potrivit dispozițiilor art. 146 lit. d) din Constituție, precum și ale art. 1 alin. (2), ale art. 2, 3, 10 și 29 din Legea nr. 47/1992, să soluționeze excepția de neconstituționalitate.

10. **Obiectul excepției de neconstituționalitate**, astfel cum a fost invocat de autoarele excepției de neconstituționalitate și reținut în dispozitivul actului de sesizare, îl constituie dispozițiile art. 32 din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 98 din 7 februarie 2011, potrivit căroră „*Contestațiile și reclamațiile privind onorariile se soluționează de decanul*

baroului. Decizia decanului poate fi atacată la consiliul baroului, a cărui hotărâre este definitivă”.

11. Curtea observă că la data sesizării instanței de contencios constituțional, ca urmare a republicării Legii nr. 51/1995 în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 440 din 24 mai 2018, art. 32 a devenit art. 31, cu un conținut normativ identic, astfel încât acesta constituie obiect al excepției de neconstituționalitate asupra căruia Curtea urmează a se pronunța.

12. În opinia autoarelor excepției de neconstituționalitate, dispozițiile criticate contravin normelor constituționale ale art. 16 alin. (1) privind egalitatea în fața legii, ale art. 20 referitor la tratatele internaționale privind drepturile omului, ale art. 21 alin. (3) privind accesul liber la justiție și dreptul la un proces echitabil, precum și prevederilor art. 6 privind dreptul la un proces echitabil din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

13. Examinând excepția de neconstituționalitate, Curtea constată că soluția legislativă criticată a mai constituit obiect al controlului de constituționalitate, în acest sens fiind, cu titlu exemplificativ, Decizia nr. 129 din 1 aprilie 2003, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 255 din 12 aprilie 2003, Decizia nr. 34 din 29 ianuarie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 116 din 10 februarie 2004, Decizia nr. 1.641 din 10 decembrie 2009, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 26 din 13 ianuarie 2010, sau Decizia nr. 178 din 26 mai 2020, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 663 din 27 iulie 2020, decizii prin care Curtea a respins ca fiind neîntemeiată excepția de neconstituționalitate.

14. Raportat la prezenta cauză însă Curtea reține că autoarele excepției de neconstituționalitate invocă neconstituționalitatea reglementării legale criticate, fără a motiva, în concret, în ce constă presupusa contrariedade, invocând doar normele constituționale și convenționale pretins încălcate.

15. Cu privire la obligația de motivare a excepției de neconstituționalitate, prin Decizia nr. 1.313 din 4 octombrie 2011,

publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 12 din 6 ianuarie 2012, Curtea a stabilit că excepția de neconstituționalitate cuprinde 3 elemente: textul contestat din punctul de vedere al constituționalității, textul de referință pretins încălcat, precum și motivarea de către autorul excepției a relației de contrariedade existente între cele două texte, cu alte cuvinte, motivarea neconstituționalității textului criticat. Indiscutabil, primul element al excepției se circumscrie fie simplei indicări a textului pretins neconstituțional, fie menționării conținutului său normativ, iar cel de-al doilea, indicării textului sau principiului constituțional pretins încălcat. În aceste condiții, chiar dacă excepția de neconstituționalitate este în mod formal motivată, deci cuprinde cele 3 elemente, dar motivarea în sine nu are nicio legătură cu textul criticat, iar textul de referință este unul general, Curtea are competența de a respinge excepția ca inadmisibilă, fiind contrară art. 10 alin. (2) din Legea nr. 47/1992. Aceeași soluție va fi urmată și în cazul în care excepția de neconstituționalitate nu cuprinde motivarea ca element al său, iar din textul constituțional invocat nu se poate desluși în mod rezonabil vreo critică de neconstituționalitate, fie datorită generalității sale, fie datorită lipsei rezonabile de legătură cu textul criticat.

16. Așa fiind, raportând cele de mai sus la cauza de față, Curtea constată că prin modul în care este formulată excepția de neconstituționalitate nu se poate desluși în mod rezonabil existența vreunei critici de neconstituționalitate, chiar dacă au fost invocate textele de referință pretins încălcate prin reglementarea criticată. Dacă ar proceda la examinarea excepției de neconstituționalitate motivate într-o asemenea manieră eliptică, instanța de control constituțional s-ar substitui autoarelor acesteia în formularea unor critici de neconstituționalitate, ceea ce ar echivala cu un control efectuat din oficiu, inadmisibil însă în condițiile art. 29 alin. (4) din Legea nr. 47/1992. Așadar, întrucât excepția de neconstituționalitate ridicată în prezenta cauză este nemotivată, contrar art. 10 alin. (2) din Legea nr. 47/1992, aceasta urmează a fi respinsă ca inadmisibilă.

17. Pentru considerentele expuse mai sus, în temeiul art. 146 lit. d) și al art. 147 alin. (4) din Constituție, precum și al art. 1—3, al art. 11 alin. (1) lit. A.d) și al art. 29 din Legea nr. 47/1992, cu unanimitate de voturi,

CURTEA CONSTITUȚIONALĂ

În numele legii

DECIDE:

Respinge, ca inadmisibilă, excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 31 din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, excepție ridicată de Catrina Gaftoniuc, prin procurator Dorina-Margareta Gaftoniuc, și Liliana Teodoriu în Dosarul nr. 289/32/2016 al Tribunalului Bacău — Secția a II-a civilă și de contencios administrativ și fiscal.

Definitivă și general obligatorie.

Decizia se comunică Tribunalului Bacău — Secția a II-a civilă și de contencios administrativ și fiscal și se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I.

Pronunțată în ședința din data de 29 iunie 2023.

PREȘEDINTELE CURȚII CONSTITUȚIONALE
MARIAN ENACHE

Magistrat-asistent,
Ingrid-Alina Tudora

ACTE ALE AUTORITĂȚII DE SUPRAVEGHERE FINANCIARĂ

AUTORITATEA DE SUPRAVEGHERE FINANCIARĂ

NORMĂ

pentru aplicarea Ghidului privind cerințele de guvernanză a produselor MiFID II, elaborat de Autoritatea Europeană pentru Valori Mobiliare și Piețe (ESMA)

În temeiul prevederilor art. 1 alin. (2), art. 2 alin. (1) lit. a) și d), art. 3 alin. (1) lit. b), art. 6 alin. (2), precum și ale art. 14 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 93/2012 privind înființarea, organizarea și funcționarea Autorității de Supraveghere Financiară, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 113/2013, cu modificările și completările ulterioare, în baza prevederilor art. 51, art. 81 alin. (2)—(4), art. 811, art. 277 și 280 din Legea nr. 126/2018 privind piețele de instrumente financiare, cu modificările și completările ulterioare, având în vedere prevederile capitolului III din Regulamentul Autorității de Supraveghere Financiară și al Băncii Naționale a României nr. 10/4/2018 privind protejarea instrumentelor financiare și a fondurilor care aparțin clienților, obligațiile de guvernanză a produsului și normele aplicabile la acordarea sau primirea de onorarii, comisioane sau alte tipuri de beneficii pecuniare sau nepecuniare, cu modificările și completările ulterioare, potrivit deliberărilor din ședința Consiliului Autorității de Supraveghere Financiară din data de 5.09.2023,

Autoritatea de Supraveghere Financiară emite prezenta normă.

Art. 1. — Autoritatea de Supraveghere Financiară aplică Ghidul privind cerințele de guvernanză a produselor MiFID II (ESMA35-43-3448), elaborat de Autoritatea Europeană pentru Valori Mobiliare și Piețe (ESMA), prevăzut în anexa care face parte integrantă din prezenta normă.

Art. 2. — Entitățile menționate la art. 1 alin. (1) din Regulamentul Autorității de Supraveghere Financiară și al Băncii Naționale a României nr. 10/4/2018 privind protejarea instrumentelor financiare și a fondurilor care aparțin clienților, obligațiile de guvernanză a produsului și normele aplicabile la acordarea sau primirea de onorarii, comisioane sau alte tipuri de beneficii pecuniare sau nepecuniare, cu modificările și completările ulterioare, au obligația respectării prevederilor Ghidului privind cerințele de guvernanză a produselor MiFID II, elaborat de Autoritatea Europeană pentru Valori Mobiliare și

Piețe (ESMA), în legătură cu activitatea de producere și distribuire a produselor de investiții.

Art. 3. — Nerespectarea prevederilor prezentei norme se sancționează potrivit dispozițiilor titlului X din Legea nr. 126/2018 privind piețele de instrumente financiare, cu modificările și completările ulterioare.

Art. 4. — La data intrării în vigoare a prezentei norme se abrogă Norma Autorității de Supraveghere Financiară nr. 14/2018 pentru aplicarea Ghidului Autorității Europene pentru Valori Mobiliare și Piețe (ESMA) privind cerințele de guvernanză a produselor MiFID II, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 708 din 14 august 2018.

Art. 5. — Prezenta normă se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I, și intră în vigoare la data publicării.

Președintele Autorității de Supraveghere Financiară,

Nicu Marcu

București, 25 septembrie 2023.

Nr. 32.

ANEXĂ

G H I D

privind cerințele de guvernanză a produselor MiFID II (ESMA35-43-3448)

1. Domeniu de aplicare

Cui i se aplică?

1. Presentul ghid se aplică:

- firmelor;
- autorităților competente.

Ce se aplică?

2. Presentul ghid se aplică în legătură cu crearea sau distribuția instrumentelor financiare și a depozitelor structurate. În special, prezentul ghid se aplică în legătură cu următoarele cerințe:

- art. 9 alin. (3) din Directiva 2014/65/UE¹ (MiFID II);
- art. 16 alin. (3) și (6) din MiFID II;
- art. 24 alin. (1) și (2) din MiFID II;

- art. 9 și 10 din Directiva delegată (UE) 2017/593 a Comisiei² (Directiva delegată MiFID II).

Când se aplică?

3. Presentul ghid se aplică după două luni de la data publicării sale pe site-ul ESMA în toate limbile oficiale ale UE.

2. Referințe legislative, abrevieri și definiții

2.1. Referințe legislative

MiFID II — Directiva 2014/65/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 mai 2014 privind piețele instrumentelor financiare și de modificare a Directivei 2002/92/CE și a Directivei 2011/61/UE³

Regulamentul delegat MiFID II — Regulamentul delegat (UE) 2017/565 al Comisiei din 25 aprilie 2016 de completare a

¹ Directiva 2014/65/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 mai 2014 privind piețele instrumentelor financiare și de modificare a Directivei 2002/92/CE și a Directivei 2011/61/UE (JO L 173, 12.6.2014, p. 349).

² Directiva delegată (UE) 2017/593 a Comisiei din 7 aprilie 2016 de completare a Directivei 2014/65/UE a Parlamentului European și a Consiliului în ceea ce privește protejarea instrumentelor financiare și a fondurilor care aparțin clienților, obligațiile de guvernanză a produsului și normele aplicabile la acordarea sau primirea de onorarii, comisioane sau alte tipuri de beneficii pecuniare sau nepecuniare (JO L 87, 31.3.2017, p. 500—517).

³ JO L 173, 12.6.2014, p. 349.

Directivei 2014/65/UE a Parlamentului European și a Consiliului în ceea ce privește cerințele organizatorice și condițiile de funcționare aplicabile firmelor de investiții și termenii definiți în sensul directivei menționate⁴

Regulamentul delegat (UE) 2021/1253 al Comisiei — Regulamentul delegat (UE) 2021/1253 al Comisiei din 21 aprilie 2021 de modificare a Regulamentului delegat (UE) 2017/565 în ceea ce privește integrarea factorilor, a riscurilor și a preferințelor în materie de durabilitate în anumite cerințe organizatorice și condiții de funcționare aplicabile firmelor de investiții⁵

Regulamentul ESMA — Regulamentul (UE) nr. 1.095/2010 al Parlamentului European și al Consiliului din 24 noiembrie 2010 de instituire a Autorității europene de supraveghere (Autoritatea europeană pentru valori mobiliare și piețe), de modificare a Deciziei nr. 716/2009/CE și de abrogare a Deciziei 2009/77/CE a Comisiei⁶

2.2. Abrevieri

ACS — acțiune comună de supraveghere

CCP — Comitetul consultativ privind proporționalitatea

CE — Comisia Europeană

DC — document de consultare

ESMA — Autoritatea Europeană pentru Valori Mobiliare și

Piețe

SEE — Spațiul Economic European

SESF — Sistemul european de supraveghere financiară

SMSG — Grupul părților interesate din domeniul valorilor mobiliare și piețelor

UE — Uniunea Europeană

2.3. Definiții

distribuitor — o firmă care oferă, recomandă sau vinde un produs și un serviciu unui client

firmă — firme de investiții [astfel cum sunt definite la art. 4 alin. (1) pct. 1 din MiFID II] și instituții de credit [astfel cum sunt definite la art. 4 alin. (1) pct. 27 din MiFID II] atunci când furnizează servicii și activități de investiții [astfel cum sunt definite la art. 4 alin. (1) pct. 2 din MiFID II], firme de investiții și instituții de credit atunci când vând sau furnizează consultanță clienților în ceea ce privește depozitele structurate, societăți de administrare a OPCVM-urilor [astfel cum sunt definite la art. 2 alin. (1) lit. (b) din Directiva OPCVM⁷] și administratori externi de fonduri de investiții alternative (AFIA) [astfel cum sunt definiți la art. 5 alin. (1) lit. (a) din Directiva AFIA⁸] atunci când prestează servicii de investiții de administrare de portofolii individuale sau servicii conexe [în sensul art. 6 alin. (3) lit. (a) și (b) din Directiva OPCVM și al art. 6 alin. (4) lit. (a) și (b) din Directiva AFIA], în fiecare caz excluzând situația în care instrumentele financiare sunt comercializate sau distribuite exclusiv contrapărților eligibile (în conformitate cu derogarea de la art. 16a din MiFID II)

producător — o firmă care produce un produs, inclusiv crearea, dezvoltarea, emiterea sau proiectarea produsului respectiv, inclusiv atunci când furnizează consultanță întreprinderilor emitente cu privire la lansarea unui nou produs

prodeuse — instrumente financiare [în sensul art. 4 alin. (1) pct. 15 din MiFID II], cu excepția obligațiunilor care nu încorporează niciun alt instrument derivat decât o clauză de tip make-whole în conformitate cu derogarea de la art. 16a din MiFID II, și depozite structurate [în sensul art. 4 alin. (1) pct. 43 din MiFID II]

3. Scop

4. Ghidul este elaborat în temeiul art. 16 alin. (1) din Regulamentul ESMA. Obiectivele prezentului ghid sunt de a stabili practici consecvente, eficiente și eficace în materie de supraveghere în cadrul SESF și de a garanta aplicarea comună, uniformă și consecventă a cerințelor prevăzute în MiFID II privind guvernarea produselor. Prin respectarea prezentului ghid, ESMA anticipează sporirea corespunzătoare a protecției investitorilor.

4. Obligații de conformare și raportare

4.1. Statutul ghidului

5. În conformitate cu art. 16 alin. (3) din Regulamentul ESMA, autoritățile competente și participanții la piețele financiare trebuie să depună toate eforturile pentru a respecta prezentul ghid.

6. Autoritățile competente cărora li se aplică prezentul ghid trebuie să se conformeze prin includerea acestuia în cadrele lor juridice și/sau de supraveghere naționale, după caz, inclusiv în cazul în care există ghiduri specifice care vizează în principal participanții la piețele financiare. În acest caz, autoritățile competente trebuie să asigure, prin activitățile lor de supraveghere, respectarea ghidului de către participanții la piețele financiare.

4.2. Cerințe privind raportarea

7. În termen de două luni de la data publicării ghidului pe site-ul ESMA în toate limbile oficiale ale UE, autoritățile competente cărora li se aplică prezentul ghid trebuie să informeze ESMA (i) dacă respectă ghidul, (ii) dacă nu respectă, dar intenționează să respecte ghidul sau (iii) dacă nu respectă și nu intenționează să respecte ghidul.

8. În caz că nu respectă ghidul, autoritățile competente trebuie, de asemenea, să informeze ESMA, în termen de două luni de la data publicării ghidului pe site-ul ESMA în toate limbile oficiale ale UE, cu privire la motivele pentru care nu îl respectă.

9. Pe site-ul ESMA este disponibil un model de notificare. Modelul se completează și se transmite la ESMA.

10. Participanții la piața financiară nu sunt obligați să raporteze dacă respectă sau nu prezentul ghid.

5. Orientări privind aplicarea art. 16 alin. (3) și (6) și a art. 24 alin. (2) din MiFID II

5.1. Generalități

11. În conformitate cu art. 9 alin. (1) al doilea paragraf și cu art. 10 alin. (1) primul paragraf din Directiva delegată MiFID II, prezentul ghid trebuie să se aplice în mod adecvat și proporțional, având în vedere natura produsului, serviciul de investiții și piața-țintă a produsului.

12. Atunci când firma acționează atât ca producător, cât și ca distribuitor al produselor, orientările de mai jos se aplică în funcție de relevanță și atât timp cât firma îndeplinește toate obligațiile aplicabile producătorilor și distribuitorilor.

13. În general, firmele care acționează în calitate de producători și/sau distribuitori trebuie să justifice și să documenteze alegerile făcute în contextul acordurilor lor de guvernare a produselor, inclusiv în ceea ce privește identificarea pieței-țintă și strategiile de distribuție conexe.

⁴ JO L 87, 31.3.2017, p. 1.

⁵ JO L 277, 2.8.2021, p. 1.

⁶ JO L 331, 15.12.2010, p. 84.

⁷ Directiva 2009/65/CE a Parlamentului European și Consiliului din 13 iulie 2009 de coordonare a actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind organismele de plasament colectiv în valori mobiliare (OPCVM) (JO L 302, 17.11.2009, p. 32).

⁸ Directiva 2011/61/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 8 iunie 2011 privind administratorii fondurilor de investiții alternative și de modificare a Directivelor 2003/41/CE și 2009/65/CE și a Regulamentelor (CE) nr. 1.060/2009 și (UE) nr. 1.095/2010 (JO L 174, 1.7.2011, p. 1—73).

5.2. Orientări pentru producători

Identificarea de către producător a pieței-țintă potențiale: categoriile de luat în considerare

14. Identificarea de către producători a pieței-țintă potențiale nu ar trebui să se facă exclusiv pe baza criteriilor cantitative, ci trebuie să se bazeze și pe suficiente considerente calitative. La identificarea pieței-țintă a unui produs, producătorii trebuie să țină cont și de rezultatele analizelor pe bază de scenarii și ale structurii tarifare⁹ efectuate pentru produsul relevant¹⁰. Serviciile pentru piața de masă în mod special ar putea necesita automatizarea proceselor, iar această automatizare se bazează, de obicei, pe formule sau metodologii algoritmice care prelucrează criterii cantitative pentru produse și clienți. Aceste date numerice sunt generate de regulă prin sisteme de punctare (de exemplu, folosind caracteristici ale produselor precum volatilitatea instrumentelor financiare, ratingurile emitenților etc. sau prin „conversia” datelor factice în sisteme numerice). În ceea ce privește identificarea pieței-țintă, firmele trebuie nu numai să se bazeze pe aceste criterii cantitative, ci și să le pună suficient în balanță cu considerente calitative.

15. Producătorii trebuie să folosească lista de categorii stipulată în prezentul ghid ca bază pentru identificarea pieței-țintă pentru produsele lor. Lista categoriilor este cumulativă: la evaluarea pieței-țintă, fiecare producător trebuie să folosească fiecare dintre categoriile respective. În acest scop, un producător trebuie să analizeze relevanța fiecărei categorii pentru un anumit produs, apoi să alinieze profunzimea identificării proporțional cu tipul, natura și alte caracteristici ale produsului (descrise la pct. 19—31 din prezentul ghid).

16. Producătorii trebuie să detalieze/descrie fiecare dintre aceste categorii, fără a fuziona categoriile, ținând cont de relația dintre ele și asigurând consecvența între diferitele categorii, deoarece toate contribuie la definirea pieței-țintă pentru un anumit produs.

17. Producătorii nu ar trebui să excludă niciuna dintre cele cinci categorii menționate mai jos. Dacă, în opinia producătorilor, aceste cinci categorii sunt prea restrictive pentru a identifica o piață-țintă semnificativă, pot fi adăugate și alte categorii. În luarea deciziei dacă să folosească sau nu categorii suplimentare, producătorii pot lua în considerare caracteristicile canalelor de informații cu distribuitorii. De exemplu, pentru a facilita schimbul de informații cu distribuitorii și pentru a favoriza o arhitectură deschisă, producătorii pot limita folosirea categoriilor suplimentare la cazuri în care acestea sunt esențiale pentru a defini o piață-țintă semnificativă pentru produs.

18. Producătorii trebuie să identifice o piață-țintă potențială¹¹. Deoarece nu au de obicei contact direct cu clientul și în conformitate cu art. 9 alin. (9) al doilea paragraf din Directiva delegată MiFID II, acest lucru înseamnă că identificarea pieței lor țintă se poate baza, printre altele, pe cunoștințele lor teoretice și pe experiența lor în legătură cu produsul.

19. Producătorii trebuie să folosească următoarea listă de cinci categorii:

a) Tipul de clienți vizați de produs: Firma trebuie să specifice ce tip de clienți vizează produsul. Această specificare trebuie să se facă în conformitate cu clasificarea clienților conform MiFID II în „client de retail”, „client profesional” și/sau „contraparte eligibilă”. Pentru a evita o posibilă utilizare abuzivă a derogării prevăzute la art. 16a din MiFID II¹², decizia de a comercializa sau de a distribui un produs exclusiv contrapărților eligibile trebuie luată în mod clar ex ante (fie atunci când se efectuează evaluarea inițială a pieței-țintă, fie atunci când se efectuează revizuirii periodice), pe baza proceselor interne ale firmei.

b) Cunoștințe și experiență: Firma trebuie să specifice cunoștințele pe care trebuie să le aibă clienții vizați despre elemente precum: tipul de produs în cauză, caracteristicile produsului și/sau cunoștințe în domenii înrudite tematic, ce ajută la înțelegerea produsului. De exemplu, pentru produsele structurate cu profiluri de randament complicate, firmele ar putea preciza faptul că investitorii vizați trebuie să dețină cunoștințe despre cum funcționează acest tip de produs și despre posibilele rezultate obținute din produs. În ceea ce privește experiența, firma ar putea descrie cât de multă experiență practică trebuie să aibă clienții vizați cu elemente precum: tipul de produs în cauză, caracteristicile relevante ale produsului și/sau experiența în domenii înrudite tematic. Firma ar putea preciza, de exemplu, o perioadă de timp în care clienții să fi fost activi pe piețele financiare. Cunoștințele și experiența pot depinde una de cealaltă în unele cazuri (adică un investitor cu experiență limitată sau fără experiență ar putea fi un client vizat valabil dacă compensează lipsa de experiență cu cunoștințe vaste).

c) Situația financiară cu accent pe capacitatea de a suporta pierderile: Firma trebuie să precizeze procentul de pierderi pe care clienții vizați ar trebui să le poată suporta și să fie dispuși să le suporte (de exemplu, de la pierderi minore la pierdere totală) și dacă există obligații de plată suplimentare ce ar putea depăși suma investită (de exemplu apelurile în marjă). Acest aspect ar putea fi exprimat și sub forma unei proporții maxime de active ce trebuie investite.

d) Toleranța la risc și compatibilitatea profilului de risc/randament al produsului cu piața-țintă: Firma trebuie să precizeze atitudinea generală pe care ar trebui să o aibă clienții vizați în legătură cu riscurile de investiție. Atitudinile de bază față de risc trebuie clasificate (de exemplu, „orientată către risc sau speculativă”, „echilibrată”, „conservatoare”) și descrise cu claritate. Deoarece diferite firme din lanț au diferite abordări în definirea riscului, firma trebuie să fie explicită în ceea ce privește criteriile ce trebuie întrunite pentru a clasifica un client în acest fel. Firmele trebuie să folosească indicatorul de risc prevăzut de Regulamentul privind PRIIP¹³ sau de Directiva OPCVM, unde este cazul, pentru a îndeplini această cerință. Dacă este cazul, firmele trebuie să ia în considerare, de asemenea, riscurile incluse în descrierea de mai jos a indicatorului de risc sintetic al PRIIP, cum ar fi riscul valutar și/sau de lichiditate.

e) Obiectivele și nevoile clienților: Firma trebuie să specifice obiectivele și nevoile de investiții ale clienților vizați cu care un

⁹ Termenii analize pe bază de „scenarii” și „structură tarifară” se referă la analizele prevăzute la articolul 9 alineatul (10) și alineatul (12) din Directiva delegată MiFID II.

¹⁰ De exemplu, analizele pe bază de scenarii efectuate de firmă pot arăta că valoarea unui produs este deosebit de sensibilă la condițiile negative de piață, ceea ce duce la identificarea unei piețe-țintă mai restrânse în ceea ce privește toleranța la risc a clienților. Ca un alt exemplu, analiza structurii tarifare efectuată de firmă poate arăta că structura tarifară a produsului nu este compatibilă cu piața-țintă identificată, ceea ce determină firma să modifice structura tarifară a produsului și/sau să reevalueze piața-țintă. ESMA a oferit orientări cu privire la aplicarea cerinței de analiză a structurii tarifare la întrebările și răspunsurile 16.2-4 din seria de Întrebări și răspunsuri referitoare la subiectele privind protecția investitorilor și intermediarilor conform MiFID II și MiFIR (https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-43-349_mifid_ii_qas_on_investor_protection_topics.pdf).

¹¹ Vezi articolul 9 alineatul (9) din Directiva delegată MiFID.

¹² În conformitate cu articolul 16a din MiFID II, o firmă este, printre altele, exonerată de la cerințele de guvernare a produselor în cazul în care instrumentele financiare sunt comercializate sau distribuite exclusiv contrapărților eligibile.

¹³ Regulamentul (UE) nr. 1.286/2014 al Parlamentului European și al Consiliului din 26 noiembrie 2014 privind documentele cu informații esențiale referitoare la produsele de investiții individuale structurate și bazate pe asigurări (JO 352, 9.12.2014, p. 1—23).

produs este compatibil, inclusiv obiectivele financiare mai largi ale clienților vizați sau strategia globală pe care o urmează în plasarea investițiilor. Aceste obiective pot fi „ajustate” precizând anumite aspecte ale investiției și așteptările clienților vizați. Obiectivele și nevoile particulare ale clienților pe care un produs este gândit să le satisfacă pot varia de la cele specifice până la cele generale. De exemplu, un produs poate fi proiectat să îndeplinească nevoile unei pătri sociale de o anumită vârstă, să obțină eficiență fiscală în funcție de țara de rezidență fiscală a clienților sau să fie conceput cu caracteristici speciale astfel încât să atingă anumite obiective de investiții, cum ar fi „protecția monedei”, „plățile periodice” etc., în funcție de relevanță. În plus, trebuie să se facă trimitere la orizontul preconizat al investiției/perioada de deținere recomandată (de exemplu, numărul de ani în care urmează să fie deținută investiția), luând în considerare în mod corespunzător impactul potențial al unei ieșiri anticipate pentru clienți (de exemplu, în ceea ce privește costurile).

20. În cadrul categoriei largi a obiectivelor și nevoilor clienților, firma trebuie să precizeze și obiectivele legate de durabilitate cu care produsul este compatibil. Pentru a asigura un nivel suficient de granularitate a pieței-țintă, atunci când identifică obiectivele legate de durabilitate, firmele pot specifica, dacă este cazul, următoarele aspecte (în conformitate cu definiția „preferințelor în materie de durabilitate” în conformitate cu art. 2 pct. 7 din Regulamentul delegat MiFID II¹⁴ și astfel cum se detaliază în Ghidul ESMA cu privire la anumite aspecte ale cerințelor MiFID II privind adecvarea):

a) proporția minimă a produsului care este investită în investiții durabile din pct. de vedere al mediului, astfel cum sunt definite la art. 2 pct. 1 din Regulamentul (UE) 2020/852¹⁵;

b) proporția minimă a produsului care este investită în investiții durabile, astfel cum sunt definite la art. 2 pct. 17 din Regulamentul (UE) 2019/2.088^{16,17};

c) principalele efecte negative asupra factorilor de durabilitate sunt luate în considerare de către produs, inclusiv criteriile cantitative sau calitative care demonstrează această luare în considerare. Firmele ar putea utiliza categoriile prezentate în standardele tehnice de reglementare¹⁸ în ceea ce privește SFDR (în loc de o abordare bazată pe fiecare indicator al principalelor efecte negative), cum ar fi „emisiile”, „performanța energetică”, „apa și deșeurile” etc.;

d) dacă, după caz, produsul se axează fie pe criteriile de mediu, sociale sau de guvernare, fie pe o combinație a acestora¹⁹.

21. În funcție de caracteristicile produsului specific creat, descrierea unuia sau mai multor categorii de mai sus poate duce la identificarea unui grup larg de clienți vizați ce ar putea cuprinde și un grup mai limitat. De exemplu, dacă un produs

este considerat compatibil cu clienții vizați ce dețin cunoștințe generale și experiență relevante, în mod evident va fi compatibil cu un nivel sofisticat de cunoștințe și experiență.

22. Pentru a evita riscul de erori de interpretare și neînțelegeri, producătorii trebuie să definească cu claritate conceptele și terminologia folosită atunci când definesc piața-țintă în cele cinci categorii enumerate la pct. 19.

Identificarea pieței-țintă potențiale: diferențiere pe baza tipului de produs creat

23. Identificarea pieței-țintă potențiale trebuie să se facă pentru toate produsele, într-o manieră adecvată și proporțională, ținând cont de natura produsului. Acest lucru înseamnă că identificarea pieței-țintă trebuie să ia în considerare caracteristicile produsului, inclusiv complexitatea sa (inclusiv structura costurilor și tarifelor), profilul de risc/randament sau lichiditate, sau caracterul său inovator.

24. În acest context, producătorii trebuie să definească și să clasifice în mod adecvat nivelul de complexitate care trebuie atribuit produselor create, pentru a determina nivelul necesar de detaliu cu care trebuie identificată piața-țintă. Deși complexitatea este un termen relativ, care depinde de mai mulți factori, firmele trebuie să ia în considerare, de asemenea, criteriile și principiile identificate la art. 25 alin. (4) din MiFID II.

25. Pentru produse mai complexe, cum ar fi produsele structurate cu profiluri de randament complicate, piața-țintă trebuie identificată mai detaliat. Pentru produse mai simple, mai obișnuite, este foarte probabil ca piața-țintă să fie identificată mai puțin detaliat²⁰. În funcție de produs, descrierea uneia sau a mai multora dintre categoriile menționate mai sus poate fi mai generală. Cu cât un produs este mai simplu, cu atât mai puțin detaliat poate fi o categorie.

26. Pentru anumite produse deosebit de complexe și riscante, cum ar fi contractele pentru diferență (CFD) și alte produse cu caracteristici similare, producătorii trebuie să efectueze o evaluare foarte atentă a pieței-țintă, având ca rezultat reducerea semnificativă a pieței-țintă sau lipsa unei piețe-țintă compatibile. În cazul în care un producător consideră că un contract pentru diferență sau un produs cu caracteristici similare nu are o piață-țintă compatibilă, acesta nu ar trebui să pună produsul la dispoziție pentru distribuție. În cazul în care un producător consideră că există o piață-țintă cu ale cărei nevoi, caracteristici și obiective un contract pentru diferență sau un produs cu caracteristici similare este compatibil, o astfel de piață-țintă trebuie, în orice caz, să se limiteze la clienții care caută riscuri ridicate, care înțeleg riscurile implicate și care sunt capabili și pregătiți să piardă bani, în medie, cu investițiile lor și care caută investiții speculative pentru care există doar o șansă mică de a obține randamente pozitive.

¹⁴ Regulamentul delegat (UE) 2017/565 al Comisiei din 25 aprilie 2016 de completare a Directivei 2014/65/UE a Parlamentului European și a Consiliului în ceea ce privește cerințele organizatorice și condițiile de funcționare aplicabile firmelor de investiții și termenii definiți în sensul directivei menționate (JO L 87, 31.3.2017, p. 1).

¹⁵ Regulamentul (UE) 2020/852 al Parlamentului European și al Consiliului din 18 iunie 2020 privind instituirea unui cadru care să faciliteze investițiile durabile și de modificare a Regulamentului (UE) 2019/2.088 (JO L 198, 22.6.2020, p. 13).

¹⁶ Regulamentul (UE) 2019/2.088 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 noiembrie 2019 privind informațiile privind durabilitatea în sectorul serviciilor financiare (JO L 317, 9.12.2019, p. 1).

¹⁷ Proporția minimă a produsului menționată la cele două puncte marcatore de mai sus este cea publicată în documentația contractuală obligatorie a produsului, cum ar fi cea menționată la articolul 6 din Regulamentul (UE) 2019/2.088 sau orice alt document juridic relevant.

¹⁸ Regulamentul delegat (UE) 2022/1.288 al Comisiei din 6 aprilie 2022 de completare a Regulamentului (UE) 2019/2.088 al Parlamentului European și al Consiliului în ceea ce privește standardele tehnice de reglementare care precizează detaliile referitoare la conținutul și prezentarea informațiilor în legătură cu principiul de „a nu aduce prejudicii semnificative”, care precizează conținutul, metodologia și prezentarea informațiilor în legătură cu indicatorii de durabilitate și efectele negative asupra durabilității, precum și conținutul și prezentarea informațiilor în legătură cu promovarea caracteristicilor de mediu sau sociale și a obiectivelor de investiții durabile în documentele precontractuale, pe site-urile web și în rapoartele periodice (JO L 196, 25.7.2022, p. 1—72).

¹⁹ Astfel cum se menționează la punctul 27, al doilea punct marcat din Ghidul ESMA cu privire la anumite aspecte ale cerințelor MiFID II privind adecvarea (Ref. ESMA35-43-3172).

²⁰ Vezi considerentul 19 din Directiva delegată MiFID II.

27. Producătorii pot decide, de asemenea, să definească piața-țintă prin adoptarea unei abordări comune pentru anumite produse, dacă acestea au caracteristici suficient de comparabile („abordare pe bază de grupări”). Atunci când adoptă o abordare pe bază de grupări, producătorii trebuie să utilizeze un nivel suficient de granularitate pentru a se asigura că numai produsele cu caracteristici și trăsături de risc suficient de comparabile sunt grupate împreună (de exemplu, grupările trebuie să fie omogene în sine și eterogene față de alte grupări). Pentru a se asigura că sunt identificate grupări omogene, firmele trebuie să acorde o atenție deosebită gradului de complexitate al produselor, ceea ce înseamnă că cu cât produsele suport ale unei grupări devin mai complexe, cu atât gruparea ar trebui să fie mai granulară. În general, pentru anumite produse mai complexe, se preconizează că o abordare pe bază de grupări nu va fi adecvată și că firmele trebuie să definească piața-țintă la nivelul produsului individual.

28. Producătorii trebuie să ia în considerare mai mulți factori-cheie la gruparea produselor, cum ar fi: factorii de risc (precum riscul de piață, de credit și de lichiditate); structura tarifară (nivelul și tipul costurilor); elementele de opționalitate (în cazul instrumentelor derivate sau al produselor cu instrumente financiare derivate încorporate); efectul de levier financiar; eligibilitatea pentru recapitalizarea internă; clauzele de subordonare; observabilitatea instrumentului financiar suport (de exemplu, utilizarea unor indici nefamiliari sau opaci); garanții de rambursare a principalului sau clauze de protecție a capitalului; lichiditatea produsului (și anume tranzacționabilitatea în locurile de tranzacționare, marja de licitație, restricțiile de vânzare, comisioanele de răscumpărare) și moneda în care este denumit produsul.

29. Atunci când utilizează o abordare pe bază de grupări, producătorul trebuie să verifice și să documenteze întotdeauna, pentru fiecare produs specific, dacă acesta aparține unei anumite grupări și, prin urmare, dacă piața-țintă identificată pentru această grupare poate fi atribuită acestui produs. În acest scop trebuie specificate criteriile clare în cadrul fiecărei grupări. În orice caz, atunci când utilizează o abordare pe bază de grupări, producătorii trebuie să ia în considerare rezultatele analizei structurii tarifare și ale analizei pe bază de scenarii pentru fiecare produs.

30. În toate situațiile, inclusiv atunci când se utilizează o abordare pe bază de grupări, piața-țintă trebuie identificată la un nivel suficient de granular pentru a evita includerea oricărui grupuri de investitori cu ale căror nevoi, caracteristici și obiective produsul nu este compatibil.

31. Pentru produse la comandă sau personalizate, piața-țintă a produsului va fi de obicei clientul care a comandat produsul, cu excepția cazului în care se prevede și distribuția produsului către alți clienți.

Corelarea între strategia de distribuție a producătorului și definiția dată de acesta pieței-țintă

32. Conform art. 16 alin. (3) din MiFID II, producătorul se asigură că strategia de distribuție avută în vedere este în concordanță cu piața-țintă identificată și, conform art. 24 alin. (2) din MiFID II, producătorul trebuie să adopte măsuri rezonabile pentru a garanta că produsul este distribuit pe piața-țintă identificată. Producătorul trebuie să își definească strategia de distribuție astfel încât această strategie să favorizeze vânzarea fiecărui produs pe piața-țintă a acestui produs. Aceasta presupune ca, atunci când producătorul poate alege distribuitorii

produselor sale, producătorul să depună toate eforturile pentru a selecta distribuitorii al căror tip de clienți și servicii oferite este compatibil cu piața-țintă a produsului.

33. În definirea strategiei de distribuție, un producător trebuie să determine cantitatea de informații despre clienți necesară distribuitorului pentru a evalua corect piața-țintă pentru produsul său. Prin urmare, producătorul trebuie să propună tipul de servicii de investiții prin care clienții vizați ar trebui sau ar putea să achiziționeze instrumentul financiar. Dacă produsul este considerat corespunzător pentru o vânzare fără consultanță, firma ar putea preciza și canalul de achiziție preferat.

5.3. Orientări pentru distribuitori

Sincronizarea și relația evaluării pieței-țintă a distribuitorului cu alte procese de guvernare a produselor

34. Identificarea pieței-țintă a distribuitorului (adică identificarea pieței-țintă „efective” pentru produsul respectiv) trebuie realizată ca parte a procesului decizional general referitor la gama de servicii și produse pe care distribuitorul urmează să le distribuie. Prin urmare, identificarea pieței-țintă efective trebuie să aibă loc într-un stadiu incipient, pe o bază ex ante (adică înainte de a intra în activitatea zilnică și/sau înainte de a decide dacă produsul trebuie inclus în oferta firmei), în conformitate cu politicile comerciale și strategiile de distribuție ale firmei, definite de organul de conducere. În special, identificarea pieței-țintă a produselor destinate distribuției trebuie să garanteze că deciziile luate pentru a defini sortimentul de produse al distribuitorului se bazează pe luarea în considerare a caracteristicilor, obiectivelor și nevoilor bazei de clienți a distribuitorului.

35. În special, distribuitorii trebuie să își asume responsabilitatea de a asigura, încă de la început, consecvența generală a produselor și a serviciilor de investiții și/sau auxiliare care vor fi oferite, precum și de a alege produsele care vor fi oferite în cadrul diferitelor servicii, pentru a asigura compatibilitatea cu nevoile, caracteristicile și obiectivele clienților vizați. Aspectele legate de această consecvență generală a produselor, serviciilor și strategiilor de distribuție cu clienții vizați trebuie abordate și formalizate în politica firmei în ceea ce privește serviciile, activitățile, produsele și operațiunile oferite sau furnizate.²¹

36. Procesul decizional referitor la universul de servicii și produse în combinație cu procesul de identificare a pieței-țintă ar trebui să influențeze direct modul în care este condusă activitatea zilnică a firmei, deoarece alegerile organului de conducere sunt implementate în întreg lanțul decizional și în ierarhia firmei. Acele procese vor avea împreună un impact direct asupra compatibilității produselor și serviciilor oferite și vor influența toate celelalte procese relevante legate de serviciile furnizate, în special definiția obiectivelor bugetare și politicile de remunerare a personalului.

37. Firmele trebuie să se axeze în special pe serviciile de investiții prin care produsele vor fi oferite piețelor lor țintă. În acest context, ESMA preconizează că natura produselor este corect luată în considerare, acordând o atenție specială acelor produse caracterizate de complexitate/risc sau de alte trăsături relevante (cum ar fi, de exemplu, lipsa de lichiditate și inovație).²² De exemplu, dacă un distribuitor deține informații detaliate cu privire la anumiți clienți (de exemplu, printr-o relație existentă cu aceștia pentru furnizarea de consultanță în investiții), acesta ar putea decide că, ținând cont de profilul de

²¹ În conformitate cu art. 9 alin. (3) lit. (b) din MiFID II.

²² Acest lucru este în conformitate cu considerentul 18 din Directiva delegată MiFID II, care clarifică: „[În lumina cerințelor cuprinse în Directiva 2014/65/UE și în interesul protecției investitorilor, normele de guvernare a produsului trebuie să se aplice tuturor produselor vândute pe piețele primare și secundare, indiferent de tipul de produs sau de serviciu furnizat și indiferent de cerințele aplicabile la punctul de vânzare. Aceste norme pot fi aplicate însă în mod proporțional, în funcție de complexitatea produsului și de gradul în care pot fi obținute informații publice, ținându-se cont de natura instrumentului, a serviciului de investiții și a pieței-țintă. Proporționalitatea înseamnă că aceste norme ar putea fi relativ simple pentru anumite produse simple distribuite exclusiv în vederea executării, dacă respectivele produse corespund nevoilor și caracteristicilor pieței de masă cu amănuntul.”

risc/randament specific al unui produs, interesul acestui grup de clienți ar fi servit cel mai bine dacă serviciile de executare ar fi excluse pentru aceștia. În mod similar, distribuitorul ar putea decide că anumite produse noncomplexe ce ar putea fi oferite în regimul de executare exclusivă vor fi oferite numai în conformitate cu cerințele în materie de caracter corespunzător sau adecvat, astfel încât să acorde un grad mai mare de protecție clienților.

38. În mod specific, distribuitorii trebuie să decidă care produse vor fi recomandate (și prin prestarea serviciului de administrare de portofolii) sau oferite sau comercializate activ anumitor grupe de clienți (caracterizate prin trăsături comune din punctul de vedere al cunoștințelor, experienței, situației financiare etc.). De asemenea, distribuitorii trebuie să decidă care produse vor fi puse la dispoziția clienților (existenți sau viitori) la propria inițiativă prin servicii de executare fără comercializare activă, având în vedere că în astfel de situații nivelul de informații disponibile despre client poate fi foarte limitat.

39. În aceleași etape generale de luare a deciziilor, distribuitorii trebuie să ia în considerare ce strategii de distribuție ar trebui utilizate pentru diferitele grupuri de clienți, inclusiv modul în care vor fi comercializate produsele. În special, în cazul în care firmele intenționează să utilizeze practici de încurajare și de implicare digitală, cum ar fi tehnicile de gamificare²³, pentru distribuirea anumitor produse, distribuitorii trebuie să evalueze cu atenție dacă utilizarea acestor tehnici ar fi în interesul superior al grupului de clienți pentru care vor fi utilizate astfel de strategii. Prin urmare, distribuitorii trebuie să determine grupurile de clienți cărora le vor fi puse la dispoziție astfel de servicii, pe baza caracteristicilor clienților sau ale potențialilor clienți. Cu toate acestea, anumite tehnici de gamificare [cum ar fi cele utilizate în aplicațiile de tranzacționare concepute pentru a îndemna clientul (potențial) la un comportament dăunător, de exemplu, maximizarea numărului de tranzacții] nu vor fi niciodată în interesul clientului. În plus, practicile de îndemnare și de implicare digitală pot contribui la distribuția de produse în afara pieței-țintă. Atunci când stabilesc piața-țintă pentru serviciile lor, distribuitorii trebuie, de asemenea, să acorde o atenție deosebită situațiilor în care un pachet de servicii va fi furnizat clienților, cum ar fi atât serviciile de executare, cât și serviciile auxiliare de acordare de împrumuturi care îi permit clientului să efectueze tranzacția.

40. În orice caz, dacă pe baza tuturor informațiilor și a datelor care s-ar putea afla la dispoziția distribuitorilor și care ar putea fi colectate prin intermediul serviciilor de investiții sau auxiliare sau din alte surse, inclusiv informațiile obținute de la producători, distribuitorul este de părere că un anumit produs nu va fi niciodată compatibil cu nevoile și caracteristicile clienților săi existenți sau viitori, acesta nu trebuie să includă produsul în sortimentul său de produse (adică produsele ce vor fi oferite, cui vor fi oferite și prin prestarea căror servicii de investiții).

Relația dintre cerințele de guvernanta a produselor și evaluarea caracterului adecvat sau corespunzător

41. Obligația distribuitorului de a identifica piața-țintă efectivă și de a se asigura că un produs este distribuit în conformitate cu piața-țintă efectivă nu este substituită de o evaluare a caracterului adecvat sau corespunzător și trebuie îndeplinită suplimentar față de o astfel de evaluare și înainte de aceasta. În mod special, identificarea, pentru un produs dat, a pieței sale țintă și a strategiei de distribuție aferente ar trebui să asigure faptul că produsul ajunge la acel tip de clienți pentru ale căror

nevoi, caracteristici și obiective a fost conceput, în loc să ajungă la un alt grup de clienți cu care produsul ar putea să nu fie compatibil.

Identificarea de către distribuitor a pieței-țintă: categoriile de luat în considerare

42. Distribuitorii trebuie să utilizeze aceeași listă de categorii utilizată de producători (vezi pct. 19 și 20) ca bază pentru definirea pieței-țintă pentru produsele lor, evitând, de asemenea, fuzionarea a două sau mai multe categorii (vezi pct. 16). Totuși, distribuitorii trebuie să definească piața-țintă la un nivel mai concret și trebuie să ia în considerare tipul de clienți cărora le prestează servicii de investiții, natura produselor și tipul serviciilor de investiții pe care le prestează, precum și nivelul de detaliu al informațiilor colectate de la clienți. În acest context, distribuitorii trebuie să se asigure că conceptele utilizate pentru definirea piețelor-țintă efective pentru produse sunt aliniate cu conceptele utilizate în contextul acordurilor de evaluare a caracterului adecvat și corespunzător. De exemplu, în ceea ce privește categoria cunoștințelor și experienței prevăzută pentru definirea pieței-țintă a producătorului, care se poate referi, în linii mari, la investitori „de bază”, „medii” sau „avansați”, distribuitorul trebuie să adopte o clasificare mai granulară, în concordanță cu acordurile sale de evaluare a caracterului adecvat sau corespunzător, dacă este cazul, având în vedere caracteristicile produselor; un alt exemplu ar fi un distribuitor care, în legătură cu categoria toleranței la risc a clienților, specifică disponibilitatea clienților de a-și asuma riscul unei scăderi a valorii produsului cu un anumit procent. Este important de menționat că, atunci când definesc piața-țintă efectivă pentru produse, distribuitorii trebuie să utilizeze termeni și definiții consecvente și să asigure consecvența între piețele-țintă efective definite pentru produse cu caracteristici omogene.

43. Deoarece producătorul trebuie să specifice piața-țintă potențială pe baza cunoștințelor sale teoretice și a experienței sale cu un produs similar, acesta va determina piața-țintă a produsului fără cunoștințe specifice ale clienților individuali. Prin urmare, evaluarea producătorului va fi realizată cu o perspectivă mai generală asupra gradului de compatibilitate a caracteristicilor/naturii unui produs pentru anumite tipuri de investitori, pe baza cunoștințelor acestora privind piețele financiare și a experienței lor trecute cu produse similare. Astfel, se introduce o serie de limite la nivel mai abstract.

44. Distribuitorul, pe de altă parte, trebuie să specifice piața-țintă efectivă, ținând cont de limitele pieței-țintă potențiale stabilite de producător. Distribuitorii trebuie să își întemeieze piața-țintă pe informații și cunoștințe despre propria lor bază de clienți și pe informațiile primite de la producător (dacă există) sau pe informații ce au fost obținute de distribuitorul însuși prin cercetare documentară (în special în cazurile în care distribuitorul este o firmă nouă ce nu are încă suficiente informații efective despre proprii clienți). Distribuitorii trebuie să folosească evaluarea mai generală a pieței-țintă a producătorului împreună cu informațiile existente despre clienții lor sau viitorii clienți pentru a identifica propria lor piața-țintă pentru un produs, mai exact grupul de clienți cărora le vor oferi efectiv produsul prin prestarea serviciilor lor.

45. În acest scop, distribuitorii trebuie să facă o analiză detaliată a caracteristicilor bazei lor de clienți, adică a clienților existenți și a clienților viitori (de exemplu, un distribuitor poate avea clienți cu depozite bancare cărora intenționează să le ofere servicii de investiții). Distribuitorii trebuie să folosească informații și date considerate utile în mod rezonabil și disponibile în acest

²³ Tehnicile de gamificare adaugă jocuri sau elemente competitive asemănătoare jocurilor în contexte care nu sunt jocuri, cum ar fi serviciile financiare. Exemple de elemente asemănătoare jocurilor sunt câștigarea de puncte sau insigne, ținerea scorului sau clasamentele, prezentarea de grafice de performanță, utilizarea unor povești semnificative sau avatari pentru a atrage utilizatorii sau introducerea de coechipieri pentru a induce conflicte, cooperare sau competiție. Gamificarea este un tip de practică de implicare digitală care poate fi utilizată; la rândul lor, practicile de implicare digitală se referă la modul în care utilizatorii interacționează în mod activ cu o aplicație software sau cu o platformă.

scop ce s-ar putea afla la dispoziția distribuitorilor și colectate prin servicii de investiții sau auxiliare. În plus, aceștia ar putea folosi informații și date considerate utile în mod rezonabil și disponibile ce s-ar putea afla la dispoziția distribuitorilor și colectate prin alte surse decât prin prestarea de servicii de investiții sau auxiliare.

46. La rafinarea pieței-țintă a producătorului, distribuitorul nu ar trebui să se abată de la deciziile fundamentale adoptate la acest nivel. Totuși, distribuitorii nu se pot baza pur și simplu pe piața-țintă a producătorului fără să ia în considerare cât de potrivită ar fi piața-țintă stabilită de producător pentru baza lor de clienți. În acest scop, distribuitorii trebuie să implementeze și să mențină un proces dedicat, ce trebuie realizat în toate situațiile. Acest proces se supune proporționalității, adică analiza minuțioasă și — dacă este necesar — rafinarea pieței-țintă a producătorilor de către distribuitor trebuie să fie mai intense pentru produsele mai complexe și ar putea fi mai puțin intense în cazul produselor mai simple, mai obișnuite. Pentru a asigura un control adecvat al acestor produse mai complexe, distribuitorii trebuie să stabilească, de asemenea, dacă, pe lângă descrierea pieței-țintă a producătorilor, trebuie să acceseze evaluări subiacente, cum ar fi rezultatele analizei pe bază de scenarii a producătorului și ale analizei structurii tarifare. Dacă, în urma procesului, distribuitorul ajunge la concluzia că piața-țintă a producătorului nu necesită rafinare, distribuitorul poate folosi piața-țintă a producătorului ca atare.

47. Distribuitorii pot decide, de asemenea, să definească piața-țintă prin adoptarea unei abordări pe bază de grupări pentru anumite produse, în conformitate cu principiile de asigurare a unui nivel suficient de granularitate, astfel cum se indică la pct. 27—30. De exemplu, pentru a se asigura că numai OPCVM-urile cu caracteristici suficient de comparabile sunt grupate în scopul identificării pieței-țintă, factorii de diferențiere ar fi tipurile de clase de active în care investește OPCVM-ul, strategia sa de investiții, riscurile, structura tarifară (de exemplu, nivelul și tipurile de costuri), efectul de levier utilizat și așa mai departe. Acești factori ar trebui utilizați în mod cumulativ.

48. De obicei, evaluarea pieței-țintă a distribuitorului va avea loc după ce producătorul le-a comunicat acestora piața sa țintă. Totuși, este posibil ca producătorul și distribuitorul să poată defini atât piața-țintă a producătorului, cât și piața-țintă a distribuitorului, inclusiv procesul de revizuire și rafinare, în același timp. Acest lucru ar putea avea loc, de exemplu, în cazul în care producătorul și distribuitorul dezvoltă împreună un standard comun al pieței-țintă pentru produsele pe care le schimbă între ei în mod uzual. Atât producătorul, cât și distribuitorul rămân responsabili pentru obligațiile lor de a identifica o piața-țintă astfel cum este descrisă în MiFID II și în Directiva delegată MiFID II și precizată mai detaliat în prezentul ghid pentru identificarea unei piețe-țintă. Un producător mai trebuie să ia măsuri rezonabile pentru a se asigura că produsele sunt distribuite pe piața-țintă identificată, iar un distribuitor trebuie să se asigure că produsele sunt oferite sau recomandate numai atunci când acest lucru este în interesul clienților.

49. Atunci când distribuitorii își definesc sortimentul de produse, aceștia trebuie să acorde o atenție deosebită situațiilor în care ar putea să nu fie capabili să facă o evaluare detaliată a pieței-țintă pe baza tipului de servicii pe care le prestează (în special servicii de executare în baza testului de evaluare a caracterului corespunzător sau a regimului de executare exclusivă). Acest lucru este deosebit de important pentru produse caracterizate prin trăsături de complexitate/risc (sau alte trăsături relevante cum ar fi lipsa lichidității sau inovația), precum și pentru situații în care ar putea exista conflicte de interese majore (cum ar fi în legătură cu produsele eliberate de firma însăși sau de alte entități din cadrul grupului). În aceste

situații este extrem de important ca distribuitorii să ia suficient în considerare toate informațiile relevante furnizate de producătorul produsului, atât în ceea ce privește piața-țintă, cât și strategia de distribuție.

Identificarea pieței-țintă: diferențiere pe baza tipului produsului distribuit

50. Identificarea evaluării pieței-țintă de către distribuitor ar trebui să se facă și într-un mod adecvat și proporțional, ținând cont de natura produsului, conform descrierii de la pct. 23—31.

51. În cazul în care producătorul a identificat o piață-țintă pentru produse mai simple, mai obișnuite, identificarea pieței-țintă a distribuitorului nu trebuie neapărat să ducă la o rafinare a pieței-țintă a producătorului.

Identificarea și evaluarea pieței-țintă de către distribuitor: interacțiunea cu serviciile de investiții

52. Așa cum am menționat mai sus, distribuitorii au sarcina de a identifica și de a evalua circumstanțele și nevoile grupului de clienți cărora le vor oferi efectiv sau recomanda un produs, astfel încât să asigure compatibilitatea dintre produsul respectiv și clienții vizați respectiv. Obligația ar trebui să se aplice proporțional, depinzând nu numai de natura produsului (vezi pct. 50), ci și de tipul serviciilor de investiții pe care le prestează firma.

53. În această privință, ar trebui menționat că, pe de o parte, evaluarea ex ante a pieței-țintă efective este influențată de serviciile prestate din moment ce poate fi realizată mai mult sau mai puțin amănunțit, în funcție de nivelul de informații disponibile despre client, care, la rândul său, depinde de tipul de servicii prestate și de normele de conduită anexate la furnizarea lor (în mod special, consultanța în investiții și administrarea de portofolii permit dobândirea unui set mai larg de informații privind clienții, comparativ cu celelalte servicii). Pe de altă parte, evaluarea pieței-țintă influențează decizia privind tipul de servicii ce urmează a fi prestate în legătură cu natura produsului și cu circumstanțele și nevoile clienților vizați identificați, având în vedere că nivelul de protecție a investitorilor variază pentru diferite servicii de investiții, în funcție de regulile care se aplică la punctul de vânzare. În mod special, serviciile de consultanță în investiții și de administrare de portofolii permit un grad mai mare de protecție a investitorilor comparativ cu alte servicii prestate în temeiul regimului de caracter corespunzător sau de executare exclusivă.

54. Prin urmare, se preconizează că atunci când distribuitorii își definesc sortimentul de produse, aceștia acordă o atenție deosebită situațiilor în care ar putea să nu fie capabili să facă o evaluare detaliată a pieței-țintă pe baza tipului de servicii pe care le prestează. În mod special, atunci când distribuitorii prestează numai servicii de executare cu evaluarea caracterului corespunzător (de exemplu, printr-o platformă de brokeraj), aceștia trebuie să ia în considerare faptul că de obicei vor putea face o evaluare a pieței-țintă efective, care este limitată numai la categoria cunoștințelor și experienței clienților [vezi pct. 19 lit. (b)]; în cazul în care prestează numai servicii de executare în temeiul regimului de executare exclusivă, nici măcar evaluarea cunoștințelor și experienței clienților nu va fi de obicei posibilă²⁴. În acest sens, firmele trebuie să acorde o atenție deosebită strategiei de distribuție sugerate de producător (vezi pct. 33 și 59—61).

55. Acest lucru este deosebit de relevant pentru produsele caracterizate prin trăsături de complexitate/risc (sau alte trăsături relevante, cum ar fi, de exemplu, inovația), precum și pentru situații în care ar putea exista conflicte de interese majore (cum ar fi în legătură cu produse emise de entități din cadrul grupului firmei sau când distribuitorii primesc stimulente de la

²⁴ Așa cum s-a explicat mai sus (vezi pct. 45), pentru definirea pieței-țintă, pe lângă informațiile colectate prin servicii de investiții sau auxiliare, distribuitorii ar putea folosi orice alte informații și date considerate utile în mod rezonabil, care s-ar putea afla la dispoziția lor și ar putea fi colectate prin alte surse. Așadar, chiar și firmele care nu prestează decât servicii de investiții în regim de evaluare a caracterului corespunzător sau de executare exclusivă s-ar putea afla în poziția de a face o evaluare mai detaliată a pieței-țintă.

terțe părți), ținând cont și de nivelul limitat de protecție acordat clienților la punctul de vânzare prin testul de evaluare a caracterului corespunzător (sau fără nicio protecție, în caz de executare exclusivă). În aceste situații, este extrem de important ca distribuitorii să ia în considerare în mod corespunzător toate informațiile relevante furnizate de producătorul produsului, atât în ceea ce privește piața-țintă potențială, cât și strategia de distribuție. De exemplu, în cazul în care piața-țintă a producătorului descrie un produs cu caracteristici speciale ce necesită nu numai cunoștințe detaliate și experiență din partea clientului, dar și o situație financiară specifică, precum și obiective/nevoi unice, distribuitorul poate decide să adopte o abordare prudentă, neincluzându-l în sortimentul său de produse (chiar dacă firma s-ar afla în situația de a evalua ex ante compatibilitatea produsului respectiv cu baza sa de clienți în ceea ce privește cunoștințele și experiența).

56. Mai mult decât atât, ținând cont de faptul că protecția clientului scade atunci când informațiile disponibile nu sunt suficiente pentru a asigura o evaluare completă a pieței-țintă, distribuitorii pot decide și să le permită clienților să funcționeze fără consultanță după ce i-au avertizat că firma nu se află în situația de a le evalua compatibilitatea deplină cu produsele respective. În orice caz, astfel cum se menționează la pct. 60, această decizie ar trebui să se bazeze întotdeauna pe luarea în considerare a caracteristicilor produsului (de exemplu, în ceea ce privește costurile/complexitatea), precum și pe alte situații relevante (cum ar fi apariția unor conflicte de interese în cazul autoplasamentului sau al stimulentei). Prin urmare, produsele nu trebuie distribuite în cadrul unor vânzări fără consultanță în cazul în care distribuitorul nu se poate aștepta în mod rezonabil (adică ex ante) că strategia de distribuție a produsului (inclusiv strategia sa de marketing și de informare) va permite, în general, produsului să ajungă pe piața-țintă identificată. De asemenea, transmiterea unui avertisment cu privire la faptul că firma nu este în măsură să evalueze compatibilitatea deplină a unui client cu un produs nu exonerează firma de obligația de a revizui produsele, luând în considerare și vânzările în afara pieței-țintă (vezi, de asemenea, pct. 72).

57. Dimpotrivă, dacă distribuitorii intenționează să abordeze în vreun fel clienții sau viitorii clienți pentru a recomanda sau a comercializa în mod activ un produs sau iau în considerare acel produs pentru asigurarea administrării de portofolii, atunci trebuie întotdeauna efectuată o evaluare detaliată a pieței-țintă.

Strategia de distribuție a distribuitorului

58. Distribuitorul trebuie să ia în considerare strategia de distribuție identificată de producător și să o analizeze cu o atitudine critică. Totuși, în cele din urmă, inclusiv atunci când un producător nu este o entitate care nu se supune MiFID II și, de aceea, nu este obligată să identifice o strategie de distribuție, distribuitorul trebuie să își definească propria sa strategie de distribuție în lumina informațiilor legate de baza sa de clienți și de tipul de servicii prestate.

59. Având în vedere natura produsului și a serviciului de investiții, distribuitorii trebuie să perfecționeze strategia de distribuție identificată de producător, ținând cont de caracteristicile bazei de clienți a distribuitorului. În special, pentru a efectua o astfel de perfecționare, în cazul în care distribuitorul consideră că un produs mai complex cu o piață-țintă relativ restrânsă poate fi distribuit și în cadrul unor servicii fără consultanță, acesta trebuie să identifice măsuri suplimentare pentru a se asigura că strategia de distribuție este compatibilă

cu piața-țintă a produsului. În astfel de cazuri, distribuitorii trebuie să ia în considerare aspecte precum:

— ce strategie de marketing ar trebui urmată pentru produs [de exemplu, comercializarea activă, utilizarea tehnicilor de încurajare și/sau de gamificare, „finfluencers”²⁵ etc.]. De exemplu, un distribuitor ar putea decide să pună la dispoziție un produs mai complex doar la cererea clientului și să nu îl comercializeze în mod activ sau să nu utilizeze tehnici de gamificare sau „finfluencers” în distribuția unui astfel de produs către clienții săi; și

— dacă și în ce mod ar trebui afișat produsul în mediul ales de client. De exemplu, un distribuitor ar putea decide să nu afișeze un produs mai complex într-un loc proeminent pe site sau în partea de sus a rezultatelor căutării unui client ori ar putea decide să afișeze un astfel de produs numai dacă clientul solicită acest lucru în mod special.

60. În special, când ia în considerare în mod corespunzător strategia de distribuție sugerată a producătorului, distribuitorul ar putea decide să adopte o abordare mai prudentă, prestând servicii de investiții ce permit un nivel mai înalt de protecție investitorilor, cum ar fi consultanța în investiții. De exemplu, dacă producătorul consideră că trăsăturile unui anumit produs sunt compatibile cu o strategie de distribuție prin servicii fără consultanță, distribuitorul mai poate decide că trăsăturile clienților săi existenți sau viitori (de exemplu, cunoștințe foarte limitate și zero experiență în investiții cu acel tip de produs, situație financiară instabilă și obiective pe termen foarte scurt) sunt de așa natură încât consultanța în investiții ar fi alegerea cea mai potrivită pentru a garanta cel bine interesele lor.

61. Dimpotrivă, distribuitorul ar putea decide, în anumite circumstanțe, să adopte o abordare mai puțin prudentă în legătură cu strategia de distribuție definită de producător. De exemplu, dacă producătorul consideră că un anumit produs, datorită caracteristicilor sale specifice, ar trebui oferit prin consultanță în investiții, distribuitorul ar putea încă să facă produsul disponibil prin servicii de executare destinate unui anumit segment de clienți. În aceste situații, ESMA se așteaptă ca distribuitorul să facă acest lucru numai după o analiză detaliată a caracteristicilor produselor și a clienților vizați. Mai mult decât atât, această decizie trebuie raportată producătorului ca parte a obligației distribuitorului de a pune la dispoziția producătorului informații despre vânzări, astfel încât producătorul să poată lua în considerare procesul de guvernare a produselor sale și la selectarea distribuitorilor potriviți (conform descrierii de la pct. 32 și 33).

Administrarea de portofolii, abordarea la nivel de portofolii, acoperirea riscurilor și diversificare

62. Când oferă consultanță de investiții, adoptând o abordare la nivel de portofolii, și servicii de administrare de portofolii clientului, distribuitorul poate folosi produse în vederea diversificării și acoperirii riscurilor. În acest context, produsele pot fi vândute în afara pieței-țintă a produsului, dacă portofoliul ca întreg sau combinația dintre un instrument financiar și acoperirea sa este potrivită pentru client. Vânzările în afara pieței-țintă pozitive a produsului pot avea loc, de asemenea, în legătură cu obiectivele legate de durabilitate ale produsului, cu condiția ca abordarea să fie în concordanță cu abordarea descrisă în Ghidul ESMA privind adecvarea²⁶.

63. Identificarea unei piețe-țintă de către distribuitor nu aduce atingere evaluării adecvării. Acest lucru înseamnă că, în anumite cazuri, pot apărea abateri permise între identificarea pieței-țintă

²⁵ Un influențator este, de obicei, o persoană care este activă pe platformele de comunicare socială și care are:

— puterea de a influența deciziile de cumpărare ale altor persoane datorită autorității, cunoștințelor, poziției sau relației sale cu publicul; și

— un public într-o nișă distinctă, cu care interacționează în mod activ. Numărul de urmăritori depinde de dimensiunea temei sale de nișă.

În cazul unui „finfluencer”, influențatorul generează conținut pe teme financiare, cum ar fi investițiile.

²⁶ Pct. 88 din Ghidul ESMA privind adecvarea (ESMA35-43-3172).

și eligibilitatea individuală a clientului dacă recomandarea sau vânzarea produsului îndeplinește cerințele de adecvare stabilite cu privire la portofoliu, precum și toate celelalte cerințe legale aplicabile (inclusiv pe cele referitoare la divulgarea, identificarea și gestionarea conflictelor de interese, remunerație și stimulente).

64. Furnizarea de consultanță de investiții, adoptând o abordare la nivel de portofoliu, sau furnizarea de servicii de administrare a portofoliului nu scutește firma de la definirea unei piețe-țintă pentru fiecare produs care urmează să fie distribuit și de la monitorizarea abaterilor de la piața-țintă pentru a se asigura că produsele sunt distribuite în afara pieței-țintă numai atunci când acest lucru poate fi justificat în scopuri de diversificare sau de acoperire a riscurilor. În acest scop, abaterile de la categoriile „tipul de client” și „cunoștințele și experiența clienților” prevăzute pentru definirea pieței-țintă a produsului nu pot fi justificate în scopuri de diversificare sau de acoperire a riscurilor. Cu toate acestea, în cazul administrării portofoliului, având în vedere natura specifică a serviciului, nivelul „cunoștințelor și experienței clienților” privind piața-țintă poate lua în considerare abordarea prevăzută în Ghidul ESMA privind adecvarea²⁷.

65. Distribuitorul nu are obligația de a raporta vânzările în afara pieței-țintă pozitive către producător dacă aceste vânzări sunt făcute în scop de diversificare și de acoperire a riscurilor și dacă aceste vânzări sunt în continuare potrivite, având în vedere portofoliul total al clientului sau riscul acoperit.

66. Vânzările de produse pe piața-țintă negativă ar trebui întotdeauna raportate producătorului și divulgate clientului, chiar dacă aceste vânzări sunt efectuate în scop de diversificare sau acoperire a riscurilor. Mai mult decât atât, chiar dacă sunt făcute în scop de diversificare, vânzările pe piața-țintă negativă ar trebui să aibă loc rareori (vezi și pct. 80—88).

Revizuirea regulată de către producător și distribuitor pentru a evalua dacă produsele și serviciile ajung pe piața-țintă

67. Art. 16 alin. (3) din MiFID II și art. 9 și 10 din Directiva delegată MiFID II prevăd că producătorii și distribuitorii trebuie să revizuiască cu regularitate produsele pentru a evalua dacă produsul continuă să corespundă nevoilor, caracteristicilor și obiectivelor, inclusiv oricăror obiective legate de durabilitate, ale pieței-țintă identificate și dacă strategia de distribuție avută în vedere continuă să fie adecvată.

68. Firmele trebuie să utilizeze atât criterii cantitative, cât și calitative pentru a revizui produsele, referitoare la caracteristicile produsului [de exemplu, modificări ale factorilor de risc ai produsului, strategia de investiții, structura costurilor (de exemplu, nivelul și tipurile de costuri)], condițiile de piață (de exemplu, condiții de piață nefavorabile, evoluții în materie de reglementare) și distribuția (de exemplu, plângeri din partea clienților, vânzări în afara pieței-țintă, rezultate din sondaje efectuate în rândul clienților, comportamentul de tranzacționare online al clienților). Firmele trebuie să determine frecvența și profunzimea revizuirilor produselor, ținând seama, în același timp, de natura produsului și, după caz, a serviciului. De exemplu, pentru anumite produse mai simple distribuite în cadrul derogării de la executarea exclusivă, revizuirile produselor pot fi mai puțin frecvente și necesită mai puțină profunzime, iar revizuirile ad-hoc pot, în astfel de cazuri, să fie determinate în mare măsură de plângerile clienților și/sau de evenimente de pe piață care afectează în mod semnificativ profilul de risc-randament al produsului. Un producător care a oferit consultanță unei întreprinderi emitente cu privire la lansarea unui nou produs

poate, de asemenea, să aplice obligația de revizuire pentru acel produs în mod proporțional, indiferent dacă este vorba de un produs mai simplu sau mai complex.

69. Producătorii nu ar trebui să piardă din vedere, în mod proporțional, informațiile de care au nevoie pentru a-și efectua revizuirea și modul în care să culegă aceste informații. În conformitate cu considerentul 20 din Directiva delegată MiFID II, informațiile relevante ar putea include, de exemplu, informații despre canalele de distribuție utilizate, proporția vânzărilor făcute în afara pieței-țintă, informații rezumative privind tipurile de clienți, un rezumat al tuturor plângerilor primite și al sugestiilor făcute de producător unui eșantion de clienți pentru a vedea reacția. Aceste informații pot fi sub formă agregată și nu trebuie furnizate pentru fiecare instrument sau vânzare în parte.

70. Pentru a sprijini revizuirile făcute de către producători, distribuitorii trebuie să le furnizeze acestora informații legate de vânzări și, unde este cazul, orice alte informații relevante ce pot fi rezultatul revizuirii periodice proprii a distribuitorului. Ori de câte ori distribuitorii dispun de informații relevante pentru a sprijini revizuirile efectuate de producători, aceștia trebuie să le furnizeze în mod proactiv producătorului și nu să furnizeze astfel de informații numai la cererea producătorului. Mai mult decât atât, distribuitorii trebuie să ia în considerare datele și informațiile ce ar putea sugera că au identificat greșit piața-țintă pentru un anumit produs sau serviciu sau că produsul sau serviciul respectiv nu mai întrunește circumstanțele pieței-țintă identificate, cum ar fi în cazul în care produsul devine lipsit de lichiditate sau foarte volatil din cauza modificărilor de pe piață. Orice astfel de informații se supun principiului proporționalității și pot fi, în general, sub formă agregată și, în general, nu trebuie furnizate pentru fiecare instrument sau vânzare în parte. Totuși, informațiile specifice fiecărui instrument ar trebui furnizate în cazuri cu relevanță deosebită pentru anumite instrumente individuale (de exemplu, dacă distribuitorul ajunge la concluzia că o piață-țintă pentru un anumit produs a fost greșit determinată).

71. În legătură cu raportarea informațiilor legate de vânzări în afara pieței-țintă a producătorului, distribuitorii trebuie să fie în măsură să raporteze deciziile pe care le-au luat pentru a vinde în afara pieței-țintă sau pentru a extinde strategia de distribuție recomandată de producător și informațiile legate de vânzările efectuate în afara pieței-țintă (inclusiv vânzările de pe piața-țintă negativă), ținând cont de excepțiile stipulate la pct. 65.

72. În scopul propriei revizuirii, distribuitorii trebuie să stabilească informațiile de care au nevoie pentru a putea trage concluzii fiabile cu privire la faptul că produsele au fost distribuite pe piața-țintă identificată. Pentru a putea trage astfel de concluzii fiabile, firmele ar putea fi nevoite să colecteze informații suplimentare despre clienții lor. În plus, firmele trebuie să își reconsidere strategia de distribuție pentru produse mai complexe distribuite prin vânzări fără consultanță, dacă, de exemplu, revizuirea arată că aceste produse sunt distribuite prea des în afara pieței-țintă pozitive (sau chiar pe piața-țintă negativă).

73. Distribuitorii sunt obligați să revizuiască produsele atât timp cât acestea sunt oferite, vândute sau recomandate. De exemplu, în cazul în care un distribuitor nu mai oferă²⁸, vinde sau recomandă²⁹ un produs, distribuitorul nu mai este obligat să revizuiască piața-țintă a produsului respectiv, în pofida faptului că un client poate avea în continuare investiții în produsul respectiv. În cazul în care un distribuitor recomandă clienților săi să dețină un produs pe care nu îl mai oferă sau nu îl mai vinde, acesta trebuie totuși să efectueze o revizuire a pieței-țintă a produsului respectiv înainte de a face această recomandare.

²⁷ În special, al doilea punct marcat de la punctul 38 din Ghidul ESMA privind adecvarea explică faptul că „(...) atunci când se furnizează servicii de administrare a portofoliului, deoarece deciziile de investiții sunt luate de firmă în contul clientului, nivelul necesar de cunoștințe și experiență a clientului cu privire la toate instrumentele financiare care ar putea alcătui portofoliul poate fi mai puțin detaliat decât nivelul pe care ar trebui să îl dețină acesta atunci când se furnizează un serviciu de consultanță de investiții. Cu toate acestea, chiar și în astfel de situații, clientul trebuie să înțeleagă cel puțin riscurile globale ale portofoliului și să aibă o înțelegere generală a riscurilor asociate fiecărui tip de instrument financiar care poate fi inclus în portofoliu. Firmele trebuie să ajungă să înțeleagă și să cunoască foarte bine profilul de investiții al clientului”.

²⁸ În acest context, termenul „oferit” are o aplicare largă și trebuie interpretat în sens larg.

²⁹ O firmă recomandă unui client un produs dacă îi recomandă acestuia fie să cumpere, fie să dețină, fie să vândă un produs.

Distribuția produselor create de entități care nu se supun cerințelor de guvernare a produselor MiFID II

74. Este de așteptat ca firmele care distribuie produse ce nu au fost create de entități care se supun cerințelor de guvernare a produselor MiFID II să îndeplinească obligația de diligență pentru a asigura un nivel adecvat al serviciilor și securității pentru clienții lor, comparativ cu o situație în care produsul a fost conceput în conformitate cu cerințele de guvernare a produselor MiFID II.

75. În cazul în care un produs nu a fost conceput în conformitate cu cerințele de guvernare a produselor MiFID II (de exemplu, în cazul produselor emise de entități care nu se supun cerințelor de guvernare a produselor MiFID II), acest lucru poate afecta procesul de culegere a informațiilor sau identificarea pieței-țintă:

— Definierea pieței-țintă: Distribuitorul determină piața-țintă și atunci când piața-țintă nu este definită de producător³⁰ (vezi pct. 42). Așadar, chiar și în cazul în care firma nu primește o descriere a pieței-țintă de la producător sau informații legate de procesul de aprobare a produsului, trebuie să își definească „propria” piața-țintă. Acest lucru trebuie făcut într-un mod adecvat și proporțional (vezi pct. 23).

— Procesul de culegere a informațiilor: distribuitorii iau toate măsurile rezonabile pentru a se asigura că nivelul de informații despre produs obținute de la producător sunt la un standard fiabil și adecvat, pentru a se asigura că produsele vor fi distribuite în conformitate cu caracteristicile, obiectivele și nevoile pieței-țintă³¹. În cazul în care nu toate informațiile relevante sunt accesibile publicului (de exemplu, prin documentul cu informații esențiale pentru PRIIP sau un prospect), măsurile rezonabile ar trebui să cuprindă încheierea unui contract cu producătorul sau reprezentantul său pentru a obține toate informațiile relevante care îi permit distribuitorului să facă evaluarea propriei sale piețe-țintă. Informațiile accesibile publicului pot fi acceptate numai dacă sunt clare, fiabile și puse la dispoziție pentru a respecta cerințele de reglementare³². De exemplu, informațiile divulgate în conformitate cu cerințele din Directiva privind prospectul, Directiva privind transparența, Directiva OPCVM, Directiva AFIA sau cerințele echivalente din țări terțe sunt acceptabile.

76. Obligația menționată la pct. 75 este relevantă pentru produsele vândute pe piețele primare și secundare și se va aplica în mod proporțional, în funcție de gradul în care sunt disponibile informațiile puse la dispoziția publicului și de complexitatea produsului³³. Astfel, informațiile despre produse mai simple, mai obișnuite, cum ar fi acțiunile ordinare, nu vor avea nevoie în mod obișnuit de un contract cu producătorul, însă pot fi extrase din multiplele surse de informații publicate în scop de reglementare pentru aceste produse.

77. În cazul în care distribuitorul nu se află în situația de a obține sub nicio formă suficiente informații despre produsele create de entități care nu se supun cerințelor de guvernare a produselor MiFID II, firma ar fi incapabilă să își îndeplinească obligațiile prevăzute de MiFID II și, prin urmare, ar trebui să nu le includă în sortimentul său de produse.

Aplicarea cerințelor de guvernare a produselor asupra distribuției produselor ce au fost create înainte de data punerii în aplicare a MiFID II

78. Produsele care au fost create înainte de 3 ianuarie 2018 și care sunt distribuite în continuare investitorilor trebuie să intre sub incidența cerințelor de guvernare a produselor aplicabile distribuitorilor, mai ales sub incidența cerinței de identificare a unei piețe-țintă pentru orice produs. În această situație,

distribuitorul trebuie să procedeze ca și cum producătorul ar fi o entitate ce nu se supune cerințelor de guvernare a produselor MiFID II. Atunci când piața-țintă a fost identificată de producător (în mod voluntar/pe baza contractelor comerciale cu distribuitorii) conform prezentului ghid, distribuitorul, după ce a revizuit-o în mod critic, ar putea să se bazeze pe această identificare a pieței-țintă.

79. Totuși, o piața-țintă ar trebui alocată de producător acestor produse, cel târziu după următorul ciclu al procesului de revizuire a produselor realizat în conformitate cu art. 16 alin. (3) din MiFID II după data de 3 ianuarie 2018. Apoi distribuitorul trebuie să ia în considerare această piața-țintă în propriul său proces de revizuire.

5.4. Orientări referitoare la chestiuni aplicabile atât producătorilor, cât și distribuitorilor

Identificarea pieței-țintă „negative” și a vânzărilor în afara pieței-țintă pozitive

80. Firma trebuie să analizeze dacă produsul ar fi incompatibil cu anumiți clienți vizați (piața-țintă „negativă”)³⁴. În acest scop, firma trebuie să aplice aceleași categorii și principii cu cele menționate mai sus la punctele 14—22 și 42—49. Conform abordării adoptate în vederea identificării pieței-țintă „pozitive”, producătorul, care nu are o relație directă cu clienții finali, va putea identifica piața-țintă negativă la nivel teoretic, adică dintr-o perspectivă mai generală asupra modului în care caracteristicile unui produs dat nu ar fi compatibile cu anumite grupuri de investitori; distribuitorul, luând în considerare piața-țintă negativă mai generală a producătorului, precum și informațiile legate de propria bază de clienți, va fi în situația de a identifica mai concret grupul de clienți cărora nu ar trebui să le distribuie respectivul produs. În plus, distribuitorul mai trebuie să identifice grupul/grupurile de clienți pentru ale căror nevoi, caracteristici și obiective un serviciu legat de distribuția unui anumit produs nu ar fi compatibil.

81. Pentru produsele care iau în considerare factori de durabilitate, firmele nu sunt obligate să identifice o piața-țintă negativă în ceea ce privește obiectivele lor legate de durabilitate. Aceasta înseamnă că obiectivele legate de durabilitate ale produselor contribuie doar la identificarea unei piețe-țintă „pozitive” în ceea ce privește clienții (grupurile de clienți) cu obiective compatibile legate de durabilitate. Aceleași produse ar putea fi distribuite în continuare clienților care nu se încadrează în acest obiectiv al pieței-țintă „pozitive” legat de durabilitate, cu condiția ca acestea să fie compatibile cu caracteristicile celorlalte categorii definite de prezentul ghid pentru stabilirea piețelor-țintă³⁵. Prin urmare, pentru produsele care iau în considerare factori de durabilitate, firma trebuie să efectueze întotdeauna o evaluare a pieței-țintă negative în ceea ce privește cele cinci categorii prevăzute pentru stabilirea pieței-țintă (tipul de client, cunoștințe și experiență, situație financiară, toleranță la risc și obiective și nevoi), dar nu ar trebui să ia în considerare obiectivele legate de durabilitate ale produselor. Astfel se evaluează dacă aceste alte aspecte ale pieței-țintă ar putea fi incompatibile cu anumiți clienți, de exemplu, dacă produsul care ia în considerare factorii de durabilitate este un produs riscant destinat clienților cu un orizont de investiții pe termen lung și care sunt dispuși și capabili să piardă suma investită (caz în care produsul nu ar fi compatibil cu clienții care ar avea o toleranță scăzută la risc, indiferent dacă preferințele lor în materie de durabilitate sunt sau nu compatibile cu obiectivele de durabilitate ale produsului).

82. Unele dintre caracteristicile pieței-țintă folosite în evaluarea de către producători și distribuitori a pieței-țintă pozitive vor duce automat la caracteristici opuse pentru investitorii cu care produsul

³⁰ Vezi art. 10 alin. (1) din Directiva delegată MiFID II.

³¹ Vezi art. 10 alin. (2) al treilea paragraf din Directiva delegată MiFID II.

³² Vezi art. 10 alin. (2) din Directiva delegată MiFID II.

³³ Vezi art. 10 alin. (2) al treilea paragraf din Directiva delegată MiFID II.

³⁴ Vezi art. 9 alin. (9) și art. 10 alin. (2) din Directiva delegată MiFID II.

³⁵ Considerentul 7 din Directiva delegată (UE) 2021/1.269 explică faptul că, „[p]entru ca instrumentele financiare cu factori de durabilitate să fie în continuare ușor accesibile și pentru consumatorii care nu au preferințe în materie de durabilitate, firmele de investiții nu ar trebui să aibă obligația de a identifica grupurile de clienți cu ale căror nevoi, caracteristici și obiective instrumentul financiar cu factori de durabilitate nu este compatibil”.

nu este compatibil (de exemplu, dacă un produs este creat cu obiectivul investițional „speculație”, va fi în același timp nepotrivit pentru obiective „cu risc scăzut”). În acest caz, o firmă ar putea defini piața-țintă negativă declarând că produsul sau serviciul este incompatibil pentru clientul din afara pieței-țintă pozitive.

83. Din nou, este important să se ia în considerare principiul proporționalității. La evaluarea unei piețe-țintă negative potențiale, numărul și gradul de detaliere a factorilor și criteriilor vor depinde de natura, în special de complexitatea produsului sau de profilul de risc/brand al produsului (adică un produs simplu este probabil să aibă un grup mai mic de investitori posibili pentru care să fie incompatibil, în timp ce grupul de clienți pentru care instrumentul financiar nu este compatibil ar putea fi mare pentru un produs mai complex).

84. Ar putea exista situații în care produsele să poată, în anumite situații și dacă toate cerințele au fost îndeplinite (inclusiv cele legate de divulgare, caracter adecvat și corespunzător, identificarea și gestionarea conflictelor de interese), să fie vândute în afara pieței-țintă pozitive. Totuși, aceste exemple ar trebui justificate de starea de fapt a fiecărui caz în parte, motivul abaterii ar trebui documentat în mod clar și, acolo unde se prevede, inclus în raportul de adecvare.

85. Deoarece piața-țintă negativă este o indicație explicită a acelor clienți cu ale căror nevoi, caracteristici și obiective produsul nu este compatibil și cărora produsul nu ar trebui să le fie distribuit, vânzarea către investitorii din acest grup ar trebui să aibă loc rareori. Justificarea abaterii ar trebui să fie, în consecință, semnificativă și, în general, se preconizează că va fi mai bine fundamentată decât o justificare pentru o vânzare în afara pieței-țintă pozitive.

86. De exemplu, vânzarea de produse în afara pieței-țintă ar putea avea loc ca urmare a unor vânzări fără consultanță (adică atunci când clienții abordează o firmă pentru a cumpăra un anumit produs fără nicio promovare activă din partea firmei sau fără a fi fost influențați în vreun fel de firma respectivă), când firma nu deține toate informațiile necesare pentru a realiza o evaluare amănunțită pentru a vedea dacă clientul se încadrează în piața-țintă, lucru care ar putea fi valabil, de exemplu, în cazul platformelor de executare ce funcționează numai în regimul de caracter corespunzător. Se preconizează că, în contextul acordurilor de guvernare a produselor, firmele vor analiza situații ex ante precum cea descrisă și vor lua o decizie responsabilă privind modul în care urmează să le abordeze în cazul în care vor avea loc și că angajații care iau contact cu clienții vor fi informați despre abordarea stabilită la nivelul organului de conducere, astfel încât aceștia să o poată respecta. De asemenea, firmele trebuie să ia în considerare natura produselor incluse în gama celor pe care intenționează să le ofere clienților (de exemplu, din punctul de vedere al complexității/riscului) și existența oricăror conflicte de interese cu clienții (cum ar fi în cazul autoplasării), precum și modelul lor de afaceri. Unele firme ar putea, de exemplu, să ia în considerare posibilitatea de a nu le permite clienților să tranzacționeze dacă se încadrează în piața-țintă negativă, permițându-le în schimb altor clienți să tranzacționeze cu un produs aflat în zona „gr”, adică între piața-țintă pozitivă și cea negativă.

87. Este important faptul că, dacă distribuitorul află, de exemplu, prin analiza plângerilor clienților sau din alte surse și date, că vânzarea unui anumit produs în afara pieței-țintă identificate ex ante s-a transformat într-un fenomen de amploare (de exemplu, ca număr de clienți implicați), aceste informații vor fi luate în considerare în mod corespunzător în cadrul revizuirii sale periodice a produselor și serviciilor conexe oferite. În aceste cazuri, distribuitorul va putea, de exemplu, să ajungă la concluzia că piața-țintă identificată inițial nu a fost corectă și că trebuie revizuită sau că strategia de distribuție aferentă nu a fost adecvată pentru produs și trebuie reconsiderată.

88. Abaterile de la piața-țintă (în afara celei pozitive sau în cadrul celei negative) ce pot fi relevante pentru procesul de guvernare a produselor ce ține de producător (în special

produsele recurente) ar trebui raportate producătorului ținând cont de excepțiile menționate la pct. 65.

Aplicarea cerințelor pieței-țintă în cazul firmelor active pe piețele angro (și anume care au clienți profesionali și contrapărți eligibile)

Clienții profesionali și contrapărțile eligibile ca componentă a lanțului de intermediere

89. Cerințele prevăzute la art. 16 alin. (3) și la art. 24 alin. (2) din MiFID II se aplică serviciilor și produselor create și/sau distribuite clienților de retail și clienților profesionali. În același timp, aceste articole specifică faptul că clienții care vor fi vizati vor fi „clienții finali”. Acest lucru înseamnă că o firmă nu are nevoie să specifice o piață-țintă pentru alte firme (clienți profesionali și contrapărți eligibile) în lanțul de intermediere, ci, mai degrabă, trebuie să conceapă piața-țintă având în minte clientul final (și anume clientul final în lanțul de intermediere). Tipul specific de client final vizat trebuie precizat în categoria tipului de client la care se face referire la pct. 19 lit. a).

90. În cazul în care un client profesional sau o contraparte eligibilă cumpără un produs cu intenția de a-l vinde mai departe altor clienți, având așadar rol de legătură în lanțul de intermediere, aceștia nu ar trebui considerați a fi „clienți finali”.

91. În acest caz, clientul profesional (sau contrapartea eligibilă) ar acționa ca distribuitor și, prin urmare, trebuie să respecte cerințele de guvernare a produselor aplicabile distribuitorilor.

92. De exemplu, dacă o firmă vinde un produs unei contrapărți eligibile care cumpără produsul cu intenția de a-l distribui pe scară mai largă clienților profesionali sau clienților de retail, contrapartea eligibilă trebuie să reevalueze piața-țintă în conformitate cu obligațiile sale ca distribuitor. În cazul în care contrapartea eligibilă face apoi modificări asupra produsului înainte de distribuirea lui mai departe, acest lucru ar putea să însemne că trebuie să respecte prevederile de guvernare a produselor pentru producători, dar și pe cele pentru distribuitori.

Clienții profesionali în calitate de clienți finali

93. Cadrul MiFID de clasificare a clienților calibrează protecțiile aferente conduitei profesionale în funcție de nevoile fiecărei categorii de clienți (mai exact, clienți de retail, clienți profesionali și contrapărți eligibile).

94. Firmele au dreptul să presupună că clienții profesionali dețin cunoștințele și experiența necesară pentru a înțelege riscurile atașate produselor sau serviciilor pentru care au fost clasificați drept clienți profesionali³⁶. Totuși, MiFID II nu face nicio distincție între clienții profesionali în sine și clienții profesionali electivi — cu condiția să nu se prezume că această din urmă categorie de clienți deține cunoștințe și experiență comparabile cu ale clienților profesionali în sine.

95. Prin urmare, atunci când efectuează identificarea pieței lor țintă, firmele trebuie să ia în considerare diferențele de cunoștințe presupuse între clienții de retail și cei profesionali și, în cadrul categoriei clienților profesionali, între clienții profesionali electivi și clienții profesionali în sine³⁷. De exemplu, contrastul în abordare ar trebui să țină cont de diferențele la nivelul profilurilor de cunoștințe și experiență ale acestor categorii diferite de clienți.

96. Este posibil ca anumite produse (de exemplu, cele care sunt potrivite pentru distribuție pe piețele de masă cu amănuntul) să aibă o piață-țintă definită mai larg, ce ar putea include atât clienții de retail, cât și clienții profesionali. Aceste produse, de exemplu, unități sau acțiuni la un fond OPCVM obișnuit, ar putea, în mod implicit, să fie privite ca având o piață-țintă ce cuprinde clienți profesionali. Totuși, câteva alte produse, în special produse care au profiluri de risc complexe, vor avea o piață-țintă definită mai limitată. De exemplu, piața-țintă pentru o obligațiune convertibilă contingentă ar putea fi compusă numai din clienți profesionali în sine sau clienți profesionali electivi care probabil ar înțelege complexitatea asociată acestor produse.

³⁶ Vezi anexa II la MiFID II.

³⁷ Vezi al doilea paragraf din secțiunea II.1 din anexa II la MiFID II.

ACTE ALE INSTANTELOR DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV

CURTEA DE APEL CLUJ

SECȚIA A III-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

SENTINȚA CIVILĂ Nr. 3

Ședința publică din 5 ianuarie 2022

Dosar nr. 690/33/2021

Instanța constituită din:

Președinte — Delia Maruscic
Grefier — Andreea Dan

Pe rol se află soluționarea acțiunii în contencios administrativ formulate de reclamanta GEA REFRIGERATION ROMANIA — S.R.L., în contradictoriu cu pârâta COMISIA NAȚIONALĂ DE STRATEGIE ȘI PROGNOZĂ, pârâta MINISTERUL FINANTELOR, pârâta MINISTERUL MUNCII ȘI PROTECȚIEI SOCIALE, pârâta MINISTERUL SĂNĂTĂȚII, având ca obiect acțiune în constatare Ordinul nr. 239/24.07.2019.

Mersul dezbaterilor, susținerile și concluziile părților au fost consemnate în încheierea de ședință din data de 8 decembrie 2021, încheiere care face parte integrantă din prezenta hotărâre, când instanța a dispus succesiv amânarea pronunțării la data de 22 decembrie 2021 și la data de 5 ianuarie 2022, când a hotărât următoarele:

CURTEA:

Prin acțiunea înregistrată la data de 29.09.2021, reclamanta GEA REFRIGERATION ROMANIA — S.R.L., în contradictoriu cu pârâții COMISIA NAȚIONALĂ DE STRATEGIE ȘI PROGNOZĂ, MINISTERUL FINANTELOR, MINISTERUL MUNCII ȘI PROTECȚIEI SOCIALE și MINISTERUL SĂNĂTĂȚII, a solicitat instanței:

1. în principal, a se constata inexistența Ordinului președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză nr. 239 din 24.07.2019 pentru aprobarea metodologiei privind mecanismul de calcul al cifrei de afaceri, ca și consecință a nepublicării lui în Monitorul Oficial al României, Partea I;

2. în subsidiar, nulitatea Ordinului președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză nr. 239 din 24.07.2019 pentru aprobarea metodologiei privind mecanismul de calcul al cifrei de afaceri, ca și consecință a nepublicării lui în Monitorul Oficial al României, Partea I;

3. în terțiar, anularea art. 6 din anexa la Ordinul președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză nr. 239 din 24.07.2019 pentru aprobarea metodologiei privind mecanismul de calcul al cifrei de afaceri (cu privire la ordinele comune ministeriale);

4. anularea în parte a Ordinului ministrului finanțelor publice, ministrului muncii și protecției sociale și ministrului sănătății nr. 2.814/1.536/1.806/2020 pentru aprobarea modelului, conținutului, modalității de depunere și de gestionare a „Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate”, respectiv a notei din anexa 6, cap. II, subcapitolul IV, secțiunea 1, care prevede că, „Potrivit prevederilor Ordinului președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză dat în aplicarea art. 60 pct. 5 lit. e) din Codul fiscal, pentru determinarea ponderii de 80% din cifra de afaceri realizată efectiv din activitatea de construcții, entitățile vor avea în vedere numai veniturile din activitatea desfășurată pe teritoriul României. Veniturile realizate din activitatea de construcții prin sucursale externe se vor avea în vedere numai pentru calculul

cifrei de afaceri totale, realizate din întreaga activitate. Prin activitatea desfășurată pe teritoriul României se înțelege activitatea desfășurată efectiv în România, în scopul realizării de produse și prestării de servicii, indiferent de statutul de rezidență al beneficiarilor.”;

5. anularea în parte a Ordinului ministrului finanțelor publice, ministrului muncii și protecției sociale și ministrului sănătății nr. 1.942/979/819/2020 pentru aprobarea modelului, conținutului, modalității de depunere și de gestionare a „Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate”, respectiv a notei din anexa 6, cap. 2, subcapitolul 1, secțiunea A, care prevede că, „Potrivit prevederilor Ordinului președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză dat în aplicarea art. 60 pct. 5 lit. e) din Codul fiscal, pentru determinarea ponderii de 80% din cifra de afaceri realizată efectiv din activitatea de construcții, entitățile vor avea în vedere numai veniturile din activitatea desfășurată pe teritoriul României. Veniturile realizate din activitatea de construcții prin sucursale externe se vor avea în vedere numai pentru calculul cifrei de afaceri totale, realizate din întreaga activitate. Prin activitatea desfășurată pe teritoriul României se înțelege activitatea desfășurată efectiv în România în scopul realizării de produse și prestării de servicii, indiferent de statutul de rezidență al beneficiarilor.”;

6. obligarea pârâților la plata, în solidar, a cheltuielilor de judecată.

În motivarea acțiunii, reclamanta a arătat că face obiectul unei inspecții fiscale începute prin Avizul de inspecție fiscală nr. F-CJ-159/2.03.2021 și Avizul de inspecție fiscală nr. F-CJ-486/12.07.2021, inspecție fiscală care vizează activitatea reclamantei cu privire la obligațiile fiscale indicate la pct. 1—3 din aviz, perioada controlată fiind 1.01.2019—31.12.2020.

La data de 10.08.2021, echipa de inspecție fiscală i-a comunicat raportul de inspecție fiscală și decizia de impunere prin care au fost stabilite obligații fiscale suplimentare în sarcina reclamantei în cuantum total de 1.215.471 lei, iar baza impozabilă stabilită suplimentar este în cuantum de 15.908.564 lei.

Echipa de inspecție fiscală a constatat că pentru perioada iulie 2019—decembrie 2019 și pentru lunile ianuarie, iulie—decembrie 2020 nu ar fi respectat condiția prevăzută la art. 60 pct. 5 lit. b) din Codul fiscal, respectiv ponderea cifrei de afaceri realizate efectiv din activitatea de construcții în cifra de afaceri totală este sub limita de 80%, astfel că nu poate beneficia de facilitatea fiscală prevăzută la art. 60 pct. 5 „Scutiri” din Codul fiscal.

Mai exact, organul fiscal a recalculat indicatorul „cifra de afaceri realizată efectiv din activitatea de construcții”, luând în calcul doar activitatea desfășurată efectiv pe teritoriul României și totodată a recalculat ponderea cifrei de afaceri realizate efectiv din activitatea de construcții în cifra de afaceri totală.

Interpretarea dată de organul fiscal și deci actele fiscale emise se bazează pe aplicarea și interpretarea Ordinului președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză

nr. 239/2019 pentru aprobarea metodologiei privind mecanismul de calcul al cifrei de afaceri, dat în aplicarea O.U.G. nr. 43/2019, în special pe interpretarea și aplicarea dispoziției de la art. 6 din anexa la acest ordin.

În plus, arată reclamanta, după formularea criticilor sale expuse în punctul de vedere trimis, echipa de inspecție fiscală a completat cadrul legal și a invocat pe lângă Ordinul nr. 239/2019 și Ordinul comun MF/MMPS/MS nr. 3.063/1.376/1.430/2019, publicat în Monitorul Oficial cu numărul 794 din data de 1 octombrie 2019 (aplicabil începând cu obligațiile declarative aferente lunii iulie 2019), Ordinul comun nr. 1.942/979/819/2020, publicat în Monitorul Oficial cu numărul 426 din data de 21 mai 2020 (aplicabil începând cu veniturile aferente lunii aprilie 2020), și Ordinul comun nr. 2.814/1.536/1.806/2020, publicat în Monitorul Oficial cu numărul 1005 bis din data de 29 octombrie 2020 (aplicabil începând cu data de întâi a lunii următoare publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, deci începând cu data de 1 noiembrie 2020).

Însă ultimele 3 ordine citate au ca unic domeniu de reglementare aprobarea modelului, conținutului, modalității de depunere și de gestionare a „Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate” și nu pot constitui suport legal pentru stabilirea mecanismului de calcul al cifrei de afaceri.

Reclamanta a mai precizat că Ordinul nr. 3.063/1.376/1.430/2019 nu face decât să trimită la mecanismul de calcul al cifrei de afaceri stabilit prin Ordinul președintelui CNSP [care ar urma să fie elaborat conform art. 60 pct. 5 litera e) din Codul fiscal], fără să aducă alte explicații contrare legii prin „nota” reglementată, motiv pentru care nu va face obiectul unei posibile acțiuni în contencios.

Însă celelalte 2 ordine comune nr. 1.942/979/819/2020 și nr. 2.814/1.536/1.806/2020, pe lângă trimiterea la Ordinul președintelui CNSP, regăsim „nota” explicativă, conform căreia „Potrivit prevederilor Ordinului președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză dat în aplicarea art. 60 pct. 5 lit. e) din Codul fiscal, pentru determinarea ponderii de 80% din cifra de afaceri realizată efectiv din activitatea de construcții, entitățile vor avea în vedere numai veniturile din activitatea desfășurată pe teritoriul României. Veniturile realizate din activitatea de construcții prin sucursale externe se vor avea în vedere numai pentru calculul cifrei de afaceri totale, realizate din întreaga activitate. Prin activitatea desfășurată pe teritoriul României se înțelege activitatea desfășurată efectiv în România, în scopul realizării de produse și prestării de servicii, indiferent de statutul de rezidență al beneficiarilor.”, text legal pe care reclamanta îl consideră nelegal.

La data de 23.09.2021 am declanșat procedura prealabilă administrativă, plângerea prealabilă împotriva ordinelor fiind transmisă prin poștă către părți.

Până la momentul înregistrării prezentei acțiuni, reclamanta precizează că nu a primit un răspuns la plângerile transmise, însă având în vedere că actele normative contestate au intrat în circuitul civil și au produs efecte juridice, răspunsul negativ al părților este previzibil. Reclamanta are în vedere și dispozițiile art. 7 alin. (5) din Legea nr. 554/2004 care reglementează o excepție de la caracterul obligatoriu al procedurii prealabile (pentru actele administrative care nu mai pot fi revocate întrucât au intrat în circuitul civil și au produs efecte juridice), însă am preferat să parcurgem procedura prealabilă și să evităm posibile discuții având în vedere că la acest moment nu există o practică unitară referitoare la acest aspect.

Prin nota adoptată în cuprinsul ordinelor comune și prin Ordinul nr. 239/2019 se încalcă principiul unicității reglementării, conducând la un paralelism normativ (art. 14 și 16 din Legea nr. 24/2000).

Legiuitorul primar reglementează la art. 60 pct. 5 litera e) că mecanismul de calcul al cifrei de afaceri prevăzut la lit. b) va fi stabilit prin ordin al președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză. În acest sens a fost adoptat Ordinul nr. 239/2019 prin care este stabilit mecanismul de calcul al cifrei de afaceri, dar care însă prin art. 6 din anexa la acest ordin modifică substanțial cerințele de acordare a facilităților fiscale diferite de modul în care acestea sunt reglementate în Codul fiscal.

Însă se pare că detalii despre mecanismul de calcul al cifrei de afaceri, plus condiții de aplicare a facilităților fiscale în sectorul construcții, diferite de cele reglementate de Codul fiscal, regăsim și în ordinele ministeriale atacate, mai exact în cuprinsul notei redată detaliat mai sus.

Astfel, aspecte privind mecanismul de calcul al cifrei de afaceri regăsim în ordine emise de autorități diferite: pe de o parte, Ordinul nr. 239/2019 emis de președintele Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză, pe de altă parte, Ordinul comun al ministerelor nr. 1.942/979/819/2020 și Ordinul comun al ministerelor nr. 2.814/1.536/1.806/2020, ultimul abrogându-l pe cel cu nr. 1.942/979/819/2020.

Pe lângă încălcarea normelor de competență pentru adoptarea unor, reclamanta apreciază că existența celor două reglementări paralele încalcă principiul unicității reglementării în materie prevăzut de art. 14 din Legea nr. 24/2000 și pe cel al evitării paralelismelor instituit prin art. 16 din același act normativ, motiv pentru care sunt nelegale.

Acest paralelism normativ generează un climat de incertitudine juridică generală generată de lipsa de claritate și de coerență a legislației aplicabile.

Încălcarea acestor principii se răsfrânge asupra dreptului la apărare întrucât persoanele vizate de prevederile legale paralele se află în imposibilitate de a contesta actele vătămătoare și de a obține măsuri care să le garanteze respectarea drepturilor, întrucât sunt emise noi acte cu același conținut tocmai pentru a putea eluda controlul instanțelor de judecată. Așadar, prin existența unor acte normative cu conținut identic sunt încălcate prevederile art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului, motiv pentru care se impune revocarea acestor acte.

În concret, tocmai acest paralelism a făcut posibilă situația (inacceptabilă într-un stat de drept) în care și dacă echipa de inspecție fiscală ar fi considerat că ar fi pertinentă sancțiunea inexistenței Ordinului nr. 239/2019 ca urmare a nepublicării în Monitorul Oficial (s-ar putea crede asta pentru că în proiectul de RIF organul fiscal a insistat pe prevederile Ordinului nr. 239/2019, pe când în RIF echipa a insistat pe prevederile celorlalte 3 ordine care reglementează adoptarea formularului 112), a ignorat criticile noastre privind inexistența Ordinului nr. 239/2019 și s-a prevalat și a executat aceleași prevederi cuprinse în nota din ordinele ministeriale atacate. Mai mult, ordinele ministeriale aveau ca unic domeniu al reglementării adoptarea declarației ce trebuie depusă de către contribuabil.

Prin urmare, atât art. 6 din anexa la Ordinul nr. 239/2019, cât și nota din cuprinsul ordinelor comune sunt dispoziții nelegale, încalcă principiul unicității reglementării și pe cel al evitării paralelismelor, iar prin revocarea sa poate fi îndreptată această nelegalitate.

În continuare, reclamanta a formulat critici de nelegalitate privind Ordinul nr. 239/2019.

Astfel, în existența reglementării/nulitatea reglementării, Ordinul nr. 239/2019 este un act normativ care nu este publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I.

Începând cu 22.07.2019, reglementările Codului fiscal de la art. 60 pct. 5 (referitoare la facilitățile fiscale în domeniul construcțiilor) au fost modificate prin art. II din O.U.G. nr. 43/2019 pentru modificarea și completarea unor acte normative care privesc stabilirea unor măsuri în domeniul investițiilor care, printre altele, stipulează la art. 60 pct. 5 litera e)

că „mecanismul de calcul al cifrei de afaceri prevăzut la lit. b), în vederea aplicării facilității fiscale, se va stabili prin ordin al președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză, care se va publica pe site-ul instituției”.

Acest ordin amintit și aplicat de către organul fiscal în cadrul inspecției fiscale desfășurate asupra reclamantei este Ordinul nr. 239/2019 publicat pe site-ul instituției, ordin care însă nu este publicat și în Monitorul Oficial al României, Partea I.

Efectul nepublicării acestui ordin în Monitorul Oficial al României este acela al inexistenței actului astfel emis, așa cum reiese din jurisprudența ICCJ și a altor instanțe.

În acest sens, reclamanta invocă incidența art. 11 alin. (1) și (2) din Legea nr. 24/27 martie 2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, iar în raport cu aceste dispoziții legale, pentru a produce efecte juridice, Ordinul nr. 239/2019 trebuia publicat în Monitorul Oficial, Partea I, pentru a intra în vigoare și pentru a putea fi aplicat.

Sub acest aspect, Ordinul nr. 239/2019 este un ordin emis de un conducător al organelor administrației publice centrale de specialitate, respectiv de către președintele Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză. Această comisie se organizează și funcționează ca organ de specialitate al administrației publice centrale, cu personalitate juridică conform Ordonanței nr. 22/31.01.2007 privind organizarea și funcționarea Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză.

Totodată, caracterul de act normativ al acestui ordin este determinat de împrejurarea că acesta reglementează mecanismul de calcul al cifrei de afaceri prevăzute la art. 60 pct. 5 litera b) din Codul fiscal, aplicabil unui număr indeterminat de societăți, în mod abstract, independent de identitatea acestor societăți.

Fiind susceptibil să se aplice unui număr indefinit de situații, ordinul amintit este un act cu caracter normativ, supus exigenței publicării în Monitorul Oficial, Partea I, în vederea intrării sale în vigoare, conform art. 11 alin. (1) din Legea nr. 24/2000.

Mențiunea din cuprinsul art. 60 pct. 5 litera e) din Codul fiscal conform căreia ordinul „se va publica pe site-ul instituției” nu semnifică că acest ordin nu trebuie publicat în Monitorul Oficial.

Altfel spus, publicarea și pe site-ul instituției nu este suficientă pentru intrarea în vigoare a acestui ordin și nu exclude cerința publicării acestui act în Monitorul Oficial. Interpretarea prevederii legale care stipulează obligația publicării pe site-ul instituției poate fi doar aceea că, în plus față de publicarea în Monitorul Oficial (normală, care nu necesită o stipulație legală), se va face și o publicare pe site.

O altă interpretare dată art. 60 pct. 5 litera e) din Codul fiscal ar contraveni dispozițiilor alin. (1) și (2) ale art. 11 din Legea nr. 24/2000.

Prin publicarea doar pe site-ul instituției CNSP se încalcă principiul legalității reglementat de art. 1 alin. (5) și a art. 16 alin. (2) din Constituție și de art. 6 din Codul administrativ.

Așadar, nepublicarea în Monitorul Oficial încalcă normele constituționale și normele de tehnică legislativă stipulate în Legea nr. 24/2000, cu consecința lipsirii sale de efecte juridice pentru situații juridice născute (oricum) anterior intrării sale în vigoare, motiv pentru care solicităm să constatați inexistența acestui ordin.

Deoarece există practică judiciară care susține că sancțiunea aplicabilă actului normativ nepublicat este aceea a nulității absolute a acestui ordin, întrucât nu întrunește una din condițiile esențiale pentru a exista, fiind încălcate dispoziții legale de ordine publică. De aceea, dacă instanța nu consideră ca fiind aplicabilă sancțiunea inexistenței, reclamanta susține aplicarea sancțiunii nulității Ordinului nr. 239/2019.

Chiar dacă Ordinul nr. 239/2019 ar fi fost publicat în Monitorul Oficial al României, prin art. 6 din anexă, act normativ inferior, se

adaugă nepermis o condiție în plus pentru acordarea facilităților fiscale față de cele stipulate în Codul fiscal, act normativ superior.

Art. 60 pct. 5 din Codul fiscal aprobat prin Legea nr. 227/2015 stabilește care sunt condițiile pentru ca societățile să beneficieze de facilitățile fiscale: angajatorii să desfășoare activitățile în sectorul construcții amintite la lit. a); angajatorii să realizeze o cifră de afaceri din aceste activități în limita a cel puțin 80% din cifra de afaceri totală; limite ale veniturilor brute lunare din salarii și asimilate salariilor. La lit. e) a aceluiași articol (introdusă doar începând cu 22.07.2019, prin art. II din O.U.G. nr. 43/2019) este stipulat că mecanismul de calcul al cifrei de afaceri se va stabili prin ordin al președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză.

Așadar, prin acest ordin ar trebui să fie stipulate norme de aplicare a Codului fiscal, și nu norme prin care se adaugă la lege; un mecanism de calcul, și nu condiții de acordare/menținere a facilităților.

Or, art. 6 din anexa la Ordinul nr. 239/2019 contestat prevede că „în cazul societăților care au sucursale, filiale sau puncte de lucru, calculul cifrei de afaceri se realizează pentru activitatea desfășurată pe teritoriul României la nivelul societății”.

Din verificarea celor două dispoziții legale, respectiv art. 60 pct. 5 din Codul fiscal vs. art. 6 din anexa la Ordinul nr. 239/2019, altfel spus, cea primară care transpune voința legiuitorului îndreptățit să reglementeze și cea secundară emisă în punerea în aplicare a actului normativ cu caracter superior, se observă cu ușurință că art. 6 din anexa la Ordinul nr. 239/2019 modifică substanțial una din condițiile de acordare a facilităților fiscale cu impact asupra situației reclamantei. Mai exact, art. 6 citat anterior adăuga/modifică substanțial o condiție față de cele indicate în Codul fiscal și stabilește un tratament distinct pentru societățile care prestează și activități de construcții în afara teritoriului României, față de agenții economici care prestează astfel de activități exclusiv pe teritoriul României, iar o astfel de diferențiere și condiție nu sunt reglementate în Codul fiscal.

Art. 6 contestat a fost adoptat de pârâul C.N.S.P. cu exces de putere, fiind întrunită ipoteza normei legale cuprinse în art. 2 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 554/2004, pârâul încălcând limitele competenței atribuite de legiuitor, cu efecte directe asupra situației fiscale a reclamantei.

Astfel cum reiese de altfel și din raportul de inspecție fiscală unde echipa de inspecție fiscală nu a recalculat indicatorii și ponderea cifrei de afaceri și nu a stabilit în sarcina reclamantei obligații fiscale suplimentare pentru această perioadă.

Prin Ordonanța de urgență inițială nr. 114/28.12.2018, art. 60 pct. 5 reglementa condițiile acordării facilităților fiscale în sectorul construcții (fără să fie indicat că mecanismul de calcul al cifrei de afaceri este explicat printr-un ordin, așa cum o face în prezent lit. e), iar o astfel de reglementare nu a împiedicat societatea să beneficieze de facilitățile fiscale acordate în sectorul construcțiilor în perioada 1.01.2019—21.07.2019.

Ceea ce dorește reclamanta să scoată în evidență este că normele fiscale existente în forma inițială au putut fi aplicate (și s-au aplicat) fără a se face distincție între prestarea activităților în România sau în afara României (astfel cum se face prin art. 6 din ordinul atacat) și a putut beneficia de facilitățile fiscale chiar în lipsa unor norme explicative.

Iar, atunci când legiuitorul a decis necesară existența unor norme explicative ale mecanismului de calcul al cifrei de afaceri, atunci normele de aplicare a Codului fiscal (respectiv Ordinul nr. 239/2019) trebuiau doar să explice un mecanism de calcul, acesta fiind obiectul licit al acestui ordin, fără să adauge condiții suplimentare sau să modifice substanțial condițiile inițiale cu impact asupra beneficiarilor care ar fi putut beneficia de facilitățile fiscale.

Așadar, în condițiile în care Codul fiscal permite acordarea facilităților fiscale oricărei societăți care prestează activități în sectorul construcții, fără a distinge în funcție de locul desfășurării acestor activități (și care îndeplinește și celelalte condiții reglementate la art. 60 pct. 5), este cert că modificarea condițiilor de acordare printr-o cerință reglementată la art. 6 din anexa la Ordinul nr. 239/2019 (care face referire la activitățile prestate în România) cu impact asupra modului de calcul al indicatorilor (și cu o restrângere a persoanelor care beneficiază de aceste scutiri) reprezintă o restricționare, o limitare ce nu a fost prevăzută de legiuitorul îndreptățit să stabilească condițiile acordării acestei facilități.

Iar dacă totuși legiuitorul a dorit această cerință, atunci ea trebuie să fie reglementată în Codul fiscal, completare care trebuie adusă prin norma de același nivel sau nivel superior.

În acest context, reclamanta a invocat dispozițiile art. 58 alin. (1) și (3) din Legea nr. 24/2000 din care rezultă că orice completare a art. 60 pct. 5 din Codul fiscal poate fi dispusă doar printr-un act normativ de același nivel sau de nivel superior celui asupra căruia se intervine.

Însă Ordinul nr. 239/2019 prin care se suplimentează practic condițiile de aplicare a facilităților fiscale este un act normativ de nivel inferior Codului fiscal aprobat prin lege, așadar art. 6 din anexa acestui ordin este o normă nelegală care încalcă principiile de drept constituționale și legale referitoare la ierarhia normelor și procedura de tehnică legislativă referitoare la completarea actelor normative.

Neavând competența de a adăuga/modifica condiții pentru a beneficia de facilități (prin modul în care „explica” mecanismul de calcul al cifrei de afaceri), legiuitorul secundar (în speță, președintele Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză) trebuia să se asigure că dispune măsuri de punere în executare a actului cu forță juridică superioară (Codul fiscal), respectiv să explice mecanismul de calcul al cifrei de afaceri în așa fel încât să se asigure respectarea principiului legalității și astfel încât să nu fie introduse/modificate cerințe pentru acordarea facilităților prin metodologia adoptată.

Din această perspectivă, este evident că prin art. 6 din anexa la Ordinul nr. 239/2019 nu au fost aduse doar clarificări în legătură cu ceea ce legea (Codul fiscal) a reglementat, într-un cadru general, cu privire la acordarea facilităților fiscale societăților care desfășoară activități în sectorul construcții, fiind încălcat principiul legalității care implică o subordonare necondiționată a actelor normative date în executarea legii, față de ipoteza normativă stabilită în actul cu forță juridică superioară.

În plus, principiul de drept este că actul normativ de nivel inferior trebuie să fie emis în limitele și potrivit normelor care îl guvernează, de nivel superior, în acest fiind art. 1 alin. (5) din Constituție.

În acest context, reclamanta invocă și dispozițiile art. 4 alin. (3), art. 77 și 78 din Legea nr. 24/2000, iar atunci când discutăm despre reproducerea unor dispoziții din actul superior, preluarea unor norme în actul inferior poate fi făcută numai pentru dezvoltarea ori detalierea soluțiilor din actul de bază, potrivit art. 16 alin. (4) din aceeași lege.

Ca atare, fiind acte emise numai pe baza și în executarea legilor, a hotărârilor și a ordonanțelor Guvernului, ordinele cu caracter normativ, așa cum este și Ordinul nr. 239/2019, au sferă de reglementare limitată la cadrul stabilit de actele pe baza și în executarea cărora au fost emise și nu pot conține soluții care să contravină prevederilor acestora, contrar conținutului art. 6 din Ordinul nr. 239/2019.

Chiar și dacă am avea în vedere că se dorește clarificarea mecanismului de calcul al cifrei de afaceri, orice intervenție legislativă pentru clarificarea sensului unor norme legale se

realizează numai printr-un act normativ interpretativ de același nivel cu actul vizat, conform art. 69 din Legea nr. 24/2000.

Deși nu este legală completarea cerințelor acordării facilităților fiscale prin art. 6 din ordinul vizat, mai spunem că trebuie avute în vedere și dispozițiile art. 62 Legea nr. 24/2000, care precizează că dispozițiile de modificare și de completare se încorporează, de la data intrării lor în vigoare, în actul de bază, identificându-se cu acesta.

Or, este evident că dispoziția de completare indicată la art. 6 din Ordinul nr. 239/2019 lipsește din enumerarea de la art. 60 pct. 5 din Codul fiscal, așadar, procesul legislativ a încălcat o altă normă de tehnică legislativă.

Un alt motiv care sprijină cele argumentate este însăși publicarea pe site-ul Ministerului Finanțelor a unui proiect de ordonanță de urgență pentru modificarea și completarea Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal și a Legii contabilității nr. 82/1991, prin care se dorește introducerea la articolul 60 punctul 5, după litera b), a unei noi litere, lit. b¹).

În consecință, art. 6 din anexa la Ordinul nr. 239/2019, prin care se stabilește/se modifică o condiție de acordare a facilităților, este o normă nelegală deoarece modifică/completează Codul fiscal deși este un act normativ de rang inferior, încălcând astfel principiile de drept constituționale și legale referitoare la ierarhia normelor și procedura de tehnică legislativă referitoare la completarea/modificarea unor acte normative, motiv pentru care trebuie anulat.

Art. 6 din anexa la Ordinul nr. 239/2019 se referă la „cifra de afaceri” ca la un concept generic și nu distinge între indicatorii „cifra de afaceri totală” și „cifra de afaceri realizată efectiv din activitatea de construcții”. Norma juridică încalcă principiul certitudinii impunerii fiscale (art. 3 din Codul fiscal).

Codul fiscal reglementează în conținutul art. 3 principiul certitudinii impunerii fiscale conform căruia normele juridice trebuie elaborate clar, să nu conducă la interpretări arbitrare, iar termenele, modalitatea și sumele de plată să fie precis stabilite pentru fiecare plătitor, respectiv aceștia să poată urmări și înțelege sarcina fiscală ce le revine, precum și să poată determina influența deciziilor lor de management financiar asupra sarcinii lor fiscale.

Iar în doctrină s-a reținut că acest principiu este opozabil atât legiuitorului, cât și organelor fiscale, elementul important al acestui principiu fiind tocmai elaborarea unor norme clare ce să împiedice interpretările arbitrare.

Mai exact, din modul de redactare al textului de la art. 6 din anexa la Ordinul nr. 239/2019 se poate observa că norma se referă la terminologia „cifra de afaceri”, concept general.

Echipe de inspecție fiscală a constatat în raportul de inspecție fiscală că, în vederea determinării procentului de 80% din cifra de afaceri totală, la calculul cifrei de afaceri realizate efectiv din activitatea de construcții se va avea în vedere activitatea desfășurată pe teritoriul României, iar pentru calculul cifrei de afaceri totale, activitatea la nivelul întregii entități.

Așadar, echipa de inspecție fiscală are în vedere activitatea desfășurată pe teritoriul României doar atunci când verifică și calculează indicatorul „cifra de afaceri realizată efectiv din activitatea de construcții”, însă nu procedează la fel atunci când verifică „cifra de afaceri totală”, pentru stabilirea acestui ultim indicator având în vedere și activitățile desfășurate de reclamantă în afara teritoriului României.

Or, pentru că terminologia folosită la art. 6 este una generală a făcut posibilă interpretarea și aplicarea art. 6 din ordinul atacat de maniera reținută de organul fiscal (ceea ce a condus la stabilirea de obligații fiscale suplimentare de plată în sarcina reclamantei), cu toate că art. 6 putea fi interpretat diferit, favorabil situației reclamantei, de exemplu, aplicarea aceluiași criteriu (al activităților desfășurate pe teritoriul României) atunci când sunt stabiliți ambii indicatori amintiți anterior.

Art. 6 din anexa la Ordinul nr. 239/2019 este o normă juridică care nu este clară, care conduce la interpretări arbitrare (dovadă fiind actele fiscale emise) și deci încalcă principiul fiscal al certitudinii impunerii.

Jurisprudența națională a reținut că această claritate a normelor juridice se subsumează, în sens mai larg, condiției legalității oricărei restrângeri, limitări a drepturilor convenționale și impune un standard și în privința calității legislației în discuție, necesitând ca aceasta să fie accesibilă persoanelor implicate, precisă și previzibilă în aplicarea sa (Cauza CJUE Beyeler vs. Italia). Absența predictibilității necesare și a clarității legislației naționale cu privire la problemele fiscale importante, conducând la interpretări juridice contrare, a fost apreciată de CJUE ca nesocotind cerința privind calitatea dreptului prevăzută în Convenție (Cauza Serkov c. Ucrainei).

În aceste condiții, art. 6 din anexa la Ordinul nr. 239/2019 este nelegal, motiv pentru care reclamanta solicită anularea acestuia.

La pct. 4 din acțiune, reclamanta formulează critici de nelegalitate privind ordinele comune ministeriale nr. 1.942/979/819/2020 și nr. 2.814/1.536/1.806/2020.

În prealabil, reclamanta precizează că deoarece nota adoptată atât în ordinul comun nr. 1.942/979/819/2020, cât și în ordinul comun nr. 2.814/1.536/1.806/2020 este identică, criticile sale sunt comune pentru toate ordinele contestate.

Prin prezenta acțiune, reclamanta solicită anularea unor acte normative care în prezent sunt abrogate, deoarece ordinul nr. 1.942/979/819/2020 a produs efecte juridice în perioada în care a fost în vigoare, iar aceste efecte nu au dispărut neapărat prin abrogarea actului și au impactat situația sa din cursul inspecției fiscale.

Prin adoptarea notei contestate din cuprinsul ordinelor comune ministeriale se încalcă competența atribuită președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză.

La anexa nr. 6 din ordinele indicate mai sus sunt reglementate practic Instrucțiunile de completare a formularului 112. Însă, la anexa nr. 1.1 regăsim nota contestată, prin care se adaugă/modifică nepermis cerințele de acordare a facilităților fiscale, cerințe care nu sunt reglementate în Codul fiscal; în plus, aspectele ce urmau a fi clarificate erau delegate către președintele Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză.

Inițial, reclamanta consideră că trebuie stabilit care este domeniul de aplicare al ordinelor comune ministeriale și dacă legiuitorul a atribuit competența de a stabili mecanismul de calcul al cifrei de afaceri către 2 organe administrative simultan.

În acest sens, verificând competența celor 3 ministere, art. 60 pct. 5 lit. a d) din Codul fiscal spune că scutirea se aplică potrivit instrucțiunilor la ordinul comun ... reglementat la art. 147 alin. (17), iar la acest text de lege Codul fiscal reglementează că „Modelul, conținutul, modalitatea de depunere și de gestionare a declarației prevăzute la alin. (1) sunt reglementate prin ordin comun al ministrului finanțelor publice, al ministrului muncii, familiei, protecției sociale și persoanelor vârstnice și al ministrului sănătății”.

Așadar, astfel cum arată și textul anterior citat, aceste ordine comune au ca unic domeniu al reglementării stabilirea unor instrucțiuni de completare a Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate, competența este atribuită celor 3 ministere, iar în prima parte a acestor ordine este indicat domeniul de aplicare al acestor ordine, dar și limitele de aplicare, fiind expres menționat că prin ordinele comune amintite trebuia să fie aprobat modelul formularului și apoi să regăsim instrucțiuni referitoare la modul de completare a declarației, cum de altfel reiese din diversele rubrici din anexa nr. 6 în care sunt indicate: termenul până la care se depune, perioada de

raportare, datele de identificare ale plătitorului, denumirea obligației fiscale ș.a.

De altfel, anexa nr. 1.1. de la anexa nr. 6 denumită „Date privind angajatorii care aplică prevederile art. 60 pct. 5 din Codul fiscal” începe să explice care sunt informațiile care trebuie completate de angajatorii care aplică prevederile art. 60 pct. 5 din Codul fiscal, enumerând ce ar trebui completat în fiecare casetă.

Așadar, legiuitorul secundar (cele 3 ministere) trebuia să se oprească aici, acestea fiind și limitele și domeniul reglementării acestor acte normative.

Însă nu a făcut-o și a continuat cu nota citată mai sus prin care nu mai oferă instrucțiuni de completare a Declarației 112, ci reglementează aspecte care țin de modul de stabilire a cifrei de afaceri (fără a discuta aici că și președintele CNSP și-a depășit atribuțiile).

Astfel că cele 3 ministere încalcă competența stabilită de către legiuitorul primar prin Codul fiscal, deoarece prin art. 60 pct. 5 lit. e) din Codul fiscal este atribuită președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză competența de a stabili mecanismul de calcul al cifrei de afaceri, așadar competența exclusivă altui organ.

Prin nota adoptată, cei 3 pârâți au acționat cu exces de putere, fiind întrunită ipoteza normei legale cuprinsă în art. 2 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 554/2004, pârâții încalcând limitele competenței atribuite de legiuitor, cu efecte directe asupra situației fiscale a reclamantei, cu efecte vătămătoare pentru reclamantă.

Așadar, cele 3 ministere sunt organe necompetente în această materie, au încălcat însăși norma de stabilire a competenței din cuprinsul Codului fiscal, asumându-și atribuțiile altui organ, astfel că nota indicată mai sus este nelegală și prin urmare ordinele sunt nelegale parțial.

Prin adoptarea „notei” din ordinele comune ministeriale se încalcă principiul legalității, se ignoră normele de tehnică legislativă și se încalcă principiul securității juridice. Ordinele comune ministeriale, acte normative inferioare, adaugă/modifică nepermis o condiție față de cele stipulate în Codul fiscal, act normativ superior.

În plus față de Ordinul nr. 239/2019, ordinele ministeriale mai adaugă că doar activitatea în construcții desfășurată pe teritoriul României este avută în vedere pentru stabilirea cifrei de afaceri realizate efectiv, iar pentru cifra de afaceri totală va fi avută în vedere și cea realizată în afara României.

Se încalcă așadar flagrant procesul de tehnică legislativă și principiul securității juridice.

Astfel, orice completare, modificare a art. 60 pct. 5 din Codul fiscal poate fi dispusă doar printr-un act normativ de același nivel sau de nivel superior celui asupra căruia se intervine, adică Codului fiscal adoptat prin lege, conform art. 58 alin. (3) din Legea nr. 24/2000.

Însă ordinele de ministru contestate sunt acte normative de nivel inferior Codului fiscal aprobat prin lege (act normativ emis de către Parlament), așadar nota din anexa 6 a acestor ordine este o normă nelegală care încalcă principiile de drept constituționale și legale referitoare la ierarhia normelor, procedura de tehnică legislativă referitoare la completarea actelor normative și însăși art. 60 pct. 5 lit. e) din Codul fiscal prin care delegarea este atribuită altui organ.

Legiuitorul secundar (cele 3 ministere) trebuia să se asigure că dispune măsuri de punere în executare a actului cu forță juridică superioară (Codul fiscal), că respectă prescripțiile prestabilite [prin art. 60 pct. 5 lit. d) Cod fiscal și art. 147 alin. (17) Cod fiscal], respectiv să aprobe formularul 112 și să explice cum se completează casetele, termenul de depunere a declarației ș.a., în așa fel încât să se asigure respectarea principiului legalității (care implică o subordonare necondiționată a actelor

normative date în executarea legii, față de ipoteza normativă stabilită în actul cu forță juridică superioară) și astfel încât să nu fie introduse/modificate cerințe de acordare a facilităților fiscale prin ordine ministeriale ale căror domeniu și limită de aplicare erau formularele ce trebuie depuse de contribuabili.

În plus, principiul de drept este că actul normativ de nivel inferior trebuie să fie emis în limitele și potrivit normelor care le guvernează, de nivel superior. Astfel, este încălcat principiul constituțional de la art. 1 alin. (5) din Constituție.

Reclamanta a apreciat ca relevante prevederile art. 4 alin. (3), art. 77 și art. 78 din Legea nr. 24/2000, iar atunci când se discută despre reproducerea unor dispoziții din actul superior, preluarea unor norme în actul inferior poate fi făcută numai pentru dezvoltarea ori detalierea soluțiilor din actul de bază, potrivit art. 16 alin. (4) din aceeași lege.

Ca atare, fiind acte emise numai pe bază și în executarea legilor, a hotărârilor și a ordonanțelor Guvernului, ordinele cu caracter normativ, așa cum sunt și ordinele comune nr. 2.814/1.536/1.806/2020, au sferă de reglementare limitată la cadrul stabilit de actele pe baza și în executarea cărora au fost emise și nu pot conține soluții care să contravină prevederilor acestora, contrar notei din anexa 6 la aceste ordine.

Chiar și dacă s-ar avea în vedere că se dorește, în plus față de cât a făcut-o Ordinul nr. 239/2019, clarificarea mecanismului de calcul al cifrei de afaceri, orice intervenție legislativă pentru clarificarea sensului unor norme legale se realizează numai printr-un act normativ interpretativ de același nivel cu actul vizat, conform art. 69 din Legea nr. 24/2000.

Deși nu e legală completarea cerințelor acordării facilităților fiscale prin nota din ordinele vizate, mai spunem că trebuie avute în vedere și dispozițiile art. 62 din Legea nr. 24/2000, care precizează că dispozițiile de modificare și de completare se încorporează, de la data intrării lor în vigoare, în actul de bază, identificându-se cu acesta. Or, este evident că dispoziția de completare indicată în notă lipsește din enumerarea de la art. 60 pct. 5 din Codul fiscal, așadar procesul legislativ a încălcat o altă normă de tehnică legislativă.

Este pe deplin aplicabil și aici argumentul privind existența proiectului de ordonanță de urgență pentru modificarea și completarea Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal și a Legii contabilității nr. 82/1991, prin care se pare că legiuitorul intenționează să modifice legea introducând condiția suplimentară (indicată în art. 6 la anexa la ordin) și explicațiile aferente printr-un act normativ de același nivel cu actul vizat (Codul fiscal) și care vor fi încorporate chiar în cuprinsul Codului fiscal.

Iar nu în ultimul rând, subliniază reclamanta, în sistemul român de drept, supremația Constituției și a legilor a fost ridicată la rang de principiu constituțional, așa cum prevede art. 1 alin. (5) din Constituție, citat mai sus. S-a instituit astfel o obligație generală, impusă tuturor subiecților de drept, inclusiv autorităților emitente ale ordinelor, care trebuie să se asigure că activitatea de emitere a unor acte normative se realizează în limitele și în concordanță cu Legea fundamentală și, totodată, să asigure calitatea legislației.

Având o structură complexă, principiul securității juridice exprimă, în esență, faptul că cetățenii trebuie protejați „contra unui pericol care vine chiar din partea dreptului, contra unei insecurități pe care a creat-o dreptul sau pe care acesta riscă s-o creeze”. Acest principiu a fost consacrat și a cunoscut o continuă îmbogățire în dreptul european, atât la nivel general comunitar, cât și în materia protecției drepturilor omului.

Principiul securității juridice asigură continuitate și stabilitate situațiilor create, impunând ca oricare lege sau act al administrației să fie clar, precis și cunoscut celor interesați, astfel încât aceștia să decidă în cunoștință de cauză, convinși că

drepturile născute sub imperiul unei legi nu vor fi retrase ori anulate de o lege ulterioară.

Or, prin nota din ordinele comune menite să aprobe un formular, în fapt pârâții au reglementat modul de acordare a facilităților fiscale (invocat de către echipa de inspecție fiscală în cazul reclamantei, deci cu impact juridic și fiscal) și este condiționată acordarea lor, fiind evident că se aduce atingere principiului securității juridice.

Prin urmare, nota contestată din cuprinsul ordinelor comune încălcă principiile de drept constituționale și legale referitoare la ierarhia normelor și procedura de tehnică legislativă referitoare la completarea/modificarea unor acte normative, principiul securității juridice, fiind necesară anularea textului atacat.

În final, reclamanta a făcut referire la cele statuate de Curtea de Justiție a Comunităților Europene referitoare la principiul securității juridice, respectiv că acesta face parte din ordinea juridică comunitară și trebuie respectat atât de instituțiile comunitare, cât și de statele membre, atunci când acestea își exercită prerogativele conferite de directivele comunitare.

De asemenea, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat în jurisprudența sa, de exemplu în *Cauza Marcks împotriva Belgiei*, 1979, importanța respectării principiului securității juridice, considerat ca fiind în mod necesar inerent atât dreptului Convenției, cât și dreptului comunitar.

În drept, s-au invocat prevederile art. 8, 10, 11 alin. (1) lit. a), b), art. 13 din Legea nr. 554/2004, art. 59, art. 194, art. 203, 293, art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă, Legea nr. 24/2000, art. 1 alin. (5), art. 16 alin. (2) din Constituția României și toate celelalte prevederi legale invocate în cuprinsul prezentei acțiuni.

Pârâțul Ministerul Muncii și Protecției Sociale a depus întâmpinare prin care a solicitat, în principal, respingerea acțiunii ca fiind îndreptată împotriva unei persoane fără calitate procesuală pasivă, iar în subsidiar ca fiind neîntemeiată (f. 121, vol. I).

Față de susținerile reclamantei, pârâțul invocă următoarele excepții:

1. Excepția inadmisibilității solicitării anulării în parte a celor două ordine, respectiv Ordinul ministrului finanțelor publice, ministrului muncii și protecției sociale și ministrului sănătății nr. 2.814/1.536/1.806/2020 și Ordinul ministrului finanțelor publice, ministrului muncii și protecției sociale și ministrului sănătății nr. 1.942/979/819/2020, având în vedere că acestea au fost abrogate.

Actele administrative deduse judecății nu mai erau în vigoare la data introducerii cererii de chemare în judecată și, în consecință, încetaseră efectele sale juridice, inclusiv efectele considerate de reclamantă ca fiind vătămătoare pentru sine.

Față de cele menționate, pârâțul solicită admiterea excepției inadmisibilității solicitării anulării în parte a celor două ordine și, respectiv, respingerea acțiunii ca fiind inadmisibilă.

2. Față de obiectul cererii de chemare în judecată, pârâțul invocă excepția lipsei calității procesuale pasive.

Astfel, potrivit HG nr. 81/2020 privind organizarea și funcționarea Ministerului Muncii și Protecției Sociale, cu modificările și completările ulterioare, MMPS se organizează și funcționează ca organ de specialitate al administrației publice centrale, cu personalitate juridică, în subordinea Guvernului. Ministerul Muncii și Protecției Sociale realizează politicile naționale, corelate cu cele la nivel european și internațional, în domeniul muncii, familiei, protecției sociale și persoanelor vârstnice, Ministerul Muncii și Protecției Sociale asigură coordonarea aplicării strategiei și politicilor Guvernului în domeniile muncii, familiei, protecției sociale și persoanelor vârstnice.

Raportul de drept procesual nu se poate lega valabil decât între titularii dreptului ce rezultă din raportul de drept material dedus judecării, calitatea procesuală pasivă fiind

Potrivit dispozițiilor art. 194 lit. c) din Codul de procedură civilă, partea reclamantă, fiind cea care a promovat acțiunea, avea obligația de a indica obiectul cererii de chemare în judecată, iar lit. d) al aceluiași articol impune arătarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază cererea.

Obiectul cererii de chemare în judecată, constând în pretenția concretă a părții reclamante, trebuie să îndeplinească anumite cerințe: să fie licit, să fie posibil și să fie determinat, identificat cu exactitate.

Având în vedere prevederile art. 17 alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 561/2009 pentru aprobarea Regulamentului privind procedurile, la nivelul Guvernului, pentru elaborarea, avizarea și prezentarea proiectelor de documente de politici publice, a proiectelor de acte normative, precum și a altor documente, în vederea adoptării/aprobării învedereăm onoratei instanțe investite cu judecarea fondului că MMPS nu este inițiatorul și doar a fost avizator al proiectelor celor două ordine contestate.

Astfel prin Adresa nr. 896.479/2020 înregistrată la Ministerul Finanțelor Publice și cu nr. 4.614/EC/05.10.2020 înregistrată la MMPS, prin grija autorității publice inițiatore proiectul Ordinului pentru aprobarea modelului, conținutului, modalității de depunere și de gestionare a „Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate” (formular 112) a fost transmis instituției însoțit de referatul de aprobare.

Reiese în mod indubitabil că față de obiectul cererii de chemare în judecată, respectiv nota din anexa 6 — Instrucțiuni de completare a formularului 112 Declarație privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate, pct. 11. Completarea declarației, anexa nr. 1.1 — Anexa angajator, Date privind angajatorii care aplică prevederile art. 60 pct. 5 din Codul fiscal, din Ordinul ministrului finanțelor publice, ministrului muncii și protecției sociale și ministrului sănătății nr. 2.814/1.536/1.806/2020 și Ordinul ministrului finanțelor publice, ministrului muncii și protecției sociale și ministrului sănătății nr. 1.942/979/819/2020, nu intră în sfera de competență a Ministerului Muncii și Protecției Sociale, făcând referire strictă la aspecte din aria de competență a Ministerului Finanțelor.

Așa fiind, față de petitul nr. 1—3, pârâțul solicită a se constata că prin actul administrativ cu caracter normativ se aprobă Metodologia privind mecanismul de calcul al cifrei de afaceri, respectiv Ordinul nr. 239/24.07.2019. Potrivit art. 1 alin. (2) din anexa la ordinul menționat se prevede că „Mecanismul de calcul al cifrei de afaceri prevăzut de prezența metodologie se aplică de către societățile înființate conform Legii nr. 31/1990 privind societățile, republicată, cu modificările și completările ulterioare, denumite în continuare *societăți*, care au înregistrat în actul constitutiv cel puțin unul din codurile menționate la art. 60 pct. 5 lit. a) din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare, denumit în continuare *Codul fiscal*, și care desfășoară efectiv activitate de construcții. Se aprobă Metodologia privind mecanismul de calcul al cifrei de afaceri, prezentată în anexă.”

Pe fondul cauzei, în ipoteza în care se înlătură excepția lipsei calității sale procesuale pasive, în legătură cu petitul 4 și 5, pârâțul precizează următoarele:

La adresa actelor administrative cu caracter normativ s-au adus critici de nelegalitate nefondate, fără să se țină cont de aplicabilitatea și destinatarii lor. Astfel s-a considerat oportun ca MMPS să intervină alături de MS și MFP la elaborarea unor proiecte de ordin comun. Raportat la oportunitatea modificării formularului de declarație 112, opinia pârâțului este că

elaborarea actelor administrative cu caracter normativ a fost determinată chiar de lege și celelalte acte normative ca urmare a modificărilor legislative adoptate de Parlamentul României și de Guvernul României, în domeniul protecției sociale, în contextul situației epidemiologice determinate de răspândirea coronavirusului SARS-CoV-2, precum și a celor din domeniul legislației fiscale, în sensul adaptării corespunzătoare a modelului și conținutului formularului 112 „Declarație privind obligațiile de plată a contribuțiilor.”

Declarația privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate cuprinde atât informații privind obligațiile fiscale ale contribuabililor, cât și informații necesare stabilirii prestațiilor sociale potrivit legislației specifice, acordate de C.N.P.P., C.N.A.S, A.N.O.F.M. și A.N.P.I.S. În acest sens se impunea adoptarea formularului, ținând seama de anumite modificări.

Se poate constata necesitatea elaborării proiectelor de ordin ca urmare a modificărilor legislative adoptate de Parlamentul României și de Guvernul României, în domeniul protecției sociale, în contextul situației epidemiologice determinate de răspândirea coronavirusului SARS-CoV-2, precum și a celor din domeniul legislației fiscale, în sensul adaptării corespunzătoare a modelului și conținutului formularului 112 „Declarație privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate” și a instrucțiunilor de completare a acestuia. Pentru considerentele expuse anterior, rugăm onorată instanță să admită excepția lipsei calității procesuale pasive, să respingă acțiunea ca fiind introdusă împotriva unei persoane fără calitate procesuală pasivă și să dispună scoaterea din cauză a MMPS.

De asemenea, pârâțul solicită respingerea ca neîntemeiat a capătului de cerere prin care reclamanta solicită obligarea sa la plata cheltuielilor de judecată, în acord cu dispozițiile art. 451 alin. (1) și (2) din Codul de procedură civilă.

În cazul în care reclamanta va cădea în pretenții, pârâțul solicită instanței să aibă în vedere dispozițiile art. 447 din Codul de procedură civilă, iar în cazul în care se face dovada cheltuielilor de judecată, să țină cont de dispozițiile art. 452 din același cod, coroborat cu art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă, să procedeze la cenzurarea cuantumului cheltuielilor de judecată solicitate, în raport de complexitatea dosarului, munca îndeplinită de avocat și termenele acordate în cauză. Instanța nu va acorda părții care a câștigat procesul cheltuieli care au fost necesare sau care au avut o valoare disproporționată în raport cu valoarea cererii.

În consecință, având în vedere toate considerentele expuse, pârâțul solicită admiterea excepțiilor invocate și respingerea acțiunii ca fiind îndreptată împotriva unei persoane fără calitate procesuală pasivă în cauză în ceea ce privește Ministerul Muncii și Protecției Sociale și în subsidiar ca fiind neîntemeiată.

Pârâta COMISIA NAȚIONALĂ DE STRATEGIE ȘI PROGNOZĂ a depus întâmpinare prin care a solicitat respingerea acțiunii reclamantei ca neîntemeiată și nefondată (f. 1, vol. II).

Cu privire la petitul 1 al acțiunii, respectiv ca instanța să constate inexistența Ordinului președintelui CNSP nr. 239/2019 ca și consecință a nepublicării acestuia în Monitorul Oficial, pârâta solicită respingerea acestui capăt de cerere întrucât ordinul a fost dat cu respectarea prevederilor legale incidente.

Astfel, criticile reclamantei nu pot fi avute în vedere, întrucât în prezenta cauză este aplicabil principiul juridic în care norma specială derogă de la norma generală, O.U.G. nr. 43/2019 care modifică Legea nr. 227/2015 fiind, în speță, norma specială, iar Legea nr. 24/2000 fiind norma generală, iar ambele acte normative sunt acte normative de nivel primar, având același rang de reglementare.

Mai mult, în situația în care legiuitorul ar fi stabilit ca ordinul președintelui CNSP să fie publicat atât în Monitorul Oficial, cât și pe site-ul instituției, în interiorul sintagmei „... care se va publica pe site-ul instituției” ar fi folosit conjuncția coordonatoare „și”, fapt ce ar fi exclus aplicarea principiului *Specialia generalibus derogant*, principiu ce se aplică în speță.

Totodată, precizează pârâta, reclamanta avea cunoștință de faptul că ordinul de stabilire a mecanismului de calcul al cifrei de afaceri va fi publicat pe site-ul său CNSP, întrucât acest lucru este prevăzut în Codul fiscal, lege publicată în Monitorul Oficial și pe care aceasta a avut-o ca bază la calculul facilităților fiscale.

Acest fapt este confirmat de reclamantă în cererea de chemare în judecată și în documentele care o însoțesc, întrucât aceasta recunoaște că și-a calculat facilitatea fiscală potrivit prevederilor art. 60 pct. 5 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, deci chiar articolul care reglementează la lit. e) obligația CNSP de a publica pe site-ul propriu ordinul privind mecanismul de calcul al cifrei de afaceri.

Faptul că la calcularea facilităților fiscale reclamanta nu a ținut cont de prevederile Ordinului nr. 239/2019, nu ne poate fi imputat și nu poate atrage inexistența ordinului.

Dacă ar fi dovedit bună-credință, anterior calculării facilităților fiscale, reclamanta ar fi trebuit să consulte site-ul instituției noastre, unde găsea afișat Ordinul CNSP nr. 239/2019, așa cum impunea CNSP lit. e) pct. 5 din art. 60 din Codul fiscal — Legea nr. 227/2015.

Mai mult, după intrarea în vigoare a pct. 5 din art. 60 din Codul fiscal — Legea nr. 227/2015, reclamanta nu putea să își calculeze facilitățile fiscale decât după mecanismul de calcul al cifrei de afaceri stabilit prin Ordinul președintelui CNSP; în caz contrar, orice facilitate acordată după un alt mod de calcul nu respectă legea, respectiv Codul fiscal.

În același raționament, pârâta menționează că în situația în care era nemulțumită de conținutul lit. e) pct. 5 din art. 60 din Codul fiscal care prevedea obligația postării pe site a ordinului președintelui CNSP pentru mecanismul de calcul al cifrei de afaceri, aceasta avea posibilitatea atacării acestei norme speciale.

Faptul că reclamanta a ignorat aplicarea prevederilor Ordinului CNSP nr. 239/2019 nu înseamnă că acesta nu există și nu producea efecte juridice.

Pârâta consideră că ar fi putut fi ținută responsabilă doar în situația în care acest ordin nu ar fi fost emis și nu ar fi fost publicat pe site-ul instituției, cum prevedea norma specială, dar pentru faptul că reclamanta nu l-a aplicat este direct responsabilă.

Pentru toate aceste motive, solicităm să respingeți primul capăt de cerere al reclamantei și să constatați că Ordinul președintelui CNSP nr. 239/2019 există și produce efecte juridice.

Cu privire la cel de-al doilea petit al cererii de chemare în judecată, respectiv constatarea nulității Ordinului președintelui CNSP nr. 239/2019, ca și consecință a nepublicării în Monitorul Oficial, pârâta solicită respingerea acestuia, pentru motivele, în principal, expuse pe larg la punctul 1 din prezența întâmpinare.

De altfel, dacă ar fi dorit să respecte prevederile actului administrativ, reclamanta, care cunoștea prevederile pct. 5 al art. 60 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, deci, în mod cert cunoștea că acesta trebuie publicat pe site-ul CNSP, unde putea să îl acceseze, la fel cum o face și cu actele care sunt publicate în Monitorul Oficial.

Faptul că Ordinul președintelui CNSP nr. 239/2019 era un document public, la care poate avea acces orice persoană interesată, este dovedit și de înscrisurile pe care le anexăm cu privire la faptul că acesta a fost publicat pe site-ul CNSP în data de 24.07.2021, data emiterii acestuia.

Astfel, pârâta susține că a respectat prevederea legală specială care îi impunea, în mod expres, publicarea ordinului pe site-ul propriu, facilitățile fiscale putând fi calculate prin raportare la prevederile stabilite prin acesta.

Dar, a calcula facilități fiscale potrivit punctului 5 al art. 60 din Codul fiscal, fără a ține cont și de prevederile lit. e) a aceluiași punct 5, dovedește faptul că reclamanta, de fapt, nu a dorit să țină cont de prevederile Ordinului nr. 239/2019.

Cu privire la petitul al treilea al cererii de chemare în judecată, referitor la anularea art. 6 din anexa Ordinului președintelui CNSP nr. 239/2019, pârâta solicită respingere acestuia pentru următoarele motive:

La adoptarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 43/2019, legiuitorul a avut în vedere, așa cum rezultă din preambulul acesteia, necesitatea clarificării măsurilor de sprijin al sectorului construcțiilor și a modului în care se determină cifra de afaceri pentru societățile care beneficiază de sprijin, ca urmare a Acordului cu Federația Patronatelor din Construcții și măsurilor prevăzute de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 114/2018 privind instituirea unor măsuri în domeniul investițiilor publice și a unor măsuri fiscal-bugetare, modificarea și completarea unor acte normative și prorogarea unor termene, cu modificările și completările ulterioare. În primele 4 luni din 2019 volumul lucrărilor de construcții a înregistrat o dinamică record după criză, respectiv de 17,8%; în luna aprilie 2019 lucrările de construcții s-au majorat cu 33,4% față de aprilie 2018.

Pentru ca aceste rezultate să se mențină s-a considerat necesar să se clarifice măsurile de sprijin al sectorului construcțiilor și modul în care se determină cifra de afaceri pentru societățile care beneficiază de sprijin.

În cazul neadoptării acestor măsuri, sectorul construcțiilor ar fi putut avea o contribuție negativă la crearea produsului intern brut, așa cum s-a înregistrat în ultimii ani, cu repercusiuni directe asupra nivelului de trai.

Astfel, rezultă, indubitabil, că actul normativ de prim nivel, respectiv ordonanța de urgență, statua măsurile de sprijin acordate sectorului construcțiilor.

Totodată, la fundamentarea acestuia, s-a avut în vedere că pe parcursul implementării măsurilor de sprijin al sectorului construcțiilor statuate prin modificarea art. 60 din Legea nr. 227/2015 privind Codul Fiscal, cu modificările și completările ulterioare, au reieșit o serie de disfuncționalități, îndeosebi cu privire la modul în care se determină cifra de afaceri pentru societățile care beneficiază de sprijin, nefiind reglementată situația societăților comerciale nou-înființate, respectiv înregistrate la registrul comerțului începând cu luna ianuarie 2019 și pentru că nu se preciza posibilitatea stabilirii unui mecanism unitar de calcul al cifrei de afaceri pe baza căreia să se aplice facilitățile fiscale.

Mai mult, la adoptarea actului normativ primar s-a avut în vedere și impactul socioeconomic ce urma să îl aibă acordarea acestor măsuri de sprijin și a rezultat că acesta este un impact pozitiv, întrucât vor fi stimulate investițiile și creșterea economică sustenabilă și, de asemenea, volumul de activitate din sectorul construcțiilor se va majora și implicit contribuția acestei ramuri la crearea produsului intern brut.

Având în vedere aceste motive, rezultă indubitabil că Ordinul președintelui CNSP nr. 239/2019 a fost emis cu respectarea strictă a actului normativ pe care s-a întemeiat, neaducând niciun fel de adăugire la lege, ci doar explicitând ceea ce a fost statuat prin Ordonanța nr. 43/2019 cu privire la măsurile de sprijin pentru sectorul construcțiilor.

Cu privire la cheltuielile de judecată pretinse de reclamantă, pârâta solicită a se constata că acestea nu pot fi reținute în sarcina sa, întrucât nu are nicio culpă, respectiv nu a creat niciun prejudiciu reclamantei, iar faptul că aceasta a refuzat să aplice prevederile Ordinului nr. 239/2019 o face direct responsabilă pentru toate cheltuielile pe care le-a antamat.

Pârâtul MINISTERUL SĂNĂTĂȚII a depus întâmpinare prin care a invocat excepția prematurității acțiunii, excepția lipsei de interes și excepția lipsei calității sale procesuale pasive, iar pe fondul cauzei, respingerea cererii de chemare în judecată ca neîntemeiată (f. 106, vol. II).

În prealabil, pârâtul susține că reclamanta avea obligația de a formula plângere prealabilă împotriva ordinelor contestate înainte de a se adresa instanței.

Reclamanta arată prin cererea de chemare în judecată că a formulat plângere prealabilă împotriva ordinelor, fiind transmisă prin poștă la data de 23.09.2021.

Pârâtul învederează că la data de 29.09.2021 a fost înregistrat pe rolul Curții de Apel Cluj Dosarul nr. 690/33/2021. Dacă susținerile reclamantei sunt reale, înseamnă că acțiunea este prematur introdusă.

Pentru aceste motive și având în vedere că reclamanta nu face dovada formulării plângerii prealabile, pârâtul solicită respingerea cererii de chemare în judecată ca inadmisibilă pentru lipsa plângerii prealabile.

Referitor la prematuritatea acțiunii, pârâtul arată că, prin cererea de chemare în judecată, reclamanta arată că până la momentul înregistrării acțiunii nu a primit un răspuns la plângerile transmise, însă având în vedere că actele normative contestate au intrat în circuitul civil și au produs efecte juridice considerăm că răspunsul negativ al pârâților este previzibil. Mai precizează că are în vedere și dispozițiile art. 7 alin. (5) din Legea nr. 554/2004 care reglementează o excepție de la caracterul obligatoriu al procedurii prealabile (pentru actele administrative care nu mai pot fi revocate întrucât au intrat în circuitul civil și au produs efecte juridice), însă a preferat să parcurgă procedura prealabilă și să evite posibile discuții având în vedere că la acel moment nu exista o practică unitară referitoare la acest aspect.

De reținut că prematuritatea nu intervine în cazul în care nu s-a realizat procedura prealabilă obligatorie prevăzută de lege.

Invocând dispozițiile art. 11 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, pârâtul susține că în cauză nu se poate reține existența unui refuz nejustificat de a soluționa o cerere în condițiile în care data sesizării instanței de judecată este 29.09.2021, iar reclamanta afirmă faptul că a formulat plângere prealabilă la data de 23.09.2021.

În temeiul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, numai persoana nemulțumită de răspunsul primit la plângerea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 2 alin. (1) lit. h) poate avea deschisă calea unei acțiuni în fața instanței, atunci când persoana vătămată reclamă refuzul nejustificat.

În cauză nu se verifică niciuna dintre cele două ipoteze ale tezei întâi din art. 8 alin. (1) din Legea nr. 554/2004. De asemenea, reclamanta nu a respectat prevederile art. 2 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ și nu a așteptat trecerea termenului de 30 de zile, pentru a introduce acțiunea în contencios administrativ.

În lipsa refuzului Ministerului Sănătății de a soluționa cererea în condițiile art. 2 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ cererea de chemare în judecată a reclamantei este prematur formulată.

Astfel, în acord cu dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 554/2005 a contenciosului administrativ, reclamanta avea obligația de a formula plângere prealabilă împotriva ordinelor contestate înainte de a se adresa instanței.

Mai precizează pârâtul că fără a face dovada, reclamanta arată prin cererea de chemare în judecată că a formulat plângere prealabilă împotriva ordinelor, fiind transmisă prin poștă la data de 23.09.2021. La data de 29.09.2021 a fost înregistrat pe rolul Curții de Apel Cluj Dosarul nr. 690/33/2021.

Față de cele arătate, pârâtul solicită admiterea excepției prematurității acțiunii.

Referitor la excepția lipsei de interes, pârâtul invocă dispozițiile art. 33 din Codul de procedură civilă și având în vedere că unele acte administrative a căror anulare o solicită reclamanta și-au produs efectele, precum și faptul că unele au fost deja modificate, respectiv abrogate, interesul nu este determinat, născut și actual. Interesul trebuie să fie legitim, adică conform cu regulile de conviețuire socială sau cu legea, deci să nu încalce prevederile art. 11 NCC.

Exercitarea unui drept subiectiv fără interes legitim, deci împotriva scopului său recunoscut de lege, constituie un abuz de drept, care trebuie sancționat [art. 12 alin. (2) NCCP].

Or, având în vedere că reclamanta din prezenta cauză solicită anularea unor acte administrative cu caracter normativ ale căror prevederi le-a încălcat, iar tocmai datorită încălcării prevederilor legale au fost stabilite obligații fiscale suplimentare în sarcina reclamantei în cuantum total de 1.215.471 lei, iar baza impozabilă stabilită suplimentar este în cuantum de 15.908.564 lei, interesul nu este legitim.

Nici cea de-a treia condiție care vizează interesul personal nu este îndeplinită atât timp cât nu este dovedit. Interesul trebuie să fie personal, în sensul că folosul practic trebuie să îl vizeze pe cel care recurge la forma procedurală, iar nu pe altcineva.

Pentru aceleași motive, pârâtul invocă și prevederile art. 8 din Legea nr. 554/2004 — Legea contenciosului administrativ și fiscal.

Pârâtul învederează instanței că reclamanta susține că a invocat prin acțiunea formulată un interes privat, *in concreto*, acela de a i se transmite informațiile solicitate.

Cele relatate de către reclamantă prin acțiune nu au nicio justificare pentru anularea actelor administrative cu caracter normativ. Astfel, reclamanta dorește obținerea unei soluții favorabile pentru a fi scutită de la plata obligațiilor fiscale stabilite de inspecția fiscală. Este inadmisibil ca interesul propriu să primeze în detrimentul interesului colectiv.

Pentru aceste motive, pârâtul solicită respingerea cererii de chemare în judecată ca lipsită de interes.

Referitor la excepția lipsei calității sale procesuale pasive, pârâtul invocă dispozițiile art. 11 din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu cele ale art. 36 teza I din Codul de procedură civilă, în raport cu care arată că din cererea de chemare în judecată nu reiese calitatea de pârât a Ministerului Sănătății, altfel spus nu este justificată calitatea sa procesuală pasivă. Legitimarea procesuală reprezintă o condiție ce trebuie să fie îndeplinită în orice proces civil, indiferent de obiectul acestuia.

Reclamanta solicită anularea unor acte administrative cu caracter normativ al căror emitent nu este Ministerul Sănătății, ci Comisia Națională de Strategie și Prognoză (Ordinul președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză nr. 239 din 24.07.2019 pentru aprobarea metodologiei privind mecanismul de calcul al cifrei de afaceri) și Ministerul Finanțelor Publice (Ordinul nr. 2.814/1.536/1.806/2020 și Ordinul nr. 1.942/979/819/2020).

Dreptul pretins de reclamantă trebuie să își poată obține recunoașterea sau realizarea în contradictoriu cu persoana chemată în judecată sau pârâtul trebuie să fie partea obligată la o anumită conduită în raport cu dreptul reclamantului.

Pârâtul invocă dispozițiile art. 17 alin. 3 din H.G. nr. 561/2009 pentru aprobarea Regulamentului privind procedurile, la nivelul Guvernului, pentru elaborarea, avizarea și prezentarea proiectelor de documente de politici publice, a proiectelor de acte normative, precum și a altor documente, în vederea adoptării/aprobării și precizează că a primit de la Ministerul Finanțelor Publice proiectul Ordinului pentru aprobarea modelului,

conținutului, modalității de depunere și de gestionare a „Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate” împreună cu referatul de aprobare.

Ministerul Sănătății a avut calitatea de cointerlocutor doar pentru anumite domenii de competență. Normele a căror anulare o cere reclamanta nu intră în domeniul de competență al Ministerului Sănătății. Astfel cum se poate observa, normele reglementează determinarea ponderii de 80% din cifra de afaceri realizată efectiv din activitatea de construcții, iar entitățile vor avea în vedere numai veniturile din activitatea desfășurată pe teritoriul României.

Temeiul Ordinului nr. 2.814/1.536/1.806/2020 și Ordinului nr. 1.942/979/819/2020 este art. 147 alin. (17) din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare. Punerea în aplicare a Codului fiscal se face de către Ministerul Finanțelor Publice și nu intră în sfera de reglementare a Ministerului Sănătății.

În justificarea admiterii excepției lipsei calității sale procesuale pasive, pârâtul invocă prevederile art. 4 alin. (3) și art. 77 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, actele normative date în executarea legilor, ordonanțelor sau a hotărârilor Guvernului se emit în limitele și potrivit normelor care le ordonă, cu referire și la art. 4 din H.G. nr. 144/2010 privind organizarea și funcționarea Ministerului Sănătății, astfel că solicită admiterea acesteia.

Pe fondul cauzei, pârâtul arată că din cererea de chemare în judecată nu reiese nelegalitatea Ordinului nr. 2.814/1.536/1.806/2020 și Ordinului nr. 1.942/979/819/2020.

Pârâtul învederează că Ordinul comun nr. 1.942/979/819/2020, precum și Ordinul comun nr. 2.814/1.536/1.806/2020 sunt date în conformitate cu Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative și cu dispozițiile O.U.G. nr. 43/2019 pentru modificarea și completarea unor acte normative care privesc stabilirea unor măsuri în domeniul investițiilor.

La adoptarea O.U.G. nr. 43/2019 pentru modificarea și completarea unor acte normative care privesc stabilirea unor măsuri în domeniul investițiilor, legiuitorul a avut în vedere, după cum rezultă din expunerea de motive, necesitatea clarificării măsurilor de sprijin al sectorului construcțiilor și a modului în care se determină cifra de afaceri pentru societățile care beneficiază de sprijin, ca urmare a Acordului cu Federația Patronatelor din Construcții și măsurilor prevăzute de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 114/2018 privind instituirea unor măsuri în domeniul investițiilor publice și a unor măsuri fiscal-bugetare, modificarea și completarea unor acte normative și prorogarea unor termene, cu modificările și completările ulterioare.

În primele 4 luni din 2019 volumul lucrărilor de construcții a înregistrat o dinamică record după criză, respectiv de 17,8%; în luna aprilie 2019 lucrările de construcții s-au majorat cu 33,4% față de aprilie 2018. Pentru ca aceste rezultate să se mențină s-a considerat necesar să se clarifice măsurile de sprijin al sectorului construcțiilor și modul în care se determină cifra de afaceri pentru societățile care beneficiază de sprijin.

În cazul neadoptării acestor măsuri, sectorul construcțiilor ar fi putut avea o contribuție negativă la crearea produsului intern brut, așa cum s-a înregistrat în ultimii ani, cu repercusiuni directe asupra nivelului de trai.

Actul normativ de prim nivel, respectiv ordonanța de urgență, statua măsurile de sprijin acordate sectorului construcțiilor.

De asemenea la fundamentarea acestuia s-a avut în vedere că pe parcursul implementării măsurilor de sprijin al sectorului construcțiilor statuate prin modificarea art. 60 din Legea nr. 3.227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare, au reieșit o serie de disfuncționalități, îndeosebi cu privire la modul în care se determină cifra de afaceri pentru societățile care beneficiază de sprijin, nefiind reglementată

situația societăților comerciale nou-înființate, respectiv înregistrate la registrul comerțului începând cu luna ianuarie 2019 și pentru că nu se preciza posibilitatea stabilirii unui mecanism unitar de calcul al cifrei de afaceri pe baza căreia să se aplice facilitățile fiscale.

Față de cele arătate, este evident că ordinele contestate au fost emise cu respectarea strictă a actului normativ pe care s-au încheiat, neaducând niciun fel de adăugare la lege, ci doar explicitând ceea ce a fost statuat prin Ordonanța nr. 43/2019 cu privire la măsurile de sprijin pentru sectorul construcțiilor la nivel național.

Necesitatea elaborării proiectelor de ordin comun pentru aprobarea modelului, conținutului, modalității de depunere și de gestionare a Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate se impune ca urmare a modificărilor legislative adoptate de Parlamentul României și de Guvernul României, în domeniul protecției sociale, în contextul situației epidemiologice determinate de răspândirea coronavirusului SARS-CoV-2, precum și a celor din domeniul legislației fiscale, în sensul adaptării corespunzătoare a modelului și conținutului formularului 112 „Declarație privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate” și a instrucțiunilor de completare a acestuia.

Declarația privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate cuprinde atât informații privind obligațiile fiscale ale contribuabililor, cât și informații necesare stabilirii prestațiilor sociale potrivit legislației specifice acordate de C.N.P.P., C.N.A.S., A.N.O.F.M. și A.N.P.I.S.

Astfel, reclamanta a adus critici de nelegalitate nefondate, fără să țină cont de aplicabilitatea și destinatarii săi.

Raportat la oportunitatea modificării formularului de declarație 112, elaborarea actelor administrative cu caracter normativ a fost determinată de lege și celelalte acte normative ca urmare a modificărilor legislative adoptate de Parlamentul României și de Guvernul României, în domeniul protecției sociale.

Faptul că, la calcularea facilităților fiscale, reclamanta nu a ținut cont de prevederile ordinelor contestate nu poate fi imputat pârâților și nici nu poate atrage inexistența ordinelor.

După intrarea în vigoare a punctului 5 al art. 60 din Codul fiscal — Legea nr. 227/2015, reclamanta nu putea să își calculeze facilitățile fiscale decât după mecanismul de calcul al cifrei de afaceri stabilit prin Ordinul președintelui CNSP; în caz contrar, orice facilitate acordată după un alt mod de calcul nu respectă legea, respectiv Codul fiscal.

În situația în care reclamanta era nemulțumită de conținutul literiei e) punctul 5 din art. 69 Cod fiscal — Legea nr. 227/2015, care prevede obligația postării pe site a ordinului președintelui CNSP pentru mecanismul de calcul al cifrei de afaceri, aceasta avea posibilitatea atacării acestei norme speciale.

De asemenea, pârâtul a solicitat respingerea capătului de cerere cu privire la plata cheltuielilor de judecată, având în vedere faptul că pentru acordarea cheltuielilor procesuale este necesar să se dovedească culpa procesuală.

De asemenea, solicită instanței să țină cont de dispozițiile art. 452 și art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă și să procedeze la cenzurarea cuantumului cheltuielilor de judecată solicitate în raport cu complexitatea cauzei, munca îndeplinită de avocat și termenele acordate în cauză.

La data de 3.12.2021, reclamanta GEA REFRIGERATION ROMANIA — S.R.L. a depus note prin care a invocat sancțiunea decăderii față de lipsa depunerii întâmpinării de către pârâtul Ministerul Finanțelor Publice, precum și scurte aprecieri față de răspunsul la plângerea prealabilă trimis de acest pârât (f. 109, vol. III).

Cu privire la sancțiunea decăderii, reclamanta arată că, din cuprinsul dovezii de îndeplinire a procedurii de comunicare a

acțiunii, pârâtul a primit acțiunea și actele anexe în data de 6.10.2021.

Potrivit art. 201 alin. (1) NCPC și conform rezoluției instanței din 30.09.2021, pârâtul era obligat să depună întâmpinare în termen de 25 de zile de la comunicarea acțiunii. Acest termen s-a împlinit fără ca pârâtul să depună întâmpinare la dosar.

Or, conform art. 208 NCPC, întâmpinarea este obligatorie, iar nedepunerea acesteia în termenul legal atrage decăderea pârâtului din dreptul de a propune probe și invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel.

Așadar, la acest moment, având în vedere lipsa întâmpinării depuse în termenul legal (și nici măcar ulterior acestui termen), reclamanta solicită sancțiunea decăderii pârâtului.

Cu privire la răspunsul pârâtului la plângerea prealabilă, reclamanta precizează că a formulat contestație fiscală împotriva raportului de inspecție fiscală și a deciziei de impunere, care a fost respinsă ca neîntemeiată prin Decizia de soluționare nr. 378 din 19.11.2021, reclamanta precizând deopotrivă că va formula în termenul legal acțiune în anularea Deciziei de soluționare și a actelor administrativ-fiscale emise de organele fiscale.

Din cuprinsul notei contestate se poate observa că pârâtul reglementează un mod de aplicare a facilităților fiscale, mod detaliat de pârât care nu apare în Ordinul nr. 239/2019. Așadar, pârâtul nu aduce doar unele detalii și explicații privind un mod de acordare a facilităților fiscale care ar fi deja stipulat în Ordinul nr. 239/2019, ci prin detalierea adusă instituie înseși condiții de aplicare a scutirilor în domeniul construcțiilor, diferite de cerințele reglementate de Codul fiscal, dar diferite inclusiv de normele Ordinului nr. 239/2019.

Pentru a sublinia că nota contestată reglementează aspecte noi legate de condițiile de acordare a facilităților fiscale în domeniul construcțiilor, care nu au fost indicate în Ordinul nr. 239/2019, reclamanta precizează că dacă nu ar exista nota contestată din ordine, doar din textul Ordinului nr. 239/2019 nu reiese că pentru stabilirea indicatorului „cifra de afaceri realizată efectiv din activitatea de construcții” trebuie avute în vedere doar activitățile desfășurate pe teritoriul României. Așadar, acest ultim indicator este detaliat și aplicat ca atare de către organele fiscale și este cel care a determinat în cazul reclamantei recalcularea ponderii cifrei de afaceri de construcții în cifra de afaceri totală, cu consecința emiterii deciziei de impunere prin care s-a stabilit în sarcina sa o creanță fiscală principală în cuantum de 1.215.471 lei.

Așadar, pârâtul, prin adoptarea ordinelor, reglementează mai mult decât niște simple instrucțiuni de completare a formularului 112, nota contestată adăugând/modificând condițiile de acordare a facilităților fiscale prevăzute la art. 60 pct. 5 din Codul fiscal.

Reclamanta GEA REFRIGERATION ROMANIA — S.R.L. a formulat răspuns la întâmpinarea depusă de pârâta Comisia Națională de Strategie și Prognoză prin care a solicitat respingerea apărărilor pârâtei ca neîntemeiate (f. 120, vol. III).

În susținerea poziției procesuale arătată că, în ce privește înțelegerea relației dintre legea generală și legea specială și delimitarea acesteia din urmă, sunt relevante prevederile art. 15 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 24/2000. Așadar, în primul rând, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 43/2019 și Legea nr. 24/2000 nu cuprind reglementări din aceeași materie și nici de același nivel.

Prin O.U.G. nr. 43/2019 se aduc modificări și completări ale unor acte normative care privesc stabilirea unor măsuri în domeniul investițiilor, iar în speță interesează art. II prin care se modifică art. 60 pct. 5 din Codul fiscal privind cerințele de îndeplinit în domeniul construcțiilor pentru a beneficia de facilitățile fiscale. Legea nr. 24/2000 reglementează însă normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative. Așadar, materiile reglementate de cele 2 acte normative sunt distincte, nefiind nici măcar materii conexe.

Apoi, legea în sens restrâns, în speță Legea nr. 24/2000, reglementează cele mai importante raporturi sociale și are forță

juridică superioară tuturor celorlalte acte normative. Ordonanțele de urgență ale Guvernului trebuie însă să fie aprobate de Parlament pentru a avea putere de lege. Or, potrivit informațiilor publicate pe portalul Camerei Deputaților, proiectul de Lege privind aprobarea O.U.G. nr. 43/2019 (PL-x nr. 372/2019) nu este încă aprobat de Parlament, acesta fiind trimis pentru raport suplimentar la comisiile permanente ale Camerei Deputaților încă din luna martie 2021. Așadar, ne aflăm în fața a 2 acte normative de nivel diferit, Legea nr. 24/2000 fiind act normativ superior.

Afirmația pârâtei de la pag. 2 din care reiese că organul emitent al unui act normativ ar putea să abdice de la regula publicării actului în Monitorul Oficial prin simpla stipulare în textul aprobat că norma se publică doar pe un site al instituției este eronată, iar astfel de situații ar încălca grav ordinea de drept și principiul legalității reglementat de art. I alin. (5) și art. 16 alin. 2 din Constituție.

Faptul că reclamanta a luat cunoștință de existența acestui ordin sau că l-a referit vreodată nu îl face să fie aplicabil, să producă efecte juridice și nu acoperă nerespectarea procedurii de intrare în vigoare a acestuia. Dovada comunicării ordinului trebuie să rezulte din publicarea sa în Monitorul Oficial, conform normelor constituționale și de tehnică legislativă citate în acțiune, și nu se aplică principiul echipolenței, în sensul că dacă a știut de existența actului normativ acest fapt ar putea înlocui procedura legală de intrare a sa în vigoare și deci de a putea produce efecte juridice.

În opinia reclamantei, publicarea și pe site-ul instituției a acestui ordin nu o vatămă, astfel că nu avem motive să contestăm norma de la art. 60 pct. 5 litera e) din Codul fiscal, care stipulează și acest mod de publicare, astfel cum greșit consideră pârâta.

Reclamanta mai precizează că nu contestă nici publicarea ordinului pe site, însă acest mod de aducere la cunoștință nu este suficient.

Interpretarea prevederii legale care stipulează obligația publicării pe site-ul instituției poate fi doar aceea că, în plus față de publicarea în Monitorul Oficial (normală, care nu necesită o stipulație legală), se va face și o publicare pe site.

De asemenea, reclamanta GEA REFRIGERATION ROMANIA — S.R.L. a formulat răspuns și la întâmpinarea depusă de pârâta Ministerul Muncii și Protecției Sociale prin care a solicitat respingerea excepțiilor invocate de acesta, iar pe fond a solicitat înlăturarea tuturor apărărilor pârâtului ca neîntemeiate (f. 126, vol. III).

Cu privire la excepția inadmisibilității, reclamanta arată că pârâtul susține că atât ordinea comună nr. 1.942/979/819/2020, cât și ordinea comună nr. 2.814/1.536/1.806/2020 nu mai erau în vigoare la data introducerii acțiunii.

Pentru a combate susținerile pârâtului, reclamanta precizează că în acțiunea introductivă a arătat că ordinea nr. 1.942/979/819/2020 sunt abrogate, însă este falsă afirmația pârâtului că și ordinea comună nr. 2.814/1.536/1.806/2020 sunt abrogate, deoarece aceste ultime acte sunt în vigoare și în prezent.

Așadar, în raport cu ordinea comună nr. 2.814/1.536/1.806/2020 în vigoare la acest moment și față de motivele invocate de pârât, excepția inadmisibilității trebuie respinsă ca neîntemeiată *ab initio*, fără ca instanța să analizeze pe fond criticile excepției.

Cu privire la ordinea nr. 1.942/979/819/2020, pârâtul își susține excepția în raport cu faptul că, ordinea nefiind în vigoare, încetaseră efectele lor juridice, inclusiv efectele vătămătoare pentru reclamantă.

Contrar afirmațiilor pârâtului, susține reclamanta, atât ordinea comună nr. 1.942/979/819/2020, cât și ordinea comună nr. 2.814/1.536/1.806/2020 au fost invocate și aplicate de către organele fiscale în cursul inspecției fiscale, deci au produs efecte juridice în perioada în care au fost în vigoare, cu efect vătămător asupra sa, chiar dacă în prezent o parte din acestea sunt abrogate.

Or, chiar abrogate ordinele nr. 1.942/979/819/2020, abrogarea produce efecte pentru viitor, neafectând raporturile juridice născute în temeiul sau pe perioada în care au fost în vigoare. Nulitatea ordinelor, sancțiune cerută de reclamantă, spre deosebire de abrogare, produce în cazul său efecte retroactive de la data emiterii sale, prin urmare afectează raporturile juridice născute în baza lor pe perioada dintre emiterie și abrogare.

Reclamanta precizează că, în cuprinsul acțiunii în contencios administrativ de anulare a deciziei de soluționare emise de organul fiscal de soluționare a contestației fiscale, critica principală vizează nevalabilitatea/nelegalitatea ordinelor contestate în acest litigiu, iar o hotărâre judecătorească favorabilă care ar fi pronunțată în acest dosar va valida implicit critica sa din litigiul împotriva deciziei de soluționare și a actelor fiscale.

Precizează reclamanta că în cadrul litigiului împotriva actelor fiscale nu putem formula excepție de nelegalitate a ordinelor contestate aici, conform art. 4 alin. (4) din Legea nr. 554/2004.

Nota contestată din cuprinsul ordinelor indicate mai sus a avut și are efect deoarece se adaugă/modifică nepermis cerințele de acordare a facilităților fiscale în domeniul construcțiilor, cerințe care nu sunt reglementate în Codul fiscal, iar echipa de inspecției fiscale a invocat în actele administrativ-fiscale emise și nota din aceste ordine ca și cadrul legal, pe lângă Ordinul nr. 239/2019, care a influențat modul de stabilire a indicatorilor privind cifra de afaceri și a determinat ca ponderea cifrei de afaceri realizate efectiv din activitatea în construcții în cifra de afaceri totală să fie pentru unele perioade sub limita de 80%. În consecință, a determinat ca echipa de inspecție fiscală să stabilească obligații fiscale suplimentare în sarcina reclamantei în cuantum total de 1.215.471 lei, iar baza impozabilă stabilită suplimentar să fie în cuantum de 15.908.564 lei.

Așadar, reclamanta consideră că justifică un interes legitim privind constatarea nelegalității notei din cuprinsul ordinelor indicate, având în vedere că prin abrogarea ordinelor nr. 1.942/979/819/2020 nu s-au înlăturat și consecințele juridice ce s-au produs asupra situației fiscale a reclamantei pe perioada cât acestea au fost în vigoare, iar în acest sens a reținut și ICCJ într-o speță similară, precum și jurisprudența Curții de Justiție a Comunităților Europene, care a stabilit că acțiunea in justiției poate fi îndreptată și împotriva unui act care a fost deja pus în aplicare sau care a fost între timp abrogat, pentru că actul în cauză a putut produce efecte juridice care nu au fost înlăturate prin simpla lui abrogare, scopul acțiunii fiind obținerea unei hotărâri prin care emitentul să fie obligat să înlătore consecințele vătămătoare produse asupra reclamantului, precum și evitarea repetării în viitor a presupusei nelegalități.

În consecință, reclamanta solicită respingerea excepției inadmisibilității invocate de pârât.

Cu privire la invocarea de către pârât a excepției lipsei calității sale procesuale pasive, reclamanta apreciază că afirmațiile pârâtului nu sunt în măsură să conducă la admiterea excepției invocate, având în vedere că pârâtul Ministerul Muncii și Protecției Sociale este, alături de celelalte 2 ministere, emitentul actelor contestate în prezenta cauză, fiind așadar una din autoritățile publice care au emis și semnat actele administrative contestate, astfel cum este definit de art. 2 alin. (i) lit. c) din Legea nr. 554/2004. De altfel, chiar în Adresa nr. 896.479/2020, înregistrată la pârât cu nr. 4.614/EC/05.10.2020, proiectul de ordin este trimis la pârât în vederea semnării.

Legea nr. 554/2004 conține, în art. 2 alin. (1) lit. b), o definiție legală a noțiunii de autoritate publică, iar în acest sens s-a pronunțat și instanța supremă în jurisprudența sa.

Calitatea procesuală pasivă a organului emitent a fost exprimată și în jurisprudența altor instanțe, care au statuat că „Ceea ce determină capacitatea unei autorități publice de a sta în proces este abilitarea legală de a elibera un anume act administrativ”.

Conchizând, pârâtul este deopotrivă emitentul ordinelor comune nr. 1.942/979/819/2020 și al ordinelor comune nr. 2.814/1.536/1.806/2020, independent de cine a fost inițiatorul acestor proiecte legislative, având așadar calitate procesuală pasivă în cauză, astfel că se impune respingerea excepției lipsei calității procesuale pasive ca neîntemeiată.

Cu privire la celelalte apărări ale pârâtului, reclamanta susține că pârâtul nu invocă apărări care să aibă legătură cu acțiunea sa, motiv pentru care solicită înlăturarea tuturor apărărilor pârâtului ca neîntemeiate.

Pârâta ADMINISTRAȚIA JUDEȚEANĂ A FINANTELOR PUBLICE CLUJ în reprezentarea MINISTERULUI FINANTELOR a depus întâmpinare prin care a solicitat respingerea acțiunii reclamantei ca neîntemeiată (f. 1, vol. IV).

În ceea ce privește stabilirea de către organele de inspecție fiscală a sumelor suplimentare de plată în sarcina societății verificate, pârâta apreciază ca fiind elocvente dispozițiile art. 268 din Codul de procedură fiscală, cu modificările și completările ulterioare, societatea având posibilitatea contestării pe cale administrativă a actelor administrative întocmite de inspectorii fiscali în urma acțiunii de inspecție fiscală. Din documentația furnizată de reclamantă nu rezultă că societatea ar fi utilizat această cale de atac astfel încât să se evidențieze modul de aplicare a dispozițiilor legale privind acordarea facilităților fiscale prevăzute la art. 60 pct. 5 din Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare, precum și corelarea acestora cu celelalte acte normative care vin să le clarifice.

Cu privire la încălcarea principiului unicității reglementării care a condus la un paralelism normativ, prin preluarea în ordinul comun a detaliilor privind mecanismul cifrei de afaceri reglementat prin Ordinul C.N.S.P. nr. 239/2019, precum și condițiile de aplicare a facilităților fiscale acordate potrivit art. 60 pct. 5 din Codul fiscal, pârâta precizează că, așa cum menționează și reclamanta, în conformitate cu dispozițiile art. 147 alin. 17 din Codul fiscal, „modelul, conținutul, modalitatea de depunere și de gestionare a declarației prevăzute la alin. (1) sunt reglementate prin ordin comun al ministrului finanțelor publice, al ministrului muncii, familiei, protecției sociale și persoanelor vârstnice și al ministrului sănătății”.

În acest sens, rezultă că ordinul comun trebuie să conțină toate informațiile necesare completării corecte a Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate și, pentru aceasta, să asigure instrucțiuni pentru fiecare informație cuprinsă în actul normativ. De altfel, ordinul comun, conform competențelor acordate prin lege celor trei ministere care participă la elaborarea acestuia, clarifică modul de completare a declarației de mai sus fără a adăuga/modifica la lege. Este și motivul pentru care în instrucțiunile de completare sunt preluate din Ordinul C.N.S.P. nr. 239/2019 informațiile legate de stabilirea cifrei de afaceri, având în vedere faptul că acestea sunt necesare acordării facilităților fiscale reglementate în Codul fiscal și pe cale de consecință se declară în formularul 112.

Pe de altă parte, la art. 60 pct. 5 lit. d) și e) din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare, se precizează următoarele:

„d) scutirea se aplică potrivit instrucțiunilor la ordinul comun al ministrului finanțelor publice, al ministrului muncii și justiției sociale și al ministrului sănătății, prevăzut la art. 147 alin. (17), iar Declarația privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate reprezintă declarație pe propria răspundere pentru îndeplinirea condițiilor de aplicare a scutirii;

e) mecanismul de calcul al cifrei de afaceri prevăzut la lit. b), în vederea aplicării facilității fiscale, se va stabili prin ordin al președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză, care se va publica pe site-ul instituției;”.

La art. 6 din Metodologia privind mecanismul de calcul al cifrei de afaceri, aprobată prin Ordinul președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză nr. 239/2019, se fac precizări

cu privire la faptul că, „în cazul societăților care au sucursale, filiale sau puncte de lucru, calculul cifrei de afaceri se realizează pentru activitatea desfășurată pe teritoriul României la nivelul societății”. Or, din perspectiva ordinului comun, în care declararea cifrei de afaceri este obligatorie, în vederea aplicării scutirii, având ca teme prevederile lit. d) a art. 60 pct. 5 din Legea nr. 227/2015, cu modificările și completările ulterioare, s-a procedat la includerea în instrucțiunile de completare a formularului 112 a unor detalii privind indicatorul „cifra de afaceri”, venind astfel în sprijinul utilizatorilor formularului cu informații în acest sens. Subliniem faptul că textul notei contestate nu reprezintă o preluare identică a celui al art. 6 din Ordinul C.N.S.P. nr. 239/2019 și nici nu instituie alte condiții suplimentare pentru acordarea facilităților fiscale.

De altfel, potrivit dispozițiilor art. 14 alin. (2) din Legea nr. 24/2000, republicată, privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, se precizează că „(2) Un act normativ poate cuprinde reglementări și din alte materii conexe numai în măsura în care sunt indispensabile realizării scopului urmărit prin acest act”.

În contextul arătat, se poate constata că, în conformitate cu dispozițiile art. 14 alin. (2), principiul unicității reglementării nu a fost încălcat, întrucât simpla trimitere la art. 6 al Ordinului C.N.S.P. nr. 239/2019 nu este suficientă pentru ceea ce reprezintă obiectivul ordinului comun. De altfel, această preluare, care este departe de a reprezenta un paralelism legislativ, nu poate genera „un climat de incertitudine juridică generală generată de lipsa de claritate și de coerență a legislației aplicabile”, întrucât are ca scop tocmai explicitarea normei de trimitere.

În ceea ce privește încălcarea art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, pârâta consideră că argumentul este neîntemeiat întrucât, potrivit dispozițiilor art. 268 din Codul de procedură fiscală, orice persoană care se simte lezată în drepturile sale printr-un act administrativ are dreptul de a-l contesta.

Dispozițiile art. 16 alin. (1) din legea sus-amintită reglementează faptul că „(1) în procesul de legiferare este interzisă instituirea aceluiași reglementări în mai multe articole sau alineate din același act normativ ori în două sau mai multe acte normative. Pentru sublinierea unor conexiuni legislative se utilizează norma de trimitere”. Din analiza celor două texte rezultă că formularea notei contestate nu instituie aceeași reglementare ca cea existentă în Ordinul C.N.S.P. nr. 239/2019, deci la elaborarea instrucțiunilor de completare a formularului 112, respectiv a ordinului comun ministerele emitente au avut în vedere normele de tehnică legislativă și implicit nu au încălcat competențele acordate prin Codul fiscal, respectiv acelea de a stabili „modelul, conținutul, modalitatea de depunere și de gestionare a Declarației privind obligația de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate”, așa cum se reglementează în art. 147 alin. (17) din Codul fiscal.

Referitor la faptul că prin nota contestată se adaugă/modifică condițiile privind acordarea facilităților fiscale reglementate prin Codul fiscal, pârâta reiterează ideea că în Codul fiscal sunt reglementate condițiile cumulative necesare acordării facilităților fiscale, dar totodată în dispozițiile art. 60 pct. 5 lit. d) și e) ale aceluiași act normativ se prevede că pentru aplicarea scutirii se au în vedere instrucțiunile de completare a formularului 112, iar formula de calcul al cifrei de afaceri necesară verificării îndeplinirii condiției prevăzute la art. 60 lit. b) este cea din Ordinul C.N.S.P. nr. 239/2019.

În acest context, nota contestată nu adaugă/modifică condițiile de acordare a facilităților fiscale prevăzute la art. 60 pct. 5 din Codul fiscal.

În final, pârâta solicită respingerea capătului de cerere cu privire la plata cheltuielilor de judecată, întrucât pentru acordarea acestora este necesar să se dovedească culpa procesuală, or instituția nu se află în culpă procesuală.

În cazul în care se va face dovada cheltuielilor de judecată, pârâta solicită instanței să țină cont de dispozițiile art. 452 și ale art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă și să procedeze la cenzurarea cheltuielilor de judecată în raport cu complexitatea cauzei, cu termenele acordate în cauză și cu munca îndeplinită de avocat.

Analizând actele și lucrările dosarului, Curtea reține următoarele:

Prin Ordinul nr. 239 din 24 iulie 2019, emis de către președintele Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză, s-a aprobat metodologia privind mecanismul de calcul al cifrei. Acest act administrativ cu caracter normativ nu a fost publicat în Monitorul Oficial. Actul a fost publicat pe site-ul Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză.

Prin Ordinul nr. 1.942/979/819/2020 s-au aprobat modelul, conținutul și modalitatea de depunere și de gestionare a „Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate”. Ordinul a fost publicat în Monitorul Oficial nr. 426 din 19 mai 2020 și are ca emitenti pe MINISTERUL FINANTELOR PUBLICE (nr. 1.942 din 12 mai 2020), MINISTERUL MUNCII ȘI PROTECȚIEI SOCIALE (nr. 979 din 19 mai 2020) și MINISTERUL SĂNĂTĂȚII (nr. 819 din 14 mai 2020) conform programului de legislație LEGIS.

Prin Ordinul nr. 2.814/1.536/1.806/2020 s-au aprobat modelul, conținutul și modalitatea de depunere și de gestionare a „Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate”. Ordinul a fost publicat în Monitorul Oficial nr. 1005 din 29 octombrie 2020 și are ca emitenti pe MINISTERUL FINANTELOR PUBLICE (nr. 2.814 din 1 octombrie 2020), MINISTERUL MUNCII ȘI PROTECȚIEI SOCIALE (nr. 1.536 din 20 octombrie 2020) și MINISTERUL SĂNĂTĂȚII (nr. 1.806 din 21 octombrie 2020), conform programului de legislație LEGIS.

În baza art. 248 din Codul de procedură civilă, Curtea se va pronunța, cu prioritate, asupra excepțiilor invocate.

Astfel, după cum s-a arătat anterior, Ministerul Muncii și Protecției Sociale a invocat excepția inadmisibilității cererii de anulare în parte a ordinelor nr. 2.814/1.536/1.806/2020 și 1.942/979/819/2020, motivat de faptul că cele două acte sunt abrogate și excepția lipsei calității sale procesuale pasive. (f. 121, vol. I).

În ceea ce privește excepția lipsei calității sale procesuale pasive, instanța urmează a proceda la respingerea acesteia din următoarele considerente:

Calitatea procesuală presupune existența identității între părțile în proces și părțile raportului juridic de drept substanțial dedus judecătii (art. 36 din Codul de procedură civilă).

Prin cererea de chemare în judecată, reclamantul a solicitat, alături de cererea principală referitoare la anularea Ordinului președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză nr. 239/2019, și anularea a încă două acte administrative cu caracter normativ, emise de către pârâta Ministerul Muncii și Protecției Sociale.

În acest context pârâta Ministerul Muncii și Protecției Sociale își justifică calitatea procesuală pasivă în cauză, fiind parte în raportul de drept substanțial prin care se solicită anularea actelor administrative menționate.

Având în vedere aspectele enunțate în susținerea excepției, din perspectiva faptului că ministrul muncii și protecției sociale nu a fost inițiatorul, ci doar a vizat actul administrativ cu caracter normativ, curtea reține că pârâta își păstrează calitatea procesuală pasivă în cauză întrucât, după cum rezultă din conținutul actului administrativ parțial contestat, ministrul muncii și protecției sociale a semnat actul administrativ în calitate de emitent, nefiind făcută nicio mențiune cu privire la faptul că Ministerul Muncii și Protecției Sociale doar ar aviza actul administrativ normativ. Curtea are în vedere mențiunile existente în programul legislativ Legis unde M.M.P.S. este indicat ca emitent al actelor. Mai mult, pârâta nu a depus probe din care să rezulte o altă stare de fapt cu privire la aspectul acum analizat.

Împrejurarea că partea din actul administrativ ce s-a solicitat a fi anulată, respectiv nota din anexa 6 capitolul II subcapitolul IV secțiunea 1 din Ordinul nr. 2.814/1.536/1.806/2020 și nota din anexa nr. 6 capitolul 2 subcapitolul 1 secțiunea A din Ordinul nr. 1.942/979/819/2020, se referă la activități ce intră în sfera de competență a Ministerului Finanțelor nu prezintă relevanță din perspectiva calității procesuale pasive, justificat de faptul că, după cum s-a arătat anterior, rezultă cu puterea evidentei, din conținutul actului administrativ normativ publicat în Monitorul Oficial nr. 426/2020, pentru Ordinul nr. 1.942/979/819/2020, și Monitorul Oficial nr. 1005 din 29 octombrie 2020, pentru Ordinul nr. 2.814/1.536/1.806/2020, că pârâțul Ministerul Muncii și Protecției Sociale, prin ministru, a semnat actul în calitate de emitent.

În ceea ce privește excepția inadmisibilității anulării ordinelor nr. 2.814/1.536/1.806/2020 și nr. 1.942/979/819/2020 justificat de faptul că acestea au fost abrogate, Curtea reține excepția ca fiind neîntemeiată, din următoarele considerente:

În raport cu cele arătate de către reclamantă și probațiunea administrată, Curtea reține interesul legitim al reclamantei de a solicita anularea actului administrativ normativ menționat anterior.

Astfel, Curtea reține că prin cele două acte administrative a fost stabilită Metodologia de calcul al cifrei de afaceri, calcul criticat de către reclamantă și în privința căruia reclamanta susține că îi produce o vătămare.

În acest context, controlul de legalitate nu este rămas fără obiect, reclamanta justificând un interes legitim privat în constatarea nelegalității dispozițiilor menționate anterior.

În privința reclamantei a fost emisă decizia de impunere nr. F-CJ 493/2021 (f. 80, vol. I). Cele două ordine sunt menționate în actul fiscal de impunere, după cum rezultă din conținutul acestuia (pag. 1 din decizia de impunere).

Reclamanta a urmat procedura administrativă de contestare a actelor administrative, la dosar fiind depuse atât contestația administrativă, cât și decizia de soluționare a contestației nr. 378/2021 (f. 131 și f. 146, vol. III).

Ulterior acestui moment, reclamanta a formulat acțiune în anularea actelor administrative fiscale, întemeiată pe dispozițiile art. 281 alin. 2 din Codul de procedură fiscală, cererea de chemare în judecată fiind înregistrată în Dosarul nr. 5.199/117/2021 al Tribunalului Cluj (f. 1, vol. V).

Curtea reține că, atât în contestația administrativă, cât și în cererea de chemare în judecată, reclamanta a contestat modul de calcul al cifrei de afaceri în manieră identică cu motivele de anulare pe care le susține în privința ordinelor, în prezenta cerere de chemare în judecată.

Potrivit art. 2 alin. 1 lit. p) din Legea nr. 554/2004, interesul legitim privat reprezintă „posibilitatea de a pretinde o anumită conduită, în considerarea realizării unui drept subiectiv viitor și previzibil, prefigurată”.

În acest context, Curtea apreciază că se justifică interesul legitim privat al reclamantei, actele administrative întemeind, alături de alte acte, impunerea fiscală realizată în privința reclamantei și contestată de către aceasta într-o procedură judiciară aflată în curs de desfășurare. Raportul juridic născut în baza celor două ordine contestate își produce efectele și în prezent (raport juridic în desfășurare) în privința reclamantei, aspect ce justifică verificarea legalității acestora.

În acest context, Curtea a apreciat că se impune respingerea excepției inadmisibilității.

După cum s-a arătat anterior, pârâțul Ministerul Sănătății a invocat excepțiile prematurității acțiunii, a lipsei de interes și a lipsei calității sale procesuale pasive. (f. 106, vol. II).

Procedând la soluționarea acestor excepții, Curtea reține următoarele:

În ceea ce privește excepția prematurității cererii de chemare în judecată, raportat la faptul că reclamanta a introdus cererea de chemare în judecată înainte de a primi răspunsul la

plângerea prealabilă, curtea reține că excepția este nefondată din următoarele considerente:

Reclamantul a făcut dovada introducerii plângerii prealabile față de pârâțul Ministerul Sănătății, iar raportat la dovada depusă (f. 61, vol. I), privind data depunerii plângerii prealabile, 27.09.2021, și data introducerii cererii de chemare în judecată, 29.09.2021, acest din urmă act a fost depus în interiorul termenului de răspuns pentru plângerea prealabilă de 30 de zile, determinat potrivit art. 7 alin. 4 raportat la art. 2 alin. 1 lit. h) din Legea nr. 554/2004.

Curtea reține că teza avansată de către pârâț nu poate fi primită întrucât limitează, în mod nejustificat, accesul particularului la instanța de judecată, în materia contenciosului administrativ.

Mai apoi, Curtea nu a constatat existența unei norme legale care să stabilească, cu caracter imperativ, o sancțiune legală a acestei conduite procedurale.

Potrivit art. 11 alin. (5) din Legea nr. 554/2004, termenul de 6 luni pentru introducerea cererii de chemare în judecată, în funcție de momentele temporale menționate la alin. (1) al art. 11, este un termen de prescripție. În acest context, doar depășirea termenului de exercitare a dreptului prezintă relevanță.

În cauză, este cert că până la data soluționării prezentei nu s-a depus la dosar dovada privind răspunsul acestui pârâț la plângerea prealabilă formulată de către reclamantă.

În acest context, nu se poate admite ca accesul la instanța de judecată al părții să fie blocat până la momentul la care se primește un răspuns la plângerea prealabilă sau până la expirarea termenului de 30 de zile menționat la art. 11 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004.

Curtea reține că, în situația dată, actele administrative vătămătoare pentru reclamantă sunt cele două ordine, iar conform art. 1 alin. (1) și art. 8 din Legea nr. 554/2004, obiectul acțiunii în instanță este cererea de anulare a actului administrativ vătămător, și nu a răspunsului la plângerea prealabilă.

Curtea reține și aspectul referitor la faptul că art. 7 alin. (5) din același act normativ prevede că nu mai este necesară plângerea prealabilă în privința actelor administrative intrate în circuitul civil și care au produs efecte juridice.

Este cert că în privința ordinelor nr. 2.814/1.536/1.806/2020 și nr. 1.942/979/819/2020 cele două condiții sunt îndeplinite, întrucât în baza acestora au fost determinate obligațiile fiscale de plată, cele două acte normative fiind menționate în actele administrativ-fiscale contestate de către reclamantă, după cum s-a arătat anterior.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes, Curtea a procedat la respingerea acesteia, în considerarea aspectelor deja menționate anterior cu prilejul soluționării aceleiași excepții invocate de către Ministerul Muncii și Protecției Sociale. Curtea reține, în esență, că reclamanta justifică un interes personal și direct în anularea actelor administrative cu caracter normativ, în condițiile în care, în interiorul actelor administrative individuale, cu caracter fiscal, sunt menționate, ca temei al impunerii, actele administrative normative ce s-a solicitat a fi anulate.

Reclamantul Ministerul Sănătății își justifică calitatea procesuală pasivă în cauză în considerarea dispozițiilor art. 36 din Codul de procedură civilă, fiind parte în raportul juridic de drept substanțial dedus judecății, prin care se solicită, în acțiunea introductivă, anularea unor acte administrative cu caracter normativ la emiterea cărora a participat.

Curtea apreciază că nu prezintă relevanță argumentul susținut de către pârâț referitor la faptul că a avut calitatea de emitent doar pentru anumite domenii de competență, în condițiile în care, după cum s-a arătat anterior, așa cum rezultă din conținutul actului în forma publicată în Monitorul Oficial, actele administrative normative în discuție au fost semnate, alături de prim-ministru, și de către reprezentantul legal al Ministerului Sănătății, în calitate de emitent pentru întreg actul, și nu doar pentru o parte a acestuia.

În urma soluționării excepțiilor procesuale prin respingere, în cele ce urmează instanța va antama aspectele de fond ale cauzei, în considerarea conținutului petitelor formulate de către reclamantă, în ordinea acestora.

Astfel, în ceea ce privește cererile de constatare a inexistenței/nulității Ordinului nr. 239/2019 pentru aprobarea metodologiei privind mecanismul de calcul al cifrei de afaceri, ca urmare a nepublicării lui în Monitorul Oficial al României, Curtea reține următoarele:

prin art. II din O.U.G. nr. 43/2019 s-a modificat art. 60 din Codul fiscal, începând cu data de 22 iulie 2019, după cum urmează:

„Art. II.

La articolul 60 din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 688 din 10 septembrie 2015, cu modificările și completările ulterioare, punctul 5 se modifică și va avea următorul cuprins:

«5. persoanele fizice, pentru veniturile realizate din salarii și asimilate salariilor prevăzute la art. 76 alin. (1)—(3), în perioada 1 ianuarie 2019—31 decembrie 2028 inclusiv, pentru care sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

a) angajatorii desfășoară activități în sectorul construcții, care cuprind:

(i) activitatea de construcții definită la codul CAEN 41.42.43 — secțiunea F — Construcții;

(ii) domeniile de producere a materialelor de construcții, definite de următoarele coduri CAEN:

2312 — Prelucrarea și fasonarea sticlei plate;

2331 — Fabricarea plăcilor și dalelor din ceramică;

2332 — Fabricarea cărămizilor, țiglelor și altor produse

pentru construcții din argilă arsă;

2361 — Fabricarea produselor din beton pentru construcții;

2362 — Fabricarea produselor din ipsos pentru construcții;

2363 — Fabricarea betonului;

2364 — Fabricarea mortarului;

2369 — Fabricarea altor articole din beton, ciment și ipsos;

2370 — Tăierea, fasonarea și finisarea pietrei;

2223 — Fabricarea articolelor din material plastic pentru construcții;

1623 — Fabricarea altor elemente de dulgherie și tâmplărie pentru construcții;

2512 — Fabricarea de uși și ferestre din metal;

2511 — Fabricarea de construcții metalice și părți componente ale structurilor metalice;

0811 — Extracția pietrei ornamentale și a pietrei pentru construcții, extracția pietrei calcaroase, ghipsului, cretei și a ardeziei;

0812 — Extracția pietrișului și nisipului;

2351 — Fabricarea cimentului;

2352 — Fabricarea varului și ipsosului;

2399 — Fabricarea altor produse din minerale nemetalice n.c.a.;

(iii) 711 — Activități de arhitectură, inginerie și servicii de consultanță tehnică;

b) angajatorii realizează cifră de afaceri din activitățile menționate la lit. a) și alte activități specifice domeniului construcții în limita a cel puțin 80% din cifra de afaceri totală. Pentru societățile comerciale nou-înființate, respectiv înregistrate la registrul comerțului începând cu luna ianuarie a anului 2019, cifra de afaceri se calculează cumulativ de la începutul anului, inclusiv luna în care se aplică scutirea, iar pentru societățile comerciale existente la data de 1 ianuarie a fiecărui an se consideră ca bază de calcul cifra de afaceri realizată cumulativ pe anul fiscal anterior. Pentru societățile comerciale existente la data de 1 ianuarie a fiecărui an care au avut o cifră de afaceri din activitățile menționate la lit. a) realizată cumulativ pe anul fiscal anterior de peste 80% inclusiv, facilitățile fiscale se vor acorda pe toată durata anului în curs, iar pentru societățile comerciale existente la aceeași dată care nu realizează această limită minimă a cifrei de afaceri se va aplica

principiul societăților comerciale nou-înființate. Această cifră de afaceri se realizează pe bază de contract sau comandă și acoperă manoperă, materiale, utilaje, transport, echipamente, dotări, precum și alte activități auxiliare necesare activităților menționate la lit. a). Cifra de afaceri va cuprinde inclusiv producția realizată și nefacturată;

c) veniturile brute lunare din salarii și asimilate salariilor prevăzute la art. 76 alin. (1)—(3), realizate de persoanele fizice pentru care se aplică scutirea sunt calculate la un salariu brut de încadrare pentru 8 ore de muncă/zi de minimum 3.000 lei lunar. Scutirea se aplică pentru sumele din venitul brut lunar de până la 30.000 lei, obținut din salarii și asimilate salariilor prevăzute la art. 76 alin. (1)—(3), realizate de persoanele fizice. Partea din venitul brut lunar ce depășește 30.000 lei nu va beneficia de facilități fiscale;

d) scutirea se aplică potrivit instrucțiunilor la ordinul comun al ministrului finanțelor publice, al ministrului muncii și justiției sociale și al ministrului sănătății, prevăzut la art. 147 alin. (17), iar Declarația privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate reprezintă declarație pe propria răspundere pentru îndeplinirea condițiilor de aplicare a scutirii;

e) mecanismul de calcul al cifrei de afaceri prevăzut la lit. b), în vederea aplicării facilității fiscale, se va stabili prin ordin al președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză, care se va publica pe site-ul instituției».

Teza inexistenței/nulității actului este întemeiată de către reclamantă pe acest din urmă text legal, art. 60 pct. 5 lit. e), prin care s-a stabilit obligația de publicare a ordinului pe site-ul CNSP.

Raportat la aspectele arătate în cererea de chemare în judecată, din perspectiva dispoziției arătate, de publicare pe site, Curtea constată că Ordinul nr. 239/2019 nu este publicat în Monitorul Oficial, ci doar pe site-ul Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză.

Curtea reține că efectul nepublicării ordinului arătat în Monitorul Oficial este cel al nulității actului administrativ cu caracter normativ, din următoarele considerente:

Astfel, se reține ca un prim aspect cel referitor la faptul că Ordinul nr. 239/2019 este un act administrativ cu caracter normativ, emis de către o autoritate publică centrală.

În privința acestui act administrativ, cu caracter normativ, sunt incidente dispozițiile art. 11 alin. (1) din Legea nr. 24/2000, unde se prevăd următoarele: „(1) În vederea intrării lor în vigoare, legile și celelalte acte normative adoptate de Parlament, hotărârile și ordonanțele Guvernului, deciziile primului-ministru, actele normative ale autorităților administrative autonome, precum și ordinele, instrucțiunile și alte acte normative emise de conducătorii organelor administrației publice centrale de specialitate se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I.”

Excepțiile de la nepublicarea actului în Monitorul Oficial sunt cele menționate la alin. (2) al art. 11 din aceeași Lege, unde se arată următoarele: „(2) Nu sunt supuse regimului de publicare în Monitorul Oficial al României:

a) deciziile primului-ministru clasificate, potrivit legii;

b) actele normative clasificate, potrivit legii, precum și cele cu caracter individual, emise de autoritățile administrative autonome și de organele administrației publice centrale de specialitate.”

Un prim aspect reținut de Curte este cel al faptului că publicarea actului în Monitorul Oficial se realizează în vederea intrării în vigoare a actului normativ sau administrativ cu caracter normativ.

În același sens, art. 12 alin. (3) din Legea nr. 24/2000 prevede: „(3) Actele normative prevăzute la art. 11 alin. (1), cu excepția legilor și a ordonanțelor, intră în vigoare la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, dacă în cuprinsul lor nu este prevăzută o dată ulterioară. Atunci când nu se impune ca intrarea în vigoare să se producă la data publicării,

în cuprinsul acestor acte normative trebuie să se prevadă că ele intră în vigoare la o dată ulterioară stabilită prin text.”

Publicarea actului în Monitorul Oficial generează și îndeplinirea condiției publicității actului, respectiv de aducere la cunoștința publicului a conținutului unui nou act normativ.

Curtea reține că niciun alt mod de aducere la cunoștința publică a actului administrativ nu înlătură obligația de publicare în Monitorul Oficial și poate avea doar un caracter subsidiar, prin care se asigură o publicitate suplimentară actului în cauză, prin lărgirea ariei de cunoaștere, acesta fiind și sensul normei de la art. 60 pct. 5 lit. e) din Codul fiscal, ulterior modificării.

Curtea reține ca fiind relevante, din perspectiva aspectului acum analizat, cele arătate în Decizia nr. 513 din 24 septembrie 2019 a Curții Constituționale, publicată în Monitorul Oficial nr. 1011 din 16 decembrie 2019, respectiv paragrafele 24 până la 30, unde se arată următoarele:

„24. Referitor la sancțiunea nepublicării actelor normative, art. 108 alin. (4) din Constituție prevede că nepublicarea în Monitorul Oficial al României a hotărârilor și ordonanțelor adoptate de Guvern atrage inexistența acestora. De asemenea, Curtea reține că, potrivit art. 100 alin. (1) din Constituție, nepublicarea decretelor emise de Președinte atrage inexistența acestora.

25. Având în vedere acest context legislativ, Curtea constată că legiuitorul constituant a prevăzut expres sancțiunea inexistenței actului în caz de nepublicare doar pentru hotărârile și ordonanțele adoptate de Guvern, precum și pentru decretelor emise de Președinte. Art. 78 din Constituție prevede că legea intră în vigoare după data publicării în Monitorul Oficial al României, fără să prevadă expres sancțiunea pentru neîndeplinirea acestei obligații.

26. Curtea constată că, în cauză, actele cărora ar trebui, potrivit autorului excepției, să li se aplice sancțiunea inexistenței sunt ordine nepublicate ale ministrului afacerilor interne, iar nu decrete emise de Președintele României sau hotărâri și ordonanțe adoptate de Guvern, la care fac referire art. 100 și art. 108 alin. (4) din Legea fundamentală, astfel că aceste dispoziții constituționale, invocate de autorul excepției, nu au relevanță în cauza de față.

27. Curtea constată că faptul că legiuitorul infraconstituțional nu a prevăzut în mod expres care este sancțiunea nepublicării actului administrativ normativ în Monitorul Oficial al României nu echivalează cu lipsa obligației prevăzute de art. 11 alin. (1) și art. 12 alin. (3) din Legea nr. 24/2000, potrivit căroră, pentru a intra în vigoare, celelalte acte normative adoptate de Parlament în afară de legi (pentru care există reglementare separată), hotărârile Guvernului, deciziile prim-ministrului, actele normative ale autorităților administrative autonome, precum și ordinele, instrucțiunile și alte acte normative emise de conducătorii organelor administrației publice centrale de specialitate se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I. Acestea reprezintă norme imperative, potrivit căroră actele normative se publică în Monitorul Oficial al României.

28. Așa cum a reținut Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 71 din 29 ianuarie 2019, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 352 din 7 mai 2019, paragraful 17, «o eventuală nepublicare a unor ordine privind regimul disciplinar al personalului din Ministerul Afacerilor Interne, Ministerului Apărării Naționale, precum și din alte instituții asupra cărora au incidență prevederile statutului cadrelor militare sau a unor regulamente militare, în măsura în care acestea au caracter normativ, ține de o neregularitate, iar nu de constituționalitate». Așadar, susținerea autorului excepției potrivit căreia textul de lege criticat «a lipsit nejustificat instanțele de judecată de text precis de sancționare a actului nepublicat», ceea ce a condus la interpretări diferite ale instanțelor judecătorești, nu poate fi primită, deoarece reprezintă o problemă de aplicare a legii, iar nu de constituționalitate.

29. Referitor la principiul stabilității/securității raporturilor juridice, prin Decizia nr. 404 din 10 aprilie 2008, publicată în

Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 347 din 6 mai 2008, Curtea a reținut că, deși nu este în mod expres consacrat de Constituția României, acest principiu se deduce atât din prevederile art. 1 alin. (3), potrivit căroră 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. Referitor la același principiu, instanța de la Strasbourg a reținut că «unul dintre elementele fundamentale ale supremației dreptului este principiul securității raporturilor juridice» (Hotărârea din 6 iunie 2005, pronunțată în Cauza Androne împotriva României; Hotărârea din 7 octombrie 2009, pronunțată în Cauza Stanca Popescu împotriva României). Totodată, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că, «odată ce Statul adoptă o soluție, aceasta trebuie să fie pusă în aplicare cu claritate și coerență rezonabile pentru a evita pe cât este posibil insecuritatea juridică și incertitudinea pentru subiecții de drept vizate de către măsurile de aplicare a acestei soluții (...)», prin Hotărârea din 1 decembrie 2005, pronunțată în Cauza Păduraru împotriva României, Hotărârea din 6 decembrie 2007, pronunțată în Cauza Beian împotriva României (a se vedea, în acest sens, Decizia nr. 26 din 18 ianuarie 2012, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 116 din 15 februarie 2012).

30. Prin urmare, nu se poate susține că abrogarea — prin textul de lege criticat — a dispozițiilor art. 3 alin. 2 din Hotărârea Guvernului nr. 358/1991, care prevedeau obligația Regiei Autonome «Monitorul Oficial» de a publica în Monitorul Oficial al României actele normative și care menționau expres sancțiunea inexistenței actelor normative nepublicate, ar conduce la încălcarea principiului securității raporturilor juridice.”

În alte cuvinte, Curtea reține că obligația publicării în Monitorul Oficial a actului administrativ normativ este prevăzută printr-o lege, iar singura excepție de la principiul general al publicării actelor normative, în sens larg, în Monitorul Oficial, sunt pentru actele menționate la art. 11 alin. (2) din Legea nr. 24/2000. Sancțiunea inexistenței actelor normative nepublicate în Monitorul Oficial privește hotărârile și ordonanțele adoptate de către Guvern, conform art. 104 alin. (4) din Constituție, precum și decretelor Președintelui, potrivit art. 100 alin. (1) din Constituție.

Suplimentar, este de menționat că la art. 55 din Regulamentul din 10 mai 2009 privind procedurile, la nivelul Guvernului, pentru elaborarea, avizarea și prezentarea proiectelor de documente de politici publice, a proiectelor de acte normative, precum și a altor documente, în vederea adoptării/aprobării, aprobat prin HG nr. 561 din 10 mai 2009, publicată în Monitorul Oficial nr. 319 din 14 mai 2009, se arată că: „(1) Ordinele, instrucțiunile și alte asemenea acte cu caracter normativ ale miniștrilor și conducătorilor celorlalte organe de specialitate ale administrației publice centrale se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I, prin grija acestora.

(2) Prefecții vor dispune publicarea ordinelor emise în monitoarele oficiale ale județelor sau al municipiului București, potrivit reglementărilor în vigoare.

(3) Nu sunt supuse regimului de publicare în Monitorul Oficial al României, Partea I, ordinele, instrucțiunile și alte acte cu caracter normativ clasificate potrivit legii, precum și cele cu caracter individual.”

Chiar dacă sancțiunea expresă a inexistenței este prevăzută doar pentru anumite categorii de acte ce se publică în Monitorul Oficial, necesitatea sancționării acestui aspect, al nepublicării, se poate reține și în privința celorlalte acte normative cu privire la care există obligația, stabilită prin art. 11 alin. (1) din Legea nr. 24/2000, de publicare în Monitorul Oficial.

Constatarea sancțiunii inexistenței/nulității în situația nepublicării actului administrativ normativ în Monitorul Oficial este o problemă de aplicare a legii, a cărei soluționare este lăsată în sarcină instanțelor de judecată.

Principiul stabilității/securității raporturilor juridice impune sancționarea cu nulitatea a actului administrativ normativ nepublicat în Monitorul Oficial. Viciul de legalitate generat de neîndeplinirea obligației de publicare poate fi supus analizei instanțelor de judecată, în condițiile Legii nr. 554/2004, reține Curtea.

În consecință, dat fiind caracterul executoriu al unui act administrativ și obligația legală de publicare, Curtea reține că, în lipsa publicării, actul administrativ cu caracter normativ poate fi considerat că nu există și deci că nu își produce efectele.

În ceea ce privește obligația stabilită pentru Comisia Națională de Statistici și Prognoză, de a publica ordinul pe site-ul propriu, Curtea reține că această dispoziție nu înlătură obligația de publicare în Monitorul Oficial și nici nu are caracter derogatoriu de la norma generală a publicării, așa cum susțin, eronat, părâții.

După cum s-a arătat anterior, excepțiile de la obligația publicării sunt doar pentru anumite categorii de acte, situație în care dispoziția de publicare pe site-ul instituției nu are legătură cu aspectul publicării în Monitorul Oficial, în vederea intrării în vigoare a actului administrativ cu caracter normativ.

Publicarea pe site reprezintă o măsură strict administrativă, de aducere la cunoștința publicului interesat a conținutului actului administrativ cu caracter normativ.

Între aspectul intrării în vigoare și cel al aducerii la cunoștința publicului, după momentul publicării și, deci, al intrării în vigoare, există deosebiri esențiale.

Publicarea în Monitorul Oficial determină momentul intrării în vigoare și, subsidiar, îndeplinește condiția publicității.

Este cert că legiuitorul secundar a dorit să impună o măsură suplimentară de aducere la cunoștința publicului a ordinului ce va fi emis de către Comisia Națională de Strategie și Prognoză, pentru a se asigura o publicitate suplimentară pentru actul în cauză, pe lângă cea legală, asigurată deja de faptul publicării în Monitorul Oficial.

În ceea ce privește sancțiunea dispusă de către instanță, cea a nulității, Curtea a apreciat că între cele două sancțiuni, inexistență și nulitate, nu există diferență substanțială, și că, în economia cauzei, acestea au aceeași finalitate, respectiv constatarea faptului că actul administrativ normativ nu există și nu este în măsură să producă efecte juridice.

Curtea reține însă că sancțiunea inexistenței actului este menționată, legislativ, doar cu privire la o anumită categorie de acte, respectiv decretele președintelui, la art. 100 din Constituție, unde se arată: „*Actele Președintelui — (1) În exercitarea atribuțiilor sale, Președintele României emite decrete care se publică în Monitorul Oficial al României. Nepublicarea atrage inexistența decretului.*” și la art. 108 alin. (4) din Constituție, unde se arată: „*(4) Hotărârile și ordonanțele adoptate de Guvern se semnează de primul-ministru, se contrasemnează de ministrii care au obligația punerii lor în executare și se publică în Monitorul Oficial al României. Nepublicarea atrage inexistența hotărârii sau a ordonanței. Hotărârile care au caracter militar se comunică numai instituțiilor interesate.*”

În acest context, dată fiind indicarea expresă a sancțiunii inexistenței doar pentru anumite categorii de acte, Curtea a apreciat că, în lipsa nominalizării exprese, este justificat, pentru a determina îndepărtarea din ordinea juridică a unui act administrativ cu caracter normativ, nepublicat în Monitorul Oficial, emis de către un organ al administrației publice centrale, altul decât Guvernul, a se constata nulitatea actului în cauză.

În ceea ce privește anularea ordinului nr. 2.814/1.536/1.806/2020 pentru aprobarea modelului, conținutului, modalității de depunere și de gestionare a „Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate” și nr. 1.942/979/819/2020 pentru aprobarea modelului, conținutului, modalității de

depunere și de gestionare a „Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate”, Curtea apreciază că se impune admiterea cererii de chemare în judecată și anularea parțială a acestora, în măsura menționată în dispozitivul prezentei hotărâri, din următoarele considerente:

După cum s-a arătat anterior, reclamanta a solicitat anularea parțială a celor două acte administrative în ceea ce privește reglementarea dispusă în privința modului de calcul al cifrei de afaceri, în privința Ordinului nr. 2.814/1.536/1.806/2020, a notei din anexa 6, cap. II, subcapitolul IV, secțiunea 1, care prevede că: „*Potrivit prevederilor Ordinului președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză dat în aplicarea art. 60 pct. 5 lit. e) din Codul fiscal, pentru determinarea ponderii de 80% din cifra de afaceri realizată efectiv din activitatea de construcții, entitățile vor avea în vedere numai veniturile din activitatea desfășurată pe teritoriul României. Veniturile realizate din activitatea de construcții prin sucursale externe se vor avea în vedere numai pentru calculul cifrei de afaceri totale, realizate din întreaga activitate. Prin activitatea desfășurată pe teritoriul României se înțelege activitatea desfășurată efectiv în România, în scopul realizării de produse și prestării de servicii, indiferent de statutul de rezidență al beneficiarilor*”, și a notei din anexa 6, cap. 2, subcapitolul 1, secțiunea A5 pentru Ordinul nr. 1.942/979/819/2020, unde se arată: „*Potrivit prevederilor Ordinului președintelui Comisiei Naționale de Strategie și Prognoză dat în aplicarea art. 60 pct. 5 lit. e) din Codul fiscal, pentru determinarea ponderii de 80% din cifra de afaceri realizată efectiv din activitatea de construcții, entitățile vor avea în vedere numai veniturile din activitatea desfășurată pe teritoriul României. Veniturile realizate din activitatea de construcții prin sucursale externe se vor avea în vedere numai pentru calculul cifrei de afaceri totale, realizate din întreaga activitate. Prin activitatea desfășurată pe teritoriul României se înțelege activitatea desfășurată efectiv în România în scopul realizării de produse și prestării de servicii, indiferent de statutul de rezidență al beneficiarilor*”.

Curtea reține că prin Ordinul nr. 239/2019, în forma publicată pe site-ul părâtei CNSP, s-a aprobat metodologia privind mecanismul de calcul al cifrei de afaceri. La art. 6 din metodologie se arată: „*În cazul societăților care au sucursale, filiale sau puncte de lucru, calculul cifrei de afaceri se realizează pentru activitatea desfășurată pe teritoriul României la nivelul societății.*”

Față de conținutul celor trei acte administrative cu caracter normativ expuse anterior, Curtea reține caracterul continuu al reglementării, într-o anumită formă, a modului de calcul al cifrei de afaceri în cele două acte subsecvente, respectiv ordinele nr. 2.814/1.536/1.806/2020 și nr. 1.942/979/819/2020, derogator de la norma juridică superioară, respectiv Codul fiscal, ce nu stabilește un calcul diferențiat în privința cifrei de afaceri din perspectiva locului desfășurării activității.

Curtea reține că, date fiind motivele ce au generat anularea Ordinului nr. 239/2019, expuse anterior, acest act fiind considerat că nu a existat niciodată, înlăturarea tuturor efectelor vătămătoare presupune inclusiv desființarea unor acte subsecvente, cele două ordine, ce cuprind o reglementare identică din perspectiva modului de calcul al cifrei de afaceri. Nulitatea este dispusă de către Curte în privința Ordinului nr. 1.942/979/819/2020 (abrogat), în considerarea faptului că acesta a produs efecte juridice în privința reclamantei, aspectele fiind detaliate cu prilejul soluționării excepțiilor.

Față de cele reținute anterior, Curtea apreciază că nu este necesar a fi analizate și restul susținerilor părții reclamante.

În consecință, în baza art. 1 alin. (1) și art. 18 din Legea nr. 554/2004, se va admite cererea de chemare în judecată formulată de reclamanta GEA REFRIGERATION ROMANIA — S.R.L. în contradictoriu cu părâții COMISIA NAȚIONALĂ DE

STRATEGIE ŞI PROGNOZĂ, MINISTERUL FINANTELOR, MINISTERUL MUNCII ŞI PROTECŢIEI SOCIALE ŞI MINISTERUL SĂNĂTĂŢII şi în consecinţă:

Constată nulitatea Ordinului preşedintelui Comisiei Naţionale de Strategie şi Prognoză nr. 239 din 24.07.2019 pentru aprobarea metodologiei privind mecanismul de calcul al cifrei de afaceri.

Dispune anularea notei din anexa 6, cap. II, subcapitolul IV, secţiunea 1 din Ordinul ministrului finanţelor publice, al ministrului muncii şi protecţiei sociale şi al ministrului sănătăţii nr. 2.814/1.536/1.806/2020.

Dispune anularea notei din anexa 6, cap. 2, subcapitolul 1, secţiunea A din Ordinul ministrului finanţelor publice, al ministrului muncii şi protecţiei sociale şi al ministrului sănătăţii nr. 1.942/979/819/2020.

În temeiul art. 455 din Codul de procedură civilă se vor obliga părţilor, în solidar, la plata către reclamantă a sumei de 16.845,25 lei, cheltuieli de judecată, reprezentând onorariu de avocat şi taxă judiciară de timbru.

PENTRU ACESTE MOTIVE,

În numele legii,

HOTĂRĂŞTE:

Respinge excepţiile invocate de către părţi.

Admite cererea de chemare în judecată formulată de reclamanta GEA REFRIGERATION ROMANIA — S.R.L., cu sediul în municipiul Cluj-Napoca, str. Bună Ziua nr. 34—36, etaj 3, judeţul Cluj, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului de pe lângă Tribunalul Cluj cu nr. J12/2598/2002, având CUI RO15099337, cu sediul procesual ales la (...), în contradictoriu cu părţii COMISIA NAŢIONALĂ DE STRATEGIE ŞI PROGNOZĂ, cu sediul în Bucureşti, str. Cristian Popiştianu nr. 2—4, sectorul 1, cod poştal 010024, MINISTERUL FINANTELOR, cu sediul în Bucureşti, Bd. Libertăţii nr. 16, sectorul 5, cod poştal 050706, MINISTERUL MUNCII ŞI PROTECŢIEI SOCIALE, cu sediul în Bucureşti, str. Dem. I. Dobrescu nr. 2—4, sectorul 1, cod poştal 010026, şi MINISTERUL SĂNĂTĂŢII, cu sediul în Bucureşti, str. Cristian Popiştianu nr. 1—3, sectorul 1, cod poştal 010024, şi, în consecinţă:

Constată nulitatea Ordinului preşedintelui Comisiei Naţionale de Strategie şi Prognoză nr. 239 din 24.07.2019 pentru aprobarea metodologiei privind mecanismul de calcul al cifrei de afaceri.

Dispune anularea notei din anexa 6, cap. II, subcapitolul IV, secţiunea 1 din Ordinul ministrului finanţelor publice, al ministrului muncii şi protecţiei sociale şi al ministrului sănătăţii nr. 2.814/1.536/1.806/2020.

Dispune anularea notei din anexa 6, cap. 2, subcapitolul 1, secţiunea A din Ordinul ministrului finanţelor publice, al ministrului muncii şi protecţiei sociale şi al ministrului sănătăţii nr. 1.942/979/819/2020.

Obligă părţi, în solidar, la plata către reclamantă a sumei de 16.845,25 lei, cheltuieli de judecată.

Cu drept de recurs în termen de 15 zile de la comunicare.

Recursul se va depune, sub sancţiunea nulităţii, la Curtea de Apel Cluj.

Pronunţată în data de 5 ianuarie 2022, prin punerea soluţiei la dispoziţia părţilor prin intermediul grefei.

PREŞEDINTE
DELIA MARUSCIAC

Grefier,
Andreea Dan

EDITOR: PARLAMENTUL ROMÂNIEI — CAMERA DEPUTAŢILOR



„Monitorul Oficial” R.A., Str. Parcului nr. 65, sectorul 1, Bucureşti; 012329

C.I.F. RO427282, IBAN: RO55RNCB0082006711100001 BCR

şi IBAN: RO12TREZ7005069XXX000531 DTCPMB (alocat numai persoanelor juridice bugetare)
Tel. 021.318.51.29/150, fax 021.318.51.15, e-mail: marketing@ramo.ro, www.monitoruloficial.ro

Adresa Centrului pentru relaţii cu publicul este: şos. Panduri nr. 1, bloc P33, sectorul 5, Bucureşti; 050651.

Tel. 021.401.00.73, 021.401.00.78, e-mail: concursurifp@ramo.ro, convocariaga@ramo.ro

Pentru publicări, încărcăţi actele pe site, la: <https://www.monitoruloficial.ro>, secţiunea Publicări.

