

## Medvedev, Tsitsipas, Shanghai Masters si formele concurenței la avocați



### Punerea problemei

Nici macar *reverul* lui Tsitsipas sau *uniformitatea* lui Medvedev nu au putut sa îndeparteze privirea de numele mentionat cu atâtă insistență pe arena de tenis unde se juca semifinala Shanghai Masters.

Unul dintre Apostolii Filosofiei (Schopenhauer) spune ca înțelegerea apare atunci când particularul îți releva generalul si universalul, în sensul ca *Ideea* este observata în cele mai particulare situatii (cum este un meci de tenis, spre exemplu), dincolo de inerție, de *așa au fost lucrurile dintotdeauna*.

Placerea estetica pricinuita de jocul de tenis a prilejuit o alta dilema si anume cea referitoare la cât de fireasca este concurenta în cadrul pietei avocaturii din România.

Nici subiectiv, dar nici obiectiv din punctul nostru de vedere nu suscita discutii aplicabilitatea regulilor cu privire la concurenta asupra activitatii profesionale a avocaturii. De la activitatea fostului comisar european Monti si pâna în prezent multa apa s-a scurs pe sub podul pe care are loc aceasta discutie (de la conditiile publicitatii profesionale pâna la concurenta neloiala). CJUE<sup>[1]</sup> a stabilit în mod expres calitatea de întreprindere (asociere de întreprinderi în fapt) în sensul art. 101 TFUE pentru organele de conducere a profesiei de avocat și nu a acceptat echivalarea acestor organe drept dezmembraminte ale puterii publice.

Astfel ca pentru noi acest lucru reprezinta o axioma ce nu necesita niciun fel de dezvoltari suplimentare. În schimb, ceea ce impune anumite discutii de natura teoretica, dar si practica, este structura concreta a pietei avocaturii din tara noastra prin raportare la anumite dispozitii legale anume determinate, respectiv ținând seama de anumite caracteristici asumate în decursul timpului de aceasta piața (înclinația spre imagine și marketing juridic respectiv dorința foarte mare de a avea acces la informația privilegiata).

### Reperul concurenței neloiale în piata avocaturii

Art. 2 din legea nr. 11-1991 privind combaterea concurenței neloiale dispune în mod expres ca *în sensul acestei legi, constituie concurența neloială orice act sau fapt contrar uzanțelor cinstite în activitatea comercială sau industrială*. În același sens sunt și prevederile art. 1 din aceeași lege în acord cu care *comercianții sunt obligați să-și exercite activitatea cu bună-credință și potrivit uzanțelor cinstite*.

Este adevărat că nici legea nr. 11-1991 și nici Codul Civil nu definesc uzanțele cinstite, însă acest din urmă act normativ definește criteriile după care uzanțele devin izvor de lege. Mai concret, ajung izvor de lege (ce intră în jocul analogiei), doar uzanțele (cutumele și uzanțele profesionale) ce sunt conforme bunelor moravuri și ordinii publice.

Bună credință și uzanțele cinstite sunt criteriile care din punctul nostru de vedere determină inclusiv în domeniul în discuție dacă avem concurența loială sau neloială. Aceste repere sunt particularizate inclusiv de Statutul Profesiilor de avocat (art. 175 – 179) în acord cu care cerințele concurenței loiale, bună credință și uzanțele cinstite sunt aspecte intrinseci activității profesionale a avocaților.

Discuția este despre obținerea unui beneficiu, direct și nemijlocit dintr-o situație creată artificial în scopul exprimării unei anumite aparențe menite să ajute o anumită activitate profesională.

Nu în ultimul rând, în ceea ce privește raportul dintre dreptul comun în materia concurenței neloiale (legea nr. 11-1991) și dreptul special aplicabil acestui domeniu în profesia de avocat (art. 175 – 179 Statutul Profesiilor de avocat), acesta (raportul) este în sensul că cel dintâi se aplică în continuare atunci când cel din urmă și-a epuizat sfera ideatică de reglementare. Cu alte cuvinte, prevederile art. 175 – 179 din Statutul Profesiilor de Avocat nu epuizează sfera ipotezelor factual-normative supuse reglementării concurenței neloiale, urmând ca restul situațiilor să fie acoperite legislativ de dreptul comun în materie.

Ipotezele ce stârnesc apetitul interpretational au la bază fie crearea unei **aparențe** menite să determine avantaje directe și imediate, fie folosirea legii pentru a dobândi poziții profesionale menite să **înlesnească accesul la informații** ce în mod normal nu sunt accesibile tuturor avocaților. Prima situație (ce cuprinde două ipoteze) se întemeiază pe o aparență creată în mod deliberat, în timp ce cea de-a doua se structurează în jurul accesului la informații privilegiate.

**Prima formă de artificialitate.** *Forme de exercitare a profesiei atasate (administrativ și profesional) entităților cu activitate profesională semnificativă în domeniul prestării de servicii de alta natură decât cele legale. Sau invers, sub aspectul „semnificativului”.*

Activitatea de audit statutar al situațiilor financiare anuale este reglementată de Legea nr. 162-2017 privind auditul statutar al situațiilor financiare anuale și al situațiilor financiare anuale consolidate și de modificare a unor acte normative. De asemenea, activitatea de consultanță fiscală este reglementată de

Ordonanța Guvernului nr. 71-2001 privind organizarea și exercitarea activității de consultanța fiscală.

Din coroborarea celor două acte normative rezulta ca ambele activități profesionale (audit și consultanța fiscală) pot fi realizate atât de către societăți comerciale diferite, cât și de către aceeași societate comercială, respectându-se anumite standarde și cerințe în ceea ce privește etica și independența profesională. Celor două activități profesionale (audit și consultanța fiscală) li se adaugă în practica și activitatea profesională specifică profesiei de avocat.

Dincolo de discuția relativă la măsura în care standardele de independența profesională specifice activității de audit financiar, spre exemplu, sunt respectate în mod efectiv, prin acest triumvirat profesional, din punctul nostru de vedere în felul acesta se ivesc condițiile unei alte discuții și anume cea relativă la buna credință și uzanțele cinstite din cadrul activității specifice profesiei de avocat.

În mod real și efectiv, adică onest și fără ipocrizie, cea de-a treia ramură a triumviratului profesional mai sus menționat, adică practica avocațială este *suficient de legată* de societatea comercială/societățile comerciale ce realizează celelalte două activități anterior menționate (audit și consultanța fiscală). Această stare de legătură/stare de dependență se manifestă în toate formele posibile, atât la nivel administrativ cât și la nivel funcțional/profesional.

Or, din punctul nostru de vedere această *atașare* a activității legale desfășurate de forme de exercitare a profesiei de avocat nu este conformă bunei credințe respectiv practicilor comerciale cinstite din profesia de avocat. Mai întâi pentru că la rândul său regimul juridic aplicabil profesiei de avocat stabilește anumite cerințe și restricții relative la activitatea profesională a avocatului, restricții ce pot fi foarte ușor evitate prin această *asociere profesională/atașare profesională*, iar apoi prin faptul că se permite o *întreprindere extrem de organică* între activități profesionale gândite de legiuitor ca fiind separate și independente încât *consumatorul/clientul* ar putea fi (probabil) indus în eroare.

Pentru buna ordine, discuția nu este despre avocat și calitățile compatibile cu profesia de avocat, ci despre raportul dintre diverse forme profesionale (unele reglementate de legea nr. 51-1995, iar altele reglementate de legislația specială aplicabilă), despre gruparea acestor forme profesionale astfel încât să rezulte o anumită aparență profesională.

În lumea mai îmbatrânită în ale auditului și consultanței fiscale se discută deja despre separarea totală a activității de consultanță de cea de audit, dincolo de principiul independenței anterior menționat, în sensul că de principiu aceste activități trebuie să fie separate funcțional, sub toate aspectele; *electa una via non datur regressus ad alteram...*

Iluzia că o societate comercială prestează deopotrivă în mod calificat și integrat (sub același nume) atât activități de audit, cât și activități de consultanță fiscală respectiv activități specifice profesiei de avocat,

chiar daca legea nu permite neaparat lucrul acesta, creeaza premisele unei discuții fundamentate despre buna credința profesionala respectiv despre caracterul cinstit al uzanțelor profesionale aplicabile acestor activități, din perspectiva profesiei de avocat.

**A doua forma de artificialitate.** *Forme de exercitare a profesiei atasate (imagistic) altor forme de exercitare a profesiei cu activitate profesionala semnificativa în alta jurisdicție decât cea nationala.*

Legea nr. 51-1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat recunoaște atât exercitarea cu caracter permanent a profesiei de avocat, de catre avocați ce au dobândit aceasta calificare profesionala într-un alt stat membru UE (dreptul de stabilire), dar și exercitarea profesiei în România, de catre același avocat, prin intermediul prestarii de servicii (dreptul de a presta servicii), fara stabilirea în România.

Pentru ambele situații legea reglementeaza cerințele și condițiile aferente, cu mențiunea ca pentru ambele ipoteze serviciile juridice sunt prestate în mod efectiv de catre avocații ce au dobândit calificarea profesionala într-o alta jurisdicție.

Diferența dintre cele doua modalități de exercitare a profesiei (dreptul de stabilire și dreptul de prestare servicii) este data de faptul ca în prima situație profesia este exercitata în România în mod constant și consecvent, motiv pentru care avocații cu pricina trebuie înscriși într-unul din barourile din România, în timp ce în a doua ipoteza profesia de avocat este exercitata (nemijlocit de avocatul din alta jurisdicție) dar în mod ocazional, situație în care nu este necesara înscrierea respectivului avocat în niciunul din barourile din România.

Capitolul VII din legea nr. 51-1995 se aplica avocaților și nu formelor de exercitare a profesiei. Mai mult, art. 93 din același act normativ recunoaște posibilitatea avocatului din *alta jurisdicție* sa foloseasca în România denumirea din statul de origine doar daca, dupa ce au fost înscriși în Baroul din România își desfașoara activitatea profesionala în una din formele de exercitare a profesiei reglementata de legea nr. 51-1995. Cu alte cuvinte, doar un avocat ce dorește sa practice avocatura în România poate sa determine *mutații imagistice* asupra formei de exercitare a profesiei din România.

Ipooteza în discuție la acest moment este aceea în care (a) forme de exercitare a profesiei din alta jurisdicție nu presteaza în România nici cu titlu permanent si nici cu titlu ocazional, ci (b) doar *împrumuta* (sub diverse forme) *imagea* sa formelor de exercitare a profesiei de avocat ce activeaza în România. Cu alte cuvinte, singura legatura dintre forma de exercitare a profesiei de avocat din alta *jurisdicție* și forma de exercitare a profesiei de avocat din România, este data de relațiile contractuale (de desocotire eventual) dintre cele doua forme de exercitare a profesiei. Aceasta este Calea a Treia aleasa de practica, ce se adauga dreptului de stabilire respectiv dreptului de a presta servicii, aceste din urma variante anume reglementate de lege. Calea a Treia are în vedere un contract încheiat între forme de exercitare a profesiei din jurisdicții diferite.

Forma de exercitare a profesiei de avocat din *alta jurisdicție* (avocatul din alta jurisdicție) nu este

înregistrată (în sensul legislației aplicabile) în România, după cum nici nu prestează în mod direct și nemijlocit activitate profesională în România.

În fapt cel care prestează activitatea profesională în România este forma de exercitare a profesiei de avocat din țara noastră ce are o relație contractuală cu o formă de exercitare a profesiei din alta jurisdicție.

În ce măsură forma de exercitare a profesiei din *alta jurisdicție* (sau avocatul din alta jurisdicție) poate presta astfel de servicii juridice în România, în această a treia formă, nereglementată de lege, este problema Baroului și a autorităților publice, dar rămâne însă problema noastră, situația relativă la buna credință respectiv uzanțele cinstite investite în această activitate profesională de către formele de exercitare a profesiei din România.

*Calea a Treia* aleasă de anumite forme de exercitare a profesiei de avocat are la bază împrumutul de imagine obținut de la alte forme de exercitare a profesiei de avocat, ce acționează în alte state membru UE. Sub acest aspect, relevante sunt și prevederile cuprinse în art. 8 din Legea nr. 51-1995 privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat, în acord cu care denumirea formelor de exercitare a profesiei de avocat are la bază numele a cel puțin unuia dintre asociații din respectiva formă de exercitare a profesiei.

Aparența (întrucât în ipoteza în discuție nu avocații din alta jurisdicție exercită profesia în România, ci anumite forme de exercitare a profesiei de avocat) ca în România acționează profesional, cu titlu permanent (cu tot ceea ce înseamnă lucrul acesta) avocați din alta jurisdicție profesională așază discuția atât în sfera bunei credințe profesionale cât și în zona uzanțelor cinstite, căci și aici tot despre o iluzie este vorba.

**Accesul la informații privilegiate.** *Forme de exercitare a profesiei ce încorporează avocați ce detin sau au detinut funcții colaterale profesiei de avocat (fosti funcționari publici, arbitrii, avocați cu funcții de conducere în organele profesiei de avocat).*

Premisa acestei discuții este mai simplă decât cele anterior menționate întrucât are la bază o realitate nu totdeauna de apreciat în profesia de avocat, anume aceea în acord cu care mulți avocați se visează și își doresc să fie mai mult decât atât (decât avocat), adică să fie judecător, politician, ministru, conducător de instituție publică, etc.

Pentru puțini, avocatura de zi cu zi este un imbold intelectual suficient.

În temeiul acestei premise, ajungem să avem avocați care conduc profesia de avocat (Decan, consilier, Președinte UNBR, Consilier UNBR, Director INPPA, etc.), avocați care sunt arbitri sau care conduc Curți de Arbitraj (prin excepție sunt și alte profesii implicate în această activitate profesională – activitatea de arbitru), avocații care se suspendă pentru o perioadă de timp din profesie pentru a accepta o funcție publică (Consilier Președinte, Președinte ANAF, Ministrul Justiției, etc.).

Situațiile de mai sus pot fi împarțite în doua categorii: avocați ce profeseaza zi de zi dar care au și alte funcții (fie în cadrul organelor de conducere a profesiei de avocat, fie în exterior), respectiv avocați ce nu mai desfășoara activitatea profesionala de avocat pe perioada cât ocupa alta funcție publica, dar care re-intra în avocatura imediat ce și-au exercitat funcția publica.

Mai întâi trebuie menționat faptul ca în niciun caz nu vrem sa negam dreptul la munca (dreptul la activitate profesionala) pentru avocatul ce dobândește o anumita funcție (publica sau în cadrul organelor de conducere). În al doilea rând înțelegem foarte bine ca dobândirea acestor funcții este o activitate perfect și complet legala, discuție nefiind despre legalitate ci despre cerințele concurenței. În al treilea rând, de asemenea deslușim faptul ca accesul la informații depinde foarte mult de funcția dobândita, existând funcții ce dau un acces semnificativ la informații privilegiate despre activitatea profesionala a colegilor avocați, dupa cum exista funcții unde accesul respectiv este semnificativ împuținat.

Discuția este despre proporționalitate

Astfel, *avocatul-arbitru* are acces la onorariile practicate de colegii avocați în procedurile în curs, la onorariile ce pot fi platite de unul sau altul dintre clienții *sofisticați* din piața, dupa cum *avocatul-cu funcții de conducere* are acces la tot ceea ce se întâmpla administrativ (ce necesita aprobarea Baroului, spre exemplu, remunerațiile avocaților, situația financiara a formei de exercitare a profesiei de avocat, etc.), în timp ce *avocatul-ce a deținut funcții publice* are acces la modalitatea intrinseca de funcționare a respectivului domeniu de activitate (informație ce în niciun caz nu este la îndemâna avocatului ce nu a avut respectiva funcție).

Discuția de aici ar trebui sa înceapa, de la remediile ce ar trebui implementate pentru ca acest cumul de funcții (avocat și altceva) sa nu afecteze buna credința profesionala respectiv uzanțele cinstite aplicabile profesiei de avocat, întrucât în niciun caz dobândirea de informații privilegiate despre piața cu ajutorul unui cumul de activități profesionale (permise de lege este adevarat) nu este în firea lucrurilor, din perspectiva subiectului în discuție.

Problemele nu sunt la respectivele activități extra-curiculare ci la profesia de avocat, întrucât daca avocatul dorește sa fie (și) altceva decât a vrut inițial (adica avocat), trebuie sa existe niște mecanisme obiective care sa protejeze activitatea celorlalți avocați (a pieței avocaturii în ansamblu); suspendarea din profesie pe perioada cumulului (cum este în fapt la funcțiile publice), sau imposibilitatea de a accepta mandate ce presupun exercitarea profesiei de avocat în relație cu autoritatea publica unde avocatul a deținut cu ceva vreme în urma o funcție publica.

[\[1\]](#) Hotărârea Curții, (Camera întâi), 23 noiembrie 2017, în cauzele conexe C-427/16 și C-428/16,