

STUDII

REGULA *KNOCK OUT* ÎN SOLUȚIONAREA CONFLICTULUI CLAUZELOR STANDARD

DOI: 10.24193/SUBBIur.65(2020).4.23
Data publicării online: 16.03.2021

Alina OPREA*

Rezumat. Evoluțiile înregistrate în practica de afaceri în sensul folosirii din ce în ce mai frecvente, de către profesioniști, a seturilor de condiții generale pentru completarea acordului negociat au determinat apariția unor prevederi legislative specifice, care să răspundă problemelor generate de aceste noi realități în ceea ce privește formarea și conținutul contractului. Este și cazul art. 1202(4) C. civ., ce impune o soluție modernă pentru conflictul formelor - *battle of forms*. Aplicarea regulii tradiționale a întâlnirii ofertei cu acceptarea concordantă prezintă inconveniente serioase atunci când părțile folosesc clauze standard (așa cum rezultă din prima parte a articolului); luând act de acestea, legiuitorul român a decis în 2011 să reacționeze, aliniindu-se unui trend amplu partajat în dreptul comparat și internațional. Regula nou instituită - *knock out* sau excluderea clauzelor standard contradictorii - este analizată în partea a doua a articolului, unde sunt abordate detaliat modul de operare, respectiv cazurile de aplicare și ne-aplicare a ei.

Cuvinte cheie. Conflictul formelor - *battle of forms*, clauze standard, condiții generale de afaceri regula last shot, regula knock out, clauze contradictorii, clauza de respingere anticipată/clauza *paramount*, clauze externe - incorporare.

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj, alinaxoprea@yahoo.fr.

LA RÈGLE *KNOCK-OUT* DANS LA RÉSOLUTION DU CONFLIT DES CONDITION GÉNÉRALES

Résumé : Les évolutions enregistrées dans la pratique d'affaires vers l'utilisation de plus en plus fréquente, par les professionnels, des conditions générales, ont déterminé l'apparition des dispositions légales spécifiques tendant à résoudre les problèmes générés par cette nouvelle réalité pour ce qui est de la formation et du contenu du contrat. C'est le cas de l'article 1202(4) C. civ. roumain, qui impose une solution moderne pour la bataille des conditions générales/*battle of forms*. La règle traditionnelle de la rencontre entre l'offre et l'acceptation concordante soulève des inconvénients sérieux lorsque les parties emploient des clauses standard (aspect abordé dans la première partie de l'article). Tenant compte de ceux-ci, le législateur roumain a décidé en 2011 de réagir, en s'alignant à un trend amplement observé en droit comparé et international; la nouvelle règle – l'élimination des clauses standard contradictoires ou le *knock out* – est analysée dans la seconde partie de l'article, qui détaille les aspects liés à son application et fonctionnement.

Mots clés : conflit de conditions générales – *battle of forms*. clauses standard, conditions générales d'affaires, la règle *last shot*, la règle *knock out*, clauses contradictoires, clause de rejet anticipé/clause *paramount*, clauses extérieures – incorporation.

THE *KNOCK OUT* RULE AND THE CONFLICT OF GENERAL STANDARD FORMS.

Abstract: The evolutions of the business practice to a more frequent utilisation of general standard terms have determined the emergence of special legal provisions aiming to solve the problems generated by this new reality as regards the formation and the content of contracts. It is the case for the Art. 1202(4) of the Romanian Civil Code, a text which imposes a modern solution to the battle of forms issue. Since the application of the traditional mirror image rule presents serious inconveniences when the parties are using general standard clauses (aspect approached in the first part of the article), the legislator took them into account and in 2011 he reacted by aligning the internal legal solutions to those largely followed in comparative and international law; the new rule – the elimination of the standard contradictory clauses / the knock out solution – is scrutinized in the second part of the article, which address in a more detailed manner the aspects of its application and functioning.

Keywords: battle of forms, standard clauses, general business standard term, the last shot rule, the knock out rule, conflicting clauses, the paramount clause, external clauses - incorporation.

Cuprins

I.	Distincția dintre substanță și formă	790
II.	Regula <i>last shot</i> - teoria clasică a formării contractului	793
III.	Regula <i>knock out</i>	799
A.	Formarea contractului.....	801
B.	Determinarea conținutului contractului	803
C.	Respingerea regulii <i>knock out</i>.....	810
D.	Cazurile în care art. 1202(4) C. civ. nu operează.....	816
IV.	Concluzie	821

I. Distincția dintre substanță și formă

1. Distincția dintre substanță și formă sau dintre substantivism și formalism se poate manifesta și analiza la mai multe niveluri - acela al creării și dezvoltării dreptului, acela al soluțiilor reținute de legiuitor sau de practică pentru probleme diferite, acela al interpretării dreptului și al aplicării lui practice. În cadrul acestora, se poate distinge între aparența dreptului și substanța sa ascunsă, între forma regulii și justificarea ei substanțială, între numele unei noțiuni și conținutul ei substanțial¹. De asemenea, în soluționarea diverselor probleme, se poate distinge între raționamentul mecanic/automat și acela mai flexibil și multifactorial, între raționamentul abstract și acela circumstanțiat sau între raționamentul ce pune accent pe certitudine și acela care favorizează justiția substanțială.

2. Pentru că în practică există o mulțime de suprapuneri și intercorelări ale acestor aspecte, categorizarea nu este întocmai simplă, perspectiva putând fi dintr-un punct de vedere substanțială și dintr-altul formală²; de fapt, diversitatea pe care o implică binomul formă - substanță reflectă nuanțele pe care le presupune dreptul în general, cu sofisticarea, complexitatea, varietatea și abundența lui. Aceleași nuanțe se regăsesc și în raport cu tema ce face obiectul prezentului studiu, care privește formarea contractului și stabilirea conținutului acestuia atunci când profesioniștii folosesc condiții generale standard.

¹ A. Robertson, J. Goudkamp, "Between Form and Substance", in (eds.) A. Robertson, J. Goudkamp, *Form and Substance in the Law of Obligations*, OUP, Hart Publishing, 2019, p. 1–16. V. în aceeași lucrare, și K. Barker, "Form and Substance: Three Observations on the State of Debate", p. 433–444, sp. p. 434–436, respectiv A. Burrows, "Form and Substance: Fictions and Judicial Power", p. 17–34, sp. p. 17–22.

² K. Barker, op.cit., p. 435.

3. Normele instituite de legiuitor în materie – art. 1188 și urm., art. 1196 și urm. și, în special, art. 1202(4) Cod civil – sunt clar centrate pe aspecte substanțiale (crearea relației juridice și conținutul ei), iar nu pe aspecte formale (modalitatea de exteriorizare a voinței). În același timp, acestea sunt instrumente formale: ele aduc certitudine, predictibilitate și transparență, iar punerea lor în practică permite relativ ușor soluționarea unor probleme diferite; instanțele nu pot și nu trebuie să treacă dincolo de expresia verbală a regulilor, pentru a realiza raționamente multifactoriale care să promoveze diverse scopuri substanțiale, iar marja lor de intervenție și rolul lor creator sunt relativ reduse.

Într-un alt plan, pentru că regulile de dreptul contractelor sunt construcții deliberate ale legiuitorului, ele pot fi construite sau reformate astfel încât să permită mult mai evident scopuri sau obiective substanțiale³ ; în ilustrarea aforismului adaptat *habent sua fata leges* (legile își au soarta lor) și a ideii profesorului Vladimir Hanga⁴ cum că „*fiecare legiferare este legată de societatea din care provine și de care depinde*”, prezentul studiu își propune să arate că un text precum art. 1202(4) din Codul civil, privitor la conflictul clauzelor standard, reflectă voința legiuitorului român de a adapta regulile privitoare la formarea contractelor realităților economice și tehnicilor de contractare actuale și de a prioritiza substanța în fața formalismului și a dogmei.

4. Deși operațiunile contractuale implică adesea negocieri lungi și laborioase, la fel de frecvent părțile – profesioniști în domeniul afacerilor – schimbă rutinier seturi de condiții generale de afaceri, în încercarea de a-și

³ K. Barker, op.cit., p. 437.

⁴ V. Hanga, “Drept roman și drept actual”, *St. Cerc. Jur.*, 1977, nr. 3, p. 271-280, sp. p. 271, no. 1.

asigura o poziție mai avantajoasă. Standardizarea are avantaje semnificative, întrucât ea permite economii de scară⁵ cu privire la prevederi care adesea sunt considerate mai puțin importante/neesențiale, părțile putând să se concentreze asupra aspectelor esențiale ale operațiunii. Ea generează însă și inconveniente pentru că, fiecare parte urmărindu-și propriile interese, clauzele standard nu vor fi identice, iar folosirea lor dă naștere la ceea ce doctrina numește *conflictul formelor* sau *battle of forms*⁶.

5. Problemele apar încă în faza de formare a contractului, atunci când fiecare dintre părți încearcă să încorporeze în contract setul propriu de clauze standard; poate fi cazul, de exemplu, atunci când fiecare dintre părți expediază celeilalte o confirmare scrisă a înțelegerii lor verbale, cu trimitere la setul propriu de condiții generale, sau atunci când, la fel ca într-un meci de *ping pong*, cumpărătorul face o ofertă, în care trimite la condițiile lui generale, pe care vânzătorul o „acceptă”, expediind un document ce face referire la condițiile proprii, iar ulterior cumpărătorul confirmă recepția mărfurilor printr-un document ce are pe verso pre-imprintate condițiile lui *s.a.m.d.* Problemele se manifestă însă cu acuitate deosebită atunci când, în ciuda controverselor cu privire la clauzele standard, părțile au trecut la executare și aceasta ocazionalizează un diferend, pentru a cărui rezolvare trebuie stabilit cu exactitate conținutul contractului.

6. Pentru acest *battle of forms*, practica ilustrează existența unor perspective diferite de rezolvare. Odată cu reforma din 2011, legiuitorul român a trecut de la regula *last shot* - prevalența setului de clauze standard

⁵ Clauzele standard reduc timpul și costurile asociate negocierii fiecărei clauze în fiecare contract încheiat.

⁶ E.A. Farnsworth, “Article 19”, in C.M. Bianca, M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, 1987, p. 175 și urm., sp. p. 177.

trimis ultimul - la regula *knock out* - excluderea clauzelor standard contradictorii. Asupra celor două perspective mă voi opri în cele ce urmează, insistând mai întâi asupra rațiunilor care au determinat schimbarea legislativă și ulterior asupra modului de operare a regulii *knock out*.

II. Regula *last shot* – teoria clasică a formării contractului

7. Codul civil vechi nu conținea dispoziții speciale cu privire la această *battle of forms*, regula clasică a întâlnirii ofertei cu acceptarea fiind aplicată atât pentru determinarea momentului formării contractului, cât și pentru stabilirea conținutului acestuia. Seturile de condiții generale standard erau tratate global, iar părțile reputate că participă la o negociere; diferențele dintre acele seturi făceau ca trimiterea realizată de una dintre părți la propriul set de clauze să fie tratată ca o contraofertă, cu două consecințe posibile : fie contractul nu se încheie, fie, prin începerea executării, contractul se încheie și schimburile ulterioare de documente sunt în principiu irelevante; în acest caz, condițiile generale de afaceri trimise ultimele, acceptate prin comportament, prevalează (teoria *last shot*).

8. Și în alte sisteme de drept, precum acela britanic, soluția urmată a fost și încă este aceeași⁷; aplicarea strictă a regulii *mirror image* este considerată a încadra cu prudență raționamentul în „*limitele clasice ale teoriei ortodoxe cu privire la formarea contractului*”⁸, ce stabilește prezența

⁷ G. Ruhl, “The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations”, *Univ. Pennsylvania J. of Intl. Econ. L.*, 2003, vol. 24, p. 189-224, sp. p. 191.

⁸ Expresia este preluată de la A.D.M. Forte, “The Battle of Forms”, in H. MacQueen, R. Zimmermann (Eds.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh University Press, 2006, p. 98-122, sp. p. 99 (ce consideră că regula *mirror image*

sau absența consimțământului părților pe baza construcțiilor convenționale ale ofertei și acceptării. Atunci când răspunsul uneia dintre părți include o trimitere la propriul set de condiții generale (diferit de acela transmis anterior de partener), acest răspuns va constitui o contraofertă; dacă se începe executarea și partenerul nu obiectează, acesta din urmă este reputat a accepta prin comportament contraoferta. Contractul este format și condițiile generale trimise ultimele vor prevala⁹. Încercările de modificare a acestei soluții în favoarea uneia mai adaptate realităților lumii afacerilor, promovate de Lord Denning¹⁰, nu au avut succes până în prezent; de exemplu, England and Wales Court of Appeal a reafirmat soluția *last shot*, în 2009, în hotărârea *Tekdata Interconnections* : „analiza tradițională a ofertei și acceptării trebuie să fie urmată, exceptând atunci când documentele schimbate între părți și

înseamnă de fapt „to confine one’s thinking safely within the box of orthodox or classical formation theory”).

⁹ G. Ruhl, op.cit., p. 193-194, cu referiri exprese la hotărârea în cauza *Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O Corp.*

¹⁰ A se vedea Lord Denning, în hotărârea *Gibson v Manchester City Council* [1978] 1 WLR 520, sp. p. 23 : “[I]t is a mistake to think that all contracts can be analysed into the form of offer and acceptance. I know in some of the text books it has been the custom to do so: but, as I understand the law, there is no need to look for a strict offer and acceptance. You should look at the correspondence as a whole and at the conduct of the parties and see therefrom whether the parties have come to an agreement on everything that was material”. Lord Denning a exprimat o poziție similară și în alte cauze, precum *Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O Corp*: “[O]ur traditional analysis of offer, counter-offer, rejection, acceptance and so forth is out of date...The better way is to look at all the documents passing between the parties – and glean from them, or from the conduct of the parties, whether they have reached agreement on all material points...” ([1979] 1 WLR 401, sp. p. 404). Decizia în cauza *Gibson* a fost contestată, iar House of Lords a respins perspectiva : “My Lords, there may be certain types of contracts, though I think they are exceptional, which do not fit easily into the normal analysis of a contract as being constituted by offer and acceptance; but a contract alleged to have been made by an exchange of correspondence between the parties in which the successive communications other than the first are in reply to one another, is not one of these” ([1979] 1 WLR 294, p. 297). Cu privire la aceste cauze, a se vedea A.D. Forte, op.cit., p. 101-103.

*comportamentul lor demonstrează că intenția comună a acestora a fost aceea ca alți termeni să prevaleze*¹¹.

9. Convenția de la Viena (1980) privind vânzarea internațională de mărfuri nu oferă o soluție specială privind rezolvarea conflictului formelor. În ceea ce privește formarea contractului, CVIM urmează regula de principiu a corespondenței dintre ofertă și acceptare, ceea ce echivalează cu prevalența teoriei *last shot*. Soluția este evidentă pe baza art. 19(1) : „*Un răspuns care tinde să fie acceptarea unei oferte, dar care conține completări, limitări sau alte modificări este o respingere a ofertei și constituie o contraofertă*”. În art. 19(2), ce abordează atât formarea, cât și conținutul contractului, redactorii Convenției de la Viena au încercat să atenueze această concepție, acceptând că discrepanțele din acceptare nu împiedică formarea contractului atunci când acestea nu afectează substanța ofertei, iar destinatarul acceptării (modificate) nu obiectează prompt : „*Totuși, un răspuns care tinde să fie acceptarea unei oferte, dar care conține elemente complementare sau diferite care nu alterează în mod substanțial termenii ofertei, constituie o acceptare, în afară de cazul în care ofertantul, fără întârziere nejustificată, a relevat verbal diferențele sau a adresat un aviz în acest scop. Dacă nu a făcut-o, termenii contractului sunt cei ai ofertei, cu modificările cuprinse în acceptare*” - art. 19(2). Din această perspectivă, atunci când variațiile sunt neesențiale, acceptarea este valabilă și contractul se formează incluzând aceste ultime clauze.

¹¹ England and Wales Court of Appeal, Civil division, 19.11.2009, *Tekdata Interconnections Ltd v Amphenol Ltd*, [2009] EWCA Civ 1209, [2010] 1 Lloyd's Rep 357 (sp. 359): “*the traditional offer and acceptance analysis must be adopted unless the documents passing between the parties and their conduct show their common intention was that some other terms were intended to prevail*”.

Totuși, având în vedere prevederile foarte largi ale art. 19(3) CVIM, ce dispune că „*elementele complementare sau diferite privind îndeosebi prețul, plata, calitatea și cantitatea mărfurilor, locul și momentul predării, întinderea responsabilității unei părți față de cealaltă sau rezolvarea litigiilor sunt considerate ca alterând în mod substanțial termenii ofertei*”, atunci când „acceptantul” expediază „acceptarea” împreună cu setul lui de condiții generale, acest lucru înseamnă, cel mai frecvent, că el modifică substanțial termenii ofertei și face o contraofertă. Dacă aceasta este acceptată, expres sau prin comportament, contractul va fi format, iar clauzele standard ce vor prevala vor fi acelea trimise ultimele (teoria *last shot*)¹². Aceasta este soluția preponderent urmată în doctrină, fără ca discuțiile să lipsească¹³.

10. Critici aduse regulii last shot. Aplicarea regulii *last shot* în ceea ce privește soluționarea conflictului de condiții generale a fost totuși criticată, pe bună dreptate¹⁴.

11. Regula *last shot* încurajează transmiterea și retransmiterea seturilor de condiții generale, într-un meci de ping-pong, în încercarea fiecărei părți de a se asigura că setul propriu va prevala¹⁵. Deși, în general, o regulă strictă, formală, precum aceea a întâlnirii ofertei cu acceptarea concordantă, oferă un cadru clar, sigur și previzibil în ceea ce privește momentul formării contractului și conținutul acestuia și este deci binevenită, intervenția ei atunci când părțile folosesc seturi de clauze standard sporește

¹² E. A. Farnsworth, op.cit., par. [2.5].

¹³ M.P. Perales Viscasillas, "Battle of the Forms" Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles, 10 *Pace Int'l L. Rev.* 1998, p. 97-155, sp. p. 138 și urm.; G. Ruhl, op.cit., p. 196-197.

¹⁴ M.P. Perales Viscasillas, op.cit., p. 114-117.

¹⁵ M.P. Perales Viscasillas, op.cit., p. 118.

semnificativ incertitudinea cu privire la momentul formării și conținutul contractului; de asemenea, ea duce la rezultate arbitrare și greu de prezis de către părți¹⁶. Perspectiva *last shot* nu ține seama de ipotezele extrem de diferite ce pot să apară și de aceea răspunsul pe care îl oferă nu este mereu adecvat; pentru că rolurile între părți se pot schimba foarte ușor, nu este mereu clar care anume dintre acestea a trimis ultima condițiile generale de afaceri.

12. Regula permite uneia dintre părți să profite uneori în mod nejustificat de cealaltă : în fapt, având în vedere „meciul de ping-pong” și decalarea continuă a momentului încheierii contractului, una dintre părți ar putea să se retragă foarte ușor atunci când executarea nu mai este atractivă pentru ea (pentru că, de exemplu, costul materiilor prime a crescut foarte mult sau prețul produselor similare pe piață este mult mai mare sau mai mic), deși în niciun moment între părți nu au fost în discuție prețul sau cantitatea de marfă ce trebuia livrată¹⁷. În egală măsură, regula *last shot* poate părea anti-economică: știind că eventualul conflict al clauzelor standard va fi rezolvat pe baza unuia sau altuia din seturile în discuție, profesioniștii sunt încurajați să redacteze clauze standard dezechilibrate, care să favorizeze maximal interesele lor, în eventualitatea în care ajung să fie încorporate în contract¹⁸.

¹⁶ M.P. Perales Viscasillas, op.cit., p. 116.

¹⁷ A. Von Mehren, ‘The “Battle of the Forms”: A Comparative View’, *Am. J. Comp. L.*, 1990, vol. 38, p. 265, sp. p. 270 : “where the reason for non-performance relates to terms on which the parties had agreed, the mirror image rule – that the acceptance must reflect in every aspect the offer – may thus allow one party to take advantage of the other”.

¹⁸ G. Ruhl, op.cit., p. 213.

13. Soluția poate fi deci criticată, în măsura în care ea marșează foarte mult pe rutină (aspect de formă)¹⁹, iar nu pe realitățile lumii afacerilor (aspect substanțial)²⁰. În condițiile în care părțile nu negociază în mod conștient atunci când schimbă între ele seturi de condiții generale. Ea impune un acord cu privire la *toate clauzele* contractului și se concentrează numai pe setul de clauze trimise ultimele. Ofertantul inițial este obligat obiecteze cu privire la termenii suplimentari sau diferiți, cuprinși în răspunsul partenerului ; în absența obiecțiilor, începerea executării echivalează cu o acceptare implicită a clauzelor cuprinse în ultimul formular standard trimis (deși părțile nu realizează întotdeauna discrepanțele dintre acestea). În consecință, regula poate părea inechitabilă pentru partea care trece la executare, aceasta fiind ținută de un consimțământ implicit.

14. De asemenea, ea neglijează faptul că lipsește un acord real al părților cu privire la care anume clauze standard sunt încorporate în contract. În fapt, este adevărat că în conformitate cu prevederile Codului civil, acceptarea se poate realiza și prin comportament. Totuși, în condițiile în care o parte a trimis anterior la clauzele ei standard, putem considera că există cel puțin un dubiu cu privire la faptul că simpla începere a executării echivalează cu acceptarea indiscutabilă a clauzelor standard ale partenerului și renunțarea la propriul set de clauze²¹. În egală măsură, nu este mereu clar

¹⁹ M. P. Perales Viscasillas, op.cit., p. 117-118.

²⁰ A. Von Mehren, op.cit., p. 270: “*the classical approach cannot accommodate the deal is on philosophy of many entrepreneurs; if full agreement has to be reached on all material terms, deals will to often not be concluded*”.

²¹ K. Steensgaard, “A comparative view on «battle of the forms» under the CISG and in the German and US American experiences”, *Nordic J. Comp.Law*, 1/2015, p. 3, sp. p. 10, ce consideră problematic să se deducă acceptarea contraofertei din începerea executării contractului.

cum trebuie procedat (și cum trebuie dedus consimțământul implicit) atunci când părțile au folosit clauze defensive/clauze de respingere anticipată, prin care au exclus contractarea în conformitate cu clauzele standard pre-redactate de către partener; în aceste ipoteze, începerea executării contractului nu mai poate fi echivalată ușor cu acceptarea condițiilor generale ale partenerului.

III. Regula *knock out*

15. Consacrare legală. Urmând fidel soluția din art. 2.1.22 din *Principiile Unidroit*²², art. 1202(4) din noul Cod civil consacră astăzi în dreptul românesc o regulă diferită : regula *knock out* sau eliminarea clauzelor standard contradictorii. Soluții similare se regăsesc în art. 2:209 din *Principiile dreptului european al contractelor*, în art. 39 *Common European Sales Law* sau în art. II.-4:209 *DCFR*, în Codul estonian al obligațiilor²³, în

²² Art. 2.1.22, Principiile Unidroit : „Atunci când ambele părți folosesc termeni standard, contractul se consideră încheiat ținând seama de termenii acceptați de către părți, precum și orice alți termeni comuni în substanța lor, cu excepția situației în care o parte informează în mod expres cealaltă parte, fie în avans, fie ulterior și fără întârzieri nejustificate, că nu dorește să fie ținută de un astfel de contract.”

²³ Estonian Code of Obligations § 40 (Conflicting standard terms) (English translation): „If, upon entering into a contract, the parties each refer to their own standard terms, the contract is deemed to have been entered into under the terms which are not in conflict with each other. The provisions of law concerning the type of contract concerned apply in lieu of any conflicting terms. (2) In the case of conflicting standard terms, the contract is not deemed to have been entered into if one party has explicitly indicated before the contract is entered into or without delay thereafter and not by way of the standard terms that the party does not deem the contract to have been entered into. A party does not have this right if the party has performed the contract in part or in full or has accepted performance by the other party”. (<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/507022018004/consolide#d3608ee6-916e-4509-adbf-2bc6d7bd61f3>).

Codul civil lituanian²⁴, în Codul civil francez²⁵ sau în jurisprudența germană. Soluția din dreptul german este ușor diferită de aceea din celelalte sisteme care urmează regula *knock out* : în Germania, aceasta din urmă pare să fie aplicată doar atunci când fiecare dintre părți insistă pe aplicarea condițiilor generale proprii și respinge condițiile standard ale celeilalte; în schimb, dacă părțile nu insistă în mod explicit pe folosirea clauzelor standard proprii sau nu resping în mod explicit termenii partenerului (ci doar trimit la termenii proprii), se folosește regula *last shot*²⁶.

16. Justificare. Regula *knock out* consacră o derogare de la dogma conform căreia existența contractului depinde de ofertă și de o acceptare necondiționată și arată o mai mare deschidere către realitățile comerciale. Oamenii de afaceri nu citează și nu solicită consultanță prealabilă cu privire la conținutul clauzelor standard pre-imprimare pe documentele schimbate²⁷; de altfel, nici nu este economic să facă acest lucru, în măsura în care, pe de o parte, cele mai multe operațiuni se derulează fără incidente și, pe de alta, acești termeni standard nu sunt cei mai clari, iar resursele de timp și bani

²⁴ Art. 6.179, Lithuanian Civil Code, Conflict of standard conditions : „Where a contract is concluded by an interchange of standard conditions of a contract made between both parties, it shall be considered that the contract is concluded on the basis of standard conditions which are common in substance unless one party clearly indicates in advance his disagreement with the standard conditions proposed by the other party, or informs without delay the other party of his disagreement after the standard conditions are received by him”. (<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/87072/98918/F821662156/LTU87072%20ENG.pdf>).

²⁵ Art. 1119 C. civ. francez: „(1) Condițiile generale invocate de una dintre părți nu produc efect în privința celeilalte decât dacă i-au fost aduse la cunoștință acestea și le-a acceptat. (2) În caz de discordanță între condițiile generale invocate de părți, clauzele incompatibile sunt fără efect. (3) În caz de discordanță între condiții generale și condiții particulare, acestea din urmă vor avea prevalență în fața primelor”.

²⁶ Cu privire la soluțiile din dreptul german, a se vedea G. Ruhl, op.cit., p. 202-203.

²⁷ K. Steensgaard, op.cit., p. 4.

investite pentru consultanță și pentru o eventuală negociere cu partenerul depășesc avantajele obținute²⁸. În fine, atunci când în ciuda divergenței asupra clauzelor standard părțile trec la executare, comportamentul lor denotă clar faptul că ele apreciază respectivele divergențe ca un aspect minor, iar nu ca un obstacol în formarea contractului. Răspunzând așteptărilor părților, regula *knock out* recunoaște eficacitatea juridică a acordului lor, chiar dacă nu există identitate formală între ofertă și acceptare.

A. Formarea contractului

17. Soluția tradițională *last shot* leagă indisociabil conținutul contractului de formarea acestuia; ea pune un accent deosebit pe existența unui acord de voințe obiectiv determinat (ce implică uneori forțarea faptelor pentru a se plia conceptelor clasice de ofertă și acceptare²⁹) și duce la o soluție brutală în ceea ce privește conflictul formelor.

Dimpotrivă, soluția *knock out* urmează o poziție diferită cu privire la documentele schimbate între părți, ce vor trebui analizate global și integrat: pe de o parte, ca un prim pas, trebuie verificată existența contractului, avându-se în vedere acordul părților cu privire la aspectele esențiale ale operațiunii; apoi, într-o a doua fază, trebuie determinat conținutul exact al înțelegerii părților. În acest fel, ea corectează un inconvenient important al teoriei *last shot*. Aceasta din urmă presupune că rolurile de ofertant și acceptant sunt ușor și imediat identificate, ceea ce nu este adevărat; în

²⁸ G. Ruhl, op.cit., p. 214.

²⁹ V. A.D. Forte, op.cit., p. 103, cu referire la cauza *Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O Corpn* (England) Ltd, [1979 1 All ER 965, relevantă pentru situația din dreptul englez : “*The somewhat procrustean moulding of the facts to produce a finding that there was a contract in this case suggests that orthodox contract formation analysis affords a rather crude model for solving the battle of forms*”.

practică există de obicei o inversare continuă a rolurilor, astfel încât este extrem de dificilă reconstituirea precisă a poziției exacte a părților, la un moment ulterior formării contractului³⁰. Datorită regulii *knock out*, instanța este dispensată să caute momentul exact al întâlnirii dintre ofertă și acceptarea concordantă³¹; problema de a ști dacă există contract presupune căutarea acordului părților asupra aspectelor esențiale ale operațiunii, având în vedere declarațiile și comportamentul lor, iar flexibilitatea aferentă este binevenită³².

18. Perspectiva implicată de regula *knock out* este astfel mai pragmatică³³ și ține cont de faptul că negocierile, cu schimburi complexe de documente, sunt finalizate prin acorduri care apoi sunt executate de părți. Existența contractului nu va fi repusă în discuție atunci când unei oferte însoțite de un set de clauze standard i se răspunde cu o acceptare de asemenea însoțită de un set de clauze standard, părțile neavând cunoștință de discrepanțele dintre acestea sau minimizând importanța lor³⁴. Trecând la executare, în ciuda formelor divergente, acestea percep contractul ca și

³⁰ V. Forti, “La battle of forms nel diritto comparato”, (2006), disponibil la adresa www.diritto.it/archivio/1/21424.pdf, p. 14, citând pe E. Ferrante, “La battle of forms nella Convenzione di Vienna: una recente decisione del Tribunale federale tedesco”, in *Contratto e impresa* / Europa a cura di F. Galgano e M. Bin, 8°, CEDAM, 2003, p. 486, sp. p. 488, nota 8.

³¹ De altfel, datorită divergențelor dintre clauzele standard, la care se face trimitere, acesta va fi uneori imposibil de determinat ; atunci când părțile folosesc clauze standard, art. 1202(4) C. civ. (norma specială) are prevalență în fața art. 1196 C. civ. (norma generală): instanța nu trebuie să verifice care din documentele transmise reprezintă ofertă, care acceptare, care contraofertă, care acceptarea contraofertei, *s.a.m.d.* I. Fl. Popa, in L. Pop, I. Fl. Popa, S.I. Vidu, *Curs de drept civil. Obligațiile*, UJ, 2015, p. 92.

³² G. Ruhl, *op.cit.*, p. 220.

³³ B. Zeller, “The CISG and the Battle of the Forms”, in L. DiMatteo (Ed.), *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014, pp. 203-214, sp. p. 211.

³⁴ Unidroit Principles, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, Article 2.1.22, Comment, pct. 3, p. 73.

format, iar soluția de la art. 1202(4) C. civ. nu face decât să le confirme așteptările.

B. Determinarea conținutului contractului

19. Aplicând teoria *knock out*, instanța va reconstrui contractul³⁵, analizând global documentele schimbate între părți și ținând cont de intențiile și comportamentul acestora. Deoarece contractul va include termenii negociați/conveniți și o parte din termenii standard, care sunt comuni în substanță, regula acordului reciproc (cel puțin ipotetic³⁶), dar și principiile bune credințe și echității, sunt respectate. În fapt, se încearcă respectarea voinței părților, exteriorizată în acele clauze standard, în măsura în care aceasta este comună³⁷; de aceea, contractul va fi încheiat pe baza clauzelor negociate și a clauzelor standard comune în substanța lor, cu condiția, bineînțeles, ca acestea să nu contravină unor norme imperative³⁸.

20. **Clauzele negociate.** Includerea în conținutul contractului a clauzelor convenite între părți (cel puțin *essentialia negotii*) este evidentă. Părțile au considerat aspectele respective suficient de importante pentru a le discuta și a se pune de acord; acele clauze reprezintă voința lor și, dacă nu contravin ordinii publice sau bunelor moravuri, ele se bucură de eficacitate. În egală măsură, aceste clauze convenite vor avea prioritate asupra clauzelor

³⁵ B. Zeller, op.cit., p. 212.

³⁶ În fapt nu se poate vorbi despre intenția reală a părților; este întrucâtva artificial să se considere că părțile au convenit asupra clauzelor comune din seturile de clauze standard, în condițiile în care acestea nu au fost nici măcar consultate, darmite comparate..

³⁷ Pe acest temei, soluția inițial promovată în Germania – și anume ignorarea completă a seturilor de clauze standard – apare mult prea severă.

³⁸ Mențiunea are o importanță minimală, deoarece cele mai multe norme imperative (prin care se invalidează clauze contractuale) privesc contractele de consum; or, prin ipoteză, consumatorii nu folosesc condiții generale de afaceri.

standard ce ar figura în condițiile generale, chiar dacă acestea din urmă ar fi comune în substanța lor³⁹.

21. Desconsiderarea clauzelor contradictorii. În schimb, clauzele contradictorii sunt eliminate; contradicția dintre ele reflectă lipsa consensului părților cu privire la modalitatea de rezolvare a problemelor specifice vizate. În acest fel, soluția *knock out* încearcă să depășească conflictul dintre prezumția de acceptare a condițiilor generale și realitățile lumii afacerilor, pe care le presupune regula *last shot*⁴⁰.

De asemenea, deoarece impune desconsiderarea doar a clauzele contradictorii sau ireconciliabile, soluția *knock out* este de natură să conducă la un rezultat mai echilibrat decât acela presupus de regula *last shot* (ce acordă prevalență globală clauzelor standard redactate de una dintre părți, pe care indirect o și favorizează).

22. Dificultăți. Determinarea exactă a conținutului celor convenite și a aspectelor contradictorii poate ridica uneori dificultăți și asupra acestora mă voi opri în cele ce urmează.

23. O primă ipoteză problematică este aceea în care **condițiile standard ale uneia dintre părți prevăd o soluție particulară cu privire la o problemă specifică, iar cele ale partenerului nu dispun nimic.** În opinia noastră, într-o asemenea ipoteză, clauza standard cuprinzând soluția particulară ar trebui aneantizată, în baza regulii *knock out* de la art. 1202(4) C. civ. În fapt, atunci când setul de clauze standard al uneia dintre părți păstrează tăcerea în legătură cu un anumit aspect, se poate

³⁹ O precizare este necesară : contradicția dintre clauzele negociate/convenite și clauzele standard nu este vizată de sintagma *battle of forms*; întotdeauna primele vor avea prioritate, ca rezultat al voinței exprese a părților.

⁴⁰ K. Steensgaard, op.cit., p. 12.

considera că partea în cauză s-a referit implicit la prevederile legale aplicabile (sau a acceptat intervenția acestora)⁴¹. Dacă clauza standard a co-contractantului nu coincide cu soluția reținută în prevederea legală, există un conflict între voințele părților; în consecință, aplicând regula *knock out*, clauza standard ar trebui să fie ignorată, drepturile și obligațiile părților fiind stabilite pe baza normei legale (supletive)⁴².

24. Lista de specificații tehnice. Soluția poate fi totuși diferită atunci când setul de condiții generale reprezintă de fapt o listă de specificații tehnice ale bunurilor sau serviciilor ce trebuie livrate/prestate (sau, după caz, cumpărate) de partea în cauză⁴³. Într-un asemenea caz, se poate considera că există acord *de facto* între părți, de la început, că dacă urmează să se livreze niște bunuri, acestea trebuie să fie în conformitate cu acele specificații tehnice (care reflectă disponibilitățile vânzătorului și nevoile cumpărătorului)⁴⁴.

⁴¹ P. Schlechtriem, “Battle of the Forms in International Contract Law. Evaluation of approaches in German law, UNIDROIT Principles, European Principles, CISG; UCC approaches under consideration” (trad. din germană M. Eimer), disponibil la adresa <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem5.html>, no. 6 : „insofar as their proposed conditions do not contain a regulation, either side tacitly assumes the statutory rules to be effective, so that differing proposals of the other side nevertheless lead to a divergence between the parties' proposals on the contract's contents”.

⁴² V. O. Lando, H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law: Parts I and II, Prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 182, ce oferă și un exemplu (ce reia, de altfel, starea de fapt din cauza *Butler Machine Tool Co., Ltd. v. Ex-Cell-O Corp. Ltd*) : atunci când setul de condiții generale al uneia dintre părți include o clauză de indexare a prețului, iar setul corespondent al partenerului nu abordează problema, se poate considera că există un *battle of forms*, astfel că art. 2:209 PECL poate opera.

⁴³ O. Lando, H. Beale, op.cit., p. 181 - PECL Art 2:209 Comment B.

⁴⁴ Așa cum arată E.J. Jacobs („The battle of the forms: standard term contracts in comparative perspective”, *I.C.L.Q.*, 1985, vol. 34, p. 297, sp. p. 306) livrarea bunurilor, în cazul unui contract de vânzare, nu este un eveniment realizat într-un vacuum; aceasta trebuie analizată prin raportare la anumite documente.

Dacă însă setul de clauze al uneia dintre părți stabilește o serie de exigențe cu privire la calitate sau funcționalitate, în timp ce setul celeilalte prevede o exonerare, o limitare sau o agravare a răspunderii, nu este exclus ca instanța să constate totuși contradicția dintre voințele părților și să aneantizeze clauzele corespondente.

25. De asemenea, o discuție poate să apară cu privire la situația în care **setul de condiții generale al uneia dintre părți nu prevede nimic cu privire la o problemă, în timp ce setul de condiții al cocontractantului vine cu o soluție ce confirmă o uzanță sau o practică între părți.** Ipoteza este similară primeia dintre cele de mai sus, dar o nuanță trebuie făcută. Astfel, este bine-cunoscut că în absența unei voințe contrare explicite, uzanțele sunt considerate a completa contractul (cf. art. 1 și art. 1272(1) C. civ.); partea care nu a reglementat sau nu a dorit să reglementeze în mod specific o problemă poate fi rezonabil ținută că agreează aplicarea practicii statornice sau a uzanței în mod normal operantă în sectorul de comerț în care activează⁴⁵. O asemenea perspectivă ar permite să se considere că în acest caz nu există o contradicție reală între voințele părților, iar clauza standard specifică ar putea fi menținută. Miza menținerii/aneantizării clauzei nu este de fapt una reală atunci când condițiile din ipoteza în discuție sunt îndeplinite (mai precis, uzanța este efectiv aplicabilă, iar soluția substanțială oferită de ea este identică cu aceea promovată de clauza standard); așa cum se va vedea *infra* (n. 27), dacă aceasta

⁴⁵ P. Schlechtriem, op.cit., no 6: “After all, it seems reasonable to me to believe that each party, insofar as it does not attempt to insert proposals on the contents into the contract - pre-formulated or individual - assumes that the statutory rules (or relevant trade usages) are applicable. Whether and to what extent it gives way to the other side's clauses is as much a matter of interpretation as in cases of open collision”.

din urmă este desconsiderată, rezolvarea problemei va fi făcută pe baza practicii statornicite sau a uzanței, iar în fond soluția va fi aceeași.

În schimb, miza reapare atunci când, în ciuda afirmațiilor uneia dintre părți, fie nu există identitate de substanță între uzanța aplicabilă și clauza standard în discuție, fie uzanța nu este efectiv operantă cu privire la contractul în speță, pentru că nu sunt îndeplinite condițiile de aplicare teritorială sau materială a acesteia sau pentru că părțile au exclus aplicarea ei; dacă aceste ultime aspecte sunt dovedite corespunzător în fața instanței, clauza standard ar trebui eliminată, aplicând *mutatis mutandis* raționamentul dezvoltat *supra* (n. 23).

26. Completarea contractului. La fel ca art. 2.1.22 din Principiile Unidroit, art. 1202(4) C. Civ. nu precizează cum trebuie procedat pentru rezolvarea problemelor în cazul eliminării clauzelor contradictorii. Răspunsul nu este dificil : pentru completarea contractului, în mod normal vor fi avute în vedere dispozițiile legale supletive în materie⁴⁶.

27. O discuție este posibilă pentru acele cazuri în care în sectorul de activitate în care operează părțile există uzanțe comerciale, problema fiind aceea de a ști dacă acestea vor putea fi sau nu avute în vedere. În opinia noastră, în lipsa unei clauze de integralitate care să excludă aplicarea lor, uzanțele sau practicile statornicite ale părților vor putea primi aplicare⁴⁷, având prioritate în fața dreptului supletiv; soluția își găsește un argument de text în art. 1 și art. 1272 C. civ., articole a căror incidență nu poate fi exclusă. Dacă problema ce trebuie soluționată în urma invalidării clauzelor standard nu își găsește un răspuns în eventuale uzanțe sau în legislație, pentru

⁴⁶ A se vedea și I. Fl. Popa, op.cit., p. 91-92.

⁴⁷ A se vedea în același sens, *mutatis mutandis*, O. Lando, H. Beale, op.cit., p. 183.

completarea contractului ar putea fi avute în vedere, având în vedere natura și scopul acestuia, regula analogiei și principiile generale ale dreptului, în special principiul bunei credințe și principiul echității.

28. Probleme cu soluția substitut. Evident, pentru caracterizarea contradictorialității, ceea ce contează este coincidența dintre soluțiile substanțiale implicate de clauze, iar nu formularea efectivă a acestora⁴⁸. Cu toate acestea, soluția substitut – înlocuirea clauzelor contradictorii cu normele supletive din dreptul aplicabil - generează și probleme atunci când, fără a fi identice ca substanță, aceste clauze standard derogă totuși în mod semnificativ de la prevederile legale⁴⁹.

Așa pot sta lucrurile de exemplu atunci când clauzele ambelor părți prevăd rezolvarea diferendelor prin arbitraj, dar există divergențe asupra sediului arbitrajului, asupra modalității de desemnare a arbitrilor sau asupra altor reguli procedurale; așa stau lucrurile atunci când clauzele ambelor părți prevăd termene mai largi decât cele legale pentru denunțarea defectelor, dar acestea nu sunt identice⁵⁰.

29. În aceste cazuri, din păcate, regula *knock out* este în principiu operantă. Atunci când una dintre părți (cea care are interes) îi va solicita să desconsidere clauzele discordante și să aibă în vedere exclusiv prevederile legale, judecătorul nu este autorizat să reacționeze, căutând o alternativă echitabilă sau eficientă (de tipul *best shot*); aspectele substanțiale trec în planul secund, în beneficiul aplicării mecanice a soluției excluderii, creatoare de certitudine. Evident, în aceste cazuri, desconsiderarea clauzelor standard

⁴⁸ O. Lando, H. Beale, op.cit., p. 183. A. A. Moise, în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, coord. F.A. Baias, CH Beck, 2012, p. 1265.

⁴⁹ M.P. Perales Viscasillas, op.cit., p. 119-121; K. Steensgaard, op.cit, p. 16.

⁵⁰ M.P. Perales Viscasillas, op.cit., p. 119-120.

generează inconveniente, dejucând așteptările cel puțin uneia dintre părți⁵¹, și de aceea regula *knock out* a fost uneori criticată⁵².

30. În mod justificat, unii autori au propus o interpretare mai suplă a exigenței discordanței clauzelor și eliminarea doar a aspectelor veritabil contradictorii. De exemplu, O. Lando și H. Beale⁵³ sugerează că în cazul în care clauzele standard ale ambelor părți prevăd soluționarea litigiului prin arbitraj, cu diferențe totuși în ceea ce privește sediul acestuia, ar fi posibil ca instanța să decidă că cele două clauze reflectă în mod neechivoc și indiscutabil preferința ambelor părți pentru arbitraj (în locul justiției statale), regula *knock out* impunând doar desconsiderarea indicațiilor divergente asupra unui aspect punctual – sediul arbitrajului – ce va trebui determinat ulterior pe baza normelor legale aplicabile⁵⁴. Soluția susține eficiența voinței comune a părților și este binevenită; ea corespunde de altfel rațiunii din spatele regulii *knock out* și interpretării teleologice (iar nu literale) a clauzelor în discuție, pe care o impune dispoziția legală. În același timp, nu este mai puțin adevărat că implementarea ei nu este posibilă întotdeauna : astfel, în cel de-al doilea exemplu imaginat mai sus, privitor la clauzele ce prevăd termene diferite pentru denunțarea defectelor, nu este foarte evident ce ar trebui reținut ca și concordant, respectiv ce ar trebui eliminat, ca și contradictoriu, din clauzele în discuție. Mai mult, chiar în cazul analizat, instanța ar putea să constate că

⁵¹ Nu este niciun dubiu că, dacă ulterior constatării conflictului dintre clauzele standard, părțile reușesc să se pună de acord (de exemplu, semnând un compromis sau o tranzacție) judecătorul va ține cont de voința lor.

⁵² M.P. Perales Viscasillas, op.cit., p. 119 și urm., arătând că deși regula *knock out* oferă o perspectivă mai neutră asupra conflictului (nefavorizând direct niciuna dintre părți), ea afectează uneori semnificativ intențiile părților și operațiunea.

⁵³ O. Lando, H. Beale, op.cit., p. 183.

⁵⁴ Aceeași soluție, ce dă efect principiului autonomiei de voință, pare preferată și de A.D.M. Forte (op.cit., p. 120).

locul desemnat al arbitrajului era esențial și a fost ales deliberat, în considerarea unor aspecte particulare; acest lucru ar impune considerarea globală a fiecăreia dintre clauze și eliminarea lor dacă nu există identitate substanțială cu privire la toate aspectele reglementate în cuprinsul lor⁵⁵. Din păcate, identificarea unei jurisprudențe relevante pentru aceste aspecte a fost imposibilă.

31. În fața acestor probleme, legiuitorul a imaginat un remediu – respingerea contractului (sau a regulii *knock out*) –, dar acesta operează în circumstanțe limitative, astfel că eficiența lui este doar relativă. Asupra acestei posibilități de respingere mă voi opri pe scurt în cele ce urmează.

C. Respingerea regulii *knock out*

32. În conformitate cu art. 1202(4) C. civ. final, regula de principiu descrisă până în acest moment nu se aplică atunci când „*una dintre părți notifică celeilalte, fie anterior momentului încheierii contractului, fie ulterior și de îndată, că nu intenționează să fie ținută de un astfel de contract*”. Dacă nu se fac obiecții, părțile sunt repute că au acceptat stabilirea conținutului contractului în conformitate cu regula *knock out*. Soluția obiecției are astfel un rol important : ea oferă o justificare suficientă pentru eficacitatea juridică a contractului al cărui conținut este determinat pe baza clauzelor negociate și a clauzelor standard comune în substanța lor, atunci niciuna dintre părți nu reacționează⁵⁶.

⁵⁵ O. Lando, H. Beale, op.cit., p. 183. A.D.M. Forte, op.cit., p. 120.

⁵⁶ De regulă, tăcerea nu valorează acceptare; totuși, dacă partea nu reacționează atunci când legea spune că trebuie să o facă pentru a evita un anumit rezultat, ea este reputată că acceptă acel rezultat.

Două alternative sunt posibile: obiecția anticipată, respectiv obiecția ulterioară, dar imediată. Fiecare dintre acestea necesită o serie de precizări.

33. Obiecția anticipată. Legiuitorul român nu oferă precizări cu privire la obiecția anticipată prevăzută la art. 1202(4) C. civ., impunând vag *notificarea* partenerului anterior momentului încheierii contractului. În opinia noastră, simpla clauză din contract prin care partea trimite la propriile condiții generale nu echivalează, în niciun caz, cu „notificarea” prevăzută de textul legal; de asemenea, nici simpla retransmitere a setului de condiții generale nu ar trebui să fie suficientă. În schimb, ar putea fi acceptate ca obiecție anticipată atât comunicările oficiale⁵⁷, cât și clauzele contractuale care au acest obiect (cunoscute sub denumirea de clauze de respingere anticipată, de protecție sau *paramount*), exprimate în așa fel încât să nu poată scăpa atenției co-contractantului.

34. Clauza paramount. Clauza *paramount*, prin care una dintre părți refuză cu claritate să fie ținută de un contract ce ar integra clauzele standard ale celeilalte⁵⁸ și pretinde aplicarea exclusivă a clauzelor standard proprii, este o modalitate prin care se încearcă stabilirea pentru cocontractant a unei limite ferme : fie se acceptă contractul ca atare, fiind inacceptabilă o

⁵⁷ Conform lui A.A. Moise (op.cit., p. 1266, no. 10), în absența altor indicații din partea legiuitorului, această notificare poate fi făcută prin orice mijloc, inclusiv prin executor judecătoresc.

⁵⁸ Pentru un exemplu, a se vedea clauza *paramount* folosită de cumpărător în operațiunea ce a generat litigiul în speța *Uniroyal Ltd v Miller & Co Ltd* 1985 SLT 101: “*The Company recognises that the Vendor may use its own acknowledgment of order form. Therefore any provisions in the form of acceptance used which modify, conflict with or contradict any provision of the contract or order shall be deemed to be waived unless expressly agreed to in writing by the Company and signed by an authorized representative*” (apud A.D.M. Forte, op. cit, p. 107); într-o altă formulare : „*Se respinge aplicarea unor prevederi sau clauze standard diferite aparținând cumpărătorului și menționate în comenzi, ordine de cumpărare, oferte sau alte documente contractuale, exceptând atunci când aceste prevederi sau clauze au fost acceptate în scris*”.

„acceptare” condiționată sau cu modificări, fie se renunță la operațiune. Dacă și partenerul folosește o clauză similară, se creează un nou conflict : discordanța se materializează în primul rând la nivelul acestor clauze de respingere, prin care fiecare dintre părți încearcă să transforme setul propriu de condiții generale într-un element esențial, blocând demersurile similare ale partenerului.

35. Condiția vizibilității. Înainte de a vedea efectele unei asemenea clauze de respingere anticipată, o problemă ce poate fi discutată este aceea de a ști cât de vizibilă trebuie să fie aceasta pentru a fi eficace : ea trebuie să apară clar pe unul din formularele prin care se tinde la realizarea unei oferte/acceptări sau, dimpotrivă, ar fi posibil ca inclusiv o clauză *paramount* ce figurează într-un set de clauze standard să fie interpretată ca reprezentând obiecția anticipată valabilă în conformitate cu prevederile art. 1202(4) C. civ.?

Dispozițiile din PECL resping expres alternativa vizată de partea a doua a întrebării, precizând că excluderea regulii *knock out* nu ar trebui să se realizeze prin intermediul unei clauze ce figurează în setul de condiții generale⁵⁹. La aceeași soluție se poate ajunge și în cazul regulii corespondente din Principiile Unidroit, ce prevede că „o parte informează în mod expres cealaltă parte” despre intenția de a nu fi ținută de un contract al cărui conținut este determinat pe baza regulii *knock out*; conform Comentariului oficial, condiția informării exprese nu este îndeplinită atunci când partea nu realizează o declarație specifică în ofertă sau acceptare, ci folosește în acest sens o simplă clauză standard⁶⁰.

⁵⁹ O soluție similară este regăsită în § 40.2 din Codul Estonian al obligațiilor (citată supra).

⁶⁰ V. Comentariul 3 sub art. 2.1.22 Principiile Unidroit, ce precizează că „nu se poate spune în mod absolut ce ar însemna în practică o indicație clară, dar introducerea unei asemenea clauze în condițiile standard nu va fi în mod obișnuit suficientă, pentru că este necesară o declarație specifică a părții vizate, în oferta sau acceptarea ei”.

36. Având în vedere faptul că aceste texte au reprezentat și sursa de inspirație a legiuitorului român, consider că aceeași interpretare poate fi urmată și la noi – textul legal vorbește despre notificare, ceea ce presupune o aducere adecvată la cunoștință. Pentru ca o clauză de respingere anticipată să opereze, ar trebui ca ea să fie cunoscută de partenerul contractual sau să fi existat o vizibilitate suficientă a ei, astfel încât cunoașterea ei să nu poată fi în mod legitim pusă în discuție.

În schimb, premisa fiind că părțile nu citează clauzele standard, clauzele *paramount* incluse în condițiile standard și *lipsite de vizibilitate suficientă* nu sunt eficiente⁶¹. Nu este suficient ca avocatul ce redactează setul de condiții generale pentru un client să precizeze în cuprinsul acestuia că partea este ținută de contract numai dacă condițiile astfel redactate ajung să primească aplicare; conținutul contractului ar trebui determinat, inclusiv în acest caz, pe baza regulii *knock out*.

37. Efectele obiecției anticipate. Respingerea anticipată, realizată cel mai frecvent printr-o clauză *paramount*, are și efecte nefaste: odată adusă la cunoștința partenerului, ea poate paraliza aplicarea soluției de la art. 1202(4) C. civ.⁶².

Două situații trebuie avute în vedere, pentru că art. 1202(4) C. civ. poate fi aplicat atât atunci când părțile doar au schimbat între ele diversele seturi de clauze standard, cât și atunci când, în plus de acest schimb, s-a trecut efectiv la executarea contractului.

⁶¹ A.D.M. Forte, op.cit., p. 117-118.

⁶² De altfel, posibilitatea respingerii contractului (sau a regulii *knock out*, așa cum vom vedea) a fost considerată a fi călcâiul lui Ahile pentru regula astfel instituită - P. Schlechtriem, op.cit., pct. III (2).

38. Atunci când prin clauza *paramount* (vizibilă) una dintre părți insistă pe aplicarea setului ei de condiții standard și nu se începe executarea, contractul nu se formează (așa cum precizează art. 1202(4) C. civ.). Clauza confirmă faptul că partea vede în setul ei de condiții generale un element esențial (art. 1185 C. civ.) și se poate prevala de lipsa acordului cu privire acestea pentru a contesta existența contractului și pentru a nu putea fi constrânsă să execute silit. În acest caz dezacordul primează și inconvenientele teoriei clasice reapar: părțile sunt încurajate să folosească clauze *paramount* în încercarea de a-și asigura un avantaj, respectiv sunt încurajate să continue trimiterea de documente și să mizeze pe o acceptare pură și simplă din partea partenerului.

39. Atunci când în ciuda clauzei *paramount* s-a trecut la executare, nu se mai poate susține inexistența contractului. Având însă în vedere respingerea soluției *knock-out* (contract încheiat pe baza clauzelor comune), conflictul clauzelor standard va trebui rezolvat printr-o reîntoarcere la regula generală a ofertei și acceptării concordante (*last shot*)⁶³. Astfel, instanța va trebui să determine, având în vedere diferitele schimburi de documente, dar mai ales comportamentul părților, care este momentul încheierii contractului, respectiv, care anume dintre părți, suficient de bine informată, a considerat că operațiunea este mai importantă decât clauzele standard proprii și a avut un comportament (începerea executării sau primirea executării) care echivalează cu acceptarea condițiilor celeilalte, trimise ultimele.

⁶³ V. Comentariul 3 sub art. 2.1.22 Principiile Unidroit : „Doctrina *“last shot”* poate fi adecvată atunci când părțile indică cu claritate că adoptarea seturilor lor de clauze standard este o condiție esențială pentru încheierea contractului”.

40. Două sub-alternative pot fi identificate: 1. Dacă executarea este începută de co-contractantul celui care a trimis ultimul condițiile generale (sau documentul care face trimitere la ele), acele condiții vor prevala, pentru că începerea executării este reputată în mod clasic ca o acceptare a contraofertei. 2. Dacă executarea este începută de cel care a trimis ultimul condițiile standard, tăcerea sau inacțiunea celuilalt blochează formarea contractului; în schimb, atunci când acesta din urmă acționează la rândul lui (de exemplu, primind mărfurile livrate), comportamentului lui este reputat a fi o acceptare, iar contractul va include condițiile generale de afaceri trimise ultimele.

41. Obiecția ulterioară, dar imediată. Legiuitorul admite de asemenea și o obiecție ulterioară, dar imediată: el permite aneantizarea contractului în cazul în care una dintre părți, ce nu poate accepta conținutul acestuia, determinat în conformitate cu regula de la art.1202(4) C. civ. (cu includerea clauzelor negociate și a clauzelor standard comune în substanță), notifică celeilalte de îndată intenția ei de a nu fi ținută de acest contract.

42. Doctrina a criticat acest „drept de denunțare”, ca fiind generator de incertitudini⁶⁴. Ne alăturăm poziției, accentuând și rezultatele inechitabile ale soluției: deși există clar acordul asupra elementelor esențiale ale operațiunii, una dintre părți ar putea foarte ușor să evite obligarea ei la executarea acelu contract, devenit dezavantajos datorită unor evoluții în piață, doar prevalându-se de discordanțele dintre seturile de clauze standard⁶⁵.

⁶⁴ A.A. Moise, op.cit., p. 1266, n. 9.

⁶⁵ C.B.P. Mahé, « Conflit de conditions générales: quelle tactique adopter? », *Electronic J. of Comp. L.* (www.ejcl.org), vol. 1.1, November 1997, p. 17.

43. Două remedii, de ordin substanțial, pot corecta inconvenientele acestei posibilități de obiectare.

Pe de o parte, este vorba despre severitatea instanțelor în interpretarea expresiei „de îndată”, singura exigență prevăzută de textul legal ; doar o poziție restrictivă în materie este de natură să evite acest gen de manevre oportuniste, contrare intenției legiuitorului.

Pe de altă parte, atunci când acordul asupra *essentialia negotii*, dedus pe baza documentelor schimbate, este dublat de începerea executării, considerăm că obiecția apare contrară exigenței buneii credințe în formarea și executarea contractului și nu ar trebui acceptată pentru a paraliza jocul regulii *knock out*. Acesta este însă un alt aspect cu privire la care legiuitorul nu stabilește o soluție formală, astfel că instanțele se bucură de o marjă de apreciere; atâta timp cât jurisprudența nu este definitiv fixată, discuțiile pot persista în materie.

În fine, ca un argument relativ, inconvenientele acestui drept de denunțare vor fi atenuate și altfel: pentru că în practică clauzele standard sunt rar citite imediat după formarea contractului, probabil obiecția ulterioară se va materializa rar în practică, cu consecința că regula *knock out* va putea primi aplicare.

D. Cazurile în care art. 1202(4) C. civ. nu operează

44. Art. 1202(4) C. civ. nu va fi aplicat în fiecare situație în care pentru contractare sunt folosite clauze standard. Dacă doar una dintre părți folosește clauze standard, art. 1202(4) C. civ. este inoperant de principiu, iar pentru stabilirea momentului formării contractului și pentru determinarea conținutului acestuia vor fi avute în vedere regulile generale de la art. 1188 și art. 1197 C. civ., respectiv art. 1201 C. civil. Atunci când ambele părți utilizează

formulare standard, pre-tipizate, cu dispoziții contradictorii, aplicarea art. 1202(4) C. civ. este condiționată de existența unui veritabil conflict, ceea ce nu este întotdeauna evident, așa cum sperăm să rezulte din exemplele de mai jos.

45. În anumite ipoteze, **consimțământul părților cu privire la aplicarea (doar a) unui set anume de clauze standard poate fi cu claritate stabilit și acesta va prevala**⁶⁶; astfel, atunci când în ciuda transmiterii în prealabil a unui document ce include sau trimite la condițiile sale de afaceri, una dintre părți acceptă indiscutabil contractarea în conformitate cu condițiile partenerului, conflictul de clauze standard nu există. De exemplu, atunci când prin acordul lor verbal, dovedit corespunzător, părțile au convenit cu claritate aplicarea condițiilor generale ale uneia dintre ele, expedierea ulterioară a unei confirmări scrise de către partener, ce trimite la propriile lui condiții standard, nu ar trebui să poată declanșa jocul art. 1202(4) C. civ.⁶⁷. În mod similar, atunci când semnează formularul aferent al cocontractantului, ce ține loc de contract, nu mai este posibilă invocarea art. 1202(4) C. civ., deși în documente transmise anterior partea s-a referit la propriile ei condiții standard⁶⁸. Această ultimă soluție este recunoscută expres și în practica românească recentă⁶⁹.

⁶⁶ C.B.P. Mahé, op.cit., no 1.3.2.1 (p. 11) cu referire la PECL: dacă o parte a semnat setul de condiții generale al celeilalte, acest lucru înseamnă încorporarea lor în contract, clauzele fiindu-i opozabile; conflictul de condiții generale este suprimat. Dacă s-a semnat doar documentul ce conține clauza de trimitere la condițiile generale, acest lucru nu înseamnă că s-au acceptat acele condiții generale.

⁶⁷ V. *mutatis mutandis* OLG Linz 8 August 2005, disponibil la adresa <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050808a3.html>.

⁶⁸ O. Lando, H. Beale, op.cit., p. 181.

⁶⁹ A se vedea Jud. sect. VI București, secția civilă, Sent. Civ. 5498/04.09.2018 (rolii.ro): „având în vedere că atât clauzele standard ale reclamantei, cât și clauzele standard ale pârâtei prevedeau clauze derogatorii de la normele privitoare la competența instanțelor

46. De asemenea, în alte ipoteze, **este posibil ca una dintre părți să eșueze complet în încercarea de integrare a condițiilor sale generale de afaceri în câmpul contractual**, pentru că nu le-a adus în mod adecvat la cunoștința partenerului, și conflictul este din nou suprimat.

Din acest punct de vedere, problemele pot să apară fie cu privire la clauza de trimitere la clauzele standard, fie cu însăși expedierea clauzelor standard.

47. Clauza de trimitere. În fapt, în conformitate cu art. 1201 C. civ., *„...părțile sunt ținte de clauzele extrinseci, la care contractul face trimitere”*. Atunci când clauza de trimitere este absentă, lucrurile sunt clare; chiar dacă clauzele standard au fost comunicate partenerului (de exemplu, pentru că sunt pre-imprimare pe verso-ul documentelor contractuale), lipsa mențiunii cu privire la voința părții de a contracta folosind acele clauze standard are drept consecință imposibilitatea includerii lor în câmpul contractual. O excepție ar putea fi admisă pentru acele cazuri în care între părți există o practică statornică ce le-ar dispensa de inserarea clauzei de trimitere⁷⁰.

48. De asemenea, discuțiile sunt posibile într-un număr semnificativ de ipoteze, precum atunci când clauza de trimitere este orală⁷¹, sau nu este

judecătorești, iar numai clauzele standard ale părâtei au fost acceptate de reclamantă, prin semnarea acestora, instanța constată că acestea vor fi aplicabile în prezenta cauză cu privire la alegerea de competență”.

⁷⁰ A se vedea, *mutatis mutandis* jurisprudența CJUE aferentă art. 23 din Convenția de la Bruxelles/Regulamentul Bruxelles 1, respectiv art. 25 din Regulamentul Bruxelles I bis. A se vedea de asemenea Comentariul 3 sub art. 2.1.19 din Principiile Unidroit.

⁷¹ A se vedea în Olanda hotărârea HR 20.11 1981, NJ 1982, 517, Holleman/De Klerk, citată de C.B.P. Mahé, op.cit., no. 1.2.2 (p. 12). În speță, într-o discuție telefonică avută în contextul încheierii contractului, una dintre părți a semnalat celeilalte aplicarea condițiilor generale proprii în ceea ce privește contractele încheiate de ea; facturile ulterioare emise includeau aceeași referință. În litigiul subsecvent, instanțele de fond și de apel au considerat că referirea verbală la clauzele standard este insuficientă; Curtea de casație s-a plasat însă pe o poziție

suficient de clară și precisă, nu este suficient de aparentă, figurează într-un document post contractual (de exemplu, pe o factură sau într-o scrisoare de confirmare) sau figurează doar într-o broșură publicitară sau într-un document ce reprezintă o invitație de intrare în negocieri. Având în vedere lipsa detaliilor din textul legal, pentru rezolvarea problemelor în fiecare caz concret, instanțele vor urma din nou perspective substanțiale. Din păcate, dreptul românesc nu este în acest moment suficient de clar cu privire la aceste aspecte.

49. Discuție cu privire la transmiterea setului de condiții generale. Art. 1201 C. civ. prevede, desigur, ca contractul să facă trimitere la acele clauze standard, însă nu precizează nimic în legătură cu trimiterea (sau nu) și a clauzelor în discuție partenerului contractual⁷², ceea ce lasă deschisă calea interpretării. Aceasta va fi orientată de considerente substanțiale, bineînțeles, dar incertitudinile nu lipsesc.

50. Pe de o parte, ar fi posibil să se considere că soluția mai liberală – acceptarea încorporării și atunci când partenerul nu a transmis efectiv clauzele standard – ar fi mult mai practică pentru operațiune și ar ține suficient cont de faptul că părțile sunt profesioniști și ar trebui să aibă inițiativa atunci când nu sunt suficient edificate cu privire la un aspect; există și un argument textual pentru această poziție – legiuitorul nu impune *expressis verbis* o asemenea transmitere.

51. Pe de altă parte, o altă poziție, mai restrictivă, ar putea fi susținută și aceasta ni se pare preferabilă. Pentru ca o parte să fie ținută de o serie de

diferită, estimând că din perspectiva ansamblului circumstanțelor cazului, clauza de trimitere trebuie să fie considerată eficace.

⁷² Aceeași tăcere este păstrată și de art. 2.1.19 din Principiile Unidroit sau de comentariul oficial aferent.

clauze externe, trebuie ca acestea să îi fi fost aduse la cunoștință, cel mai târziu în momentul formării contractului, pentru că erau de exemplu pre-imprintate pe verso-ul formularului standard sau i-au fost transmise anterior. Deși mai severă, această soluție este singura care oferă un minim de garanții cu privire la realitatea consimțământului, realizând în același timp o împărțire echitabilă a riscurilor între părți⁷³. Ea este singurul mijloc de natură a asigura, în mod legitim, cadrul pentru cunoașterea efectivă și acceptarea acelor condiții generale. Ea este de altfel regăsită și în dreptul comparat⁷⁴, la nivel european⁷⁵ sau în art. 2:104 (2) PECL⁷⁶. Nu consider necesară trimiterea

⁷³ U. Magnus, „Incorporation of Standard Contract Terms under the CISG”, in (eds.) C.B. Andersen, U.G. Schroeter, *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, p. 303-325, disponibil la adresa <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus3.html>, sp. p. 320.

⁷⁴ În Franța, a se vedea art. 1119 (1) C. civ. : „*Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées*”; în Spania, a se vedea *Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación* (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789>) art. 5(1) fraza a 2-a : „*No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas*”. De asemenea, în Olanda, a se vedea art. 6:233(2) BW ce precizează că partea care se prevalează de clauzele standard trebuie să fi oferit celeilalte o oportunitate rezonabilă de a le consulta; conform lui C.B.P. Mahé, op.cit., no. 1.1.2.2, textul este interpretat în sensul că necomunicarea condițiilor standard antrenează ineficacitatea acestora. Pentru un exemplu similar din jurisprudența germană, a se vedea BGH, 31.10.2001, hotărâre citată de U. Magnus, op.cit., p. 320.

⁷⁵ Cu privire la jurisprudența CJUE în raport cu eficacitatea convențiilor atributive de jurisdicție din condițiile generale de afaceri incluse în contractele internaționale, v. A. Oprea, « Eficacitatea convențiilor atributive de jurisdicție cuprinse în condițiile generale de afaceri – repere jurisprudențiale », *RRDP*, 6/2016, p. 142 și urm.

⁷⁶ Article 2:104 (ex art. 5:103 A) - Terms not individually negotiated: „(1) *Contract terms which have not been individually negotiated may be invoked against a party who did not know of them only if the party invoking them took reasonable steps to bring them to the other party's attention before or when the contract was concluded. (2) Terms are not brought appropriately to a party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document*”.

atunci când clauzele externe sunt elaborate de diverse instituții sau asociații profesionale (precum Incoterms 2020, UCP 600); acestea sunt larg folosite în practică și conținutul lor este familiar părților, astfel că severitatea nu se justifică. De asemenea, atunci când uzanțele sau practicile statornicite dispensează părțile de o asemenea trimitere sau atunci când partenerii de afaceri cunosc efectiv conținutul clauzelor standard (având în vedere relația anterioară de afaceri) o poziție mai suplă este pe deplin acceptabilă.

IV. Concluzie

52. Regula *knock out*, nou consacrată de legiuitorul român în cuprinsul art. 1202(4) C. civ., permite analize distincte cu privire la formarea, respectiv la conținutul contractului; ea dispensează judecătorul de realizarea unor verificări laborioase cu privire la calificarea exactă a unui document/a unei reacții ca fiind ofertă/contraofertă/acceptare, pentru formarea contractului fiind suficientă constatarea acordului cu privire la aspectele esențiale ale operațiunii. De asemenea, ea ține cont în mod adecvat de faptul că părțile contractante - profesioniști în domeniul economic, iar nu în domeniul dreptului - ignoră frecvent conținutul clauzelor standard, atât ale lor, dar mai ales ale partenerilor, și se concentrează pe aspectele esențiale ale operațiunii.

Deși soluția tehnică prezintă și o serie de inconveniente, acestea nu sunt atât de grave încât să submineze impactul practic al acestui text; formalismul clasic în ceea ce privește formarea și conținutul contractului a fost înlocuit cu o perspectivă mai rezonabilă din perspectiva „acordului de voință”, mai practică și mai adaptată așteptărilor profesioniștilor și realităților lumii afacerilor. Reforma merită salutăată.