

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 3 / 2014
Iulie – Septembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: conf.dr. Mircea Dan BOB

MEMBRI:

conf.dr. Sergiu BOGDAN

prof.dr. Dan CHIRICĂ

asist.dr. Cosmin COSTAȘ

prof.dr. Mircea Ștefan MINEA

prof.dr. Paul VASILESCU

REFERENȚI:

Michel GRIMALDI – profesor, Université Paris II „Panthéon-Assas”

Liviu POP – profesor emerit, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Denis MAZEAUD – profesor, Université Paris II “Panthéon-Assas”

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

SECRETAR DE REDACȚIE: asist.dr. Sergiu GOLUB

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

- » **Studii:** Marius-Ioan FLOARE, UNELE OBSERVAȚII PRIVIND CORELAȚIA ÎNTRE BUNA-CREDINȚĂ ÎN CONTRACTE, OBLIGAȚIA DE COERENȚĂ ȘI *PROMISSORY ESTOPPEL*-UL5
- » **Studii:** David-Domițian BOLDUȚ, PRIVIRE COMPARATIVĂ ASUPRA EFECTELOR SIMULAȚIEI FAȚĂ DE TERȚI ÎN VECHIUL ȘI NOUL COD CIVIL 12
- » **Articole:** Cosmina CODRESCU, CONSIDERAȚII ASUPRA DIMENSIUNII VIRTUALE A REȚELELOR DE DISTRIBUȚIE.....28
- » **Articole:** Diana-Geanina IONAȘ, NATURA JURIDICĂ A CLAUZEI DE PRECIPUT – SUBIECT DE CONTROVERSE DOCTRINARE47
- » **Articole:** Elena SFERLEA, LE STATUT DES FINANCES LOCALES DANS LA CONSTITUTION DE LA ROUMANIE ET DE LA FRANCE 64
- » **Articole:** Ioana STUPARIU, STRUCTURĂ ȘI ARGUMENTARE ÎN DREPT. APLICAȚII PRACTICE..... 73

UNELE OBSERVAȚII PRIVIND CORELAȚIA ÎNTRE BUNA-CREDINȚA ÎN CONTRACTE, OBLIGAȚIA DE COERENȚĂ ȘI *PROMISSORY ESTOPPEL*-UL

Marius-loan FLOARE*

Abstract: *Some remarks in regard to the correlation between good faith in contracts, coherence and promissory estoppel. In using the functional method in comparative law, one frequently stumbles on the Common Law notion of promissory estoppel as an equivalent in contracts to the good faith principle of continental civil law. Others "translate" promissory estoppel as an expression of the duty of coherence, which is seen either as a consequence of good faith in contracts or as an autonomous concept with a more objective meaning than traditional good faith. The deeper meanings and rationality of these concepts might have a common thread, but a cynic could say that promissory estoppel is a pragmatic tool for solving a problem unique to the Common Law system: enforcing promises without consideration.*

Keywords: *good faith, duty of coherence, promissory estoppel, contracts*

Cuvinte-cheie: *buna-credință, obligația de coerență, promissory estoppel, contracte*

Metoda de cercetare cel mai des utilizată în lucrările moderne de drept comparat este metoda funcționalistă, metodă care impune căutarea în sistemele de drept studiate a unor echivalente funcționale ale conceptelor studiate, echivalente care, fără a fi din punct de vedere fenomenologic apropiate de cele din alte sisteme de drept, duc în practică la obținerea unor rezultate asemănătoare. Cercetătorii de drept comparat care caută în sistemele de Common Law (sistemul arhetipal de Common Law din Anglia având o evoluție divergentă încă din Evul Mediu dezvoltat față de tradiția dreptului roman și implicit față de sistemele de drept civil continentale inspirate de acesta, după redescoperirea și „receptarea” Corpus Iuris Civilis în vestul Europei începând cu secolul al XI-lea) echivalente funcționale pentru buna-credință în declinarea sa contractuală se „izbesc” frecvent de conceptul de *estoppel*, mai ales în varianta sa de *promissory estoppel*. Acest concept specific anglo-saxon a fost echivalat frecvent cu obligația de coerență, obligație care la rândul ei a fost privită fie ca o alternativă autonomă sau doar ca o valență a conceptului străvechi de bună-credință în contracte.

În ceea ce privește principiul coerenței precontractuale (*promissory estoppel*), acesta este o aplicare a echității în sistemele de Common Law anglo-saxone, încercând să

împiedice prejudiciile datorate încălcării încrederii privind viitoarea încheiere a unui contract, încredere creată de o promisiune formal neobligatorie din cauza lipsei a ceea ce am putea numi oarecum impropriu cauză-contraprestație (*consideration*)¹. O astfel de încredere înlocuiește cauza-contraprestație (*consideration*) și dă promisiunii o valoare obligatorie².

Noțiunea de *consideration* pe care am tradus-o imperfect cu sintagma "cauză-contraprestație" își are originea istorică în organizarea premodernă a sistemului de drept englez după tiparele unor tipuri limitative de "acțiuni" (*writs*), care permiteau deducerea unei cauze în fața instanțelor regale, în materie contractuală, doar dacă se încadrau în 2 tipare numite *covenant* (legământ), care permitea executarea promisiunilor făcute printr-un document sub sigiliu, sau *assumpsit*, unde promisiunea trebuia să aibă o contraprestație (*consideration*), adică un beneficiu moral sau material pentru partea care promite³. Echivalarea *consideration* cu noțiunea de cauză din dreptul civil continental a fost intens dezbătută și acceptată la începutul secolului al XIX-lea și respinsă ulterior întrucât nu era vorba de identificarea motivului determinant pentru care se face o promisiune ci era un instrument pragmatic de limitare numerică a acțiunilor în justiție la acele cauze, de altfel extrem de eterogene, unde instanțele apreciau că un proces este oportun.⁴

Teoria *estoppel*-ului a început să devină cunoscută și în afara sistemelor de Common Law, fiind vorba de un principiu ce avea inițial un caracter procedural, prin care o parte nu putea să se contradică în cursul procesului, sub pedeapsa de a i se opune aceste contradicții de către cealaltă parte, care trebuie să-și poată formula apărarea bazându-se cu o încredere rezonabilă în primele poziții procesuale ale adversarului. *Promissory estoppel* este o extensie a acestui principiu procedural, astfel încât dacă o parte la negocieri lasă cealaltă parte să creadă în voința sa de a încheia contractul final și cealaltă parte acționează pe baza încrederii în acest angajament, prima parte nu va putea ulterior să nege aparența pe care a creat-o. Totuși, ca rămășiță a originii procedurale a *estoppel*-ului, acest *promissory estoppel* nu poate fi folosit decât în scop defensiv, nu și în susținerea unei cereri de chemare în judecată, fiind prin tradiție un „scut” și nu o „sabie”, nepermițând constrângerea la executare a debitorului recalcitrant, ci doar oprirea celui care și-a executat obligațiile să revină asupra angajamentelor sale, chiar când promisiunea sa nu ar fi valabilă conform principiilor dreptului contractual, mai ales pentru că îi lipsește contraprestația (*consideration*)⁵.

Estoppel-ul este un termen generic pentru o serie eteroclită de așa-zise „doctrine”, create de instanțele de Common Law sau de jurisdicțiile în echitate (Equity), care interzic unei persoane să nege sau să afirme ceva contrar unui aspect care, conform legii, a fost stabilit ca reprezentând adevărul, fie prin acte jurisdicționale, legislative sau prin propriile fapte, acte sau reprezentări ale părții, fie ele implicite sau explicite.⁶

S-a reținut că noțiunea practic intraductibilă de *unconscionability*⁷ se reflectă în toate manifestările *estoppel*-ului, această din urmă doctrină existând tocmai pentru a preveni ca o parte să revină asupra cuvântului său atunci când acest lucru ar fi inechitabil (*unconscionable*). *Estoppel*-ul în privința promisiunilor (*promissory estoppel*) se fundamentează pe aceeași dorință de echitate ca și principiul *unconscionability*⁸, diferența fundamentală pe

care noi o sesizăm între aceste două concepte de sorginte echitabilă fiind că *unconscionability* vizează mai ales faza precontractuală, fiind un echivalent funcțional al leziunii din dreptul nostru⁹, pe când *estoppel*-ul vizează de multe ori etapa executării contractelor.

Promissory estoppel-ul funcționează în legătură cu o obligație bazată pe încredere (*reliance*), fiind consacrat explicit în doctrină în Statele Unite ale Americii încă din primul Restatement of Contracts, apărut în 1932, unde secțiunea 90 prevedea ca și cerințe fundamentale pentru acesta: existența unei promisiuni, încrederea rezonabilă și previzibilă, inducerea efectivă a încrederii prin promisiune, realizarea justiției doar prin executarea respectivei promisiuni¹⁰, o altă denumire a conceptului fiind *detrimental reliance* (încredere prejudiciabilă), fiind văzut inițial ca un remediu și ulterior chiar ca un posibil înlocuitor al teoriei *consideration*¹¹. Autorii europeni au văzut mai degrabă în *estoppel* o expresie a unui principiu al coerenței, fiind vorba de punerea în aplicare a unor angajamente cărora le lipsește frecvent o condiție esențială, de formă sau de așa-zisă cauză-contraprestație (*consideration*) pentru a fi apreciate drept contracte.

În Franța, principiul coerenței și interdicția de a se contrazice în detrimentul altuia au cunoscut o anumită consacrare în jurisprudență¹² și doctrină¹³, dar mai degrabă într-un context procedural decât în dreptul material al contractelor. Legăturile acestui principiu cu îndatorirea de bună-credință în executarea contractelor din art. 1134 al. 3 C.civ.fr. au fost vehement contestate de unii autori, fiind apreciată ca inutilă recurgerea la veșmântul juridic al moralei pentru a sesiza incompatibilitatea obiectivă a poziționărilor succesive ale unei părți¹⁴.

Protecția încrederii legitime în sistemele de drept civil de tip continental se realizează de regulă prin intermediul unor principii generale flexibile, printre care locul primordial îi revine bunei-credințe. Noțiunea generică de *estoppel* înseamnă interdicția de a se contrazice atunci când prin comportament sau prin cuvinte s-a suscitât încrederea altei persoane.¹⁵ Atunci când teoria *estoppel*-ului pune accentul pe contradicțiile din atitudinea uneia dintre părți, ea se apropie de conceptele civiliste clasice ale bunei-credințe și abuzului de drept, pe când mutarea accentului pe încrederea înșelată a celeilalte părți duce la apropierea de teoria aparenței.¹⁶

În Franța, corespondentul funcțional al doctrinei *estoppel*-ului în materie contractuală este interdicția de a se contrazice în detrimentul altuia. Partea care manifestă toleranță față de anumite încălcări ale obligațiilor contractuale, sau chiar ignoră ea însăși anumite prevederi contractuale atunci când îi convine acest lucru, nu mai poate reveni ulterior și solicita respectarea scrupuloasă a literei contractului, o astfel de manifestare fiind considerată o încălcare a obligației de bună-credință în executarea contractelor¹⁷.

În cazul rezilierii unilaterale a contractelor de distribuție pe durată nedeterminată sau a neprelungirii celor pe durată determinată, interdicția de a se contrazice în detrimentul altuia funcționează pe temeiul abuzului de drept¹⁸, deși în materie contractuală legătura între abuzul de drept și buna-credință este una indisolubilă¹⁹. Interdicția de a se contrazice în detrimentul celeilalte părți sau obligația de coerență contractuală sunt până la urmă doar formulări alternative ale obligației de bună-credință în executarea contractelor, concretizată

printre altele și prin interdicția abuzului de drepturile conferite prin contract, cum este dreptul de fixare de către un furnizor a condițiilor de desfacere de către distribuitori²⁰ sau dreptul de a rezilia unilateral contractul pentru neexecutare chiar după tolerarea vreme de mai mulți ani a neexecutării²¹, interdicția abuzului de drept concretizând funcția limitativă a bunei-credințe în executarea contractelor.

Obligația de a nu se contrazice în detrimentul celui alt contractant interferează și cu funcția interpretativă a bunei-credințe în contracte în acele cazuri în care contractele conțin prevederi contradictorii, permițând părții care le-a impus să se sustragă propriilor obligații sau să atenueze până la anihilare consecințele neexecutării, obligația de coerență funcționând în acest context prin intermediul noțiunilor de obligație esențială și economie generală a contractului.²² Mecanismele concrete prin care jurisprudența franceză a ajuns să impună obligativitatea coerenței interne a contractului sunt eteroclitice, de la suprimarea clauzelor de nerăspundere sau de limitare a răspunderii pe motiv că se referă la situații unde subzistă culpa gravă a debitorului, când în realitate ele permiteau în mod obiectiv neexecutarea unor obligații contractuale esențiale conform voinței părților²³, la considerarea ca nescrise a clauzelor care limitează până la anihilare răspunderea pentru executarea unei obligații esențiale din contract²⁴, a clauzelor care impun cerințe procedurale sau probatorii oneroase pentru creditor sau a celor care prevăd divizibilitatea unor grupe de contracte într-o manieră care afectează economia generală a contractului și încrederea legitimă pe care creditorul o poate avea în întinderea obligațiilor contractuale²⁵. Chiar dacă suprimarea contradicțiilor interne ale contractelor se face în primul rând fundamentat pe noțiunea de cauză²⁶, credem că funcția interpretativă a bunei-credințe în materie contractuală nu este complet străină de suprimarea acestor clauze, mai ales că este vorba frecvent de contracte de adeziune unde contradicțiile sunt deliberate și denotă reua-credință a celui care le-a impus, impunând interpretarea *contra proferentem* conform art. 1.269 al. 2 NCC.

În doctrina franceză s-a remarcat că voința nu este singurul element important în contracte și că încrederea joacă și ea un rol decisiv, întrucât părțile nu s-ar angaja juridic dacă nu ar avea încredere că cealaltă parte își va executa cu bună-credință obligațiile, buna-credință fiind fundamentul perpetuării forței obligatorii a raporturilor contractuale încheiate pe baza libertății individuale și a autonomiei de voință.²⁷

O diferență remarcată între încrederea legitimă care justifică obligația de coerență în contracte și obligația de bună-credință în executarea contractelor este reprezentată de accentele diferite prin care cele două concepte explică forța obligatorie a contractului. Încrederea legitimă se referă în primul rând la așteptările creditorului din contract pe când obligația de bună-credință în executarea contractelor a fost văzută în mod tradițional ca referindu-se la îndatorirea de sorginte morală a debitorului de a-și respecta cuvântul dat.²⁸ Credem însă că îndatorirea de bună-credință în executarea contractelor se referă în prezent la ambele părți, atât la creditor cât și la debitor, obligațiile de cooperare și loialitate care o concretizează în ceea ce privește executarea contractelor fiind în măsură să acopere și încrederea legitimă a creditorului în situația juridică generată de contract.

În proiectul de cadru comun european de referință al contractelor (D.C.F.R.), obligația de coerență este privită ca o aplicație particulară a principiului bunei-credințe în

accepțiunea sa obiectivă, fiind interzisă contrazicerea propriilor declarații sau conduite în detrimentul celeilalte părți. Îndatorirea de coerență este văzută ca un principiu general, mai larg decât aplicațiile sale concrete din textul proiectului, împiedicând pe cel care a indus celeilalte părți o schimbare de poziție pe baza încrederii într-un anumit act juridic să invoce nevalabilitatea sau ineficacitatea actului respectiv. Acest principiu cunoaște aplicații specifice în D.C.F.R., cum sunt ineficacitatea revocării ofertei dacă cealaltă parte a acționat bazându-se în mod rezonabil pe caracterul irevocabil al acesteia, interzicerea invocării unor clauze privind imposibilitatea modificărilor orale ale unui contract dacă cealaltă parte s-a bazat în mod rezonabil pe declarațiile verbale ale partenerului său contractual, sau chiar faptul că existența aparenței puterii de reprezentare, creată prin conduita sau declarațiile reprezentatului, îl va obliga pe acesta din urmă cu privire la actele încheiate în numele său de reprezentant (mandatul aparent).²⁹

În comentariile propunerii academice de cadru comun de referință D.C.F.R. s-a arătat că, între conceptul de rezonabilitate și cel de bună-credință obiectivă (*good faith and fair dealing*), așa cum rezultă ele din respectiva lucrare, există o diferență întrucât comportamentul contrar bunei-credințe poate fi rezonabil, iar comportamentul nerezonabil poate fi de bună-credință. În prima categorie ar intra comportamentele incoerente (*venire contra factum proprium*), unde exercitarea în sine a unui drept, despre care s-a lăsat impresia celeilalte părți că nu v-a fi exercitat, poate fi rezonabilă. A doua categorie de situații poate să se refere la includerea în contracte de un anumit tip a unei clauze penale nerezonabil de severe, dar acest gen de comportament nerezonabil poate să nu fie și contrar bunei-credințe obiective dacă acea clauză este discutată pe larg și acceptată liber de cealaltă parte.³⁰

Concluzia noastră, după trecerea în revistă a acestor concepte apropiate dar totuși autonome de bună-credință contractuală, obligație de coerență și *promissory estoppel*, este că buna-credință și obligația de coerență pe de-o parte și *promissory estoppel*-ul pe de altă parte corespund fiecare nevoii de moralitate și de eficiență economică în încheierea și executarea contractelor. *Promissory estoppel*-ul este însă un răspuns tehnic și pragmatic, mai puțin bazat pe principii înalte, la o problemă specifică contractelor de Common Law, anume imposibilitatea de a pretinde executarea unei promisiuni fără *consideration*. Această problemă lipsește în sistemele de drept continentale, unde însă se regăsește aceeași nevoie socială și etică de coerență în comportamentul contractual și procesual. În ceea ce privește buna-credință contractuală și obligația de coerență, deși unii autori cum este Dimitri Houtcieff susțin autonomia celei din urmă noțiuni datorită caracterului său obiectiv, părerea noastră este că, în materie contractuală, și buna-credință are o accepțiune obiectivă (*good faith and fair dealing, Treu und Glauben, redelijkheid en billijkheid*), astfel că obligația de coerență este numai o componentă a unui concept mai larg din materie contractuală.

* Asist.univ. UBB Cluj-Napoca, avocat, Baroul Cluj; marius_floare@yahoo.com.

¹ Pentru raritatea situațiilor în care principiul *promissory estoppel* își găsește efectiv aplicare, a se vedea J.M. Creed, *Integrating preliminary agreements into the interference torts*, Columbia Law Review, vol. 110, nr. 5/2010, p. 1269; P.N. Pham, *The Waning of Promissory Estoppel*, Cornell Law Review, vol. 79, nr. 5/1994, pp. 1271-1273

- ² R. Monzer, *Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle – Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, Revue internationale de droit comparé, vol. 59, nr. 3/2007, p. 544 și cauza acolo citată: *Hoffman v. Red Owl Stores (1967)*
- ³ J. Gordley (edited by), *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2004, pp. 10-11
- ⁴ Idem, p. 10-12
- ⁵ M. Oudin, *Un droit européen ... pour quel contrat ? Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé*, Revue internationale de droit comparé, vol. 59, nr. 3/2007, p. 482
- ⁶ B. Fauvarque-Cosson, *Rapport général*, pp. 15-20 în B. Fauvarque-Cosson (sous la direction de), *La confiance légitime et l'estoppel*, – 17e Congrès international de droit comparé de l'Académie internationale de droit comparé Utrecht (Pays-Bas, 16-22 juillet 2006), Droit privé comparé et européen – volume 4, Société de législation comparée, Paris, 2007
- ⁷ Doctrina contractuală de Common Law care reprezintă un echivalent al leziunii.
- ⁸ Pentru concepția difuză de sorginte australiană - neo-zeelandeză a *estoppel*-ului a se vedea J. E. Bayley, *A Doctrine of Good Faith in New Zealand Contractual Relationships*, teză doctorat, University of Canterbury, 2009, p. 193, disponibilă la ir.canterbury.ac.nz; B. Fauvarque-Cosson, *Rapport général*, loc. cit. supra, pp. 14-15
- ⁹ A se vedea S.M. Waddams, *Unconscionability in Contracts*, Modern Law Review, vol. 39, nr. 4/1976, pp. 369-393; A. Tamba, *Lesion and Its Functional Equivalents. A Glance at France, Québec, Louisiana and the United States Common Law*, Studia Universitatis Babeș-Bolyai - Iurisprudentia, nr. 4/2013, pp. 260-307
- ¹⁰ P.N. Pham, loc. cit. supra, pp. 1264-1265
- ¹¹ Idem, pp. 1267-1268
- ¹² Decizia nr. n° 07-19.841 din 27 februarie 2009 a plenului Curții de Casație a Franței, cu notă de D. Houtcieff, *La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui*, Recueil Dalloz nr. 18/2009, pp. 1245-1248
- ¹³ D. Houtcieff, *L'importance d'être constant: vers une consécration du principe de cohérence*, Recueil Dalloz nr. 29/2009, pp. 2008-2009; E. Agostini, *Accueil de l'estoppel?*, Recueil Dalloz, nr. 42/1997, p. 576 și *L'estoppel et les Trois unités*, Recueil Dalloz, nr. 5/2010, pp. 285-286; B. Fages, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, érigée au rang de principe*, R.T.D. civ. nr. 4/2011, pp. 760-761; C. Maréchal, *L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit*, Recueil Dalloz nr. 3/2012, pp. 167-170; J. Mestre, B. Fages, *Bonne foi et cohérence du comportement*, R.T.D. civ. nr. 2/2005, pp. 391-392 și *De l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, R.T.D. civ. nr. 1/2002, pp. 93-95; J. Mestre, *L'obligation de cohérence contractuelle, arme efficace contre l'encombrement des rôles*, R.T.D.civ. nr. 4/1999, p. 838; D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Thèse, Université de Paris XI, 2000, Biblioteca Cujas
- ¹⁴ D. Houtcieff, *L'importance d'être constant: vers une consécration du principe de cohérence*, loc. cit. supra, pp. 2008-2009
- ¹⁵ B. Fauvarque-Cosson, *Rapport général*, loc. cit., p. 11
- ¹⁶ Ibidem
- ¹⁷ D. Mazeaud, *La confiance légitime et l'estoppel*, Revue internationale de droit comparé, vol. 58, nr. 2/2006, pp. 368-370
- ¹⁸ Idem, pp. 370-372
- ¹⁹ B. Fauvarque-Cosson, *Rapport général*, loc. cit., p. 42

- ²⁰ Decizia din 15 ianuarie 2002 a Secției comerciale a Curții de Casație a Franței *apud* D. Mazeaud, loc. cit. 2006, p. 372
- ²¹ D. Mazeaud, loc. cit. 2006, pp. 373-374
- ²² D. Mazeaud, loc. cit. 2006, p. 376
- ²³ A se vedea jurisprudența citată de D. Mazeaud, loc. cit. 2006, p. 377, notele 38-40
- ²⁴ D. Mazeaud, loc. cit. 2006, pp. 377-379
- ²⁵ *Idem*, pp. 379-381
- ²⁶ *Idem*, pp. 383-384
- ²⁷ R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats: rôle actuel et perspectives*, Thèse, Paris II, 1992, Biblioteca Cujas, pp. 117-120
- ²⁸ D. Mazeaud, loc. cit. 1996, p. 389
- ²⁹ C. von Bar *et al* (edited by), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier European Law Publishers, Munchen, 2009, pp. 136-137
- ³⁰ *Idem*, p. 138

PRIVIRE COMPARATIVĂ ASUPRA EFECTELOR SIMULAȚIEI FAȚĂ DE TERȚI ÎN VECHIUL ȘI NOUL COD CIVIL

David-Domițian BOLDUȚ*

Abstract: *It is noteworthy that the current Civil Code has got more provisions regarding concealment than the Civil Code from 1864. This is a notable thing in a more formalist legal system, based on specific mechanisms conferring rights and obligations regarding the rigorous form imposed frequently ad validitatem for various contracts.*

The current Civil Code lists the persons who belong to the third party category. In regards to the consequences of concealment to third parties, it is acknowledged that the enforceability is a sanction for the secret act, which leads to inefficiency for the same act between concealment parties.

In the conflict of the third party, in this matter, it is noted the change of the legislature perspective in the context of giving favor to the apparent seller creditors in the detriment of the apparent acquirer creditors, is valid only if their claim was born earlier than concluding the secret act.

Keywords: *concealment; third party; enforceability; inefficiency; apparent seller creditor; apparent acquirer creditor.*

Cuvinte-cheie: *simulație, terți, inopozabilitate, ineficace, creditorul înstrăinătorului aparent; creditorul dobânditorului aparent.*

Introducere

Simulația este posibilă datorită principiului consensualismului și a principiului libertății contractuale. Această instituție este considerată drept una dintre formele înfrunghierii minciunii în drept.

Actuala codificare civilă alocă simulației un număr de șase articole, spre deosebire de Codul civil de la 1864, care îi consacra un singur text. În absența unei definiții legale, sarcina definirii simulației a revenit doctrinarilor.

Simulația este operațiunea juridică complexă care se realizează prin disimularea voinței reale a părților, constând în încheierea și existența concomitentă, între aceleași părți contractante, a două contracte – unul aparent sau public, creator de aparență, iar

altul secret, care dă naștere situației juridice reale dintre părți, anihilând sau modificând efectele produse în aparență în temeiul contractului public, cuprinzând, implicit sau explicit, acordul părților de a simula.¹

Înainte de a trece la analiza efectelor simulației față de terți, este necesară calificarea subiectelor de drept în raport cu participarea lor la încheierea actului secret și de consecințele pe plan juridic ale actului secret și actului public.

Subiectele de drept în raport cu simulația

Fundamentul diferențierii în mod diferit al subiectelor de drept în raport cu simulația îl constituie art. 1289 și art. 1290 C. civ.

Art. 1289 C. civ. Efecte între părți

(1) *Contractul secret produce efecte numai între părți și, dacă din natura contractului ori din stipulația părților nu rezultă contrariul, între succesorii lor universali sau cu titlu universal.*

(2) *Cu toate acestea, contractul secret nu produce efecte nici între părți dacă nu îndeplinește condițiile de fond cerute de lege pentru încheierea sa valabilă.*

Art. 1290 C. civ. Efecte față de terți

(1) *Contractul secret nu poate fi invocat de părți, de către succesorii lor universali, cu titlu universal sau cu titlu particular și nici de către creditorii înstrăinătorului aparent împotriva terților care, întemeindu-se cu bună-credință pe contractul public, au dobândit drepturi de la achizitorul aparent.*

(2) *Terții pot invoca împotriva părților existența contractului secret, atunci când acesta le vatămă drepturile.*

În ceea ce privește părțile simulației, calificarea lor nu ridică probleme deosebite. Dat fiind faptul că simulația ia naștere din acordul simulatoriu, care constituie o condiție *sine qua non* a acestei operațiuni, putem conchide că, în ipoteza în care vorbim de părțile actului secret, avem în vedere părțile simulației.²

Părțile simulației sunt subiectele de drept care, personal sau prin reprezentant, au participat la încheierea actului juridic secret în cadrul unei simulații și în patrimoniul ori persoana cărora se produc efectele actului.³

Categoria avânzilor-cauză reprezintă acea categorie de subiecte de drept, care, cu toate ca nu au participat la încheierea actului juridic, pot să profite de efectele acestui act sau, după caz, sunt ținute să suporte aceste efecte, datorită legăturilor juridice cu una dintre părțile aceluși act juridic.⁴

Această categorie de persoane se împarte în trei grupuri distincte, și anume: succesorii universali sau cu titlu universal; succesorii cu titlu particular; creditorii chirografari.

Din analiza art. 1289 alin. (1) C. civ. putem constata că legiuitorul asimilează succesorii universali sau cu titlu universal cu părțile actului juridic secret.⁵

Din punct de vedere al simulației, aceste două categorii de succesori, care sunt continuatorii personalității lui *de cuius*, sunt în aceeași situație cu simulanții, actul secret producând efectele scontate de către părți, fiindu-le în egală măsură și opozabil.

Cu toate că sunt asimilați părților, acești succesori au o poziție privilegiată, și anume, actul secret nu le mai este opozabil în situația în care este îndreptat împotriva drepturilor lor și îi prejudiciază. Într-o asemenea ipoteză, aceste categorii de succesori devin terți.

În ceea ce privește succesorii cu titlu particular, aceștia sunt persoanele care dobândesc un bun privit *ut singuli*.⁶ Calitatea de a fi având-cauză nu se apreciază *in abstracto*, ci în legătură cu actele juridice încheiate de autor cu o altă persoană, anterior actului încheiat între el și succesorul cu titlu particular. Astfel, nu orice succesor cu titlu particular este și având-cauză.

În materia simulației, succesorii cu titlu particular ai simulanților sunt persoanele care dobândesc de la simulanți un drept cu privire la un bun individual determinat, bun care constituie obiectul derivat al actelor juridice componente ale simulației. Față de actul secret ei sunt considerați terți, doar actul public fiindu-le opozabil.⁷

Creditorii chirografari, ultima componentă a avânzilor-cauză, suferă influența actele juridice încheiate de debitorul lor cu alte persoane. Tocmai din acest motiv și datorită gajului general reglementat de art. 2324 alin. (1) C. civ. sunt tratați în această categorie. Ei au obligația de a respecta situația juridică născută din actele încheiate de debitorul lor, aceste acte fiindu-le opozabile.⁸ În materia simulației, creditorii chirografari se transformă în terți, actul secret nefiindu-le opozabil.

Categoria terților este formată din persoanele care nu au participat direct la încheierea contractului și față de care, contractul nu își produce efecte.⁹ În doctrina străină s-a afirmat că noțiunea de terț, respectiv cea de având-cauză sunt noțiuni generice, ele desemnând categorii de persoane cu o sferă fluctuantă.¹⁰

Pentru a face corecta delimitare a celor două categorii, în literatura de specialitate s-a pornit de la faptul că „avânzii-cauză reprezintă haina juridică pe care o îmbracă mai întâi subiectul de drept față de efectele unui act încheiat de autorul său, și numai dacă acest veșmânt nu se potrivește intereselor lor, ei îl leapădă, spre a deveni terți în raport cu actul juridic respectiv.”¹¹ Astfel, o persoană poate fi terț și având-cauză în raport cu acte juridice diferite, nefiind posibil ca aceasta să întrunească cele două calități în raport cu unul și același act juridic în simultan.

În materia simulației sfera terților are o compunere specifică. Codul civil de la 1864, în art. 1175, prevedea că actul secret nu putea genera efecte contra altor persoane. Art. 1290 C. civ. precizează cu exactitate persoanele care alcătuiesc categoria terților, și anume: succesorii universali sau cu titlu universal, succesorii cu titlu particular, creditorii înstrăinătorului aparent. Aceste categorii de persoane trebuie să se întemeieze cu bună-credință pe contractul public. Astfel, putem afirma că așa cum există noțiunea de terț specifică simulației, la fel există și noțiunea de bună-credință specifică acesteia.

Buna-credință în această materie se referă la necunoașterea de către aceștia a simulației în momentul nașterii drepturilor care pot fi afectate de către actul secret.¹² Rea-credință semnifică cunoașterea de către aceste persoane a simulației. Aceștia consimt asupra existenței actului secret, în acest mod ei acceptând tacit posibilitatea ca actul secret să poată afecta existența dreptului lor propriu.¹³

Buna-credință este considerată o condiție indispensabilă nu pentru dobândirea calității de terț, ci pentru ca persoanele respective să aibă posibilitatea de a se prevala de protecția oferită de dispozițiile din materia simulației.¹⁴

Între toate componentele categoriei terților din materia simulației există un liant, și anume acela că aceste subiecte de drept invocă în raport cu autorii simulației un drept propriu al lor, drept afectat de operațiunea juridică a simulației. Așadar, terții în această materie sunt de două feluri, și anume, cei care trebuie apărați de aparențele înșelătoare, respectiv cei cărora această aparență le este indiferentă, dreptul lor nedepinzând de aceasta. În acest mod este amendată afirmația potrivit căreia terții sunt „toate persoanele care trebuie protejate împotriva pericolelor unei aparențe înșelătoare.”¹⁵

Studiul categoriei terților în materia simulației demonstrează caracterul eterogen al acestei categorii, precum și necesitatea aflării unui criteriu comun pentru a putea fi definiți în mod unitar. Efortul identificării acestei categorii trebuie realizat, deoarece componenții săi sunt principalii beneficiari ai sancțiunii specifice materiei, și anume inopozabilitatea actului secret față de ei.

Efectele simulației față de terți

Efectele simulației față de terți acoperă atât efectele în raporturile dintre părți și terți, cât și efectele în raporturile dintre terți.

Fundamentul efectelor simulației față de terți este constituit de art. 1290 C. civ., având ca model art. 1415 din Codul civil italian, unde se reglementează sancțiunea specifică simulației, și anume inopozabilitatea față de terți a actului secret și implicit a situației juridice născute din acesta, cu toate că textul are în vedere o situație relativ particulară, respectiv cea a terților care au dobândit drepturi de la un dobânditorul aparent.¹⁶ Jurisprudența aferentă art. 1415 din Codul civil italian îi califică terți nu numai pe cei care au dobândit drepturi de la dobânditorul aparent, ci și pe creditori.¹⁷

A) Efectele simulației în raporturile dintre părți și terți

Principalul efect al utilizării acestei operațiuni juridice constă în inopozabilitatea actului secret față de terți, fapt prevăzut în art. 1290 alin. (1) C. civ. În funcție de sistemul de referință la care se realizează raportarea, noțiunile de opozabilitate, respectiv cea de inopozabilitate sunt plurisemantice.¹⁸

Opozabilitatea unui act juridic este concretizată în dreptul oricăreia dintre părți, precum și al avânzilor-cauză de a se întemeia pe un contract și de a solicita executarea

acestui de la cealaltă parte sau de la avânzii-cauză ai acesteia.¹⁹ *Per a contrario*, inopozabilitatea desemnează lipsa acestui drept.

Aceste noțiuni au însă o altă conotație dacă sunt analizate din perspectiva terților. Așadar, opozabilitatea reprezintă dreptul părților de a solicita terților să respecte o situație juridică determinată²⁰, pe când inopozabilitatea semnifică imposibilitatea părților de a solicita respectarea situației juridice care s-a născut din act.²¹

Atât art. 1280 cât și art. 1290 C. civ. protejează terții prin sancțiunea inopozabilității actului la a cărui încheiere nu au luat parte. Doctrina mai veche a afirmat că raportul dintre art. 973 C. civ. de la 1864 și art. 1175C. civ de la 1864 nu este inutilă, dat fiind faptul că reglementarea din cuprinsul art. 1175 C. civ. „, nu este decât aplicarea principiului că convențiile n-au efect decât între părțile contractante.”²² Astfel putem conchide că reglementarea legală corespunzătoare simulației nu constituie o preluare *mutatis mutandis* a dispoziției referitoare la relativitatea efectelor actului juridic. Așadar, inopozabilitatea specifică simulației se traduce în dreptul terților de a considera actul secret ca și când nu ar exista, pe când în materia principiului relativității efectelor actului juridic, prin inopozabilitate se înțelege faptul că terții nu pot dobândi drepturi și nu pot fi prejudiciați prin actele juridice la încheierea cărora nu au participat.²³ În favoarea acestei soluții s-a afirmat că „, redactorii Codului civil au avut, deci, în vedere, nu relativitatea contractului, ci opozabilitatea acestuia, atunci când au privit simulația.”²⁴

Așadar, față de terții din această materie, efectele actului secret nu sunt eficiente, acesta fiindu-le inopozabil. Ignorarea acestui act este justificată prin faptul că actul secret nu este cunoscut sau nu poate fi cunoscut de către terți și prin aceea că „, inopozabilitatea actului ascuns față de terți este tributul minim pe care simulanții trebuie să îl plătească pentru recursul la această tehnică.”²⁵

Sancțiunea inopozabilității trebuie tratată pe două planuri. În prim plan, inopozabilitatea nimicește efectele generate de către actul secret, iar în plan secund, doar terților le este conferit dreptul de a invoca această sancțiune, ei putând renunța la acest lucru.²⁶

Doctrina a ridicat problema dacă sancțiunea inopozabilității actului secret putea fi invocată atât de către succesorul cu titlu particular care a dobândit cu titlu oneros un bun, cât și de cel care a primit bunul cu titlu gratuit de la proprietarul fictiv. Temeiul acestei probleme este inspirat din materia acțiunii revocatorii sau pauliene, unde, o condiție *sine qua non* de admisibilitate este constituită de complicitatea la fraudă a terțului dobânditor cu titlu oneros, condiție care nu trebuie îndeplinită în situația terțului care a dobândit cu titlu gratuit, deoarece, în această din urmă situație, creditorul încearcă să evite un prejudiciu - *certat de damno vitando*- și cea a dobânditorului, doritor să păstreze câștigul patrimonial – *certat de lucro captando*.²⁷ Astfel, sub imperiul vechii codificări civile, succesorul cu titlu particular care a dobândit bunul cu titlu gratuit nu avea posibilitatea de a invoca inopozabilitatea actului secret.

Soluția expusă în doctrină este aplicabilă și în actuala reglementare, deoarece art. 1290 alin. (1) C. civ. enumeră printre categoriile de persoane care au posibilitatea de a

invoca inopozabilitatea actului secret, succesorii cu titlu particular. Conform principiului *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, succesorii cu titlu particular sunt îndreptățiți să invoce inopozabilitatea actului secret, indiferent dacă dobândirea s-a realizat cu titlu oneros sau cu titlu gratuit. Cu atât mai mult, într-o asemenea situație nu are importanță dacă actul este cu titlu gratuit sau cu titlu oneros, ci contează doar salvagardarea raporturilor juridice, terțul trebuind să probeze doar calitatea sa de dobânditor cu titlu particular, iar nu și prejudiciul care ar rezulta din anularea actului.

Astfel, din precizările anterioare se poate deduce că inopozabilitatea reprezintă aptitudinea terților de a-și apăra drepturile bazându-se în exclusivitate pe dispozițiile cuprinse în actul public.

Pentru a putea invoca sancțiunea inopozabilității, terții trebuie să îndeplinească anumite condiții: trebuie să facă dovada că se încadrează în categoria persoanelor prevăzute de art. 1290 alin. (1) C. civ.; trebuie să dovedească un interes serios și legitim. El nu trebuie să facă dovada prejudiciului rezultat din actul secret și nici proba fraudei autorilor simulației, deoarece dispozițiile legale ale simulației sunt distincte de cele din materia acțiunii pauliene.²⁸

Dispoziția cuprinsă în alin. (2) al art. 1290 C. civ., conferă protecție terților, efectele generate de această normă neputându-se îndrepta împotriva beneficiarilor ei. Așadar, terților le este recunoscut un drept de opțiune, care se obiectivează în conferirea beneficiului de a respinge efectele actului secret, când efectele acestuia le afectează interesele, sau în posibilitatea de a invoca în favoarea lor acest act, în măsura în care interesul lor o cere.²⁹

Art. 1175 din Codul civil de la 1864 prevedea faptul că actul secret nu poate produce efecte „în contra altor persoane”. Din interpretarea *per a contrario*, doctrina a evidențiat posibilitatea terților de a invoca în beneficiul lor actul secret, dacă exista un interes legitim.³⁰

Norma cuprinsă în alin. (2) al art. 1290 C. civ. este permisivă, legiuitorul recunoscând destinatarilor ei posibilitatea de a avea conduita prescrisă de ea sau de a-și alege o altă conduită, în funcție de interesele lor concrete.

Referitor la atitudinea pe care o au simulanții față de acest drept de opțiune, în doctrină s-a afirmat că aceștia „nu se pot plânge de acest tratament de favoare acordat terților, de vreme ce numai ei sunt vinovați de situația juridică ambiguă, creată de coexistența a două acte, dintre care unul aparent și altul secret.”³¹

Analiza acestui drept de opțiune are relevanță numai în privința terților, adică acele persoane care nu au avut cunoștință de existența actului secret. Avânzii-cauză nu pot invoca cu succes acest drept de opțiune, deoarece au avut cunoștință despre simulație.

Dreptul potestativ de opțiune al terților constituie liantul dintre categoria terților și cea a avânzilor-cauză.

Există sisteme de drept, cum ar fi cel german sau spaniol, în care nu se recunosc actului public efecte, acesta fiind nul sau inexistent. Terții nu beneficiază de un drept de

opțiune datorită faptului că acest beneficiu este recunoscut doar în situația a două acte valabile, iar nu între un act valabil și altul nul.³²

În doctrină s-a afirmat că prin recunoașterea acestui drept de opțiune al terților în materia simulației, s-ar acorda acestei operațiuni juridice statutul de excepție aparentă de la principiul relativității efectelor actului juridic, simulația constituind în realitate o excepție de la principiul opozabilității actelor juridice civile.³³

Consecința nemijlocită a sancțiunii inopozabilității față de terți a actului secret este ineficacitatea între actorii simulației a actului real. Acest lucru rezidă în aceea că, atâta timp cât clauzele celor două acte juridice sunt total sau parțial contrarii, producând efecte doar actul public, rezultă că actul ocult va fi total sau parțial ineficace.³⁴

Așadar, în materia simulației, inopozabilitatea față de terți a actului secret determină ineficacitatea acestuia între părțile care l-au încheiat, actul ocult fiind eficace sub condiția rezolutorie a invocării opozabilității. Altfel spus, actul secret produce efecte atâta timp cât terții nu s-au prevalat de actul public. De îndată însă ce aceștia au optat să se preveale de actul aparent, condiția rezolutorie s-a împlinit, actul secret devenind ineficace.

Doctrina a considerat că, în această materie, condiția rezolutorie care afectează eficacitatea actului ocult între autorii simulației este considerată implicită.³⁵

În concluzie, putem afirma că ineficacitatea are natura juridică a unei sancțiuni civile care afectează actul încheiat de către părți, tocmai din simplul motiv al creării unei aparențe juridice. Cu toate că sancțiunea specifică simulației este inopozabilitatea față de terți a actului secret, această sancțiune nu poate fi aplicată părților. Între cele două sancțiuni există un raport de cauzalitate, în sensul că odată invocată inopozabilitatea față de terți, aceasta determină ineficacitatea actului declarat inopozabil între părți.

B) Efectele simulației în raporturile dintre terți

Cu privire la efectele simulației în raporturile dintre terți, este posibil să se ivească o situație atipică, situație care constă în existența unui conflict între terți, unii dintre aceștia având interesul de a invoca în favoarea lor actul public, iar ceilalți actul ocult, conflict care își are izvorul în dreptul de opțiune al terților.³⁶

Situațiile posibile de conflict care pot apărea între terți în această materie pot fi sistematizate astfel: între creditorii chirografari ai fiecăruia dintre simulanți; între succesorul universal în calitate de moștenitor rezervatar și terțul care a dobândit bunul de la beneficiarul unei donații degrozate etc.³⁷

Această problemă a avut o rezolvare diferită de-a lungul timpului, deoarece art. 1175 C. civ. de la 1864 nu oferea nicio soluție. Dată fiind această situație, doctrina a încercat să rezolve posibilul conflict ivit între terți, fundamentându-și soluția pe principiile generale de drept.

Pornindu-se de la principiul *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, conflictul dintre creditorul chirografar al vânzătorului aparent și dobânditorul de bună-credință al bunului de la proprietarul aparent a fost tranșat în favoarea celui dintâi,

deoarece, potrivit acestui principiu, proprietarul aparent nu putea să transmită altuia dreptul de proprietate asupra unui bun care potrivit actului secret nu este al său.³⁸

Apoi, s-a afirmat că în cazul conflictului dintre terți, vor fi preferați aceia care își întemeiază cu bună-credință pretențiile pe actul aparent. Logica acestei soluții ține seama de împrejurarea că terții nu au cunoștință decât de actul aparent.³⁹

În doctrina mai recentă s-a afirmat că pentru a rezolva conflictul dintre terții de bună-credință, trebuie pornit de la interpretarea părții a doua a art. 1175 C. civ. de la 1864. Așadar, s-a afirmat că: „, Dat fiind că problema (conflictul între terți – s.n.) pune în cauză doi terți și nu un terț față în față cu un simulator, soluția conflictului nu poate fi găsită decât în teoria aparenței, mai precis în teoria pură a aparenței, și nu în cea aplicativă particulară a ei care este simulația.”⁴⁰

Așadar, teoria aparenței alături de principiul *error communis facit jus* a constituit temeiul rezolvării conflictului între terți în materia simulației în favoarea terțului care s-a încrezut în aparența creată de actul public.⁴¹

Actuala codificare civilă, asemenea reglementării din Codul civil italian, reglementează efectele pe care le produce simulația față de creditorii în ipoteza în care dobânditorul aparent înstrăinează bunul ce formează obiectul simulației unui terț de bună-credință.⁴² Putem constata că reglementarea legală utilizează pentru a denumi părțile și o titulatură specifică, și anume înstrăinător aparent, respectiv dobânditor aparent.

Art. 1291 C. civ. Raporturile cu creditorii

(1) Existența contractului secret nu poate fi opusă de părți creditorilor dobânditorului aparent care, cu bună-credință, au notat începerea urmăririi silite în cartea funciară sau au obținut sechestru asupra bunurilor care au făcut obiectul simulației.

(2) Dacă există un conflict între creditorii înstrăinătorului aparent și creditorii dobânditorului aparent, sunt preferați cei dintâi, în cazul în care creanța lor este anterioară contractului secret.

Concepția art. 1291 C. civ. este diferită de aceea pe care se întemeiază restul dispozițiilor legale incidente în materie. Această dispoziție legală și cea cuprinsă în art. 1290 C. civ. dau expresie principiului aparenței ca factor constitutiv de drept, consacrandu-se soluția că simulația nu poate fi invocată împotriva succesorilor cu titlu particular și a creditorilor chirografari care își întemeiază conduita pe actul public. În cazul ivirii unui conflict între creditorii chirografari, vor fi preferați cei care-și întemeiază conduita pe actul public. Interpretând art. 1291 alin. (2) C. civ. putem constata că, atunci când își fundamentează conduita cu bună-credință pe actul aparent, creditorii sunt obligați să suporte efectele actului secret.

Astfel, în categoria terților în această materie sunt cuprinși și dobânditorii de drepturi de la achizitorul aparent, care s-a întemeiat cu bună-credință pe actul public.

Terțul dobânditor de bună-credință la care se face referire în cuprinsul alin. (1) al art. 1290 C. civ. consider că este succesorul cu titlu particular al dobânditorului aparent în

cazul simulației.⁴³ Pentru ca actul ocult să își producă efectele în privința acestuia, el trebuie să fie de bună-credință, adică în momentul în care a contractat el să nu fi avut cunoștință de actul secret.⁴⁴

Protecția terților este garantată și împotriva avânzilor-cauză ai părților, precum și față de creditorii înstrăinătorului aparent. Cred că situația creditorului înstrăinătorului aparent este una privilegiată, dat fiind faptul că acestuia nu-i poate fi opusă operațiunea juridică a simulației de către nici unul dintre ceilalți subiecți față de care ar putea avea interese contrare și cu care ar putea veni în conflict. În acest mod se asigură securitatea și stabilitate circuitului civil.⁴⁵

Art. 1290 alin. (1) C. civ. vizează soluționarea conflictului între terțul de bună-credință ce a dobândit drepturi întemeindu-și pretențiile pe contractul public și celelalte categorii de persoane care sunt implicate în operațiunea simulației.⁴⁶

Așa cum am afirmat, succesorii cu titlu particular ai dobânditorului aparent sunt terți față de simulației. Pentru a putea fi încadrați în această categorie, acești succesori trebuie să fie de bună-credință, adică au participat la încheierea contractului fără să cunoască faptul că actul aparent este neadevărat, dobândind drepturi de la dobânditorul aparent. Condiția bunei-credințe nu este prevăzută în mod expres, însă aceasta este de esența simulației și constituie o condiție *sine qua non* a dobândirii calității de terț.

Succesorul cu titlu particular al înstrăinătorului aparent nu va putea fi inclus în categoria terților, el păstrându-și calitatea de având-cauză al autorului său, datorită faptului că interesul acestuia este acela de a refuza efectele produse de simulație, prevalându-se în acest fel de efectele actului secret. Acești creditori chirografari sunt văzuți ca o categorie aparte de către actualul Cod civil.⁴⁷ Dacă până acum doctrina și jurisprudența au inclus aceste persoane în categoria terților fără nicio rezervă, în actuala reglementare aceștia rămân în categoria avânzilor-cauză, ei neputând refuza efectele actului ocult.⁴⁸

Din analiza textelor legale în materie putem deduce că acești avânzi-cauză au posibilitatea de a se transfera în categoria terților, doar dacă au demarat executarea silită asupra bunului ce a format obiectul simulației sau dacă au obținut un sechestrul asupra aceluși bun.

Interesul creditorului chirografar al dobânditorului aparent este acela al invocării efectelor actului aparent, căci bunul a intrat în patrimoniul debitorului său și dorește să-l urmărească pentru a-și satisface creanța sa.⁴⁹

Din art. 1291 alin. (1) C. civ. rezultă că operațiunea juridică a simulației nu le poate fi opusă de părți acestor creditori chirografari, dacă, cu bună-credință, au notat în cartea funciară începerea urmăririi silite sau au obținut un sechestrul asupra respectivului bun. Așadar, creditorii chirografari ai dobânditorului aparent, până la momentul notării în cartea funciară a demarării executării silite sau până la momentul instituirii sechestrului asupra bunurilor, fără a avea vreo relevanță bună sau rea-credință a acestora, sunt socotiți avânzi-cauză. Fiindu-le recunoscut dreptul de gaj general asupra patrimoniului debitorului lor, aceștia trebuie să respecte situația juridică generată de manifestarea de voință reală a debitorilor lor, fiindu-le pe deplin opozabile.⁵⁰

Pentru ca acești creditori chirografari să poată fi calificați drept terți în raport cu simulația, trebuie să fie îndeplinite mai multe condiții.

Prima condiție are în vedere începerea executării silite sau instituirea sechestrului cu privire la bunul care formează obiectul simulației.

Procesul civil, ca vehicul al unor interese private, își are originea în opțiunea liber-asumată a reclamantului de a investi instanța cu cererea sa. Această caracteristică a procesului civil se aplică *tale quale* și în materia executării silite, făcând ca pornirea executării să depindă de existența unei solicitări a creditorului. Deci începerea executării silite are loc prin cererea creditorului care se depune la biroul executorului judecătoresc competent, dacă prin lege nu se prevede o altă modalitate de demarare a executării silite.⁵¹

În absența unei precizări referitoare la forma sechestrului instituit, consider că acesta poate fi atât un sechestrul asigurător, cât și unul judiciar. Aceste mijloace procesuale, denumite măsuri asigurătorii, au rolul de a proteja drepturile subiective civile prin indisponibilizarea bunurilor mobile și/sau imobile ale debitorului.

A doua condiție are în vedere notarea în cartea funciară potrivit art. 902. alin. (2) pct. 17 C. civ. a executării silite. În lipsa unei mențiuni referitoare la notarea în cartea funciară a sechestrului, consider că, pentru a putea fi opozabil, este necesară notarea în cartea funciară a sechestrului asigurător, dacă bunul în discuție este un bun imobil.

Ultima condiție se referă la buna-credință în momentul începerii executării silite sau a instituirii sechestrului. Buna-credință la care face referire textul legal presupune că până la momentul la care a început executarea silită sau a fost înființat sechestrul asigurător, creditorul nu a avut cunoștință de caracterul ostensibil al actului public.⁵²

Dacă aceste condiții sunt îndeplinite în mod cumulativ, creditorul dobânditorului aparent se transformă în terț, fiindu-i recunoscută posibilitatea de a invoca inopozabilitatea actului secret în ceea ce îl privește. Mai mult, poate să treacă la satisfacerea creanței prin urmărirea bunului ce a format obiectul operațiunii juridice a simulației.⁵³

Încadrarea creditorului chirografar al dobânditorului aparent în categoria terților dacă a început urmărirea silită sau a instituit un sechestrul asupra bunului ce a făcut obiectul simulației se poate realiza doar dacă creanța acestuia este exigibilă.

În ceea ce privește situația creditorului înstrăinătorului aparent, acesta are calitatea de având-cauză, actul secret trebuind să își producă efectele scontate pentru a urmări activul patrimonial al debitorului lui, el neavând niciun interes referitor la efectele produse de actul public.⁵⁴

Conflictul dintre terți la care face referire art. 1291 alin. (1) C. civ. se ivește doar după ce creditorul chirografar al dobânditorului aparent devine terț.

Art. 1291 alin. (2) C. civ., copie fidelă a art. 1416 alin. (2) din Codul civil italian, prevede: „ Dacă există un conflict între creditorii înstrăinătorului aparent și creditorii dobânditorului aparent, sunt preferați cei dintâi, în cazul în care creanța lor este anterioară contractului secret.”

A *contrario*, putem afirma că atunci când creanța față de înstrăinătorul fictiv a luat naștere după încheierea actelor juridice care compun simulația, conflictul de interese

dintre aceștia va fi rezolvat în favoarea creditorilor dobânditorului aparent. Această soluție își are fundamentul în aceea că încrederea fondată pe realitate, adică pe actul secret, trebuie să prevaleze asupra încrederii fondate pe aparență.⁵⁵

Art. 1416 alin. (1) din Codul civil italian prevede o soluție diferită de cea avansată sub imperiul art. 1319 din Codul civil italian anterior, soluție care se baza pe faptul că între creditorii înstrăinătorului aparent și cei ai dobânditorului aparent, trebuiau să fie preferați cei din urmă.⁵⁶

În contextul dispoziției legale de la alin. (2) al art. 1291 C. civ., condiția bunei-credințe este lipsită de orice rațiune. În acest context ne interesează data la care s-a născut creanța creditorului împotriva înstrăinătorului fictiv. Dacă această creanță este anterioară actului secret, titularul acesteia se va putea îndestula din bunul debitorului său, el beneficiind de efectele produse de actul secret în pofida creditorului dobânditorului aparent, chiar dacă acesta din urmă a fost de bună-credință.⁵⁷

Sarcina probei referitoare la data actului secret revine celui ce o invocă, conform principiului *actor incumbit probatio rei*. Aceste persoane pot face dovada cu orice mijloc de probă, deoarece sunt considerați terți față de actul secret.⁵⁸

În situația existenței unui conflict între părțile simulației și terți referitoare la data actului secret, părțile vor putea face dovada acestei date în condițiile prevăzute de lege pentru data certă.

Așadar, până în momentul în care creditorul chirografar al dobânditorului aparent nu devine terț, nu avem de-a face cu un conflict de interese între cele două categorii de creditori, deoarece în calitatea lor de având-cauză, fiecare dintre aceștia este nevoit să suporte efectele actului secret.

Astfel, actul secret va produce efecte față de creditorii dobânditorului aparent, cu excepția situației în care au început cu bună-credință executarea silită cu privire la bunul – obiect al actului simulat – sau au instituit un sechestrul asigurător asupra acestuia, îndeplinind și formalitățile de publicitate. Cu toate acestea, creditorilor dobânditorului aparent le este opozabil actul secret dacă în conflictul de interese cu creditorii înstrăinătorului aparent, creanța acestora din urmă este anterioară încheierii actelor juridice componente ale simulației.⁵⁹

Putem să observăm că legea nu face nicio referire cu privire la situația creditorilor dobânditorului aparent pentru ipoteza în care nu ar fi procedat la înstrăinarea bunului, însă consider că poziția acestora ar trebui să fie identică cu cea în care se realizează înstrăinarea bunului, în sensul că față de aceștia produce efecte actul secret până la momentul demarării executării silită sau cel al instituirii sechestrului asigurător asupra respectivului bun, fiind necesare și îndeplinirea condițiilor anterior analizate.

Un alt posibil conflict s-ar putea ivi cu creditorii beneficiarului ascuns în cazul unei simulații prin interpunere de persoane, legea fiind eliptică în ceea ce privește rezolvarea conflictului în această ipoteză.⁶⁰ Rezolvarea acestei situații se face aplicând dispozițiile art. 1291 alin. (2) C. civ.

Conflictul între terți în această situație este rezolvat în favoarea terților dobânditori cu bună-credință ai dobânditorului aparent, între aceștia și creditorii chirografari ai dobânditorului aparent neexistând un conflict, deoarece valoarea bunului înstrăinat face parte din dreptul de gaj general în temeiul subrogației reale cu titlu particular.

O abordare similară art. 1291 alin. (1) C. civ. o întâlnim în dreptul spaniol, care consacră ideea că actul public este nul sau inexistent. Conflictul dintre cele două categorii de creditori este rezolvat în sensul în care are câștig de cauză creditorul adevăratului proprietar deoarece „ s-a încrezut în solvabilitatea adevăratului proprietar, care a continuat să acționeze ca un adevărat proprietar.”⁶¹

Dreptul spaniol a admis și soluția în care erau preferați creditorii dobânditorului fictiv atunci când creanța acestora a fost executată mai înainte ca simulația să fi fost constatată în justiție.⁶² Ideea care se înscrie în optica principiilor guvernatoare ale simulației în acest sistem de drept: dacă simulația a fost declarată, actul public nu mai poate produce niciun efect, fiind nul sau inexistent, inclusiv în ceea ce îi privește pe terți.⁶³

În situația în care conflictul se ivește între creditorul chirografar al înstrăinătorului fictiv și cel care a dobândit bunul cu bună-credință de la proprietarul aparent, se dă câștig de cauză celui care a dobândit bunul cu bună-credință de la proprietarul aparent, acordându-se preferință dreptului de proprietate în detrimentul dreptului de creanță. În acest sistem de drept, buna-credință constituie principiul fundamental al dobândirii bunurilor de la un *non domino*.⁶⁴

Sistemele de drept care consideră actul public nul deoarece este absentă voința părților de a contracta, asemenea dreptului german, celui austriac și celui elvețian, nu prezintă conflicte între terți în materia simulației, deoarece terții nu își pot întemeia pretențiile pe un act juridic nul.⁶⁵ Aceste persoane sunt protejate împotriva efectelor acestei operațiuni juridice de alte dispoziții legale.

Așadar, pentru aflarea răspunsului la întrebarea care dintre terți va avea câștig de cauză în această materie, este necesară determinarea categoriei terților. Potrivit principiilor generale ale dreptului civil, buna-credință este prezumată, iar fiindcă aceasta determină calitatea de terț în materia simulației, putem deduce că și calitatea de terț este prezumată.⁶⁶

Din cele arătate anterior, am putut constata că între un terț și un având-cauză ai simulanților nu poate exista un conflict. Cel dintâi este protejat de dispozițiile art. 1290 C. civ., pe când celui din urmă îi este oprit să se prevaleze de respectiva normă legală.⁶⁷

Doctrina franceză a arătat că „ dacă unul dintre terți este de rea-credință sau nu va avea dreptul să invoce aparența, sau aceasta va fi invocată în contra sa; în ambele cazuri problema conflictului nu s-ar pune. Deci conflictul care poate să apară va fi între doi terți de bună-credință.”⁶⁸

În situația în care actul public a făcut obiectul unor înregistrări în registrele de publicitate imobiliară, se impun câteva precizări.

Dacă există o înstrăinare fictivă, actul de vânzare-cumpărare, care este actul public, este înregistrat în registrul de publicitate imobiliară, dobânditorul aparent poate să înstrăineze drepturile ce nu îi aparțin în realitate sau poate constitui dezmembrăminte ale

proprietății ori ipotecii în favoarea unui succesor cu titlu particular, acesta din urmă putându-și fundamenta dobândirea dreptului tabular pe principiul publicității integrale a drepturilor reale și a opozabilității înscrierilor în cartea funciară.⁶⁹

Cu toate că în art. 885 C. civ. se prevede că drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciară, pe baza actului sau a faptului care a justificat înscrierea, această dispoziție legală nu este aplicabilă deoarece art. 56 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil prevede că respectiva dispoziție legală va avea aplicabilitate numai după finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ-teritorială.

Asemenea sistemului de publicitate imobiliară reglementat de Decretul-lege nr. 115/1938, actuala reglementare prevede că după ce prevederile art. 885 C. civ. vor avea aplicabilitate, este exclus ca un terț să contracteze cu un dobânditor neintabulat, datorită efectului constitutiv al înregistrării în cartea funciară.⁷⁰

Astfel, dacă terțul încheie actul cu un dobânditor aparent, dar care este intabulat, pentru acesta regulile simulației nu mai prezintă nici un interes. Buna-credință a dobândirii unui drept tabular se apreciază *in concreto*, adică raportarea se face la cunoașterea sau posibilitatea cunoașterii efective a împrejurării că există o neconcordanță între cuprinsul cărții funciare și situația reală a imobilului. Alin. (2) al art. 901 C. civ. enumeră condițiile pe care trebuie să le îndeplinească terțul pentru a fi considerat de bună-credință, și anume: nu a fost înregistrată în cartea funciară nicio acțiune prin care se contestă cuprinsul cărții funciare; din cuprinsul cărții funciare nu rezultă nicio cauză care să justifice rectificarea acesteia în favoarea unei alte persoane și nu a cunoscut inexactitatea cuprinsului cărții funciare pe altă cale. Aceste condiții sunt asemănătoare cu prevederile din Legea nr. 7/1996 a cadastrului și a publicității imobiliare.⁷¹ Cunoașterea inexactității cărții funciare pe orice altă cale constituie un criteriu de apreciere *in concreto* a bunei sau relei-credințe a terțului dobânditor⁷², lucru care reprezintă revenirea la dispozițiile cuprinse în Decretul-lege nr. 115/1938.⁷³ Momentul la care se face raportarea faptului dacă terțul dobânditor este de bună sau de rea-credință este cel al înregistrării cererii de înscriere a dreptului, iar nu acela al încheierii actului juridic care a stat la baza înscrierii.⁷⁴

De principiu, soluția prezentată anterior nu este absolută. Partea interesată va putea intenta o acțiune în rectificare de carte funciară, fapt care va periclita dreptul subdobânditorului și va aduce pe tărâmul utilului invocarea dispozițiilor legale privitoare la simulație.⁷⁵ Atâta timp cât acțiunea în rectificare nu este prescrisă, dreptul terțului dobânditor de la proprietarul aparent este pus sub semnul întrebării, deoarece adevăratul proprietar poate introduce o asemenea acțiune, punând în discuție dacă actul prin care s-a dobândit bunul respectiv este valabil.

Dacă însă adevăratul proprietar introduce acțiunea în rectificare în interiorul termenelor stabilite de lege, pretinzând existența simulației, terțul subdobânditor va putea folosi drept apărare sancțiunea inopozabilității actului secret.⁷⁶

Concluzii

Sub imperiul codificării civile anterioare, doctrina era neunitară în privința rațiunii textului art. 1175. Rostul reglementării a fost considerat uneori sancționarea minciunii juridice, iar alteori ocrotirea bunei-credințe ori securitatea circuitului civil.

Actuala reglementare a urmărit să ofere soluții efectelor produse de aparența juridică. Noutățile aduse privesc îndeosebi categoria terților în materie și rezolvarea conflictului dintre terți

În ceea ce privește categoria terților în domeniul simulației, se poate observa că ea se află într-o dinamică permanentă, persoanele care o alcătuiesc diferind de terții din materia efectelor contractului.

În privința creditorilor chirografari, spre deosebire de vechea reglementare care îi plasa în categoria terților, noile dispoziții legale îi plasează în categoria avânzilor-cauză, tranșând astfel un posibil conflict între creditorii chirografari ai părților, respectiv un posibil conflict între acești creditorii chirografari și terții care s-au întemeiat cu bună-credință pe efectele actului public și care au dobândit drepturi de la un dobânditor aparent.

Creditorii chirografari sunt obligați să suporte efectele manifestării de voință ale debitorului lor, iar, atunci când încep urmărirea silită sau indisponibilizează bunurile din patrimoniul debitorului lor, se pot prevala de sancțiunea inopozabilității actului secret, firește, dacă sunt îndeplinite și celelalte condiții prevăzute de lege.

* Notar stagiar, CNP Cluj; davidboldut@yahoo.com.

¹ A se vedea L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Contractul*, vol. II, Ed. Universul juridic, București, 2009, p. 616

² A se vedea F. A. Baias, *Simulația. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 130

³ F. A. Baias, *op. cit.*, p. 133

⁴ A se vedea G. Boroi, C. A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 208

⁵ Succesorii universali sunt cei care dobândesc de la autorul lor întregul patrimoniu, ei continuând personalitatea autorului lor, exercitând drepturile acestuia și fiind ținuți de executarea obligațiilor sale, inclusiv cele născute din acte juridice secrete. Această soluție se aplică *mutatis mutandis* și succesorilor cu titlu universal, aceștia dobândind de la autorul lor doar o fracțiune din patrimoniu. Pentru mai multe explicații cu privire la cele două categorii de succesori, a se vedea C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, Ed. All, București, 1998, vol. I, p. 178, vol. III, p. 849

⁶ *idem*, vol. II, p. 854

⁷ F. A. Baias, *op. cit.*, p. 136

⁸ A se vedea L. Pop, I.-F. Popa, S. I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul juridic, București, 2012, p. 184-185

⁹ *idem*, p. 186

¹⁰ A se vedea Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil. Les obligations*, Édition Cujas, Paris, 1997, p. 400; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, 1993, p. 461

¹¹ F. A. Baias, *op. cit.*, p. 139

¹² A se vedea C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All, București, 1995, p. 77

- ¹³ A se vedea C. A. Diaconu, *Principiul inopozabilității contractelor față de terți. Noțiunea de terț*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 93
- ¹⁴ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu, *op. cit.*, vol. II, p. 856
- ¹⁵ A se vedea G. Wiederkehr, *Théorie des contre-lettres. Simulation*, în *Jurisclasseur civil*, Fasc. 138, Paris, 1985, p. 17
- ¹⁶ A se vedea F. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentarii pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1357
- ¹⁷ A se vedea L. Ciafardini, F. Izzo, *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, IX edizione, Edizione Giuridiche Simone, Napoli, 2008, p. 1581
- ¹⁸ A se vedea I. Deleanu, *Opozabilitate- considerații generale*, în *Dreptul*, nr. 7/2001, p. 87-88
- ¹⁹ *ibidem*
- ²⁰ *ibidem*
- ²¹ F. A. Baias, *op. cit.*, p. 177
- ²² A se vedea D. Alecsandrescu, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, Tipografia Națională, Iași, tomul VII, p. 164
- ²³ A se vedea A Weill, *Les obligations*, Ed. Dalloz, Paris, 1986, p. 187-188
- ²⁴ A se vedea P. Vasilescu, *Privire asupra acțiunii în simulație*, în *Revista de drept comercial*, nr. 7-8/1998, p. 28
- ²⁵ *idem*, p. 29
- ²⁶ *ibidem*; M. Planiol, G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil français*, Ed. LGDJ, Paris, 1930, p. 464-465
- ²⁷ A se vedea J. L. Lacruz Berdejo, *Derecho de obligaciones*, volumen primero, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 411 ; M. Carcaba Fernandez, *La simulación en los negocios jurídicos*, Libería Bosch, Barcelona, 1986, p. 143
- ²⁸ F. A. Baias, *op. cit.*, p. 183-184
- ²⁹ A se vedea H. et L., J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, Tom. II, vol. I, „ *Obligations. Théorie générale*”, Ed. Montchrestien, Paris, 1991, p. 943; D. Alecsandrescu, *op. cit.*, tomul VII, p. 166; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A Băicoianu, *op. cit.*, vol. II, p. 856-857
- ³⁰ F. A. Baias, *op. cit.*, p. 184
- ³¹ A se vedea D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Ed. Științifică, București, 1969, p. 407
- ³² M. Carcaba Fernandez, *op. cit.*, p. 147
- ³³ D. Cosma, *op. cit.*, p. 413
- ³⁴ *idem*, p. 415-417
- ³⁵ F. A. Baias, *op. cit.*, p. 189
- ³⁶ C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 77
- ³⁷ F. A. Baias, *op. cit.*, p. 190
- ³⁸ A se vedea Tr. Ionașcu, *Ideea de aparență și rolul său în dreptul civil modern*, Universitatea din București, Facultatea de Drept, 1943, p. 793-798
- ³⁹ C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 78; D. Cosma, *op. cit.*, p. 408; L. Pop, *op. cit.*, p. 130
- ⁴⁰ A se vedea J. Ghestin, C. Jarmin, M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 1994, p. 590
- ⁴¹ P. Vasilescu, *Drept civil. Obligațiile*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 496
- ⁴² F. Giovanni, *Della simulazione di effetti negoziali*, Ed. CEDAM, Padova, 1992, p. 111
- ⁴³ P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 510

- ⁴⁴ A se vedea M. Tiziana, *La simulazione del contratto*, Ed Giuffrè, Milano, 1999, p. 172
- ⁴⁵ F. Giovanni, *op. cit.*, p. 138
- ⁴⁶ A se vedea L. A. Postelnicu, *Efectele simulației în ceea ce îi privește pe creditorii chirografari în actuala și viitoarea reglementare a Codului civil*, în Revista Forumul Judecătorilor, nr. 1/2011, p. 133
- ⁴⁷ P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 508
- ⁴⁸ F. Giovanni, *op. cit.*, p. 138
- ⁴⁹ M. Tiziana, *op. cit.*, p. 173
- ⁵⁰ *ibidem*
- ⁵¹ A se vedea I. Deleanu, V. Mitea, S. Deleanu, *Noul Cod de procedură civilă*, vol. II, Ed. Universul juridic, 2013, p. 67
- ⁵² F. Giovanni, *op. cit.*, p. 138
- ⁵³ *ibidem*
- ⁵⁴ A se vedea F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, tomul I, Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1990, p. 331
- ⁵⁵ *ibidem*
- ⁵⁶ A se vedea F. Ferrara, *Delle simulazioni nei negozi giuridici*, Societa Editrice Libreria, Milano. 1909, p. 299
- ⁵⁷ F. Galgano, *op. cit.*, p. 331
- ⁵⁸ F. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *op. cit.*, p. 1359-1360
- ⁵⁹ *ibidem*
- ⁶⁰ P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 509; P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic*, Ed. Universul juridic, București, 2008, p. 305
- ⁶¹ A se vedea F. de Castro y Bravo, *El negocio juridico*, Civitas, Madrid, 1997, p. 365
- ⁶² M. Caraba Fernandez, *op.cit.*, p. 152
- ⁶³ *ibidem*
- ⁶⁴ *idem*, p. 153
- ⁶⁵ A se vedea A Rieg, *Le role de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français ey allemande*, Ed. LGDJ, Paris, 1961, p. 515-518; Fr. Ferrand, *Droit privé allemand*, Ed. Dalloz, Paris, 1997, p. 245
- ⁶⁶ F. A. Baias, *op. cit.*, p. 194
- ⁶⁷ L. Pop, I.-F. Popa, S. I. Vidu, *op. cit.*, p. 235
- ⁶⁸ A se vedea M. Dagot, *La simulation en droit privé*, Thèse pour le doctorat, LGDJ R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1967, p. 284 *apud*. F. A. Baias, *op. cit.*, p. 196
- ⁶⁹ Acest exemplu este dat și în doctrina italiană. A se vedea R. Pacia, *La pubblicità degli atti simulati nei rapporti fra simulato alienate e creditori o aventi causa dal titolare apparente*, în Rivista di diritto civile, nr. 6/2011, p. 817-837; P. Vasilescu, *Relativitatea...*, p. 294-296
- ⁷⁰ A se vedea A. A. Chiș, *Publicitatea imobiliară în concepția noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 173-202
- ⁷¹ A se vedea M. David, *Buna-credință și acțiunile de carte funciară*, în SUBB nr. 2/2006, p. 136 și urm.
- ⁷² Noțiunea se referă la terțul subdobânditor
- ⁷³ A se vedea M. Nicolae, *Tratat de publicitate imobiliară*, ed. a II-a, Ed. Universul juridic, București, 2011, p. 382
- ⁷⁴ A. A. Chiș, *op. cit.*, p. 234
- ⁷⁵ M. Nicolae, *op. cit.*, p. 321-324
- ⁷⁶ F. A. Baias, *op. cit.*, p. 188

CONSIDERAȚII ASUPRA DIMENSIUNII VIRTUALE A REȚELELOR DE DISTRIBUȚIE

Cosmina CODRESCU*

Abstract: *Some considerations regarding the virtual dimension of distribution networks. The World Wide Web is defined by numerical coding, dematerialization and ubiquity. The Internet has created the possibility of convergence of information and communication technologies that transcend traditional business boundaries, changing the global economic landscape of the 21st century.*

Due to the impact of the Internet phenomenon, the virtual environment can provide the means to create a true paperless distribution network, among the already complex distribution systems, in order to lower prices, increase consumer protection and ensure fair competition. However, the need to address the legal issue related to this concept raises questions, in order to prevent excessive behaviors, placed under the shelter of the famous "legal void".

The e-commerce and the virtual distribution channels create opportunities that empower consumers to be proactive, assertive and less brand loyal. At the same time, the channel structure, seen as a number of intermediaries involved in the trade is also an important feature of the market structure. Thus, the high number of intermediaries add significant cost transaction, which is eventually borne by the consumer.

Studies show that electronic markets can minimize or eliminate the number of intermediaries, claiming that a direct link will reduce the transaction cost and the final cost of the product. It is thus clear that the Internet offers benefits to both producers and consumers by eliminating intermediaries, which implies a direct threat to traditional intermediaries.

This article addresses the issues mentioned above, trying to determine the legal context of the distribution networks in the Internet era.

Keywords: *distribution networks, Internet, competition, e-commerce.*

Cuvinte cheie: *rețele de distribuție, internet, concurență, comerț electronic*

Context

Inovația tehnologică și creșterea rapidă a economiei informatice sunt tendințe esențiale în economia de astăzi. Dezvoltarea tehnologiei digitale are profunde implicații în ceea ce privește activitatea comercială la nivel global. Unele dintre cele mai importate schimbări apar odată cu dezvoltarea comerțului electronic (e-commerce). Aceste schimbări

vizează dezvoltarea unor noi afaceri on-line care concurează împotriva așa numitelor companii “bricks and mortar”¹, precum și apariția unor noi rețele de distribuție pentru produse și servicii tradiționale².

Pentru a trata implicațiile comerțului electronic, în primul rând trebuie definit acest nou concept. Așadar, ce anume este comerțul electronic? Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OCDE) îl definește ca fiind *vânzarea sau cumpărarea de bunuri, precum și prestarea de servicii între întreprinderi, persoane fizice, organisme publice sau private*³. Bunurile sau serviciile sunt comandate pe Internet, însă modalitatea efectivă de plată, respectiv livrare se pot face atât on-line, cât și off-line. O tranzacție comercială electronică în sens larg este o tranzacție realizată pe o bază informatică (inclusiv și în special Internet), iar propunerea OCDE este de a îngloba în această categorie toate comenzile înregistrate sau primite pe orice aplicație on-line utilizată în tranzacțiile automatizate⁴.

Acest tip de operațiuni au potențialul de a marca în mod semnificativ concurența, prin creșterea exponențială a ofertei, a produselor și a schimburilor în general. Totodată, aceste tranzacții potențiază eficiența în operațiunile comerciale, pe măsură ce costurile relativ mari implicate de tranzacțiile *paper-based* (bazate pe hârtie) sunt înlocuite de prețurile mult mai scăzute ale tranzacțiilor electronice.

O atenție deosebită trebuie acordată în acest nou și dinamic domeniu de activitate economică, pentru asigurarea unor garanții suficiente, în așa fel încât oportunitățile oferite să nu fie umbrite de comportamente anti-concurențiale. Chiar dacă se poate susține că în piețele de înaltă tehnologie, datorită multiplelor și rapidelor schimbări, concurența apare ca fiind neînfricată, cazuri precum Microsoft⁵ pun în lumină faptul că anumiți operatori economici pot dobândi o putere de piață atât de semnificativă încât vor profita de poziția lor și vor merge atât de departe încât să împiedice concurența.

În acest context, regulile privind concurența ridică o nouă problemă, anume aceea de a stabili dacă noile tehnologii alterează în vreun fel modul de analizare și stabilire a puterii de piață. Trebuie luată în considerare și posibilitatea ca dezvoltarea serviciilor și rețelelor de distribuție bazate pe Internet să afecteze definirea pieței ca element de reper⁶. Apariția comerțului electronic a avut un impact major și asupra managementului canalelor de distribuție⁷ și a inserării acestor rețele în cadrul unui sistem de distribuție deja complex.

De la comerțul clasic, unde producătorul era și distribuitor și vânzător, lucrurile au evoluat semnificativ. Azi, rețelele de distribuție sunt extrem de complexe, implicând numeroși actori și multiple mecanisme economice și juridice. Datorită complexității sale, această formă de comerț a ridicat probleme serioase în special în materia dreptului concurenței.

O rețea de distribuție⁸ reprezintă o structură juridică complexă, în cadrul căreia furnizori și distribuitori independenți încheie contracte de vânzare succesive, în vederea distribuirii de produse sau servicii consumatorilor, cu respectarea unei politici comune de distribuție definită de furnizor, capul rețelei⁹. Alți autori¹⁰ consideră distribuția comercială ca fiind “ansamblul de operațiuni psihologice, juridice și materiale grație cărora mărfurile unui producător ajung la utilizator, care poate fi un producător industrial sau un consumator particular”.

Universul rețelelor de distribuție nu a rămas neatins de recente evoluții din domeniul tehnologiilor electronice și prin urmare nu este surprinzător faptul că dezvoltările înregistrate în World Wide Web, Internet și alte medii virtuale au început să își pună amprenta și în acest domeniu al rețelelor de distribuție. Totuși, mai sunt destul de multe obstacole de înfruntat până când distribuția pe calea comerțului electronic să devină "un mod de viață", mai degrabă decât o noutate¹¹.

Există momentan multe scheme de distribuție în comerțul electronic, însă nu toate vor avea succes. Unele sunt folosite de distribuitorii tradiționali care vânează oportunități noi sau care încearcă doar să își apere propria distribuție, în timp ce alții se concentrează exclusiv pentru a profita la maxim de avantajele oferite de lumea virtuală, dedicându-i-se în totalitate. Lideri de piață din diferite domenii sunt convingeți de faptul că găsirea strategiei potrivite de distribuție on-line este crucială pentru dezvoltarea afacerii, iar aproape toți distribuitorii tradiționali relevanți de pe piață sunt prezenți pe Internet. Globalizarea distribuției mută jocul pe o scenă mondială.

Integrarea rețelelor de distribuție în cadrul comerțului electronic

Recursul la Internet, oferind multiple posibilități distribuitorilor, care pe această cale se debarasează de constrângeri geografice și chiar temporale, generează pe de altă parte o revoltă a furnizorilor, care sunt vizibil alarmați de implicațiile acestui nou canal de distribuție comercială. Cum oare pot fi adaptate la regulile care guvernează distribuția în general aceste noi rețele de distribuție on-line, preservând în același timp echilibrul delicat al economiei, modul de organizare și justificarea juridică¹²? În acest sens, politica legislativă trebuie să adapteze atât regulile de concurență, cât și regulile de protecție a consumatorului, întrucât acesta din urmă este lezată în principal de comportamentele actorilor din rețelele de distribuție on-line.

Referitor la această chestiune, politica impusă de Comisia Europeană¹³ este una favorabilă rețelelor de distribuție electronice, considerând că dezvoltarea relațiilor comerciale realizate pe cale electronică favorizează competitivitatea între întreprinderile europene și că prin urmare trebuie promovată acest nou canal de distribuție, chiar prin ridicarea barierelor care ar rezulta din faptul inadaptării textelor în vigoare sau din practicile existente.

La nivel mondial, politica este tot una de deschidere. Justificarea acestei viziuni favorabile derivă din faptul că e-commerce-ul și canalele de distribuție virtuale creează oportunități care responsabilizează consumatorii să fie proactivi, asertivi și mai puțin loiali brand-ului¹⁴. Totodată, structura canalelor, văzută ca numărul de intermediari implicați în activitatea comercială, este de asemenea o importantă caracteristică a structurii de piață. Astfel, numărul ridicat de intermediari adaugă un cost semnificativ tranzacției, cost care este suportat de către consumator. În țările dezvoltate, numărul intermediarilor este foarte ridicat, structura canalului de distribuție fiind foarte complexă, motiv pentru care consumatorii încep să se reorienteze spre a obține aceleași produse, direct de la producător, folosind Internetul.

Studiile demonstrează faptul că piețele electronice pot să minimalizeze sau chiar să elimine numărul de intermediari, susținând faptul că o legătură directă va reduce atât costul tranzacției, cât și costul final al produsului¹⁵. Este astfel evident faptul că Internetul oferă beneficii atât producătorilor, cât și consumatorilor, prin eliminarea intermediarilor, ceea ce implică o amenințare directă la adresa intermediarilor tradiționali.

Producătorii tradiționali trebuie să decidă dacă se angajează în acest tip de marketing direct prin restructurarea sistemului de distribuție utilizat sau dacă preferă totuși să îl folosească în paralel cu sistemul clasic. În acest din urmă caz, producătorii trebuie își transforme canalele de distribuție existente în așa fel încât să satisfacă nevoile propriilor clienți pentru un preț minim de operare.

Există însă anumite chestiuni care trebuie dezbătute și rezolvate pentru ca e-commerce să devină o adevărată rețea de distribuție alternativă. În primul rând, trebuie stabilit exact ceea ce caută și așteaptă consumatorii de la comerțul pe Internet. Rezultatele căutărilor furnizate de motoarele de căutare sunt de multe ori produsul unor cotizări prealabile, și nu neapărat al unor algoritmi eficienți care să furnizeze rezultate relevante. În același timp, riscul achiziționării unor produse contrafăcute este de asemenea imens¹⁶.

Conform unor studii¹⁷, viabilitatea World Wide Web-ului ca un canal de distribuție depinde de trei aspecte capabile să diminueze riscurile: *money back guarantee*¹⁸, *well-known brand*¹⁹ și *price reduction*²⁰. Cea mai importantă și dorită garanție este cea legată de restituirea sumelor plătite, urmată de siguranța achiziționării unui produs de marcă, iar în ultimul rând, reducerile de preț. În ceea ce privește reducerile de preț, acest aspect a ocupat ultimul loc în rândul doleanțelor internauților din două motive evidente. În primul rând, prețurile sunt mult mai scăzute în comerțul electronic de la bun început, întrucât, așa cum menționam mai devreme, scurtarea sau chiar eliminarea unui lung lanț de distribuție produce întocmai acest efect. În plus, costurile logistice, de depozitare, imobiliare, de personal, etc. au ca scop tocmai reducerea prețului final, în avantajul consumatorului. În al doilea rând, în momentul în care un consumator dorește să cumpere un bun sau să i se presteze un serviciu, acesta a realizat în prealabil un studiu al pieței electronice, de obicei în paralel cu cel al pieței tradiționale. Acest studiu se realizează extrem de ușor, cu ajutorul unor comparatoare de preț aflate la îndemâna oricui, pe Internet. Așadar, în momentul în care consumatorul încheie efectiv contractul electronic, el a decis să achiziționeze respectivul produs de la furnizorul cu prețul cel mai redus. Prin urmare, consider că nu se poate susține, așa cum au făcut-o autorii respectivului studiu, faptul că reducerile de preț sunt un risc care ar trebui acoperit sau garantat în comerțul electronic. Ceea ce trebuie însă urmărit este garantarea livrării produsului dorit, conform specificațiilor și indicațiilor prevăzute în contract, precum și acoperirea riscului de fraudă. Așadar, un impediment major în expansiunea comerțului electronic este reprezentat de nesiguranța onorării obligațiilor din partea cocontractantului. Această persoană poate fi total necunoscută și se poate situa oriunde pe mapamond.

În cazul vânzării de obiecte corporale, care implică și un transport ulterior perfectării contractului, se pune problema fraudei, motiv pentru care cumpărătorii sunt de multe ori reticenți, întrucât prețul se plătește la momentul încheierii contractului, însă bunul urmează să fie remis ulterior. Nu trebuie ignorate nici implicațiile subsidiare ale acestui aspect, anume exonerarea de răspundere a operatorului comercial care exploatează platforma de vânzări on-line.

Aceste impedimente pot fi înlăturate datorită unei creații a practicii, care s-a dovedit a fi extrem de eficientă. Una dintre operațiunile juridice care joacă azi un rol important în cadrul tranzacțiilor este contractul de escrow (escrow agreement). Chiar dacă acest mecanism nu este nou în totalitate, acesta a devenit din ce în ce mai utilizat în prezent, datorită contextului economic mondial, pe de o parte, iar pe de altă parte, datorită necesității și utilității sale.

Contul escrow este un depozit (colateral), având ca destinație păstrarea/blocarea unei sume de bani, a unor titluri sau a altor bunuri, până la încheierea unui contract, livrarea unor mărfuri și/sau îndeplinirea unor condiții specificate într-un angajament scris încheiat între doua părți, ca garanție a utilizării sumelor strict pentru destinația stabilită și/sau ca măsură asiguratorie a realizării obiectivelor stipulate în respectivul angajament scris. Deponentul are dreptul recuperării întregului disponibil din contul Escrow, în cazul în care termenul de depunere a documentației de către beneficiar a expirat, dacă acesta se află în stare de faliment dovedită sau dacă acesta nu și-a îndeplinit obligațiile în mod conform. Verificarea executării obligațiilor se face în funcție de natura obiectului contractului de bază. Prima examinare se face de către cumpărător, iar a doua verificare se face de către agentul escrow, căruia i-au fost încredințate și prezentate în prealabil condițiile contractuale.

În cazul bunurilor tangibile, se verifică în primul rând livrarea (dacă s-a făcut, dacă s-a făcut în termen și dacă s-a făcut în mod corespunzător). Cumpărătorul va avea dreptul de a examina bunul sau de a-l folosi o perioadă de timp. În acest caz, trebuie stabilite și mijloacele de plată și de returnare a produselor. Dacă cumpărătorul este satisfăcut de achiziție, plata va fi eliberată vânzătorului.

În cazul produselor digitale, vânzătorul va face dovada livrării, iar cumpărătorul (beneficiarul) va furniza o interfață pe baza căreia să se poată analiza conținutul digital.

În cazul serviciilor sau altor prestații, părțile trebuie să stipuleze o modalitate de verificare a prestării serviciului.

Din momentul în care termenii tranzacției au fost executați și verificați, agentul va elibera suma depusă în contul vânzătorului. Din contră, dacă vânzătorul nu a respectat condițiile, operațiunile sunt fie auto-rambursabile, fie sumele sunt puse la dispoziția cumpărătorului. Dacă prestația nu a fost executată în termenul stipulat, cumpărătorul poate să o refuze.

În cazul în care vânzătorul a livrat produse stricate sau necorepunzătoare, cumpărătorul are dreptul de a notifica aceste defecte într-un termen prestabilit, iar agentul va suspenda plata. Dacă vânzătorul retrimite marfa într-un termen acceptat de cumpărător, agentul va elibera fondurile vânzătorului.

Prin urmare, pe calea acestui contract escrow, sunt acoperite atât riscul nerestituirii sumelor plătite, cât și riscul livrării unor bunuri sau prestării unor servicii necorespunzătoare.

Comerțul electronic și distribuitorii

În principiu, orice împărțire a pieței este interzisă de normele comunitare. Regulamentul (UE) nr. 330/2010 al Comisiei din 20 aprilie 2010 privind aplicarea articolului 101 alineatul (3) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene categoriilor de acorduri verticale și practici concertate²¹ introduce o prezumție favorabilă anumitor tipuri de acorduri verticale, sub rezerva îndeplinirii anumitor condiții. În acest regulament nu există referiri speciale pentru comerțul on-line, însă Comisia Europeană a emis Liniile directoare privind restricțiile verticale²² în care se regăsește punctul de contact dintre acordurile verticale și comerțul electronic.

Referitor la contractele de distribuție, chestiunea centrală este de a determina dacă organizarea rețelelor pe baza unei exclusivități teritoriale poate fi autorizată în cazul unei distribuții on-line; pe scurt, un distribuitor care depinde de o clauză de exclusivitate teritorială poate sau nu să utilizeze un site Internet pentru a-și vinde produsele, dat fiind faptul că accesul la comerțul electronic exclude orice barieră geografică?

Regulamentul și Liniile directoare rezolvă chestiunea în discuție pornind de la distincția dintre vânzarea activă și vânzarea pasivă. Dreptul concurenței admite faptul că un acord de distribuție poate interzice membrilor săi vânzările active, în schimb, a interzice vânzările pasive reprezintă o atingere adusă liberei concurențe. Această distincție se aplică indiferent dacă în cauză sunt acorduri clasice de distribuție sau este vorba despre comerțul electronic.

Conform Liniilor directoare, prin "*vânzări active*" se înțelege faptul de a prospecta clienți individuali aflați într-un teritoriu exclusiv sau care sunt clienți exclusivi ai unui alt distribuitor, prin intermediul marketingului direct prin corespondență, inclusiv trimiterea de email-uri nesolicitate sau vizite propriu-zise; sau abordarea activă a unui anumit grup de clienți sau a anumitor clienți dintr-un teritoriu determinat, prin publicitate în mass media, pe Internet sau prin alte acțiuni de promovare adresate în mod special acestui grup de clienți sau clienților din acest teritoriu, precum și deschiderea unui punct fizic de vânzare sau a unui depozit în zona de exclusivitate teritorială a unui alt distribuitor. Publicitatea sau promovarea, care este atractivă numai pentru cumpărător dacă ajunge, de asemenea, la un grup specific de clienți sau la clienții dintr-un anumit teritoriu, se consideră vânzare activă pentru acel grup de clienți sau pentru acei clienți din teritoriul în cauză;

Vânzări pasive înseamnă "a răspunde la cereri nesolicitate de la clienți individuali, inclusiv livrarea de bunuri sau servicii unor astfel de clienți; orice publicitate sau acțiune de promovare generală care intră în atenția clienților din teritoriile exclusive ale altor distribuitori sau din grupurile de clienți ale altor distribuitori, care este însă un mod rezonabil de a aborda clienții situați în afara acestor teritorii sau a grupurilor de clienți, de exemplu pentru a aborda clienți situați pe teritoriul propriu, este considerată vânzare pasivă"²³.

Internetul este un instrument puternic, utilizat pentru a ajunge la un număr și o varietate mai mare de clienți decât în cazul utilizării doar a metodelor tradiționale de vânzare, ceea ce explică motivul pentru care anumite restricții privind utilizarea Internetului sunt tratate ca restricții de (re)vânzare. În principiu, fiecare distribuitor trebuie să aibă dreptul de a folosi Internetul pentru a vinde produse. În general, atunci când un distribuitor folosește un site web pentru a vinde produse, acest lucru este considerat o formă de vânzare pasivă, deoarece este un mod rezonabil de a permite clienților să ajungă la distribuitor. Folosirea unui site web poate avea efecte în afara teritoriului distribuitorului și grupului său de clienți; totuși, astfel de efecte sunt o consecință a tehnologiei ce oferă posibilități de a avea acces la distribuitor de oriunde.

În cazul în care un client vizitează site-ul web al unui distribuitor și contactează distribuitorul, iar acest contact conduce la o vânzare, inclusiv la o livrare, este vorba de vânzare pasivă. Același lucru este valabil în cazul în care un client decide să fie (automat) informat de către distribuitor și acest lucru duce la o vânzare. Opțiunile de limbă pe site-ul web nu schimbă, în sine, caracterul de vânzare pasivă al unei astfel de vânzări. Astfel, Comisia consideră următoarele situații ca fiind exemple de restricții grave de vânzare pasivă, având în vedere capacitatea acestor restricții de a împiedica accesul distribuitorului la un număr și o varietate mai mare de clienți:

(a) Acordul ca distribuitorii (exclusivi) să împiedice clienții situați într-un alt teritoriu (exclusiv) să vizualizeze site-ul web al acestora sau de a instala pe site-ul web al acestora redirecționarea automată a clienților către site-ul web al producătorului sau al altor distribuitori (exclusivi). Aceasta nu exclude acordul ca site-ul web al distribuitorului să ofere, de asemenea, o serie de link-uri către site-uri web ale altor distribuitori și/sau ale furnizorului;

(b) Acordul ca distribuitorul (exclusiv) să anuleze tranzacțiile consumatorilor pe Internet, odată ce cartea de credit furnizează o adresă care nu se află în teritoriul (exclusiv) al distribuitorului;

(c) Acordul ca distribuitorul să limiteze procentajul vânzărilor totale efectuate prin Internet. Aceasta nu exclude posibilitatea pentru furnizor de a cere cumpărătorului, fără limitarea vânzărilor on-line ale distribuitorului, să vândă cel puțin o anumită cantitate absolută (ca valoare sau ca volum) de produse off-line pentru a asigura gestionarea eficientă a magazinului său tradițional (punct fizic de vânzări), nici să împiedice furnizorul să se asigure că activitatea on-line a distribuitorului rămâne coerentă cu modelul de distribuție al furnizorului. Această cantitate absolută aferentă vânzărilor off-line poate fi aceeași pentru toți cumpărătorii, sau stabilită individual pentru fiecare cumpărător pe baza unor criterii obiective, cum ar fi importanța cumpărătorului în contextul de rețele sau locației sale geografice;

(d) Acordul ca distribuitorul să plătească un preț mai mare pentru produsele destinate să fie revândute de către distribuitor on-line, decât pentru produsele destinate a fi revândute off-line; acest lucru nu exclude acordul dintre furnizor și cumpărător asupra unei taxe fixe (adică nu o taxă variabilă în cazul în care suma crește cu cifra de afaceri realizată off-line deoarece acest lucru ar reprezenta în mod indirect o politică de preț dublu) pentru a sprijini eforturile acestuia din urmă în ceea ce privește vânzările off-line sau on-line.

O restricție privind utilizarea Internetului de către distribuitorii parte la acord este compatibilă cu Regulamentul de exceptare pe categorii numai în măsura în care promovarea pe Internet sau utilizarea Internetului ar conduce la efectuarea de vânzări active, de exemplu în teritoriile exclusive sau către grupurile de clienți exclusive ale altor distribuitori. Comisia consideră publicitatea on-line adresată în mod specific anumitor clienți o formă de vânzare activă către acești clienți. De exemplu, bannerele de pe site-urile web ale terților sunt o formă de vânzare activă în teritoriul în care acestea sunt accesibile. În general, eforturile de a fi găsit în mod specific într-un anumit teritoriu sau de către un anumit grup de clienți reprezintă vânzare activă în acel teritoriu sau către acel grup de clienți. De exemplu, faptul de a plăti pentru un motor de căutare sau un furnizor de publicitate on-line, pentru a afișa publicitate în mod special pentru utilizatorii dintr-un anumit teritoriu, reprezintă vânzare activă pe acel teritoriu.

Cu toate acestea, în cadrul unei exceptări pe categorii, furnizorul poate impune respectarea anumitor standarde de calitate pentru utilizarea site-ului Internet în vederea revânzării produselor sale, așa cum o poate face pentru un magazin sau pentru vânzarea prin catalog, sau pentru anunțuri publicitare sau acțiuni de promovare în general. Acest lucru poate fi relevant în special pentru distribuția selectivă. În cadrul exceptării pe categorii furnizorul poate solicita, de exemplu, ca distribuitorii săi să aibă unul sau mai multe magazine tradiționale sau săli de expoziție ca o condiție pentru a deveni membri ai sistemului său de distribuție. Modificări ulterioare la o astfel de condiție sunt, de asemenea, posibile în temeiul exceptării pe categorii, cu excepția cazului în care acele modificări au ca obiect să limiteze direct sau indirect vânzările on-line ale distribuitorilor. În mod similar, un furnizor le poate cere distribuitorilor săi să utilizeze platforme ale unei părți terțe pentru a distribui produsele contractuale numai în conformitate cu standardele și condițiile convenite între furnizor și distribuitorii săi pentru utilizarea Internetului de către distribuitori. De exemplu, în cazul în care site-ul web al distribuitorului este găzduit de o platformă a unei părți terțe, furnizorul ar putea cere clienților să nu intre pe web site-ul distribuitorului prin intermediul unui site care poartă numele sau logo-ul platformei părții terțe.

Totodată, într-un sistem de distribuție selectivă, distribuitorii ar trebui să fie liberi să vândă, atât activ cât și pasiv, către toți utilizatorii finali, inclusiv cu ajutorul Internetului. În consecință, Comisia consideră restricție gravă orice obligații care descurajează distribuitorii desemnați să utilizeze Internetul pentru a ajunge la clienți mai numeroși și mai diferiți, prin impunerea de criterii vânzărilor on-line care nu sunt echivalente, în general, cu criteriile impuse vânzărilor prin intermediul magazinelor tradiționale. Aceasta nu înseamnă că aceste criterii impuse vânzărilor on-line trebuie să fie identice cu cele impuse vânzărilor prin intermediul magazinelor tradiționale, ci ar trebui să urmărească aceleași obiective și să obțină rezultate comparabile, iar diferența dintre criterii trebuie să fie justificată prin natura diferită a acestor două moduri de distribuție. De exemplu, pentru a împiedica vânzările către distribuitorii neautorizați, un furnizor poate restricționa distribuitorilor săi selecția vânzării către un utilizator final individual a produselor contractuale care depășesc o anumită cantitate. Este posibil să fie necesar ca o astfel de

obligație să fie mai strictă în cazul vânzărilor on-line dacă este mai ușor pentru un distribuitor neautorizat să obțină acele produse prin intermediul Internetului. În mod similar, poate fi necesar ca această obligație să fie mai strictă pentru vânzările off-line, dacă este mai ușor să se obțină acele produse dintr-un magazin tradițional.

Pentru a asigura livrarea la timp a produselor contractuale, un furnizor poate impune livrarea imediată a produselor în cazul vânzărilor off-line. Întrucât nu poate fi impusă o condiție identică în cazul vânzărilor on-line, furnizorul poate impune anumite termene de livrare realiste pentru astfel de vânzări. Poate fi necesar să se formuleze condiții specifice pentru un serviciu on-line de asistență post-vânzare, cu scopul de a acoperi costurile relative la produsele returnate de către clienți și la aplicarea sistemelor de plăți sigure.

Prin urmare, ținând cont de Orientările privind restricțiile verticale, deschiderea și utilizarea unui site Web este licită, fiind asimilată unei vânzări pasive. Prin urmare, o clauză contractuală care interzice distribuitorului să utilizeze un site este nulă, întrucât obiectul său este ilicit, deoarece o atare clauză are ca rezultat îndepărtarea beneficiilor distribuitorului în urma excepției pe categorii²⁴ de care dispune.

Comerțul electronic și vârful rețelei de distribuție

Vârful rețelei este fie francizorul, fie concedentul, care poate diviza teritoriul în care alege să își exercite activitatea în câte teritorii de exclusivitate dorește. În acest context, diferența dintre vânzarea activă și cea pasivă nu are nici o relevanță; ceea ce este decisiv în acest context este exclusivitatea teritorială și concurența. Astfel, un vârf de rețea poate sau nu utiliza un site Web ca mijloc de comercializare a propriilor produse?

Curtea de Casație franceză a avut ocazia să se pronunțe asupra acestei chestiuni într-o speță²⁵ în care beneficiarul unui contract de franciză a invocat obligațiile francizorului de a nu autoriza deschiderea unui punct de vânzare în zona de exclusivitate teritorială exploatată de către reclamant. Francizorul deschisese un site Web, iar beneficiarul contractului a invocat încălcarea unei obligații esențiale a contractului, motiv pentru care a cerut rezilierea contractului de franciză pe baza nerespectării obligațiilor francizorului, precum și daune interese. Curtea de Apel²⁶ desfăcuse contractul pe baza vinei exclusive a francizorului, reținând faptul că obligația de exclusivitate teritorială este una esențială și determinantă în contractul de franciză. Curtea de Casație a casat acea hotărâre, bazându-se pe articolul 1134 Cod Civil francez²⁷, care prevede faptul că toate convențiile legal încheiate țin loc de lege între părțile contractante și că ele trebuie executate cu bună credință. Prin urmare, soluția Curții de Casație se fondează pe dreptul contractelor, iar ceea ce spune Curtea este faptul că acea clauză interzicea deschiderea unui punct de vânzare în zona de exclusivitate.

Aportul deciziei este de a specifica faptul că un site Web nu este asimilabil implantării unui punct de vânzare în teritoriul protejat. Trebuie subliniat în acest context faptul că soluția Curții se bazează pe o interpretare a clauzei așa cum a fost ea redactată de părți, iar o redactare diferită ar fi condus la o soluție diferită. De exemplu, dacă părțile

ar fi stipulat faptul că francizorul nu poate deschide un punct de vânzare fizic, soluția ar fi fost evident diferită.

Totuși, din prisma Orientărilor impuse de către Comisia Europeană, se poate interpreta decizia Curții de Casație în sensul că un francizor poate să își vândă produsele pe Internet și că fără o dispoziție contrară, acesta poate să își comercializeze produsele pe calea Internetului fără a-și încălca obligația privind exclusivitatea teritorială. O asemenea soluție este justificată în măsura în care francizorul nu face altceva decât să răspundă cererilor consumatorilor aflați în zona de exclusivitate, adică se limitează la o vânzare pasivă²⁸.

Consider totuși, dată fiind situația relativ ambiguă a chestiunii în discuție, că inserarea unei "clauze Internet"²⁹ s-ar putea dovedi extrem de utilă. Această clauză trebuie să fie clară și să precizeze de manieră non-echivocă implicațiile utilizării de către cel puțin una dintre părți a comerțului electronic, evitând în acest fel orice conflict vizând comerțul electronic³⁰.

Comerț electronic între membrii rețelei de distribuție

Conform punctului 53 din Liniile directe, într-o rețea de distribuție selectivă, distribuitorul trebuie să fie liber să își facă publicitate sau să vândă pe Internet.

Excepția acestei reguli, deci interdicția de vânzări on-line nu împiedică totuși vârful rețelei să își ia măsurile pe care le consideră necesare în vederea asigurării calității produselor vândute on-line și impuse cu titlu obligatoriu în comerțul tradițional³¹.

Totuși, interdicția categorică de vânzare pe Internet nu este admisibilă decât în măsura în care este obiectiv justificată. Mai concret, ea poate fi justificată de motive de ordine, sănătate sau moralitate publică, în scopul protejării consumatorului.

Chemată să clarifice diferite aspecte legate de legitimitatea sau lipsa justificării unor restricții privind vânzarea de produse on-line, echivalentul Consiliului Concurenței din România, Autoritatea privind concurența din Franța, s-a pronunțat cu privire la obligația de consiliere în cazul anumitor produse complexe din punct de vedere tehnic, de pe o parte, și pe de altă parte, consiliere privind utilizarea unor produse para-farmaceutice de igienă corporală.

Prima decizie datează din 2006³² și a fost pronunțată în sectorul de distribuție de material Hi-Fi și Home cinema, Consiliul concurenței francez³³ analizând liceitatea interdicției totale de vânzări on-line impusă de către furnizori distribuitorilor agreeți. Cele trei societăți le-au autorizat distribuitorilor agreeți să vândă produsele pe Internet în condiții non-restrictive, însă cu excepția unei game de produse de înaltă tehnicitate.

Interdicția totală de vânzare a fost considerată nejustificată, în măsura în care restricțiile impuse acestui tip de vânzare trebuie să fie proporționale obiectivului vizat și să fie comparabile cu cele impuse unui magazin fizic. În același timp, condițiile restrictive impuse pentru vânzarea pe Internet exced ceea ce poate fi considerat ca necesar pentru prezervarea imaginii mărcii produselor și integrității rețelei.

Așadar, justificare invocată de societăți, anume o bună consiliere a consumatorului și prezervarea imaginii mărcii au fost considerate disproporționale scopului vizat. În concluzie, distribuitorii agreeți din rețelele de comercializare a produselor Hi-Fi și Home cinema pot să își vândă produsele pe Internet.

În aceeași cauză, dar cu referire la doar două produse a căror complexitate tehnică se prezintă ca fiind extrem de ridicată, impunându-se prin urmare cumpărarea dintr-un magazin, precum și instalarea lor de către un profesionist, pentru asigurarea funcționării la capacitate maximă, Consiliul a admis această interdicție, considerată ca obiectivă și justificată de către cele trei societăți.

O altă piatră de temelie jurisprudențială o constituie cauza Pierre Fabre³⁴. În speță este vorba despre o cunoscută societate de produse de înfrumusețare. Produsele în discuție erau comercializate doar în farmacii special selecționate din punct de vedere al calității oferite, anume calitatea personalului și angajamentul de a garanta prezența permanentă a unui farmacist. Una dintre farmaciile care distribuia respectivele produse a decis să utilizeze un site Web pentru a-și comercializa produsele pe Internet. Pierre Fabre a invocat încălcarea prevederilor contractuale, întrucât pe Internet nu se poate garanta prezența unui farmacist pentru consilierea consumatorilor. Consiliul concurenței din Franța s-a sesizat din oficiu cu privire la practicile puse în aplicare în sectorul distribuției de produse cosmetice și printr-o decizie a infirmat angajamentele propuse de către societate și a impus modificarea contractelor de distribuție selectivă încheiate de aceasta astfel încât să prevadă pentru membrii rețelei proprii posibilitatea de a vinde, în anumite condiții, produsele acestor întreprinderi pe Internet.

Consiliul Concurenței a estimat că o rețea de distribuție selectivă oferă toate garanții suficiente pentru o societate notorie și prestigioasă. Produsele para-farmaceutice nu sunt medicamente și prin urmare nu necesită avizul sau sfatul unui farmacist. În concluzie, criteriile de selecție ale societății Pierre Fabre destinate punerii în valoare și respectului mărcii puteau fi adaptate unei distribuții selective exercitate și pe Internet.

Problema din speță se axează pe determinarea faptului dacă o persoană deja selecționată ar putea să își prelunească activitate și pe Internet. Consiliul Concurenței a decis că interdicția impusă de Pierre Fabre limitează excesiv libertatea comercială a distribuitorilor săi agreeți și asta doar în detrimentul consumatorilor. Legat de libertatea de a întreprinde, distribuitorii sunt independenți de vârful rețelei de distribuție. A fi independent din punct de vedere juridic implică gerarea propriilor activități economice.

Libertatea comerțului este libertatea de a decide exercitarea unui comerț. Libertatea de a întreprinde este libertatea de a alege liber mijloacele puse în operă pentru a fructifica acel comerț de manieră cât mai eficientă. Printr-un contract, anumite aspecte implicate de aceste libertăți pot fi restrânse; ceea ce se reproșează în speță este caracterul excesiv al acestor restricții.

Dreptul concurenței are ca punct central noțiune de consumator, libera concurență profitându-i întru totul. Consiliul consideră așadar că interdicțiile impuse de Pierre Fabre aduc atingere regulilor dreptului concurenței, fiind echivalente unei interdicții de vânzare activă și pasivă, fără a fi exceptată nici colectiv, de Regulamentul European din 1999 care încadrează acordurile verticale și nici individual, pe baza dispozițiilor dreptului național sau comunitar care permit luare în considerare a acordului la progresul economic sau tehnic. Neaducând nici un beneficiu consumatorilor, Pierre

Fabre a adus atingere intereselor acestora prin faptul că i-a privat practic de efectul pro-concurențial asigurat de vânzarea on-line a produselor distribuite printr-o rețea selectivă și a limitat drastic libertatea comercială a distribuitorilor săi agreeți, privându-i de un mod de comercializare fructuos.

Societatea Pierre Fabre a introdus apel în fața Curții de Apel din Paris împotriva deciziei sus menționate. Comisia Europeană a intervenit în proces ca *amicus curiae*, susținând că interdicția totală și generală de vânzare pe Internet constituie în obiectul său o restricție caracterizată de concurență, care ar putea însă, în anumite circumstanțe, să fie justificată. Totodată, Comisa sugerează judecătorilor parizieni să adreseze o întrebare prejudicială Curții de Justiție cu privire la interpretarea art. 81 și 82 din Tratat³⁵. Curtea de apel a suspendat cauza și a formulat întrebarea prejudicială, iar Curtea de Justiție a reformulat întrebarea³⁶, fiind în acest sens important a decide dacă clauza contractuală în cauză constituie o restricție de concurență prin obiect în sensul art 101 para. 1 TFUE; în al doilea rând, dacă un contract de distribuție selectivă care conține o atare clauză, în ipoteza în care intră în câmpul de aplicare al art. 101 para.1 TFUE – poate beneficia de exceptarea pe categorii instituită prin Regulamentul n° 2790/1999; în al treilea rând, în măsura în care excepția nu este aplicabilă, respectivul contract ar putea totuși beneficia de excepția legală prevăzută de art. 101 para. 3 TFUE?”.

Cu privire la prima chestiune, Curtea a decis că o clauză dintr-un contract de distribuție selectivă care interzice vânzarea de produse cosmetice pe Internet datorită necesității prezenței unui farmacist constituie o restricție prin obiect în sensul acestei dispoziții dacă în urma unui examen individual și concret al obiectivului clauzei contractuale și din contextul juridic și economic în care se încadrează, datorită proprietăților produsului în cauză, această restricție nu este obiectiv justificată.

Cu privire la a doua și a treia chestiune, anume exceptarea pe categorii sau cea individuală, Curtea menționează faptul că art 4 c) din Regulamentul n° 2790/1999 trebuie interpretat în sensul că art. 2 din acel regulament nu se aplică pentru un contract de distribuție selectivă care conține o clauză care interzice *de facto* Internetul ca mod de comercializare a produselor contractuale. În schimb, un asemenea contract poate beneficia, cu titlu individual, de excepțiile legale prevăzute de art. 101 para. 3 TFUE, în măsura în care condițiile necesare sunt întrunite.

Hotararea în cauză aduce un aport imens în definirea noțiunilor de drept al concurenței și comerț electronic, fiind puse în lumină diferite concepte esențiale.

În primul rând, se pune problema aplicării Regulamentului de exceptare pe categorii în vigoare la momentul respectiv. Chestiunea centrală în acest demers este aceea de a stabili ce relevanță poate să aibă interzicerea *de facto* a vânzărilor pe Internet relativ la aplicarea Regulamentului. Autoritatea competentă în domeniul concurenței din Franța a invocat faptul că această interdicție echivalează cu o limitare a libertății comerciale a distribuitorilor, deoarece exclude o modalitate de comercializare a produselor. În plus, această interdicție restrângea opțiunea consumatorilor care doreau să cumpere pe Internet și, în sfârșit, împiedica vânzările către cumpărătorii finali care nu sunt localizați în

zona normală de acoperire „fizică” a distribuitorului autorizat. Potrivit autorității menționate, această limitare are în mod necesar ca obiectiv restrângerea concurenței, care este complementară limitării inerente alegerii unui sistem de distribuție selectivă de către producător, care limitează numărul de distribuitori autorizați pentru a distribui un produs și care împiedică distribuitorii să vândă produsul unor distribuitori neautorizați³⁷. Așadar, interdicția *de facto* a vânzărilor on-line are ca prim efect limitarea exercitării libertății comerciale a distribuitorilor. Al doilea efect negativ se înregistrează în rândul consumatorilor, întrucât cei care se situează la o distanță considerabilă de un punct fizic de vânzare (de un distribuitor agreeat), nu au practic acces la aceste produse.

Un al doilea element cheie îl reprezintă calificarea comerțului electronic, adică a vânzării pe Internet. Conform aceleiași autorități, interdicția vânzării pe Internet nu îndeplinește condițiile pentru exceptarea prevăzută la articolul 4 litera (c) din Regulamentul nr. 2790/1999, potrivit căruia aceste restrângeri ale vânzărilor nu aduc atingere posibilității de a interzice unui membru al sistemului să opereze „dintr-un loc de stabilire neautorizat”. Altfel spus, Internetul nu este **un loc** de comercializare, ci **o modalitate de vânzare alternativă** utilizată, la fel ca vânzarea directă în magazin sau vânzarea prin corespondență, de distribuitorii dintr-o rețea care dispun de puncte de vânzare fizice.

Nu în ultimul rând, trebuie menționată sancțiunea aplicată, conform dreptului intern, societății Pierre Fabre. Pe lângă amendă, Autorité de la concurrence a solicitat societății să elimine din contractele sale de distribuție selectivă toți termenii care sunt echivalenți cu o interdicție de vânzare pe Internet a produselor sale cosmetice și de îngrijire personală și să prevadă în mod expres în contractele respective, pentru toți distribuitorii săi, posibilitatea de a utiliza această metodă de distribuție .

Prin această obligație impusă se evidențiază foarte clar ponderea și relevanța comerțului electronic relativ la dreptul concurenței. Calificând vânzările pe Internet ca modalitate de vânzare, făcând abstracție de localizare (datorită delocalizării și ubicuității Internetului), interdicția de vânzare pe Internet devine contrară concurenței. În acest fel, dreptul de a comercializa produse/presta servicii pe Internet nu poate fi interzis *de facto*. Evident, restricțiile pot să existe, însă trebuie să fie justificate și proporționale cu scopul vizat.

Revenind la Regulamentul nr. 2790/1999, acesta nu se aplică acordurilor verticale care, direct sau indirect, separat ori în combinație cu alți factori, au ca obiect o restrângere gravă a concurenței. Pentru a aprecia dacă clauza contractuală în cauză implică o restrângere a concurenței „prin obiect”, trebuie analizate cuprinsul clauzei, obiectivele pe care urmărește să le atingă, precum și contextul economic și juridic în care aceasta se înscrie. După cum subliniază Comisia, prin excluderea *de facto* a unui mod de comercializare a produselor care nu necesită deplasarea fizică a clientului, clauza contractuală în cauză reduce în mod semnificativ posibilitatea unui distribuitor autorizat de a vinde produsele contractuale clienților din afara teritoriului său contractual sau din afara zonei sale de activitate. Prin urmare, clauza menționată poate conduce la restrângerea concurenței în acest sector.

În ceea ce privește acordurile care constituie un sistem de distribuție selectivă, Curtea a statuat că astfel de acorduri influențează în mod necesar concurența în cadrul pieței comune. Prin urmare, Curtea a reținut faptul că o clauză contractuală, în cadrul unui sistem de distribuție selectivă, care impune ca vânzările de produse cosmetice și de îngrijire personală să

fie efectuate într-un spațiu fizic în prezența obligatorie a unui farmacist care posedă o diplomă de specialitate, având drept consecință interdicția de utilizare a Internetului pentru aceste vânzări, constituie o restrângere prin obiect în sensul acestei dispoziții dacă, în urma unei examinări individuale și concrete a cuprinsului și a obiectivului acestei clauze contractuale, precum și a contextului juridic și economic în care aceasta se înscrie, rezultă că, având în vedere proprietățile produselor în cauză, această clauză nu este justificată în mod obiectiv.

Această viziune a Curții este una foarte progresivă, o viziune adaptată realității economice și sociale a secolului XXI. Reformulând și îndrăznind o interpretare mai largă, Curtea evidențiază faptul că principiul este cel al libertății comerțului electronic, libertate care poate fi îngădită doar în cazuri foarte bine justificate.

Cu o situație similară s-a confruntat și Consiliul Concurenței relativ recent, într-o speță din decembrie 2012³⁸. Starea de fapt este foarte asemănătoare, însă produsele fac parte din categoria Home Cinema și Hi-Fi, fiind vorba de asemenea despre distribuție selectivă în cadrul rețelei. Societatea în cauză, al cărei domeniu de activitate ține în măsură covârșitoare de acest sector, deținea o poziție foarte importantă pe piața franceză, datorită cifrei de afaceri personală și a grupului din care făcea parte. Interzicând în condițiile sale generale de vânzare comercializarea prin mijloace de corespondență, ceea ce include și Internetul, distribuitorii agreeți nu puteau să fie decât comercianți tradiționali, a căror activitate se desfășura într-un punct de vânzare fizic. Prin urmare, consumatorii și beneficiarii acestor produse și servicii nu puteau să fie decât francezi.

Aportul imens al dezbaterii se concentrează în jurul ideii conform căreia Internetul este prin definiție global. Produsele vândute prin intermediul acestui mediu sunt menite să ajungă la un număr nedeterminat de persoane, aflate pe întreg mapamondul, întrucât Internetul este deschis prin natură comerțului transfrontalier³⁹. Curtea de Justiție a statuat cu titlu de principiu faptul că o activitate, chiar dacă are ca obiect comercializarea unor produse doar în interiorul unui stat membru, nu este susceptibil de a exclude *ab initio* afectarea comerțului între statele membre, întrucât afectarea pieței naționale poate fi susceptibilă de a îngădi întrepătrunderea economică vizată și dorită de Tratat⁴⁰.

Prin urmare, chiar dacă compania în cauză este una de drept național, chiar dacă toți distribuitorii săi sunt resortisanți ai aceluiași stat membru și activitatea sa se desfășoară doar în respectivul stat membru, practica de a interzice, fără nici o justificare, comercializarea produselor pe Internet (interzicerea atât a vânzării active, cât și a vânzărilor pasive), afectează în mod sensibil comerțul între statele membre și prin urmare, dreptul Uniunii este cel aplicabil situației în cauză.

Urmărind acest raționament, Consiliul Concurenței a stabilit că societatea a avut un comportament anticoncurențial, care a perturbat economia și a creat dezavantaje consumatorilor, motiv pentru care a aplicat o sancțiune pecuniară în valoare de 900 000 euro și a obligat societatea ca în termen de 3 luni de la comunicarea deciziei să își modifice clauzele contractuale referitoare la distribuția selectivă și să stipuleze în termeni clari faptul că membrii rețelei sale de distribuție selectivă au posibilitatea de a recurge la Internet, pentru a-și vinde produse.

Rețele de distribuție și *pure-players*

Așa numiții *pure-players* au început să își revendice locurile în rețelele de distribuție, dorind să obțină agreementul furnizorilor în vederea vânzării exclusiv pe Internet a produselor contractuale.

Din punct de vedere al dreptului concurenței, o asemenea pretenție poate să aibă efecte negative pe piață, datorită costurilor foarte reduse pe care le implică *e-commerce-ul*. Curtea de apel din Paris⁴¹, aprobând decizia Consiliului Concurenței⁴², a confirmat opțiunea furnizorului de a rezerva vânzarea on-line doar distribuitorilor săi agreeți care dispun de un punct de vânzare fizic; prin urmare, soluția recunoaște refuzul agreementului privind distribuția on-line efectuată de către *pure-players*.

Starea de fapt este următoarea: societatea Bijourama, operator *pure-player* (nu deține un punct de vânzare fizic și își desfășura întreaga activitate pe Internet) a considerat că refuzul producătorului Festina de a-și da agreementul în vederea integrării sale în rețeaua de distribuție selectivă era ilicit și discriminator, întrucât excludea o formă de distribuție, cea pe Internet, nesocotind legislația unională în vigoare.

Festina inițial nu permitea vânzarea on-line, însă în urma angajamentelor luate, aceasta și-a modificat condițiile generale de vânzare și a permis, în anumite condiții și doar în favoarea unor distribuitori agreeți care dețineau și un punct de vânzare fizic, comercializarea on-line.

Această soluție pleacă de la premisa costurilor reduse implicate de comerțul on-line, menționând faptul că "atâta timp cât intră în concurență cu o rețea de distribuție fizică organizată, anume o rețea de distribuție selectivă, vânzarea exclusiv pe Internet implică luarea în considerare a costurilor de constituire a rețelei și a parazitismului, adică a faptului că o societate să beneficieze de acțiunile sau eforturile angajate de o altă societate, fără a împărți costurile aferente"⁴³.

Vânzarea exclusiv pe Internet poate fi sursa unor distorsiuni de concurență, prin faptul că cei doi distribuitori, cel care deține un punct de vânzare fizic și cel care vinde produse doar pe Internet plătesc furnizorului același preț pentru produs, însă cei doi nu se află în aceeași situație, în termeni de investiții realizate pentru promovarea/vânzarea produsului. Problema din punct de vedere al consumatorului rezidă în prețul mult mai ridicat pe care cumpărătorul care alege magazinul fizic îl are de plătit. Ca urmare, consumatorii se vor îndrepta spre un magazin fizic, unde vor studia produsul, eventual vor fi și consiliați de către personalul de specialitate, iar apoi vor comanda produsul dorit pe Internet, datorită prețului mai avantajos. Chiar dacă din acest punct de vedere comerțul electronic îi este favorabil consumatorului, acest tip de vânzări poate duce la distorsiuni de concurență între vânzători, fiind în același timp susceptibil de a antrena indirect dispariția anumitor servicii, iar în final tot consumatorii vor fi cei afectați.

Prin urmare, refuzul agreementului pentru *pure-players* este considerat justificat.

Aceste soluții, deși pertinente, nu merită totuși o aprobare fără rezerve. În măsura în care Consiliul Concurenței admite condiționarea agrementului de a vinde on-line de deținerea unui magazin fizic, o atare condiție este justificată mai degrabă din prisma voinței de a proteja echilibrul economic al rețelei decât de o veritabilă constrângere de distribuție. Din momentul în care s-a admis că distribuitorii agreeți pot vinde on-line, fără a limita alegerea consumatorului de a se îndrepta spre un magazin fizic, nu există la nivel conceptual motive pentru care ei nu ar putea să se limiteze la simpla prezență pe Internet.

În plus, mai justificată din toate punctele de vedere ar fi ca furnizorul să divizeze costurile rețelei sale de distribuție între toți distribuitorii. Sau de ce nu, soluția ar putea consta și în aplicarea unor prețuri diferite, în funcție de tipul distribuitorului. În acest caz, chiar dacă situația s-ar încadra într-o discriminare de prețuri, aceasta ar putea să beneficieze de o excepție individuală. Nu în ultimul rând, așa cum exemplul prevăzut în Liniile directoare o ilustrează, furnizorul poate să perceapă o taxă fixă distribuitorilor agreeți, în vederea echilibrării și partajării costurilor implicate de constituirea și funcționarea rețelei de distribuție. O atare soluție este mult mai potrivită contextului electronic.

Referitor la argumentul Consiliului Concurenței conform căruia consumatorii vor testa produsele și vor fi consiliați în magazinele fizice, urmând să procure respectivele produse de pe Internet datorită prețului mult mai mic, acesta poate fi la fel de ușor combătut invocând costul aferent transportului, durata mai îndelungată a livrării, chiar lipsa asistenței la instalare. Nu în ultimul rând, studiile arată reticența consumatorilor în cumpărarea unor produse complexe sau a căror calitate este decisă strict pe criterii subiective sau personale (gustul, compatibilitatea, etc.) de pe Internet.

În concluzie, trebuie reținut faptul că jurisprudența este extrem de protectoare în privința rețelelor de distribuție, rețele care funcționează pe baza unui mecanism contractual care prevede clauze de exclusivitate teritorială și de aprovizionare. Însă comerțul electronic bulversează vechiile principii, motiv pentru care aceste rețele trebuie să se adapteze noilor circumstanțe. Progresul tehnic, rapiditatea și chiar alegerea consumatorului reprezintă noi repere, care dau valențe noi vechilor valori.

Dată fiind orientarea jurisprudenței la nivel comunitar, șansele ca porțile să se deschidă tot mai larg pentru acești *pure-players* sunt considerabile.

Rețele de distribuție și contul escrow

Una dintre multiplele utilități ale contractului de cont escrow rezidă și în materie de proprietate intelectuală⁴⁴. Astfel, în cazul în care un utilizator consideră că produsul oferit de un furnizor este esențial și strategic pentru propria sa activitate și că furnizorul nu poate să îi ofere toate garanțiile care să asigure perenitatea furnizării produsului sau a suportului⁴⁵, clientul poate, cu acordul titularului dreptului în discuție (furnizorului), să încheie un contract de cont escrow. Acest risc care rezidă din dependența utilizatorului de furnizor poate să fie acoperit prin garantarea accesului la informațiile esențiale, informații de care nu poate să dispună în nume propriu. Astfel, respectivele informații sunt stocate în deplină securitate și controlate, pentru ca ele să rămână disponibile în permanență.

Prin mecanismul de escrow, sursele, planurile, procedurile care permit reconstituirea unui software, etc, sunt depuse la un terț, agentul escrow. Aceste practici sunt întâlnite în materie de IT și alte documentații de înaltă tehnicitate, cu o durată lungă de viață. Acest mecanism se aplică și în cazul în care furnizorul lucrează pe propriile servere, iar utilizatorul le accesează prin intermediul unui browser. În acest caz, se depun la agentul escrow niște copii ale informațiilor stocate pe servere, pentru ca în cazul în care serverele furnizorului nu mai funcționează, utilizatorilor să nu le fie blocat accesul la aplicațiile și informațiile stocate. În aceste situații, avantajele sunt de ambele părți. Astfel, utilizatorul are garantat accesul la informațiile esențiale sau cel puțin necesare activității sale, iar informațiile furnizorului sunt stocate în deplină confidență și securitate, urmând a fi divulgate doar pe baza prezentării, de către furnizor, a unor contracte încheiate cu diferiți beneficiari. Totodată, furnizorul are acces la informațiile depuse, ceea ce îi conferă posibilitatea de a aduce la zi informațiile, de a optimiza planurile sau algoritmi folosiți, etc.

Practic, prin acest mecanism, pe lângă garantarea perenității și accesului la anumite informații, se realizează un nou tip de rețea de distribuție, specifică Internetului. Încă nu a fost calificată această operațiune ca atare, însă progresul tehnologic și necesitatea adaptării mecanismelor juridice vor duce la crearea unor rețele de distribuție tipice comerțului dematerializat și virtual.

Concluzie

Datorită abilității sale de a colecta și găsi informații sau lucruri care altfel ar fi fost inaccesibile prin metode tradiționale, potențialul Internetului de a deveni un mediu de cumpărare a fost recunoscut destul de devreme. Prin intermediul pieței virtuale, s-a ajuns la creșterea flexibilității, reducerea costurilor, a timpului de procurare și tranzacție.

Comerțul electronic a creat o paradigmă de afaceri, însoțită de un marketing remarcabil din punct de vedere al oportunităților și chiar al provocărilor. Probabil că cel mai important segment al acestei chestiuni este managementul rețelelor de distribuție în mediul virtual. Totodată, s-a creat o adevărată nevoie a companiilor de a exista și în acest mediu, întrucât ce nu este pe Internet, nu există. Indiferent de strategia adoptată, dacă prin intermediul Internetului se urmărește doar creșterea unor venituri sau, din contră, se încearcă obținerea de venituri exclusiv pe și datorită Internetului, companiile își orientează atenția, gradual, dar sigur, spre un proces de adaptare a lanțului de furnizare / aprovizionare pe Internet. Uneori, acest proces capătă un contur diferit de cel tradițional, creându-se chiar rețele de distribuție specifice Internetului. Toate schimbările înregistrate în acest domeniu au ca scop imediat satisfacerea nevoilor consumatorilor într-o manieră cât mai eficientă și completă.

Totuși, sub un scop licit, se pot deghiza comportamente care să afecteze puternic jocul pieței și al concurenței. Din acest motiv, juristul trebuie să perceapă și să înțeleagă aceste mecanisme, iar dreptul trebuie să le accepte, să le înțeleagă obiectivul și să protejeze vechile valori sociale, care capătă, cu această ocazie, valențe noi.

* Auditor de justiție, Institutul Național al Magistraturii; cosmina_codrescu@yahoo.com.

¹ În traducere liberă, companii „cărămizi și mortar”, termen utilizat pentru a face referire la companii care dețin o poziție fizică pe piață, un sediu sau o clădire determinată, folosit pentru a sublinia contradicția cu alte companii a căror activitate se desfășoară exclusiv on-line.

² Australian Competition and Consumer Commission, *E-commerce and competition issues under the Trade Practices Act*, Discussion Paper, 2001.

(<http://www.accc.gov.au/content/item.php?itemId=259691&nodeId=8e8ee313d99192cc4fdac967bac95253&fn=Discussion+paper.pdf>)

³ OCDE, Base de données sur les TIC, mai 2009 sau <http://www.oecd-ilibrary.org>.

⁴ Spre exemplu, aplicații Internet, rețele EDI, Minitel sau sisteme telefonice interactive.

⁵ A se vedea TPI, Hotărârea din 17 septembrie 2007, *Microsoft Corp.*, cauza T-201/04, Rep. p. II-03601.

⁶ Australian Competition and Consumer Commission, *E-commerce...*, precit.

⁷ K. L. Webb, *Managing distribution channels in the age of electronic commerce*, American Marketing Association, Conference Proceedings, suppl.2000AMA Educator's Proceedings 11 (2000), p. 230.

⁸ Asupra definiției rețelei de distribuție, a se vedea V. D. Ferrier, *Droit de la distribution*, Ed. Litec 2008, n° 512-517 și S. Peruzzetto, *La validité des réseaux de distribution au regard du droit français et communautaire*, în *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, Montchrestien 1996, p. 27.

¹⁰ J. Beauchard, *Droit de la distribution*, P.U.F., Paris 1996, p. 21.

¹¹ B. Levine, F. Guinther, *Electronic commerce – is the distribution channel ready for it?*, *Electronic News* 43, 2196, 1997, S12-S14.

¹² S. A. Delettre, *LA CYBERDISTRIBUTION – Réseaux de distribution sur Internet et droit de la concurrence. – Organisation et fonctionnement de la distribution en ligne. Protection des réseaux de distribution contre les revendeurs parallèles sur Internet*, *Jurisclasseur Commercial*, cote 03, 2011.

¹³ *XXXe Rapport sur la politique de la concurrence*, 2000.

¹⁴ R.A. Peterson, S. Balasubramanian, B.J. Bronnenberg, *Exploring the implications of the Internet for consumer marketing*, *Journal of the Academy of marketing science*, Vol. 25, No/ 4, p. 329.

¹⁵ R. Javalgi, R. Ramsey, *Strategic issues of e-commerce as an alternative global distribution system*, *International marketing review*, 18.4, 2001, p. 386.

¹⁶ A se vedea spre exemplu CJUE, *Google France SARL et Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA e.a.*, 23 mars 2010, affaires jointes C-236/08 à C238/08 .

¹⁷ D. Van den Poel, J. Leunis, *Consumer acceptance of the Internet as a channel of distribution*, *Journal of Business research*, Vol. 54, p. 249 și urm.

¹⁸ Garanția restituirii banilor.

¹⁹ Mărci faimoase.

²⁰ Reducerea prețului.

²¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:RO:PDF>.

- ²² Comunicarea Comisiei din 13 octombrie 2000 referitoare la liniile directoare privind restricțiile verticale – JO C 291
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:RO:PDF>.
- ²³ Art. 50 din Comunicarea Comisiei din 13 octombrie 2000 referitoare la liniile directoare privind restricțiile verticale – JO C 291 – [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=32000Y1013\(01\)&model=guichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=32000Y1013(01)&model=guichett)
- ²⁴ Excepțiile pe categorii sunt mijloace prin care dreptul unional autorizează acorduri care, *a priori*, ar putea să nu fie conforme dreptului concurenței.
- ²⁵ Cour de Cassation, Ch. Commercial, 14 mars 2006, no. 03-14.639.
- ²⁶ CA Bordeaux, 26 februarie 2003.
- ²⁷ Art. 1134 - Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.
- ²⁸ M. Behar-Touchais, *Observations sous Cass. com., 18 mars 2006*, RDC 2006, p. 786 ; M. Malaurie Vignal, *Droit de la distribution*, Sirey, 2006, n° 612, p. 166.
- ²⁹ S. Pillot-Perozetto, *Précisions sur le régime des clauses relatives à l'utilisation d'Internet par les distributeurs en droit de la concurrence*, Contrats, conc. conso., 2002, p.31.
- ³⁰ Y. Al Suraihy, *La fin du contrat de franchise*, <http://theses.edel.univ-poitiers.fr/>.
- ³¹ Ch. Vilmart, *Une sécurité juridique renforcée pour la distribution sélective qualitative et quantitative*, Gazette du Palais, 28 iunie 2001.
- ³² *Affaire Bose, Focal JM Lab et Triangle*, 5 octombrie 2006, www.autoritedelaconcurrence.fr.
- ³³ În prezent numită Autorité de la concurrence.
- ³⁴ Décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques.
- ³⁵ Devenite art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE).
- ³⁶ Hotărârea din 13 octombrie 2011, Pierre Fabre Dermo – Cosmétique, cauza C-439/09, Rep. p. I-09419.
- ³⁷ Idem, para. 19.
- ³⁸ Autorité de la concurrence, Bang&Olufsen, http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3565.
- ³⁹ CA Paris, 1ère ch., section H, 16 octobre 2007, *Bijourama/Festina France*.
- ⁴⁰ Hotărârea din 24 septembrie 2009, Erste Group Bank, cauza C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P și C-137/07 P, Rep. p. I-08681.
- ⁴¹ CA Paris, 1ère ch., section H, 16 octobre 2007, *Bijourama/Festina France*.
- ⁴² Cons.conc.,déc. n° 06-D-24, 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France.
- ⁴³ Punctul 70 al deciziei Consiliului Concurenței.
- ⁴⁴ Aceste mecanisme au fost dezvoltate de practică și nu există reglementări specifice. Toate informațiile din această secțiune sunt adunate din oferte de cont escrow realizate de operatori din Franța, Belgia și Canada. A se vedea, spre exemplu,
<http://www.ironmountain.ca/fr/whatwedo/technology-escrow/software-as-service-escrow.asp>,
sau <http://www.cetic.be/Entiercement-Escrow>;
- ⁴⁵ Se are în vedere ipoteza dizolvării persoanei juridice, cesiunii activului său, fuziune, divizare, etc.

ARTICOLE

**NATURA JURIDICĂ A CLAUZEI DE PRECIPUT – SUBIECT DE CONTROVERSE
DOCTRINARE¹**

Diana-Geanina IONAȘ*

Abstract: *The nature of privileged allocation clause – a controversial issue in Romanian literature. The privileged allocation clause is a legal document signed by spouses or future spouses, comprised in the content of a marriage agreement, regarding the possibility that, in the event of the death of one of them, the surviving spouse take one or more of the common property held in condominium or under common ownership, before the partition of the inheritance and without the obligation to pay their equivalent value. Unlike the French Civil Code which, in art. 1516 expressly provides that this clause is not a donation but a "matrimonial agreement between members", or the Belgian Civil Code which also expressly provides that the privileged allocation clause is not considered a donation, but a matrimonial convention, the Romanian legislature failed to make this statement, leaving it to the doctrine to determine the legal nature of the privileged allocation clause, with all the consequences arising from it. In addressing the issue, the fact that it is a gratuitous act concluded between the living but with mortis causa effects, regulating the property relations between spouses, the doctrine raised the question: is the privileged allocation clause a liberality or not? Finding a clear and concise answer concerns not only from the doctrine point of view, not being only a matter of scientific research, but it is important in practice, depending on the legal nature of the clause, a number of legal institutions with different legal effects being incident.*

Keywords: *privileged allocation clause, matrimonial convention, liberality, partition clause, matrimonial advantage*

Cuvinte cheie: *clauza de preciput, conventie matrimoniala, liberalitate, clauza de partaj, avantaj matrimonial*

Introducere

Noul Cod Civil importă din dreptul francez teoria clauzei de preciput, încercând să realizeze o cuvenită reparație a drepturilor patrimoniale ale soțului supraviețuitor, defavorizat de-a lungul timpului prin dispozițiile legale.

Deși intenția este lăudabilă, totuși modalitatea de importare a instituției este deficitară, în sensul că legiuitorul omite un aspect extrem de important, cu consecințe asupra efectelor juridice pe care le naște. Acest aspect vizează stabilirea clară și concisă a naturii juridice a clauzei de preciput.

Disputele doctrinare sunt generate în primul rând de amplasarea clauzei de preciput, o instituție de drept succesoral întrucât vizează aspecte legate de moștenirea unuia dintre soți, în cadrul capitolului dedicat raporturilor patrimoniale dintre soți, dar în egală măsură și de reglementarea superficială a instituției.

În consecință, a revenit doctrinei sarcina ca, în urma unei analize profunde, să suplinească această lacună legislativă.

În abordarea problemei, față de faptul că este un act cu titlu gratuit încheiat între vii dar cu efecte mortis causa, prin care se reglementează raporturile patrimoniale dintre soți, în doctrină s-a ridicat întrebarea: este clauza de preciput o liberalitate sau nu?

Mai departe, dacă am accepta premisa că actul juridic al soților sau al viitorilor soți este guvernat de intenția de gratificare a soțului supraviețuitor, ca și recunoașterea a contribuției sale la dobândirea bunurilor comune, deci este o liberalitate, atunci ce fel de liberalitate este? Este o donație? Este un legat clasic? Este un tip special de legat?

În doctrină s-a vehiculat ideea că această clauză ar fi o liberalitate atipică, nenumită. Dar dacă am accepta ideea că avem de-a face cu o liberalitate atipică, atunci nu s-ar încălca prevederile art. 984 al. 2 care prevăd faptul că liberalități nu se pot face decât prin donație sau legat cuprins în testament?

Dar, în ipoteza contrară în care nu acceptăm ideea de liberalitate, atunci ce este clauza de preciput? Să fie oare o simplă modalitate de lichidare a comunității convenționale? Sau să fie vorba despre un avantaj matrimonial?

Iată câte întrebări poate naște un simplu articol din Noul Cod Civil, întrebări profunde care implică un studiu amănunțit. Doctrina a abordat problema naturii juridice a clauzei de preciput cu prudență, fiind reținută în a emite soluții absolute, autori distinși încercând să analizeze natura juridică a clauzei de preciput prin raportare la instituțiile cele mai apropiate față de care prezintă trăsături asemănătoare.

Fără a avea pretenția că prin lucrarea noastră vom revoluționa instituția și vom pune capăt dezbaterilor doctrinare pe marginea temei, vom încerca în continuare să tratăm aspectele relevante surprinse în literatura de specialitate cu privire la clauza de preciput, din perspectiva dreptului succesoral.

Noțiunea de preciput

Clauza de preciput reprezintă un act juridic încheiat de soți sau viitorii soți, inserat în cuprinsul unei convenții matrimoniale, cu privire la posibilitatea ca, în ipoteza decesului unuia dintre ei, soțul supraviețuitor să preia unul sau mai multe dintre bunurile comune, deținute în devălmășie sau în coproprietate, înainte de partajul moștenirii și fără obligația de a plăti contraechivalentul acestora².

Definiția se desprinde din cuprinsul art. 333 al. 1 din Noul Cod Civil³ care prevede următoarele: „Prin convenție matrimonială se poate stipula ca soțul supraviețuitor să preia fără plată, înainte de partajul moștenirii, unul sau mai multe dintre bunurile comune, deținute în devălmășie sau în coproprietate. Clauza de preciput poate fi stipulată în beneficiul fiecăruia dintre soți sau numai în favoarea unuia dintre ei.

Textul este de inspirație franceză, art. 1515 – 1519 din Codul Civil Francez conținând o reglementare similară⁴.

În doctrina franceză, preciputul este definit ca fiind dreptul de a preleva, fără contrapartidă, înainte de partaj, anumite bunuri, sau o sumă făcând parte din comunitate⁵.

Față de modalitatea de exprimare a legiuitorului, rezultă faptul că această clauză este un accesoriu al convenției matrimoniale și nu poate exista în afara ei. În susținerea acestei afirmații avem în vedere și prevederile art. 367 din Noul Cod Civil care reglementează obiectul convenției matrimoniale și care se coroborează cu prevederile art. 333 al. 1 din același cod.

Spre deosebire de Codul Civil Francez care la art. 1516 prevede în mod expres faptul că această clauză nu este o donație ci o „convenție matrimonială și între asociați”, sau de Codul Civil Belgian care prevede de asemenea în mod expres faptul că preciputul nu este considerat o donație, ci o convenție de căsătorie, legiuitorul român a omis să facă această precizare, lăsând în sarcina doctrinei să stabilească natura juridică a clauzei de preciput, cu toate consecințele care decurg din ea.

În operațiunea de determinare a naturii juridice, punctul de plecare îl reprezintă aspectele certe, care nu sunt puse sub semnul întrebării.

Astfel, este cert faptul că această clauză este o convenție matrimonială⁶.

În egală măsură este cert faptul că această clauză conferă soțului supraviețuitor dreptul de a preleva cu titlu gratuit și înaintea partajului succesoral⁷, unul sau mai multe bunuri comune, deținute în coproprietate sau în devălmășie. Această atribuire „hors part” naște în persoana beneficiarului o achiziție cu titlu particular și fără contrapartidă.

În acest context devine actuală întrebarea: care este titlul cu care soțul supraviețuitor preia bunurile expres stipulate în conținutul convenției? Cu alte cuvinte, care este natura juridică a clauzei de preciput?

Este clauza de preciput o liberalitate?

Față de modalitatea de exprimare a legiuitorului care în cuprinsul art. 333 al. 1 statuează că prin convenție matrimonială se poate stipula ca soțul supraviețuitor să preia fără plată, înainte de partajul moștenirii, unul sau mai multe dintre bunurile comune, deținute în devălmășie sau în coproprietate, tentația cea mai mare ar fi să calificăm clauza de preciput ca fiind o *liberalitate*⁸.

Opinia a cunoscut o serie de adepți, motivele invocate în sprijinul acestei idei fiind multiple.

Astfel, primul argument invocat a fost acela că, asemănător donației, prin intermediul clauzei de preciput „se naște o creștere patrimonială în partea soțului supraviețuitor, fără a datora o prestație echivalentă prin diminuarea patrimoniului soțului precedat”⁹. Cu alte cuvinte, stipularea unei clauze de preciput presupune o însărcinare a dispunătorului, o micșorare a patrimoniului acestuia, careia nu îi corespunde nici un fel de prestație echivalentă din partea gratificatului, dar presupune în același timp și o creștere gratuită a patrimoniului gratificatului. Se regăsește așadar criteriul obiectiv în funcție de care poate fi definită și calificată o liberalitate.

Ceea ce este specific actului gratuit este faptul că voința de a gratifica este indisolubil legată de persoana beneficiarului, de calitățile sale și de sentimentele de afecțiune, recunoștință sau devotament față de acesta, liberalitatea fiind un act încheiat intuitu personae. Caracterul intuitu personae este inerent noțiunii de intenție liberală¹⁰.

Rațiunea clauzei de preciput constă în dorința de a asigura soțului supraviețuitor un confort patrimonial similar celui avut în timpul căsătoriei, de aceea gratuitatea este săvârșită în temeiul unor sentimente izvorâte din legăturile afective între soți, din sentimentele pe care dispunătorul le prezintă față de gratificat. Se regăsește astfel și elementul subiectiv care caracterizează o liberalitate.

Raportat așadar la faptul că ambele elemente caracteristice unei liberalități, obiectiv și subiectiv, se regăsesc în structura ei, s-ar putea afirma că și clauza de preciput este o liberalitate.

În sens contrar, într-o opinie s-a apreciat însă că „numai în raport cu moștenitorii soțului supraviețuitor clauza de preciput are o aparență de gratuitate, dar în raporturile dintre soți ea este justificată de interesele patrimoniale ale acestora legate de căsătorie și de regimul matrimonial aplicabil, care exced dihotomia clasică a actelor juridice în acte cu titlu gratuit și acte cu titlu oneros.”¹¹ Sintetizând, în această opinie, susținută la nivel doctrinar de numeroși autori de prestigiu¹², se apreciază că în structura clauzei de preciput nu se regăsește elementul subiectiv care caracterizează o liberalitate, fapt pentru care clauza nu poate primi o asemenea calificare.

De asemenea, art. 948 al.2 din Noul Cod Civil statuează însă faptul că nu se pot face liberalități decât prin donație sau prin legat cuprins în testament. Față de aceste dispoziții imperative ale legii se impune încadrarea clauzei de preciput fie în categoria donației fie în categoria legatului.

A. Este clauza de preciput o donație¹³?

Pentru a califica clauza de preciput ca fiind sau nu o donație, este necesar să se stabilească dacă aceasta îndeplinește condițiile prevăzute de lege pentru valabilitatea donației¹⁴.

Donația a fost definită în literatura de specialitate ca fiind acel act prin care o persoană, numită donator, suferă o însărcinare, adică o micșorare a patrimoniului său în favoarea unei alte persoane, numită donatar, cu scopul de a o îmbogăți pe aceasta din

urmă. Nu se cere acceptarea expresă a donatarului, acceptarea tacită fiind suficientă¹⁵. Ea reprezintă un mod voluntar de transmitere a proprietăți, ce are ca scop atribuirea unor bunuri către anumite persoane, conform voinței dispunătorului, pentru considerații de natură afectivă sau de altă natură¹⁶.

La fel ca și donația, și clauza de preciput reprezintă un act juridic bilateral, o convenție încheiată între vii care este supusă formeii autentice¹⁷. În vederea opozabilității față de terți, ambele se înscriu în Registrul Național Notarial¹⁸, și ținând seama de natura bunurilor, și în cartea funciară.

La fel ca și donația, și clauza de preciput este un act juridic cu titlu gratuit și translaticiv de proprietate¹⁹, care are ca efect mărirea patrimoniului unuia dintre soți cu un bun pentru care nu datorează nimic în schimb²⁰. Atât contractul de donație cât și clauza de preciput pot avea ca obiect bunuri prezente sau bunuri viitoare.

Mai mult decât atât, ambele reprezintă acte juridice de dispoziție, ceea ce presupune faptul că se încheie cu respectarea dispozițiilor speciale privitoare la capacitatea de exercițiu.

De asemenea, donația la fel ca și clauza de preciput poate produce efecte de la moartea donatorului, atunci când este afectată de condiția suspensivă a decesului donatorului, fiind lipsită de efecte în ipoteza în care ambele părți decedează în același timp.

Principiul irevocabilității guvernează atât materia donațiilor cât și cea a clauzei de preciput, scopul acestuia fiind acela de a-l proteja pe donatar de un eventual comportament abuziv al donatorului. Prin excepție, donațiile încheiate între soți sunt revocabile doar pe parcursul căsătoriei²¹.

La fel ca și clauza de preciput, donațiile făcute viitorilor soți sau unuia dintre ei, în vederea încheierii căsătoriei, sunt lovite de caducitate în cazul în care căsătoria nu mai are loc.

În ceea ce privește efectele lor, ambele pot fi supuse reducțiunii în măsura în care aduc atingere drepturilor succesoriale ale moștenitorilor rezervari.

Asemănarea dintre contractul de donație și clauza de preciput se manifestă în special sub aspectul că ambele reunesc în cuprinsul lor cele două elemente specifice liberalităților: elementul subiectiv, care reprezintă cauza, intenția de a gratifica²² și elementul obiectiv care presupune o însărcinare a dispunătorului corelativ cu o îmbogățire a gratificatului.

Pe de altă parte, însă, clauza de preciput nu poate fi confundată cu donația, fiind o instituție de sine stătătoare.

Astfel, de vreme ce donația este reglementată în cuprinsul Cărții a IV-a „Despre moștenire și liberalități”, Titlul III „Liberalitățile”, clauza de preciput este reglementată în cadrul Cărții a II-a dedicată Familiei. Poate tocmai această așezare a instituției clauzei de preciput în rândul dispozițiilor privitoare la familie și la drepturile și obligațiile patrimoniale ale soților a determinat nașterea controverselor doctrinare cu privire la natura sa juridică. La aceasta se mai adaugă și restricția impusă de art. 948 din Noul Cod Civil care prevede fără echivoc faptul că liberalități nu se pot face decât prin donație sau legat cuprins în testament, deși clauza de preciput presupune în esență o îmbogățire gratuită a soțului supraviețuitor.

De asemenea, spre deosebire de donație, care este un act juridic principal cu o existență proprie și independentă, clauza de preciput are un caracter accesoriu convenției matrimoniale, soarta ei depinzând de soarta actului principal. Fiind inserată în cuprinsul unei convenții matrimoniale care sub sancțiunea nulității absolute trebuie să îmbrace forma autentică, și clauza de preciput trebuie să se supună regulilor de formă prevăzute expres de lege, în timp ce donația poate exista și în afara acestor formalități²³.

Fiind acte autentice, ele sunt supuse înregistrării în registrele naționale notariale, însă în timp ce donația se înregistrează în Registrul Național Notarial de Evidență a Liberalităților (RNNEL), clauza de preciput, fiind inserată într-o convenție matrimonială, este supusă înregistrării în Registrul Național Notarial al Regimurilor Matrimoniale (RNNRM)²⁴.

Tot cu privire la condițiile de formă, potrivit art. 1011 al. 3 din Noul Cod Civil bunurile mobile care constituie obiectul donației trebuie enumerate și evaluate într-un înscris, chiar sub semnătură privată, sub sancțiunea nulității absolute a donației. Această cerință a enumerării și evaluării bunurilor mobile nu se regăsește în materia clauzei de preciput.

Obiect al clauzei de preciput îl reprezintă bunurile comune, deținute în coproprietate sau în devălmășie, în timp ce obiect al donației nu îl pot reprezenta decât bunurile proprii. Fiind vorba despre bunuri comune, iar nu proprii, în doctrină²⁵ s-a apreciat că nu are loc astfel micșorarea patrimoniului soțului donator, ci doar a masei succesoriale.

În ceea ce privește părțile, în cazul contractului de donație acestea sunt întotdeauna determinate la data încheierii contractului, în timp ce în cazul clauzei de preciput persoana beneficiarului este doar determinabilă. Necunoașterea soțului beneficiar la data încheierii clauzei de preciput reprezintă un element alia care nu se regăsește în cazul donației. Mai mult, predecesul donatorului constituie motiv de caducitate a donației²⁶, în timp ce în cazul clauzei de preciput producerea efectelor este condiționată de decesul unuia dintre soți.

Spre deosebire de donație care își produce efectele de la data încheierii contractului, eficacitatea clauzei de preciput este condiționată de decesul unuia dintre soți, efectele clauzei fiind amânate până la acest moment.

Donația este un contract unilateral care, în principiu, naște obligații doar în sarcina donatorului. Donatarul nu își asumă nici o obligație față de donator, având doar o datorie morală de recunoștință, de natură legală iar nu contractuală. Ingratitudinea reprezintă o cauză legală de revocare a donației. În materia clauzei de preciput nu există o astfel de cauză de revocare, clauza de preciput fiind, prin esența sa, irevocabilă²⁷.

Divorțul soților și încetarea stării de comunitate reprezintă cauză de caducitate a clauzei de preciput, dar nu și cauză de caducitate a donației. În același sens, donația este revocabilă pentru surveniență de copil, dispoziție care nu este aplicabilă în materia clauzei de preciput.

Se observă așadar că, în ciuda faptului că este o transmisiune gratuită între vii, deosebirile dintre contractul de donație și clauza de preciput sunt multiple și evidente, de unde și concluzia general admisă în doctrină că clauza de preciput nu este o donație²⁸.

B. Este clauza de preciput un legat?

Clauza de preciput este convenție inter vivos care produce efecte mortis causa. Fiind un act juridic mortis causa, clauza de preciput prezintă o serie de asemănări cu legatul cu titlu particular²⁹.

Astfel, ambele reprezintă acte solemne încheiate în forma cerută de lege sub sancțiunea nulității absolute. Fiind acte solemne, ambele sunt supuse înregistrării în registre speciale notariale și, ținând seama de natura bunurilor, și în cartea funciară.

Dreptul asupra legatului se naște în persoana legatarului la data deschiderii moștenirii în lipsa oricărei manifestări de voință a acestuia și exclusiv în baza testamentului³⁰. Testatorul rămâne proprietarul bunurilor ce formează obiectul legatelor, iar legatarii nu dobândesc nici un drept asupra acestor bunuri în timpul vieții testatorului. În mod similar, dreptul la preciput al soțului supraviețuitor se naște la data deschiderii moștenirii. Până la împlinirea acestui moment, soțul beneficiar nu are nici un fel de drept asupra bunurilor preciputate, el fiind coproprietar asupra acestora alături de soțul său.

Ambele reprezintă acte juridice de dispoziție, ceea ce presupune faptul că se încheie cu respectarea dispozițiilor speciale privitoare la capacitatea de exercițiu.

Întrucât ambele presupun transmiterea de drepturi patrimoniale, ele sunt calificate ca acte juridice cu caracter patrimonial, prin obiectul și cauza lor având un conținut evaluabil în bani.

La fel ca și clauza de preciput, legatul este lovit de caducitate în cazul predecesului legatarului.

În ceea ce privește efectele lor, ambele sunt activate la decesul celui care le-a stipulat. De asemenea, ambele pot fi supuse reducțiunii în măsura în care aduc atingere drepturilor succesoriale ale moștenitorilor rezervatari.

Ipoteza asimilării clauzei de preciput unui legat a fost criticată de doctrină³¹, apreciindu-se că „fiind o convenție, clauza de preciput dacă ar cuprinde un legat sau chiar două legate pe care soții sau viitorii soți și le-ar face prin același act, ar fi nulă prin raportare la prevederile art. 1036 din Noul Cod Civil referitoare la testamentul reciproc.”³²

Așadar, posibilitatea asimilării clauzei de preciput unui legat ar fi criticabilă în principal datorită caracterului său convențional.

Astfel, posibilitatea preluării cu titlu gratuit este stipulată în cuprinsul unei convenții, adică un act juridic bilateral încheiat între vii, ori legatul, potrivit art. 986 din Noul Cod Civil, este o dispoziție testamentară, adică un act juridic unilateral pentru cauza de moarte.

Cu toate acestea, nu putem să nu observăm faptul că mai există legate instituite pe cale contractuală, respectiv legatul sumelor și valorilor depozitate la instituțiile bancare sau alte instituții specializate, supuse dispozițiilor art. 1049 din Noul Cod Civil. Acest tip de testament presupune un contract încheiat între testatorul depunător și instituția bancară, prin care primul dispune că la moartea sa sumele, valorile sau titlurile de valoare care îi aparțin și sunt depuse la instituția bancară să fie eliberate unei anume persoane sau mai

multor persoane indicate prin clauza testamentară³³. El reprezintă o liberalitate pentru cauză de moarte și are natura juridică a unui legat cu titlu particular, având ca obiect sumele de bani care se vor găsi depuse la instituția de credit la data deschiderii moștenirii.

Față de această posibilitate legală de prevedere a unui legat pe cale contractuală, posibilitate existentă chiar și sub imperiul vechii reglementări, se pune întrebarea: ar putea fi și clauza de preciput un legat cu titlu particular instituit pe cale contractuală?

Un răspuns negativ la această întrebare ar putea fi întemeiat pe mai multe argumente.

Un prim argument este legat de amplasarea instituțiilor. Astfel, legatul este reglementat în cuprinsul Cărții a IV-a „Despre moștenire și liberalități”, Titlul III „Liberalitățile”, în timp ce clauza de preciput este reglementată în cadrul Cărții a II-a dedicată Familiei.

Legatul este un act juridic unilateral, este opera exclusivă a testatorului, simpla manifestare de voință a acestuia fiind suficientă pentru a opera transmisiunea bunurilor la moartea sa, acceptarea gratificatului nefăcând altceva decât să consolideze transmisiunea succesorală³⁴. Din aceeași perspectivă a acceptării legatului, acesta se deosebește de clauza de preciput, în sensul că aceasta din urmă este o convenție care presupune acordul ambilor soți manifestat la momentul încheierii convenției matrimoniale în care este inserată, în timp ce legatul există și este valabil producând efecte juridice indiferent de acceptarea sau neacceptarea legatarului. În consecință, valabilitatea și efectele testamentului nu depind de acceptarea sau neacceptarea ulterioară a acestuia de către legatari, căci cele două acte sunt acte distincte care se manifestă în momente diferite și nu realizează împreună o voință unică. În doctrină s-a apreciat că testamentul este expresia unei singure voințe, aceea a testatorului, și această voință...are drept efect să confere legatarilor, la moartea testatorului, un drept asupra bunurilor pe care le-a legat testatorul, în afară de acceptarea legatarilor³⁵., în timp ce clauza de preciput este o convenție, expresia a două voințe reunite.

Fiind acte autentice, ele sunt supuse înregistrării în registrele naționale notariale, însă în timp ce testamentul se înregistrează în Registrul Național Notarial de Evidență a Liberalităților (RNNEL), clauza de preciput, fiind inserată într-o convenție matrimonială, este supusă înregistrării în Registrul Național Notarial al Regimurilor Matrimoniale (RNNRM)³⁶.

Scopul clauzei de preciput este sustragerea de la masa partajabilă a anumitor bunuri comune deținute în coproprietate sau în devălmășie. Efectul imediat al clauzei de preciput constă în nașterea dreptului la preciput în beneficiul soțului supraviețuitor, adică dreptul de a preleva anticipat și cu titlu gratuit, bunul sau bunurile ce formează obiectul clauzei, înainte de partajul moștenirii. Dreptul soțului supraviețuitor nu este însă unul succesoral, ci se naște în baza convenției încheiate de soți. În virtutea acestui raționament, transferul proprietății operează de la data deschiderii moștenirii, însă nu ca drept succesoral, ci ex contractu.

Mai mult decât, nefiind un drept succesoral, căci bunurile preciputate nu fac parte din masa succesorală, soțul supraviețuitor nu trebuie să accepte succesiunea pentru a beneficia de ele. Exercițarea opțiunii succesurale vizează numai partea sa din averea succesorală, ori bunurile preciputate nu intră în masa succesorală. De aceea, apreciem

alături de alți autori că soțul supraviețuitor nu are un drept de opțiune între a prelua sau a repudia bunurile preciputare, el exprimându-și consimțământul în acest sens la data semnării convenției matrimoniale în care este cuprinsă clauza de preciput³⁷.

Fiind un act juridic personal, testamentul nu poate fi încheiat prin reprezentare sau cu asistarea ocrotitorului legal, spre deosebire de convenția matrimonială în care este inserată clauza de preciput și care potrivit prevederilor art. 330 din Noul Cod Civil poate fi încheiată prin mandatar cu procură autentică, specială și cu conținut predeterminat.

Din caracterul personal al testamentului rezultă și caracterul său individual, în sensul că el trebuie să fie opera exclusivă a autorului său, în felul acesta evitându-se posibilitatea ca testatorii să se influențeze reciproc în momentul ultimei manifestări de voință³⁸. Legea interzice în mod expres ca două sau mai multe persoane să testeze prin același act una în favoarea celeilalte sau în favoarea unei terțe persoane. Așadar, chiar dacă convenția soților ar cuprinde un legat sau chiar două legate pe care soții sau viitorii soți și le-ar face prin același act, ar fi nulă prin raportare la prevederile art. 1036 din Noul Cod Civil.

Legatul este o dispoziție cuprinsă într-un testament. Testamentul este un act esențialmente revocabil tot timpul cât testatorul se află în viață și își păstrează capacitatea de dispoziție. Dreptul testatorului de a –și revoca propriul testament este unul absolut care nu poate fi îngerădit în nici un fel³⁹. În opoziție, clauza de preciput, fiind cuprinsă într-o convenție matrimonială, este revocabilă exclusiv mutuus dissensus.

După modul de manifestare a voinței testatorului, revocarea legatului poate fi expresă sau tacită. Revocarea tacită se poate realiza prin distrugerea, ruperea sau ștergerea testamentului. Testamentul ulterior îl poate revoca pe cel anterior și în măsura în care conține dispoziții contrare sau incompatibile cu acesta. De asemenea, orice înstrăinare a bunului ce constituie obiectul unui legat cu titlu particular, consimțită de către testator, chiar dacă este afectată de modalități, revocă implicit legatul pentru tot ceea ce s-a înstrăinat înstrăinarea bunului legatului reprezentând așadar o altă formă de revocare tacită⁴⁰. În opoziție, clauza de preciput nu poate fi revocată sau modificată tacit, art. 336 din Noul Cod Civil impunând forma autentică sub sancțiunea nulității absolute.

Obiect al clauzei de preciput îl reprezintă bunurile comune, deținute în coproprietate sau în devălmășie, în timp ce obiect al legatului îl pot reprezenta chiar și bunurile aparținând altuia. În acest sens, atunci când obiectul testamentului îl reprezintă legatul bunului altuia, dacă, la data întocmirii testamentului, testatorul nu a știut că bunul nu este al său, legatul este anulabil. În cazul în care testatorul a știut că bunul nu este al său, cel însărcinat cu executarea legatului este obligat, la alegerea sa, să dea fie bunul în natură, fie valoarea acestuia de la data deschiderii moștenirii.

În ceea ce privește cazurile de ineficacitate, se observă faptul că clauza de preciput este supusă cazurilor de caducitate care lovesc convenția în care este inserată, respectiv nulitatea și caducitatea acesteia, în timp ce cazurile de ineficacitate care privesc legatul sunt legate de revocarea acestuia, voluntară sau judecătorească, și de caducitate. Cazurile de caducitate sunt reglementate în mod diferit⁴¹.

Față de toate aceste considerente putem concluziona în sensul că clauza de preciput nu reprezintă nici „un legat clasic, deși produce efecte mortis causa, la fel cum nu reprezintă nici o donație clasică, deși este o liberalitate încheiată inter vivos pe cale convențională”⁴². Evitând a o califica fie ca donație fie ca legat, doctrina a apreciat în mare măsură că această instituție reprezintă pur și simplu o liberalitate care împrumută trăsăturile legatului⁴³.

Cu toate acestea, aprecierea nu poate fi primită fără rezerve raportat la faptul că prin dispozițiile art. 948 din Noul Cod Civil se prevede în mod expres faptul că liberalități nu se pot face decât prin donație sau legat cuprins în testament. Dispoziția are caracter imperativ, prin urmare nu se poate deroga de la ea. Mai mult în doctrină s-a apreciat că mecanismul și voința soților ar face ca inadecvată calificarea clauzei de preciput ca fiind o liberalitate⁴⁴.

Și atunci, dacă clauza de preciput nu este nici donație, dar nici legat⁴⁵, se pune întrebarea: oare intenția legiuitorului a fost aceea de a crea o nouă clasă de liberalități, în afara celor două clasice reglementate în titlul III din Codul Civil? Să fie oare clauza de preciput o liberalitate atipică⁴⁶?

Dacă nu este liberalitate, atunci ce este clauza de preciput?

Față de concluzia general acceptată cum că nu reprezintă nici o donație, dar nici un legat, se menține totuși întrebarea: ce este clauza de preciput?

A. Este clauza de preciput o clauză de partaj inegal sau o convenție de partaj?

În încercarea de a-i stabili natura juridică, și raportat la faptul că soții au posibilitatea de a stabili modalitatea de lichidare a regimului lor matrimonial, doctrina a avansat ideea că aceasta ar reprezenta o clauză de partaj inegal.

Deși ar putea explica sursa drepturilor soțului supraviețuitor, ambele fiind clauze care privesc lichidarea regimului matrimonial, deosebirile cele mai importante între cele două instituții se regăsesc în două aspecte⁴⁷.

Primul aspect privește faptul că soțul beneficiar nu este cunoscut în momentul în care clauza este stipulată în convenția matrimonială, el fiind în esență doar determinabil. Astfel, beneficiarul clauzei de partaj inegal este soțul supraviețuitor, indiferent care va fi acela, însă clauza poate fi prevăzută și în beneficiul unuia dintre soți fără condiția de a supraviețui celuilalt, sau în beneficiul moștenitorilor soțului desemnat beneficiar. Modificând cotele drepturilor care revin coproprietarilor, clauza de partaj inegal remodelează vocația lor abstractă⁴⁸.

Al doilea aspect se referă la momentul și condițiile în care fiecare dintre aceste clauze se pot executa. „Astfel, în timp ce o clauză de partaj inegal al bunurilor comune se va putea executa oricând, respectiv atunci când soții convin să își împartă bunurile comune în timpul căsătoriei, la desfacerea sau încetarea acesteia, o clauză de preciput nu

poate fi executată decât în beneficiul soțului supraviețuitor, în momentul încetării căsătoriei prin decesul unuia dintre soți.”⁴⁹.

Mai mult decât atât, spre deosebire de convenția de partaj inegal, preciputul nu modifică repartitia pasivului.

Într-o altă opinie s-a susținut că preciputul este de fapt o convenție de partaj afectată de o condiție suspensivă, cu efecte mortis causa⁵⁰.

Această opinie se întemeiază și într-adevăr poate fi susținută apelând la legislația și doctrina franceză. În acest sens, în doctrina franceză se consideră că clauza de preciput reprezintă, alături de clauza de prelevare fără plata unei indemnități, o convenție cu titlu particular care modifică regulile legale de împărțire a activului comun⁵¹.

Ca și convenție de partaj, ea permite soțului supraviețuitor să preia o parte din bunurile comune înainte de partajul moștenirii, evitând starea de indiviziune. În temeiul ei, soțul preia bunurile nedivizate, în integralitatea lor, acestea fiind adăugate la cota care i se cuvine în calitate de moștenitor rezervatar și legal.

Convenția de partaj ar explica foarte ușor caracterul translativ de proprietate cu privire la bunurile ce formează obiectul clauzei de preciput. Particularitatea constă doar în faptul că efectul său este amânat până la data încetării căsătoriei prin decesul unuia dintre soți.

Tot caracterul de convenție de partaj ar putea explica printre altele și de ce clauza de preciput poate avea ca obiect doar bunuri proprietate comună, iar nu și bunuri proprietate exclusivă a unuia dintre soți. Astfel, dacă bunurile atribuite soțului supraviețuitor ar fi proprietatea exclusivă a defunctului, atunci ne-am afla în prezența unei liberalități clasice și pure, iar nu a unei clauze de preciput.

Din caracterul de convenție de partaj decurg cele două consecințe importante: pe de-o parte, clauza este supusă efectului declarativ al partajului, iar pe de altă parte preciputul nu se poate exercita decât asupra activului net al comunității⁵².

Deși întru-totul justificată această opinie care ar explica o serie de aspecte legate de funcționarea clauzei de preciput, totuși ea ignoră voința reală a părților, aceea de a gratifica pe soțul supraviețuitor, intenție care este compatibilă doar cu liberalitatea. Ori, tocmai voința părților este punctul de plecare în argumentarea acestei opinii, voință interpretată în sensul de a institui o modalitate de lichidare parțială a regimului matrimonial cu privire la anumite bunuri comune individual determinate.

B. Este clauza de preciput un avantaj matrimonial?

Apreciindu-se ca nesatisfăcătoare aceste teorii legate de natura juridică a clauzei de preciput, tot doctrina este cea care a propus calificare acesteia ca un avantaj matrimonial⁵³, soluție adoptată și în literatura de specialitate franceză⁵⁴.

În dreptul francez, avantajele matrimoniale sunt definite ca fiind acele „avantaje pe care unul sau celălalt dintre soți le poate obține din clauzele unei comunități convenționale, precum și acelea care pot rezulta din confuzia mobilelor sau a datorilor”⁵⁵. Așa cum rezultă din definiția oferită de legiuitor, avantajul matrimonial este compatibil cu

comunitatea convențională de bunuri⁵⁶, la fel ca și clauza de preciput. Potrivit art. 1527 al. 1 din Codul Civil Francez, avantajele matrimoniale nu sunt donații, instituindu-se astfel „o prezumție irefragabilă care funcționează chiar dacă se poate proba că soții au fost animați de o intenție liberală”⁵⁷. De la această regulă există însă și două excepții:

- situația în care la moștenire vin și copii care nu sunt comuni celor doi soți. În această ipoteză, avantajele matrimoniale sunt privite ca liberalități, caz în care vor fi supuse reducăunii⁵⁸

- situația în care are loc divorțul soților și separația de corp, caz în care avantajele matrimoniale sunt calificate ca donații⁵⁹

Deși în aparență corectă, întrucât într-adevăr clauza de preciput naște un avantaj în favoarea soțului supraviețuitor care preia fără plată, înainte de partajul moștenirii unul sau mai multe bunuri comune, totuși soluția este criticabilă prin prisma faptului că oferă o soluție neîntemeiată din punct de vedere legislativ. Astfel, spre deosebire de dreptul francez unde este reglementată instituția avantajelor matrimoniale, Noul Cod Civil nu a preluat aceste dispoziții, astfel încât este neoportună definirea unei instituții printr-o altă instituție la fel de necunoscută. Mai mult decât atât, soluția avantajului matrimonial este susținută în dreptul francez prin prisma faptului că legiuitorul a statuat faptul că preciputul nu reprezintă o donație, aspect care nu se regăsește însă în legislația internă. Cu toate acestea, apreciem că nu este eronată calificarea clauzei de preciput ca fiind un beneficiu recunoscut de lege în favoarea soțului supraviețuitor⁶⁰.

Concluzie.

Față de toate aspectele expuse anterior, constatăm faptul că în doctrină nu există un punct de vedere unitar cu privire la natura juridică a clauzei de preciput, argumentele aduse în favoare uneia sau a alteia dintre opinii fiind în egală măsură combătute prin contra-argumente de aceeași valoare.

În aceste condiții, rămâne actuală întrebarea: ce este clauza de preciput?

Să fie oare, așa cum s-a exprimat în literatura de specialitate⁶¹, un act sui-generis al soților de natură să confere celui care supraviețuie drepturi patrimoniale asupra unor bunuri deținute în comun?

O intervenție a legiuitorului în această materie ar fi binevenită, punând astfel capăt controverselor doctrinare. Găsirea unui răspuns clar și concis interesează nu numai la nivel doctrinar, nefiind doar o chestiune de cercetare științifică, ci este importantă și la nivel practic, în funcție de natura juridică a clauzei fiind incidente o serie de instituții juridice cu efecte juridice diferite.

¹ Această lucrare a fost finanțată din contractul POSDRU/159/1.5/S/141699, proiect strategic ID 141699, cofinanțat din Fondul Social European, prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

* Asist.univ. Univ. Transilvania, Brașov; dianamerticaru@yahoo.com.

² În același sens a se vedea B. D. Moloman - "Dicționar de dreptul familiei cu termenii și expresiile juridice traduse în franceză, italiană și spaniolă", editura Universul Juridic, București, 2012, pag. 90-91

³ Art. 333 din Noul Cod Civil a fost modificat prin art. 52 pct. 11 din Legea 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii 287/2009 privind Codul Civil, în varianta inițială a legii prevăzându-se doar posibilitatea stipulării clauzei de preciput în favoarea soțului supraviețuitor, indiferent care ar fi fost acela, fără a se putea stipula în mod unilateral în beneficiul unui anumit soț

⁴ Art. 1515 Cod Civil Francez „Il peut être convenu, dans le contrat de mariage, que le survivant des époux, ou l'un d'eux s'il survit, sera autorisé à prélever sur la communauté, avant tout partage, soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité d'une espèce déterminée de biens.”

Art. 1516 „Le préciput n'est point regardé comme une donation, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais comme une convention de mariage et entre associés.”

Art. 1517 este abrogat

Art. 1518 „Lorsque la communauté se dissout du vivant des époux, il n'y a pas lieu à la délivrance du préciput ; mais l'époux au profit duquel il a été stipulé conserve ses droits pour le cas de survie, sous réserve de l'article 265. Il peut exiger une caution de son conjoint en garantie de ses droits.

Art. 1529 „Les créanciers de la communauté ont toujours le droit de faire vendre les effets compris dans le préciput, sauf le recours de l'époux sur le reste de la communauté.”

Codul Civil francez este disponibil pe adresa http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=8057197689F96DC1F134AEE23EF67359.tpdjo02v_2?idArticle=LEGIARTI000006440498&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140617&categorieLien=id&oldAction=, consultat la data de 17.06.2014

⁵ Ph. Malaurie, L. Aynes – „Les regimes matrimoniaux”, 3^{eme}, Ed. Defrenois, Paris, 2010, pag. 308

⁶ Noțiunea de convenție matrimonială desemnează „actul juridic prin care viitorii soți, uzând de libertatea conferită de legiuitor, își stabilesc, prin acordul lor, regimul matrimonial propriu sau își modifică, în timpul căsătoriei, regimul matrimonial sub care s-au căsătorit”, a se vedea în acest sens C.-M. Crăciunescu - „Regimuri matrimoniale”, Ed. All Beck, București, 2000, pag. 11; pentru alte definiții ale convenției matrimoniale a se vedea C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu - „Tratat de drept civil român”, vol. III, Ed. All Beck, București, 1998, pag. 4, I. P. Filipescu – Tratat de dreptul familiei, ed. All. Beck, București, 2000, pag. 42, P. Vasilescu – „Regimuri matrimoniale”, ed.. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pag. 203, A.F. Dobre - "Convențiile și regimurile matrimoniale sub imperiul noului Cod civil" în Revista Dreptul nr. 3/2010, pag. 13-14, T. Bodoașcă - "Regimul separației de bunuri în reglementarea noului Cod civil român", Revista Dreptul nr. 11/2010, pag. 57 și 58

⁷ în dreptul francez preciputul apare ca o prelevare exercitată „hors part” asupra masei bunurilor comune

⁸ Actele cu titlu gratuit se împart în două categorii: acte dezinteresate și liberalități. Deosebirea dintre cele două categorii constă în faptul că în cazul actelor dezinteresate este exclusă dorința de micșorare a propriului patrimoniu, cauza acestora fiind intenția de serviabilitate. Față de faptul că actul de gratuitate este determinat de sentimentele de afecțiune dintre cei doi soți, liberalitatea fiind expresia juridică a altruismului și a generozității, clauza de preciput nu poate fi calificată decât ca o liberalitate, iar nu ca un act dezinteresat.

⁹ A. A. Banciu – „Raporturile patrimoniale dintre soți potrivit Noului Cod Civil”. Ed. Hamangiu, București, 2011, pag. 146

- ¹⁰ Cu privire la noțiunea de intenție liberală a se vedea I.R. Munteanu – „Cauza liberalităților”, în Revista Studia Jurisprudentia nr. 2/2003, J. Goicovici – „Formarea progresivă a contractului”, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, pag. 322, Fr. Terre, Y. Lequette, S. Gaudemet – „Droit civil. Les Successions. Les liberalites”, 4^e edition, ed. Dalloz, 2014, pag. 254, M. Grimaldi – „Conferences Roger Comtois”, Montreal, 2003 in <http://www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/rcom/mgrimaldi2003.pdf> accesat în 12.05.2014 sau D. Chirica – „Liberalitățile ca specie a actelor juridice”, Revista Romana de Drept Privat, nr. 4/2008, pag. 22
- ¹¹ M. Avram – „Drept civil. Familia”, Ed. Hamangiu, București, 2013, pag. 328
- ¹² A se vedea D. Lupașcu, C.-M. Crăciunescu – „Dreptul familiei”, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pag. 149 unde se prevede că „în cazul clauzei de preciput nu există nici intenție liberală”;
- ¹³ În legislația belgiană, preciputul reprezintă prin excepție o donație atunci când poartă asupra unor bunuri prezente sau viitoare pe care soțul precedat le-a afectat comunității de bunuri printr-o clauză expresă cuprinsă în contractul de căsătorie
- ¹⁴ Pentru asemănări și deosebiri față de contractul de donație a se vedea A. A. Banciu – op cit., pag. 150-153
- ¹⁵ C. Murzea, E. Poenaru – „Donația și testamentul: studiu de doctrină și jurisprudență”, Ed. Hamangiu, București, 2007, pag. 3
- ¹⁶ M. M. Oprescu – „Contractul de donație”, Ed. Hamangiu, București, 2010, pag. 2
- ¹⁷ Prin excepție, însă, există și donații care nu trebuie să îmbrace formă autentică, cum ar fi de exemplu donațiile indirecte sau darul manual
- ¹⁸ Registrele Naționale Notariale sunt administrate de Centrul Național de Administrare a Registrelor Naționale Notariale. CNARNN a fost înființat în baza art. 62 din Lg. 36/1995, republicată, a notarilor publici și a activității notariale. CNARNN – Infonot a preluat de la SC Infonot Systems SRL Registrele Naționale Notariale prevăzute la art. 163 din Lg. 36/1995, respectiv Registrul Național Notarial de Evidență a Succesiunilor (RNNES), Registrul Național Notarial de Evidență a Liberalităților (RNNEL), Registrul Național Notarial de Evidență a Opțiunilor Succesorale (RNNEOS), Registrul Național Notarial de Evidență a Procurilor și a Revocărilor acestora (RNNEPR), Registrul Național Notarial al Regimurilor Matrimoniale (RNNRM), Registrul Național Notarial de Evidență a Creditorilor persoanelor fizice și a opozițiilor la efectuarea partajului succesoral (RNNEC), Registrul Național Notarial de Evidență a Cererilor de Divorț (RNNECD), Arhiva Națională Notarială de Acte Autentice (ANNAA), Registrul Național de Publicitate a Maselor patrimoniale (RNPMP), Registrul Național de Evidență a Actelor de Deces (RNEAD), Registrul Național Notarial privind Capacitatea persoanelor (RNNCP). Donațiile sunt supuse înregistrării în Registrul Național Notarial de Evidență a Liberalităților (RNNEL) în timp ce convențiile matrimoniale în Registrul Național Notarial al Regimurilor Matrimoniale (RNNRM).
- ¹⁹ Donația este translativă de proprietate doar prin natura sa, contractul putând transmite și alte drepturi reale sau de creanță a se vedea G. Boroș, L. Stănculescu – „Instituii de drept civil”, ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 405; similar, și clauza de preciput ar putea avea ca obiect și alte drepturi reale, dezmembărăminte ale dreptului de proprietate
- ²⁰ În doctrina recentă a fost uzitat termenul de transmitere a drepturilor, iar nu transmitere de bunuri așa cum se regăsește în Noul Cod Civil. Prin aceasta se dă o interpretare mai largă noțiunii liberalitate, în concordanță cu definiția care se regăsește în Codul Civil Francez, sursa de inspirație a legiuitorului român. Astfel, potrivit art. 893 din Codul Civil Francez prevede faptul că „liberalitatea este actul juridic prin care o persoană dispune cu titlu gratuit de bunurile sau de drepturile sale, în tot sau în parte, în favoarea altei persoane.”

- ²¹ A se vedea art. 1031 din Noul Cod Civil
- ²² A se vedea C. de Apel București, s. a III-a civilă, dec. civ. nr. 33 din 13 ianuarie 2004, în Jurisprudență Națională 2004-2005, pag. 88 citat din L. C. Stoica –, Ineficiența actului juridic civil, practică judiciară și reglementarea din noul cod civil”, Ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 162-165: „În cazul donației, cauza este determinată de intenția liberală a dispunătorului, dedusă din motivele subiective ale încheierii actului, care, dacă sunt neconforme cu legea, atrag nulitatea liberalității(...)Ea trebuie să fie reală, licită și morală, iar scopul pentru care donatorul transferă cu titlu gratuit proprietatea altei persoane se diferențiază de la un caz la altul, prezentând importanță stabilirea motivelor subiective concrete care au determinat încheierea contractului și care se suprapun practic peste cauza actului ce trădează intenția liberală”
- ²³ A se vedea prevederile art. 1011 al. 2 din Noul Cod Civil potrivit cărora nu sunt supuse formei autentice donațiile indirecte, cele deghizate și darurile manuale
- ²⁴ Prin excluderea clauzei de preciput de la obligativitatea înregistrării ei Registrul Național Notarial de Evidență a Liberalităților, apreciem că se relevă poziția Uniunii Naționale a Notarilor Publici față de natura juridică a clauzei de preciput, în sensul că aceasta nu este apreciată ca fiind o liberalitate – a se vedea în acest sens art. 11 din Normele Metodologice și Instrucțiunile privind Registrele Unice ținute de Uniunea Națională a Notarilor Publici din România pentru lucrul la portal, adoptate de Biroul Executiv al Uniunii Naționale a Notarilor Publici din România prin Decizia nr. 227/19.07.2013
- ²⁵ D. Lupașcu, C.-M. Crăciunescu – op cit., pag. 148-149
- ²⁶ A se vedea art. 1013 al.1 din Noul Cod civil în conformitate cu care „oferta de donație poate fi revocată cât timp ofertantul nu a luat cunoștință de acceptarea destinatarului. Incapacitatea sau decesul ofertantului atrage caducitatea acceptării.”
- ²⁷ Clauza de preciput nu poate fi revocată în mod unilateral, ci doar prin acordul ambilor soți în condițiile art. 336 sau 369 din Noul Cod Civil
- ²⁸ în sistemul de drept francez, de unde instituția a fost împrumutată, art. 1516 C. civ. fr. statuează fără echivoc: „**Le préciput n’est point regardé comme une donation**, soit quant au fond, soit quant a la forme, mais comme une convention de mariage et entre associés”
- ²⁹ Suntem de acord cu observația făcută în literatura de specialitate în sensul că, întrucât clauza nu poate viza decât bunuri private ut singulă, ab initio se exclude incidența legatului universal sau cu titlu universal; a se vedea în acest sens, C. M. Nicolescu - „Clauza de preciput în reglementarea Noului Cod Civil. Abordare comparativă”, în RRD nr. 6/2011, pag. 142; în sensul că clauza de preciput ar reprezenta un legat cu titlu particular a se vedea I. Niculescu – „Clauza de preciput în cadrul convenției matrimoniale” –vizualizat pe www.juridice.ro – despre convențiile matrimoniale în data de 5.06.2014
- ³⁰ Decizia civila nr. 406/R din data de 4 noiembrie 2010, Curtea de Apel București - Secția a IX-a Civilă și pentru Cauze privind Proprietatea Intelectuală – „ transmisiunea care se realizează în puterea acestuia este una cu titlu gratuit, nefiind cerută vreo contraprestație din partea succesibililor instituți beneficiari ai dispoziției testamentare care să condiționeze efectul translativ de proprietate recunoscut prin art. 644 teza I-a Cod Civil.”
- ³¹ Asimilarea clauzei de preciput cu un legat este exclusă și în dreptul francez, prin dispozițiile art. 38 din Legea nr. 728 din 23 iunie 2006 privind reforma succesiunilor și liberalităților, precizându-se că în actele juridice încheiate anterior intrării în vigoare a acestei legi, termenii "prin preciput" sau "preciputar" ("par preciput", "preciputaire") trebuie înțeleși ca "în afara părții successorale" ("hors part successorale")

- ³² I. Popa – „Clauza de preciput” în RRDP nr. 4/2011, pag. 174
- ³³ condițiile de formă necesare pentru valabilitatea dispozițiilor testamentare privind sumele de bani, valorile sau titlurile de valoare depuse de clienții instituțiilor de credit sunt reglementate de Ordinului MJ nr. 1903/2011
- ³⁴ O. Căpățână – „Titlul gratuit în actele juridice”, ed. Rosseti, București, 2003, pag. 32
- ³⁵ C. Hamangiu, I. Rosetti-Balanescu, Al. Baicoianu – “Tratat de drept civil roman”, vol. III, Ed. All Beck, Bucuresti, 1999, pag. 505
- ³⁶ Prin excluderea clauzei de preciput de la obligativitatea înregistrării ei Registrul Național Notarial de Evidență a Liberalităților, apreciem că se relevă poziția Uniunii Naționale a Notarilor Publici față de natura juridică a clauzei de preciput, în sensul că aceasta nu este apreciată ca fiind o liberalitate – a se vedea în acest sens art. 11 din Normele Metodologice și Instrucțiunile privind Registrele Unice ținute de Uniunea Națională a Notarilor Publici din România pentru lucrul la portal, adoptate de Biroul Executiv al Uniunii Naționale a Notarilor Publici din România prin Decizia nr. 227/19.07.2013
- ³⁷ a se vedea I. Popa – „Moșteniri și liberalități”, Ed. Universul Juridic, București, 2013, pag. 246; pentru opinia contrară a se vedea C.M. Nicolescu - „Corelații între regulile specifice regimurilor matrimoniale și cele de drept succesoral în sistemul Codului Civil Român”, în „Evoluția noțiunii de familie și influența acesteia asupra ordinii succesoriale legale”, lucrările colocviului internațional desfășurat la București în 19-20 aprilie 2013, Ed. Monitorul Oficial, București, 2013, pag. 24
- ³⁸ M. Albaladejo – –, „Curso de derecho civil. V. Derecho de sucesiones”, Ed. Edisofer, Madrid, 2008, pag. 212
- ³⁹ Al. Bacaci, Gh. Comanita – „Drept civil. Succesiunile”, Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2013, pag. 74
- ⁴⁰ A se vedea art. 1052 și 1068 din Noul Cod Civil
- ⁴¹ Cu privire la caducitatea legatului, a se vedea I. Gelei – „Caducitatea legatelor și dreptul de acrescământ”, în Curierul Judiciar nr. 9/2009, pag. 501-503
- ⁴² I. Popa – „Clauza de preciput”, op cit., pag. 174
- ⁴³ Al. Bacaci, V.-C. Dumitrache, C. C. Hageanu – „Dreptul familiei”, ed. A 7-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012., pag. 84; R. Peptan – „Vocația succesorală legală a soțului supraviețuitor și compunerea masei succesoriale a soțului defunct în reglementarea Noului Cod Civil” în Analele Universității “Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice, Nr. 4/2013, pag. 43
- ⁴⁴ M. Avram – op cit., pag. 328
- ⁴⁵ În doctrină s-a apreciat că în cazul convenției matrimoniale încheiate între viitorii soți, clauza de preciput are trăsăturile dominante ale unei donații, în timp ce în cazul convenției matrimoniale încheiate în timpul căsătoriei, clauza de preciput are trăsăturile dominante ale unui legat – a se vedea I. Popa – „Clauza de preciput” - op cit, pag. 182. Nu putem îmbrățișa această opinie întrucât clauza de preciput este un act accesoriu convenției matrimoniale în care este inserată, urmând soarta acesteia. Convenția matrimonială este un act juridic bilateral care nu poate fi revocat prin voința unică și exclusivă a unuia dintre soți; fiind accesorie convenției matrimoniale, și clauza de preciput este guvernată de principiul irevocabilității, independent de momentul la care este încheiată. Pe cale de consecință, nu este posibilă revocarea unilaterală a clauzei de preciput, în toate cazurile fiind necesar acordul ambilor soți semnatari ai convenției în care a fost inserată, căci mutuu consensus, mutuu dissensus
- ⁴⁶ I. Popa – „Drept civil. Moșteniri și liberalități”, op cit., pag. 243
- ⁴⁷ Pentru deosebiriile dintre clauza de preciput și clauza de partaj inegal a se vedea D. Lupașcu, C. -M. Crăciunescu – op cit., pag. 150; în sensul că clauza de preciput nu constituie o clauză de partaj

- inegal a se vedea T. Bodoașcă, A. Drăghici – op cit., pag. 35-36, C.M Nicolescu - „Clauza de preciput în reglementarea Noului Cod Civil. Abordare comparativă”, op cit., pag. 146; C.-M. Crăciunescu, D. Lupașcu – „Reglementarea clauzei de preciput în noul Cod civil român astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 71/2011” în Pandectele Române nr. 8/2011; Fr. Terre, Ph. Simler – „Droit civil. Les regimes matrimoniaux”, Ed. Dalloz, 4^{eme} edition, Paris, 2005, pag. 607
- ⁴⁸ G. Cornu – „Les regimes matrimoniaux”, Presses Universitaires de France, Paris, 1974, pag. 582
- ⁴⁹ D. Lupașcu, C. -M. Crăciunescu – op cit., pag.150
- ⁵⁰ I. Popa – „Drept civil. Moșteniri și liberalități”, op cit., pag. 243; M. Avram – op cit., pag. 329-331; în același sens H. Jarrige-Lemas – „Que devient mon patrimoine en cas de rupture. Concubinage, Pacs, mariage... Regles et precautions a prendre en cas de separation ou de deces”, Editions du Puits Fleuri, Hericy, France, 2006, pag. 163
- ⁵¹ Ph. Malaurie, L. Aynes – „Les regimes matrimoniaux”, Ed. Defrenois, 2010, pag. 309
- ⁵² Ph. Malaurie, L. Aynes – op cit., pag. 309
- ⁵³ A se vedea în acest sens D. Lupașcu, C. -M. Crăciunescu – op cit., pag. sau C.M Nicolescu - „Clauza de preciput în reglementarea Noului Cod Civil. Abordare comparativă”, op cit., pag. 146; Uniunea Națională A Notarilor Publici din România – „Codul Civil al României. Îndrumar notarial”, vol. I, Ed. Monitorul Oficial, București, 2011, pag. 114; F-A Baias, E. Chelaru, R.Constantinovici, I. Macovei – op cit., pag. 353
- ⁵⁴ A se vedea Ph. Malaurie, L. Aynes – „Les regimes matrimoniaux”, op cit, pag. 308, F. Terre, Ph. Simler – op cit., pag. 607, G. Cornu – „Les regimes matrimoniaux”, op cit., pag. 582; P. Voirin, G. Goubeaux – „Droit civil. Droit prive notarial. Regimes matrimoniaux. Successions – liberalites”, Tome 2, 24^e edition, Ed. LDGJ, Paris, 2006, pag. 106
- ⁵⁵ Art. 1527 al. 1 din Codul Civil Francez
- ⁵⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 31 janv. 2007, Bull. Civ. I, n^o 48 în Ph. Malaurie, L. Aynes – op cit., pag. 292; în sensul că avantajul matrimonial ar putea fi compatibil și cu comunitatea legală redusă la achiziții, a se vedea R. Cabrillac – „Droit civil. Les régimes matrimoniaux”, 6^e éd., Ed. Montchrestien, Paris, 2007, pag. 296
- ⁵⁷ C.M Nicolescu - „Clauza de preciput în reglementarea Noului Cod Civil. Abordare comparativă”, op cit., pag. 158
- ⁵⁸ Doctrina franceză a apreciat această calificare are un caracter relativ raportat la faptul că ea intervine doar în ipoteza în care copiii vin efectiv la moștenirea autorului lor precum și la faptul că dintre toate regulile specifice liberalităților, doar reducățiunea este cea care se aplică; a se vedea în acest sens J. Flour, G. Champenois – „*Les régimes matrimoniaux*”, 2^e éd., Armand Colin, Paris, 2001, pag. 672
- ⁵⁹ În dreptul francez, avantajul matrimonial conferit de clauza de preciput poate fi cules de soțul beneficiar chiar și în timpul vieții soțului stipulant, în cazul în care are loc desfacerea căsătoriei prin divorț
- ⁶⁰ A.-F. Dobre – „Convențiile și regimurile matrimoniale sub imperiul Noului Cod Civil”, în Dreptul nr. 3/2010, pag. 20; în același sens G. Cornu – „Les regimes matrimoniaux”, op cit, pag. 583
- ⁶¹ T. Bodoașcă, A. Drăghici – op cit., pag. 36

ARTICOLE

LE STATUT DES FINANCES LOCALES DANS LA CONSTITUTION DE LA ROUMANIE ET DE LA FRANCE

Elena SFERLEA*

Résumé : *La comparaison des dispositions de la Constitution consacrées, en droit roumain et français, à la question des finances locales montre la valeur constitutionnelle commune dont bénéficie l'autonomie financière des collectivités territoriales, bien qu'elle soit affirmée de manière différente. La révision de la Loi fondamentale française de mars 2003 marque un développement significatif du volet financier de la décentralisation, soutenu par la loi organique du 29 juillet 2004. Le contexte politique des événements de 1991 explique le choix différent du constituant roumain et donc la façon plutôt générale d'aborder le sujet des finances locales. Formulées globalement en accord avec les prescriptions de la Charte européenne de l'autonomie locale, on retrouvera la plupart des dispositions constitutionnelles françaises en la matière dans les nombreux textes législatifs adoptés au long des années en droit roumain. Cependant, la protection explicite conférée au principe de l'autonomie locale dans l'article 120 de la Constitution roumaine assure le fondement constitutionnel implicite pour l'indépendance financière des collectivités.*

Mots-clé : *finances locales, collectivités territoriales, autonomie financière, Constitution, budget, ressources, équilibre budgétaire, transfert, fiscalité locale*

Cuvinte cheie : *finanțe locale, colectivități teritoriale, autonomie financiară, Constituție, buget, resurse, echilibru bugetar, transfer, fiscalitate locală*

À la suite de la révision opérée en 2003, les collectivités territoriales jouissent, en France, d'un riche cadre constitutionnel qui place la décentralisation au coeur de "la République des proximités" défendue par le Gouvernement Raffarin au début des années 2000. Les garanties en matière d'autonomie fiscale, la compensation des charges transférées et les dispositifs de péréquation assurent, au moins sur le plan juridique, un développement non-négligeable de l'autonomie financière des collectivités françaises. Adeptes d'une conception très souple, lisible dans les quatre articles consacrés au domaine de l'administration locale, le constituant roumain de 1991 ne fixe que le cadre général de l'autonomie locale afin de permettre au législateur d'exercer la liberté de son approfondissement. L'on constate, ainsi, que la plupart des dispositions constitutionnelles françaises en matière d'autonomie financière font, en droit roumain, l'objet de lois

organiques. Il convient de souligner, en même temps, que le principe constitutionnel de l'autonomie locale assure, néanmoins, une protection implicite aux développements issus de la loi.

La valeur constitutionnelle commune de l'autonomie financière des collectivités territoriales roumaines et françaises

Le nouvel article 72-2 de la Constitution française crée les garanties financières de la décentralisation. Composé de cinq alinéas, il témoigne de l'importance accordée au volet financier du statut constitutionnel des collectivités territoriales. Le premier principe qui garantit l'autonomie financière des collectivités est fixé à l'alinéa 1er de l'article 72-2. Il est ainsi prévu que les collectivités bénéficient de ressources propres dont elles peuvent disposer librement, tout en respectant les conditions imposées par la loi. En matière d'autonomie fiscale, il est en outre stipulé en faveur des collectivités la possibilité de recevoir tout ou une partie du produit des impositions de toutes natures. Selon la Constitution, la loi peut autoriser les assemblées délibérantes à en fixer l'assiette et le taux dans les limites qu'elle déterminera par la suite (art. 72-2 al. 2). Les ressources propres des collectivités doivent représenter, pour chaque catégorie de collectivités, "*une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources*" (art. 72-2 al. 3). Pour la mise en oeuvre de cette règle, le texte constitutionnel renvoie à la loi organique. La doctrine souligne la difficulté de préciser le sens de l'expression "*part déterminante*"¹. Selon le professeur Jacques Moreau, "*déterminant*" n'est pas l'équivalent de "*prépondérant*", mais pourrait se situer autour de 30-50%². Le quatrième alinéa de l'article 72-2 constitutionnalise l'accompagnement de tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales par des ressources équivalentes, alors que le dernier alinéa introduit, au niveau constitutionnel, la mise en place par la loi de mécanismes de péréquation afin de "*favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales*". La seconde phrase de l'alinéa 4 du même article établit également que toute création ou extension de compétences entraînant une augmentation des dépenses des collectivités "*est accompagnée de ressources déterminées par la loi*".

Il faudrait noter que, pour certains, le contexte de la révision constitutionnelle de mars 2003 est marqué, en France, par une "*situation de démantèlement progressif de la fiscalité [des collectivités] et d'atteinte caractérisée à leur autonomie fiscale par le législateur*"³, validée par le juge constitutionnel. Bien qu'il rappelle l'existence d'"*une limite à la restriction des ressources fiscales par le législateur en deçà de laquelle la libre administration serait entravée*"⁴, le Conseil constitutionnel ne censure pas les différentes mesures qui amputent les marges de manoeuvre fiscales des collectivités territoriales françaises. Cette érosion progressive de la fiscalité locale, suite aux mesures intégrées dans les lois annuelles de finances, fait également l'objet des observations de la part des rapporteurs européens⁵. Compte tenu des nouvelles dispositions constitutionnelles garantissant l'autonomie financière des collectivités territoriales, aussi bien dans sa dimension juridique que matérielle, on parle désormais d'un "*système financier local*

globalement en harmonie avec les principes contenus dans la Charte européenne de l'autonomie locale"⁶, et cela bien avant la ratification de ce texte international par la France. Le dispositif constitutionnel est complété par la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales n° 2004-758 du 29 juillet 2004.

Composée de 5 articles, cette loi définit, à l'article 2, la notion de "*catégories de collectivités territoriales*" au sens de l'article 72-2 al. 3 de la Constitution⁷. Elle précise également la signification de la notion de "*ressources propres*" et fixe une limite inférieure pour ce que constitue la "*part déterminante*", mais "*sans nullement garantir que celui-ci [le plancher] corresponde à un état satisfaisant du rapport entre ressources propres/ressources allouées*"⁸. Ainsi la part des ressources propres ne peut-elle être inférieure au niveau atteint en 2003. La décision du Conseil constitutionnel n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 ne censure pas la nouvelle loi sur ce point⁹. Une décision un peu plus récente, relative à la loi de finances pour 2006 (décision n° 2005-530 DC, 29 décembre 2005) dénote encore plus de souplesse et laisse entendre que le plancher de 2003 peut ne pas être respecté dès lors que "*le degré d'autonomie financière d'une catégorie de collectivités territoriales*" ne se dégradera pas "*dans une proportion incompatible avec la règle fixée par l'article L.O. 1114-3*"¹⁰ du C.G.C.T.

L'évolution des finances locales connaîtra, en France, une autre étape avec la suppression de la taxe professionnelle¹¹ par la loi de finances pour 2010 et la promulgation de la loi sur la réforme des collectivités territoriales le 16 décembre 2010. La réforme de la taxe professionnelle, remplacée désormais par une "contribution économique territoriale"¹² devient applicable aux collectivités dès 2011. La principale nouveauté prévue par le texte de décembre 2010 est la création de la "métropole", structure nouvelle pour les zones urbaines atteignant 500 000 habitants, qui se substituera sur son territoire aux collectivités préexistantes et percevra la totalité de la fiscalité locale et des dotations de l'État, sauf la taxe foncière. Alors que certains considèrent ce texte comme marquant un *Acte III* de la décentralisation en France, d'autres soulignent qu'il entame plutôt un mouvement de recentralisation.

La section de la Constitution roumaine consacrée à l'administration publique locale ne contient aucune référence expresse au sujet des finances locales. On trouve toutefois des dispositions constitutionnelles abordant de manière directe ou indirecte ce thème dans le chapitre III ("*Les devoirs fondamentaux*") du Titre II ("*Les droits, les libertés et les devoirs fondamentaux*"), ainsi que dans le Titre IV dont l'intitulé est "*L'économie et les finances publiques*". La plupart des principes visant à garantir l'indépendance financière des collectivités territoriales roumaines ont un caractère législatif, alors que le droit français leur offre souvent une protection constitutionnelle expresse.

L'article 138 al. 1er de la Constitution roumaine énumère "*les budgets locaux des communes, des villes et des départements*" parmi les composants du budget public national¹³. Le budget public national comprend le budget de l'État, le budget des assurances sociales de l'État et les budgets locaux des communes, des villes et des départements (art. 138 al. 1er de la Constitution). Le Gouvernement est chargé d'élaborer le projet du budget de

l'État et celui des assurances sociales de l'État (art. 138 al. 2), alors que l'alinéa 4 du même article 138 de la Constitution renvoie à la loi pour ce qui est des modalités d'élaboration, d'approbation et d'exécution des budgets locaux. Conformément aux articles 19 et 20 de la Loi relative aux finances publiques locales n° 273/2006¹⁴, l'élaboration, l'approbation et la rectification des budgets locaux entrent dans la compétence des autorités locales, afin de garantir juridiquement l'autonomie financière des collectivités. La gestion efficiente des fonds publics locaux est également prévue dans la compétence et la responsabilité des autorités locales (art. 20 al. 1, lettre h) de la même loi). Selon l'article 139 al. 2 du texte constitutionnel, ce sont les conseils locaux et départementaux qui fixent les impôts et les taxes locaux, mais toujours *"dans les limites et les conditions de la loi"*¹⁵. Au niveau des collectivités, les maires et les présidents de conseils départementaux ont la qualité d'ordonnateurs principaux de crédits (art. 21 alin. 2). Il en résulte que, tout comme en France, le budget des collectivités est distinct du budget de l'État.

Le cadre constitutionnel roumain affirme donc clairement l'existence propre des budgets locaux des collectivités (art. 138 al. 1) et renvoie au législateur pour ce qui concerne les conditions de leurs élaboration, approbation¹⁶ et exécution (art. 138 al. 4). Conformément à la règle inscrite à l'alinéa 5 du même article de la Constitution, l'approbation¹⁷ de toute dépense budgétaire exige l'identification de la source de son financement. La disposition de l'alinéa 5 établit une règle à caractère général, valable pour toutes les catégories de budgets. Comme déjà précisé, en matière de fiscalité, la Loi fondamentale roumaine autorise les assemblées locales des collectivités à fixer les impôts et les taxes locaux, mais cela doit se faire toujours dans le respect des conditions fixées par la loi. Il s'agit notamment de la Loi organique relative aux finances publiques locales n° 273/2006 qui abroge l'O.U.G. n° 45/2003¹⁸. Entrés en vigueur le 1er janvier 2007, au moment où la Roumanie devient État membre de l'Union Européenne, les 86 articles de la nouvelle loi en matière de finances locales viennent enrichir les dispositions de principe de la Loi-cadre de la décentralisation n° 195/2006¹⁹.

Introduisant l'exigence de la performance dans la gestion des budgets locaux et la prestation des services publics, ce dernier texte définit distinctement les notions de "standards de qualité" et "standards de coût". L'article 2 lettres m) et n) de la Loi-cadre relative à la décentralisation administrative définit également l'équilibre horizontal et l'équilibre vertical des budgets locaux. Le premier vise le transfert de ressources de l'État vers les collectivités, afin d'éliminer les différences au niveau de leur capacité financière. En réalité, il s'agit d'un dispositif similaire à la péréquation prévue par la Constitution française, dont le but est aussi de favoriser l'égalité entre les collectivités. Le second type d'équilibre correspond toujours à un transfert de ressources de l'État vers les collectivités, mais il sert à *"compléter ou à assurer en totalité, selon le cas, le financement nécessaire à la prestation des services publics et d'utilité publique décentralisés"*. Le même article lettre r) de la Loi-cadre fait la distinction entre les sommes défalquées pour l'équilibre des budgets locaux et les sommes défalquées recevant une destination spéciale.

Tout comme en France, le principe de l'accompagnement de tout transfert de compétences par les ressources nécessaires est l'un des principes de base de la décentralisation en Roumanie, consacré à l'article 3 lettre b) de la Loi-cadre n° 195/2006. La lettre f) du même article ajoute le principe de la contrainte budgétaire qui *"interdit l'utilisation par les autorités de l'administration publique centrale des transferts spéciaux ou des subventions pour l'élimination des déficits finaux des budgets locaux"*. Par les dispositions très claires de ses deux alinéas, l'article 6 de la même Loi-cadre vient renforcer le principe consacré à l'article 3 lettre b). Au premier alinéa de l'article 6, le législateur souligne la simultanéité du transfert des compétences et des ressources nécessaires. L'exercice des compétences devient possible *"uniquement"* après la transmission des ressources nécessaires (seconde phrase de l'alinéa 1 du même article). En ce qui concerne les compétences déléguées, leur financement est entièrement assuré par l'administration centrale (art. 6 al. 2). Le chapitre 5 de la Loi-cadre n° 195/2006 porte entièrement sur *"le financement des autorités de l'administration publique locale"*. Selon l'article 29, *"les budgets locaux des autorités de l'administration publique locale ont dans leur composition une section de fonctionnement et une de développement, dans les conditions de la loi"*. L'article 31 du même chapitre permet l'accès inconditionné des collectivités aux informations relatives à l'allocation des ressources budgétaires prévues à l'article 30 al. 2 du même texte. L'obligation d'assurer cet accès incombe, selon la même disposition de l'article 31, au Ministère des Finances Publiques et à ses services déconcentrés. Les autres articles du chapitre 5 renvoient soit aux dispositions de la Loi des finances locales, soit à celles de la Loi du budget de l'État.

L'article 6 de la nouvelle Loi des finances publiques locales n° 273/2006 réitère le principe de l'accompagnement obligatoire du transfert des compétences vers les collectivités par les ressources nécessaires à leur exercice, principe qui fait l'objet d'une mention constitutionnelle en France. Le transfert de charges se fait par la loi, *"uniquement en assurant les ressources financières nécessaires à leur réalisation"*. Par analogie avec le modèle français, le nouvel article 9 al. 1er de la Loi sur l'administration locale n° 215/2001 pose le droit des collectivités roumaines à des *"ressources financières propres"* que leurs organes *"établissent, administrent et utilisent pour l'exercice des compétences et des attributions qui leur reviennent, dans les conditions de la loi"*. Le second alinéa de l'article cité exige une corrélation entre les ressources dont les autorités locales *"disposent"* et leurs attributions.

Dans son intitulé, l'article 16 de la Loi roumaine sur les finances locales n° 273/2006 affirme expressément le principe de l'autonomie locale financière, principe qui bénéficie d'une protection constitutionnelle en France. L'alinéa 1er de cet article consacre le droit des collectivités roumaines à *"des ressources financières suffisantes"* qu'elles *"peuvent utiliser dans l'exercice de leurs attributions, en vertu et dans les limites prévues par la loi"*. De manière semblable au cas français, le deuxième alinéa de l'article 16 accorde aux autorités locales *"la compétence d'établir les niveaux [taux] des impôts et des taxes locaux, dans les conditions de la loi"*. Conformément à l'alinéa 3 du même article,

l'allocation des ressources pour l'équilibre des budgets locaux ne doit pas empiéter sur les politiques budgétaires des autorités locales dans leur domaine de compétence. Au dernier alinéa de l'article 16, le législateur organique renvoie aux "*dispositions de la loi*" pour ce qui concerne l'utilisation des sommes défalquées à destination spéciale par les collectivités. Enfin, l'article 27 de la longue Loi n° 273/2006 souligne, une fois de plus, que c'est aux assemblées locales et départementales d'"*approuver*" les impôts et les taxes locaux, et cela toujours dans le respect des dispositions législatives en vigueur. Au niveau de la Municipalité de Bucarest, cette compétence est exercée par le Conseil Général toujours « *dans les limites et les conditions de la loi* » (même art. 27).

Il faut ajouter que les ressources des collectivités roumaines "*doivent être proportionnelles aux responsabilités des autorités de l'administration publique locale fixées par la loi*" (art. 17 de la Loi des finances publiques locales). Au titre de l'article 18 du même texte, les autorités locales, par l'intermédiaire de leurs structures associatives, "*doivent être consultées à l'égard du processus d'allocation des ressources financières du budget de l'État vers les budgets locaux*". Il s'agit là d'une disposition impérative, donc d'une obligation à respecter dans le cadre du processus de consultation. Au-delà de l'imprécision de certains termes comme "*suffisantes*" ou "*proportionnelles*", ou des problèmes que pose le processus d'interprétation et d'application des normes, il y a incontestablement un renforcement législatif des droits financiers des collectivités roumaines, de façon similaire à l'évolution constitutionnelle du statut des finances locales françaises. Par ailleurs, comme leur intitulé l'indique expressément, les dispositions des articles 7-13 et 15-18 de la Loi n° 273/2006 ont la valeur de principes budgétaires.

Si tous les principes évoqués bénéficient d'une reconnaissance constitutionnelle expresse en France, ils ont au moins une valeur législative en Roumanie. Néanmoins, comme ils découlent du principe général de l'autonomie locale inscrit à l'article 120 de la Constitution roumaine, on peut considérer qu'ils jouissent d'une protection implicite au niveau constitutionnel. En ce sens, l'article 4 al. 1er de la Loi n° 215/2001 en matière d'administration locale souligne que "*l'autonomie locale est uniquement administrative et financière*", s'exerçant dans le cadre fixé par la loi. Bien que globalement conformes à la Charte européenne de l'autonomie locale²⁰, certaines de ces dispositions à caractère général restent encore perfectibles, comme en fait preuve le grand nombre de textes modificatifs adoptés par la suite. Ils sont apparus dans le contexte d'un important transfert de compétences et de services publics vers les collectivités roumaines, ce qui exigeait une adaptation du cadre juridique dans le sens de l'adéquation des moyens, mais aussi dans le contexte plus récent de la crise économique mondiale. On mentionnera, à ce dernier titre, notamment l'O.U.G. n° 46/2013²¹ relative à la crise financière et à la faillite des unités administratives-territoriales. Préoccupation commune aux collectivités territoriales des deux pays, la question financière explique aussi la crainte de certains maires français pour la survie des petites communes rurales ou l'équilibre de leur budget²².

Conclusions

En droit français, l'autonomie financière des collectivités territoriales est une composante juridique du principe constitutionnel de libre administration, consacré à l'article 72 al. 3 de la Loi fondamentale. Lors de la réforme du 28 mars 2003, elle a été constitutionnalisée par l'introduction dans la Constitution d'un article 72-2, alors que son respect était, déjà auparavant, vérifié par le Conseil constitutionnel qui s'assurait que les règles posées par la loi "*n'ont pour effet ni de restreindre la part des recettes ni de diminuer les ressources globales des collectivités concernées au point d'entraver leur libre administration*"²³. C'est donc l'article 72-2 qui précise le contenu de l'autonomie financière des collectivités françaises. La loi organique du 29 juillet 2004 définit les ressources propres des collectivités et détermine le niveau minimum de ce que doit être la part déterminante qu'elles représentent.

Vu le contexte politique de 1991, le constituant roumain préfère fixer le cadre général en matière d'administration locale, tout en laissant au législateur la liberté de développement des grands principes constitutionnels. Expressément mentionné après la décentralisation, le principe de l'autonomie locale occupe la deuxième position parmi les principes énumérés à l'article 120 al. 1 de la Constitution. La révision du texte constitutionnel opérée en octobre 2003 n'apportera pas des nouveautés en matière de finances locales. Néanmoins, de nombreuses lois²⁴ adoptées par la suite marqueront une évolution juridique importante, y compris en matière d'autonomie financière des collectivités roumaines. Si l'on tient compte de la toute récente faillite de certaines collectivités, du financement inadéquat d'une bonne partie des services publics décentralisés, des inégalités existantes entre les collectivités ou du poids encore significatif des transferts étatiques envers les collectivités²⁵, des progrès restent encore à faire.

Instituant une sorte de droit commun européen en matière du droit des collectivités territoriales, le texte de la Charte européenne de l'autonomie locale fait partie du droit interne, depuis 1998 en Roumanie et depuis 2007 en France. Malgré l'existence de certaines ambiguïtés, limites ou insuffisances de la part du législateur national, la plupart des dispositions financières de la Charte ont un fondement constitutionnel ou législatif en droit roumain et français. Il en résulte que, sur le plan juridique, l'autonomie financière des collectivités territoriales bénéficie de la protection nécessaire pour son développement. Bien que des améliorations soient encore nécessaires, les deux systèmes analysés consacrent les grands principes qui garantissent, du moins juridiquement, l'indépendance financière au niveau local. En droit français, nombre de ces garanties sont directement consacrées par la Constitution, alors qu'elles bénéficient d'une protection constitutionnelle implicite en droit roumain.

* Docteur en Droit de l'Université Paris XII; maître assistant, Université Agora d'Oradea ;
ileanamarcu@yahoo.com

¹ Voir R. Hertzog, *L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales*, AJDA, mars 2003, p. 549; Y. Luchaire, F. Luchaire, *Décentralisation et Constitution : Commentaire de la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Economica, Paris, 2003, pp. 40-42; F. Labie, *Finances locales et autonomie financière*, Cahiers français n° 318, *Décentralisation, État et territoires. Les enjeux de la réforme*, La Documentation française, janvier-février 2004, pp. 86-87; H. Rihal, *Le statut constitutionnel des collectivités territoriales issu de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 : entre innovation et complexité*, Revue française d'administration publique n° 105/106, 2003, p. 227. Dans le même sens, le Professeur Olivier Gohin qualifie la signification de la notion de « *part déterminante* » des recettes fiscales et des autres ressources propres dans le droit de l'autonomie financière des collectivités territoriales comme étant « *évasive* ». Voir O. Gohin, *La révision du titre XII : pouvoir constituant et jurisprudence constitutionnelle* dans Y. Gaudemet et O. Gohin (sous la dir. de), *La République décentralisée*, L.G.D.J. Diffuseur, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2004, p. 39.

² J. Moreau, *Administration régionale, départementale et municipale*, 14ème éd., Dalloz, Paris, 2004, p. 20.

³ F. Labie, *op. cit.*, p. 85.

⁴ Décision n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, décision n° 91-291 DC du 6 mai 1991, décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, décision n° 2000-432 DC du 12 juillet 2000.

⁵ *Rapport sur la situation de la démocratie locale et régionale en France (23-25 mai 2000) - CG (7) 7 Partie II*, Congrès des Pouvoirs Locaux et Régionaux, rapporteurs : MM. M. Bucci et J.C. Van Cauwenberghe, pp. 8-10.

⁶ S. Baziadoly, *La Charte européenne de l'autonomie locale et l'autonomie financière des collectivités locales françaises*, RGCT n° 29, mai-juin 2003, p. 721. Il convient de préciser que la Charte a été signée par la Roumanie le 4 octobre 1994 et ratifiée le 28 janvier 1998. Bien que la France la signe dès son élaboration, elle la ratifiera beaucoup plus tard, le 17 janvier 2007. Quant à son entrée en vigueur, il y a un décalage de 9 ans entre les deux pays. La Charte intègre le droit roumain le 1er mai 1998, alors qu'elle entre en vigueur sur le territoire de l'Hexagone le 1er mai 2007. On pourrait expliquer cet écart temporel par une plus grande ouverture de la part de la Roumanie, due notamment à ses efforts de rapprochement de l'Europe et des valeurs démocratiques en général, menés après 1989.

⁷ L'énumération de l'article 2 de la loi du 29 juillet 2004 comprend : "1° les communes; 2° les départements auxquels sont assimilées la collectivité départementale de Mayotte, la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon et les collectivités à statut particulier issues de la fusion d'une ou plusieurs communes et d'un département ; 3° Les régions et la collectivité territoriale de Corse auxquelles sont assimilées les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution autres que celles mentionnées au 2°, [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004] les collectivités à statut particulier issues de la fusion de départements et de régions et les collectivités mentionnées au dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution".

⁸ J.-B. Auby, J.-F. Auby, R. Noguellou, *Droit des collectivités locales*, 4e éd. mise à jour, coll. *Thémis Droit public*, PUF, Paris, 2008, p. 69.

⁹ Sont déclarés contraires à la Constitution les mots "les provinces de la Nouvelle-Calédonie" (art. 2 de la loi organique du 29 juillet 2004) et "est déterminante, au sens de l'article 72-2 de la Constitution, lorsqu'elle garantit la libre administration des collectivités territoriales relevant de cette catégorie, compte tenu des compétences qui lui sont confiées. Elle" (art. 4 de la même loi organique).

¹⁰ Le troisième alinéa de cet article reprend, en fait, la règle concernant le « *niveau constaté au titre de l'année 2003* », fixée par la loi du 29 juillet 2004.

¹¹ En partie calculée sur les dépenses d'investissement.

¹² Assise en partie sur la valeur foncière des terrains occupés et en partie sur la "valeur ajoutée" dégagée par l'entreprise.

¹³ C'est peut-être une notion étonnante pour les spécialistes français des finances publiques. Les débats de 1991 devant l'Assemblée Constituante montrent l'existence de deux amendements pour le remplacement de la notion de "*budget d'État*" par celle de "*budget public des organes centraux*" ou de "*budget administratif central d'État*", les deux rejetés. Bien qu'elle n'ait pas recueilli le nombre de voix nécessaires devant l'Assemblée, une autre proposition visant l'introduction de l'expression de "*budget public national*" à la place de celle de "*budget de l'État*" est reprise dans le Projet de Constitution (art. 136), ce qui explique sa présence dans le texte constitutionnel en vigueur. Voir en ce sens, A. Iorgovan dans M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, E. S. Tănăsescu, *Constituția României revizuită – comentarii și explicații* – (La Constitution de la Roumanie révisée – commentaires et explications –), All Beck, Bucarest, 2004, p. 301.

¹⁴ Publiée dans *Monitorul Oficial al României* (Journal Officiel de la Roumanie), partie I, n° 618 du 18 juillet 2006 et rectifiée dans *M. Of.* n° 627 du 20 juillet 2006. Il est intéressant de noter que le texte a déjà subi une cinquantaine de modifications depuis son adoption.

¹⁵ Entré en vigueur en 2004 et amendé plus de 100 fois depuis son adoption, le Code fiscal contient un chapitre distinct (ch. IX) concernant les impôts et les taxes locaux.

¹⁶ Le terme d' "*approbation*" est utilisé, dans ce cas, de manière inadéquate pour exprimer, en réalité, le droit du conseil local de *décider*, car c'est l'assemblée qui décide le contenu du budget local. Tout comme en France, le vote du budget est une prérogative de l'assemblée. Voir en ce sens O. Podaru, *Legea 215/2001 a administrației publice locale comentată* (La Loi n° 215/2001 sur l'administration publique locale commentée), Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2004, p. 86.

¹⁷ Notion utilisée avec le sens d' "*engagement*", d' "*inscription dans le budget*", et non pas de "*tutelle hiérarchique*".

¹⁸ Publiée dans *Monitorul Oficial al României* (Journal Officiel de la Roumanie), partie I, n° 431 du 19 juin 2003.

¹⁹ Publiée dans *Monitorul Oficial al României* (Journal Officiel de la Roumanie), partie I, n° 453 du 25 mai 2006.

²⁰ Voir le *Rapport d'information sur la démocratie locale et régionale en Roumanie (avril 2002)*, réalisé dans le cadre du Congrès des Pouvoirs Locaux et Régionaux d'Europe par les rapporteurs MM. J.-C. Frecon et L. Van Nistelrooij, texte disponible sur le site officiel du Conseil de l'Europe, www.coe.int, p. 32.

²¹ Publiée dans *Monitorul Oficial* (Journal Officiel de la Roumanie), partie I, n° 299 du 24 mai 2013.

²² Si les collectivités locales françaises ont vu leurs dépenses progresser considérablement depuis 30 ans, leurs ressources ont connu des périodes plus ou moins fastes avec des fortes disparités selon les collectivités. Le cas du maire de Sevran qui entame, en novembre 2012, la grève de la faim pour attirer l'attention sur la situation financière de sa commune est déjà notoire.

²³ C. Constit., 28 déc. 2000, 2000-442 DC, LFI 2001.

²⁴ Parmi les textes les plus importants, on peut en mentionner à titre d'exemple : la Loi n° 571/2003 concernant le Code fiscal, l'Ordonnance d'urgence n° 45/2003 concernant les finances publiques locales, la Loi-cadre relative à la décentralisation n° 339/2004, la nouvelle Loi-cadre de la décentralisation n° 195/2006, la nouvelle Loi relative aux finances publiques locales n° 273/2006, l'Arrêté du Gouvernement relatif au financement des établissements d'enseignement préuniversitaire d'État, financés par les budgets locaux, sur la base des standards de coût par élève/précolaire pour l'année 2010 n° 1618/2009, l'O.U.G. n° 46/2013 etc.

²⁵ Voir à ce sujet, A. Profiroiu, M. Profiroiu, *Autonomia financiară a colectivităților locale din România – premisă a succesului descentralizării* (L'autonomie financière des collectivités locales de Roumanie – prémisses du succès de la décentralisation), dans *Transylvanian Review of Administrative Sciences* n° 19/2007, pp. 77-85.

ARTICOLE

STRUCTURĂ ȘI ARGUMENTARE ÎN DREPT. APLICAȚII PRACTICE

Ioana STUPARIU*

Abstract: Structure and argumentation in the legal field. Practical aspects. *The purpose of this article is to firstly analyze the influence debate can have on the career of a young law practitioner, and secondly to illustrate a couple of methods widely used in the debating circuit in order to improve the structure and the general level of argumentation of a discourse. In that sense, this paper will begin by presenting the reasons why such an article is necessary, then it will explore extensively the concept of **debate** and the existing debating formats. Following a brief introduction to what the British Parliamentary debating format is, it will identify the practical utility of multiple defining elements of this format, mostly concerning the legal field. Finally, it will make a couple of recommendations destined to law students and law graduates in order to improve their practical argumentation abilities.*

Keywords: *Debate, Argumentation, Structure, Logics, British Parliamentary*

Cuvinte cheie: *Dezbatere academică, Argumentare, Structură, Logică, British Parliamentary*

Introducere

Structura și argumentarea sunt două **concepte cheie** pentru succesul oricărui jurist veritabil, indiferent că este vorba de un discurs scris sau oral. Pe de-o parte, structura este cea care conferă claritate și facilitează transmiterea mesajului într-o manieră coerentă și sistematizată. Pe de altă parte însă, tipul și modul de argumentare dețin rolul principal în conturarea unei idei ca fiind persuasivă și credibilă, având aptitudinea ca, prin particularizare, să o diferențieze de altele. Ele pot fi deprinse, ajungând să fie bine stăpânite, prin diferite metode, precum studiul unor lucrări de specialitate, participarea la traininguri oferite de specialiști sau persoane cu experiență în domeniu, parcurgerea unor cursuri de argumentare sau logică juridică sau, de cele mai multe ori, numeroși ani de experiență practică. Niciuna din aceste metode nu reprezintă însă o constantă în mediul universitar juridic. Cursurile de argumentare și retorică sunt adesea simple opționale¹, rareori fiind aplicate specificului facultății sau realității practice din mediul juridic. Lucrările de specialitate nu sunt actualizate, sunt prea abstracte, nefiind la îndemâna studenților

români nefamiliarizați cu studiul individual fără motivația unei note mari la examen. Iar metoda experienței este inaplicabilă tinerilor juriști, aceștia fiind la începutul unui drum dificil cu care, după ani grei de muncă, abia încep să se familiarizeze.

Lipsit de prea multe oportunități apte să creeze un context favorabil dobândirii de aptitudini, este de la sine înțeles că sistemul de învățământ universitar juridic din România eșuează în pregătirea absolvenților pentru cerințele pieței muncii, responsabilitatea diminuării acestui deficit rămânând în sarcina studenților. Ca în multe alte ipostaze, mediul universitar occidental², confruntat și el adesea cu lipsa sistemică a unui mecanism eficient și constant prin care tinerii juriști să deprindă aptitudini esențiale pentru un viitor profesionist - abilitatea de a structura și de a argumenta în mod pertinent pe o anumită temă - oferă o soluție acestei probleme: **dezbaterele academice**.

Conceptul de dezbatere academică

Dezbaterile academice, sau debate-ul, cum este denumit uzual în circuitul de dezbateri internațional și local, reprezintă o metodă organizată de a argumenta și contraargumenta pe o anumită temă³, după anumite reguli bine cunoscute de participanți. Modul în care acestea se desfășoară variază de la un format la altul, însă dezbaterile academice, în sine, sunt guvernate de o serie de reguli constante care transcend formalitățile impuse de un anumit format, precum fair-play-ul, păstrarea laturii educative și constructive, și competitivitatea.

a. **Fair-play**-ul ilustrează, la fel ca în sporturile declarate ca fiind *olimpice*, o atitudine corectă și tolerantă față de toți participanții implicați în dezbateri, nefiind tolerate atacurile la persoană, rasismul, afirmațiile xenofobe, agresivitatea excesivă sau crearea unor situații umilitoare pentru cei implicați. Acesta implică, de asemenea, o abordare echidistantă (conceptul de *political correctness*⁴) față de toți actorii vizați de un anumit subiect de dezbateri, precum grupuri defavorizate, agenți ai unor acțiuni și/sau persoanele afectate de acele acțiuni, state, persoane juridice, organizații internaționale, grupuri de lobby etc. Astfel, acceptarea argumentelor aduse ca fiind plauzibile pentru a fi ulterior analizate și contraargumentate reprezintă o premisă a fiecărei dezbateri, cu excepția limitelor precizate anterior considerându-se că orice subiect de dezbateri poate fi analizat în mod pertinent, de ambele părți, meritând atenția egală a echipelor.

Nu în ultimul rând, conceptul de fair-play în dezbateri desemnează obligativitatea ascultării celui care susține un discurs și a respectării regulilor din dezbateri, participanții fiind penalizați pentru încălcarea acestora.

b. **Rolul educativ** al dezbaterilor reprezintă un atribut indispensabil acestora, dată fiind natura cadrului în care acestea se desfășoară. Participanții fiind studenți, aflați la începutul drumului lor profesional, latura educativă a dezbaterilor se manifestă prin componenta oferirii de *feedback*⁵ la finalul fiecărei dezbateri, precum și prin varierea temelor la fiecare competiție. Astfel, mai întâi, participanții sunt nevoiți să se documenteze constant, pentru a putea fi mereu pregătiți pentru temele de dezbateri date, ducând la

creșterea nivelului de cultură generală. De asemenea, prin participarea constantă, aceștia deprind numeroase abilități, adesea esențiale pentru reușita în profesie: munca în echipă, capacitățile oratorice dezvoltate sau reactivitatea la opiniile opuse exprimate reprezintă doar câteva din abilitățile pe care tinerii debateri le exersează constant.

c. **Rolul constructiv** al dezbaterilor reprezintă, de pe altă parte, argumentul suprem pentru existența și susținerea acestora de către orice societate. Propunând teme de interes și de actualitate⁶, dezbaterile academice creează cadrul propice analizării a diferite ipoteze, argumente, planuri de acțiune sau rezultate ale unor decizii, asigurând o analiză pertinentă, echidistantă, rațională a punctelor cheie din dezbateri. Adeseori, participanții sunt nevoiți să propună soluții la probleme adânc înrădăcinate în societate⁷, creativitatea fiind un factor cheie pentru progresul dezbaterii și, implicit, progresul societății. Totodată, prin dezvoltarea gândirii critice, stimularea lor și a mentalității orientate spre identificarea problemelor, găsirea de soluții și stabilirea relațiilor cauzale existente, participanții devin membri implicați ai societății, ducând la un progres general al acesteia.

d. **Competitivitatea** reprezintă, de asemenea, o constantă în competițiile de dezbateri academice, fiind un element stimulator pentru participanți să se documenteze, să participe la cât mai multe dezbateri și, astfel, să evolueze. Deși participarea la competiții poate reprezenta pentru mulți tineri un efort material, fizic și intelectual deosebit, dorința de a străluci, de a câștiga o dezbateri prin aducerea celor mai bune argumente și demontarea argumentelor celorlalte echipe reprezintă motivația primară a tinerilor pentru angrenarea continuă într-o activitate intelectuală încă nepopulară în afara mediului universitar.

Dincolo de toate aceste componente, dezbaterile academice reprezintă o unealtă folosită de mediul universitar pentru a crea un context în care tinerii să își dezvolte numeroase aptitudini, ajutând în același timp societatea să evolueze prin creșterea toleranței, orientarea societății spre o raționalizare a discursului și educarea tinerilor către o gândire critică capabilă să identifice și să evite erorile de logică și argumentare din discursul public.

Formate de dezbateri

În lume există, la acest moment, numeroase formate de dezbateri, adaptate mediului în care se practică. Există formate de dezbateri care se practică doar între elevii de liceu, fiind specifice necesităților acestora de documentare și aprofundare a unor teme care depășesc aria curriculei școlare (*Karl Popper*⁸ sau *World Schools*⁹) sau care se practică doar în anumite regiuni, precum *Australs*¹⁰, care se practică doar în Australia și zona insulară din Pacific, sau *American Parliamentary*¹¹, format adoptat și prezent cu preponderență în universitățile din Statele Unite.

De departe cel mai popular format este însă formatul *British Parliamentary*¹², inspirat din dezbaterile parlamentare britanice și prezent în circuitul universitar din întreaga lume. Anual au loc turnee de dezbateri internaționale găzduite de toate marile universități din lume (Oxford Intervarsity¹³, Cambridge Intervarsity¹⁴, Yale Intervarsity¹⁵,

Vienna Intervarsity¹⁶ etc.), culminând cu Campionate continentale (Campionatul European de Dezbateri¹⁷, Campionatul Australo-Asiatic de dezbateri¹⁸) și Campionatul Mondial de Dezbateri¹⁹, competiția supremă între universități, la care participă anual mii de studenți din întreaga lume, având diferite arii de specializare.

Formatul **British Parliamentary** presupune ca la fiecare dezbatere să participe 4 echipe, două echipe ale Guvernului și două ale Opoziției, fiecare având câte doi membri. Participanții susțin câte un discurs de 7 minute, prin care argumentează pro sau contra temei date, contraargumentând în egală măsură susținerile echipelor de pe banca adversă. Fiecare dezbatere are loc pe o temă diferită, care se anunță cu 15 minute înainte de începerea rundei. Odată ce află tema, participanții încep pregătirea strategiei de echipă, concep și construiesc argumente care să le susțină poziția, încearcă să anticipeze argumentele echipelor oponente pentru a pregăti contraargumente, toate în scopul câștigării dezbaterii. Pentru aceasta, ei se folosesc doar de cunoștințele pe care le dețin, având voie să comunice doar cu coechipierul și să consulte numai materialele tipărite pe care le dețin.

Temele de dezbateri sunt de interes general și acoperă o gamă largă de domenii, de la economie la politică, de la istorie la probleme care vizează societatea, de la drepturile omului la drept. Uneori însă, există competiții care restrâng temele de dezbateri la anumite arii de specialitate, precum dezbateri pe domeniul relațiilor internaționale, dezbateri pe economie, literatură sau teme juridice. În toate cazurile, temele sunt concepute astfel încât să fie echilibrate și să permită argumente suficiente atât pentru echipele Guvernului, cât și pentru echipele Opoziției, nefiind totodată prea restrânse pe un anumit domeniu, pentru a le păstra relevanța. Aceste atribute ale temelor de dezbateri sunt cu atât mai importante cu cât echipele participante nu sunt specializate pe domeniile respective, și nici nu pot alege poziția din care trebuie să dezbată, astfel încât asigurarea echității devine o necesitate pentru însăși existența competiției.

Dezbaterea este vizionată și analizată de unul sau mai mulți arbitri, care oferă, la final, puncte echipelor, în funcție de poziția pe care o ocupă în dezbatere (locurile 1, 2, 3 sau 4 sunt recompensate cu 3, 2, 1, respectiv 0 puncte). Totodată, dat fiind scopul educativ al dezbaterilor academice, aceștia oferă o justificare a deciziei lor și sfaturi pentru echipele participante, pentru a-și îmbunătăți performanțele în dezbaterile viitoare.

Decompunerea formatului British Parliamentary și utilitatea sa în practică

Datorită modului său de structurare și concepere, formatul British Parliamentary este, la ora actuală, nu doar compatibil mediului universitar juridic, ci chiar complementar lui. Participarea la competiții de debateri academice conferă tinerilor o serie de abilități de o importanță crucială în lumea juridică, indiferent de meseria concret adoptată (avocat, judecător, procuror, notar, consilier juridic etc.):

- **Respectul față de oponent.** Prin instituirea unui sistem de reguli strict, dezbaterile academice, în speță, în formatul British Parliamentary, instituie un cadru în care dezbaterile în contradictoriu pe orice temă se poartă de pe poziții egale, respectând

echipele aflate pe poziții adverse și arbitrul dezbaterii atât în timpul, cât și în afara acesteia. Din aceasta perspectivă, meciurile de dezbateri pot fi transpuse cu ușurință în realitatea juridică contemporană: pe de-o parte, în instanță, avocații, judecătorii și procurorii, cândva colegi pe băncile facultății, sunt acum forțați să interacționeze de pe poziții de contradictorialitate sau subordonare formală, existând permanent riscul unor fricțiuni între aceștia. Or, deprinderea unui simț al respectului față de reguli, față de arbitrul aflat formal într-o postură de autoritate și față de colegii aflați în contradicție formală cu tine însuși, în cazul dezbaterilor academice, se transpune cu o mai mare ușurință în respectul față de lege, față de judecător, respectiv față de alți avocați sau de procurori, creând premisele unei mai bune colaborări pentru înfăptuirea justiției. Pe de altă parte, obișnuința muncii în echipă, a colaborării pentru a câștiga o dezbatere, acceptarea argumentelor aduse de celelalte echipe ca fiind potențial valide, reprezintă garanții ale unei mai bune interacțiuni cu alți angajați sau cu clienții, indiferent de mediul în care acestea au loc.

- **Empatia și obiectivitatea.** Dezbaterile academice sunt adesea criticate ca fiind inflexibile față de opiniile personale ale celor puși în situația de a adopta și susține o anumită poziție. În mod paradoxal, însă, tocmai această trăsătură favorizează creșterea empatiei și implicit a nivelului de înțelegere față de argumentele opuse opiniei proprii. Atunci când o persoană este pusă în situația de a susține o poziție cu care nu se identifică ca individ, aceasta este forțată să se desprindă de zona sa de confort, găsirea de argumente devine o provocare reală, iar argumentele alese tind să fie prezentate detașat, cu un mai mare grad de obiectivitate. O asemenea detașare le conferă credibilitate, făcând dezbaterile mai aproape de realitate și mai probabilă a avansa, elementul subiectiv, care blochează adesea puterea de empatie și înțelegere, fiind diminuat considerabil. O astfel de caracteristică a dezbaterilor academice nu poate decât să fie utilă în viața unui practician din mediul juridic. Acesta este adesea nevoit să reprezinte clienți cu opinii, probleme sau viziuni cu care nu se identifică ca persoană, sau să susțină argumente pe care le consideră eronate sau lipsite de echivalență în lumea reală. Abilitatea de a recunoaște, însă, că nu există adevăr absolut, și conștientizarea faptului că raționalitatea umană permite construcția de argumente pertinente de ambele părți ale unei dezbateri reprezintă trăsături cruciale ale oricărui jurist, ducând la argumente mai atent construite, în cazul avocaților, precum și la soluții mai drepte, mai apropiate de ceea ce ar trebui să reprezinte standardul ideal de echitate, în cazul judecătorilor.
- **Capacitatea de documentare constantă și de asimilare a cunoștințelor într-un ritm crescut** este datorată anunțării temei de dezbateri doar înaintea dezbaterii, mai precis, cu 15 minute înainte, ducând la familiarizarea participanților cu exersarea gândirii critice și a abilității de argumentare sub presiune, contra timp. Or, în contextul realității juridice contemporane, în care legislația se modifică de la o zi la alta, iar a ține pasul cu multitudinea de surse legislative existente poate deveni o reală problemă, o astfel de abilitate nu poate fi decât un avantaj prețios în practică.

Tinerii juriști sunt educați, prin intermediul dezbaterilor academice, să se informeze constant și independent de orice factor motivator sau cadru extern, în vederea construirii de argumente și strategii juridice în ton cu exigențele de complexitate ale realității în care sunt plasate. Prezintă relevanță în acest sens temele de dezbateri privind răspunderea statelor în cazul unor intervenții militare sau a unor acțiuni pe plan internațional. De pildă, o dezbateri privind situația din Fâșia Gaza poate să aibă loc doar dacă participanții sunt la curent cu statusul Israelului și Palestinei²⁰, fiind capabili să înțeleagă contextul conflictului și istoricul său. Or, dat fiind faptul că subiectul prezintă actualitate și impactul său este imediat, o dezbateri pe această temă la orice competiție în 2014 este mai mult decât previzibilă, ceea ce face informarea participanților pe subiect o necesitate de necontestat.

- **Creativitatea** reprezintă un element capabil să facă diferența dintre un eșec sau un succes într-un proces sau raportat la o potențială problemă juridică cu care se confruntă un client. Pierduți între numeroasele norme procedurale și substanțiale adesea interpretabile, juriștii sunt adesea nevoiți să improvizeze, să combată convenționalul și să treacă dincolo de soluțiile facile, la îndemână. În mod necesar, premisa realizării de artificii juridice valide, găsirea de soluții și argumente inedite, precum și adoptarea unor strategii câștigătoare o reprezintă cunoașterea excelentă a prevederilor legale pe care se bazează. Creativitatea avocaților este cea care permite identificarea de probleme în legislația existentă, o anumită jurisprudență având puterea de a influența, direct sau prin ricoșeu, alegerile legislative ale guvernanților. Per ansamblu, se consideră că o societate progresa atunci când membrii săi își manifestă elementul creator²¹, iar mediul juridic nu face excepție de la această regulă. Importanța creativității este evidentă în dreptul administrativ, unde adesea lacunele legislative sau interpretabilitatea legii lasă loc unor soluții inedite oferite de avocați. Un exemplu relevant este introducerea conceptului de *expropriere de fapt*²², concept creat ca urmare a necesității practice și din dorința asigurării echității dincolo de rigiditatea literei legii.
- **Orientarea strategică** poate fi considerată ca decurgând din specificul dezbaterilor academice în general, însă ea este mult mai puternic prezentă în cadrul formatului British Parliamentary, când dezbaterile se poartă între 4 echipe, nu 2, existând 4 poziții pe care echipele pot să se plaseze la finalul dezbaterii. Echipele participante sunt nevoite să ia decizii și să realizeze concesii cu privire la anumite argumente, pentru ca alte argumente să capete forță și relevanță în dezbateri, ducându-i mai aproape de scopul propus, câștigarea respectivei dezbateri. În practică, în prezența unei game largi de alternative legale, avocații trebuie adesea să adopte strategii complexe care să le crească șansele de reușită. Capacitatea de a anticipa rezultatele anumitor decizii, precum și acțiunile oponentului, reprezintă o calitate care face diferența între o acțiune admisă și respinsă. Invocarea unei anumite jurisprudențe la momentul potrivit, ridicarea de excepții procesuale sau prezentarea anumitor argumente pot să schimbe decisiv soluția unui anumit

litigiu, iar a stăpâni arta celei mai bune poziționări strategice nu poate fi decât un avantaj incomensurabil față de oponenti.

- Nu în ultimul rând, **deprinderea gândirii critice și analitice**, poate cea mai importantă trăsătură a celor care practică dezbateri academice, favorizează construcția de argumente pertinente și relevante, totodată bine fundamentate, precum și reactivitatea în fața structurilor argumentative marcate de erori și subterfugii menite să le confere o forță mai mare decât cea care li s-ar cuveni în mod obișnuit, precum apelul la autoritate²³, apelul la emoție²⁴ sau crearea de legături cauzale false. Un debater este familiarizat ca, pus în fața unui argument, să caute să îl înțeleagă, să îl decompună și să îl analizeze în vederea identificării de erori sau a lipsei de legături cauzale între componentele sale (premisă, concluzie, raționament, exemple etc.). Mai mult, el este capabil să diferențieze între diferitele argumente valabile care pot fi aduse pe o anumită temă la nivel de relevanță, forță substanțială sau impact produs, ceea ce, pentru un practician în Drept, reprezintă însăși esența meseriei sale. A fi capabil să identifice și să prezinți argumente din poziția în care te afli reprezintă, evident, o necesitate a deținerii meseriei de jurist, însă a fi apt să le compari, să le ierarhizezi, să le diferențiezi importanța și relevanța în funcție de context și să le construiești riguros, reprezintă cheia unei argumentații de succes și, deci, reușita pe plan profesional. Importanța gândirii de tip analitic se reflectă și în dreptul penal, unde capacitatea de a încadra corect o anumită faptă penală, de a aprecia corect o anumită stare de fapt și a vedea diferențe de nuanță poate face diferența între o condamnare și o achitare pentru inculpat.

Ceea ce este esențial de înțeles este că dezbaterile academice nu conferă, *per se*, cunoștințe de Drept. Ele conferă, însă, abilități, pe care larga majoritate a practicienilor le dobândesc după ani de practică, ceea ce le conferă o valoare inestimabilă pentru societate și pentru cei care le practică.

Recomandări pentru tinerii juriști. Metode de exersare a abilităților specifice dezbaterilor academice

Dincolo de toate aceste observații, și revenind la premisele acestui articol, pot fi identificate o serie de elemente suplimentare apte să conducă orice tânăr jurist pe drumul cel bun în deprinderea acestor abilități de bază încă de pe băncile facultății, chiar fără a practica la nivel competitiv dezbateri academice.

Structura unui discurs scris sau oral

Structura este cea care conferă ordine între ideile celui care le exprimă, facilitând transmiterea acestora către o anume audiență sau către cititor. Ea este primul pas în

dobândirea rigurozității argumentative și, deci, deprinderea unor competențe precum gândirea analitică sau orientarea strategică. O structurare atentă presupune identificarea cu atenție a ideilor deținute pe tema respectivă și ordonarea lor într-o manieră coerentă, logică, care să servească scopului propus. Câțiva pași de urmat ar fi:

1. Expunerea tezei care se dorește a fi demonstrată.
2. Identificarea și prezentarea argumentelor sau elementelor principale care urmează a fi analizate pentru a dovedi teza inițială.
3. Stabilirea ordinii expunerii argumentelor, în ordinea relevanței lor, sau a capacității susținerii tezei.
4. Expunerea sistematică a argumentelor folosite, luând în considerare relevanța lor pentru teza de dovedit.
5. Prezentarea concluziilor, oferirea de recomandări sau sugestii de modificare sau păstrare a anumitor acțiuni sau activități anterior analizate.

De asemenea, păstrarea simetriei construcției orale sau scrise, prin adoptarea unei structuri de tip **introducere - conținut/cuprins - concluzie**, constituie o necesitate pentru transmiterea corectă și fixarea mesajului pentru audiență.

Un exemplu relevant, în care o analiză structurată servește scopului aflării adevărului, poate fi considerată calificarea unui contract ca fiind contract de agenție sau de comision, în dreptul distribuției. Deși există numeroase puncte în care cele două calificări converg sau diverg, este imperios necesar ca cel care le analizează să își contureze fiecare din aceste puncte, în mod sistematizat, ținând cont de trăsăturile esențiale ale fiecărui tip de contract și de prezența lor în speță. Odată identificate punctele de convergență și divergență (sau, altfel spus, asemănările și deosebirile), acestea trebuie grupate și ordonate pe criterii precum proximitatea conceptuală sau relevanța, urmând a fi comparate și evaluate. Indiferent de rezultatul analizei asemănărilor și deosebirilor identificate, acesta este considerat ca pertinent cât timp a fost obținut respectând acești pași și, deci, având suficiente elemente care să îl susțină.

Lipsa ordinii și a structurii în argumentare duce la riscul pierderii anumitor idei sau a construcției de argumente nefundamentate, eronat construite, scăzând din persuasiunea generală a discursului persoanei în cauză.

Argumentarea ca unealtă de persuasiune

În ceea ce privește tehnicile de argumentare folosite, acestea pot să varieze de la caz la caz, folosindu-se tehnici precum **inducții**²⁵, **deducții**²⁶ sau **analogii**²⁷. În toate cazurile, este important de reținut structura unui argument bine construit, desfășurată sub forma a patru elemente: premisa, raționamentul, exemplul/exemplele care susțin raționamentul și impactul argumentului.

Teza (Statement) reprezintă ceea ce trebuie dovedit prin construirea argumentului respectiv. Ea reprezintă concluzia la care trebuie să se ajungă în urma inferenței logice, fiind deci scopul argumentului. De regulă, argumentările din mediul juridic sunt complexe, astfel încât, de multe ori, tezele unor argumente reprezintă premise ale unor alte argumente. Un

astfel e exemplu este dat de modul în care funcționează sistemul penal: în pledoariile lor, avocații au ca scop, deci ca teză a argumentului lor, dovedirea nevinovăției clienților lor. Pentru a face acest lucru, ei se folosesc de numeroase alte argumente precum dovedirea prezenței clientului lor într-un anumit loc, la momentul comiterii infracțiunii, dovedirea lipsei mobilului (element de o importanță covârșitoare în sistemele de Common Law²⁸), probarea lipsei elementelor constitutive ale infracțiunii sau a existenței unor cauze justificative. Chiar dacă, în sine, toate acestea constituie argumente de sine stătătoare cu o structură proprie (teză, raționament etc.), tezele fiecăreia dintre acestea reprezintă în același timp elemente care vor constitui premise ale argumentului final, orientate înspre dovedirea lipsei vinovăției, teza finală a întregii construcții argumentative.

Raționamentul (*Explanation*) reprezintă inferința logică de la premisele argumentului la concluzie, care este teza argumentului. Acesta trebuie să reprezinte elementul principal din structura argumentului, în lipsa sa având de-a face cu simple afirmații. Un exemplu de raționament poate fi identificat în cazul argumentării în favoarea oferirii de avantaje fiscale semnificative companiilor care numesc femeii în posturi de conducere. Un argument pentru susținerea acestei măsuri ar putea fi scăderea nivelului de discriminare pe baza sexului, la angajare, iar raționamentul folosit ar fi faptul că femeile, aflându-se în posturi de conducere, ar avea șansa să își dovedească competența în fața tuturor, diminunând astfel o parte din motivele pentru care nu sunt angajate în acest moment în posturi de conducere.

Exemplul (*Example*) facilitează înțelegerea construcției argumentative prin ilustrarea unei situații ipotetice în care argumentul are aplicabilitate și duce la rezultatele scontate. Exemplele pot fi pur ipotetice sau pot fi preluate din alte situații similare. Acestea au rolul de a trasa corepondența între realitatea desemnată de argument la un nivel abstract și realitatea faptică, conferind greutate întregului argument. O astfel de situație este, în dezbateră pentru folosirea sistemului de jurați, argumentul creșterii șanselor de a lua o decizie echitabilă, argument care ar putea fi susținut de exemplul erorilor judiciare care sunt mult mai probabile în cazul unui singur om - judecătorul - decât în cazul unui grup de oameni care trebuie să se pronunțe în unanimitate.

În fine, **impactul** argumentului (*Impact*) reprezintă motivul pentru care argumentul în sine este relevant. Impactul trebuie analizat la două niveluri: impact cantitativ și calitativ. Impactul cantitativ se referă la cât de tare este afectată o persoană sau un grup de persoane de o anumită măsură. De pildă, într-o dezbateră privind taxarea diferită a persoanelor cu venituri mici și a celor cu venituri medii și mari, un argument ar consta în efectul diferit pe care o taxă procentuală egală l-ar avea asupra celor două grupuri de persoane. În acest sens, 16 % dintr-un salariu minim pe economie are un impact mult mai mare asupra vieții persoanei respective decât 16 % dintr-un salariu de 10.000 lei. Analiza acestui tip de impact permite o nuanțare a consecințelor argumentului și o mai bună angrenare a sa în realitate.

În același timp, impactul cantitativ se referă la aspectele numerice ale argumentului: câte persoane sunt afectate, procentul de persoane vizate, timpul necesar, cantitatea de resurse folosite etc. Analiza impactului calitativ reprezintă expresia laturii

pragmatice a argumentului, un argument fiind adesea relevant numai în măsura în care este aplicabil unui număr considerabil de persoane. Un astfel de exemplu este, în cazul ipotezei reorganizării sistemului judiciar prin desființarea tuturor tribunalelor și parchetelor aferente, faptul că o astfel de măsură ar afecta un număr mare de persoane - justițiabili, avocați, judecători, procurori, atât pe plan profesional, cât și personal – având efecte semnificative asupra resurselor materiale ale statului și timpului alocat soluționării proceselor. Cu cât numărul de persoane afectate este mai mare, direct sau procentual, cu atât argumentul devine mai relevant și trebuie tratat cu o mai mare atenție.

Concluzie

Prin natura lor, dezbaterile academice reprezintă o metodă utilă și eficace pentru deprinderea de către tinerii juriști a unor abilități esențiale pentru ridicarea la exigențele pieței competitive a muncii și reușita pe plan profesional. Desigur, pornind de la formatul dezbaterilor academice, orice persoană poate adopta anumite tehnici, împrumutate din formatele de dezbateri bine cunoscute, pentru a-și îmbunătăți performanțele și a argumenta într-un mod mai pertinent, relevant și temeinic, tehnici care pot ține de structură sau de argumentarea în sine. Însă, dincolo de obiectivele individuale, este cert că, pentru a asigura progresul și funcționarea unei societăți, e nevoie de agenți ai justiției mai bine pregătiți, capabili să distingă între adevăr și neadevăr, și să identifice erorile de argumentare, toate acestea pentru asigurarea echității ca ideal suprem dorit de membrii săi.

* LLM International Business Law - Central European University, Budapesta; ioana.stupariu@lawyr.it.

¹ Acest lucru este dovedit de planurile de învățământ ale celor mai importante facultăți de drept din România. În cazul Universității Babeș-Bolyai, disciplina *Logică juridică* este curs opțional, iar disciplina *Teoria Argumentării* nu este nici măcar disciplină opțională, ea fiind doar facultativă. Planul de învățământ 2013-2014 <<http://law.ubbcluj.ro/images/proprui/Pl.%20inv.%202013-14%20aprobat-1.pdf>> Accesat 25 Iulie 2014. În cazul Universității din București, disciplina *Logică juridică* este, la rândul său, simplă materie facultativă. Planul de învățământ 2013-2014 <http://drept.unibuc.ro/dyn_doc/oferta-educationala/licenta-zi/plan-inv-2013-2014/plan-inv-tamant-anul-l-zi-2013-2014-v2.pdf> Accesat 25 Iulie 2014

² Este vorba cu predilecție de mediul universitar de filieră anglo-saxonă, unde dezbaterile academice sunt adânc înrădăcinate în tradiția academică a universităților. Celebrele Oxford Union și Cambridge Union Society dețin o tradiție de zeci de ani în circuitul competitiv internațional. Oxford Union <https://www.oxford-union.org/debates/competitive_debating> Accesat 27 Iulie 2014, respectiv Cambridge Union Society <<https://cus.org/>> Accesat 27 Iulie 2014

³ Astfel de teme sunt: *Acest Parlament ar desființa NATO sau Acest Parlament nu crede în dreptul la autodeterminare al popoarelor*. O bază de date comprehensivă, pe categorii, conținând cele mai des utilizate teme de dezbateri se află pe site-ul IDEA (International Debate & Education Association) <<http://idebate.org/motions>> Accesat 27 Iulie 2014

⁴ Conceptul poate fi consultat în detaliu în Steven C. Bahls, 'Political Correctness and the American Law School' (1991) *Washington University Law Review*, Vol. 69. Issue 4 <<http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1921&context=lawreview>>

- Accesat 19 Iulie 2014, precum și în Marc Tushnet, 'Political Correctness, the Law and the Legal Academy' (2013) *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 4 Issue 1
- ⁵ Un ghid detaliat al modalității de oferire a feedback-ului poate fi găsit pe World Debate Website <<http://flynn.debating.net/omarguide.htm>> Accesat 27 Iulie 2014
- ⁶ La fiecare competiție se încearcă oferirea de teme în concordanță cu evenimentele din ultimele luni. De exemplu, la Campionatele Mondiale din India din acest an, printre temele de dezbateri s-au aflat: *Acest Parlament crede că Acordul Trans-Atlantic este în interesul statelor mici și mijlocii parte la tratat*, în contextul rundelor de negociere aflate în plină desfășurare la acel moment; *Acest Parlament crede că NATO ar trebui să ofere statutul de membru necondiționat tuturor statelor fost membre ale Uniunii Sovietice, cu excepția Rusiei*, în contextul tensiunilor din Ucraina și Crimeea; *Acest Parlament ar permite statelor să plătească alte state pentru a le găzdui solicitanții de azil care le trec granițele*, în contextul fluxului masiv de persoane solicitante de azil ca urmare a conflictelor din cadrul și ulterior Primăverii Arabe. Lista completă a temelor de dezbateri de la acest eveniment pot fi găsite aici: <<http://www.debate-motions.info/wudc-motions/304-wudc-2014-chennai-motions>> Accesat 26 Iulie 2014
- ⁷ Precum problema discriminării femeilor în mediul profesional, adresată prin teme de dezbateri precum: *Acest Parlament ar oferi deduceri fiscale semnificative companiilor care angajează femei pe posturi de conducere*, temă care va fi dezbătută la Campionatele Naționale de Dezbateri pentru Elevi din acest an.
- ⁸ Format disponibil pe site-ul IDEA <<http://idebate.org/sites/live/files/standards/documents/rules-karl-popper.pdf>> Accesat 26 Iulie 2014
- ⁹ Format disponibil pe site-ul Campionatului Mondial pentru Elevi <http://www.schoolsdebate.com/docs/rules_debating_2011feb.pdf> Accesat 27 Iulie 2014
- ¹⁰ Formatul este descris aici Alfred C. Snider, 'A short guide to competitive debate formats' (2011) *University of Vermont* <<http://debate.uvm.edu/dcpdf/debateformatguide.pdf>> Accesat 28 Iulie 2014
- ¹¹ Formatul poate fi aprofundat pe site-ul American Parliamentary Debate Association <<http://www.apdawebsite.org/guide/rules>> Accesat 28 Iulie 2014
- ¹² G. Rhydian Morgan, 'British Parliamentary Debating' <http://debate.uvm.edu/dcpdf/Morgan_BP_Text.pdf> Accesat 27 Iulie 2014
- ¹³ Evenimentul are loc anual, ediția din 2014 fiind deja anunțată pentru 14-15 noiembrie 2014 <<http://oxfordiv.com/>> Accesat 23 Iulie 2014
- ¹⁴ Evenimentul are loc anual, ediția din 2013 s-a desfășurat în 15-16 noiembrie 2013 <<http://www.cambridgeiv.com/adj.html>> Accesat 23 Iulie 2014
- ¹⁵ Evenimentul a avut loc în octombrie 2013 <<http://www.yaledebate.org/iv/>> Accesat 26 Iulie 2014
- ¹⁶ Evenimentul a avut loc în perioada 7-9 martie 2014 <<http://www.debattierklubwien.at/vienna-iv-2014/>> Accesat 26 Iulie 2014
- ¹⁷ Ediția din acest an va avea loc la Zagreb, Croația, în perioada 18-24 august 2014 <<http://zagreb2014eudc.com/home.html>> Accesat 26 Iulie 2014
- ¹⁸ Ediția din 2013 a avut loc în Manila, Filipine <<http://www.debate-motions.info/uadc-motions/271-uadc-manila-2013-motions>> Accesat 26 Iulie 2014
- ¹⁹ Ediția din acest an va avea loc în Kuala Lumpur, Malezia, în perioada 27 decembrie-4 ianuarie <<http://www.malaysiaworlds2015.com/>> Accesat 26 Iulie 2014
- ²⁰ Un articol relevant care prezintă o analiză din perspectivă legală poate fi citit aici Suzanne Nossel, 'How Many Lawyers Does It Take To Fight A War?' (2014) *Foreign Policy* <http://www.foreignpolicy.com/articles/2014/07/24/how_many_lawyers_does_it_take_to_fight_a_war_war_crimes_israel_gaza_hamas> Accesat 27 Iulie 2014

- ²¹ Tony Proctor, *Creative Problem Solving for Managers* (Routledge, 2nd edition) <<http://cw.routledge.com/textbooks/0415345421/about/pdf/sample.pdf>> Accesat 25 Iulie 2014
- ²² Ovidiu Podaru, Practică judiciară comentată. Volumul I. Actul administrativ (Editura Hamangiu, 2010) 291-292
- ²³ Jacob E. Van Vleet, *Informal Logical Fallacies: A brief guide* (University Press of America, 2010) 17
- ²⁴ Jacob E. Van Vleet, *Informal Logical Fallacies: A brief guide* (University Press of America, 2010) 26, 30
- ²⁵ Inducția este tipul de inferență prin care dintr-o serie de premise cu caracter particular se naște o concluzie cu caracter general. Inducția este o generalizare, funcționând prin extinderea trăsăturilor majorității membrilor unui grup la toți membrii aceluși grup. Un exemplu de inducție poate fi observată în construcția *Germania este un stat democratic. Italia este un stat democratic. SUA este un stat democratic. Germania, Italia, SUA sunt țări. Deci toate țările sunt democratice.* Robert S. Wyer, Jr., Thomas K. Srull, *Handbook of Social Cognition* (Psychology Press, 2nd edition, 2014) 211
- ²⁶ Deducția este tipul de inferență prin care dintr-o serie de premise cu caracter general se naște o concluzie cu caracter particular. Deducțiile pornesc de regulă de la legi considerate ca general valabile. Un exemplu de deducție poate fi observată în construcția *Toți oamenii sunt muritori. Ion este om. Deci Ion este muritor.* Mai multe în Robert S. Wyer, Jr., Thomas K. Srull, *Handbook of Social Cognition* (Psychology Press, 2nd edition, 2014) 225
- ²⁷ Analogia este un tip particular de inducție prin care, pe baza unor trăsături comune a două obiecte, sunt transferate o serie de atribute noi ale unui obiect la celălalt obiect. De pildă, zborul cu parapanta, prin analogie, duce la reacții ale corpului similare cu participarea la curse de mașini. Robert S. Wyer, Jr., Thomas K. Srull, *Handbook of Social Cognition* (Psychology Press, 2nd edition, 2014) 233
- ²⁸ În sistemul de Common Law, mobilul infracțiunii (*motive*) prezintă importanță în momentul în care vina inculpatului nu este stabilită cu certitudine, în special în cazul dovezilor circumstanțiale. Prezența unui motiv poate, în aceste situații, să conducă la o soluție de condamnare. <<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Criminal+Law>> Accesat 28 Iulie 2014