

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 3/2011
iulie-septembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

DIRECTOR: Prof. dr. Paul VASILESCU

REDACTOR-ȘEF: lector dr. Mircea Dan BOB

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

lector dr. Sergiu BOGDAN

profesor dr. Dan CHIRICĂ

asist. Cosmin COSTAȘ

profesor dr. Mircea MINEA

profesor dr. Liviu POP

conf. dr. Florin STRETEANU

REFERENȚI:

George ANTONIU - profesor, Institutul de cercetări juridice, Academia Română

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

Vladimir HANGA - profesor dr.doc., Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec

Benoît MOORE - profesor, Université de Montréal

Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

- » **Studii:** Philip Thomas - HARMONISATION OF LAW: THE SOUTH AFRICAN EXPERIENCE 3

- » **Studii:** Alina Oprea - OBSERVATII PRIVIND REGIMUL PERSOANELOR JURIDICE IN DREPTUL INTERNATIONAL PRIVAT ROMAN DIN PERSPECTIVA REGLEMENTARILOR DIN NOUL COD CIVIL / Observations sur le régime des personnes morales en droit international privé roumain compte tenant les dispositions du nouveau Code Civil 19

- » **Articole:** Anca Ruen - PARADOXURILE JURIDICE ALE BUNEI-CREDINTE IN CONTRACTELE DE CONSUM. PRIVIRE COMPARATIVA INTRE SISTEMUL CONTINENTAL SI SISTEMUL AMERICAN / The legal paradoxes of good faith in consumer contracts. A comparative view between the continental system and the American system 41

- » **Articole:** Adrian Tamba - LEZIUNEA ÎN CONTEXTUL NOULUI COD CIVIL. CATEVA CONSIDERATII / La lésion dans le nouveau code civil roumain - quelques remarques 77

- » **Articole:** Paul Popovici - SATIRA DIN PERSPECTIVA DREPTULUI DE AUTOR / Satire from the point of view of the copyright 89

- » **Articole:** Carmen Lazar - TAXA DE POLUARE INSTITUITA DE O.U.G. 50/2008 ÎN VIZIUNEA CURTII DE JUSTITIE A UNIUNII EUROPENE / La taxe de pollution instituée par l'Ordonnance d'Urgence du Gouvernement no.50/2008 dans l'optique de la Cour de Justice de l'Union Européenne 98

- » **Articole:** Li Shigang - LES SURETES PERSONNELLES INNOMMEES EN DROIT CHINOIS ... 109

- » **Jurisprudenta:** Sergiu Gherdan - CLAUZA PRIN CARE SE INTERZICE CHIRIASULUI GAZDUIREA PERSOANELOR APROPIATE. NULITATE / Stipulation interdissant au preneur d'héberger ses proches. Nullité 119

HARMONISATION OF LAW: THE SOUTH AFRICAN EXPERIENCE*

Philip THOMAS**

Abstract: *South Africa has a mixed jurisdiction in more than one sense. This paper describes the successful harmonization of Roman-Dutch and English law, the obstacles to integration of indigenous law into the South African legal system and the work in progress integrating human rights into the private law.*

Keywords: Comparative law, mixed jurisdiction, legal history, harmonisation of law, law of contract, constitution, expropriation, indigenous law

1. Introduction

Having been advised for many years by educationalists to use the Socratic method, I did suspect that they believed that Socrates was a famous Brazilian soccer player and that his method consisted of passing the ball. However, the method of the other Socrates only works if you know the answers yourself. Nevertheless, I will begin this address by playing the devil's advocate and ask, during the Salzburg Summer School of European private law, "What is European private law? Does it still exist? Or is it the law which is slowly developed by European directives?" The answers depend on the paradigms one adheres to, Coing and Zimmermann¹ or Riesenhuber,² but I believe that the tacit assumption of the Salzburg Academy is that we are moving step by step towards harmonisation and unification of law within the European Union.³ Several members of our academy are members of the Expert Group on European contract law⁴ and it is to be hoped that the Salzburg Academy shall directly and indirectly make further contributions towards unification of law in Europe. My presentation relates some of the experiences of the South African law in past and present in the quest for a unified South African private law.

South Africa has a so-called mixed jurisdiction in several ways. First, in the traditional textbook⁵ sense where mixed legal systems denote a marriage between the civil and the common law, which can usually be attributed to colonial history. The second mixture is particular to Africa and results from the fact that at some

stage during history every country in Africa has been a colony.⁶ In consequence every African country has a mixed jurisdiction since the colonisers introduced their own law, but for pragmatic administrative reasons gave partial recognition to local law.

Finally, more recently another *mélange* is under construction on account of the advent of constitutional democracy in South Africa. This process consists of the integration of constitutional values and more particular the Bill of Rights into private law.

I will sketch the experiences in each field and finish with some conclusions, but first of all an elementary historical overview is required.

2. Historical overview

Written history of Southern Africa commences with the advent of European explorers: In 1488 the Portuguese landed at Mosselbay,⁷ followed by the Dutch in 1652,⁸ whose commercial settlement gave way to English rule in 1795/1806/1814.⁹

The latter provided some of the reasons for the Great Trek during the 1830's,¹⁰ when thousands of white settlers moved inland concomitant with the wars creating larger indigenous kingdoms.¹¹ The resulting states, both Boer republics¹² and African kingdoms, soon disappeared¹³ as first, in 1867 diamonds¹⁴ and later, in 1871 gold were found.¹⁵

In 1902 the whole country had become a British Crown Colony¹⁶ and in 1910 the Union of South Africa was established.¹⁷ In 1948 apartheid¹⁸ and in 1994 democracy were introduced.¹⁹

3. Relevance of the history for legal development

The Dutch East India Company, the employer of Jan van Riebeeck, who landed in 1652 at the Cape was a commercial company²⁰ and its sole interest was the establishment of a fortified refreshment station for her merchant ships on the Amsterdam-Batavia route.

During the seventeenth century the Dutch were a world power and Dutch legal science flourished.²¹ Dutch legal tradition was based on Roman law and part of the European *ius commune*, a coherent framework of legal concepts, principles and rules.

The remote and strategic position of the Cape was the reason that the shock waves of the French Revolution sweeping European legal culture hardly touched the Cape, since the territory found itself in a different legal culture under a new colonial regime, namely the British who ruled the waves and needed to protect the route to India.

3.1 British occupation

In terms of the articles of capitulation in 1795²² and in accordance with the rule of international law stating that the laws of a conquered country remain in force until they are altered by the conqueror, which had become part of English law by the decision of Lord Mansfield in *Campbell v Hall*²³ the laws of the Cape remained in force.

Thus English-educated lawyers²⁴ were confronted with a Roman-law based system, and legal development in the Cape Colony was entrusted to lawyers trained in another jurisdiction, in another legal tradition,²⁵ and in another language.

The English solved this dilemma by transforming the judiciary and changing the law of procedure. The Charters of Justice of 1827 and 1832²⁶ established an independent judiciary in the form of a Supreme Court with a professional bench and the Privy Council became the highest court of appeal; only British and colonial advocates could appear and be appointed as judges.²⁷ English became the official language of all superior courts.²⁸

Because the engine of legal development in the common law had been the administration of justice, Dutch procedural law was replaced by the English law of criminal and civil procedure,²⁹ a jury system and the concomitant English law of evidence were introduced.³⁰

As a general rule the Supreme Court would, whenever Dutch law was silent, look for answers in English law, where the robust development of commerce had spurred legal development, with the result that English mercantile law was freely imported.³¹

The possibility of appeal to the Privy Council led to the introduction of the English doctrine of *stare decisis*.³²

The success of the nineteenth-century harmonisation of the Cape law can be attributed to the introduction of the English system of administration of justice, which shifted the accent from system, concepts, principles and rules to the laws of procedure and evidence and the rules of court.

Introduction of the precedent system and the consequent law reporting³³ and translation of the basic and systematic textbooks of Roman- Dutch law³⁴ created the right ingredients for the developing South African common law.

The Cape Colony and its legal system and judicial organisation gradually annexed the whole of South Africa.³⁵

3.2 Boer republics, Union, Apartheid

The Great Trek resulted in the establishment of new states, namely the Oranje Vrijstaat³⁶ and the Zuid Afrikaansche Republiek.³⁷ The settlers founded a new Afrikaner culture in these republics: Dutch was the official language, Roman-Dutch law the legal system³⁸ and all efforts were directed at maintaining contact with the mother culture.³⁹

After establishment of the Union in 1910,⁴⁰ English and Dutch became the official languages of the Union.⁴¹ A South African legal system developed from the law of the four provinces, English law, the translated Roman-Dutch authorities and German pandectists.

In 1948 the National Party won the elections as the result of its Apartheid campaign⁴² and after its victory commenced to implement this ideology by means of legislation.⁴³

The recognition of Afrikaans as a language⁴⁴ had led to the transformation of certain universities into bastions of Afrikaans learning.⁴⁵ After 1948 Afrikaner legal scholars as well as Afrikaner members of the judiciary attempted to rid South African law of English influences,⁴⁶ a movement known as purism. The role of private law has been largely ignored in studies of Apartheid and views are divided whether the common law in particular was tainted by Apartheid.⁴⁷

4. Indigenous law

The second “mix” was the direct result of colonial and separatist policies, namely indirect rule and recognition of indigenous law

The policy of indirect rule was applied in Natal in 1849 when the power of native chiefs to examine and decide cases between members of their tribes according to indigenous law was preserved.⁴⁸ The next step was that the Lieutenant-Governor assumed the title of supreme chief of the native tribes.⁴⁹ The *Native Administration Law*⁵⁰ of 1875 introduced the repugnancy clause when it was provided that African civil matters could be adjudicated according to native African laws, customs and usages “so far as these shall not be repugnant to the settled principles and policy of natural equity.”⁵¹

The same policy was taken over in the Zuid Afrikaansche Republiek in 1885⁵² and continued in the *Native Administration Act* 38 of 1927⁵³ and the *Bantu Authorities Act*⁵⁴ in 1951.

The *status quo* has been retained in the new constitutional dispensation.⁵⁵ Thus, the role of indigenous law in the new constitutional order remains subjected to the same repressive tolerance. Viewed by many as a relic of colonialism and

apartheid, indigenous law has not shed its subordinate status, nor are meaningful attempts of harmonisation noticeable. The most positive approach has been voiced in the constitutional court, where Justice Sachs expressed the opinion that “development of the legal system demands giving long overdue recognition to African law and legal thinking as a source of legal ideas, values and practice.”⁵⁶ However, he also opined that “there are many aspects and values of traditional African law, which will [also] have to be discarded or developed in order to ensure compatibility with the principles of the new constitutional order.”⁵⁷ In a series of recent decisions essential parts of the main body of indigenous law, the law of persons and the law of succession, have been held to be unconstitutional on account of gender discrimination.⁵⁸ This clearly indicates the barrier against integration of indigenous law, namely that the essential characteristic of this law, patriarchy⁵⁹ is in conflict with the equality clause of the Bill of Rights.⁶⁰

5. Constitutional development

The democratic constitution introduced a new legal order. The Constitution proclaims itself to be the supreme law of the land, rules supreme and directs the development of society.⁶¹ The Bill of Rights forms an essential part and the various human rights are entrenched and protected.⁶² The overriding human right in the Constitution is human dignity.⁶³ Constitutional supremacy is safeguarded by judicial review and the constitutional court is the highest court of the country. The constitutional values as expressed in the bill of rights permeate every aspect of SA law.

In a recent decision the position was summed up⁶⁴ when it was held that “It is now accepted that all law derives its force from the Constitution and is thus subject to constitutional control. Any law that is inconsistent with the Constitution is invalid and, if that law is grounded in the common law, then it must be developed so as to bring it into line with the Constitution. All courts have a constitutional obligation to develop the common law so as to bring it in line with the values that underlie the Constitution.”

The constitutional imperatives are contained in section 39.⁶⁵

Section 39 (1) instructs the courts to promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; and section 39 (2) provides that the courts must develop the common law or indigenous law in the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.

Nevertheless, the response of the judiciary in the field of private law has been cautious⁶⁶ and the transformation of South African private law⁶⁷ has been driven by legislation.⁶⁸

I will briefly discuss two instances which exemplify this development: one in the law of contract and the other in property law.

5.1 Contract

The essence of the South African law of contract has been freedom and sanctity of contract, which were viewed as the contractual expressions of self-autonomy and human dignity.⁶⁹ These foundations were put to the test in *Barkhuizen v Napier*,⁷⁰ where the Constitutional Court was faced with a standard contract. Mr Barkhuizen had insured his car, which was later destroyed in an accident. The insurer repudiated the claim and two years later Barkhuizen instituted action. The insurer responded by raising the special plea that the time-limitation clause in the contract required summons to be served within 90 days of repudiation. Barkhuizen alleged the claim to be contrary to public policy as well as inconsistent with section 34 of the Constitution, which guarantees access to court.⁷¹ The Constitutional Court sidestepped direct testing of the constitutionality of a contractual term against a provision in the Bill of Rights and held that the proper approach of constitutional challenges to contractual terms of private parties is to determine whether the challenged term is contrary to public policy,⁷² as evidenced by the constitutional values.⁷³ The Court developed a test to determine whether a particular contractual term or the enforcement thereof is contrary to public policy, which test for practical purposes reduced the matter to fairness.⁷⁴ In consequence, the decision resulted in various interpretations by the judiciary, academics and practitioners.⁷⁵ Thus, when Breedenkamp, a commodities trader, suspected of being involved in illicit tobacco trading, arms trafficking, oil distribution, diamond extraction and reputedly a confidant and financial supporter of Robert Mugabe, was blacklisted by the USA and the Standard Bank of SA closed his accounts,⁷⁶ Breedenkamp took the bank to court and pursued the matter up to the Supreme Court of Appeal. He averred *inter alia* that the benchmark for constitutional validity of a contractual term was fairness⁷⁷ and that even if a contract is found to be fair and valid, its enforcement must also be fair.⁷⁸ This argument was based on the *Barkhuizen* decision, as it was proposed that the latter decision had laid down that fairness was a core value of the Bill of Rights.⁷⁹ The Supreme Court of Appeal held that Breedenkamp's argument was without merit and closed the door on the idea that the Constitutional Court had elevated fairness to a constitutional value.⁸⁰

5.2 Property

Section 25 of the Constitution, the property clause, protects rights to property, but simultaneously makes provision for land reform.⁸¹

5.3 Mineral and Mining rights

In 1998 the government published the *White Paper on Minerals and Mining* proposing that the international norm was the vesting of custodianship of mineral rights to the State. This view was based on the *United Nations Charter of Economic Rights and Duties of States*,⁸² and the constitution.⁸³

The Mineral and Petroleum Resources Development Act⁸⁴ came into effect on 1 May 2004 and gives effect to the notion of state custodianship of mineral rights.⁸⁵

The Act⁸⁶ not only transforms the South African mining industry, but has drastically changed property law, since the act effectively transferred ownership of privately held mineral rights to the state.⁸⁷ Holders of "old order" mineral rights had to apply to convert them to "new order" rights and if those rights were not used, they were lost.⁸⁸

However, in two recent decisions the Gauteng North High Court has ruled that the Act is effectively expropriating unused, old order mineral rights without compensation.⁸⁹ The most common interpretation of the decisions is that the state may be compelled to pay compensation or reinstate ownership of expropriated mineral rights. If the decisions are upheld on appeal the rulings would constitute a significant landmark in the protection of old order property rights.

6. Conclusion

The narrative of South African private law shows that the marriage between Roman Dutch and English law may not have been a happy one, but was indeed a successful union. However, the legacy of colonialism and the disastrous social engineering of Apartheid have introduced new challenges.

Although the South African constitution recognises diversity, the British approach of introducing new institutions, structure and process, thus placing the focus on legal procedure, was successful because both systems shared the same values. However, the integration of indigenous law into the SA legal system has been a failure on account of the conflict between the legal cultures. The cultural

divide between the patriarchal system of customary law and the Bill of Rights appears to be difficult to breach.

The transformation of the South African legal system by integration of Human Rights into the private law is also encountering serious obstacles. This may well be the result of internal contradictions within the constitution and the human rights culture represented therein. Section 7 (2) of the Constitution provides that the state must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights, thus tasking the state both to respect as well as to realise human rights. This inconsistency is the result of the plurality of concepts of man represented in the constitution, in terms of which human dignity finds expression in autonomy and responsibility, but must also be realised by the state. This paradox confronts the courts when they are asked to interpret the values and ideals of the constitution. For example, human dignity in a humanistic world view includes the freedom to make your own mistakes and accept the consequences, while human dignity in the social model has a welfare state interpretation. In consequence, the constitutionalising of South African private law is dependent on the political and philosophical beliefs held by a court, which will be deciding factors on the harmonisation of constitution and private law.

* Lecture delivered at the official opening of the Salzburg Summer School on European Private Law on 4-7-2011.

** Professor, University of Pretoria, South Africa; hthomas@icon.co.za.

¹ Helmut Coing (1912-2000) developed the paradigm of the European *ius commune* in his oeuvre, cf *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft* (1967); *Europäisches Privatrecht Älteres gemeinsames Recht* (1985); *Europäisches Privatrecht 19 Jahrhundert* (1989); *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (1973-1988). Klaus Luig "In Memoriam Helmut Coing" in 2002 (119) ZSS RA 662-678. Reinhard Zimmermann is the most productive exponent of this paradigm in legal history. Cf Dirk Heirbaut "Comparative law and Zimmermann's new *ius commune*: a life or a death sentence for legal history? Some reflections on the use of legal history for comparative law and vice versa" in Rena Van den Bergh (ed) *Ex iusta causa traditum Essays in honour of Eric H Pool* (2005) 136-153.

² Karl Riesenhuber *System und Prinzipien Europäischen Privatrechts* (2003); *Europäisches Vertragsrecht* (2006); *Systembildung im Europäischen Urheberrecht* (2007); *Europäisches Arbeitsrecht* (2009); *Europäische Methodenlehre* (2010).

³ For a more subtle exposition of the objectives of the Salzburg Akademie and Summer School cf Michael Rainer *Introduction to Comparative Law* (2010) 52-57.

⁴ Professor Irene Kull (Estonia), Professor of Law at the Faculty of Law in Tartu and Professor Jerzy Pisulinski (Poland), Professor of Law at the Jagiellonian University in Kraków.

- ⁵ David and Brierly *Major Legal Systems in the World Today* (1978); Zweigert and Kötz (Weir trans) *Introduction to Comparative Law* (1998); Palmer *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family* (2001).
- ⁶ Africa has from antiquity until today been the target of foreign traders, invaders, colonisers and “investors”, be it Israelites, Phoenicians, Greeks, Indians, Arabs, Romans, Vandals, Byzantines, Portuguese, Dutch, English, French, Germans, Spanish, Italians, Americans or Chinese.
- ⁷ The Portuguese Prince Henry the Navigator (1394-1460) was the driving force behind the maritime exploration along the West coast route of Africa, which resulted in the rounding of the Cape of Good Hope by Dias in 1488 thus discovering the sea route into the Indian Ocean. The Treaty of Tordesilhas of 1494 granted the Cape sea route to the Portuguese. See Welsh *A History of South Africa* (2000) 2ff.
- ⁸ In 1652 Jan van Riebeeck established a fortified refreshment station for the merchant ships of the Dutch East India Company, the Vereenigde Geocroyeerde Oost-Indische Compagnie (VOC) on the Amsterdam-Batavia route. The Company had received the monopoly of trade with the lands to the East of the Cape of Good Hope and the West of the Straits of Magellan when it received its charter in 1602 from the States-General of the United States of the Netherlands. The VOC was a commercial corporation and a prototype of the modern public company; its capital was in the form of shares. In consequence, its aims were purely commercial and limited to run a secure station to provide its ships with water, meat, fruit, vegetables at a minimum cost. This affected its policy towards the indigenous population, namely one of non-aggression and pro-trade. Boucher “The Cape under the Dutch East India Company” in Cameron & Spies (eds) *An illustrated History of South Africa* (1986) 61ff; Hahlo & Kahn *The South African Legal System and its Background* (1973) 534ff; Kennedy & Schlosberg *The Law and Custom of the South African Constitution* (1935) 5; Kilpin *Romance of a Colonial Parliament* (1930) 5; Welsh 12f.
- ⁹ After the French invasion of the United States of the Netherlands in 1795 the British conquered the Cape. In 1803 the Cape was handed over to the Batavian Republic in terms of the Treaty of Amiens, but at the resumption of hostilities between Britain and France, British forces once again occupied the Cape. In 1814 the British retained the Cape in terms of the *Convention between Great Britain and the Netherlands relative to the Dutch Colonies; Trade with the East and West Indies; etc signed at London on August 13, 1814*. The Netherlands received five million pounds sterling in consideration, and in satisfaction thereof, the Prince Sovereign of the Netherlands ceded in full sovereignty to His Britannic Majesty, the Cape of Good Hope and the settlements of Demerara, Essequibo, and Berbice. Cf *Larousse Encyclopedia of Modern History* (1968) 283 The Cape became a British Crown Colony. For a description of the British occupation see Welsh 88-116.
- ¹⁰ Du Bruyn “The Great Trek” in Cameron & Spies 134f. Land hunger and to a degree revolt against a government incapable of providing safety and security were the primary causes of the move to the north. Du Bruyn 127ff; Welsh 146ff.
- ¹¹ Edgecombe “The Mfecane or Difaqane” in Cameron and Spies 115ff.
- ¹² The Oranje Vrijstaat and the Zuid Afrikaansche Republiek. Cf Thomas “Harmonising the law in a multilingual environment with different legal systems; lessons to be drawn from the legal history of South Africa” 2008 *Fundamina* 139ff.
- ¹³ Edgecombe 126.
- ¹⁴ Heydenrych “The Boer Republics, 1852-1881” in Cameron & Spies, 149.
- ¹⁵ Grundlingh “Prelude to the Anglo-Boer War, 1881-1898” in Cameron & Spies 184.

- ¹⁶ The Vereeniging Peace Treaty of 31 May 1902 proclaimed British sovereignty, but promised self-government. Clause 8 postponed the decision on the black franchise till after the granting of self-government. Self-government was promulgated in 1906 for the Transvaal and in 1907 for the Orange River Colony, but the franchise was granted exclusively to whites in an attempt to co-opt the former citizens of the Voortrekker Republics at the expense of the black population. Spies "Reconstruction and unification, 1902-1910" in Cameron & Spies 219-227.
- ¹⁷ Cf Thomas 2008 *Fundamina* 144f.
- ¹⁸ Coetzer "The era of Apartheid, 1948-1961" in Cameron & Spies 271ff. Another milestone was the departure from the Commonwealth on the establishment of the Republic of South Africa in 1961. Davenport "From referendum to referendum, 1961-1984" in Cameron & Spies 303ff. Although there was a myriad of Apartheid statutes the foundation was found in the following Acts: The *Prohibition of Mixed Marriages Act* 55 of 1949 and the *Immorality Amendment Act* 21 of 1950 prohibited marriages and sex between whites and people of other colours. The *Population Registration Act* 30 of 1950 introduced classification of every person according to race. The *Group Areas Act* 41 of 1950 introduced residential separation between the races and the implementation thereof meant that non-whites were removed from their homes to separate areas. The *Bantu Authorities Act* 68 of 1951 abolished the Natives Representative Council and made provision for the establishment of homelands and tribal authorities (ss 2-4). The ultimate aim was to concentrate the various black peoples in their respective territories where each group could develop into a self-sufficient unit. The *Bantu Education Act* 47 of 1953 introduced native education under the auspices of the Department of Native Affairs. The *Reservation of Separate Amenities Act* 49 of 1953 regulated the use of public amenities on a racial basis with the objective to prevent racial mixing. The *Natives (Abolition of Passes and Co-ordination of Documents) Act* 67 of 1952 compelled black people to carry identity documents at all times to control their movements. The *Natives (Prohibition of Interdicts) Act* 64 of 1956 took away black peoples' right to have access to the courts to question the validity of forced removal orders. The *Native (Urban Areas) Consolidation Act* 25 of 1945 prohibited black people to remain in a town for longer than seventy-two hours without special consent, while the *Native Building Workers Act* 27 of 1951 made it a criminal offence for a black person to perform skilled work unless specially allowed.
- ¹⁹ In 1994 the interim Constitution was introduced, which was followed by the Constitution of 1996, which proclaims itself to be the supreme law of the land. In the new democratic South Africa the Constitution rules supreme and directs the development of society. The new Constitution of the Republic of South Africa contains a Bill of Rights in which the various human rights are entrenched and protected. Thus constitutional supremacy and concomitant judicial review have been introduced, although not yet fully entrenched.
- ²⁰ The Dutch East India Company, the Vereenigde Geocroyeerde Oost-Indische Compagnie (VOC) was a commercial corporation and a prototype of the modern public company. Its capital was in the form of shares. For further information see Hahlo & Kahn 534ff; Welsh 12f.
- ²¹ In the textbook-tradition the humanist research of the "Dutch school" is given extraordinary attention, with the result that the misnomer of "antiquarian school" is attached to all Dutch jurists from the United States of the Netherlands. The subsequent life of Roman-Dutch law proves this generalisation to have been erroneous. Albeit that erudite jurists such as Grotius and Bynkershoek devoted research to classical Roman law and legal and biblical history, the primary contribution of the Dutch jurists resides in scholarship in the field of public international law, private law, legal education and in the practice and adjudication of law. Furthermore, the Dutch jurists made an important contribution to the

development of legal practice by publication of legal opinions, for example the *Hollandsche Consultatien*, the *Nieuwe Hollandsche Consultatien*, the *Vervolg op de Hollandsche Consultatien*, the *Advysen* collected by Van den Berg, De Haas, Barel and others. The whole spectrum of this branch of law was eventually digested into the register of Nassau la Leck, who published a collection consisting of four parts, between 1778 and 1789, with the obvious aim to facilitate access to this aspect of old Dutch law. The full title of this work makes mention of *advysen*, *consultatien*, *decisien*, *observatien* and *sententien*, which means that the content consisted of opinions by advocates or other practitioners and decisions by the courts. Roberts *A South African Legal Bibliography* (1942) mentions at 45 that a total of forty collections were entered into this compilation, which contains a total of 10 991 opinions and decisions.

²² Cf *Theal Records of the Cape Colony* (1905) I 127; De Vos *Regsgeskiedenis* (1992) 243.

²³ *Campbell v Hall* (1774) Cowp 204, 98 E R 1045 at 209, 1047; Hahlo & Kahn 575.

²⁴ Trained in the Inns of Court in Westminster and not at university.

²⁵ Thus lawyers trained in practice to reason from case to case, from concrete situation to precedent, were confronted with a legal science which had developed a coherent framework from principles and rules, and in which reasoning from legal principle and rule to the concrete case was the norm.

²⁶ Already in 1807 the governor had constituted himself a court of appeal for civil cases and in 1808 the governor and two assessors became the same in criminal cases. In 1811 circuit courts were introduced; in 1813 court proceedings were conducted in public; from 1814 Dutch and English were the languages of judicial proceedings; in 1826 justices of the peace were created; in 1827 the jury system was adopted, which in turn led to the introduction of the English law of evidence in 1830. Charter of Justice of 1832, *His Majesty's Royal Charter for the Better and More Effectual Administration of Justice within the Colony of the Cape of Good Hope*.

²⁷ De Vos 246ff.

²⁸ S 32 of the Charter of Justice of 1832. In 1822 English had become the language of government and in 1828 the language of the inferior courts in terms of s 7 of Ordinance 33 of 1827.

²⁹ Hahlo & Kahn 576.

³⁰ Ordinance 72 of 1830, Ordinance for Altering, Amending, and Declaring in Certain Respects the Law of Evidence within this Colony.

³¹ Hahlo & Kahn 577.

³² De Vos 249.

³³ Law reports are a necessity in a legal system, which relies on precedents. The oldest law reports are: *Menzies Cases Decided in the Supreme Court of the Cape of Good Hope* 1828-1849; *Searle Cases Decided in the Supreme Court of the Cape of Good Hope* 1850-1867; *Watermeyer Cases Decided in the Supreme Court of the Cape of Good Hope* 1857; *Roscoe Cases Decided in the Supreme Court of the Cape of Good Hope* 1861-1878; *Buchanan Cases Decided in the Supreme Court of the Cape of Good Hope* 1868-1869, 1873-1879; *Cape Supreme Court Reports* 1880-1910.

³⁴ Kotzé translated van Leeuwen's *Het Roomsche Hollandsch Recht* into English as *Commentaries of Roman-Dutch Law*; Juta translated Van der Linden's *Regtsgeleerd, Practicaal, en Koopmanshandboek* as *Institutes of Holland*; and Maasdorp translated Grotius' *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* as *Introduction to Dutch Jurisprudence*. Hewett "Old wine in new bottles or the story of translations of the 'old authorities' produced by South Africans" 1998 *THRHR* 551-564.

³⁵ Thomas 2008 *Fundamina* 138.

- ³⁶ The Bloemfontein Convention of 1854 recognised the Oranje Vrijstaat as an independent state. *Artikelen van Verdrag tusschen Sir George Russel Clerk en de Representanten van de OranjeVrijstaat, 21 February 1854*; Kennedy & Schlosberg 27f.
- ³⁷ The independence of the Zuid Afrikaansche Republiek was formally accepted when the British signed the Sand River Convention in 1852.
- ³⁸ In the ZAR the first addendum to the Constitution of 1858 declared the law of the state to be the law found in the code of Van der Linden. In the case of *lacunae*, the works of Leeuwen and Grotius were declared to be supplementary binding sources. In the OFS s 56 of the Constitution and Ordinance 1 of 1856 provided Roman-Dutch law, as found in the works of Voet, Leeuwen, Grotius, Papegaaï, Merula, Lijbrecht, Van der Linden and Van der Keessel, to be the applicable law.
- ³⁹ Heydenrych 183-199; Welsh 221ff.
- ⁴⁰ Welsh 225ff.
- ⁴¹ In the Cape Colony the *Constitution Ordinance Amendment Act 1* of 1882 allowed members of Parliament to conduct debates in English or Dutch. The *Dutch Language Judicial Use Act 21* of 1884 and the *Dutch Language Judicial Use Amendment Act 25* of 1908 compelled both superior and inferior courts to allow the use of both languages. S 137 of the *South Africa Act 1909* (9 Ed 7 c 9) established English and Dutch as the two official languages of the Union.
- ⁴² The racial problem dated back to the arrival of the first cargo of slaves in 1658. Hahlo & Kahn 527. The British abolished slavery in the Cape and made provision for a qualified franchise, but the constitutions of both Boer republics did not grant citizenship to the black population within their territories.
- ⁴³ *Cf supra* n 18.
- ⁴⁴ In 1925. Murray & Stadler "From the pact to the advent of apartheid" in Cameron & Spies 249; Welsh 401.
- ⁴⁵ For example the University of Stellenbosch and the University of Pretoria.
- ⁴⁶ Eg JC de Wet and P van Warmelo. Compare Gauntlett (ed) *JC Noster; 'n Feesbundel* (1979); Joubert (ed) *Petere Fontes: LC Steyn-Gedenkbundel* (1980); Van der Westhuizen (ed) *Paul van Warmelo Huldigingsbundel* (1984). Prominent examples are Steyn CJ (*Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen* 1963 (3) SA 402 (AD); *Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 (1) SA 102 (AD)); Van der Heever JA (*Baines Motors v Piek* 1955 (1) SA 534 (AD); *Preller v Jordaan* 1956 (1) SA 483 (AD)), and Joubert JA (*Bank of Lisbon & South Africa v De Ornelas* 1988 (3) SA 580 (A)). Cameron "Legal chauvenism, executive-mindedness and Justice LC Steyn's impact on South African law" 1982 *SALJ* 38. Forsyth *In Danger for their Talents: A Study of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa from 1950-80* (1985). Palmer *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family* (2001) 137.
- ⁴⁷ Klug "Law under and after Apartheid. Abel's sociological analysis" 2000 *Law & Social Inquiry* 657-667; Roederer "The transformation of South African private law after ten years of democracy: the role of torts (delict) in the consolidation of democracy" 2007 *Bepress Legal Series* 740 1-76; <http://law.bepress.com/expresso/eps/740> (27 November 2007).
- ⁴⁸ Natal Ordinance 3 of 1849. Natal would also introduce the prototype of Apartheid by Law 11 of 1865 *Disqualifying Certain Natives from Exercising Electoral Franchise*, which statute for all practical purposes excluded natives from the franchise. By 1905 only three black Natalians had had the vote.
- ⁴⁹ Bennett 62.
- 50 Ordinance 26 of 1875. which was amended by Ordinance 44 of 1887.

51 S 5 of Ordinance 26 of 1875.

⁵² Bennett 62.

⁵³ S 1. Indigenous law was codified in Natal by Law 19 of 1891 and officially recognised elsewhere. This situation was consolidated in the *Native Administration Act* 38 of 1927, which also established a separate system of courts, chief's courts, native commissioner's courts and the native appeal court. These courts applied indigenous law provided that it was not in conflict with the principles of public policy or natural justice.

⁵⁴ Act 68 of 1951. This statute established traditional authorities at local government level. These local traditional authorities were granted limited jurisdiction over civil disputes.

⁵⁵ Chapter 12 of the Constitution and Schedule 6; Iain Currie "Indigenous Law" in Chaskalson *et al* *Constitutional Law of South Africa* (1999) ch 36 1-30.

⁵⁶ In *S v Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC), 1995 (6) BCLR 665 (CC) at para 365.

⁵⁷ *Id* at para 383.

⁵⁸ *Bhe v Khayelitsha Magistrate* 2005 (1) BCLR 1 (CC); 2009 (3) SA 152 (CC); *Gumede v President of the Republic of South Africa* 2009 (3) SA 152 (CC); *Mthembu v Letselar* [1997] JOL 1359 (T); *Shilubana v Nwamitwa* 2008 (9) BCLR 914 (CC); 2009 (2) SA 66 (CC); *Maneli v Maneli* 2010 (7) BCLR 703 (GSJ); MM v MN 2010 4 SA 286 (GNP). See also CILSA Thomas & Tladi "Legal pluralism or a new repugnancy clause" 1999 CILSA 354-363; Bekker & Van Niekerk "Gumede v President of the Republic of South Africa: harmonisation, or the creation of new marriage laws in South Africa?" 2009 SA *Public Law* 206-222; Kerr "The nature and future of customary law" 2009 (4) SALJ 667-689; Obeng Mireku "Customary law and the promotion of gender equality: An appraisal of the *Shilubana* decision" (2010) 10 (2) *African Human Rights Law Journal* 515-523; Bekker & Van Niekerk "Broadening the divide between official and living customary law: *Mayelane v Ngwenyama* 2010 4 SA 286 (GNP); [2010] JOL 25422 (GNP)" 2010 *THRHR* 679-689.

⁵⁹ In general in terms of customary law women are incapable of having property rights (with certain exceptions); Sec 11 (3) (b) of the *Native Administration Act* 38 of 1927 prohibits women outside Kwazulu to contract or litigate without assistance from father or husband; women need consent of their guardian for marriage, and have no access to or maintenance for minor children after divorce.

⁶⁰ Constitution S 9. Equality- (l) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.

(2) Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.

(3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.

(4) No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.

(5) Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.

⁶¹ The Constitution is expressly value-based. See ss 1, 7, 39(1) & (2).

⁶² Chapter 2 ss 7-40.

⁶³ Ss 1, 7 & 10.

⁶⁴ By Jajbhay J in *Breedenkamp v Standard Bank of SA Ltd* 2009 (5) SA 304 GSI at 315.

⁶⁵ Sec 39 (2): When interpreting any legislation, and when developing the common law, or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objectives of the Bill of Rights

⁶⁶ Tladi "Breathing constitutional values into the law of contract: freedom of contract and the Constitution" in Belovsky & Skrejpek (eds) *The Roman Law Tradition in Societies in Transition* (2003) 97-111; Hawthorne "The principle of equality in the law of contract" 1995 *THRHR* 157-176; Hawthorne "The principle of equality impacts on the classical law of contract" 1999 *THRHR* 597-603; Hawthorne "A new millennium, a new approach?" 2001 *THRHR* 511-517; Hawthorne "Closing of the open norms in the law of contract" 2004 *THRHR* 294-302; Jordaan "The constitutional impact on the law of contract in perspective" 2004 *De Jure* 58-66.

⁶⁷ Botha "Democracy and rights: Constitutional interpretation in a postrealist world" 2000 *THRHR* 561-582; Carpenter "Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (1): The early cases" 2001 *THRHR* 409-423; Carpenter "Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (2): An important trilogy of decisions" 2001 *THRHR* 619-642; Carpenter "Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (3): The saga continues" 2002 *THRHR* 37-59; Carpenter "Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (4): Update" 2002 *THRHR* 177-186. Chaskalson "From wickedness to equality: the moral transformation of South African law" 2003 *Int J of Constitutional Law* 590-609.

⁶⁸ A number of statutes have directed private law in new directions: employment equity, broad based black economic empowerment, affirmative action, proportional representation in all spheres of life and land reform. Examples are the *Restitution of Land Rights Act* 22 of 1994; the *Land Reform (Labour Tenants) Act* 3 of 1996; the *Extension of Security of Tenure Act* 62 of 1997; the *Land Affairs General Amendments Act* 61 of 1998; the *Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act* 19 of 1998; the *National Credit Act* 34 of 2005; *Consumer Protection Act* 68 of 2008.

⁶⁹ Atiyah *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979) 226ff; Brownsword "Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity" in Friedmann and Barak-Erez (eds) *Human Rights in Private Law* (2001) 181, 185ff; Christie *The Law of Contract* (2001); Kerr *The Principles of the Law of Contract* (2002); Collins *The Law of Contract* (2003) 3-10; Adams and Brownsword *Understanding Contract Law* (2004) 185-204.

⁷⁰ 2007 (5) SA 323 (CC).

⁷¹ At par [2]-[5].

⁷² At par [23] the Constitutional Court held that the question of horizontality had still to be decided. At par [30] the CC applied the indirect horizontal approach using public policy to test whether the contractual term in question was contrary to public policy as expressed by the constitutional values. In regard to the scholarly debate relating to the question of horizontality cf Rautenbach "Constitution and contract – exploring "the possibility that certain rights may apply directly to contractual terms or the common law that underlies them" 2009 *TSAR* 613; Sutherland "Ensuring contractual fairness in consumer contracts after *Barkhuizen v Napier* 2007 5 SA 323 (CC) Part 1 2008 *Stell LR* 390 at 394ff; Bhana & Pieterse "Towards a reconciliation of contract law and Constitutional values: Brisley and Afrox revisited 2005 *SALJ* 865; CHECK Woolman "The amazing vanishing bill of rights" 2007 *SALJ* 762.

⁷³ *Barkhuizen v Napier* pars [23-26] & [30].

⁷⁴ See Luanda Hawthorne “*Bredenkamp v Standard Bank of SA Ltd* 2009 (5) SA 304 GSI; and *Bredenkamp v Standard Bank of SA Ltd* 2009 (6) SA 277 GSI; *Bredenkamp v Standard Bank* 2010 (4) SA 468 SCA Contract law: Contextualisation and unequal bargaining position Redux” 2010 (2) *De Jure* 397ff.

⁷⁵ See the literature referred to in n 72.

⁷⁶ Hawthorne 400f.

⁷⁷ *Id* 401f, 405.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Bredenkamp v Standard Bank* 2010 (4) SA 468 SCA at par [27].

⁸⁰ Hawthorne 405.

⁸¹ Section 25. Property. - (1) No one may be deprived of property except in terms of law of general application, and no law may permit arbitrary deprivation of property. (2) Property may be expropriated only in terms of law of general application—(a) for a public purpose or in the public interest; and (b) subject to compensation, the amount of which and the time and manner of payment of which have either been agreed to by those affected or decided or approved by a court. (3) The amount of the compensation and the time and manner of payment must be just and equitable, reflecting an equitable balance between the public interest and the interests of those affected, having regard to all relevant circumstances, including (a) the current use of the property; (b) the history of the acquisition and use of the property; (c) the market value of the property; (d) the extent of direct state investment and subsidy in the acquisition and beneficial capital improvement of the property; and (e) the purpose of the expropriation. (4) For the purposes of this section—(a) the public interest includes the nation’s commitment to land reform, and to reforms to bring about equitable access to all South Africa’s natural resources; and (b) property is not limited to land. (5) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to foster conditions which enable citizens to gain access to land on an equitable basis. (6) A person or community whose tenure of land is legally insecure as a result of past racially discriminatory laws or practices is entitled, to the extent provided by an Act of Parliament, either to tenure which is legally secure or to comparable redress. (7) A person or community dispossessed of property after 19 June 1913 as a result of past racially discriminatory laws or practices is entitled, to the extent provided by an Act of Parliament, either to restitution of that property or to equitable redress. (8) No provision of this section may impede the state from taking legislative and other measures to achieve land, water and related reform, in order to redress the results of past racial discrimination, provided that any departure from the provisions of this section is in accordance with the provisions of section 36(1).

⁸² Article (2)(1) which was held to grant to states full permanent sovereignty, including possession and disposal over all its natural resources.

⁸³ Constitutional support was also argued in terms of the proposition that the state is bound to take legislative and other measures to enable citizens to gain equitable access to rights in land.

⁸⁴ No 28 of 2002 (MPRDA).

⁸⁵ The preamble to the Act recognises the mineral wealth as a national asset, a common heritage that belongs to all in South Africa and pronounces the state as the custodian thereof. This is further enunciated in Section 2(a) of the Act as it acknowledges the right of state to exercise sovereignty over the entire mineral and petroleum resources within the republic.

⁸⁶ MPRDA, its associated Broad-Based Socio-Economic Empowerment Charter for the Mining Industry and its attendant Scorecard.

⁸⁷ To enable any third party to apply to the Department of Minerals and Energy (DME) for new order prospecting rights or mining rights over these previously privately held minerals.

⁸⁸ In order to promote security of tenure and to secure existing prospecting and mining rights, affected entities were given five years to submit applications for the conversion of old order mining licences to new order mining rights (by 30 April 2009). Up to two years were granted for the conversion of old order prospecting permits to new order prospecting rights (by 30 April 2006). Furthermore, in respect of unused old order rights, the MPRDA granted to the holder of such a right a one-year exclusive right to apply for a new order prospecting or mining right. This was meant to give the holders the opportunity to mitigate their losses. The state argued that if they did not use the opportunity, the minister had a defence against a claim for compensation on the basis that the holder acted unreasonably in not applying for similar rights under the new act.

⁸⁹ *Agri SA v Minister of Minerals and Energy: Van Rooyen v Minister of Minerals and Energy* 2010 (1) SA 104 (NGP); *Agri South Africa v Minister of Minerals and Energy and Another* 2011 (3) All SA 296 (GNP).

**OBSERVAȚII PRIVIND REGIMUL PERSOANELOR JURIDICE
ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL PRIVAT ROMÂN
DIN PERSPECTIVA REGLEMENTĂRILOR DIN NOUL COD CIVIL¹**

Alina OPREA*

Résumé : *Observations sur le régime des personnes morales en droit international privé roumain dans la perspective des réglementations du nouveau Code Civil. Abordant successivement des aspects relatifs à la nationalité et à la loi applicable aux personnes morales, au domaine de la lex societatis, à la reconnaissance des personnes morales étrangères en Roumanie et aux fusions transfrontières, l'étude se propose de réaliser une mise en revue critique des normes de droit international privé du nouveau Code Civil roumain en matière des personnes morales. Vu les différentes solutions existantes en droit international privé comparé, l'influence du droit de l'Union européenne ainsi que les exigences de plus en plus élevées de la pratique, l'absence quasi-totale des reformes en la matière apparaît surprenante.*

Rezumat. *Studiul își propune o examinare critică a normelor de drept internațional privat din noul Cod civil român în materia persoanelor juridice, abordând pe rând chestiuni care privesc naționalitatea și legea aplicabilă persoanelor juridice, domeniul lui lex societatis, recunoașterea persoanelor juridice străine în România și fuziunile transfrontaliere. Având în vedere diversele soluții existente în dreptul internațional privat comparat, influența dreptului Uniunii europene, precum și exigențele din ce în ce mai ridicate ale practicii, cvasi-absența reformelor în materie apare surprinzătoare.*

Mots-clés : *nationalité des personnes morales, lex societatis, siège social statutaire/réel, reconnaissance des personnes morales étrangères, nouveau Code Civil, droit de l'Union européenne*

Cuvinte-cheie: *naționalitatea persoanelor juridice, lex societatis, sediu social statutar/real, recunoașterea persoanelor juridice străine, fuziuni transfrontaliere, noul Cod civil, dreptul Uniunii europene*

1. Aspecte introductive. În permanentă căutare a eficienței economice și conduse frecvent de o logică pur financiară, persoanele juridice - și în special societățile comerciale - revendică astăzi dreptul la o mobilitate aproape la fel de rapidă ca cea care caracterizează persoanele fizice. Dacă recunoașterea, circulația, activitatea, respectiv restructurarea lor transfrontalieră sunt în strânsă dependență

de mecanisme dreptului internațional privat, în elaborarea normelor specifice acestui domeniu legiuitorul trebuie să țină seama uneori de interese contradictorii: pe de o parte, respectarea așteptărilor operatorilor din comerțul internațional (libertate, mobilitate, tratament suplu), iar pe de altă parte necesitatea evitării fraudelor, în special în materie fiscală, și asigurarea unei protecții adecvate pentru creditorii, salariații sau mediul concurențial autohton. Mai mult, dreptul Uniunii europene impune și el exigențe particulare: în aplicarea articolelor 49 și 54 TFUE (fostele 43 și 48 TCE), statele membre sunt obligate să asigure un tratament național persoanelor juridice stabilite în celelalte state membre; pentru că aceasta presupune în principiu eliminarea restricțiilor cu privire la constituirea de filiale, sucursale, birouri, reprezentanțe, agenții, dar și a restricțiilor care privesc accesul la diferite activități economice sau exercitarea efectivă a acestora, mecanismele tradiționale de drept internațional privat ale statelor membre trebuie să se adapteze inclusiv acestor realități.

2. Prezentul studiu realizează o trecere în revistă a soluțiilor reținute de noul Cod civil român în ceea ce privește rezolvarea conflictelor de legi în spațiu în materia persoanelor juridice; propunându-ne să scoatem în evidență în ce măsură reglementarea existentă răspunde diferitelor interese în domeniu și cum ar putea ea să fie influențată și eventual modificată prin prisma acestor interese, vom aborda succesiv câteva teme mari - naționalitatea și legea aplicabilă persoanelor juridice, domeniul lui *lex societatis*, recunoașterea persoanelor juridice străine în România și fuziunile transfrontaliere.

I. Naționalitatea persoanelor juridice

3. În mod natural elaborat pentru persoanele fizice², conceptul de „naționalitate” poate fi transpus în ceea ce privește persoanele juridice doar cu prețul unor adaptări; utilizându-l, Codul civil român face apel pentru determinarea sa, într-un demers bilateralist, la doctrina sediului sediului social.

4. Sediul social este un concept abstract, ce poate acoperi realități diverse. El poate fi înțeles fie ca sediul social statutar – acela ales liber de către fondatori și menționat în documentele sociale, precum și în registrele publice în care este înregistrată persoana juridică –, fie ca sediul social real - stabilit în mod obiectiv și imperativ de judecător, după verificarea situației concrete, reale³.

Ținând cont de fundamentul contractual al persoanei juridice și urmând linia stabilită în reglementarea anterioară (articolul 40 din Legea nr. 105/1992), articolul 2571 al. 1 NCC optează, ca soluție de principiu în determinarea naționalității

persoanei juridice, pentru criteriul *sediului social statutar*⁴. Avantajele acestei poziții nu sunt neglijabile: sediul social statutar este unic, trebuie obligatoriu înscris în actele constitutive, face legal obiectul unei publicități și se bucură de o stabilitate relativă. Mai mult, stabilind sediul social statutar, asociații aleg indirect și legea aplicabilă persoanei juridice, în funcție de nevoile și așteptările lor; de asemenea, în măsura în care acest sediu poate fi relativ ușor identificat, sunt favorizate securitatea juridică și protecția intereselor asociațiilor minoritari, a salariaților, a creditorilor persoanei juridice sau a altor terți.

5. Criteriul sediului social statutar este însoțit de un *corectiv* important: pentru a rezolva dificultățile ce pot apărea în practică în cazul existenței mai multor sedii social (unele eventual fictive) localizate în state diferite, articolul 2571 al. 2 NCC precizează că în aceste ipoteze determinant va fi *sediul social real*⁵. Alineatul următor facilitează determinarea precisă a sediului real, arătând că acesta corespunde locului unde se află centrul principal de conducere și gestiune a activității statutare, fiind irelevant locul unde se află asociații ce intervin în luarea deciziilor sau locul unde se derulează activitățile de afaceri/economice/tehnice.

6. În ciuda acestor clarificări, soluția reținută de legiuitorul român inițial în articolul 40 al. 2 din Legea nr. 105/1992 și, în prezent, în articolul 2571 al. 2 NCC, nu este lipsită de ambiguități. În special, se poate discuta dacă pentru descalificarea *sediului statutar* este suficient să se demonstreze că persoana juridică are sedii de direcție sau de administrare în mai multe state (realitate mai mult decât frecventă în secolul XXI) sau, pentru aceasta, este nevoie de ceva mai mult, precum, eventual, demonstrarea fictivității sediului statutar. Prima alternativă ar fi susținută de formularea textului legal. În schimb, spiritul acestuia – faptul că are ca justificare intrinsecă nu numai legătura strânsă existentă între persoana juridică și statul a cărui ordine juridică este afectată de funcționare sa, favorizând controlul efectiv din partea autorităților statale, ci și dorința de sancționare a fraudelor⁶ -, precum și absența, până în prezent, a unor litigii autohtone pe această temă, ar milita, în opinia noastră, pentru cea de-a doua alternativă: articolul 2571 al. 2 NCC ar trebui văzut ca o soluție excepțională, aplicabilă în mod restrictiv, doar pentru societățile pur formal străine (pseudo-foreign companies/off-shore companies). Discuția este însă posibilă și putem regreta faptul că legiuitorul român nu a clarificat, sub acest punct, situația.

7. Aplicarea strictă a criteriului sediului social real poate genera complicații în practică. Având în vedere demersul de tip bilateralist urmat de Codul civil român în stabilirea naționalității, instanțele ar putea ajunge să considere că o persoană juridică are naționalitatea unui anumit stat (pentru că acolo este localizat sediul

său social real), în timp ce acesta din urmă consacră o soluție diferită (pentru că el urmează criteriul locului de încorporare a persoanei juridice în determinarea naționalității). Naționalitatea determinând legea aplicabilă, iar legea națională fiind luată în considerare pentru a se aprecia existența valabilă a persoanei juridice, textele analizate atrag, în caz de disociere între sediul social real și locul de încorporare, competența unei alte legi decât cea după care a fost constituită și funcționează persoana juridică, cu consecința refuzului recunoașterii personalității juridice (în statele ce consacră teoria sediului social real).

Două remedii vor putea profita în practică persoanelor juridice interesate.

8. Mai întâi, trebuie reamintit că soluția prezentată mai sus a fost declarată contrară dreptului Uniunii europene: pronunțându-se asupra interpretării articolelor 43 și 48 CE (actualele 49 și 54 TFUE) într-o speță implicând un transfer *de facto* de sediu social real, Curtea de justiție a statuat, în decizia *Uberseering*⁷ din 2002, că refuzul Germaniei de a admite capacitatea juridică a unei societăți legal constituite în alt stat membru pe motivul disocierii dintre locul de încorporare și locul sediului social real reprezintă un obstacol în calea dreptului de liberă stabilire în Uniune. Teoria sediului social real necesită o adaptare serioasă în lumina acestei jurisprudențe; statele de destinație sunt obligate să recunoască persoanele juridice din alte state membre ca atare, cu personalitatea juridică conferită acestora de legea în conformitate cu care s-au constituit⁸.

9. În al doilea rând, pentru a limita în practică o parte din inconvenientele soluției descrise mai sus (în context extra-comunitar), articolul 2571 al. 4 NCC consacră o retrimiteri de gradul doi la legea statului de constituire a persoanei juridice, atunci când legea națională a acesteia, determinată conform criteriului sediului social (real), își declină competența în favoarea acestei legi⁹. Deși cu perspective interesante la o primă lectură, textul are, în fapt, un domeniu de aplicare destul de restrâns : existența persoanei juridice va putea fi recunoscută, în baza articolului 2571 al. 4 NCC, luându-se în considerare trimiterea pe care legea din statul de sediu (real) o face la legea din statul de constituire, doar atunci când sediul real este localizat într-un stat ce practică teoria încorporării. În schimb, articolul 2571 al. 4 NCC este ineficace dacă persoana juridică, constituită într-un stat străin (neuropean), își are sediul real într-un stat care urmează strict teoria sediului social real, fără eventuale temperamente sau retrimiteri; în această ipoteză, regula de conflict română trimite la legea unui stat străin care își acceptă competența, iar problema retrimiterii nu se mai pune. De asemenea, retrimiteri nu poate opera nici atunci când persoana juridică a fost constituită într-un stat străin (neuropean), în timp ce sediul ei real se află în România; în această ipoteză, trebuie

făcută aplicarea legii române, cu consecința că, pentru a se bucura de personalitate juridică, societatea trebuie să se (re)constituie local, cu respectarea Legii nr. 31/1990 a societăților comerciale.

II. Legea aplicabilă persoanei juridice

Articolul 2580 NCC conține trei reguli de conflict bilaterale privind persoana juridică, sucursala și filiala unei persoane juridice.

10. În ceea ce privește persoana juridică, articolul 2580 al. 1 NCC folosește „naționalitatea” acesteia ca element de legătură pentru determinarea legii aplicabile¹⁰. De la început, trebuie arătat că această concepție cu privire la rolul „naționalității” este învechită și ea poate fi într-o oarecare măsură discutată : în mod normal, persoana juridică există doar dacă ea a fost/este constituită în conformitate cu o anumită lege; formalitatea constituirii atrage dobândirea personalității juridice și apoi, ca un atribut, naționalitatea¹¹. În aceste condiții, demersul consacrat de articolele 2571 și 2580 NCC (stabilirea naționalității, și pe baza ei, a legii aplicabile sau, cu alte cuvinte, atribuirea „naționalității” înainte de a ști dacă societatea a fost valabil creată și se bucură de personalitate juridică) este artificial și inversat celui existent în practică; mult mai simplă ar fi fost utilizarea directă în materie a criteriului sediului social¹².

11. În ceea ce privește conceptul însuși de *persoană juridică*, acesta ar trebui să primească, în opinia noastră, o interpretare largă, pentru a viza orice entitate căreia i se recunoaște calitatea de titular de drepturi și obligații, chiar dacă forma aleasă nu are neapărat un echivalent în dreptul românesc. Sunt vizate, bineînțeles orice tipuri de societăți comerciale; formularea utilizată de legiuitor în cadrul articolului 2580 al. 1 NCC permite însă includerea în sfera de cuprindere a conceptului de „persoană juridică” și a persoanelor juridice fără scop lucrativ (asociații, fundații, syndicate..) sau a persoanelor juridice de drept public (pentru actele lor *jure gestionis*). Mai mult, considerăm că textul poate fi aplicat și în ceea ce privește diverse forme de persoane juridice străine și grupări de persoane care, fără să aibă personalitate juridică în sens strict, apar totuși ca subiecte de drept independente pentru că dispun capacitatea de a sta activ și pasiv în justiție, pot dobândi drepturi, își pot asuma obligații și au un patrimoniu propriu cu care răspund pentru datoriile sociale. Concret, este de exemplu cazul pentru *Anstalt*/stabilimentul din dreptul Liechtenstein-ului, *Offene Handelgesellschaft* (*OHG*/societatea în nume colectiv) și *Kommanditgesellschaft* (*KG*/societatea în comandită simplă) din dreptul german, *Vennootschap onder firma* (societatea în nume colectiv) și *Commanditaire*

Vennootschap (societatea în comandită simplă) din dreptul olandez¹³. În schimb, entități precum *société de fait*/societatea de fapt din dreptul francez, *societatea civilă* din dreptul francez, belgian sau luxemburghez, *BGB-Gesellschaft*/societatea simplă din dreptul german, *partnership-ul* din dreptul englez sau irlandez, ce nu acționează în practică ca și subiecte de drept distincte¹⁴, nu pot fi guvernate de regula de la articolul 2580 al. 1 NCC, pentru acestea fiind mai adecvată o calificare contractuală. Din sfera de aplicare a articolului 2580 al.1 NCC sunt excluse, de asemenea, și simplele patrimonii de afecțiune (precum un *Trust de common law* sau un *Treuunternehmen*/întreprinderea fiduciară din dreptul Liechtenstein-ului), guvernate, în conformitate cu articolul 2614 NCC, de legea statului cu care acestea au cele mai strânse legături.

12. O întrebare ce poate apărea în legătură cu articolul 2580 al. 1 NCC privește compatibilitatea acestuia cu dreptul Uniunii europene.

Urmare a jurisprudenței *Daily Mail-Centros-Uberseering-Inspire Art*, problema de a ști dacă statele membre mai pot sau nu utiliza criteriul sediului social (real) drept element de legătură în materie societară a fost una controversată.

În cauza *Daily Mail*¹⁵ din 1988, Curtea europeană de justiție a reținut o poziție prudentă. Ea a afirmat atunci că societățile sunt entități a căror constituire și funcționare depinde în mod necesar de o lege statală (sunt „creații ale dreptului”), iar disparitățile existente între legislațiilor statelor membre cu privire la elementele de legătură utilizate în dreptul internațional privat societară nu au fost considerate de redactorii Tratatelor ca un obstacol în calea libertății de stabilire.

În schimb, în 1999, în cauza *Centros*¹⁶, Curtea a declarat contrar dreptului Uniunii europene refuzul autorităților daneze de a înmatricula sucursala unei societăți legal constituite în Marea Britanie, al cărei sediu social real urma să fie Danemarca (transfer *de facto* de sediu social). Problema de a ști dacă această decizie putea fi interpretată ca o condamnare a criteriului sediului social real a primit răspunsuri contradictorii : dacă unii autori au susținut indiscutabil soluția¹⁷, alții au recomandat moderație; în particular, aceștia din urmă au arătat că generalizarea deciziei *Centros* ar fi inadecvată în măsura în care ipoteza de lucru a Curții de justiție în speța analizată privea o societate ce se bucura, inclusiv după „deplasare”, de o existență legală în statul de constituire (ce consacră teoria încorporării)¹⁸. Decizia *Uberseering* din 2002, prezentată mai sus, nu a făcut decât să reînnoiască discuțiile. Deși nici de această dată Curtea nu s-a pronunțat expres asupra problemei compatibilității teoriei sediului social real cu dreptul Uniunii europene, a devenit clar că atunci când această teorie încalcă în mod nejustificat dreptul de liberă stabilire, statul în cauză trebuie să renunțe la folosirea sa; pentru că promovarea indirectă a teoriei

încorporării a avut legătură, în speță, numai cu capacitatea juridică, iar nu și cu determinarea generală a legii aplicabile, îndoiala a putut persista. Dispunând, în hotărârea *Inspire Art*¹⁹, că aplicarea cu titlul de lege de poliție a reglementărilor din statul în care o societate pur formal străină își are sediul social real este un obstacol nejustificat în calea libertății de stabilire a acesteia în Uniune, Curtea europeană de justiție a dat, în 2003, o „lovitură” suplimentară teoriei sediului social real²⁰.

Decizia *Cartesio* din 2008 vine însă să clarifice lucrurile²¹. Chemată să se pronunțe asupra compatibilității cu dreptul Uniunii europene a legislației maghiare ce condiționează existența valabilă a unei persoane juridice maghiare de localizarea sediului social real al acesteia în Ungaria, Curtea a apreciat că, în starea actuală a dreptului Uniunii, *statele membre dispun de facultatea de stabili atât elementul de legătură impus pentru ca o societate să fie considerată valabil constituită în conformitate cu legea sa națională* (și susceptibilă astfel să poată invoca libertățile europene de circulație), *cât și condițiile necesare pentru a se menține această calitate ulterior*, fapt ce implică, pentru un stat membru, posibilitatea de a refuza unei societăți constituite în conformitate cu legea sa dreptul de a-și păstra personalitatea juridică în ipoteza în care își deplasează sediul real pe teritoriul unui alt stat membru (§110)²².

13. Teoria sediului social (real) nu a fost formal declarată contrară dreptului Uniunii europene, astfel că legiuitorul român putea liber să o consacre; totuși, având în vedere întreaga jurisprudență menționată mai sus, nu este mai puțin adevărat că aplicarea acesteia este încadrată în limite stricte atunci când în cauză sunt persoane juridice provenind din alte state membre. Pe viitor, un regim dual va trebui urmat în funcție de originea persoanei juridice, cu toate inconvenientele aferente.

III. Transferul transfrontalier al sediului social

14. Pentru că legea aplicabilă persoanei juridice depinde în mod indirect de sediul social, transferul acestuia dintr-un stat în altul conduce la schimbarea legii aplicabile. Noul Cod Civil omite abordarea acestei problematici²³, iar eventualele dificultăți privind menținerea personalității juridice, respectiv articularea celor două legi succesive ce intervin în caz de transfer vor trebui clarificate în viitor de practicieni sau printr-o nouă reformă legislativă²⁴. Între timp, jurisprudența europeană aduce câteva clarificări cu privire la prima categorie de chestiuni, făcând distincție, pe de o parte, între statele de origine și cele de destinație și, pe de altă parte, între ipoteza transferului sediului social fără schimbarea legii aplicabile și aceea a transferului dublat de schimbarea legii aplicabile, respectiv de transformarea societății într-o formă de societate prevăzută de legislația statului de destinație.

15. Așa cum a decis Curtea europeană de justiție în cauzele *Daily Mail* și *Cartesio* (§110), *statul membru de origine* este autorizat să impună diverse măsuri restrictive (inclusiv pierderea personalității juridice) atunci când societatea dorește să-și transfere în străinătate doar sediul social real (transfer de sediu, fără schimbarea legii aplicabile). În schimb, în conformitate cu decizia *Cartesio* (§112-113), reglementările naționale prin care statul membru de origine limitează sau împiedică societatea să se transforme într-o societate guvernată de dreptul altui stat membru (transfer de sediu dublat de schimbarea legii aplicabile) vor fi, în absența unei justificări printr-o exigență imperioasă de interes general, declarate contrare dreptului Uniunii europene; statul membru de origine nu poate impune încetarea personalității juridice a societății astfel transformate.

În ceea ce privește *statele de destinație*, trio-ul jurisprudențial *Centros-Uberseering-Inspire Art* permite, în caz de transfer de sediu social real, cenzurarea reglementărilor acestora ce restrâng dreptul de liberă stabilire; în particular, autoritățile din statul de destinație nu pot refuza recunoașterea personalității juridice a unei societăți valabil constituită în conformitate cu dreptul altui stat membru. În schimb, conform deciziei *Cartesio* (§112) transformarea societății într-o societate guvernată de dreptul altui stat membru este în continuare posibilă numai dacă acesta din urmă permite o astfel de transformare; sub rezerva justificării, statul de destinație are dreptul de a se opune transformării (și de a refuza deci supraviețuirea personalității juridice).

IV. Legea aplicabilă sucursalei și filialei

16. Conceptele de *filială* și *sucursală* sunt definite în mod diferit de diversele legislații naționale în materie societară, dar pentru că de calificare depinde legea aplicabilă, instanțele române trebuie să ia în considerare în acest sens soluțiile din legislația și practica românească.

17. În dreptul românesc, *sucursala* reprezintă o simplă extensie a unei societăți comerciale, față de care există subordonare (juridică, dar și economică); trei exigențe suplimentare trebuie, de asemenea, respectate: absența personalității juridice, prezența unui scop comun, importanța materială suficientă²⁵. Soluția reținută de articolul 2580 al. 2 NCC în plan internațional conduce la aplicarea legii persoanei juridice mamă cu privire la tot ce înseamnă constituirea și desființarea, respectiv funcționarea sucursalei (inclusiv puterile reprezentanților acesteia)²⁶. În ceea ce privește constituirea, în urma hotărârii *Centros* este indiscutabil că articolele 49 și 54 TFUE (fostele articole 43 și 48 CE) protejează dreptul unei persoane

juridice create în conformitate cu legea unui stat membru de a-și deschide sucursale în orice alt stat membru, chiar dacă în statul de origine aceasta nu dispune de vreun stabiliment.

Deși articolul 2580 al. 2 NCC nu menționează expres, anumite dispoziții ale legii din statul unde este implantată sucursala vor putea totuși primi aplicare. Este, de exemplu, cazul reglementărilor privitoare la eventuala înscriere în registrul comerțului, la diversele formalități de publicitate, la contabilitate -, sub rezerva respectării exigențelor europene în materie de libertate de stabilire²⁷. Jurisprudența europeană rezervă, de asemenea, cazul fraudei²⁸; în măsura în care se consideră însă că fraudă nu este caracterizată atunci când persoana juridică a fost constituită într-un stat membru, unde nu desfășoară nicio activitate, cu scopul explicit de a evita aplicarea legii unui alt stat membru, în care își derulează integralitatea activităților²⁹, utilizarea acestei excepții este totuși extrem de dificilă în practică³⁰.

18. Pentru *filială* – entitate cu personalitate juridică, controlată de altă persoană juridică –, articolul 2580 al. 3 NCC reține aplicarea legii din statul unde aceasta își are stabilit propriul sediu și refuză, indirect, desemnarea unei legi unice pentru „grupurile de societăți”³¹. În ceea ce privește identificarea sediului filialei, în practică ar trebui să conteze mai puțin puterea de direcție sau de influențare pe care societatea-mamă o are asupra acesteia, și mai mult faptul că filiala este o societate care se bucură de autonomie juridică; independent de locul de unde sunt transmise indicațiile/directivele asociațiilor, deciziile cu privire la funcționarea filialei precum și actele de gestiune curentă a acesteia trebuie considerate a fi realizate acolo unde funcționează propriile ei organe de administrare.

În ceea ce privește sfera de competență a legii de la sediul filialei, aceasta acoperă aspectele generale privind constituirea, funcționarea și dizolvarea filialei, dar și problema specifică a raporturilor dintre societatea-mamă și ceilalți acționari (minoritari) din filială sau aceea a raporturilor dintre filială (societate controlată) și societatea-mamă (societate dominantă)³²; această ultimă ipoteză include, bineînțeles, cazul particular al eventualei angajări a răspunderii societății-mamă pentru actele filialei.

V. Domeniul legii aplicabile statutului organic al persoanei juridice

Articolul 2581 NCC privitor la domeniul *legii aplicabile statutului organic al persoanei juridice* are o factură clasică; recopiind articolul 42 din vechea Lege nr. 105/1992, acesta vizează, într-o listă nelimitativă, chestiuni care privesc constituirea, funcționarea și dizolvarea persoanei juridice³³.

19. *Constituirea*. Persoana juridică fiind valabil constituită dacă respectă condițiile de fond și de formă fixate de legea sa națională (cf. articolului 2582 NCC), aceeași lege îi conferă personalitate juridică și stabilește întinderea capacității sale. În particular, dreptul de a sta în justiție (capacitatea procesuală activă și pasivă), eventuala imunitate a persoanelor juridice (de drept public), dreptul de a încheia valabil contracte, conform principiului specialității, sau posibilitatea de a recurge la arbitraj pentru soluționarea litigiilor pot fi menționate printre aspectele vizate de articolul 2581 lit. a) NCC.

20. *Funcționarea*. Plasarea persoanei juridice sub imperiul unei legi unice condiționează buna funcționare a acesteia, iar opțiunea în favoarea aplicării în materie a *legii statutului organic al persoanei juridice* este una naturală. Chestiunile reținute de legiuitorul român în cadrul articolului 2581 NCC impun câteva observații suplimentare, intervenția lui *lex societatis* trebuind uneori justificată, alteori delimitată în funcție de particularitățile cazului.

21. Având în vedere că, odată cu semnarea actelor constitutive, asociații s-au plasat de bună voie în sfera de competență a lui *lex societatis*, aplicarea acestei legi este justificată în ceea ce privește *modul de dobândire și de pierdere a calității de asociat*³⁴, *precum și drepturile și obligațiile acestora* (articolul 2581 lit. b) și c) NCC)³⁵. În cazul în care această lege este extrem de severă, excepția de ordine publică ar putea interveni pentru salvagardarea unui nucleu de drepturi considerate fundamentale de către *lex fori*; soluția nu garantează totuși, în practică, protecția efectivă a asociaților, în măsura în care sunt șanse foarte mici ca anularea deciziilor AGA în statul forului să fie recunoscută în statul de sediu social al persoanei juridice³⁶.

Deși textul legal nu prevede expres, competența naturală a legii naționale a persoanei juridice poate fi limitată prin eventuala intervenție a unor legi de poliție; astfel, în caz de cotare a unei societăți pe o piață bursieră străină, norme din statul bursei referitoare, de exemplu, la vizarea prospectelor, la minimul de informații obligatorii ce trebuie oferite investitorilor sau la publicarea pactelor între acționari trebuie obligatoriu respectate, oricare ar fi *lex societatis*³⁷.

22. Legea statutului organic al persoanei juridice guvernează și *organizarea acesteia* – actele constitutive, inclusiv condițiile și regulile de modificare a acestora (articolul 2581 lit. g) NCC), capitalul social, organele sociale (categorii, condiții de numire ca administrator, auditor, cenzor..., incapacitățile sau incompatibilitățile cu această calitate).

23. Problema competențelor, respectiv a puterilor organelor sociale este una delicată în practică, iar clarificările aduse de Codul civil sunt binevenite. Ținând cont de articolul 2581 lit. a) și d), precum și de articolul 2583 al.1 NCC,

limitările capacității persoanei juridice și ale puterilor organelor sale trebuie apreciate în conformitate cu legea ce guvernează statutul organic al persoanei juridice. Astfel, indiferent de dispozițiile lui *lex contractus*, persoana juridică poate opune co-contractanților *limitările legale* ale puterilor organelor sociale, astfel cum sunt acestea delimitate de legea sa națională, pentru a obține o eventuală nulitate a contractelor încheiate în numele și pe seama sa³⁸. În măsura în care ea obligă creditorii societari să se informeze asupra legii ce guvernează statutul organic al persoanei juridice cu care contractează, soluția este destul de severă; aceasta nu afectează însă cu nimic legitimitatea sa. Valabilitatea *limitărilor statutare* ale puterilor organelor sociale trebuie, de asemenea, apreciată în conformitate cu legea națională a persoanei juridice; chiar dacă la nivelul Uniunii europene, conform reglementărilor naționale ce transpun prima directivă în materie de societăți³⁹, acestea sunt inopozabile terților, o soluție ar fi trebuit imaginată pentru restul cazurilor, pentru a asigura eventuala protecție a creditorilor locali ce contractează cu persoane juridice străine stabilite în afara Uniunii europene, fără a fi avut totuși posibilitatea de a consulta actele lor constitutive⁴⁰.

24. *Reprezentarea persoanei juridice* de către organele proprii, supusă de asemenea legii aplicabile statutului organic al acesteia (articolul 2581 lit. e) NCC), nu ridică prea multe probleme. În măsura în care persoana juridică nu poate acționa decât prin intermediul organelor sale, *lex societatis* va interveni pentru a spune în ce măsură obligațiile contractate de organele sociale, dar și eventualele comportamente culpabile ale acestora sunt imputabile persoanei juridice; aceeași lege va fi, de asemenea, consultată pentru a spune în ce măsură diverse persoane pot angaja societatea, în temeiul teoriei aparenței. Două limite la aplicarea lui *lex societatis* în materie ar trebui totuși luate în considerare. Pe de o parte, reprezentarea (convențională) a persoanei juridice de către alte persoane decât organele sale este guvernată de legea aplicabilă contractului particular de mandat/intermediere, lege determinată conform regulilor din Regulamentul Roma 1⁴¹. Pe de altă parte, în caz de procedură de insolvență deschisă în alt stat decât cel a cărui naționalitate o are persoana juridică, *lex concursus* străină va governa chestiunile ce țin de reprezentarea persoanei juridice de către administratorul judiciar sau de către lichidator⁴².

25. Ca aspect al „funcționării” persoanei juridice, *răspunderea organelor sociale față de asociați și față de persoana juridică* va fi guvernată de legea aplicabilă statutului organic al acesteia, chiar în absența unei mențiuni exprese în textul legal⁴³. Problemele vizate ar trebui să aibă însă o strânsă legătură cu structura internă a societății : încălcarea statutului, încălcarea legii (precum o vărsare ilicită

de dividende), culpa în gestiune, conflicte de interese. Cauzele concrete de angajare a răspunderii administratorilor, întinderea răspunderii, precum și modalitățile de angajare a acesteia (acțiune socială, *ut universi* sau *ut singuli*, acțiune a asociațiilor...) sunt, de asemenea, chestiuni ce intră în sfera de aplicare a legii ce guvernează statutul organic al persoanei juridice⁴⁴.

26. Supunând „răspunderea persoanei juridice și a organelor ei față de terți” legii aplicabile statutului organic al persoanei juridice, articolul 2581 lit. f) NCC lasă perplex la o primă lectură. Considerat literal, acesta ignora existența, în dreptul internațional privat, a unor categorii „contract”, respectiv „act ilicit” distincte, guvernate de o lege proprie (*lex contractus/lex delicti*); fiind extrem de criticabilă, soluția nu poate fi acceptată. Căutând un eventual sens pentru textul prezentat, considerăm că acesta ar trebui interpretat, dincolo de formularea sa, ca vizând problema *întinderii răspunderii* persoanei juridice sau a organelor sale față de terți : legea statutului organic al acesteia trebuie în mod normal consultată pentru a spune, *pe de o parte*, dacă persoana juridică răspunde față de terți doar cu patrimoniul propriu ori aceștia beneficiază de un drept de gaj general și asupra patrimoniului asociațiilor/organelor persoanei juridice (dacă și în ce condiții putem vorbi de posibilitatea „ridicării voalului social”/*piercing corporate veil*), sau, *pe de altă parte*, dacă societatea își poate vedea răspunderea patrimonială angajată față de un creditor personal al asociațiilor sau al organelor sale. În schimb, răspunderea persoanei juridice pentru fapta prepușilor săi, având puține lucruri în comun cu funcționarea persoanei juridice, ar trebui să rămână guvernată de *lex delicti*; de asemenea, *lex delicti* ar trebui să intervină în ceea ce privește răspunderea unui administrator față de terți pentru o *culpa in contrahendo* realizată cu ocazia încheierii unui contract în numele și pe seama persoanei juridice.

27. *Dizolvarea și lichidarea*. Articolul 2581 lit. h) NCC plasează în sfera legii ce guvernează statutul organic al persoanei juridice și *dizolvarea și lichidarea acesteia*. Printre problemele acoperite putem menționa: motivele de dizolvare a persoanei juridice, punerea în aplicare a acestora, derularea procedurii lichidării, momentul dispariției personalității juridice, problema posibilității transferului universal sau cu titlu universal al patrimoniului persoanei juridice către alte persoane.

Eventuale discuții pot ridica în practică actele de naționalizare sau expropriere decise în străinătate; în măsura în care acestea ar fi apreciate drept contrare ordinii publice de drept internațional privat român, legea română (*lex fori*) ar putea fi luată în considerare în ceea ce privește bunurile sociale aflate în România, în vederea lichidării acestora și remiterii sumelor rezultate, după plata creditorilor, către foștii asociați spoliați.

Deși Codul civil nu prevede expres, în ceea ce privește dizolvarea și lichidarea legea aplicabilă statutului organic al persoanei juridice cedează locul lui *lex concursus*, determinată în conformitate cu regulamentul (CE) n° 1346/2000, atunci când procedura principală a insolvenței este deschisă în alt stat decât cel a cărui naționalitate o are persoana juridică⁴⁵.

VI. Recunoașterea persoanelor juridice străine

Condiție prealabilă a activității internaționale a persoanelor juridice, recunoașterea constă în admiterea, în România, a personalității conferite acestora de o lege străină. În materie, Codul civil distinge între persoanele juridice cu scop patrimonial și cele fără scop patrimonial.

28. În ceea ce privește *persoanele juridice străine cu scop patrimonial* valabil constituite, articolul 2582 al. 1 NCC reține o soluție liberală : existența lor ca și subiecte de drept în România este recunoscută de plin drept⁴⁶. Problema de a ști dacă persoana juridică a fost valabil constituită trebuie rezolvată, având în vedere regula de conflict de la articolul 2580 NCC, în conformitate cu legea națională a acesteia⁴⁷, cu eventualul temperament de la articolul 2571 al. 4 NCC. Problemele generate de consacrarea criteriului sediului social real pentru determinarea naționalității și (indirect) a legii aplicabile au fost deja expuse mai sus; la nivelul Uniunii europene, jurisprudența *Uberseering* aduce însă atenuări sensibile, prin limitarea aplicării acestuia atunci când el conduce la negarea capacității juridice unei persoane juridice legal constituită într-un alt stat membru⁴⁸.

29. Recunoașterea *persoanelor juridice străine fără scop patrimonial* este o problemă de concesiune explicită făcută acestora de autoritățile române, în cazuri concrete, individuale; protecția interesului național putând justifica refuzul recunoașterii, cinci condiții sunt impuse de textul legal: constituirea valabilă în țara de origine, existența unui scop statutar conform ordinii sociale și economice din România, respectarea condiției reciprocității, aprobarea prealabilă a Guvernului, pronunțarea unei hotărâri judecătorești⁴⁹.

30. În ceea ce privește efectele recunoașterii, soluția reținută de legiuitorul român este una generoasă: persoanele juridice străine recunoscute în România se vor bucura nu doar de simpla recunoaștere a calității de subiecte de drept, ci de capacitatea juridică conferită de legea ce guvernează statutul lor organic (capacitate procesuală activă și pasivă, capacitatea de a dobândi/poseda bunuri, de a încheia contracte sau diverse alte acte juridice...) ⁵⁰. Regula instituită de articolul 2583 NCC are însă un efect asimetric. Dacă conform lui *lex fori* (legea română), persoana

juridică ar avea o capacitate mai largă, legea națională a persoanei juridice prevalează; regăsim aici o aplicare a principiului respectului drepturilor dobândite. În schimb, dacă *lex fori* (legea română) prevede limitări speciale pentru capacitatea persoanei juridice străine, acestea din urmă trebuie respectate (articolul 2583, al. 1, parte finală NCC).

31. Intervenția legii române în aceste cazuri trebuie totuși corelată cu reglementările europene privind libertățile de circulație în Uniunea europeană; în măsura în care *lex fori* condiționează beneficiul unor drepturi de „naționalitatea română” a persoanei juridice (de exemplu, dobândirea de terenuri pe teritoriul României, exercitarea unor activități economice), aceasta nu va putea primi (legal) aplicare decât dacă ea poate fi justificată prin intermediul unor excepții legale la principiile europene sau prin intermediul unor exigențe sau motive imperative de interes general, respectând în același timp cerințele testului de proporționalitate (în sens larg). Soluția Curții europene de justiție în cauza *Comisia c. Italia*⁵¹ din 1996 poate fi reținută ca un exemplu revelator : în speță, statul italian permitea exercitarea activităților de intermediere de valori mobiliare doar persoanelor juridice ce își aveau sediul pe teritoriul său; Curtea a apreciat că deși exigența sediului facilitează supravegherea și controlul operatorilor pe piață, ea nu poate fi considerată compatibilă cu dreptul Uniunii europene în măsura în care măsuri mai puțin restrictive puteau fi utilizate pentru atingerea respectivului obiectiv.

32. Realizând activități pe teritoriul României, persoanele juridice străine nu vor putea evita aplicarea unor legi imperative locale, eventual calificate drept legi de poliție: menționate la articolul 2583 al. 2 NCC, acestea pot privi reprezentarea sindicală a salariaților și protecția drepturilor acestora, concurența liberă pe piață, obținerea unor autorizații speciale, fiscalitatea, protecția drepturilor de proprietate intelectuală și industrială.

Deși textul legal nu prevede, la fel ca și în ipoteza analizată mai sus, aplicarea legilor în cauză unor persoane juridice stabilite în alte state membre este strict condiționată de respectarea dreptului Uniunii europene. Cauza *Comisia c. Italia*⁵² din 2009, privitoare la reglementarea italiană ce impunea tuturor societăților de asigurare ce activau pe piața italiană (inclusiv celor cu sediul în alte state membre) să încheie contracte de asigurare RCA la cererea oricărui client potențial, permite ilustrarea afirmației. Verificând compatibilitatea acestei reglementări cu dreptul Uniunii europene, Curtea a considerat că obligația de a contracta impusă în cadrul său restrânge libertatea de stabilire și libertatea de a oferi servicii de asigurare pe teritoriul italian, în măsura în care persoanele juridice vizate trebuiau să-și adapteze politica și strategiile comerciale, lărgind spectrul serviciilor de asigurare

oferite (cu o creștere corelativă a costurilor); totuși, având ca obiectiv protecția socială a victimelor accidentelor de circulație rutieră și respectând exigențele testului de proporționalitate, reglementarea analizată a fost considerată justificată, statul italian evitând condamnarea.

VII. Fuziunea persoanelor juridice

Traducând vocația intervenției a două legi distincte în legătura cu operațiunea de fuziune, articolul 2584 NCC condiționează realizarea valabilă a acesteia de respectarea cumulativă a dispozițiilor legilor ce guvernează persoanele juridice participante⁵³.

33. Formularea fiind suficient de largă, putem aprecia că textul vizează atât fuziunile prin absorbție, cât și cele prin comasare. Nu sunt însă incluse în domeniul său de aplicare alte operațiuni de reorganizare a persoanei juridice (precum divizarea). Pentru acestea, chiar dacă nu regăsim în cuprinsul articolul 2581 NCC nicio dispoziție expresă, este fără îndoială că *lex societatis* a societății reorganizate va primi aplicare, cel puțin în ceea ce privește principiul și condițiile operațiunii de reorganizare. Dacă operațiunea implică crearea unei societăți noi pe teritoriul altui stat decât cel în care societatea reorganizată/divizată își avea sediul, pentru constituirea acesteia va fi respectată legea din țara unde aceasta își stabilește propriul ei sediul (aplicare distributivă a legilor în prezență).

34. Ca o chestiune prealabilă fuziunii, trebuie arătat că operațiunea nu va fi posibilă decât dacă persoanele juridice participante sunt guvernate de legi aparținând unor state între care există un *regim de recunoaștere a persoanelor juridice* aparținând celuilalt; odată cu jurisprudența *Uberseering*, problemele din acest punct de vedere, la nivelul Uniunii europene, ar trebui să dispară.

Domeniul de aplicare a regulii instituite de articolul 2584 NCC poate ridica anumite discuții. În ciuda formulării destul de largi a textului legal, credem că aplicarea *cumulativă* a legilor persoanelor juridice participante la operațiune se justifică doar în ceea ce privește acele elemente ale procesului de fuziune care interesează relațiile bilaterale între cele două persoane juridice participante⁵⁴.

35. *Aplicare cumulativă*. Având în vedere că fiecare din *lex societatis* în cauză este chemată să intervină într-un fel sau altul la un anumit moment al operațiunii, consultarea lor prealabilă în ceea ce privește *principiul admiterii înseși a fuziunii* nu poate fi evitată. Dacă una din legile în prezență nu admite posibilitatea fuziunilor internaționale, este inutil să se meargă mai departe, situația din Germania înainte de hotărârea *Sevic*⁵⁵ a Curții europene de justiție

fiind revelatoare. La nivelul Uniunii europene, directiva 2005/56/CE privitoare la fuziunile transfrontaliere, transpusă astăzi în statele membre, are ca obiectiv principal eliminarea acestor dificultăți în cazul societăților de capitaluri⁵⁶.

Aplicarea cumulativă a legilor în prezență se impune, de asemenea, în ceea ce privește *contractul de fuziune* (condițiile de fond și de formă ale acestuia); justificarea are legătură cu obiectul său particular – stabilirea unei legături între entitățile participante și organizarea noii persoane juridice, precum și asigurarea protecției asociaților și a creditorilor societari. În dreptul comparat există divergențe în ceea ce privește existența însăși a acestui contract, clauzele pe care el trebuie să le conțină, forma pe care trebuie să o îmbrace, iar exigența aplicării cumulative a legilor persoanelor juridice implicate are drept consecință faptul că, pentru valabilitatea operațiunii, dispozițiile legii mai severe trebuie respectate. Dacă o cerință fixată de una dintre legi a fost încălcată, această lege trebuie să determine sancțiunea atrasă (nulitatea) și regimul acesteia; dacă pentru încălcarea aceleiași exigențe legile în prezență prevăd consecințe diferite, aceea mai severă ar trebui să prevaleze⁵⁷.

36. *Aplicare distributivă.* În ceea ce privește *actele îndeplinite în vederea fuziunii în cadrul fiecăreia dintre persoanele juridice participante* (precum decizia organelor sociale, exigențele de *quorum* și majoritate, consimțământul unor grupuri speciale de asociați, publicitate) credem, în schimb, că este posibilă aplicarea distributivă a fiecăreia dintre *lex societatis* implicate⁵⁸. În cazul fuziunii prin absorbție, legea persoanei juridice absorbante ar putea să primească aplicare (singură) în ceea ce privește operațiile ce trebuie îndeplinite în vederea majorării capitalului său și preluării patrimoniului persoanei juridice absorbite (deciziile ce trebuie luate, formalitățile ce trebuie îndeplinite în cursul procesului de fuziune); legea persoanei juridice absorbite ar putea să primească aplicare (singură) în ceea ce privește deliberările ce trebuie realizate în cadrul acesteia cu privire la aprobarea operațiunii de fuziune și de dizolvare⁵⁹.

Concluzii

37. Trecerea în revistă a reglementărilor din noul Cod civil consacrate regimului persoanelor juridice în dreptul internațional privat reflectă reticența legiuitorului român în fața schimbărilor. În ceea ce privește naționalitatea persoanelor juridice, poziția dreptului românesc cu privire la teoria sediului social real ar fi meritată a fi clarificată. Chiar susținând că această teorie se regăsește veritabil consacrată în cadrul articolului 2571 NCC, aplicarea sa cunoaște modificări

semnificative sub influența principiilor europene de liberă circulație; o poziție clară a legiuitorului ar fi adus un plus de certitudine juridică, permițând eventual evitarea regimului dual ce impune în prezent să distingem în funcție de contextul european sau nu al cauzei. În ceea ce privește determinarea legii aplicabile, surprinde absența unei reguli speciale cu privire la transferul transfrontalier al sediului social; această problemă ridică discuții, iar intervenția europeană și armonizarea legislațiilor materiale la nivelul Uniunii nu sunt suficiente pentru a rezolva dificultățile ce pot apărea în planul conflictelor de legi. Și în materie de fuziuni, textul legal ar fi putut fi modificat pentru a reflecta expres o soluție de natură să faciliteze acest tip de operațiuni, dar care este astăzi, în esență, doar rezultatul unei interpretări bazate pe spiritul legii.

¹Prezentul studiu este finanțat dintr-un grant de cercetare CNCIS, Competiția 2008, IDEI, cod proiect 2442, coordonator conf. univ. dr. Dan Andrei Popescu.

* Asistent univ. dr., FSEGA, Univ. Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca; alinaxoprea@yahoo.fr.

² Dacă în ceea ce privește persoanele fizice opțiunea în favoarea cetățeniei apare ca una naturală, în ceea ce privește persoanele juridice s-ar putea discuta dacă acestea se pot bucura efectiv de o naționalitate, care să poată fi luată în considerare pentru stabilirea legii aplicabile. Astfel, naționalitatea exprimă apartenența unei persoane la populația constitutivă a unui stat, iar folosirea acesteia în cazul persoanelor juridice – forme de manifestare a unor activități economice sau de altă natură realizate de persoane fizice – poate surprinde; mai mult, natura persoanelor juridice – entități ce au la bază contracte de drept privat sau manifestări unilaterale de voință – s-ar opune conferirii unei naționalități acestora. Totuși, având în vedere că persoanele juridice nu sunt simple creații intelectuale (sau simple contracte), ci veritabile subiecte de drept, dispunând, la fel ca și persoanele fizice, de personalitate juridică, ele trebuie să se bucure de toate prerogativele aferente acesteia, și deci și de naționalitate. Naționalitate nu creează, de altfel, doar o legătură politică generatoare de obligații și drepturi, ci este elementul de bază în ceea ce privește statutul juridic al individului și determinarea legii civile căreia acesta se supune; pe același fundament, legătura dintre o persoană juridică și un stat apare ca indispensabilă atunci când este vorba de a stabili statutul personal al acelei persoane juridice. Pe baza acestor observații, transpunerea conceptului de naționalitate în ceea ce privește persoanele juridice apare drept legitimă, chiar dacă în practică trebuie operate diverse adaptări, în special în ceea ce privește criteriile de conferire a acesteia. Cu privire la această problemă, a se vedea, în doctrina franceză, B. Audit, **Droit international privé**, Economica, 2010, n° 1105; B. Ancel, Y. Lequette, **Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé**, 5^e éd., 2006, Dalloz, Paris, p. 408; P. Mayer, V. Heuzé, **Droit international privé**, 7^e éd., Montchrestien, 2001, n° 1043 și urm.; L. Levy, **La nationalité des sociétés**, LGDJ, 1984, p. 117 și urm.

³ V. M. Menjuca, *“La notion de siège social : une unité introuvable en droit international et en droit communautaire”*, in **Melanges Béguin**, 2005, p. 499 și urm.

- ⁴ Art. 2571 al. 1 NCC: „*Persoana juridică are naționalitatea statului pe al cărui teritoriu și-a stabilit, potrivit actului constitutiv, sediul social*”.
- ⁵ Art. 2571 al. 2 și 3 NCC: „(2) *Dacă există sedii în mai multe state, determinant pentru a identifica naționalitatea persoanei juridice este sediul real. (3) Prin sediu real se înțelege locul unde se află centrul principal de conducere și de gestiune a activității statutare, chiar dacă hotărârile organului respectiv sunt adoptate potrivit directivelor transmise de acționari sau asociați din alte state*”.
- ⁶ Cu privire la fundamentele doctrinei sediului social real, a se vedea St. Rammeloo, **Corporations in Private International Law. A European perspective**, Oxford University Press, 2001, p. 176 și urm.; B. Audit, *op. cit.*, n° 1113.
- ⁷ CJCE, 5 noiembrie 2002, *Überseering*, RCDIP, 2003, p. 508, notă P. Lagarde; JCP 2003 II. 10032, notă M. Menjuçq; T. Ballarino, « *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes* », RCDIP, 2003, p. 373- 402. Starea de fapt este simplă: societatea olandeză *Überseering BV* a acționat în instanță o societate germană în legătură cu diverse lucrări de renovare ce trebuiau efectuate asupra unor imobile aflate în Germania. Capitalul social al reclamantei fiind dobândit de doi cetățeni germani, pârâta s-a apărut invocând transferul sediului social real al societății *Überseering* în Germania și, în conformitate cu dreptul internațional privat german, necesitatea aprecierii existenței capacității juridice a acesteia după legea din statul de sediu. Avându-și sediul în Germania, dar nefiind înmatriculată în acest stat, *Überseering* a fost considerată ca nevalabil constituită după dreptul german și, în consecință, i s-a refuzat dreptul de a sta în justiție.
- ⁸ A se vedea soluția BGH, în decizia sa *Überseering* din 13 martie 2003 (BGHZ 154, 185, NJW, 2003, p. 1461).
- ⁹ Art. 2571 al. 4 NCC : „*Cu toate acestea, dacă dreptul străin astfel determinat retrimite la dreptul statului în conformitate cu care a fost constituită persoana juridică, este aplicabil dreptul acestui din urmă stat*”.
- Soluția se regăsește și în alte legislații, de exemplu în codul belgian de DIP (articolul 110 al. 2), precum și în jurisprudență : C. Ap. Paris, 1^{re} ch., 3 octombrie 1984, *Banque ottomane*, JDI, 1986, p. 156, notă B. Goldman; Paris, 3^e ch., 19 martie 1956, RCDIP, 1967, p. 85 notă P. Lagarde. Ca o problemă formală, trebuie arătat că textul analizat nu este integrat logic în cadrul articolului 2571 NCC. Dacă primele trei alineate vorbesc despre determinarea naționalității persoanei juridice și explicitează criteriul sediului social, alineatul patru aduce brusc în discuție, prin intermediul retrimiterii menționate, problema legii aplicabile. Credem că este vorba de o eroare din partea legiuitorului, textul avându-și fără îndoială locul, în forma lui actuală, în completarea articolului 2580 al. 1 NCC.
- ¹⁰ Art. 2580 al. 1 NCC: „*Statutul organic al persoanei juridice este cârmuit de legea sa națională*”.
- ¹¹ B. Audit, *op. cit.*, n° 1105.; P. Mayer, V. Heuzé, *op. cit.*, n° 1031.
- ¹² A se vedea în Franța: Cass. 1^{re} civ., 8 decembrie 1998, *Bull. Joly*, 1999, p. 458, §95; RCDIP, 1999, p. 284 și urm., notă M. Menjuçq.
- ¹³ Pentru o prezentare sumară a acestor tipuri de societăți, a se vedea G. Mustaki, V. Engammare, **Droit européen des sociétés**, Helbing Lichtenhahn, Bruylant, LGDJ, 2009, p. 4-5.
- ¹⁴ Ibidem.
- ¹⁵ CJCE, 27 septembrie 1988, C-81/87; O. Loy, “*Le marché unique et les sociétés*”, DPCE, 1989, p. 2 și 252; M.-Ch. Boutard-Labarde, „*Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Libre circulation des personnes et des services*”, JDI, 1989, p. 428-431. În speță, pentru a evita aplicarea legislației fiscale britanice cu privire la câteva operațiuni financiare importante pe care urma să le realizeze, societatea engleză *Daily Mail* a dorit să-și transfere administrația centrală în Olanda. După ce acordarea autorizației necesare a fost refuzată de trezoreria britanică, *Daily Mail* a contestat reglementarea în cauză, susținând că aceasta reprezintă un obstacol nejustificat în calea libertății sale de stabilire.

- ¹⁶ CJCE, 9 martie 1999, *Centros*, C-212/97, *CMLR*, 2000, p. 147-155, note W.H. Roth ; *JDI*, 2000, p. 484, obs. M. Luby ; *Rev. Soc.*, 1999, p. 391-398, notă G. Parleani; W.F. Ebke, « *Centros - Some Realities and Some Mysteries* », *Am. J. Comp. L.*, 2001, p. 623-660; W.H. Roth, « *From Centros to Ueberseering: Free Movement of Companies, Private International law, and Community law* », *ICLQ*, 2003, p. 177-208.
- ¹⁷ M. Menjuçq, notă sub *Centros*, *Recueil Dalloz*, 1999, n° 37; E. Weemersch, « *Centros : A Landmark Decision in European Company Law* », în Th. Baums, K.J. Hopt, N. Horn (eds.), **Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum**, Kluwer Law International, 2000, p. 647.
- ¹⁸ V., susținând această poziție în Franța, J.B. Blaise, « *Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la communauté européenne* », în **Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{eme} siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn**, Litec, 2000, p. 596-597. Pentru Germania, v. referințele citate de același autor la pagina 592 ; de asemenea, W.H. Roth, notă sub decizia *Centros*, *CMLR*, 2000, p. 148 și urm.
- ¹⁹ CJCE, 30 septembrie 2003, C-167/01, *Inspire Art*, *RCDIP*, 2004, p. 173-184, notă H. Muir Watt; *JDI*, 2004, p. 923-929, notă M. Menjuçq ; *CMLR*, 2004, p. 1127-1140, notă D. Zimmer ; E. Pataut, « *Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés: un pas de plus* », *Recueil Dalloz*, 2004, *Jur.*, p.491-494 ; L. Idot, « *Loi applicable. La loi néerlandaise sur les sociétés étrangères de pure forme contraire à l'article 43 CE* », *Europe*, 2003, nov., *Comm. n° 361*, p. 27-28. În speță, societatea Inspire Art Ltd., constituită în conformitate cu legea engleză, avea o sucursală în Olanda, înmatriculată în Registrul comerțului din Amsterdam. Societatea nu realiza niciun fel de activitate în afara Olandei și, din acest motiv, ea intra în sfera de aplicare a legii olandeze cu privire la *pseudo-foreign companies*. Intervenind cu titlu de lege de poliție, aceasta impunea respectarea unor reguli particulare de publicitate și vărsarea unui capital social minim, sub sancțiunea angajării răspunderii solidare a administratorilor pentru datoriile societății în caz de insolvență.
- ²⁰ În urma acestei decizii, BGH a renunțat, în ceea ce privește persoanele juridice constituite în conformitate cu legea unui stat membru al Uniunii europene sau al Spațiului economic european (E.E.E.), la jurisprudența sa anterioară ce consacră teoria sediului social real : v. BGHZ, 19 septembrie 2005, *NJW*, 2005, p. 3351-3352.
- ²¹ CJCE, 16 decembrie 2008, C-210/06, *Cartesio Oktató Szoláltató bt*, C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, „*The Mysteries of Freedom of Establishment after Cartesio*”, <http://ssrn.com/abstract=1340964>; *D.* 2009, p. 2387, notă L. d'Avout ; *RCDIP*, 2009, p. 548, notă J. Heymann ; *Europe*, 2009, *comm. 82*, obs. L. Idot ; *JDI*, 2009, p. 685, notă S. Francq; *JCP G*, 2009, II, 10027, notă M. Menjuçq. În speță, societatea maghiară *Cartesio* urmărea transferarea sediului său social real în Italia, dorind să mențină, în același timp, înmatricularea în Registrul comerțului maghiar și aplicarea subsecventă a legii maghiare. Având în vedere că dreptul maghiar se opunea unui astfel de transfer de sediu, impunând dizolvarea și lichidarea prealabilă a societății în Ungaria, *Cartesio* a susținut că acesta reprezintă un obstacol nejustificat în calea libertății sale de stabilire.
- ²² De altfel, o soluție similară poate fi regăsită în regulamentul (CE) n° 2157/2001 al Consiliului, din 8 octombrie 2001, referitor la statutul societății europene (SE), ce prevede, în articolul 7, că un stat membru „poate impune societăților europene înmatriculate pe teritoriul său obligația de a-și stabili administrația centrală și sediul statutar în același loc”, sub sancțiunea lichidării (art. 64§2).

- ²³ În dreptul internațional privat comparat, legiuitorul elvețian (în articolele 161, al.1 și 163, al. 1 LDIP), cel italian (în articolul 25, al. 3 LDIP) sau cel belgian (articolul 112 din Codul de DIP) au ales să reglementeze expres problema conflictului de legi generat de transferul de sediu social.
- ²⁴ Pentru o prezentare sintetică a acestor dificultăți, a se vedea J.M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, **Droit du commerce international**, Dalloz, 2007, p. 166, n° 294-295. Cu privire la soluțiile posibile de articulare între cele două *lex societatis* intervenind în cazul unui transfer transfrontalier de sediu social, a se vedea C. Kleiner, « *Le transfert de siège social en droit international privé* », *JDI*, 2010, p. 4, sp. n° 18 și urm.
- ²⁵ V. articolul 43 din Legea nr. 31/1990 a societăților comerciale. St. Cărpenu, **Drept comercial român**, Ed. Universul Juridic, 2007, p. 206-207, n. 330.
- ²⁶ Art. 2580 al. 2 NCC: „*Statutul organic al sucursalei înființate de către persoana juridică într-o altă țară este supus legii naționale a acesteia*”.
- ²⁷ În urma deciziei *Inspire Art*, puterea statelor membre pe al căror teritoriu funcționează sucursala de a impune respectarea unor norme (internațional imperative) prin care se urmărește, de exemplu, protecția intereselor creditorilor locali, este în mod serios limitată.
- ²⁸ CJCE, 9 martie 1999, C-212/97, *Centros*, §38; CJCE, 30 septembrie 2003, C-167/01, *Inspire Art*, §95.
- ²⁹ CJCE, 9 martie 1999, C-212/97, *Centros*, §18 și §38-39; CJCE, 30 septembrie 2003, C-167/01, *Inspire Art*, §96 (“...Nu constituie un abuz faptul că societatea nu a fost constituită într-un stat membru decât în scopul de a beneficia de o legislație mai favorabilă, aceasta chiar dacă societatea în cauză își exercită majoritatea sau chiar integralitatea activităților sale în statul de stabilire”- trad. aut.).
- ³⁰ V. totuși, în jurisprudența germană, BGH, 7 mai 2007, n° II ZB 7/06, *NJW-Spezial* 2007, p. 364: registrul comerțului german a refuzat înscrierea sucursalei unei *private limited company by shares* engleze motivând că asociatul unic al acesteia (în același timp și administrator) era un cetățean german, lovit de interdicția de a exercita comerțul; Curtea supremă federală germană a apreciat decizia ca fiind compatibilă cu dreptul Uniunii europene, invocând, între altele, excepția de fraudă (în sensul jurisprudenței europene).
- ³¹ Art. 2580 al. 3 NCC: „*Statutul organic al filialei este supus legii statului pe al cărui teritoriu și-a stabilit propriul sediu, independent de legea aplicabilă persoanei juridice care a înființat-o*”.
- ³² V., în Franța, CA Paris, 22 mai 1965, *Fruehauf*, D. 1968, p. 147 (aplicarea legii franceze a filialei pentru problema de a ști dacă și cum putea fi asigurată protecția asociațiilor minoritari în fața ordinului societății-mamă americane de rupere a unui contract încheiat de filială cu un partener chinez).
- ³³ Art. 2581 NCC : “*Legea statutului organic al persoanei juridice cârmuiește îndeosebi: a) capacitatea acesteia; b) modul de dobândire și de pierdere a calității de asociat; c) drepturile și obligațiile ce decurg din calitatea de asociat; d) modul de alegere, competențele și funcționarea organelor de conducere ale persoanei juridice; e) reprezentarea acesteia prin intermediul organelor proprii; f) răspunderea persoanei juridice și a organelor ei față de terți; g) modificarea actelor constitutive; h) dizolvarea și lichidarea persoanei juridice*”.
- ³⁴ V. decizia *Royal Dutch* a Curții de casație franceză (1^{er} Ch. civ., 17 octombrie 1972), *RCDIP*, 1973, p. 520, notă H. Batiffol; *JDI*, 1973, p. 716, notă B. Oppetit.
- ³⁵ Printre chestiunile vizate menționăm dreptul de vot și regimul acestuia, regimul acțiunilor (nominative, la purtător, prioritare, fără drept de vot, cu vot plural, titluri ce se cuvin fondatorilor...), dreptul de a participa la beneficii și obligația de a suporta pierderile, dreptul de a obține o rambursare a aporturilor,

dreptul de a interveni în viața societății (drept de informare, drept de convocare a AGA, eventuale acțiuni pentru contestarea deciziilor organelor sociale), retragerea și excluderea asociatului din societate.

³⁶ Y. Loussouarn, M. Trochu, „*Conflicts de lois en matière de sociétés*”, *Juris-classeur Droit international*, 1997, fasc. 564-30, p. 17, n° 187 și urm.

³⁷ V. X. Boucobza, *L'acquisition internationale de sociétés*, LGDJ, 1998, p. 258 și urm.; A. Tenenbaum, *L'application internationale du droit boursier*, thèse, Paris 1, 2002, p. 144 și urm. În legislație, a se vedea, de exemplu, articolul 8 SESTL (Elveția), §36 Exchange Art (Germania), articolul 44 II L. 96-597 din 2.7.1996 (Franța), articolul 144 Financial Services Act 1986 (Marea Britanie).

³⁸ V., de exemplu, în jurisprudența franceză, Cass. Com. 21 decembrie 1987, *RCDIP*, 1989, p. 344; Cass. Com., 8 noiembrie 1988, *RCDIP*, 1989, p. 370; Cass. Civ. 1^{re}, 8 decembrie 1998, *RCDIP*, 1999, p. 284.

³⁹ Directiva 68/151/CEE a Consiliului (JO L 65, 14.3.1968), înlocuită astăzi de Directiva 2009/101/CE a Parlamentului European și a Consiliului, din 16 septembrie 2009, *de coordonare, în vederea echivalării, a garanțiilor impuse societăților în statele membre, în înțelesul articolului 48 al doilea paragraf din tratat, pentru protejarea intereselor asociațiilor sau terților* (JO L 258, 1.10.2009).

⁴⁰ În Codul civil român nu regăsim totuși o dispoziție similară celei din articolul 158 din legea elvețiană de DIP („*A company may not avail itself of limitations to the authority of a body or representative which are unknown in the law of the state in which the other party has its place of business or habitual residence, unless such other party was or should have been aware of these restrictions*”), iar aplicarea prin analogie a articolului 13 din Regulamentul Roma 1, deși interesantă, ni se pare dificilă.

⁴¹ Se va lua în considerare articolul 3 sau articolul 4-1-b) din Regulamentul (CE) n° 593/2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I), după cum părțile au ales sau nu legea aplicabilă contractului de mandat/intermediere; problema de a ști dacă mandantul este ținut față de terți de actele reprezentantului este totuși exclusă din domeniul de aplicare a Regulamentului (articolul 1 al. 2 lit. g.) – V. R. Plender, M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 2009, p. 119 și urm., n° 5-046 și urm.

⁴² V. articolul 18 din Regulamentul (CE) n° 1346/2000 referitor la procedurile de insolvență. Aplicarea ca *lex concursus* a unei altei legi decât *lex societatis* este susceptibilă să survină cel mai adesea în cazul grupurilor de societăți, atunci când „centrul intereselor principale” ale societății debitoare (de regulă, o filială), este localizat în statul în care societatea-mamă, și ea supusă procedurii insolvenței, își are propriul centru al intereselor principale – a se vedea G. Moss, I.F. Fletcher, S. Isaacs, *The Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, 2nd ed., Oxford University Press, 2009, p. 258, n° 8.89 și deciziile citate acolo.

⁴³ V. D. Cohen, „*La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit international privé*”, *RCDIP*, 2003, p. 585, sp. p. 597 și urm., n° 16 și urm.

⁴⁴ D. Cohen, *op. cit.*, p. 601 și urm., n° 24 și urm.

⁴⁵ V. articolul 4 §2 din Regulamentul (CE) n° 1346/2000 referitor la procedurile de insolvență; a se vedea și nota 42, supra.

⁴⁶ Art. 2582 al. 1 NCC: „*Persoanele juridice străine cu scop patrimonial, valabil constituite în statul a cărui naționalitate o au, sunt recunoscute de plin drept în România*”.

⁴⁷ Indirect, articolul 2582 al. 1 NCC impune consultarea legii naționale a persoanei juridice pentru chestiuni precum numărul minim de asociați, condițiile pentru a putea fi membru fondator/asociat, capitalul

social minim, regimul juridic al aporturilor, mențiunile obligatorii în actele constitutive, formalitățile ce trebuie respectate pentru valabilitatea actelor constitutive.

⁴⁸ V. G. Mustaki, V. Engammare, *op. cit.*, p. 72-75.

⁴⁹ Art. 2582 al. 2 NCC: *“Persoanele juridice străine fără scop patrimonial pot fi recunoscute în România, pe baza aprobării prealabile a Guvernului, prin hotărâre judecătorească, sub condiția reciprocității, dacă sunt valabil constituite în statul a cărui naționalitate o au, iar scopurile statutare pe care le urmăresc nu contravin ordinii sociale și economice din România”.*

⁵⁰ Art. 2583 NCC: *„1) O persoană juridică străină care este recunoscută beneficiază de toate drepturile care decurg din legea statutului ei organic, în afară de cele pe care statul care face recunoașterea le refuză prin dispozițiile sale legale. (2) Persoana juridică străină recunoscută în România își desfășoară activitatea pe teritoriul țării în condițiile stabilite de legea română referitoare la exercitarea activităților economice, sociale, culturale sau de altă natură”.* Având în vedere că problema condiției străinilor (inclusiv a persoanelor juridice) pe teritoriul său este reglementată în mod unilateral de fiecare stat, regula bilaterală consacrată în materie de legiuitorul român este susceptibilă să facă obiectul criticii, ea neavând niciun sens.

⁵¹ CJCE, 6 iunie 1996, C-101/94, *Comisia c. Italia (Foreign Securities Dealing)*.

⁵² CJCE, 28 aprilie 2009, C-518/06, *Comisia c. Italia (Motor insurance)*.

⁵³ Art. 2584 NCC: *“Fuziunea unor persoane juridice de naționalități diferite poate fi realizată dacă sunt îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute de legile naționale aplicabile statutului lor organic”.*

⁵⁴ Soluția inversă – aplicarea cumulativă a legilor implicate pentru absolut orice problema apărută în legătură cu fuziunea internațională – ni se pare una mult prea restrictivă, cel puțin în condițiile în care în doctrină, precum și în dreptul comparat se susține, în funcție de chestiunea concretă, fie o aplicare distributivă, fie o aplicare cumulativă a legilor în prezentă ; a se vedea și art. 17 și urm. din regulamentul (CE) n° 2157/2001 privitor la statutul SE.

⁵⁵ CJCE, 13 decembrie 2005, C-411/03, *SEVIC Systems AG, CMLR*, 2006, p. 1669-1688, notă P. Behrens: cauza privește compatibilitatea cu dreptul UE a jurisprudenței germane ce interpreta inexistența reglementărilor cu privire la fuziunile internaționale ca un refuz al acestor operațiuni. În speță, după ce a precizat că fuziunile transfrontaliere reprezintă *“modalități particulare de exercitare a libertății de stabilire”* în măsura în care *„la fel ca și alte operațiuni de transformare, acestea răspund nevoii de cooperare și de regrupare între societăți stabilite în state membre diferite”* (§19), Curtea a apreciat că refuzul autorităților germane de a înscrie în Registrul comerțului fuziunea pe care societatea germană SEVIC Systems AG dorea să o realizeze cu societatea luxemburgheză Security Vision Concept SA, pentru singurul motiv că este vorba de o operațiune transfrontalieră, reprezintă o limitare nejustificată a dreptului de liberă stabilire în Uniunea europeană.

⁵⁶ 26 octombrie 2005, JO L 310, 25.11.2005, p. 1–9 ; v. considerentele 1-3 din preambulul directivei.

⁵⁷ V. J.M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, p. 176, n° 315.

⁵⁸ V., de altfel, articolul 4-1-b) din directiva 2005/56/CE privitoare la fuziunile transfrontaliere: *„Exceptând dispozițiile contrare ale prezentei directive, [...] b) o societate participând la o fuziune transfrontalieră se conformează reglementărilor și formalităților prevăzute în legea sa națională. [...]”.*

⁵⁹ V. și J.M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, p. 176, n° 316.

**PARADOXURILE JURIDICE ALE BUNEI-CREDINȚE ÎN CONTRACTELE DE
CONSUM. PRIVIRE COMPARATIVĂ ÎNTRE SISTEMUL CONTINENTAL
ȘI SISTEMUL AMERICAN**

Anca RUEN*

Abstract: *The legal paradoxes of good faith in consumer contracts. A comparative view between the continental system and the American system. Consumer world: an evergoing struggle for contract position supremacy between the merchant and the consumer, a game which almost always has a default winner, the merchant, who naturally assumes the „privilege” of drafting the legal document and subsequently inserting contract terms that might be in his sole advantage. While the American legal hypostasis of consumerism embodies an economic approach of this phenomenon and, hence, the consumer contracts are reigned, by what we called a „mercantile type of affection”, the continental hypostasis depicts a more morally inclined type of contractual relationship between the merchant and its consumers. Although we are discussing about a „contract”, a concept which, under continental law, automatically implies the idea of liberty, consumers often find themselves thus trapped in a legal paradox: on one side, they are supposed to have full negotiation powers, but on the other side, by adhering to such a contract, they adhere to potential unfair terms, which, allegedly should be controlled via the good faith doctrine, a universal panacea, a flawless moral weapon that should be able to transform the consumer, in an ideal legal paradigm, from being hunted into being the hunter. Nonetheless, good faith, as we will demonstrate, is not and cannot be functioning, not even existing in the same way in all legal systems, because not all of these necessitate the concept itself, mainly due to the fact that they have had a completely different evolution of the consumer contractual context than the continental law, qualifying good faith as a mere legal mimicry, rather than a genuine concept, the American common law being our lead example in this demarche.*

Rezumat: *Buna-credință, un aparent remedi universal la care recur, în egală măsură, atât justiția, cât și justițiabilii, nu întruchipează altceva decât unitatea de măsură a moralității în spațiul juridic. În forul justiției, acest concept metajuridic îndeplinește, finalmente, rolul de etalon, funcție întotdeauna complementară, stabilind minimele și maximele etice ale comportamentului subiectelor de drept. La debutul demersului nostru vom vedea că, în ciuda polilor ideologici opuși la care se află relațiile consumeriste și dreptul civil, cele dintâi prezintă un „atașament” juridic recurent față de buna-credință, concept propriu dreptului civil (I), urmând ca mai apoi să descoperim originea, semnificațiile și evoluția bunei-credințe în dependență de clauzele abuzive prezente în contractele de consum , concomitent cu observarea modului în care rolul acesteia*

ca normă de control a fost perceput în dreptul german și în dreptul britanic (II). Având în vedere automatismul ideii potrivit căreia doar buna-crediință ar fi în măsură să „reteze” clauzele abuzive din contractele încheiate între consumatori și profesioniști, am analizat paleta doctrinară din dreptul american (III), studiul nostru sfârșind prin a argumenta faptul că deși în relația sa cu dreptul buna-crediință bifează o prezență constantă, aceasta nu se adevărește decât din perspectiva dreptului continental, și chiar și aici conținutul său este variabil, datorită însăși factorului moral-social, în dreptul american asistând la un mimetism juridic genuin, avansând astfel ideea că buna-crediință nu este un principiu sine qua non, inerent tuturor sistemelor de drept (IV).

Keywords: good faith, unfair contract terms, excluder analysis theory, foregone opportunities theory, unconscionability doctrine, equity, consumer law, common law.

Cuvinte cheie: buna-crediință, clauze abuzive, mimetism juridic, analiza economică a dreptului, echitate, dreptul consumației, dreptul continental, dreptul american.

I. Paradoxul juridic al clauzelor abuzive și al buneii-crediințe în contextul relațiilor consumeriste

Străbătând axa timpului din vremea dreptului roman și până astăzi, regăsim un număr restrâns de constante juridice inerente dreptului civil, elemente perene care în esență au rămas aceleași, buna-crediință și contractul reprezentând exemplele perfecte în acest sens. Desigur că inefabila trecere a timpului, precum și dezvoltarea omului și a societății nu pot fi ignorate, însă amprentele lăsate de acestea asupra unor asemenea concepte care acționează ca flăcări eterne ale dreptului sunt superficiale.

Oricât de îndepărtat și de străin de resorturile noastre intime, ale europenilor, pare a fi sistemul de *common law*, în evoluția dreptului continental pot fi surprinse momente de influență sau chiar de mimetism complet, fie a unui întreg fenomen social-juridic, fie doar a unui concept, datorate celui dintâi. Chiar dacă actul juridic al consumului este, fără doar și poate, produsul cert al unui spirit pragmatic, al unei libertăți de voință îndreptată în scopuri economice, pilonii săi ideologici sunt atât de diferiți din perspectiva comparativă a celor două tipuri de societăți: cea europeană și cea americană. Dincolo de barierele legislative sau ideologice și indiferent de eticheta formală atribuită libertății de voință, un concept precum contractul transcende dreptul, păstrându-și neatinsă esența, regăsindu-l prezent în orice tip de societate, fie ea europeană sau americană. Însă în ciuda unei asemenea calități a contractului, fenomenul de mimetism de care aminteam nu devine mai ușor

digerabil întrucât creează o falsă impresie de autenticitate a mecanismului importat, plasându-l într-o ramură a dreptului cu care acesta are doar subtile afinități, inducând contractului o stare de criză nejustificată, forțându-l să potrivească în al său tipar situații juridice endogene, asemenea unei domnișoare constrânse să poarte o pereche de pantofi mult prea mici, doar pentru că așa dictează curentul stilistic. Dacă ne punem de acord asupra faptului că unui contract îi este inerentă și indestructibil legată ideea de libertate contractuală, de autonomie de voință, atunci trebuie să constatăm că intruziunea fenomenului consumerist în spațiul contractual presupune inducerea unei autonomii de voință fragilă și aproape falsă, concretizată confuz atât în mecanisme de drept public, cât și în mecanisme de drept privat. Acceptând sub beneficiul discuției că unui act juridic de consum i-ar veni ca turnat veșmântul juridic al contractului, deci că acestea două ar fi compatibile la nivel formal, există alte premise care repudiază actul de consum din categoria contractelor. Însăși postulatul instituției contractului, și anume libertatea, care reprezintă simultan atât sursa cât și scopul contractului, reclamă alinierea egală a subiecților la linia juridică de start¹; ori raporturile de consum presupun ca unul dintre participanți să fie avantajat în această cursă, implicând în consecință dezavantajarea celuilalt. Însă alinierea participanților din cadrul raporturilor de consum la linia de start a contractului reprezintă o încercare de dilatare nepermisă a noțiunii de contract. Desigur, este adevărat că orice contract este de fapt un acord de voințe, însă nu orice acord de voințe este un contract. Urmând același raționament, putem afirma faptul că nu tot ce este eronat calificat ca fiind contract, referindu-ne tot la actele juridice de consum bineînțeles, conține în realitate doar elemente contractuale, deci strict civiliste, dovadă fiind încadrarea strict formală realizată de către legiuitor a actelor de consum în categoria contractelor, esențializându-le prin sezonarea cu elemente de drept public sau cu elementele unei legislații speciale și extraordinare. Modelarea forțată a voinței după canoanele normative într-o asemenea măsură încât aceasta să fie constrânsă a încăpea într-o formă ce nu o caracterizează implică pierderea pe parcurs a valorii juridice a libertății contractuale, ajungându-se să fie vorba nu despre înțelegerea părților, ci despre înțelegerea legiuitorului asupra voinței părților.

Digerabilitatea juridică nu este asigurată nici de pre existența stării de fapt generatoare a unui asemenea fenomen sau mecanism, întrucât fiindu-i împrumutată doar structura externă, deci o formă fără fond, are nevoie să umple golul, iar cele mai îndemână elemente pentru a se realiza acest lucru și care cad cel mai ușor în plasa mirajului mimetic sunt cele aparținând veșnicului drept comun, și anume dreptul civil. Însă mecanismul despre care discutăm, fiind prin natura sa un pribeag în contextul juridic autohton, nu își găsește locul în aceeași ramură de drept din care provine, și se strecoară, insesizabil la început, iar apoi din ce în ce mai evident, în

categorii juridice care, în ciuda culaței lor expresionale, nu au capacitatea să cuprindă asemenea situații la care „intrusul” se referă, chiar și pentru simplul motiv că în dreptul indigen altele ar fi modalitățile de abordare a unui fenomen social și conceptual precum consumerismul. Pretinderea unei false adopții din partea dreptului civil, prin evidențierea unor puncte de reper comune care oricum se dovedesc a fi insuficiente, nu reprezintă panaceul universal pentru integrarea tuturor conceptelor juridice rătăcite. Confruntat cu un act de respingere din partea dreptului civil, datorită afinităților pur putative cu familia actelor de drept civil², a excentricităților față de principiile fundamentale ale acestei ramuri, actul juridic de consum se încapățânează să practice echilibristica pe linia subțire de demarcație dintre dreptul public și cel privat, fiind însoțit de sancțiuni de drept public la perfectarea sa, dar recurgând simultan la mijloace pur civiliste, cum ar fi buna-credință, pentru a aprecia caracterul abuziv al clauzelor pe care le implică și care presupun simpla adeziune a consumatorului la pretențiile celeilalte părți. Acest număr de acrobație riscant practicat de către dreptul excepțional al consumului în sistemul nostru juridic nu se datorează faptului că acesta nu și-ar fi găsit un suport practic în societatea noastră continentală, întrucât consumerismul nu poate fi atribuit unei singure națiuni – el fiind universal, ci faptului că fenomenul de conceptualizare s-a realizat într-un mod nefericit.

Nu se poate nega componenta contractuală a domeniului protecției consumatorului, aceasta reprezentând de fapt imboldul care determină relațiile consumeriste să tindă constant înspre instituția contractului. Însă având în vedere profunda îndepărtare a acestui domeniu de dreptul civil, prin faptul că cel dintâi își furnizează sieși reguli și principii generale, putem admite că dreptul consumului se bazează pe piloni normativi excepționali, care exclud rațiunile dreptului comun și compatibilizează doar unele concepte ale acestuia, unul dintre ele fiind buna-credință, care servește drept grilă de interpretare a caracterului abuziv al clauzelor din așa-zisele contracte de consum. În jongleria sa existențială, dreptul consumului rulează alternativ ideea de contract, care aparține indubitabil dreptului civil, cu ideea de contract de consum, creație a unui drept excepțional, calificată doar la nivel formal și în mod eronat drept „contract”, pentru ca apoi să împrumute în structura sa, tot la nivel formal, conceptul de clauză abuzivă, golindu-i conținutul civil și renegându-i natura de act juridic până la urmă, pentru a-i da ființă, în mod paradoxal și total nepotrivit, prin intermediul unei reglementări în esență de drept public. Astfel, dreptul consumației vine și cotopește în mod barbar dreptul civil, preluând doar ceea ce îi este oportun, adică câteva denumiri formale, neintenționând niciun moment să atribuie acestora și esența civilistă de rigoare, supunându-le unei logici normative excepționale și străine, încalcând orice regulă inerentă ce ar

fi însoțit împrumutul injust din dreptul comun și ocazionând echivocul, prin prezentarea unor forme civiliste, dar care, surpriză, abundă a ordine publică și imperativitate normativă.

Buna-crediință, această *bonne à tout faire*, despre care afirmam că reprezintă elementul la care, în final, actul juridic de consum apelează în mod obstinat pentru a-și confirma iluzorii legăturile cu dreptul civil, este prezentă și în dreptul american rezervat domeniului consumului, însă, așa cum vom vedea, chiar dacă vizează tot clauzele existente în actele juridice de consum, animează alte rotițe ale mecanismului juridic de consum decât în dreptul nostru. Fără îndoială că detractorii dreptului american vor susține că ceea ce există în acest sistem sub denumirea de „bună-crediință” nici măcar nu are valoarea teoretică necesară pentru a rezona, în esență afirmându-se că acolo unde jurisprudența deține monopolul, teoria încetează a mai subzista. Într-adevăr, în dreptul american, actul juridic este privit ca un simplu mecanism juridic înzestrat cu funcții economice, însă există loc și de teoretizări, acestea căpătând importanță în măsura în care efectele practice o impun³, iar în cazul actelor juridice de consum, datorită efectelor practice pe care acestea le presupun, s-a impus o apreciere doctrinară a conceptului de bună-crediință, acesta prezentându-se mult mai dinamic decât ne-am fi așteptat, importanța acordată fiind dovedită și prin prisma revirimentului produs cu privire la noțiunea de bună-crediință, situația fiind oarecum similară, din anumite perspective, cu așa-zisa criză la care a fost supus contractul la nivelul sistemului continental.

Datorită caracterului său universal, conceptul de bună-crediință poate fi imaginat ca o nestemată unghiulară, ale cărei fațete latente reflectă, în dependență de lumina ideologică prin care privim, diverse aspecte unice și proprii cunoașterii și libertății umane. Versatilitatea unui asemenea concept se datorează faptului că acesta suportă atâtea versiuni câți privitori există, fiecare având posibilitatea să șlefuiască nestemata în funcție de propriile gusturi. Transpunând o astfel de explicație la nivel macro, la nivel de sisteme juridice, prin confruntarea sistemului continental cu sistemul american din perspectiva buneii-crediințe și relativ la actele juridice de consum, putem observa faptul că în cadrul sistemului continental buna-crediință consumeristă rămâne apanajul legiuitorului, rolul instanțelor reducându-se la a identifica prezența prezența acesteia într-un context consumerist, pe când sistemul american, datorită caracteristicilor sale profund jurisprudențiale, permite judecătorului de a așterne el însuși mantia buneii-crediințe asupra unei situații consumeriste, creând buneii-crediințe oportunitatea de a ființa în starea sa *ab origine*, fiindu-i atribuită o utilitate fundamentală în aprecierea coerentă a ideii de just în relațiile ce implică acte juridice de consum. Această distincție își are geneza în faptul că în societatea americană, abordarea juridică a relațiilor consumeriste nu a apărut ca o reacție de

protecție a legiuitorului îndreptată înspre consumator, ci s-a înfățișat, cu multă strădanie, ca o consecință logică a voinței reale a particularilor, consumatorilor sau comercianților, voință care este pusă în discuție doar la nivel judiciar, dar chiar și atunci, doar pentru că părțile au dorit așa, și nu ca operă exclusivă a Statului protector. A atribui în exclusivitate conceptul de drept al consumației dreptului occidental - american înseamnă a ignora adevăratul motiv pentru care dreptului consumației i s-a potrivit ca o mănășă, logica juridică de *common law*; este de esența relațiilor de consum o nuanță economică pregnantă, iar cum în dreptul american tronează viziunea economică a dreptului, care presupune că economicul poate să contribuie la optimizarea dreptului⁴, nu ne rămâne decât să constatăm în mod obiectiv faptul că această viziune economică apropie fenomenul de consumerism de dreptul american, dar nu înseamnă că îl descalifică, din punct de vedere al receptivității, în fața dreptului continental. În dreptul american, relațiile de consum aparțin, fără urmă de echivoc, dreptului public, dar intenția protectivă publică creionează doar perimetrul ideal în care particularii și comercianții pot să se desfășoare, neimpunându-le vreă formă străină de exprimare a voinței lor sau vreun *scanner* civilist căruia voința lor trebuie să fie supusă pentru a fi validată, însă, așa cum este normal, încălcarea perimetrului ideal va duce la analiza a ceea ce părțile au intenționat, și nu la aplicarea dorinței legiuitorului, precum în sistemul continental, astfel că societatea occidentală nu devine obiect al capriciilor legiuitorului – argumentul că ar fi vorba de un sistem bazat pe jurisprudență nu devine automat relevant în acest caz – actele juridice consumeriste existând și în absența unei recunoașteri legislative, voința fiind subsumată doar puterii analitice a judecătorului atunci când există un conflict între părți, rezultat din nerespectarea termenilor inițiali și esențiali ai acordului lor de voințe, interpretarea actului dintre părți realizându-se, paradoxal, prin căutarea intenției comune a acestora, nu prin utilizarea unor mijloace de drept public care amputează din fașă orice urmă de libertate.

II. Buna-credință: filtru de apreciere al clauzelor abuzive în contractele de consum?

1. Origine. Semnificații. Evoluție

Dacă până în secolul al III lea înainte erei noastre noțiunea de bună-credință sau *fides* aparținea unei zone mai mult psihologice decât juridice, care, treptat, s-a integrat în practica juridică sub auspiciile instituției pretorului roman⁵, Cicero referindu-se la aceasta ca „fidelitatea și sinceritatea în vorbe și în angajamentele asumate”⁶. Însă buna-credință, alături de echitate, reprezintă două noțiuni cardinale, omniprezente în dreptul civil. Echitatea, concept de sorginte greco-latină, semnifică, din punct de vedere etimologic, egalitate, nașterea unui asemenea concept în

antichitate fiind ocazionată de necesitatea de a corija generalitatea legii sau de a suplini lacunele, deci venind să contempleze legea. Căutarea echilibrului pe care îl presupune echitatea se subsumează apanajului legiuitorului, sub o formă obiectivă, cum este situația în *common law*, fie sub o formă subiectivă, în cazul sistemului continental; în cazul acestuia din urmă, partea corespunzătoare de sentimentalism pe care o presupune echitatea a trebuit să se infiltreze într-un context juridic în care legea este dominantă de referință a sistemului. Echitatea, care în dreptul clasic era privită ca un principiu de drept ce anima întregul sistem de drept, a degenerat, după părerea unor autori, într-o nu mai mult decât o nerăbdare cu subînțelesuri juridice⁷. Însă aceiași autori exprimă un punct de vedere mai mult decât provocator din punct de vedere juridic, apreciind că justiția comutativă, care ar constitui *de plano* cadrul de desfășurare atât a buneii-crediințe, ar reprezenta o încredere aproape patetică în puterea legii de a lupta împotriva unor personaje de factură economică și o afinitate pentru reglementări excesive, de neclintit, care tocmai datorită naturii lor, sunt dificil de aplicat.

Din punct de vedere istoric, *bona fides* a reprezentat recursul dreptului contractelor la moralitate. Ceea ce este „bun” în drept, în concepte precum *bune moravuri*, *bun tată de familie* sau *buna-crediință*, par să se desprindă din aceeași idee de *dreptate*, al cărui sens psihologic este acela de „calitate a unei persoane loiale”; însă „loial” s-a dezvoltat ca urmare a evoluției fonetice al cuvântului latin *legalis*, ceea însemna „conform cu legea”⁸. Asemenea argumente ne autorizează în a opina că, de fapt, există o etică juridică de sine-stătătoare, care nu este doar un simplu decalog al moralei. Oricând aplicarea de reguli contractuale formale a dus la rezultate inacceptabile din punct de vedere moral, *bona fides* era invocată pentru a contracara rigiditatea legii contractului cu o moralitate substanțial socială, contractele fiind considerate că au fost executate cu bună-crediință atunci când participanții se comportau în concordanță cu standardele morale convenite la nivel social. Însă coordonatele contemporane ale moralității par să nu mai permită buneii-crediințe a juca acest rol. În asemenea condiții, au existat încercări de înlocuire a recursului la moralitate cu recursul la „scopul” unor instituții juridice. Contractele se consideră a fi executate cu bună-crediință când părțile sunt receptive la regulile impuse de aceste instituții juridice, la ideile directoare ale acestora sau la elementele de ordine publică. Într-o astfel de interpretare a buneii-crediințe, obligațiile contractuale nu sunt conexate doar cerințelor de ordin substanțial emanând din instituțiile la care se face recurs, ci sunt conexate în mod egal unor cerințe ale altor instituții sociale. Economia și organizarea pieței sau securitatea socială impun, fără doar și poate, anumite amprente asupra relațiilor contractuale. A invoca buna-crediință într-un asemenea context înseamnă a evidenția modul în

care așteptările de ordin contractual depind de o varietate de așteptări de ordin social, non-contractuale. Buna-credință completează obligațiile contractuale cu expectativele sociale care îi sunt impuse unui contract din perspectiva diferitelor fațete ale existenței juridice. Datorită gradului său ridicat de indeterminare, clauza generală a buneii-credințe este apreciată ca fiind potrivită mai ales în cazul acelor contracte care se află într-o permanentă instabilitate, datorită părților pe care le implică – consumator și profesionist – și datorită instabilității care caracterizează relațiile juridice dintre acestea.

Oricum, în materie de obligații, buna-credință, noțiune intens agreată atât la nivel de jurisprudență, cât și la nivel doctrină, apare reglementată în al. 1 al art. 970⁹, Cod civil român, acest text de lege reprezentând copia fidelă a art. 1134, al. 3 din Codul civil francez¹⁰. Însă în rutina aplicării acestui text de lege *mot à mot*, se trece cu vederea peste intenția inițială a redactorilor Codului civil Napoleon, textul original având următoarea formulare: „Elles doivent être contractées et exécutées de bonne foi”¹¹. Urmare a intervenției unuia dintre redactori¹², verbul „a contracta” a fost suprimat, cu motivarea că prezența acestuia era redundantă, fapt ce nu poate demonstra decât omniprezența buneii-credințe în spațiul contractual, fie că vorbim despre etapa formării sau despre etapa executării. Acest punct de vedere fusese susținut chiar și anterior Codului Napoleon, în doctrina franceză¹³, considerându-se că nu există vreo specie de convenție în care să nu fie subînțeles că fiecare din părți datorează celeilalte un comportament conform buneii-credințe. Același redactor al Codului civil francez care a influențat soarta art. 1134 amintit mai sus, și implicit soarta art. 970, Cod civil român, amintea că la realizarea codificării civile s-a optat pentru flexibilitatea regulilor generale, în defavoarea dispozițiilor exhaustive. „De asemenea, s-a evitat ambiția periculoasă de a reglementa și de a prevedea tot... Rolul legii este de a fixa, într-un cadru general, principiile generale de drept, de a stabili expres regulile susceptibile de o abundentă aplicații, iar nu de a coborî la nivelul detaliilor sau întrebărilor care pot surveni în fiecare materie”¹⁴. Din această perspectivă, se poate observa faptul că prin prevederile sale clare, fertile și intenționate concise, Codul civil francez este pătruns, chiar dacă vorbim de concentrații diferite, de același spirit care guvernează întregul sistem de *common law*, admițându-se că un legiuitor nu poate să prevadă toate posibilele aplicații practice ale principiilor fundamentale.

2. Buna-credință – normă de control în contractele de consum

Circumstanțele apariției unui asemenea rol și sens nou al buneii-credințe se datorează apariției buneii-credințe ca și normă de control în procesul de formare al contractelor. Fenomenul contractelor de adeziune nu este deloc surprinzător, acestea

reprezentând ecoul evoluției economice al civilizațiilor occidentale. O economie liberalistă fondată pe principiul „*laisser - faire, laisser - aller*” a necesitat o mai mare libertate contractuală și o intervenție cât mai discretă din partea Statului în relațiile contractuale¹⁵. În consecință, libertatea contractuală apărea a fi maximală, responsabilitatea contractuală minimală, dar încadrată de manieră strictă. Provocarea principiilor liberale de către economiștii postbelici nu a putut decât să conducă, de manieră indirectă, la o limitare a principiului autonomiei de voință, prin intervenția autorităților statului în favoarea unor subiecți de drept susceptibili de a fi supuși cu ușurință vicisitudinilor economice, aceasta însemnând că libertatea totală a profesioniștilor nu putea fi totală.

Directiva europeană din 5 aprilie 1993 a preconizat angajarea buneii-crediințe drept criteriu decisiv de determinare al caracterului abuziv al anumitor clauze. Așa stând lucrurile, regula de la art. 3, pct. 1, care dispune că „O clauză a unui contract care nu a făcut obiectul unei negocieri individuale este considerată drept abuzivă dacă, având în vedere exigențele buneii-crediințe, creează, în detrimentul consumatorului, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților contractante” a fost preluată de către mai multe sisteme juridice, printre care și de către Codul civil Québec, la art. 1437: „(1) O clauză abuzivă parte dintr-un contract de consum sau dintr-un contract de adeziune este considerată nulă, sau întinderea obligației ce rezultă din aceasta poate fi redusă. (2) Este abuzivă orice clauză care, pe parcursul executării unui contract dezavantajează una dintre părți de manieră excesivă și nerezonabilă sau o privează de drepturile sale legitime, încălcând buna-crediință”. Legea spaniolă din 19 iulie 1984 privitoare la contractele de consum, solicită, la art. 10, în virtutea echilibrului prestațiilor, respectul buneii-crediințe, iar decretul portughez din 1986 incident în aceeași materie, a instaurat, de asemenea, un control al clauzelor abuzive justificat tot de exigențele buneii-crediințe¹⁶.

2.1. Reticențele față de instaurarea unui control al clauzelor din contractele de consum în faza de executare. Contestarea recursului la buna-crediință

Critica din literatura europeană de specialitate s-a îndreptat atât împotriva însăși ideii de control, cât și împotriva resortului care ar urma să pună în mișcare un astfel de control, și anume buna-crediință. Anumite sisteme juridice nu au adoptat absolut deloc un asemenea control în domeniul contractelor de adeziune, cum ar fi dreptul elvețian, care, deși nu conține în structura sa un control direct al clauzelor în contractele de consum, însă impune anumite condiții generale de autorizare administrativă prealabilă. În toate ipotezele însă, se face apel la un drept comun pentru a întâmpina abuzurile cele mai grave. Chiar și dreptul japonez, care solicită ca

o condiție de formare a contractului, acordul de voințe, a fost capabil să protejeze consumatorul, grație fie aprecierii severe a formării acordului de voințe, fie prin intermediul viciilor de consimțământ, făcându-se uz mai ales de mecanismul erorii. În anumite cazuri, în dreptul japonez s-a făcut apel chiar la noțiunea de „ordine publică și bune moravuri” pentru a permite anularea anumitor contracte, astfel că deși buna-credință nu este utilizată pentru a controla formarea contractelor, aceasta își ia revanșa la nivelul executării contractelor conținând clauze abuzive¹⁷.

Alte sisteme de drept care au adoptat un asemenea control s-au confruntat cu contestarea buneii-credințe ca și filtru de apreciere al caracterului abuziv al unor clauze contractuale în contractele de consum. Austria nu a adoptat o definiție generală a noțiunii de clauză abuzivă, însă legea a prevăzut posibilitatea recursului la criteriul bunelor moravuri. Elveția, Belgia și Franța fac de asemenea parte dintre statele unde buna-credință a fost contestată, cea din urmă modificând definiția clauzei abuzive în 1995. Un prim pas în această direcție a fost realizat în 1978 prin introducerea noțiunii de abuz de putere economică care conferă un avantaj excesiv profesionistului, aceasta urmând a fi abandonată și înlocuită cu o nouă definiție, în cadrul textului de la L. 132-1, din Codul Consumului, unde se statuează că „în contractele încheiate între profesioniști și non-profesioniști sau consumatori, sunt considerate a fi abuzive acele clauze care au ca efect crearea, în detrimentul non-profesionistului sau consumatorului, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților contractante”. Astfel, criteriul esențial a devenit dezechilibrul semnificativ intervenit în cadrul contractului, această alegere fiind inspirată din politica legislativă a Belgiei, care anterior adoptase același criteriu¹⁸.

De manieră concludivă, apreciem că argumentele ce s-au edificat contra buneii-credințe pot fi concretizate în două tipuri, unul dintre acestea referindu-se la imposibilitatea de adaptare a noțiunii de bună-credință în contextul clauzelor abuzive, celălalt susținând caracterul superflu al acesteia.

2.2. Incompatibilitatea noțiunii de bună-credință cu mecanismul de control al clauzelor abuzive

Pentru juriștii elvețieni, buna-credință nu ar fi aptă să susțină un întreg mecanism de control. În dreptul elvețian, buna-credință se regăsește codificată, situându-se la căpătâiul Codului civil elvețian, mai precis la art. 2, însă nu figurează de sine-stătătoare, ci se regăsește enunțată alături de principiul potrivit căruia abuzul de drept este interzis. Conform unei părți a doctrinei, ar exista o repartitie de roluri între cele două noțiuni: buna-credință ar permite completarea contractului, interpretarea sa, dar nu și corectarea sa, domeniu care ar fi rezervat abuzului de

drept. Astfel, majoritatea doctrinei elvețiene refuză să vadă în principiul buneii-crediințe un fundament valid al fenomenului de control al clauzelor abuzive. Anumiți autori au propus ca această situație să fie supusă apanajului abuzului de drept, însă aceștia au fost pe bună-dreptate criticați deoarece abuzul de drept ar permite doar un control limitat din punct de vedere material. Anumiți autori germani s-au pronunțat în sensul respingerii buneii-crediințe din categoria criteriilor adecvate pentru a realiza un astfel de control, susținând că limitele libertății sau recunoașterea etatică a unui contract se determină în primul rând conform interesului general, pe care toți subiecții de drept au datoria să îl respecte de manieră egală; în schimb, pentru a aprecia arta și modalitatea de existență a unui contract valabil încheiat, interesul particular al celor două părți este cel care se impune ca factor determinant¹⁹.

2.3. Buna-crediință – o noțiune superfluă?

Absența buneii-crediințe din noua definiție a clauzelor abuzive din dreptul francez a fost salutăată de către juriștii acestui sistem. Directiva europeană referitoare la clauzele abuzive soliciă, pe lângă încălcarea buneii-crediințe, și existența unui dezechilibru semnificativ între prestațiile părților. Doctrina a estimat că noțiunea de dezechilibru ar fi suficientă, cu atât mai mult cu cât aceasta consideră că buna-crediință nu ar aduce nimic în plus față de ceea ce preconizează elementele actualei definiții. Argumentul esențial în favoarea buneii-crediințe ar fi că aprecierea caracterului abuziv al unor clauze contractuale se impune a fi completată prin intermediul unui mijloc global de evaluare a diferitelor interese implicate, iar un asemenea rol nu ar putea fi complinit decât de către conceptul de bună-crediință, aceasta fiind capabilă să se preteze atenției particulare pe care o reclamă poziția, dar și arta negocierii dintre părțile contractuale. Clauzele abuzive necesită a fi controlate, în concret, de la caz la caz, de către instanță, niciun demers legislativ nefiind apt să ia în considerare toate ipotezele viitoare, dar reale ce se pot ivi, precum nu ar putea face față imaginației neînfrânate a doctrinei. Având în vedere contextul special în care se nasc, se desfășoară și urmează a fi reprimate clauzele abuzive, o normă de control globală care să fie la îndemâna judecătorului apare ca fiind necesară, apreciindu-se că această necesitate nu poate fi asigurată decât de către calitățile juridice pe care le prezintă buna-crediință.

3. „Transplantul juridic” al buneii-crediințe în dreptul britanic

Conceptul de *bona fides* rămâne, fără doar și poate, una dintre expresiile definitorii ale culturii juridice continentale. Maniera specifică în care practicienii de la nivel european înțeleg să abordeze o asemenea clauză generală și implicită

este unul abstract, deschis, orientat înspre favorizarea principiilor de drept, dar în același timp sistematizat și dogmatic, acest mod fiind situat pe marginea opusă a faliei ce separă cele două sisteme față de stilul britanic, obsedat, aproape la fel de mult ca și cel american, de fapte și situații concrete, precum și atitudinea repugnantă față de generalizare și sistematizare, al cărui raționament juridic se lasă ușor ademenit în mirajul sistematizării, doar atunci când vine vorba despre interpretarea actelor emise de către Parlament. Vorbind despre sistemul de *common law* în general, buna-credință s-a găsit mai întâi inoculată în materia contractelor, în special în dreptul american, unde *Uniform Commercial Code* și *Restatement of Contracts* prevăd cerința buneii-credințe atât în interpretarea, cât și în faza de executare a contractelor.

Însă buna-credință s-a văzut transplantată și în dreptul britanic, ca urmare a receptării faimoasei Directive 93/13 privind clauzele abuzive, ocazie cu care s-au ivit probleme în ceea ce privește atitudinea ce urma să fie adoptată față de buna-credință, noțiune care nu s-a limitat doar la domeniul protecției consumatorului, ci și-a extins tentaculele, fiind prezentă chiar și în *Principiile dreptului european al contractelor*, la al. 1 al art. 1106, care prescrie obligația părților contractante de a-și exercita drepturile și de a-și îndeplini obligațiile în concordanță cu buna-credință. Curțile Coroanei au respins această doctrină în mod constant și intens, calificând-o drept „inerent repugnantă față de poziția adversarială a părților” și „nefuncțională în practică”²⁰. De partea doctrinei, s-au conturat două tabere, una dintre ele exprimându-și îngrijorarea față de efectele negative pe care le-ar putea produce buna-credință, dacă ar fi implantată cu nesăbuiță în dreptul britanic; de cealaltă parte, buna-credință a fost întâmpinată cu entuziasm, fiind considerată ca o infuzie oportună a valorilor comunitare, un posibil remediu al formalismului contractual, care să interacționeze productiv cu alte elemente substanțiale ale dreptului britanic al contractelor. Dincolo de toate disonanțele doctrinare, problematica cea mai acută cu privire la introducerea buneii-credințe ca factor de apreciere al clauzelor abuzive în dreptul britanic a fost însăși această puternică metaforă de „transplant legal”. Mai precis, s-a pus problema dacă buna-credință, odată transplantată, va fi respinsă, ca urmare a unei reacții imune a *corpus iuris britannicum* sau va interacționa pozitiv cu celelalte elemente ale sistemului juridic?²¹ Respingere sau acceptare? Între acești doi poli părea să penduleze soarta buneii-credințe în dreptul britanic, însă această situație a reprezentat în fapt o falsă dihotomie, întrucât însuși suportul metaforic ce a însoțit acest presupus transplant, oricât de sugestiv ar fi fost, a condus la concluzii înșelătoare și deloc stabile, asemeni unor nisipuri mișcătoare, ideea de transplant în contextul buneii-credințe având sens doar atât timp cât discuția are în vedere importul de termeni, deci un import la nivel formal, și nu un

import la nivel de substanță²². Instituțiile juridice nu pot să traverseze cu ușurință diverse contexte, acestea necesitând o atență inoculare în conștiința socială și juridică care urmează să le adopte, oarecum contrar a ceea ce în mod eronat sugerează ideea de transplant, și anume faptul că instituția mutată va rămâne aceeași, își va păstra aceeași funcție, doar că toate acestea se vor întâmpla în noul sistem juridic, de unde și existența unei plaje de opțiuni extrem de restrânsă, care împinge la a enunța doar două posibile soluții în raport de buna-crediință în dreptul britanic, fără nuanțe intermediare de gri: respingere sau integrare. Intruziunea buneii-crediințe într-un sistem precum cel britanic a declanșat, fără doar și poate, o dinamică evoluționistă, în cadrul căreia contextul intern a fost supus unor schimbări fundamentale, simultan cu reconstruirea conceptului străin, acest fapt datorându-se imposibilității de domesticire a buneii-crediințe, de forțare a acesteia să se potrivească într-un șablon predeterminat de trăsăturile *common law*-ului. Astfel raționând, nu atitudinea de respingere sau de integrare a doctrinei buneii-crediințe de către autorii britanici din domeniul dreptului contractelor a fost cu adevărat esențială în tot acest proces, ci mai degrabă suita de transformări la care buna-crediință a fost supusă, noul ei rol în contextul legal britanic fiind acela de filtru de apreciere al clauzelor abuzive în contractele de consum. Confruntarea buneii-crediințe, concept specific continental, cu cerințele unei culturi juridice cu profunde orizonturi economice, cum este cea anglo-americană, a dus, afirmă unii autori britanici, la adâncirea faliei despărțitoare dintre aceasta și sistemul continental, însă o asemenea soluție tranșantă pierde din vedere faptul că vânătoarea de soluții juridice pentru problemele omului modern, comune de altfel ambelor societăți, a diminuat din importanța care ar trebui acordată provenienței soluțiilor, fiecare dintre sisteme fiind seduse de promisiunea unor tehnici și idei noi.

4. Sensul britanic versus sensul germanic al buneii – credințe: luptă pentru supremație la nivel european?

O pagină de glorie în dreptul german o reprezintă, fără doar și poate, elaborarea setului de reguli²³ privitoare la clauzele abuzive în contractele de consum, având în vedere evoluția de până atunci a acestui domeniu. Clauzele abuzive au avut o prezență constantă în dreptul german, însă abia în perioada subsecventă Revoluției Industriale acestea au început să creeze probleme serioase, fapt care s-a datorat în special frecvenței cu care puteau fi întâlnite. Instanțele germane au reacționat într-o varietate de modalități: astfel, s-au folosit de regula *contra proferentem* pentru a rezolva incertitudinile din contractele standard, care presupunea ca interpretarea trebuie să fie făcută împotriva părții care a redactat și introdus

respectivă clauze în contract, un asemenea raționament fiind bazat esențialmente pe regula *ambiguitas contra stipulatorem*, avansată de către dreptul roman²⁴. Cu ocazia altor spețe, curțile au argumentat că în cadrul unui contract standard, clauzele erau considerate ca nefăcând parte din acel contract dacă „surprindeau” consimțământul celeilalte părți²⁵. Asemenea interpretări sunt reprezentative pentru perioada de început a jurisprudenței germane, însă, odată cu trecerea timpului, raționamentul și argumentele curților au evoluat. Astfel, în perioada imperială, regula de care acestea au făcut uz era *contra bonos mores*, conținută de dispozițiile art. 138 din Codul civil, fiind apreciat ca motiv suficient de puternic faptul că una din părți, profitând de respectiva clauză abuzivă, reușea să creeze un fel de monopol, prin transformarea actului de consum într-un act indispensabil pentru cealaltă parte²⁶. Și Curtea Federală Supremă a urmat în primii ani același raționament, însă din 1956 înainte, macazul s-a schimbat pe linia jurisprudenței, art. 138 fiind înlocuit cu dispozițiile art. 242, referitoare la buna-credință; o clauză era considerată ca fiind abuzivă, și pe cale de consecință invalidată, dacă, în mod contrar cerințelor bunei-credințe, conferea celeilalte părți un dezavantaj nerezonabil. Exista un avantaj nerezonabil dacă respectiva clauză nu era compatibilă cu noțiunile esențiale de justiție și justețe, așa cum erau acestea statuate în dispozițiile neimperative din Codul civil german, de la care respectiva clauză devia, sau dacă aceasta restrângea drepturi ori obligații esențiale, care originau în natura contractului. În mare parte, legislația specială germană din 1976 conține cele expuse în rândurile de mai sus, pe lângă un număr de alte câteva reguli dezvoltate de către Curtea Federală Supremă²⁷, în inima acestei reglementări aflându-se puterea acordată instanțelor de a supune testării și de a aprecia caracterul abuziv sau nu al clauzelor standard.

Fără îndoială, în dreptul britanic, buna-credință nu a avut același parcurs precum în dreptul german; în consecință, o eventuală încercare de a suprapune „buna-credință britanică” și „Treu und Glauben” este lipsită de sens, în condițiile în care cea din urmă s-a dezvoltat într-o constelație culturală și istorică specială, aceasta reprezentând elementul revoluționator, prin care Codul civil german a reușit să se adapteze la convulsiile și provocările secolului XX. În dreptul german, principiul bunei-credințe a suferit transformări spectaculoase; dacă inițial acest principiu cu un puternic caracter ambivalent a fost intenționat să flexibilizeze *ad hoc* rigiditățile legii, acesta s-a văzut propulsat în sfera abstractului și a sistematizării conceptuale²⁸. Din punct de vedere juridic, bunei-credințe, așa cum a fost dezvoltată prin intermediul jurisprudenței, îi sunt atribuite trei funcții: prima dintre ele permite stabilirea existenței obligațiilor contractuale și întinderea acestora (*officium iudicis*), cea de-a doua face posibil o virtuală limitare a drepturilor contractuale (*praeter*

legem), pe când în virtutea celei de-a treia funcții o transformare a contractului ar fi posibilă (*contra legem*)²⁹. Prima funcție enunțată, stabilind o abordare extensivă a relațiilor contractuale, se găsește divizată într-o serie de obligații statuate la nivel doctrinar, cum ar fi obligația de informare, de protecție sau de cooperare în cadrul unui contract de consum. Cea de-a doua funcție se preocupă de sancționarea neîndeplinirii propriilor obligații rezultate dintr-un asemenea contract, în esență această funcție devenind incidentă atunci când există o situație de abuz a drepturilor contractuale. În virtutea celei de-a treia funcții, are loc o expansiune a puterii judiciare de a reconsidera contractul în lumina evenimentelor ce survin încheierii sale, dintre acestea evenimentul de cea mai mare importanță fiind producerea unui dezechilibru între părțile contractante³⁰. Integrarea conceptului de bună-credință în legea germană apare a fi o *contradictio in adiectu*, un astfel de oximoron la nivel de construcție juridică fiind posibil doar într-un context istorico-juridic special de dezvoltare a buneii-crediințe precum cel german, și fiind realizat prin supunerea hotărârilor judecătorești cerințelor riguroase ale dogmatizării și *vice versa*.

În schimb, în dreptul britanic, buna-credință, alături de așteptările legitime, proporționalitatea și alte asemenea clauze generale de origine continentală a determinat trecerea, în domeniul contractelor, de la hotărâri judecătorești care afixau un înalt grad de formalism și a căror axă existențială era reprezentată de regula precedentului judiciar, la hotărâri care emană, în mod discret, desigur, un raționament judiciar bazat pe principii, direcție destul de diferită față de cea adoptată de către Germania. Având în vedere modul distinct de conectare a diferitelor componente ale sistemului juridic prezent în *common law*-ul britanic, buna-credință s-a concretizat mai degrabă în diverse forme de „activism judiciar”, similar sub anumite aspecte fenomenului american, care presupune combinarea analizei bazate pe elemente factive cu argumente ușor structurate, de proveniență principială³¹. Astfel, practicienii britanici, deși confrunțați cu o Directivă europeană, care impunea o doctrină proprie Continentului, au evitat recursul la construcții dogmatice, teorii juridice sau conceptualizări sistematice, fenomene specifice dreptului german, dat anterior drept exemplu. Rezultatul ecuației din dreptul britanic, în cadrul căreia buna-credință a funcționat, indubitabil, ca o variabilă, a fost unul oarecum previzibil, și anume crearea unei doctrine judiciare a buneii-crediințe, doctrină având însă un pronunțat caracter factual. În opoziție cu aplecarea continentală față de abstractizare și generalizare, precum și față de construirea de figuri juridice care au ca punct de plecare buna-credință, britanicii au preferat, ca o consecință a specificității sistemului de *common law*, să distingă și să elaboreze diverse situații contractuale factive, cu

alte cuvinte au încercat să subsumeze unor anumite tipare situații contractuale cu incidență frecventă, împăcându-se astfel însăși esența *common law*-ului, existența precedentului judiciar, cu introducerea unui element continental, buna-credință, fără a-i nega acesteia din urmă originile și scopul. În condițiile în care buna-credință a fost transferată dinspre Continent înspre legea britanică, fiind de așteptat ca aceasta să continue a-și juca rolul de conector al unui contract cu diverse realități sociale și în noua ipoteză faptică, un inevitabil paradox s-a produs: în dreptul britanic, buna-credință a fost atrasă într-un context al relațiilor consumeriste total diferit față de cel european, susținându-l pe cel dintâi cu mecanisme de *common law*, astfel că, deși s-a datorit o uniformizare a acestui concept, tot ce s-a reușit a fost o forțată adaptare a buneii-credințe profund europene în spațiul juridic britanic, însă viitorul acesteia pe tărâm străin depinde de faptul dacă, în timp, își va păstra caracterul de regulă care facilitează conexiunea între instituția contractului și alți piloni ai dreptului, sau va deveni o regulă prohibitivă?

5. Aprecierea clauzelor abuzive din perspectiva buneii-credințe în dreptul britanic

Testul caracterului abuziv al unei clauze dintr-un contract de consum reiese din chiar rândurile Directivei, mai precis din prevederile art. 3, al. 2. Astfel, se apreciază că o clauză care nu s-a negociat individual este abuzivă în cazul în care, în contradicție cu cerința de bună-credință, provoacă un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților care decurg din contract, în detrimentul consumatorului. Mai mult, Regulamentul 12 aparținând autorității *Office of Fair Trading*, impune în procesul de calificare a unei clauze ca fiind abuzivă, să se ia în considerare natura bunurilor sau serviciilor obiect al respectivului contract, toate circumstanțele prezente la momentul încheierii contractului, precum și celelalte clauze ale contractului sau alte contracte de care acesta depinde. Relativ la prezența buneii-credințe ca factor de apreciere a unei clauze abuzive, în doctrina britanică³² s-a pus întrebarea dacă nu cumva „buna-credință” și „dezechilibrul semnificativ” la care face referire prevederea din Directiva 93/13/CEE, amintită mai devreme, reprezintă două membre separate, care combină elemente procedurale și substanțiale, sau oare acestea se constituie doar în niște simple componente ale unui test generic menit să evidențieze caracterul abuziv al unei clauze?

În ceea ce privește aplicarea testului caracterului abuziv al clauzelor din contractele de consum și implicațiile sale în dreptul britanic, nimic nu apare a fi mai grăitor decât considerațiile unui membru³³ al Camerei Lorzilor cu privire la această chestiune, considerații care au căpătat autoritate în dreptul britanic, și

care par să contracareze opiniile doctrinare exprimate cu argumente solide, bine înfipte în realitatea juridică britanică. Cu privire la scopul Directivei, unul dintre ele a ținut spre o armonizare parțială a domeniului clauzelor abuzive între Statele membre al Uniunii, deși acestea nu dețin un concept comun al noțiunilor de justețe sau de bună-crediință, fără însă a se pretinde că exprimă legea vreunui stat membru în particular; odată cu Directiva 93/13/CEE, în conștiința Statelor membre se introduce, un test care să fie aplicabil, indiferent de dreptul pre-existent. În consecință, dacă rezultatele unui asemenea test s-ar prezenta ca îndoielnice ori vulnerabile în fața posibilității ca diferite state membre să expună tot atât de diferite interpretări ale conceptelor mai sus amintite, atunci acest impas juridic s-ar putea rezolva prin aruncarea unei priviri asupra ceea ce Curtea Europeană de Justiție ar avea de spus³⁴. O asemenea decelare a Directivei și a incidenței acesteia în dreptul britanic nu poate decât să ofere indicii cruciale cu privire la modalitatea de abordare și interpretare a acestui test.

Chiar dacă unele voci au criticat pasivitatea Camerei Lorzilor în fața posibilității de a-i fi cerut Curții de Justiție o interpretare „europeană” cu privire la acest test al clauzelor abuzive, asemenea critici își pierd din forța argumentativă la o atentă analiză a considerațiilor Lordului Bingham, precum și ai altor membri ai Camerei Lorzilor, întrucât, susținându-și partea lor de dreptate, aceștia invocă în sprijinul afirmațiilor lor faptul că Directiva 93/13/CEE a fost adoptată în ideea de a conferi un nou sens acestor noțiuni, autonom, tocmai pentru a face posibilă armonizarea la nivelul Statelor membre. Cu privire la conceptul de bună-crediință ca și pilon al testului privind caracterul abuziv al clauzelor în contractele de consum, alături de conceptul de „dezechilibru semnificativ”, Lordul Bingham și-a reluat propriile observații cu privire la aceasta, date cu ocazia speței *Interfoto Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd*³⁵, unde aprecia că „buna-crediință nu presupune doar ca părțile să nu se inducă în eroare una pe cealaltă...efectul său se transmite cel mai bine prin utilizarea și impunerea în sarcina părților a unor metafore colocviale precum „a contracta cinstit” sau „a contracta cu toate cărțile pe masă”, fiind în esență un principiu al justeței și negocierii deschise”³⁶. Deschiderea unui asemenea principiu necesită elaborarea completă, clară și citeată a clauzelor contractuale, fără introducerea de capcane textuale și juridice, importanță deosebită trebuind să fie acordată și clauzelor care ar putea să aibă ca efect dezavantajarea consumatorului. Justețea în contractare, ca element definitoriu al buneii-crediințe impune asupra profesionistului, obligația de a nu profita, în mod deliberat sau nu, de lipsa de experiență sau de lipsa de putere în cadrul negocierilor. În contextul contractelor de consum, buna-crediință nu se constituie într-un concept

tehnic sau artificial, Lordul Bingham apreciind că aceasta nu este străină întru totul dreptului britanic, mai ales având în vedere faptul că buna-credință ia aminte de bunele standarde de moralitate comercială și justețe în contractare, prezente de mai demult în practica judiciară a acestui sistem de drept.

Mai mult decât atât, testul introdus de Directivă prin care se apreciază caracterul abuziv sau nu al clauzelor contractuale a fost apreciat ca fiind un test compozit, apt să scaneze contractul atât în faza redactării, cât și însăși substanța sa, implicând nu doar elemente procedurale, ci și elemente substanțiale. Relativ la noul mediu juridic în care trebuia utilizat, acestui test i-au fost evidențiate trei cerințe principale și independente, dintre care „buna-credință” și „dezechilibrul semnificativ” având o mai mare pondere decât condiția ca respectiva clauză să fie în detrimentul consumatorului; buna-credință reprezintă un element obiectiv, necesitând justețe în contractare, pe când cerința „dezechilibrului semnificativ” își îndreaptă mai mult atenția înspre injustețea de ordin substanțial a contractului³⁷.

Având ca punct de plecare jurisprudența *Director General of Fair Trading*, se impune o minimă radiografie a cazuisticii care a urmat în acest domeniu, mai cu seamă a acelor spețe în care a avut loc o aplicare circumstanțiată a celor expuse mai sus. Prin urmare, în unele situații³⁸, instanțele britanice au apreciat că cel puțin cerința buneii-credințe a fost îndeplinită atunci când profesionistul a explicat clauzele esențiale ale contractului consumatorului. În alte cazuri³⁹, unde s-a pus problema unui potențial caracter abuziv al unei clauze de arbitraj nenegociate, curțile au considerat de asemenea ca fiind relevant faptul că respectivul consumator a fost asistat în alegerea profesionistului și în pregătirea documentației necesare încheierii contractului, astfel că dacă acesta angajează un consilier specializat, un asemenea gest ar trebui să fie suficient pentru a-i fi asigurată cunoștința cu privire la impactul pe care l-ar putea avea asupra situației sale; în suficiente rânduri instanțele britanice au constatat că prezența unei clauze de arbitraj nu a echivalat cu crearea unui dezechilibru semnificativ în detrimentul consumatorului. În *Bryen and Langley Ltd v Martin Boston*⁴⁰, Curtea de Apel chemată să judece, aderând la soluția primei instanțe, a statuat că acolo unde clauzele contractului au fost selectate de către consilierul specializat al consumatorului și impuse astfel în mod efectiv profesionistului, susținerea potrivit căreia „buna-credință a profesionistului a lipsit cu desăvârșire în privința incorporării respectivelor clauze în contractul final apare ca total incompatibilă cu bunul simț juridic”⁴¹. În *Bankers Insurance Company Ltd v South and Gardner*⁴², polița de asigurare presupunea ca asiguratul – consumator – să raporteze în scris, într-un interval de timp rezonabil, detaliile complete cu privire la incidentul care ar putea genera vreo cerere în despăgubiri în contextul

respectivei polițe; mai mult, orice documentație oficială cu privire la daune trebuia înmănată imediat asigurătorului. Instanța a admis faptul că există motive destul de solide pentru ca un astfel de comportament din partea consumatorului să fie solicitat de către asigurător, în sensul conferirii de informații importante cât mai repede, însă într-o asemenea situație exista riscul ca asiguratul – consumator să își piardă asigurarea prin nerespectarea unor formalități procedurale, în acest mod ocazionându-se un dezechilibru semnificativ între obligațiile părților, care era în detrimentul consumatorului, clauza respectivă fiind apreciată ca abuzivă. Concluzionând, cazuistica ulterioară *Director-General of Fair Trading* a respectat linia trasată de către Camera Lorzilor în această speță cu privire la aplicarea testului prevăzut de către Directiva europeană 93/13/CEE pentru identificarea clauzelor cu caracter abuziv; dacă urmarea acestei prescripții a atras pe deplin succesul rămâne de discutat, însă la nivelul instanțelor britanice se întrezărește o abordare destul de consistentă a factorilor juridici utilizați în aprecierea caracterului abuziv al clauzelor contractuale în relațiile consumeriste.

III. Aprecierea clauzelor abuzive din contractele de consum în dreptul american

Doctrinarii americani din materia contractelor au conferit teoriei buneii-crediințe o serie de implicații, din cele mai diverse, utilizând o plajă largă de abordări analitice și teoretice. Teoria subiectivă, care până la urmă a fost adoptată de către Institutul American de Drept, la secțiunea 205 din *Restatement (Second) of Contracts*, militează pentru o abordare deschisă a buneii-crediințe, făcând posibilă identificarea acesteia prin excluderea acelor forme de rea-crediință care sunt recognoscibile facil, la nivel contextual. Pe de altă parte, teoria economică pledează în direcția unei abordări în esență economică, care presupune că o parte încalcă buna-crediință atunci când abuzează în mod discreționar de drepturile conferite prin contractul la care a participat, încercând să redobândească „oportunitățile” la care a renunțat pe parcursul formării contractului. Aducând aminte despre *sedes materiae* a buneii-crediințe în dreptul american, aceasta se regăsește la art. 1 revizuit din *Uniform Commercial Code*⁴³ și la secțiunea 205 din *Restatement (Second) of Contracts*, prima fiind considerată o normă uniformă în materie civilă pentru toate statele, iar cea de-a doua înglobează, sub forma unei culegeri, reguli și principii comentate, ținând îndeosebi înspre o direcție de unificare jurisprudențială. Lucrurile stând așa, ne punem întrebarea dacă nu cumva o codificare de genul *Uniform Commercial Code* nu se apropie, mai mult decât tangențial, de caracteristicile sistemului continental? Chiar în condițiile în care s-a avut în vedere o altă premisă

decât premisele clasice ale codificărilor europene, adică altul a fost contextul juridic care a dat naștere intenției de codificare, nu cumva analiză economică a dreptului, poziție proprie dreptului american, și-a pierdut din viziunea economică odată cu acest demers incipient de codificare?

Instanțele americane, demonstrând o atitudine sinuoasă în ceea ce privește aderarea la o anumită teorie din cele ce privesc buna-credință, prin aplicarea de diverse modele ale conceptului de bună-credință, nu sunt în principiu motivate de resortul acestor modele conceptuale, adică de teoriile susținute; mai degrabă, instanțele utilizează retorica buneii-credințe, oricare ar fi sursa acesteia, pentru a întregi și a rafina argumentele relative la cererile privind încălcări de bază ale unui contract. În consecință, doctrina buneii-credințe rămâne, în mod substanțial, un vas fără capitan, al cărui statut poate fi atribuit, în parte, însuși teoriilor care tind să-i dea viață pe plan doctrinar.

1. Teoria Summers sau teoria reafirmării – Excluder Analysis

Odată cu această teorie, în dreptul american s-a introdus conceptualizarea obligației de bună-credință, buna-credință fiind privită drept un mijloc de excludere, un concept, care nu are un înțeles general ori un sens de sine stătător, dar care servește la eliminarea multor forme heterogene ale releii-credințe. Axa în jurul căreia s-a construit această teorie constă în vizualizarea, pe plan juridic, a buneii-credințe, sub forma unui corolar antinomic releii-credințe, astfel că, potrivit unei asemenea afirmații, obligația de bună-credință nu poate fi redusă la definirea și enunțarea unor forme de comportament juridic considerate ca fiind acceptabile din această perspectivă, substanța sa derivând mai degrabă din „excluderea formelor heterogene de rea-credință”. Chiar dacă în lucrarea din 1968 prin care s-a afirmat public această teorie autorul nu răspunde criticilor care acuză această construcție doctrinară ca fiind mult prea nemărginită ca să servească vreunui scop practic, totuși, acesta recunoaște nevoia de articulare a conceptului de bună-credință, care să poată fi de imediată și practică aplicare la cazuri concrete⁴⁴. Teoria pusă în discuție, care, până la urmă, a fost adoptată și de către Institutul American de Drept, în cadrul secțiunii 205 al *Restatement (Second) of Contracts*, militează în favoarea unei abordări deschise a buneii-credințe, tip de abordare care poate fi descris cel mai bine prin mecanismul excluderii formelor de rea-credință recunoscute contextual ca având o astfel de trăsătură. Deși emisă în 1968, putem observa o reiterare a acestei abordări în spațiul european, mai precis în Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele de consum, cu precizarea că abordarea acestei problematice la nivel european pare să se încadreze într-o direcție precaută, pe

când legiuitorul american pare să fie dispus a tolera riscuri mai mari. Prin dezvoltarea legislației privitoare la clauzele abuzive în contractele de consum, legiuitorul european și-a extins orizonturile în spațiul consumerist, acordând un rol tot mai mare agențiilor administrative însărcinate cu punerea în aplicare a dispozițiilor amintite, tocmai într-un moment în care legea americană a contractelor își întorcea fața de la modelele de reglementare aparținând dreptului public. În timp ce în anii 1960 – 1970 Statele Unite erau foarte active în elaborarea de legislație pentru a proteja consumatorii, Europa bătea pasul pe loc din această perspectivă. Trendul a fost inversat ulterior anilor 1980, când Statele Unite au îmbrățișat o abordare orientată înspre piața economică, solicitând consumatorilor să suporte riscuri și mai mari în raporturile de consum, iar Uniunea Europeană făcea eforturi legislative tocmai pentru a proteja consumatorul de aceste riscuri⁴⁵. O altă divergență notabilă între cele două maluri ale oceanului constă în faptul că Directiva 93/13/CEE stabilește un prag mult mai jos pentru ca intervenția instanțelor și a legiuitorului să devină posibilă sub aceste aspecte, în comparație cu pragul stabilit prin conceptul de *unconscionability* conținut de dreptul american al contractelor sau cu limita impusă de dispozițiile federale ori ale statului asupra practicilor abuzive⁴⁶.

Astfel cum teoria lui Summers cataloghează varii, dar recurente și heterogene forme ale relei-crediințe, relevate în urma unei revizuirii expansive a practicii judiciare existente până în acel moment în aria spețelor implicând buna-crediință, dar lasă deschisă lista, autorul fiind atent în a preciza că are caracter exemplificativ, și nu exhaustiv, tot așa, și legiuitorul european, la al. 3 al art. 3 din Directiva amintită, prevede că anexa la aceasta „conține o listă orientativă și neexhaustivă a clauzelor care pot fi considerate abuzive”. Asistăm astfel la o circumscriere a conceptului de bună-crediință prin antinomizarea lui în raport cu reaua-crediință. În cadrul acestei teorii, are loc în mod adamant, conceptualizarea buneii-crediințe nu ca regulă de drept, ci mai mult ca un principiu, care nu poate fi redus la o definiție generală vagă. Autorul acestei teorii, ca și mulți alți contemporani de-ai lui, vizualizează preferința pentru un sistem legal bazat pe reguli rigide ca fiind indezirabilă și în dezacord cu realitatea, argumentând că asemenea teorii cu conținut deschis au capacitatea de a îndeplini, printre altele, rolul de supape de siguranță ale regulilor deja existente, care pot fie să se constituie în temeiuri independente de angajare a răspunderii civile, fie să limiteze și să precizeze normele legale sau normele contractuale. Adoptarea în anul 1982 a teoriei Summers în materia buneii-crediințe de către Institutul American de Drept are semnificația unui triumf al realismului juridic în dreptul modern al contractelor⁴⁷, aducând cu sine o calificare a buneii-crediințe în sensul unei supape de siguranță la care instanțele pot să apeleze pentru a completa neajunsurile normelor.

2. Teoria Burton sau teoria economică – Foregone Opportunities

Această teorie a avut o contribuție deosebită în dezvoltarea doctrinei buneii-crediințe, datorită faptului că teoretizează o analiză economică explicită a conceptului buneii-crediințe. În baza unei asemenea analize, Burton conchide faptul că, dintr-o perspectivă economică, încălcarea cu rea-crediință este analitic similară cu simpla încălcare a unui contract prin neexecutarea unei obligații contractuale asumate, prin aceea că ambele forme de încălcare presupun tentativa, din partea uneia din părți, de a-și recăpăta integritatea juridică sau oportunitățile – sub forma resurselor dedicate la momentul contractării pentru a fi utilizate în viitor – anterioare acestui moment⁴⁸. Mai mult, una dintre premisele care fundamentează teoria în discuție este aceea potrivit căreia de cele mai multe ori contractele implică o distribuție neuniformă al caracterului discreționar al executării obligațiilor asumate între părțile contractante, partea mai slabă putând necesita o protecție mai întărită împotriva părții mai puternice care și-a asumat o anumită marjă de discreție în desfășurarea contractului; astfel, obligația de bună-crediință sprijină partea mai slabă din punct de vedere contractual. Autorul acestei teorii susține dezirabilitatea creației sale, motivând că ea ar permite instanțelor să antreneze o investigare mai puțin amorfă și mult mai concretă a unei eventuale încălcări a buneii-crediințe în cadrul unui contract⁴⁹. Și această teorie încearcă să portretizeze conceptul de bună-crediință prin esențializarea imaginii reflectate a releii-crediințe, aceasta din urmă fiind descrisă drept exercitarea discreționară, din perspectivă contractuală, de către una dintre părți, a drepturilor ce îi revin într-un asemenea context, în încercarea de a redobândi acele libertăți la care a renunțat pe parcursul formării contractului, întrucât părțile contractului pe cale să se încheie ar fi trebuit să știe că acesta exclude posibilitatea ulterioară încheierii contractului de a recupera libertățile pierdute.

3. Summers – Burton: Divergență și convergență

În raport de teoria Burton, în doctrina americană au fost exprimate rezerve cu privire la încercarea acestuia de a aborda de manieră mai definită și mult mai ancorată în argumente economice conceptul de bună-crediință. Îndeosebi partizanii teoriei Summers, susțin faptul că buna-crediință nu ar trebui și nu poate fi definită ori justificată prin elemente economice întrucât esența acesteia este profund morală, iar orice tentativă de decantare economică a ei s-ar constitui într-un demers teoretic amoral. Însă orice contestatar al teoriei economice a buneii-crediințe, care invocă imposibilitatea de a reflecta buna-crediință printr-un spectru economic,

pierd din vedere faptul că includerea de către Institutul American de Drept, la secțiunea 205 al *Restatement of Contracts* a abordării instituite de către Summers nu are semnificația îmbrățișării acestei teorii sub toate aspectele, chiar și în ciuda utilizării unei asemenea retorici de către instanțe, deoarece ea a fost angrenată tocmai pentru a determina și promova eficiența economică, în sensul construirii unui context contractual ideal din punct de vedere economic⁵⁰. Chiar dacă doctrina Summers s-a vrut a promova conceptul de bună-credință dintr-o perspectivă non-economică și chiar dacă a dobândit un asemenea potențial, în final aceasta se dovedește a fi susceptibilă de aplicare aproape exclusiv situațiilor cu un pronunțat caracter economic. Și pentru că un mediu contractual ideal necesită costuri minimale aferente tranzacției, lista de acțiuni ce comportă rea-credință deschisă de către Summers promovează tocmai o finalitate economică, anumea aceea a preîntâmpinării părților contractante de a suporta costuri relative la tranzacție neprevăzute la momentul încheierii contractului, care intervin după acest moment, în ipoteza unor eventuale litigii.

Abordările doctrinarilor americani Summers și Burton în ceea ce privește conceptul de bună-credință, deși par a fi divergente, converg de fapt în mod semnificativ, sub numeroase aspecte, atât teoretice, cât și practice. Mai mult, ambele teorii sunt concentrate, din punct de vedere normativ, asupra egalizării pozițiilor părților în cadrul unui contract, prin prohibirea diverselor mijloace prin care una dintre acestea s-ar putea avantaja față de cealaltă. În mod substanțial, cele două creații doctrinare diferă doar prin modul de circumscriere a acestor mijloace prin care una sau alta din părți poate să își creeze avantaje din punct de vedere contractual, dezechilibrând astfel balanța puterilor în cadrul respectivei convenții: în timp ce teoria Burton permite o plajă restrânsă de astfel de mijloace, datorită definiției careia trebuie să i se supună acestea, definiție care presupune ca una din părți să se comporte în mod oportunistic ulterior încheierii contractului astfel încât să își fi creat o poziție mai favorabilă din punct de vedere contractual decât cealaltă parte, care nu a întreprins un asemenea comportament⁵¹; de cealaltă parte, Summers lărgeste categoria comportamentelor susceptibile de a crea avantaje nepermise într-un cadru contractual vreunea dintre părți, prin acceptarea ipotezei survenirii acestora nu doar în perioada ulterioară încheierii contractului, ci și în perioada negocierilor, a formării contractului sau chiar în perioada încetării efectelor contractului⁵².

În ciuda diferenței articulate dintre argumentele celor două teorii și poate datorită congruenței lor demonstrate, se ivește o întrebare legitimă: oare doctrina buneii-crediințe contractuale, astfel cum s-a dezvoltat ea până în prezent în dreptul

american, este descrisă în mod realist în resorturile care stau la baza hotărârilor instanțelor? Ori oare instanțele, în elanul lor de a aplica o teorie sau alta, au făcut prea puține eforturi în sensul de a-și susține retoric argumentele în favoarea existenței unei încălcări a buneii-crediințe contractuale prin aplicarea unui concept *sui generis* al buneii-crediințe, care preia doar aparențele formaliste ale celor două teorii, neținând seama de tendința, la nivel doctrinar, de a subscrie conceptului de bună-crediință o dihotomie teoretică și normativă între cele două opinii principale. Deși nu se invocă neaparat o aplicare greșită sau o neînțelegere a teoriei de către instanțele americane, totuși, un asemenea comportament juridic este susceptibil de a căpăta efectul unui bumerang, care se poate întoarce împotriva acestora, în sensul că modul în care instanțele înțeleg să dea efect buneii-crediințe în argumentarea lor determină modul în care acestea vor fi limitate de chiar teoriile pe care le aplică⁵³. Conceptul de bună-crediință, astfel cum este reflectat la nivel doctrinar, cât și jurisprudențial, apare ca fiind aproape imposibil de a sta ca valoare de sine independentă în context contractual, sub forma unei obligații. Mai degrabă, buna-crediință se proiectează sub forma unui mecanism care funcționează retoric și analitic sub forma unei simple încălcări contractuale, care nu este utilizată de către instanțe pentru a activa resorturile ce o motivează.

Fără a aduce atingere principiului echității care justifică din punct de vedere teoretic abordarea Summers, buna-crediință este utilizată în mod consecvent pentru a aduce înspre realizare efectele economice și normele, precum și pentru a servi drept construcție arhitecturală retorică atunci când se analizează încălcarea unui contract, buna-crediință fiind incidentă și în cadrul acelor ipoteze în care părțile nu se află pe poziții de egalitate juridică din punct de vedere contractual, cum sunt contractele de consum, acest fapt fiind datorat, în mare parte, naturii implicit economice a fiecărui contract.

Actele juridice de consum implică, în mod inerent, cele mai frecvente ipoteze de dezechilibru, așadar, fără nici un fel de surpriză, litigiile având un asemenea obiect presupun o evaluare a îndeplinirii obligației de bună-crediință. În spețe precum *Best v. National Bank of Oregon*⁵⁴, instanțele nu au ezitat să aplice ambele teorii, în ciuda dezacordului substanțial dintre ele cu privire la stabilirea standardelor buneii-crediințe, argumentația finală îmbinând de o manieră consistentă atât abordarea Summers, cât și abordarea Burton. În cauza amintită, instanța a demonstrat că un asemenea melanj este posibil datorită faptului că ambele conceptualizări ale buneii-crediințe au scopul, în cel mai larg sens, de a da contura, în linii ferme, așteptările rezonabile ale părților contractante. În mod particular în cazuri care implică un dezechilibru al puterilor părților, deci unde autoritatea contractuală a fost rezervată doar unuia din participanții la convenție, astfel de

așteptări rezonabile necesită ca exercițiul discreționar să fie efectuat în interes particular; în consecință, dacă partea exercită discreționar autoritatea contractuală în scopuri care nu au fost convenite de comun acord, atunci respectiva partea se consideră a acționa cu rea-credință. Potrivit lui Summers, aceste așteptări rezonabile au un potențial nelimitat, datorită naturii contextuale și echitabile a doctrinei buneii-credințe; astfel că un comportament contractual rezonabil se circumscrie acestei teorii atâta timp cât nu se exercită cu rea-credință. Însă Burton chiar dacă îngustează acest domeniu, păstrează în esență un scop identic cu Summers, deci diferența semnificativă între cele două concepții rezidă în finalitate, și nu în mijloace. Însă o speță din jurisprudența americană rămâne iconică datorită faptului că esențializează și aplică buna-credință conform scopului său original, fiind vorba despre *Wood v. Lady Duff-Gordon*⁵⁵. Relevantă în exemplul dat nu este articularea conținutului doctrinei buneii-credințe, care virtual o separă față de abordările moderne ale acestui concept, ci mai degrabă maniera de invocare a buneii-credințe; astfel, buna-credință a fost angajată drept o chestiune relativă la echitate. Aplicațiile contemporane ale buneii-credințe funcționează într-un mod diferit, deși strâns legat, în sensul că sunt utilizate pentru a determina dacă una din părțile contractante a încălcat prevederile exprese ale convenției, prin exercitarea lor într-un mod particular; deci buna-credință în viziunea modernă acționează nu ca o obligație substanțială implicită, ci mai degrabă ca un reprezentant retoric al unei încălcări a ordinii contractuale. Justificarea din speță dată corespunde esenței originare a buneii-credințe întrucât, la un nivel general, aceasta este menită să funcționeze drept element echitabil de umplere a golurilor existente la nivel contractual.

IV. Buna-credință: principiu *sine qua non* inerent tuturor sistemelor de drept sau mimetism juridic?

Dacă până în acest moment am supus analizei noastre buna-credință în contextul consumerist ca pe un „dat juridic”, prezentând convergențele și divergențele acesteia în conexiune cu clauzele abuzive pe care vine să le tempereze, se naște mai mult decât firesc următorul lanț interogativ: este până la urmă buna-credință din dreptul continental aceeași cu *good faith* din dreptul american? Nu cumva tendința de a considera buna-credință ca fiind omniprezentă ne împinge orbește în a o atribui unui sistem de drept ale cărui tradiție juridică și resorturi ideologice sunt cât se poate de străine de accepțiunea pe care noi o asignăm acestui concept, accepțiune care se constituie într-o *definitio communis* a buneii-credințe? Nu cumva ceea ce se încalcă prin instituirea unei clauze abuzive este diferit în dreptul continental față de dreptul american întrucât însăși finalitatea dreptului diferă?

La o privire mai atentă, se poate observa faptul că în timp ce *sedes materiae* a dreptului continental, fie că vorbim despre Directiva 93/13/CEE⁵⁶ sau chiar despre legislația autohtonă, în speță legea nr. 193/2000⁵⁷ privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, menționează expres buna-credință ca fiind un factor de apreciere al unor asemenea clauze⁵⁸, dreptul american nu urmează această cale; pe de o parte, nu există o definiție a clauzelor abuzive, și deci nici o enunțare a elementelor care, nesocotite fiind, ar califica o clauză contractuală ca fiind abuzivă, însă pe de altă parte regăsim o definiție legală a buneii-credințe, acest din urmă aspect putând să capete relevanță doar dacă în discuția noastră am porni de la premisa că și în dreptul american încălcarea buneii-credințe reprezintă într-adevăr imboldul principal al declanșării mecanismului clauzelor abuzive.

Admițând astăzi vocația contractelor de a se constitui în terenul privilegiat al buneii-credințe, unde aceasta își găsește cel mai bine exprimarea, recunoaștem ceea ce Domat prescriesese pentru soarta dreptului⁵⁹, anume faptul că nu există nicio specie de convenție unde să nu fie subînțeleasă ideea că fiecare parte datorează celeilalte părți contractante bună-credință, cu toate efectele pe care echitatea le-ar putea impune, atât în ceea ce privește executarea, cât și formarea și interpretarea tuturor convențiilor. Îndrăzneala cu care în epoca contemporană calificăm orice contract ca fiind unul de bună-credință se datorează evoluției binomului „contracte de bună-credință – contracte de drept strict” existent în dreptul roman, această distincție reprezentând originea cea mai îndepărtată, pe axa istorică a dreptului, a conceptului de bună-credință. Propriu dreptului roman, binomul mai sus amintit nu s-a perpetuat în timp, ci s-a văzut eliminat odată cu epoca lui Iustinian⁶⁰, nefiind păstrat în sistemele de drept francofone, toate convențiile cunoscând în întregime exigența buneii-credințe. În consecință, obligația generală de bună-credință din dreptul român, întocmai celei din dreptul francez, s-a cristalizat într-un mod cu totul special, în domeniul contractului, art. 970, al. 1⁶¹ din Codul civil român, respectiv art. 1134, al. 3 din Codul civil francez servind drept suport juridic al conceptului de bună-credință, la care urmează să se facă recurs și pentru a aprecia caracterul abuziv al unei clauze contractuale, nu doar în faza de executare, cum pare să fi fost înțelesul pe care autorii Codului Napoleon au vrut să îl confere textului⁶² care mai apoi a fost preluat și la noi, ci și în perioada precontractuală, sau în ceea ce privește interpretarea contractelor, barierele impuse la nivel gramatical fiind rupte, reiterându-se astfel o idee ce fusese avansată de către Domat⁶³ cu mult înaintea conceperii Codului civil francez, potrivit căreia există un principiu general al buneii-credințe care guvernează nu

doar executarea, ci și formarea și interpretarea tuturor convențiilor. Asistând la preluarea în dreptul național a conceptului de clauză abuzivă, nou pentru dreptul român, dobândind astfel o autonomie aparte, norma legală prin care s-a realizat această preluare a trebuit să își găsească o sursă justificativă, din definiția normativă a clauzei abuzive putându-se deduce că este vorba despre buna-crediință⁶⁴. Un asemenea fenomen, deși surprinzător, datorită naturii specializate tehnice, detaliate și efemere a dreptului consumației, puternic contrastantă cu natura perenă și atemporală a dreptului civil, există, noua morală consumeristă fiind una fondată pe mecanismul profund civilist al buneii-crediințe⁶⁵. Prin urmare, la nivel general, buna-crediință joacă, în cadrul sistemelor continentale, rolul unui element calitativ în aprecierea formării, interpretării și executării contractelor, obligațiile ce incumbă părților fiind supuse unui criteriu general de onestitate, acesta frapând prin generalitatea și totodată dificultatea de a-l cuprinde din punct de vedere juridic de manieră exhaustivă și definitivă. *Prima facie*, s-ar părea că și sistemul american consacră universalitatea buneii-crediințe ca și trăsătură esențială a acesteia, prin instituirea unei obligații în acest sens, la art. 1 – 203⁶⁶ din *Uniform Commercial Code*, denumirea marginală a textului de lege amintit fiind suficientă pentru a induce în eroare cititorul neavizat. Astfel, deși art. 1 – 203 aduce cu sine obligația de bună-crediință, textul propriu-zis vine să îngusteze aparenta generalitate a acestei obligații, prin statuarea faptului că ea este relativă doar la contractele care intră sub incidența *Uniform Commercial Code*, și doar cu privire la interpretarea sau executarea acestora. În plus, buna-crediință la care obligă dispozițiile textului amintit este definită la art. 1 – 201⁶⁷ ca reprezentând onestitate în comportament ori tranzacție, impunându-se astfel un standard relativ jos, opinie care ne este susținută și de interpretările oficiale⁶⁸ ale art. 1 – 201, unde se menționează faptul că în toate domeniile unde își are incidența *Uniform Commercial Code* și se amintește de buna-crediință, aceasta înseamnă cel puțin ceea ce este statuat în textul legal invocat de către noi în rândurile de mai sus. Faptul că sistemele continentale nu conțin o definiție legală a buneii-crediințe, în opoziție cu sistemul american, unde *Uniform Commercial Code*, în cadrul art. 2, dedicat contractelor de vânzare în care una dintre părți este comerciant, prescrie la secțiunea 103, l. 1, lit. b⁶⁹ ce anume reprezintă buna-crediință a unui comerciant în astfel de convenții, ridică cel puțin câteva semne de întrebare cu relevanță juridică cu privire la identitatea acestui concept în cele două mari sisteme de drept și dacă într-adevăr, buna-crediință se poate constitui ca justificare ideologică a noțiunii de clauză abuzivă și în dreptul american.

În sistemele de inspirație Napoleoniană, domeniul buneii-crediințe este, cu siguranță, acela unde consubstanțialitatea dintre drept și etică se realizează cel mai viguros, prin intermediul buneii-crediințe evidențiindu-se legătura privilegiată care există între cele două. Natura „buneii-crediințe continentale” este una paradoxală: este prezentă peste tot și totuși nicăieri. Cum se explică o asemenea afirmație? De cele mai multe ori, buna-crediință este insesizabilă, fiind mai degrabă un concept al cărui existență se citește printre rânduri, de aici și omniprezența sa, dar totodată nu se regăsește menționată expres în manifestările contractuale dintre părți, de altfel nici nu ar fi nevoie. Din punct de vedere ideologic, „buna-crediință continentală” descinde din maxima etică de dragoste și respect reciproc între oameni, respectiv între subiectele de drept⁷⁰, din legătura indisociabilă dintre principiul buneii-crediințe și principiul respectului reciproc, decurgând și fiindu-i subjugate totodată, noțiunile de *fidelitate* și de *încredere*. Faptul că „buna-crediință continentală” se înrădăcează în morală, nu semnifică faptul că aceasta se reduce la morală, ireductibilitatea confirmându-se prin specificitatea juridică a buneii-crediințe⁷¹, însă ne putem întreba în ce măsură „afecțiunea” care justifică „buna-crediință continentală” se regăsește și în resorturile juridice intime ale *good faith* din dreptul american? Așa cum am văzut în rândurile de mai sus, comportamentul în bună-crediință a unui subiect de drept aflat sub auspiciile dreptului american reprezintă mai degrabă un standard minimal, decât un ideal înalt. Definiția legală dată în *Uniform Commercial Code* noțiunii de *good faith* a fost pe bună dreptate criticată în literatura de specialitate⁷², datorită faptului că acest act normativ, în loc să țină cont de înțelesul căpătat în jurisprudență de această noțiune, a sfârșit prin a-i atribui un înțeles general, invariabil și imobil din punct de vedere juridic, în contrast cu permanenta auto-edificare a dreptului american, prin intermediul jurisprudenței, considerându-se că dacă cerința buneii-crediințe trebuie realizată din punct de vedere pragmatic, atunci atât legiuitorul, în limitele importanței conferite acestuia în *common law*, cât și curțile trebuie să confere acestui concept un înțeles plin de substanță juridică, experiența precedentului judiciar percepându-l cel mai bine ca având rol de excludere a formelor de rea-crediință sau *bad faith*, prin identificarea celor în care buna-crediință este prezentă manifest. Fără doar și poate, se observă o evidentă instabilitate juridică a poziției pe care o ocupă buna-crediință în dreptul american, în sensul că diferiți autori care s-au perindat la cârma redactării sau revizuirii *Uniform Commercial Code* au îmbrăcat acest concept în propriile veșminte, neținând cont de faptul dacă, într-adevăr, acest sistem necesita buna-crediință pentru a funcționa ori prezența sa în actul normativ în cauză a fost doar rezultatul unor *ego-uri* de juriști?

În sens juridic pur american, buna-crediință este o calitate intangibilă și abstractă, care nu posedă vreun înțeles tehnic sau normativ propriu, care înglobează, printre altele, încrederea sinceră, absența intenției malițioase, precum și a oricărei intenții de a căuta și obține un avantaj inechitabil⁷³. Aceste coordonate se traduc prin impunerea unei sincerități intenționale, de abținere de a profita în mod inechitabil de cealaltă parte, fie și prin intermediul chestiunilor procedurale. Caracterul acesta „inechitabil” despre care aminteam în fraza anterioară își pierde din înțeles prin traducere, fiind vorba despre un concept propriu acestui sistem. Pentru o mai bună înțelegere a firului ideatic, considerăm că se impune păstrarea termenului original pentru restul discuției, anume acela de *unconscionable*. De fapt, noțiunea de clauză abuzivă, așa cum am preluat-o noi din Directiva 93/13/CEE prin traducerea sintagmei de *unfair term* nu se regăsește propriu-zis în dreptul american, chiar dacă vorbim despre aceeași idiomă utilizată atât în redactarea Directivei, cât și în dreptul american. Astfel, în dreptul american, pentru a descrie o ipoteză identică din punct de vedere formal cel puțin, adică aceea a clauzelor abuzive, vom regăsi sintagma de *unconscionable bargain* sau *contract*, care desemnează acea clauză contractuală sau acel contract, care este profund inechitabil pentru una din părți, datorită puterii de negociere mai mari a celeilalte părți. Mai mult, se consideră că *unconscionable bargain* reprezintă acel contract sau acea clauză pe care nicio persoană, în deplinătatea facultăților sale juridice, nu ar redacta-o, și la care nicio persoană onestă și corectă nu ar adera⁷⁴. Prin urmare, pentru a califica o clauză contractuală ca fiind *unconscionable bargain*, și având în vedere totodată și ceea ce *good faith* presupune conform definiției legale, la nivel jurisprudenciale, cum altfel, s-a dezvoltat „the unconscionability doctrine”, care presupune că o clauză va fi considerată ca atare dacă, sub împrejurările existente la momentul încheierii contractului și în lumina contextului comercial general și al necesităților comerciale al respectivului contract, aceasta provoacă un dezechilibru economic între părți ori surprinde inechitabil una din părți⁷⁵. De principiu, *unconscionability* presupune absența unei alegeri semnificative pentru una dintre părți în ceea ce privește încheierea unui contract, alături de existența unor clauze contractuale care sunt în mod nerezonabil favorabile celeilalte părți⁷⁶.

Astfel stând lucrurile, specificitatea buneii-crediințe în dreptul american ne determină să apreciem că aceasta nu corespunde, din punct de vedere al identității juridice, cu „buna-crediință continentală”, sub mai multe aspecte. În primul rând, în sistemul continental, contrar buneii-crediințe este considerat tot ceea ce deviază, oricât de ușor, de la sinceritatea cea mai exactă și scrupuloasă⁷⁷, pe când în sistemul american, sinceritatea solicitată din partea unui comerciant nu este suficientă

pentru a-l califica pe acesta ca fiind de bună-credință, ci se impune o anumită „decentă comercială”, în sensul că acesta trebuie să respecte standardele comerciale rezonabile, adică uzanțele, cutumele sau practicile existente⁷⁸. În consecință, deși aparențele ar indica faptul că și *good faith* implică, la fel ca și în sistemul continental, respectul față de ceilalți subiecți de drept, acea „afecțiune” cu substrat juridic de care aminteam ceva mai sus, prin includerea în definiția legală a *good faith* a cerinței de onestitate în comportament, observăm că această cerință este secundară, fiind copleșită de cerința luării în seamă a standardelor comerciale, astfel că în cazul dreptului american putem vorbi cel mult despre o „afecțiune” mercantilă, și, deci, despre o bună-credință mercantilă, animată de considerente economice. Stâlpul moralității în cazul contractelor dintre comercianți și consumatori în dreptul american nu ar putea fi altul decât profitul economic, însăși natura relațiilor consumeriste impunând o asemenea atitudine. Cum putem explica atunci prezența, fie chiar și formală, a buneii-credințe, într-un asemenea sistem, ale cărui origini nu pot fi explicate prin recursul la dreptul roman, și, în consecință, la fundamentul de acolo al buneii-credințe?

În al doilea rând, *good faith* este prezentă *per se* doar în cadrul *Uniform Commercial Code*, un act normativ de aplicabilitate restrânsă. Prezența sa în textele legale amintite se datorează, așa cum observam și în rândurile de mai sus, diverselor influențe ce au tronat asupra *ego*-urilor redactorilor, iar în cazul de față, influența sistemului continental pare să fi fost decisivă, deși ulterior, maniera de abordare a acestui concept a fost, pe bună-dreptate criticată, în condițiile în care nu s-a ținut cont deloc de specificul dreptului american, și anume precedentul judiciar. Până la urmă, știința dreptului presupune un flux permanent de idei și fenomene, iar metoda cea mai simplă de preluare a acestora este mimetismul, care poate fi substanțial, în sensul că un anumit concept nu este preluat doar la nivel fațadă juridică, ci este preluat în întregime, cu toate implicațiile sale, sub rezerva reușitei de a-l integra în contextul care îl adoptă, sau formal, cum este cazul buneii-credințe în dreptul american, despre care putem spune că odată sedusă în contextul de *common law*, buna-credință continentală a fost goliță de conținut, păstrând mimetic, o denumire iluzorie și confuză, conținutul deviind aproape în întregime de la implicațiile originale.

În al treilea rând, relația de non-identitate dintre *good faith* și „buna-credință continentală” trebuie privită și din perspectiva legăturii fiecăreia dintre acestea cu echitatea, având în vedere că s-a susținut faptul că și în dreptul continental am asista la o justiție comutativă, ca parte a fenomenului de procesualizare a contractului⁷⁹. În dreptul american, unde echitatea își regăsește cea mai confortabilă poziție în

spațiul juridic, lucrurile sunt simple, *equity* fiind cea care permite intervenția judecătorului cu privire la clauzele abuzive, acesta având prerogativa de a aplica testul de *unconscionability*, și deci, de a aprecia caracterul „inechitabil” al respectivului contract sau a clauzei în discuție, vorbind astfel despre o „echitate subversivă”⁸⁰, care permite *a posteriori* modificarea regulilor de drept și chiar a faptelor, prin pronunțarea unei decizii, aceasta calificându-se, totodată, într-un gen de „echitate creatoare”, explicabilă tocmai datorită puterii precedentului judiciar în acest sistem. În contextul juridic autohton situația are un cu totul alt traseu, susținerea⁸¹ tranșantă a ideii potrivit căreia sub semnul exigențelor echității judecătorul, situat în afara raportului contractual, ar putea interveni pentru a aprecia buna executare a contractului în scopul avut în vedere de către părți și pentru a-l adecva în vederea asigurării echilibrului între părțile contractante este oarecum incorectă, având în vedere rolul buneii-crediințe în sistemul nostru de drept. Este indubitabil faptul că există o anumită legătură între buna-crediință și echitate, însă pentru a vedea care dintre acestea ar justifica, în dreptul nostru, o eventuală intervenție a judecătorului în aprecierea unei clauze contractuale ca fiind abuzivă, trebuie să urmărim firul istoric al evoluției acestui rol al instanței. În relație cu buna-crediință. Încă din perioada în care în dreptul roman opera distincția între contractele de bună-crediință și contractele de drept strict, și, în consecință, și între acțiunile de bună-crediință și acțiunile de drept strict, competența judecătorului cu privire la contract nu se limita la a interpreta voința părților. Puterea de a ține seama de exigențele buneii-crediințe avea un domeniu de aplicare general, care depășea ceea ce fusese exprimat, expres sau tacit, de către părți, în convenție, rolul judecătorului neputând fi limitat la o interpretare servilă a voinței părților. Admițând faptul că principiul buneii-crediințe nu guvernează doar executarea, ci și formarea și interpretarea convențiilor, alături de ordinea stabilită de către legiuitorul francez, și prin imitație, și de către legiuitorul român, în Codul civil de la 1865⁸², prin care se acordă prioritate buneii-crediințe în raport de echitate, putem aprecia faptul că la noi, spre deosebire de sistemul american unde echitatea este cea în măsură să moralizeze teoria generală a obligațiilor, buna-crediință este cea care ar putea justifica dreptul judecătorului în aprecierea caracterului abuziv al clauzelor consumeriste, aceasta fiind axa morală în jurul căreia gravitează raporturile contractuale, instrumentul etic și juridic de individualizare a dispozițiilor legale, și nu echitatea.

O altă distincție între *good faith* și „buna-crediință continentală” apare și cu privire la natura acestora. Cerințele *good faith* ne conduc, incontestabil, la concluzia că aceasta are o natură obiectivă, având în vedere faptul că, în principal, se impune respectul unor standarde comerciale, intenția părților valorând prea

puțin într-o asemenea situație, orice clauză virtual abuzivă fiind apreciată din perspectiva echității. În doctrina noastră⁸³ s-a susținut faptul că buna-credință ar avea de asemenea semnificația unei norme obiective de comportament, și că încălcarea obligației de bună-credință ar reprezenta un abuz de drept, dat fiind că abuzul de drept nu este altceva decât o subdiviziune a relei-credințe⁸⁴. Considerăm că o asemenea opinie conține un paradox juridic, și în consecință, ar suporta anumite nuanțări. Fără îndoială că noțiunea de clauză abuzivă rămâne atașată, în dreptul nostru, buneii-credințe, însă cu toată emergența fenomenului economic și social al consumerismului, considerăm că natura buneii-credințe rămâne indiferentă acestuia, relația cea mai strânsă dintre cele două putând rezulta în cazul în care acceptăm vocația modernă a buneii-credințe, concept pur civilist și străin de intemperiiile mercantile ale consumerismului, de a se constitui într-un filtru de apreciere a caracterului abuziv al unei clauze contractuale în contractele de consum. În consecință, cu toată zguduirea suferită de către buna-credință, natura acesteia nu poate fi decât una subiectivă, întrucât în fond ea rămâne descendentă cea mai semnificativă a maximei etice de dragoste și respect mutual între subiectele de drept, principiul buneii-credințe fiind indisolubil legat de principiului respectului reciproc pe care părțile contractante și-l datorează una alteia. Într-adevăr, nesocotirea obligației de bună-credință se constituie, logic, într-o formă de rea-credință, în abuz de drept. Însă a susține această chestiune în aceeași frază în care buna-credință este calificată ca având natură obiectivă este juridic incorect, întrucât dacă am urma până la capăt un asemenea raționament am ajunge la concluzia că abuzul de drept are de asemenea o natură obiectivă, contravenind însăși fundamentului abuzului de drept, profund subiectiv, care ia în considerare intenția părții care îl săvârșește⁸⁵.

În concluzie, buna-credință nu reprezintă un principiu *sine qua non*, inerent oricărui sistem de drept, fiind un concept propriu dreptului continental, orice aparență de identitate între aceasta și *good faith* a dreptului american fiind rezultatul unei comportament legislativ mimetic, o preluare iluzorie a unei forme fără fond, un capriciu european al echității americane.

* Studentă, master „Instituții de drept privat”; anca.ruen@gmail.com.

¹ P. Vasilescu – *Un chip al postmodernismului recent: dreptul consumatorului* în P. Vasilescu (coordonator), *Consumerismul contractual. Repere pentru o teorie generală a contractelor de consum*, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006, p. 22.

- ² P. Vasilescu în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, ediția I, vol. 2, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2007, p. 95.
- ³ *ibidem*, p. 119.
- ⁴ *ibidem*.
- ⁵ În fapt, acesta ordona judecătorului (*iudex*) să aprecieze ceea ce îi era supus judecății sale ținând seama de exigențele *fides*, utilizându-se formula „*ex bona fide condemna*”.
- ⁶ *De officiis*, Liber primus, 23.
- ⁷ M.A. Glendon, M. W. Gordon, C. Osakwe, *Comparative legal traditions – texts, materials and cases*, ediția a II a, Ed. West Publishing Co., St. Paul – Minnesota, 1994, p. 25.
- ⁸ J. – L. Souriou, *Introduction au cours de droit des obligations*, în *Clés pour le siècle. Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion* (Université Panthéon-Assas), Ed. Dalloz, Paris, 2000, p. 517.
- ⁹ Textul de lege reclamat statuează următoarele: „*Convențiile trebuie executate cu bună-crediță*”.
- ¹⁰ „*Elles (les conventions) doivent être contractées et exécutées de bonne foi*”.
- ¹¹ J. – L. Souriou, *op. cit.*, p. 517, nota de subsol 58.
- ¹² Este vorba despre Jean Étienne Marie Portalis.
- ¹³ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, vol. I, ediția nouă, Ed. Aux dépens de la Société, Paris, 1745, p. 25.
- ¹⁴ J. E. M. Portalis în M.A. Glendon, M. W. Gordon, C. Osakwe, *op. cit.*, p. 274.
- ¹⁵ B. Jaluzot, *La bonne foi dans le contrats*, Ed. Dalloz, Paris, 2001, p. 226.
- ¹⁶ *Idem*, p. 227-228.
- ¹⁷ *Idem*, p. 230-231.
- ¹⁸ *Idem*, p. 231.
- ¹⁹ *Idem*, p. 231-232.
- ²⁰ G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law ends up in new divergencies*, în *Modern Law Review*, nr. 61/1998, p. 11.
- ²¹ G. Teubner, *op. cit.*, p. 12.
- ²² *ibidem*.
- ²³ Este vorba despre *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB – Gesetz)* din 1976. Ca și în alte cazuri, legiuitorul german a optat să nu amendeze Codul Civil (*BGB*), reglementând problema clauzelor abuzive în contractele de consum pe calea legislației speciale. Nu cumva această opțiune reprezintă o recunoaștere timidă a extraneității dreptului consumației față de dreptul civil, o recunoaștere a faptului că, în cele din urmă, dreptul consumației se bucură doar de o afinitate puternică față de dreptul civil, și nu de o relație de rudenie în adevăratul sens al cuvântului?
- ²⁴ Potrivit acestei reguli, orice ambiguitate izvorând din contract era atribuită stipulatorului, adică părții care formulase chestiunea ce a determinat conținutul contractului, întrucât se considera că el ar fi putut la fel de bine să învedereze celelalte părți ce anume ar fi dorit ca aceasta să îi promită din punct de vedere contractual.
- ²⁵ R. L. Oakley, *Fairness in Electronic Contracting: Minimum Standards for Non-Negotiated Contracts*, în *Houston Law Review*, nr. 1041/2005-2006, p. 1068.

- ²⁶ R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Ed. Oxford University Press, New York, 2010, p. 175.
- ²⁷ *Ibidem*.
- ²⁸ G. Treubner, *op. cit.*, p. 20, nota de subsol 37.
- ²⁹ *Idem*, nota de subsol 38.
- ³⁰ G. Treubner, *op. cit.*, p. 20.
- ³¹ G. Treubner, *op. cit.*, p. 21.
- ³² C. Twigg-Flesner, *No Sense of Purpose or Direction? The Modernisation of European Consumer Law*, în *European Review of Contract Law*, nr. 1/2007, p. 11.
- ³³ Este vorba despre Lord Bingham of Cornhill.
- ³⁴ Lord Bingham of Cornhill în C. Twigg-Flesner, *op. cit.*, p. 11.
- ³⁵ C. Twigg-Flesner, *op. cit.*, p. 12.
- ³⁶ C. Twigg-Flesner, *op. cit.*, p. 12-13, nota de subsol 93.
- ³⁷ C. Twigg-Flesner, *op. cit.*, p. 13.
- ³⁸ *Munkenbeck & Marshall v Harold*, 2005; *Westminster Building Co v Beckingham*, 2004, în C. Twigg-Flesner, *op. cit.*, p. 14, nota de subsol 101.
- ³⁹ *Lovell Projects Ltd. v Legg and Carver*, 2003, în C. Twigg-Flesner, *op. cit.*, p. 14, nota de subsol 102.
- ⁴⁰ C. Twigg-Flesner, *op. cit.*, p. 14.
- ⁴¹ *Ibidem*.
- ⁴² C. Twigg-Flesner, *op. cit.*, p. 14-15.
- ⁴³ *Uniform Commercial Code. Official Text with Comments*, Ed. West Publishing Co., Pennsylvania, 1990, p. 28.
- ⁴⁴ E. M. S. Houh, *The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?*, în *Utah Law Review*, vol. 2/2005, p. 7.
- ⁴⁵ J. K. Winn, M. Webber, *The Impact of EU Unfair Contract Terms Law on U.S. Business-to-Consumer Internet Merchants*, în *The Business Lawyer*, vol. 62/2006, p. 3.
- ⁴⁶ J. K. Winn, B. H. Bix, *Diverging Perspectives on Electronic Contracting in the U.S. and EU*, în *Cleveland State Law Review*, nr. 175/2006, p. 186.
- ⁴⁷ *ibidem*, p. 9, notele de subsol 36 și 37.
- ⁴⁸ S. J. Burton, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, în *Harvard Law Review*, nr. 94/1980, p. 370.
- ⁴⁹ *ibidem*, p. 390-392.
- ⁵⁰ E. M. S. Houh, *op. cit.*, p. 12-13.
- ⁵¹ S. J. Burton, *op. cit.*, p. 376.
- ⁵² R. S. Summers, *The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization*, în *Cornell Law Review*, nr. 67/1982, p. 220-222.
- ⁵³ E. M. S. Houh, *op. cit.*, p. 16-17.
- ⁵⁴ în E. M. S. Houh, *op. cit.*, p. 59-61.
- ⁵⁵ în E. M. S. Houh, *op. cit.*, p. 67-68.

- ⁵⁶ Este vorba despre art. 3, al. 1 din Directiva 93/13/CEE, care statuează următoarele: „O clauză contractuală care nu s-a negociat individual se consideră ca fiind abuzivă în cazul în care, **în contradicție cu cerința de bună - credință**, provoacă un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților care decurg din contract, în detrimentul consumatorului.” (s.n.)
- ⁵⁷ Este vorba despre art. 4 din Legea nr. 193/2000: „O clauză contractuală care nu a fost negociată direct cu consumatorul va fi considerată abuzivă dacă, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului și **contrar cerințelor buneii-crediințe**, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților.” (s.n.)
- ⁵⁸ Atât în dreptul comunitar, cât și în dreptul român, definiția legală a clauzei abuzive conține o serie de elemente subiective, printre care regăsim și „cerințele buneii-crediințe”, acestea nefiind definite subsecvent. O determinare eronată a înțelesului acestei sintagme ar fi periculoasă din punct de vedere juridic, ducând, în mod inevitabil, la dificultăți în aplicarea legii. În aceste sens, a se vedea D. Dumba, *Unele considerații critice în legătură cu legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, precum și cu modificările aduse acesteia prin legea nr. 65/2002*, în *Dreptul nr. 6/2002*, p. 72.
- ⁵⁹ J. – F. Romain, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier („Fraus omnia corrumpit”)*, teză de doctorat, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 27.
- ⁶⁰ *ibidem*, p. 29.
- ⁶¹ „Convențiile trebuie executate cu bună-crediință.”
- ⁶² B. Jaluzot, *op. cit.*, p. 37 și urm.
- ⁶³ J. – F. Romain, *op. cit.*, p. 27 și urm.
- ⁶⁴ I. – F. Popa, *Reprimarea clauzelor abuzive*, în *Pandectele Române nr. 2/2004*, p. 194.
- ⁶⁵ D. Mazeaud, *Droit commun du contrat et droit de la consommation – Nouvelles frontières? în Études de droit de la consommation: Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Ed. Dalloz, Paris, 2004, p. 697.
- ⁶⁶ În *Uniform Commercial Code. Official Text with Comments*, Ed. West Publishing Co., Pennsylvania, 1990, p. 47. Pentru o înțelegere cât mai exactă considerăm a fi oportună redarea textului în limba originală: „Every contract or duty **within this Act** imposes an obligation of good faith in its **performance or enforcement**.” (s.n.)
- ⁶⁷ „Good faith means honesty in fact in the conduct or transaction concerned.”, în *Uniform Commercial Code. Official Text with Comments*, Ed. West Publishing Co., Pennsylvania, 1990, p. 37.
- ⁶⁸ În *Uniform Commercial Code. Official Text with Comments*, Ed. West Publishing Co., Pennsylvania, 1990, p. 42, p. 48.
- ⁶⁹ „Good faith in the case of a **merchant** means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade” (s.n.), în *Uniform Commercial Code. Official Text with Comments*, Ed. West Publishing Co., Pennsylvania, 1990, p. 42, p. 60.
- ⁷⁰ J. – F. Romain, *op. cit.*, p. 107 și 113.
- ⁷¹ Pothier considera că această specificitate constă în existența unui imperativ al securității juridice ce tronează asupra conceptului de bună-crediință. Pentru mai multe detalii asupra acestui aspect, a se vedea J. – F. Romain, *op. cit.*, p. 114 și 117-118.

- ⁷² R. E. Spiedel, R. S. Summers, J. J. White, *Commercial and Consumer Law – teaching materials*, Ed. West Publishing Co., St. Paul – Minnesota, 1974, p. 688.
- ⁷³ *Black’s Law Dictionary with pronunciation*, ediția a VI a – Centennial Edition (1891-1991), Ed. West Publishing Co., St. Paul – Minnesota, 1990, p. 693.
- ⁷⁴ *Black’s Law Dictionary with pronunciation*, ediția a VI a – Centennial Edition (1891-1991), Ed. West Publishing Co., St. Paul – Minnesota, 1990, p. 1525.
- ⁷⁵ *Black’s Law Dictionary with pronunciation*, ediția a VI a – Centennial Edition (1891-1991), Ed. West Publishing Co., St. Paul – Minnesota, 1990, p. 1524.
- ⁷⁶ R. E. Spiedel, R. S. Summers, J. J. White, *op. cit.*, p. 685-686.
- ⁷⁷ Pothier, în J. – F. Romain, *op. cit.*, p. 107.
- ⁷⁸ Textul original impune „the observance of reasonable commercial standards”.
- ⁷⁹ I. – F. Popa, *op. cit.*, p. 197, nota de subsol 27.
- ⁸⁰ I. Deleanu, S. Deleanu, Considerații cu privire la clauza penală, în Supliment la Pandectele Române, nr. 1/2003, p. 128, nota de subsol 69.
- ⁸¹ I. Deleanu, S. Deleanu, *op. cit.*, p. 128.
- ⁸² Este vorba despre faptul că la al. 1 al art. 970 se menționează buna-crediință ca obligație generală ce trebuie să guverneze regimul contractual, pe când echitatea este amintită abia la al. 2 al aceluiași text de lege, statuându-se că implicațiile echității trebuie luate în considerare în comportamentul contractual al părților, pe lângă ceea ce acestea au prevăzut expres.
- ⁸³ I. – F. Popa, *op. cit.*, p. 196 și 208.
- ⁸⁴ *ibidem*, p. 208, nota de subsol nr. 83.
- ⁸⁵ J. – F. Romain, *op. cit.*, p. 895 și 919.

LEZIUNEA ÎN CONTEXTUL NOULUI COD CIVIL. CÂTEVA CONSIDERAȚII

Adrian TAMBA*

Résumé: *La lésion dans le nouveau code civil roumain – quelques remarques.* Notre étude vise l'analyse d'une institution difficilement à ignorer. L'examen de la lésion concerne en particulier le Nouveau Code civil, sans oublier les actes normatifs précédents, le droit comparé, les Principes du droit européen des contrats, l'Avant Projet du Code Européen des contrats et les Principes d'UNIDROIT.

Tour à tour sont exposés la définition, la nature juridique, le domaine et les sanctions de la lésion. Certains problèmes peuvent être identifiés sur le terrain des sanctions qui interviennent dans l'hypothèse de la notion investiguée.

La preuve de la lésion peut dérouter, dans le contexte du Nouveau Code de procédure civile.

La fin du travail est consacrée à quelques appréciations conclusives.

Mots clés: Nouveau Code civil, lésion, vice du consentement, domaine d'application, sanctions, preuve.

Cuvinte cheie: Noul Cod civil, leziune, viciu de consimțământ, domeniu de aplicare, sancțiuni, probă.

1. Precizări introductive. Planul cercetării. Studiul de față își propune examinarea, deloc amplă, a unei importante noțiuni, anume leziunea. Aceasta va fi avută în vedere astfel cum se prezintă în textele Noului Cod civil¹. Desigur că, în cadrul demersului pe care ni l-am fixat, apar cu neputință de ignorat dreptul comparat, respectiv reglementările apriorice Noului Cod civil (prin acestea din urmă înțelegem mai ales Codul civil de la 1864², Codul familiei³ și Decretul nr. 32/1954⁴).

Problemele pe care le vom trata în continuare sunt semnificația, precum și natura juridică ale leziunii (*infra.*, nr. 2-4), continuând cu domeniul său de aplicare (*infra.*, nr. 5-6). În sfârșit, vom aborda sancțiunile ce-i sunt specifice, în orientarea redactorilor Noului Cod civil (*infra.*, nr. 7-8).

2. Leziunea – *sedes materiae*, definiție și natură juridică. Leziunea este așezată în cadrul Cărții a V-a, Titlul II, Capitolul I, Secțiunea a 3-a, Paragraful nr. 3, fiind scoasă în lumină de art. 1206 alin. (2) și 1221-1224 din Noul Cod civil.

În doctrina franceză s-a indicat că „*leziunea desemnează, în materie contractuală, prejudiciul particular suferit de către unul dintre contractanți din pricina dezechilibrului existent, la momentul formării contractului, între prestații*”⁵.

Literatura de specialitate română ne oferă o viziune similară, apreciindu-se că „*termenul de leziune desemnează, în materie contractuală, prejudiciul suferit sau pe cale să fie suferit de către un contractant datorită disproporției de valoare dintre prestațiile sale și cele ale partenerului său contractual, existentă în momentul încheierii unui anumit contract sinalagmatic, cu titlu oneros și comutativ*”⁶.

3. Pe marginea naturii juridice a leziunii, pot fi observate două mari puncte de vedere, în bună măsură opuse.

Unii autori sunt de părere că leziunea este un viciu de consimțământ⁷, alături de trilogia clasică (eroare, dol și violență).

Alții, dimpotrivă, văd în leziune o cauză specială de desființare a contractului și nicidecum un viciu de consimțământ⁸. Specialiști de certă autoritate subliniază că leziunea nu este, propriu-zis, un viciu de consimțământ, ci unul obiectiv⁹.

Relativ la aspectul discutat, judecătorii francezi au consacrat concepția obiectivă¹⁰. Astfel, instanța franceză supremă¹¹ a statuat că leziunea legal constatată este prin ea însăși și de una singură o cauză de resciziune, independent de circumstanțele care au putut să o acompanieze sau să-i dea naștere, adăugând că dreptul vânzătorului lezat de a cere resciziunea nu este subordonat probei că ar fi suferit o constrângere morală.

Pe scurt, cel puțin în dreptul francez, leziunea presupune doar o apreciere obiectivă, fiind suficient să se observe un dezechilibru între prestații¹² și neinteresând starea de spirit a contractanților¹³ ori consimțământul¹⁴ acestora. În acest sens, nu este lipsit de interes să menționăm că leziunea care atrage nulitatea unei vânzări privitoare la un bun imobil (art. 1674 C. civ. fr.¹⁵) nu este tratată ca un viciu de consimțământ, ci este înțeleasă ca lipsa unei echivalențe obiective între prestații¹⁶.

4. Art. 1206 alin. (2) Noul C. civ. prevede că „*de asemenea, consimțământul este viciat în caz de leziune*” [totodată, art. 1399 alin. (2) C. civ. Québec enumeră leziunea printre viciile consimțământului]. Având în fața ochilor textul de lege, pare vădit că, în concepția redactorilor Noului Cod civil, leziunea se prezintă ca un viciu de consimțământ. Mai mult, faptul că leziunii i s-a dat o astfel de calificare juridică se desprinde și din art. 1221 alin. (1) Noul C. civ., potrivit căruia „*există leziune*

atunci când una dintre părți, profitând¹⁷ de starea de nevoie, de lipsa de experiență ori de lipsa de cunoștințe a celeilalte părți, stipulează în favoarea sa ori a unei alte persoane o prestație de o valoare considerabil mai mare, la data încheierii contractului, decât valoarea propriei prestații”. Precum s-a spus¹⁸, se impune să facem din leziune un veritabil viciu de consimțământ, alături de eroare, dol și violență ? Într-un astfel de caz, dezechilibrul contractual ar fi perceput drept consecința exploatării uneia dintre părți de către cealaltă, așa încât rezultatul economic nu ar fi decât indiciul unui consimțământ viciat, veritabila cauză de nulitate.

Tematica naturii juridice a leziunii ne îndatorează să ne oprim asupra art. 21 din Codul elvețian al obligațiilor și § 138 alin. (2) din Codul civil german. În egală măsură, pot fi luate în considerare art. 4:109 din Principiile dreptului european al contractelor (elaborate de Comisia Lando)¹⁹, art. 3.10 din Principiile UNIDROIT (2004)²⁰, respectiv art. 30 alin. (3) din Avant-Proiectul Codului european al contractelor (întocmit de Academia Privatiștilor Europeni sub coordonarea profesorului Giuseppe Gandolfi).

Cel dintâi text prevede, la alin. (1), că „*en cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience*” (în caz de disproporție evidentă între prestația promisă de o parte și contraprestația celeilalte, partea lezată poate, în termen de un an, să declare că desființează contractul și să primească înapoi ceea ce a plătit, dacă leziunea a fost determinată de exploatarea nevoii, ușurinței sau inexperienței sale – trad. ns., A. T.). Din dispozițiile art. 21 alin. (1) al Codului elvețian al obligațiilor reiese că leziunea se prezintă ca un viciu de consimțământ (aflându-ne în prezența ideii de exploatare a unuia dintre contractanți, profitându-se de aspecte specifice acestuia, precum ușurința sau inexperiența sa). Totuși, în mod curios, art. 21 este plasat în contextul obiectului contractului („*E. objet du contrat: I. éléments; II. nullité; III. lésion; IV. promesse de contracter*”), iar nu al viciilor de consimțământ („*F. Vices du consentement*”).

Alin. (2) al § 138 C. civ. german scoate la iveală că „*est nul notamment tout acte juridique par lequel une personne se fait promettre ou accorder, soit à elle-même, soit à une autre personne, en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux en disproportion flagrante avec cette prestation, et cela par exploitation (...) de l'inexpérience, du défaut de capacité de jugement ou de la grande faiblesse de caractère d'autrui*”²¹ (este nul orice act juridic prin care o persoană face să se promită sau să se acorde, fie ei înseși, fie unei alte persoane, în contrapartida unei prestații, avantaje patrimoniale în disproporție flagrantă cu

această prestație și aceasta prin exploatarea inexperienței, lipsei capacității de judecată sau a unei mari slăbiciuni de caracter a altuia – trad. ns., A. T.). Textul luat în discuție este situat în Cartea întâi (Parte generală), Secțiunea a 3-a (Acte juridice), Titlul 2 (Declarație de voință), alături de § 119 (care reglementează eroarea) și § 123 (referitor la dol și violență sau, altfel zis, “*tromperie ou menace*”). Astfel, în ceea ce ne privește, atât conținutul § 138 alin. (2), cât și amplasamentul său ne permit să concluzionăm că leziunea se manifestă ca un viciu de consimțământ²² (putând fi observate sintagma de “exploatare a uneia dintre părți” și, totodată, așezarea leziunii în rândul celorlalte vicii ale hotărârii de a perfecta un act juridic).

Art. 4:109 alin. (1) din Principiile dreptului european al contractelor dispune că “*une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat, (a) elle était (...) imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation, (b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les circonstances et le but du contrat, elle (...) a retiré un profit excessif*” (o parte poate provoca nulitatea contractului dacă, la încheierea acestuia, ea era neprevăzătoare, ignorantă, inexperimentată sau inaptă să negocieze, iar cealaltă parte cunoștea sau trebuia să cunoască aceste aspecte și, ținând seama de circumstanțele și scopul contractului, a obținut un profit excesiv – trad. ns., A. T.). La rândul său, art. 4:109 alin. (1) ne îngăduie să constatăm că leziunea se prezintă ca un viciu de consimțământ, profitul excesiv fiind consecința exploatării partenerului (profitându-se, spre exemplu, de ignoranța sau inexperiența acestuia).

În virtutea art. 3.10 alin. (1) din Principiile UNIDORIT relative la contractele de comerț internațional (2004), “*la nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie; on doit, notamment, prendre en considération: a) le fait que l'autre partie a profité (...) de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première et b) la nature et le but du contrat*” [nulitatea unui contract sau a uneia dintre clauzele sale pentru cauză de leziune poate fi invocată de către o parte dacă la momentul încheierii sale, contractul sau clauza acordă în mod injust un avantaj excesiv celeilalte părți; trebuie luate în considerare: a) faptul că cealaltă parte a profitat de nevoia, impreviziunea, ignoranța, inexperiența sau inaptitudinea de a negocia a primeia, respectiv b) natura și scopul contractului – trad. ns., A. T.]. Ne este permis să credem că art. 3.10 alin. (1) consacră teza potrivit căreia leziunea este un viciu de consimțământ, avantajul excesiv fiind generat de exploatarea cocontractantului (trăgându-se profit, de pildă, din ignoranța sau inexperiența acestuia).

Până să expunem textul din Avant-Proiectul ce provine de la Academia Privatiștilor Europeni și care este incident pe marginea temei noastre, socotim de cuviință să redăm vorbele lui Denis Mazeaud, rostite într-o lucrare închinată Principiilor dreptului european al contractelor: *“la lésion, comme dans les Principes d’Unidroit est donc ici (în cadrul Principiilor formulate de Comisia Lando – nota ns., A. T.) une notion subjective (...) proche d’un vice du consentement”*²³ (leziunea, precum în Principiile UNIDROIT, este aici o noțiune subiectivă, apropiată de un viciu de consimțământ – trad. ns., A. T.).

În definitiv, art. 30 alin. (3) din Avant-Proiectul Codului european al contractelor este redactat în termenii următori: *“est rescindable, comme il est prévu à l’article 156, tout contrat par lequel une des parties, abusant (...) d’incapacité de comprendre et de vouloir, d’inexpérience (...) de l’autre partie, fait promettre ou fournir à elle-même ou à des tiers une prestation ou d’autres avantages patrimoniaux manifestement disproportionnés par rapport à la contrepartie qu’elle a fournie ou promise”* (este supus rescizunii, astfel cum este prevăzut la art. 156, orice contract prin care una dintre părți, abuzând de incapacitatea de a înțelege și de a vrea, de inexperiența celeilalte părți, face să se promită sau să se furnizeze ei înseși sau unor terți o prestație sau alte avantaje patrimoniale manifest disproportionale prin raport la contraprestația pe care ea a furnizat-o sau promis-o – trad. ns., A. T.). S-ar părea că și acest proiect legislativ european în materia contractelor consfințește o concepție subiectivă asupra leziunii, aceasta înfățișându-se ca un viciu de consimțământ²⁴.

5. Domeniul de aplicare al leziunii. Pentru deslușirea acestei problematice este revelatoare *“Expunerea de motive”* formulată în privința Noului Cod civil. Așa fiind, lecturând-o, găsim remarca potrivit căreia *“(...) leziunea dobândește o vocație generală (...)”*²⁵, putând fi valorificată de orice subiect de drept. Nu este lipsit de interes să precizăm că în dreptul provinciei canadiene Québec, deși leziunea este un viciu de consimțământ [art. 1399 alin. (2) și 1406 alin. (1), teza ²⁶], aria sa este restrânsă la minori și majorii protejați (art. 1405 C. civ. Québec). Cu toate acestea, uneori legea permite și majorilor să se prevaleze de leziune (astfel este cazul art. 897 C. civ. Québec, incident în materia partajului). Referindu-ne la dreptul german și cel elvețian, semnalăm, alături de alți autori²⁷, că leziunea este admisă de o manieră generală.

Diferența față de actele normative anterioare este vădită. După cum bine se știe, acțiunea în resciziune, în considerarea leziunii, era prohibită majorului. Art. 1165 C. civ. din 1864 stipula clar că *“majorul nu poate, pentru leziune, să exercite acțiunea în resciziune”*. Cât îi privește pe minori, art. 1157 C. civ. din anul 1864 a fost modificat prin art. 25 din Decretul nr. 32/1954. Alin. (1) al art. 25 edicta că *“(...) aplicarea dispozițiilor legale referitoare la acțiunea în anulare pentru leziune se*

restrânge la minorii care, având vârsta de patruspezece ani împliniți, încheie singuri, fără încuviințarea părinților sau a tutorelui, acte juridice pentru a căror validitate nu se cere și încuviințarea prealabilă a autorității tutelare, dacă aceste acte le pricinuesc vreo vătămare". Ținând seama și de art. 129, respectiv 133 C. fam., tragem încheierea că leziunea era limitată la minorii cu capacitate de exercițiu restrânsă ce perfectau singuri acte juridice de administrare a bunurilor și a patrimoniului²⁸.

6. Chiar dacă, în contextul Noului Cod civil, leziunea este de aplicație generală, nu înseamnă că ea este compatibilă cu absolut toate contractele. Art. 1224 Noul C. civ. specifică faptul că *"nu pot fi atacate pentru leziune contractele aleatorii, tranzacția, precum și alte contracte anume prevăzute de lege"*.

Întâi de toate, ține de forța evidenței că actele juridice unilaterale sunt întru totul nepotrivite conceptului de leziune. Cum am putea discuta, de exemplu, despre exploatarea uneia dintre părți de către partenerul său, în măsura în care, prin definiție, actul unilateral emană de la o singură persoană (art. 1324 Noul C. civ.)? De aceea, art. 694 C. civ. din 1864, care, conform doctrinei²⁹, ar fi o excepție de la regula instituită de art. 1165 din același act normativ (majorul putându-se plânge de leziune cu ocazia acceptării unei succesiuni³⁰), ni se pare complet năucitor (în plus, art. 694 este considerat ca fiind lipsit de rațiune³¹). Bineînțeles, s-ar putea învedera că după adoptarea art. 25 alin. (1) din Decretul nr. 32/1954 [*"(...) aplicarea dispozițiilor legale referitoare la acțiunea în anulare pentru leziune se restrânge la minorii (...)"*], art. 694 i-ar fi mai dificil să stea la baza invocării de către major a leziunii (în final, nu este exclus ca, în privința leziunii, Codicele Alexandru Ioan I să fi fost afectat în ansamblul său de către Decretul nr. 32/1954). În orice caz, art. 850 din Proiectul Noului C. civ. (adoptat de Senat la 13 septembrie 2004), în bună măsură echivalent al art. 694, a fost dat la o parte.

În al doilea rând, leziunea nu poate fi luată în considerare atunci când ne plasăm pe tărâmul contractelor cu titlu gratuit. În ceea ce le privește pe acestea, una dintre părți, în mod voluntar, nu primește o contraprestație, motiv pentru care este greu, dacă nu imposibil, de imaginat cum s-ar putea plânge de un dezechilibru semnificativ între prestații, consecință a exploatării sale.

În al treilea rând, contractele aleatorii formează o altă categorie refractară leziunii. Elementul alea, prin aceea că face așa încât întinderea prestației uneia dintre părți să depindă de un eveniment nesigur, exclude, principial, posibilitatea de a aprecia echivalența prestațiilor, la momentul perfectării convenției.

În sfârșit, tranzacția se găsește eliminată din câmpul leziunii, atât de art. 1224, cât și de art. 2273 alin. (2) Noul C. civ. Într-un comentariu oferit art. 1224 Noul C. civ. s-a punctat că *"leziunea este, de asemenea, incompatibilă cu tranzacția care în esență presupune concesiile sau renunțări reciproce la drepturi"*³². Pe de altă

parte, tranzacția, contract sinalagmatic, cu titlu oneros și comutativ³³, se poate arăta lezionară pentru una dintre părți³⁴, așa încât era cu putință de promovat o soluție opusă.

7. Sancționarea leziunii. Art. 1222 alin. (1) și (3) Noul C. civ. evidențiază sancțiunile pe care le atrage instituția investigată.

Partea al cărei consimțământ a fost viciat prin leziune are posibilitatea să ceară anularea contractului sau, dacă preferă, reducerea obligației sale cu valoarea daunelor-interese la care ar fi îndreptățită [alin. (1) al art. 1222: „*partea al cărei consimțământ a fost viciat prin leziune poate cere, la alegerea sa, anularea contractului sau reducerea obligațiilor sale cu valoarea daunelor interese la care ar fi îndreptățită*”]. Înțelegem de aici că victima leziunii nu este ținută să distrugă contractul, ci poate opta pentru menținerea sa, având loc micșorarea propriei obligații.

Ne putem întreba, însă, dacă cel lezat este autorizat să solicite anularea contractului și, deopotrivă, daune-interese? Din acest punct de vedere, cel puțin în aparență, răspunsul este negativ. Art. 1222 alin. (1) ne lasă să pricepem că persoana lezată poate să pretindă fie anularea contractului, fie conservarea acestuia și diminuarea obligației sale cu daunele-interese la care ar putea fi îndrituită. Viziunea respectivă este întărită și de art. 1257 Noul C. civ.: “*în caz de violență sau dol (nefiind pomenită leziunea – nota ns., A. T.), cel al cărui consimțământ este viciat are dreptul de a pretinde, în afară de anulare, și daune interese sau, dacă preferă menținerea contractului, de a solicita numai reducerea prestației sale cu valoarea daunelor interese la care ar fi îndreptățit*”. Într-adevăr, art. 1222 și 1257 Noul C. civ. au “darul” să ne insufle credința că partenerului contractual lezat nu-i este deschisă calea anulării și, totodată, a despăgubirilor; astfel, suntem conduși pe un drum greșit. Numai dacă pătrundem dincolo de suprafață, privind și înspre art. 1357 Noul C. civ., izbutim să deslușim soluția acurată (*infra.*, nr. 9); în altă ordine de idei, coroborarea art. 1222 alin. (1) cu art. 1357 Noul C. civ. este cea care degajă dezlegarea corectă.

Socotim că era mai potrivit ca legiuitorul să fi consemnat *expressis verbis*, în cuprinsul unui singur text de lege, faptul că leziunea atrage nulitatea și, concomitent, daune-interese. Aceasta mai ales în condițiile în care art. 1407 C. civ. Québec, act normativ ce pare să fie muza de căpătâi³⁵ a redactorilor români, decreteează că “*celui dont le consentement est vicié a le droit de demander la nullité du contrat; en cas d'erreur provoquée par le dol, de crainte ou de lésion (subl. ns., A. T.), il peut demander, outre la nullité, des dommages-intérêts ou encore, s'il préfère que le contrat soit maintenu, demander une réduction de son obligation équivalente aux dommages-intérêts qu'il eût été justifié de réclamer*” (cel al cărui consimțământ este viciat are dreptul să ceară nulitatea contractului; în caz de eroare provocată prin

dol, de teamă sau de leziune, el poate solicita, pe lângă nulitate, daune interese sau, dacă preferă menținerea contractului, poate cere o reducere a obligației sale echivalentă daunelor-interese pe care ar fi fost îndreptățit să le reclame – trad. ns., A. T.). Codul civil al provinciei Québec emană în mod deosebit de limpede faptul că victimei leziunii i se pot conferi, simultan, anularea contractului și daune-interese.

Alin. (3) al art. 1222 arată că *“în toate cazurile, instanța poate să mențină contractul dacă cealaltă parte oferă, în mod echitabil, o reducere a propriei creanțe sau, după caz, o majorare a propriei obligații”*. Art. 1222 alin. (3) își trage seva din art. 1408 C. civ. Québec, acesta din urmă fiind redactat mai precis. În baza art. 1408, *“le tribunal peut, en cas de lésion, maintenir le contrat dont la nullité est demandée, lorsque le défendeur offre une réduction de sa créance ou un supplément pécuniaire équitable”* (instanța poate, în caz de leziune, să mențină contractul a cărui nulitate este cerută, dacă pârâțul oferă o reducere a creanței sale sau un supliment pecuniar echitabil – trad. ns., A. T.). Așa fiind, în măsura în care victima lezată pretinde anularea contractului, instanței îi este îngăduit să salveze convenția, la inițiativa “beneficiarului” leziunii.

În dreptul german, după cum se degajă din § 138 alin. (2), leziunea cunoaște mai ales sancțiunea nulității.

8. Termenul de prescripție al acțiunii în anulare sau al celei în reducerea obligațiilor pentru leziune este de un an și începe să curgă de la data încheierii contractului [art. 1223 alin. (1) Noul C. civ.]. Un termen asemănător întâlnim în dreptul elvețian și acesta își începe cursul tot din momentul perfectării contractului [art. 21 alin. (1)-(2) din Codul obligațiilor].

9. Scurte concluzii. În încheiere, vom spune că, sub imperiul Noului Cod civil, leziunea este un viciu de consimțământ cu un domeniu de incidență general. Ea implică, în mod cumulativ, un dezechilibru flagrant între prestații și exploatarea unuia dintre partenerii contractuali.

Partea al cărei consimțământ a fost viciat prin leziune poate obține anularea contractului sau acesteia îi este cu puțință să opteze pentru reducerea³⁶ propriilor obligații. Art. 1222 alin. (1) și 1257 Noul C. civ. sugerează că persoana lezată nu ar avea posibilitatea să pretindă, în același timp, nulitatea și daune-interese. La urma urmelor, în măsura în care cugetăm mai adânc, nu este exclus ca victimei leziunii să i se acorde despăgubiri în temeiul art. 1357 și urm. Noul C. civ. În realitate, cel interesat s-ar putea prevala de nulitate și, totodată, îi este posibil să primească daune-interese, invocând art. 1222 alin. (1) și 1357 Noul C. civ. [așa fiind, dacă ținem seama de art. 1223 alin. (1), 2517 și 2528 alin. (1) Noul C. civ., prescripția extinctivă se poate ivi, în situația leziunii, ca o problemă din cale afară de gingașă].

În ceea ce ne privește, era de dorit ca legiuitorul să fi inclus o atare rezolvare în cuprinsul art. 1222³⁷ sau 1257. În favoarea acestei maniere de a proceda militează, pe de o parte, art. 1407 C. civ. Québec, iar pe de altă parte, dezideratul simplității, evitându-se subtilitățile mai mult sau mai puțin intense și posibilele interpretări inadecvate.

Persoana care dorește să se prevaleze de leziune va trebui să probeze, alături de disproporția semnificativă între prestații (aspect care, principial, este facil de realizat), faptul că a fost exploatată, profitându-se de lipsa sa de experiență ori de cunoștințe sau de starea de nevoie (această din urmă chestiune fiind mai delicată). Chiar și în lipsa unui text asemănător art. 1406 alin. (1), teza a II-a C. civ. Québec³⁸, cel interesat are la îndemână prezumțiile simple³⁹ (art. 1203 C. civ. din 1864⁴⁰).

Viciile de consimțământ⁴¹ pot fi dovedite prin martori și prezumții⁴².

* Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea "Babeș-Bolyai" din Cluj-Napoca; tamba_adrian@yahoo.com.

¹ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil a fost publicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 511 din 24 iulie 2009, iar apoi republicată în "Monitorul Oficial al României", Partea I, nr. 505 din 15 iulie 2011.

² "Monitorul Oficial" nr. 271 din 4 decembrie 1864.

³ Codul familiei a îmbrăcat haina Legii nr. 4/1953 (republicată în "Buletinul Oficial" nr. 13 din 18 aprilie 1956).

⁴ "Buletinul Oficial" nr. 9 din 31 ianuarie 1954.

⁵ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10^e édition, Dalloz, Paris, 2009, p. 317, nota 302.

⁶ L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, volumul II, *Contractul*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 310, nota 116.

⁷ G. Boroș, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ediția a II-a, Editura All Beck, București, 2002, p. 160 și p. 171; Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ediția a VIII-a (revăzută și adăugită de M. Nicolae și P. Trușcă), Editura Universul Juridic, București, 2003, p. 151 și 159. Totuși, acest din urmă autor, după ce stabilește că leziunea este un viciu de consimțământ, scoate în evidență că "*dispozițiile legale, citate mai sus - din Codul civil (C. civ. din 1864 - nota ns., A. T.) și Decretul nr. 32/1954 - consacră concepția obiectivă despre leziune (...)*" (Gh. Beleiu, *op. cit.*, p. 161), ceea ce înseamnă că aceasta nu ar fi un viciu de consimțământ. Același reproș i se poate aduce și profesorului Boroș, care susține întâi că leziunea se prezintă ca un viciu de consimțământ (G. Boroș, *op. cit.*, p. 160 și 171), pentru ca apoi să contrazică respectiva viziune prin sublinierea faptului că "*legislația noastră consacră concepția obiectivă despre leziune*" (G. Boroș, *op. cit.*, p. 171). Așa cum s-a evidențiat, în concepția obiectivă, leziunea nu are nimic de-a face cu un viciu de consimțământ (C. Larroumet, *Droit civil*, tome III, 6^e édition, *Les obligations. Le contrat*, 1^{re} partie, *Conditions de formation*, Economica, Paris, 2007, p. 403, nota 415).

⁸ P. Vasilescu, *Actul juridic civil*, în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, ediția a 2-a revăzută și adăugită, Editura Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2008, p. 463; L. Pop, *op. cit.*, 2009, p. 312, nota 116 și p. 317, nota 118.

⁹ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 327, nota 314.

- ¹⁰ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 328, nota 314.
- ¹¹ Req., 28 décembre 1932, Société économique de Rennes c. Pailleret et autre, în H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, *Les grandes arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations. Contrats spéciaux. Sûretés*, 11^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 471 și urm., nota 247.
- ¹² M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 1^{re} édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2008, p. 405, nota 164.
- ¹³ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 328, nota 314.
- ¹⁴ Importanți doctrinari francezi susțin că leziunea nu este un viciu de consimțământ, ci o cauză specială de nulitate, proprie anumitor contracte, a se vedea, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, 2^e édition, Defrénois, Paris, 2005, p. 256, nota 519.
- ¹⁵ În dreptul român, leziunea nu este reglementată ca o cauză de resciziune a vânzării (D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, volumul I, *Vânzarea și schimbul*, Editura C. H. Beck, București, 2008, p. 91, nota 84), nici măcar în materia bunurilor imobile. Legiuitorul român de la 1864 nu a preluat art. 1674 C. civ. fr.; de altfel, potrivit unui autor, textul nu reprezenta decât un subterfugiu legal, care a fost introdus în Codul civil francez la insistențele lui Napoléon, pentru a desființa la momentul oportun vânzarea Louisianei către Statele Unite, a se vedea, M.-D. Bob, *Congresul anual al Asociației “Henri Capitant” a prietenilor culturii juridice franceze, “Studia Universitatis Babeș-Bolyai”, Iurisprudentia*, nr. 1/2008 (<http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=167>).
- ¹⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, volume II, *Les biens. Les obligations*, 1^{re} édition «Quadrige», Presses Universitaires de France, Paris, 2004, p. 1996, nota 959.
- ¹⁷ Se impune precizat că este posibil să se ivească o problemă de delimitare între violență și leziune - viciu de consimțământ. Astfel, art. 1218 Noul C. civ. prevede, referitor la violență, că un contract încheiat în conjunctura stării de necesitate poate fi anulat dacă o parte a profitat de această împrejurare. Așa cum putem constata, leziunea, la rândul său, implică ideea de profitare. În aceste condiții, ne putem întreba, pe bună dreptate, care este diferența dintre cele două vicii ale consimțământului? Răspunsul ni se pare acesta: în cazul violenței se profită de o împrejurare externă (starea de necesitate); pe de altă parte, în situația leziunii se trage avantaj nu dintr-un aspect exterior, ci unul specific partenerului (lipsa sa de cunoștințe, experiență ori starea de nevoie în care se află).
- ¹⁸ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 318-319, nota 305.
- ¹⁹ Les principes du droit européen des contrats (version complète et révisée 1998), a se vedea, adresa de Internet http://lexinter.net/JF/principes_europeens_des_contrats.htm.
- ²⁰ Principes d'UNIDROIT (2004), a se vedea, http://lexinter.net/JF/principes_d'unidroit.htm.
- ²¹ Cel de al doilea alineat al § 138 evidențiază și expresia “exploatarea stării de necesitate”. Credem că, din perspectiva unei atare idei, discuția trebuie purtată pe terenul violenței. Într-adevăr, s-a pus în lumină, într-o manieră cu totul exactă, că starea de necesitate este asimilată violenței dacă s-a profitat de acel eveniment exterior în vederea obținerii de avantaje excesive, a se vedea, Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 255, nota 247 și doctrina citată la nota de subsol nr. 2.
- ²² De altfel, doctrina română afirmă că, în dreptul german, leziunea, într-o concepție predominant subiectivă, se apropie de viciile de consimțământ – eroarea, dolul și violența – fără a se confunda cu acestea, a se vedea, L. Pop, *op. cit.*, 2009, p. 316-317, nota 117.
- ²³ D. Mazeaud, *La commission Lando: le point de vue d'un juriste français*, în C. Jamin, D. Mazeaud (coordonatori), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, Paris, 2001, p. 151.
- ²⁴ A se vedea și L. Pop, *op. cit.*, 2009, p. 317, nota de subsol nr. 1.

- ²⁵ Noul Cod civil 2009, *Expunere de motive*, Editura Hamangiu, București, 2009, p. 19. În doctrină s-a remarcat, pe bună dreptate, că „noul Cod civil extinde sfera leziunii”, a se vedea, F. Popa, *Modificările aduse regimului juridic al viciilor de consimțământ de Noul Cod civil*, în R. I. Motica, L. Bercea, V. Pașca (coordonatori științifici), *Conferința internațională biennială (Timișoara 2011)*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 264.
- ²⁶ Art.1406 alin. (1), teza I C. civ. Québec prevede că “*la lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties*” (leziunea rezultă din exploatarea uneia dintre părți de către cealaltă, care antrenează o disproporție importantă între prestațiile părților – trad. ns., A. T.). Într-adevăr, dezechilibrul semnificativ este antrenat sau, mai bine zis, reprezintă o consecință a exploatării partenerului.
- ²⁷ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 328, nota 314.
- ²⁸ Gh. Beleiu, *op. cit.*, p. 161.
- ²⁹ L. Pop, *op. cit.*, 2009, p. 313, nota 117.
- ³⁰ Acceptarea succesiunii este un act juridic unilateral, a se vedea, Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 60, nota 50.
- ³¹ Pentru detalii, a se vedea, D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Editura Rosetti, București, 2003, p. 381, nota 508.
- ³² I. Turcu, *Noul Cod civil. Legea nr. 287/2009, Cartea V. Despre obligații, art. 1164-1649, Comentarii și explicații*, Editura C. H. Beck, București, 2011, p. 260. În doctrina mai veche s-a consemnat că tranzacțiile nu sunt subjugate resciziunii pentru leziune; oricât ar fi de mare diferența de valoare dintre concesiile pe care și le fac părțile, nu poate interveni nulitatea (L. Gouillouard, *Traité du cautionnement & des transactions*, deuxième édition, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, Paris, 1895, p. 304-305, nota 10). Totuși, este acceptabil ca tranzacția să nu poată fi atacată pe considerente de leziune, chiar dacă suntem în prezența unei disproporții colosale între concesiile ?
- ³³ D. Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*, Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 1997, p. 308.
- ³⁴ I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, volumul I, Editura C. H. Beck, București, 2005, p. 221, nota 109.
- ³⁵ Doctrina română înfățișează că “*modelul care a stat însă la baza elaborării noului Cod civil român este Codul civil al provinciei Québec din statul federal Canada*”, a se vedea, M. Uliescu, *Cuvânt înainte*, în M. Uliescu (coordonator), *Noul Cod civil. Comentarii*, ediția a II-a revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 10.
- ³⁶ Un civilist de mare autoritate este de părere că, în cazul concepției subiective asupra leziunii, prin acțiunea în justiție nu se poate obține augmentarea ori reducerea valorii contraprestațiilor, sens în care îl citează pe autorul Larroumet (a se vedea, L. Pop, *op. cit.*, 2009, p. 311, nota de subsol nr. 9). Cu toate acestea, Christian Larroumet, examinând concepția subiectivă în privința leziunii, reține că “*l'action en rescision ou bien en augmentation ou en réduction du prix ne sera pas admissible au seul vu d'un déséquilibre entre les prestations créées par le contrat*” (acțiunea în resciziune sau în augmentarea ori diminuarea prețului nu va fi admisibilă în considerarea numai a dezechilibrului între prestațiile create de contract – trad. ns., A. T.), a se vedea, C. Larroumet, *op. cit.*, p. 403, nota 414. Convingerea noastră nu coincide cu cea a profesorului Pop. Din afirmația doctrinarului francez se înțelege următorul lucru: în concepția subiectivă (potrivit căreia leziunea este un viciu de consimțământ), reducerea prestațiilor poate avea loc, însă, alături de disproporția între prestații (aceasta nefiind suficientă de una singură), mai este necesar încă ceva (anume, vom spune noi, exploatarea uneia dintre părți).

³⁷ Ne putem interoga dacă victimei leziunii nu-i sunt suficiente cele două opțiuni oferite de art. 1222 alin. (1), anume nulitatea sau reducerea obligațiilor sale cu valoarea daunelor-interese la care ar fi îndreptățită ? În definitiv, în măsura în care cel lezat se bucură de diminuarea îndatoririi sale, nu se ajunge la același rezultat care ar fi atins dacă ne-am afla în prezența nulității și, în mod egal, a daunelor-interese ?

Să pornim de la următorul exemplu: A cumpără de la B un bun pentru care plătește 20.000 de lei, deși lucrul valorează doar 10.000 de lei. A suferă o pagubă reprezentată de valoarea excesivă (10.000 de lei) și un prejudiciu constând în *lucrum cessans* (să presupunem că A putea investi cei 10.000 de lei și obținea în mod sigur un câștig de 4.000 de lei, de care însă a fost lipsit).

În acest caz, A poate cere reducerea obligației sale cu valoarea daunelor-interese la care ar fi îndreptățit, anume cei 14.000 de lei (valoarea excesivă și câștigul nerealizat); suma ar urma să-i fie restituită și, astfel, paguba s-ar găsi reparată. Finalmente, A plătește pentru bun doar 6.000 de lei.

Pentru ce ar mai fi necesară și o altă versiune, adică nulitate și daune-interese ? Această opțiune este, într-adevăr, diferită ? În opinia noastră, este cât se poate de plauzibil ca A să fie interesat de nulitate și despăgubiri, iar o asemenea versiune generează efecte distincte. Victima lezată, plasându-se pe tărâmul nulității și al despăgubirilor, va restitui bunul și va primi înapoi 20.000 de lei („*restitutio in integrum*”, fiind înlăturată dauna ce constă în valoarea excesivă), respectiv 4.000 de lei. În sfârșit, presupunând că A găsește un lucru similar pentru un preț de 5.000 de lei, este dificil de negat interesul său pentru nulitate și daune-interese.

³⁸ Art. 1406 alin. (1), teza a II-a C. civ. Québec dispune că “*le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation*” (însuși faptul că există disproporție importantă, face să se prezume exploatarea – trad. ns., A. T.). Proiectul Noului Cod civil, adoptat de Senatul la data de 13 septembrie 2004, cuprindea o prevedere potrivit căreia “*leziunea se prezumă în cazul existenței unei disproporții considerabile între prestații*” [art. 938 alin. (3)]. Actualmente, nu mai întâlnim o prezumție legală asemănătoare.

³⁹ Pentru semnificația sintagmei “prezumții simple”, a se vedea, M. B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil, Restitutio*, Editura All, București, 1998, p. 611. Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă (“Monitorul Oficial al României”, Partea I, nr. 485 din 15 iulie 2010) folosește exprimarea “prezumții judiciare” (art. 323).

⁴⁰ Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (“Monitorul Oficial al României”, Partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011) lasă neatins art. 1169-1206 C. civ. din 1864. Așadar, textele din materia probelor vor rămâne în vigoare până când va fi “implementat” Noul Cod de procedură civilă [art. 230 lit. a) din Legea nr. 71/2011].

Nu este lipsit de interes să facem aici unele precizări.

Întâi de toate, art. 323, partea finală din Noul C. pr. civ. prevede că prezumțiile judiciare pot fi primite numai atunci când legea tolerează dovada cu martori. Apoi, art. 303 alin. (4) Noul C. pr. civ. arată că proba cu martori este admisibilă dacă actul juridic este atacat pentru fraudă, eroare, dol, violență ori cauză ilicită [pct. 5 al alin. (4)]. Așadar, în cazul actului juridic, proba cu martori și prezumțiile judiciare pot interveni, însă numai excepțional; or, precum bine se știe, “*exceptio est strictissimae interpretationis*”. În definitiv, pentru a preveni orice derută, nu era oare recomandabil ca legiuitorul să fi enumerat și leziunea printre celelalte vicii ale consimțământului pomenite de art. 303 alin. (4) pct. 5 ?

⁴¹ Doctrina română a susținut că “*(...) vicii de consimțământ, indiferent care este el, se sancționează exclusiv cu anularea contractului (...)*”, a se vedea, L. Pop, *Echilibrul contractual și leziunea în contracte*, “Dreptul” nr. 11/2008, p. 98. O atare poziție este, însă, contrară de dreptul comparat (art. 1407 C. civ. Québec).

⁴² Ș. Diaconescu, *Mijloacele de probă*, în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 604.

SATIRA DIN PERSPECTIVA DREPTULUI DE AUTOR

Paul POPOVICI*

Abstract: Satire from the point of view of the copyright. *Satire is especially known as a literary genre which criticizes, with moralizing purposes, the moral faults of people or some negative aspects of the society. Yet satire cannot be restricted only to literature, although this is the type which the best known creations belong to. More than that, satire transcends literature, being used equally productive in such fields as music, arts, radio shows, cartoons, cinematography or television.*

Satire can present various similitudes especially with parody, being thus, de lege lata, necessary to dissociate them due to the difference between the two juridical regimes.

The musical satire, without representing a very richly illustrated musical type, often takes over different literary themes or motifs. Taking into account the fact that we refer to a kind of borrowing that transgresses the literary field, we believe that the simple musical satire does not become a derivative work and, consequently, the problem of any copyright fraud cannot be raised. If that particular composition is merely a musical arrangement (meaning, for example, a remaking of an already existing composition from the point of view of its instrumental interpretation), or if it is accompanied by a text which is inspired from another one, only then can the issue of the recognition of an ideatic subordination between the two creations be raised, with all the juridical consequences that follow this fact. In our opinion, the cinematographic and television works belong to the same category or follow the same regime (in other words, while the image can stand for an original creation, the script can be a derivative work, in the sense given by the Romanian law).

De lege ferenda, when satire includes an inner generative process, it should be considered just like parody, among the exceptions stipulated by the Romanian law and, consequently, it should be entitled to follow the same juridical regime.

Keywords: *copyright, exceptions, parody, satire*

Cuvinte cheie: *drept de autor, excepție, parodie, satiră*

Liminarii

Satira reprezintă o „scriere în versuri sau în proză în care sunt criticate defecte morale ale oamenilor sau aspecte negative ale societății, cu intenții moralizatoare”¹. Prin urmare, creațiile literare circumscrise acestui gen vor urma regimul juridic determinat de Legea nr. 8 / 1996 privind drepturile de autor și drepturile conexe,

ele nebeneficiind de o reglementare derogatorie precum parodia sau caricatura². Lucrurile par clare și nimic nu ar îndreptăți un articol dedicat satirei din perspectiva proprietății intelectuale. Dar satira nu poate fi redusă doar la literatură, cu toate că operele cele mai cunoscute sunt de această natură³, ea nefiind doar un gen literar, ci și o *categorie estetică*⁴. După cum s-a remarcat, „prin extindere, satiră se numește orice operă cu caracter critic, demascator, indiferent de gen sau specie. Pentru unii esteticieni, satira astfel înțeleasă devine o categorie estetică de largă aplicație, care subsumează în sfera ei alte categorii ca: grotescul, comicul, umoristicul”⁵. Mai mult decât atât, ea transcende literatura și poate la fel de bine să fie utilizată în muzică, arte plastice și producții de radio⁶, desene animate⁷, cinematografie⁸ sau televiziune⁹ (este de discutat în ce măsură satira poate reprezenta o *metodă* în diferite contexte – politic, dezbateri, învățământ¹⁰). Totodată, satira poate prezenta asemănări cu alte genuri, în special cu parodia, de unde, *de lege lata*, necesitatea disocierii datorită regimului juridic diferit pe care îl are față de aceasta.

Referirile pe care le facem la sistemul juridic american, cu toate diferențele de optică asupra conceptelor folosite, considerăm că sunt utile și binevenite întrucât soluțiile jurisprudențiale de peste ocean pot constitui un punct de plecare într-o dezbateră asupra instituțiilor dreptului proprietății intelectuale¹¹.

Diacronie sumară

Satira ca gen literar a cunoscut o perioadă de glorie în antichitate, în lumea greacă¹² și îndeosebi în cea romană¹³. Asupra originii sale au existat discuții încă de atunci, Quintilian afirmând originea romană a acestui gen, prin indicarea lui Ennius (239 – 169 î. Hr.) ca părinte al acestuia¹⁴. Dacă este evidentă prioritatea temporală a lui Aristofan în punerea temelior satirei (c. 450 – c. 388 î. Hr.) prin critica sa extrem de virulentă la adresa anumitor persoane, nu mai puțin adevărată este observația că satira romană este altceva decât cea grecească, de care unii autori au considerat-o chiar ca fiind străină¹⁵. Dar, având în vedere că ea are la bază „nevoia umană de a-și exprima opiniile liber despre subiecte serioase într-o manieră imitativă și plină de umor”¹⁶, prezența ei se face simțită în toate epocile, la „lumina zilei” sau pe ascuns (acolo unde libertatea de expresie a cunoscut îngrădiri)¹⁷. Ridicată pe temelia versurilor, ea a supraviețuit ca gen prin varii forme de exprimare, adaptându-se, datorită inventivității autorilor, cu promptitudine cerințelor publicului și progresului tehnic (cel puțin pentru perioada antică nu cunoaștem să existe opere satirice strict muzicale; dezvoltarea muzicii a adus după sine asocierea sunetelor la versuri persiflatoare¹⁸ și, ceva mai târziu, apariția cinematografului a condus la crearea genului satiric în cea de-a șaptea artă etc.).

Libertatea de expresie și satirizarea

O problemă sensibilă a contemporaneității o reprezintă libertatea de expresie. Dacă ontologic nici o „libertate” nu este nelimitată, aceasta izbindu-se de varii limite, nici libertatea de expresie nu se poate sustrage unor oarecare restricții.

Satirizarea presupune, indiferent de modalitate (scrisă, audio-vizuală), o critică destul de violentă și de persiflatoare, ceea ce nu o face întotdeauna îndrăgită de subiectele sale, de unde și ușurința cu care poate fi trecută granița dintre categoria estetică și afront de ambele părți (autorul satirei sau subiectul acesteia), depășirea limitelor soldându-se uneori cu procese intentate în fața instanțelor de judecată¹⁹. Prin urmare, satira poate genera nu doar raporturi de dreptul proprietății intelectuale, ci și de natură civilă, atunci când este privită ca fiind insultătoare (incriminată în codurile penale românești din secolul al XX-lea²⁰, noul Cod penal ne mai considerând insulta drept infracțiune). Prin urmare, rămâne în sarcina unui articol ulterior delimitarea criteriilor care pot atrage răspunderea autorului pentru conținutul textului satiric.

În orice caz, autorul satirei este un „gardian” al moralei sau al valorilor estetice, autoinvestit cu această funcție prin care „corectează, cenzurează și ridiculizează prostiile și viciile societății”, împotriva cărora protestează cu rafinament²¹, dar uneori și cu brutalitate²².

Satiră și parodie

Prin natura ei, satira este contingentă cu parodia, de care se deosebește însă atât ca gen, cât și ca efecte în planul drepturilor de autor. Dar această vecinătate în care se află poate conduce la confuzii, mai mult sau mai puțin voite.

În ceea ce privește drepturile de autor, satira nu constituie, așa cum este parodia, o excepție de la două principii fundamentale ale dreptului de autor și anume acela al respectării integrității operei, precum și cel al remunerației pentru creație²³.

Din punct de vedere al categoriei estetice, satira urmărește, de exemplu, ridiculizarea viciilor unei societăți, instituții sau persoane, atacul vitriolant fiind atenuat prin caracterul vesel al scriiturii²⁴. În ce raport se află cele două genuri având în vedere faptul că prin ambele se urmărește un efect comic?

Caracterul umoristic, sarcasmul și ironia sunt note comune ale celor două genuri. Tot la capitolul asemănări se include și similitudinea obiectului (operă literară sau audio-vizuală).

Parodia ironizează o anumită operă, în timp ce satira are un caracter mai înalt din punct de vedere al valorilor etice, ea nu urmărește umorul în sine (așa cum face parodia), ci are un scop bine definit și anume acela de a îndrepta anumite

moravuri, obiceiuri etc. pe care le immortalizează într-un mod surâzător (adagiul *castigat ridendo mores* poate figura pe frontispiciul oricărei satire). S-a observat că deși dezideratul este foarte înalt, ținta morală nu poate fi totuși atinsă la nivelul întregii societăți. Bunăoară, „Tartuffe al lui Molière nu a pus capăt ipocriziei religioase” (și exemplele pot continua)²⁵.

Dacă din punct de vedere al scopurilor se pare că disocierea satiră-parodie poate fi făcută, care ar fi elementele exterioare care delimitează cele două genuri?

Sesizată cu acțiuni tranșante, justiția americană s-a pronunțat printr-o serie de decizii care pot fi luate ca puncte de reper pentru acuratețea lor conceptuală. Astfel, satira a fost percepută ca fiind un gen care poate avea autonomie în raport cu alte opere, ceea ce are ca și consecință faptul că orice inspirație din alte creații va fi privită cu mai multă atenție decât parodia, a cărei „dependență” de o operă inițială este indiscutabilă și, totuși, lipsită de consecințe în planul drepturilor de autor. Prin urmare, „împrumuturile” satirei vor genera consecințe în ceea ce privește drepturile de autor²⁶ (la această soluție este raliată și legislația românească, prin faptul că satira nu a fost inclusă în categoria excepțiilor stabilite prin art. 35 din Legea nr. 8 / 1996).

Totuși, într-o perspectivă literară riguroasă, atât parodia, cât și satira pot reprezenta opere derivate din alte opere, ceea ce atenuează destul de serios distincția de mai sus, bazată pe autonomie²⁷.

O întrebare legitimă se pune în legătură cu sursa de inspirație a satirei, mai precis, dacă este avută în vedere una sau mai multe opere concrete, cât anume din acestea se pot regăsi în noua creație?

Spre deosebire de parodie, care poate urma temele și motivele unei opere avute ca model și pe care o persiflează, satira ar trebui să urmeze un plan și o idee proprie dacă nu se dorește un litigiu pe tema drepturilor de autor.

Satira în muzică

Satira muzicală, ca și cea literară, face parte din registrul operelor de natură comică²⁸. Aceasta, fără a constitui totuși un gen muzical ilustrat de numeroase producții, de multe ori preia teme sau motive ale unor opere literare. Deoarece în creațiile lor nu folosesc cuvinte pentru a exprima accentele satirice, se recurge la încălcări intenționate ale normelor de compoziție, precum și la denaturări stilistice²⁹, asocieri fonice bizare sau dezarticulate³⁰, la care pot fi asociate varii versuri sau versificații. Având în vedere faptul că discutăm de un împrumut care transgresează domeniul literar, considerăm că simpla satiră muzicală nu constituie o operă derivată³¹ și prin urmare nu se poate pune problema vreunei încălcări a

drepturilor morale (și patrimoniale) ale altui autor³². Numai dacă respectiva compoziție muzicală este doar un aranjament muzical (adică o prelucrare a unei compoziții existente în sensul interpretării ei instrumentale, de exemplu) sau dacă este însoțită de un text care se inspiră dintr-altul și devine astfel una compozită, se poate ridica problema recunoașterii subordonării ideatice pentru acesta, cu toate consecințele juridice care decurg din acest fapt. În opinia noastră, și operele cinematografice sau de televiziune urmează același regim (sub rezerva preluării ideilor scenariului; cu alte cuvinte, dacă imaginea poate reprezenta o creație originală, scenariul poate reprezenta o operă derivată în sensul art. 8 lit. a din Legea nr. 8/1996).

Legiuitorul francez definește creația compozită ca fiind cea „operă nouă în care este încorporată o operă preexistentă fără colaborarea autorului acesteia din urmă”³³, ceea ce legiuitorul român ar include, în opinia doctrinei, în rândul operelor derivate³⁴. Dar, după cum s-a observat, legiuitorul francez nu neglijează deloc statutul autorului operei originare, stipulând într-un mod cât se poate de clar preeminența acestuia: „Opera compozită este proprietatea autorului care a realizat-o, sub rezerva drepturilor autorului operei preexistente”³⁵.

În situația în care opera originală nu constituie decât un ferment al unei opere ulterioare, nu se pune problema vreunei încălcări a drepturilor de autor, utilizarea sursei fiind în acest caz liberă de orice condiționare juridică³⁶. Apreciem că adaptările de aceeași natură (scenariul unui film pe baza unui roman etc.) care preiau „compoziția sau expresia operei anterioare” pot fi realizate și protejate ca opere derivate numai dacă au fost realizate cu consimțământul autorului operei originare³⁷. Acest acord trebuie să îmbrace în mod obligatoriu o formă contractuală scrisă³⁸.

Ca și în literatură, împrumuturile în muzică sunt permise cu condiția ca ele să fie rezonabile și să nu afecteze opera altui autor. Un exemplu în acest sens îl constituie Uvertura 1812 a lui P. I. Ceaikovski în care, pentru a sugera confruntarea dintre armatele franceză și rusă, compozitorul introduce scurte fragmente din *La Marseillaise* și încheie cu imnul țarului³⁹. După cum s-a observat, „pentru ca un compozitor să încalce dreptul de autor al altui creator trebuie să existe similitudine substanțială de exprimare”⁴⁰. De altfel, într-o speță privind pretențiile legate de reluarea a trei note (do – si bemol – do) din compoziția altui autor, cererile au fost respinse în jurisprudența americană întrucât nu s-a constatat o „originalitate suficientă pentru a merita protecția drepturilor de autor”, iar utilizatorul s-a folosit de o entitate neglijabilă⁴¹.

În literatura de specialitate a fost făcută o recomandare de principiu, și anume aceea de a solicita permisiunea pentru reproducerea unor sunete originale de la persoana care deține drepturile pentru acestea, tocmai pentru a se evita

eventuale conflicte. Însă o interpolare ingenioasă va fi după toate probabilitățile calificată ca o transformare și prin urmare nu s-ar mai pune problema drepturilor de autor⁴².

Intersecția de genuri și specii artistice

Discuțiile privind încadrarea într-un gen sau altul pot fi generate de specii muzicale aflate la intersecție, cum este de pildă vodevilul, a cărui perioadă de glorie s-a încheiat⁴³.

Astfel, vodevilul a fost definit ca fiind „o comedie ușoară a cărei intrigă, bogată în răsturnări, se bazează în general pe *qui pro quo*-uri („unul luat drept altul” = confuzie)”⁴⁴. Mai în detaliu, la început, vodevilul a reprezentat „un cântec popular de sărbătoare sau satiric de stradă ori o melodie despre oraș”; în modernitate a avut loc o transformare a sa, el devenind „o comedie ușoară, de multe ori o parodie, în care dialogul și pantomima alternează cu cuplete spirituale și satirice”⁴⁵.

Genurile literar-artistice aflate la intersecția mai multor curente, stiluri sau modalități de exprimare, în situația în care au scenariile tributare altor opere, devin derivate⁴⁶ pentru latura care a fost determinant influențată de o creație anterioară.

În practică, uneori, diferențierea genului unei opere derivate este foarte greu de realizat (bunăoară, adaptarea lui Leonard Bernstein după *Candide* al lui Voltaire, a fost imposibil de clasificat⁴⁷).

Concluzii

De lege ferenda și satira, atunci când încorporează o muncă transformativă, ar trebui să fie socotită, ca și parodia, între excepțiile prevăzute de art. 35 lit. b din Legea nr. 8 / 1996 și în consecință să urmeze regimului juridic al acesteia⁴⁸. Un argument în plus față de munca de creație îl constituie raportarea la dimensiunea etică a finalității acestui gen. Dacă parodia urmărește în sine doar comicul prin el însuși, satira are o dimensiune morală superioară prin aceea că dorește să îndrepte anumite moravuri, vicii etc. Mai mult decât atât, s-a observat că de foarte multe ori parodia și satira se suprapun, mai ales acolo unde autorul a dorit să își întărească demersul său din punct de vedere estetic și ideologic⁴⁹. În fine, deși constituie „o foarte sofisticată formă de artă”⁵⁰, satira se află, din punct de vedere al dreptului de autor, într-o situație de inferioritate în raport cu parodia⁵¹, ceea ce este oarecum nedrept.

* Lect. univ. dr., Universitatea „Dimitrie Cantemir”, Facultatea de Drept din Cluj-Napoca;
paul.popovici@pedagogia.ro.

¹ *Micul dicționar academic*, vol. IV, *Literele Pr-Z*, Edit. Univers enciclopedic, București, 2003, p. 307.

² Art. 35 lit. (b) din Legea 8 / 1996.

³ Exemplificativ enumerăm: Miguel de Cervantes, *Don Quijote* (1605-1615), Molière, *Avarul* (1668), Jonathan Swift, *Călătoriile lui Gulliver* (1726), Voltaire, *Candide* (1759), I. L. Caragiale, *O scrisoare pierdută* (1884), George Orwell, *1984* (1948). Pentru amănunte despre acest gen literar, a se vedea Charles A. Knight, *The Literature of Satire*, Cambridge University Press, 2004.

⁴ *Dicționarul explicativ al limbii române*, Edit. Academiei RSR, București, 1975, p. 827; *Micul dicționar academic*, p. 307.

⁵ M. Vasile, *Satiră*, în Al. Săndulescu (coord.), „Dicționar de termeni literari”, Edit. Academiei RSR, București, 1976, p. 390.

⁶ *Big Bang Day – The Genuine Particle*, o satiră a postului de radio BBC.

⁷ M. Heins, *Not in front of the children: “indecenty”, censorship, and the innocence of youth*, Rutgers University Press, New Brunswick, New Jersey & London, 2007, p. 82.

⁸ M. A. Gardner, *The Marx Brothers as social critics: satire and comic nihilism in their films*, McFarland & Company, Inc., Publishers, Jefferson (North Carolina) & London, 2009.

⁹ J. Gray, J. P. Jones, E. Thompson, *Satire TV. Politics and Comedy in the Post-Network Era*, New York University Press, 2009.

¹⁰ Satira ca metodă în procesul de învățământ este limitată la prezentarea unor situații impersonale, fiind incorectă și totodată prohibită atunci când vizează direct subiectul actului didactic. A se vedea, bunăoară, o interesantă lucrare privind ironia (care constituie în fond un vehicul al satirei): Eric Hoyle, Mike Wallace, *Education Leadership: Ambiguity, Professionals and Managerialism*, Sage Publications, 2005.

¹¹ Pentru amănunte, a se vedea Oana Bența, *Limitele dreptului de autor – câteva considerații asupra utilizării echitabile în dreptul comparat*, în „Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Iurisprudentia”, nr. 1 / 2008,

<http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=158> (ultima accesare: 16. 08. 2011).

Pentru o prezentare sintetică a sistemului de copyright limba română, a se vedea V. Roș, D. Bogdan, O. Spineanu-Matei, *Dreptul de autor și drepturile conexe. Tratat*, Edit. All Beck, București, 2005, pp. 551-580.

¹² Pentru amănunte, a se vedea D. F. Sutton, *The satyr play*, în P. E. Easterling, B. M. W. Knox (eds.), „The Cambridge History of Classical Literature”, vol. I, „Greek Literature”, Cambridge University Press, 1985, pp. 346-354.

¹³ Pentru amănunte, a se vedea K. Freudenburg (ed.), *The Cambridge companion to Roman satire*, Cambridge University Press, 2005.

¹⁴ J. W. Cook, *Satire in Greece and Rome*, în „Encyclopedia of ancient literature”, Facts On File, 2008, p. 586.

¹⁵ Ch. T. Lewis, Ch. Short, *A Latin Dictionary Founded on Andrew's Edition of Freund's*, Clarendon Press, Oxford, 1958, p. 1635.

- ¹⁶ R. S. Rosen, *Music and copyright*, Oxford University Press, 2008, p. 287.
- ¹⁷ H. Love, *English Clandestine Satire, 1660-1702*, Oxford University Press, 2004; Karen L. Ryan, *Stalin in Russian Satire, 1917-1991*, The University of Wisconsin Press, 2009.
- ¹⁸ Deși încă din antichitatea latină „satira era un amestec de versuri, muzică și dans” I. Petraș, *Teoria literaturii. Dicționar-antologie*, Edit. Didactică și Pedagogică, București, 2009, p. 309. Pentru amănunte, a se vedea Titus Livius, *Ab urbe condita* VII, 2, 1-13 (apud Th. Habinek, *Satire as aristocratic play*, în K. Freudenburg (ed.), *op. cit.*, p. 179).
- ¹⁹ L. E. Little, *Regulating Funny: Humor and the Law*, în „Cornell Law Review”, vol. 94, nr. 5 / 2009, p. 1236.
- ²⁰ Art. 205 C. pen. (1969), art. 512 C. pen. (1936).
- ²¹ J. A. Cuddon, *The Penguin Dictionary of Literary Terms and Literary Theory*, Penguin Books, 1999, p. 780.
- ²² „Pamfletul se lucrează cu andreaua, cu peria de sârmă, sau cu fierăstrăul bijutierului, și, uneori, în clipele supreme, cu unelte de măcelărie” – T. Arghezi, *Pamfletul*, în „Lumea”, nr. 11 / 18. 01. 1925, apud R. Cesereanu, *Instrumentarul imaginar al pamfletarului. Undreaua, peria de sârmă, răzătoarea, fierăstrăul și sculele de măcelărie ale lui Tudor Arghezi*, în „Caietele Echinox”, nr. 2 / 2002, p. 234.
- ²³ A se vedea Teodor Bodoașcă, *Dreptul proprietății intelectuale*, Edit. Universul Juridic, București, 2010, p. 90.
- ²⁴ Edward Quinn, *Satyre*, în „A dictionary of literary and thematic terms”, 2nd ed., Facts On File, 2006, pp. 374-375.
- ²⁵ R. S. Rosen, *op. cit.*, p. 309.
- ²⁶ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. at 580-81, apud C. J. Brown, *A Parody of a Distinction: The Ninth Circuit's Conflicted Differentiation Between Parody and Satire*, în „Santa Clara Computer & High Technology Law Journal”, vol. 20, nr. 3 / 2003, pp. 724-725.
- ²⁷ D. Austin Green, *Gulliver's Trials: A Modest Proposal to Excuse and Justify Satire*, în „Chapman Law Review”, vol. 11 / 2007, p. 189.
- ²⁸ W. Apel, *Harvard Dictionary of Music*, 2nd ed., rev. and enl., The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1974, p. 186.
- ²⁹ W. Apel, *op. cit.*, p. 751.
- ³⁰ A se vedea, de exemplu, comentariul asupra creației *Ein Musikalischer Spass (Dorfmusikanten – Sextet)*, K. 522, aparținând marelui maestru al genului satiric în muzică, Mozart – R. S. Rosen, *op. cit.*, p. 311.
- ³¹ Art. 8 lit. a din Legea nr. 8 / 1996.
- ³² Realizarea unei opere derivate este condiționată de acceptul autorului operei originare atunci când aceasta din urmă nu aparține domeniului public – V. Roș, D. Bogdan, O. Spineanu-Matei, *op. cit.*, p. 173. Pentru problema drepturilor morale ale autorului, a se vedea, V. Roș, D. Bogdan, O. Spineanu-Matei, *op. cit.*, pp. 196-247; I. Macovei, *Tratat de dreptul proprietății intelectuale*, Edit. CH Beck, București, 2010, pp. 444-452; C. R. Romițan, *Drepturile morale de autor*, Edit. Universul Juridic, București, 2007.
- ³³ Art. L. 113-2 alin 2 din Codul proprietății intelectuale francez.
- ³⁴ V. Roș, D. Bogdan, O. Spineanu-Matei, *op. cit.*, pp. 171-172.
- ³⁵ Art. L. 113-4 C. propr. int. fr. – P.-Y. Gauthier, *Propriété littéraire et artistique*, 4^e, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, p. 560.

- ³⁶ Y. Eminescu, *Dreptul de autor*, Edit. Lumina Lex, București, 1997, p. 87, *apud* și în același sens, V. Roș, D. Bogdan, O. Spineanu-Matei, *op. cit.*, p. 173.
- ³⁷ V. Roș, D. Bogdan, O. Spineanu-Matei, *op. cit.*, p. 177.
- ³⁸ Art. 68 alin. 2 din Legea nr. 8 / 1996.
- ³⁹ R. S. Rosen, *op. cit.*, pp. 314-315.
- ⁴⁰ *Ibidem*, p. 315.
- ⁴¹ Newton v. Diamond, 388 F.2d 1189 (9th Cir. 2004), cert. denied, 545 U.S. 1114, 125 S. Ct. 2905, 162 L. Ed. 2d 294 (2005) – R. S. Rosen, *op. cit.*, p. 316.
- ⁴² R. S. Rosen, *op. cit.*, p. 319.
- ⁴³ Semnificativ transformat față de ceea ce fusese în Evul Mediu, vodevilul a constituit un gen apreciat de marea masă a publicului american până la cel de-al doilea război mondial, după care interesul pentru el scade mai mult decât semnificativ – F. Cullen, F. Hackman, D. McNeilly, *Vaudeville, old and new: an encyclopedia of variety performers in America*, vol. 1, Routledge, 2007, p. XXXI.
- ⁴⁴ I. Petraș, *op. cit.*, p. 318.
- ⁴⁵ Th. Baker, *Dictionary of Musical Terms*, 8th ed., G. Schirmer, New York, 1904, p. 218.
- ⁴⁶ Art. 8 lit. a din Legea nr. 8/1996.
- ⁴⁷ R. S. Rosen, *op. cit.*, p. 311.
- ⁴⁸ A se vedea și L. A. Heymann, *Everything is Transformative: Fair Use and Reader Response*, în „Columbia Journal of Law & the Arts”, vol. 31, 2008, p. 448 sq.
- ⁴⁹ M. Issacharoff, *Parody, Satire, and Ideology*, în „Rivista di letterature moderne e comparate”, vol. 42 / 1989, pp. 211, 214, *apud* A. Bridy, *Sheep in Goats' Clothing: Satire and Fair use After Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, „Journal of the Copyright Society of the USA”, vol. 51, nr. 2 / 2004, p. 257.
- ⁵⁰ H. Deer, I. Deer, *Satire as Rhetorical Play*, în „Boundary”, vol. 5, nr. 2 / 1977, pp. 711, 713, *apud* D. Austin Green, *op. cit.*, pp. 188-189.
- ⁵¹ D. Austin Green, *op. cit.*, pp. 183, 188-189.

**TAXA DE POLUARE INSTITUITĂ DE O.U.G. 50/2008 ÎN VIZIUNEA
CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE**

Carmen-Nora LAZĂR*

Résumé. *La taxe de pollution instituée par l'Ordonnance d'Urgence du Gouvernement no.50/2008 dans l'optique de la Cour de Justice de l'Union Européenne. La présente étude se propose d'analyser plusieurs arrêts et ordonnances de la Cour de Justice de l'Union Européenne dans la matière de la taxe sur la pollution, taxe instituée par une Ordonnance d'Urgence du Gouvernement roumain de 2008 pour les véhicules automobiles lors de leur première immatriculation sur le territoire roumain. Ces arrêts et ordonnances ont été prononcés dans le cadre de la procédure de la question préliminaire, déclenchée par des juridictions roumaines, procédure par laquelle les juridictions nationales posent à la Cour de Justice des questions sur l'interprétation ou sur la validité des actes juridiques de l'Union incidents dans les litiges se trouvant devant elles. Dans tous ces cas il s'agissait de l'interprétation de l'article 110 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne concernant la liberté de circulation des marchandises. Les arrêt et ordonnances mentionnés concluent à la non-conformité de la réglementation roumaine sur la taxe sur la pollution avec le Traité. Ils sont obligatoires non seulement pour les juridictions de renvoi, mais aussi pour toutes les juridictions jugeant des litiges dans lesquels la même disposition du Traité est incidente.*

Mots clé: taxe sur la pollution, procédure du recours préliminaire, impôts internes, liberté de circulation des marchandises

Cuvinte cheie: taxă de poluare, procedura chestiunii preliminare, impozite interne, libertatea de circulație a mărfurilor

1. Prezentul studiu își propune să analizeze mai multe hotărâri ale Curții de Justiție a Uniunii Europene pronunțate în procedura chestiunii preliminare¹, la cererea unor instanțe române, în materia taxei de poluare instituite de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 50/2008 cu modificările ulterioare², hotărâri prin care a interpretat ca fiind contrare art.110 al Tratatului asupra funcționării Uniunii Europene (fostul Tratat de instituire a Comunității Europene)³ – referitoare la libera circulație a mărfurilor - prevederile Ordonanței. Aceste hotărâri sunt de o deosebită importanță pentru evoluția jurisprudenței românești în materia taxei de

poluare, deoarece, chiar dacă în numeroase cazuri instanțele din România au dat până acum câștig de cauză justițiabililor care au cerut restituirea taxei de poluare⁴, au existat și instanțe care au considerat că prevederile Ordonanței nu sunt contrare art.110 din Tratat, prevalându-se chiar de alte hotărâri ale Curții date în privința unor taxe similare din alte state membre⁵; or, această hotărâre este obligatorie nu numai pentru instanțele care au declanșat procedura chestiunii preliminare, ci și pentru alte instanțe care au de judecat cazuri de restituire a taxei de poluare și care nu s-au pronunțat încă, acestea din urmă putând cel mult să ceară Curții să interpreteze încă o dată prevederile art. 110 din Tratat, în ideea că jurisprudența unională ar trebui schimbată. În niciun caz ele nu vor mai putea da dreptului unional o interpretare proprie.

2. Pentru buna înțelegere a acestui articol sunt necesare câteva precizări cu privire la procedura chestiunii preliminare, pe de o parte, și la prevederile Ordonanței, pe de altă parte.

Procedura chestiunii preliminare⁶ este reglementată de art.267 din Tratat și este deocamdată de competența Curții de Justiție; Tribunalul poate fi și el competent dacă Statutul Curții (anexat la Tratat) îi atribuie această competență în materii specifice, dar nicio modificare a Statutului în acest sens nu a avut încă loc. Procedura poate viza interpretarea sau validitatea unui act de drept comunitar aplicabil într-un proces aflat pe rolul unei instanțe naționale. Prin urmare, avem de-a face nu cu o acțiune directă în fața instanțelor unionale ci cu o procedură indirectă, declanșată de instanța națională care are de aplicat un act de drept unional și care are nevoie să întrebe Curtea fie referitor la sensul exact al actului respectiv, deoarece de interpretarea lui depinde validitatea – adică conformitatea cu el – a actelor naționale existente în aceeași materie, fie referitor la validitatea lui (adică la conformitatea lui cu actele superioare), deoarece de această validitate depinde validitatea actelor naționale de aplicare a lui. Chestiunea preliminară se mai numește și prejudicială, deoarece de soluționarea ei depinde soluția litigiului și, deci, trebuie să aibă loc în prealabil; este similară cu excepția de neconstituționalitate și cu cea de nelegalitate din dreptul nostru și nu numai. Așa cum s-a mai spus, procedura este una de cooperare între instanțele naționale și cele unionale, una de la judecător la judecător, deoarece, pe de o parte, nu există o subordonare a puterii judiciare naționale față de cea unională, iar pe de altă parte judecătorul nu este nici obligat să declanșeze procedura la cererea părților din proces sau la cea a Parchetului, nici împiedicat în acest sens de opoziția părților sau a Parchetului⁷. Aceasta nu înseamnă însă că declanșarea procedurii este întotdeauna facultativă; conform Tratatului, atunci când hotărârea instanței nu mai este susceptibilă de

nicio cale de atac ordinară, instanța este obligată să declanșeze procedura (cu unele excepții, admise de doctrină și jurisprudență). Hotărârea dată în interpretare se bucură de autoritatea interpretării (după exprimarea Curții⁸) sau de autoritate generală de lucru interpretat (după exprimarea unor autori⁹), ea fiind obligatorie pentru toate instanțele care au de judecat litigii în care este incident același act unional, nu numai pentru cele care au declanșat procedura (cu unele nuanțări)¹⁰.

În ceea ce privește legislația națională în domeniu, anterior Ordonanței fusese adoptată Legea 343/2006, care a introdus în Legea 571/2003 privind Codul fiscal – respectiv în art. 214¹-214³ - taxa specială pentru autoturisme și autovehicule datorată cu ocazia primei înmatriculări, de unde și denumirea neoficială de "taxă de primă înmatriculare"; nu există în legea menționată nicio justificare a respectivei taxe. În fața protestelor cetățenilor români și a criticilor Comisiei Europene, a fost adoptată Ordonanța, care instituie o taxă pe poluare pentru autovehicule; acest act normativ a fost modificat de mai multe ori până în prezent, dar modificările nu au afectat esența reglementării¹¹. De această dată însă Ordonanța dă taxei o justificare formală, și anume protecția mediului, fiind enumerate în preambulul ei mai multe obiective în acest sens; taxa se varsă de altfel în contul Administrației Fondului pentru Mediu. Taxa se datorează pentru autovehiculele care se înmatriculează pentru prima dată în România, fie ele noi sau de ocazie, la momentul primei înmatriculări și în funcție de gradul lor de poluare (adică de emisiile de dioxid de carbon); datorită ultimului criteriu ajung să fie scutite autovehiculele posesoare ale celor mai noi sisteme antipoluante, adică autovehiculele noi.

Mai multe acțiuni în contencios administrativ au fost declanșate în fața instanțelor românești, pentru restituirea taxei pe poluare, considerată ca fiind contrară prevederilor privind libertatea de circulație a mărfurilor din Tratat. În esență i se reproșă reglementării menționate mai sus faptul că discriminează autovehiculele vechi (rulate) de import față de cele vechi aflate deja în circulație, în sensul că acestea din urmă nu sunt supuse taxei cu ocazia revânzării lor pe piața românească; mai mult chiar, scopul real nu ar fi protecția mediului ci protecția industriei naționale de automobile, așa cum o atestă de altfel preambulul O.U.G. 208/2008 (unul din actele normative modificatoare ale Ordonanței, abrogat între timp prin O.U.G. 218/2008 și respins prin Legea 335/2009): "Având în vedere:

- analiza rezultatelor bugetare derulate pe parcursul primelor 10 luni ale anului 2008,
- concluziile analizei gradului de adâncire a crizei financiare și economice în luna octombrie, care relevă o scădere importantă a piețelor auto și a producției industriei furnizoare, precum și măsurile de susținere a sectorului de automobile, afectat de criza financiară internațională

- faptul că Guvernul României se preocupă în (sic!) luarea măsurilor care să asigure păstrarea locurilor de muncă în economia românească, iar la un loc de muncă în industria constructoare sunt patru locuri de muncă în industria furnizoare

.....”

Într-adevăr, așa cum se arată de altfel și în acțiunile introduse în fața instanțelor românești care au declanșat procedura chestiunii preliminare, dacă s-ar fi urmărit protejarea mediului, s-ar fi instituit o taxă asupra tuturor vehiculelor poluante aflate în circulație, evident în funcție de gradul lor de poluare; aceasta ar mai fi însemnat, în plus, ca taxa să fie plătită periodic, deoarece poluarea se produce permanent, nu doar cu ocazia înmatriculării!

În continuare redăm considerațiile Curții de Justiție referitoare la compatibilitatea taxei de poluare cu dreptul Uniunii Europene. Trebuie precizat că în prima hotărâre instanța unională s-a pronunțat asupra versiunii nemodificate a Ordonanței, deoarece obligația de plată a reclamantului în litigiul național cădea sub incidența versiunii ei inițiale, în timp ce în celelalte, mai recente, ea a avut în vedere modificările aduse până în 2010; cu toate acestea, considerațiile din prima hotărâre sunt confirmate în următoarele deoarece, așa cum am mai arătat, actele normative modificatoare nu au introdus schimbări de esență. Din același motiv, prima hotărâre este mai elaborată, mai complexă, divizată în mai multe subpuncte, în timp ce cea de-a doua este mai sumară iar următoarele și mai sumare (de aceea ele sunt date sub formă de ordonanțe, aceasta fiind forma adoptată atunci când Curtea are de răspuns la întrebări care au mai fost ridicate), ele reprezentând o sinteză a considerațiilor din prima hotărâre (care, de altfel, este citată de Curte în următoarele).

Înainte de a face analiza reglementării românești Curtea stabilește natura taxei de poluare, pentru a stabili dispoziția incidentă din Tratat. Astfel, se reține faptul că taxa de poluare nu este o taxă vamală sau o taxă cu efect echivalent – reglementate de art. 28 și 30 din Tratat -, nici o restricție cantitativă la importul de mărfuri sau o măsură cu efect echivalent – reglementate de art. 34 din Tratat -, ci un impozit intern, ceea ce atrage incidența art.110 din Tratat. Această din urmă prevedere interzice statelor membre stabilirea de impozite interne superioare pentru produsele importate din alte state membre în comparație cu cele aplicate produselor naționale similare (noi am adăuga că *a fortiori* este interzisă stabilirea pentru produsele de import a unor impozite inexistente pentru produsele naționale similare, n.n.). Raportat la această prevedere, se pune problema dacă avem sau nu de-a face cu o discriminare¹². Curtea constată că, din punct de vedere formal,

reglementarea românească nu face distincție în funcție de cetățenia proprietarilor autovehiculelor, nici în funcție de statul de proveniență a autovehiculelor, deci nu avem de-a face cu o discriminare directă; rămâne de văzut dacă nu avem de-a face cu o discriminare indirectă¹³.

Sub aspectul unei eventuale discriminări indirecte, Curtea analizează mai întâi dacă există o discriminare fiscală între autovehiculele vechi importate și cele similare deja aflate pe piață care au fost supuse la rândul lor taxei de poluare (ceea ce înseamnă că ele au fost înmatriculate tot sub imperiul Ordonanței). Pentru ca discriminarea să existe, e necesar ca quantumul taxei de poluare pentru autovehiculele de import să depășească quantumul rezidual al taxei pentru autovehiculele similare aflate deja pe piață, știut fiind că taxa se încorporează în valoarea de piață a unui autovehicul; aceasta ar însemna deci că valoarea de piață a unui autovehicul de import ar depăși-o pe cea a unui autovehicul similar deja înmatriculat. Analizând reglementarea națională, Curtea ajunge la concluzia că quantumul taxei de poluare pentru autovehiculele de import nu depășește quantumul rezidual al taxei pentru autovehiculele similare aflate pe piață, criteriile stabilite de Ordonanță ținând cont de o manieră rezonabilă de gradul de depreciere al autovehiculelor vechi.

În al doilea rând, Curtea analizează posibila existență a unei discriminări între autovehiculele vechi de import și cele similare aflate pe piață care nu au fost supuse respectivei taxe (deoarece au fost înmatriculate înainte de intrarea în vigoare a Ordonanței). Se reamintește faptul că instaurarea unei taxe noi sau modificarea unei taxe existente în sensul augmentării quantumului ei sau al bazei ei valorice nu este interzisă de Tratat; în plus, dat fiind că o reglementare nouă nu se poate aplica decât de la un anumit moment, stabilit de ea însăși (și care, în condițiile dreptului românesc, nu poate fi retroactiv, n.n.), inevitabil se creează o diferență între situațiile juridice născute anterior intrării în vigoare a noii reglementări și situațiile juridice născute sub imperiul ei¹⁴. Totuși, ceea ce Tratatul interzice este instaurarea sau modificarea unei taxe care, prin efectele ei, este de natură să favorizeze produsele existente pe piața națională în dauna celor importate. Or, Ordonanța constituie o reglementare al cărei efect (constatat de altfel prin date statistice depuse la dosar, n.n.) este descurajarea importului de autovehicule vechi, deoarece, taxa de poluare fiind inclusă în valoarea lor de piață, aceasta va fi mai mare pentru ele decât pentru autovehiculele vechi naționale, care prin definiție nu au fost supuse și nu vor fi nici în viitor, la o eventuală revânzare, supuse respectivei taxe (care, reamintim, se plătește cu ocazia primei înmatriculări, n.n.).

În concluzie, Ordonanța este contrară art.110 din Tratat, ea creând o discriminare indirectă între autovehiculele vechi de import și cele vechi naționale în favoarea acestora din urmă.

3. Din punctul de vedere al consecințelor acestei hotărâri pentru România: deși formal Guvernul nu este obligat să abroge Ordonanța, instanțele românești sesizate deja sau care vor fi sesizate în viitor cu acțiuni în restituire sunt obligate, așa cum am mai arătat, să aplice hotărârea Curții, deci să dispună restituirea taxei către reclamanți, în caz contrar ele putând doar să declanșeze din nou procedura chestiunii preliminare în interpretare, în ideea că modificările aduse Ordonanței ar fi afectat sau ar afecta esența reglementării. Efectele hotărârii se produc retroactiv (și, reamintim, *erga omnes*), adică de la data aderării României la Tratat (ceea ce înseamnă de fapt de la data intrării în vigoare a Ordonanței, deoarece numai de atunci există neconformitatea ei cu Tratatul), deoarece aceasta este regula în dreptul Uniunii, dacă nu există dispoziții unionale tranzitorii în sens contrar sau dacă, din motive economice serioase și de protecție a drepturilor dobândite definitiv cu bună credință, instanța unională nu decide o limitare a retroactivității¹⁵ (existând mai multe variante: fie că efectele se vor produce pentru toți de la data pronunțării hotărârii, fie că ele se vor produce de la data adoptării actului unional interpretat doar pentru părțile din procesul în care s-a ridicat chestiunea, fie că ele se vor produce de la aceeași dată pentru toți cei care au introdus reclamații administrative sau acțiuni judiciare înainte de pronunțarea hotărârii). În cazurile prezentate Curtea nu a stabilit o asemenea limitare, fie pentru că nici nu i s-a cerut, fie pentru că ea a respins cererea Guvernului român, cerere motivată de existența unui număr mare de cereri de restituire și de criza economică; respingerea s-a întemeiat pe faptul că Guvernul nu a prezentat date concludente care să ateste posibilitatea producerii unor tulburări grave, existența unor consecințe financiare ce decurg dintr-o hotărâre a Curții nejustificând prin ea însăși o limitare în timp a efectelor hotărârii. Nefiind întrunită una din cele două condiții menționate anterior (motivele economice serioase), Curtea nu a mai analizat existența bunei credințe (în speță a statului român).

În lipsa unei acțiuni în justiție din partea proprietarilor de autovehicule care au achitat taxa aceasta rămâne plătită definitiv. Chiar o abrogare a Ordonanței din partea Guvernului nu ar duce automat la restituirea taxelor deja plătite, abrogarea neputând avea efect retroactiv. Cea mai bună soluție, care ar concilia obiectivul legitim de protecție a mediului cu cel al nediscriminării ca aspect al liberei circulații a produselor pe teritoriul Uniunii, este cea arătată de reclamantul Tatu și însușită de Curte: o taxă plătită periodic de către toate autovehiculele vechi aflate pe piață, în funcție de gradul lor de poluare și, evident, de gradul lor de depreciere.

BIBLIOGRAFIE

1. *** - http://curia.europa.eu/fr/content/juris/c2_juris.htm
2. ***- <http://noulportal.just.ro/Jurisprudenta.aspx>
3. J. Boulouis, "Droit institutionnel de l'Union Européenne", Ed. Montchrestien, Paris, 1995
4. J.L. Clergerie, "Le renvoi préjudiciel", Ed. Ellipses, Paris, 2000
5. D. Martin, "La libre circulation des personnes dans l'U.E.", Ed. Bruylant, Bruxelles
6. D. Simon, "Le système juridique communautaire", PUF, Paris, 1998
7. S. Van Raepenbusch, "Droit institutionnel de l'Union Européenne et des Communautés Européennes", De Boeck Université, Bruxelles, 1998

ANEXE – Extrase din Hotărârea "Tatu" 402/2009 din 7.04.2011¹⁶

«Impositions intérieures – Article 110 TFUE – Taxe sur la pollution prélevée lors de la première immatriculation de véhicules automobiles – Neutralité de la taxe entre véhicules automobiles d'occasion importés et véhicules similaires se trouvant déjà sur le marché national»

.....
Sur la question préjudicielle
.....

36. Dans l'affaire au principal, il est constant que, formellement, le régime de taxation instauré par l'OUG n° 50/2008 n'opère de distinction ni entre les véhicules automobiles selon leur provenance ni entre les propriétaires de ces véhicules selon leur nationalité. En effet, la taxe en cause est due indépendamment de la nationalité du propriétaire dudit véhicule, de l'État membre dans lequel ce dernier a été produit et de la question de savoir s'il s'agit d'un véhicule acheté sur le marché national ou importé.

37. Toutefois, même si les conditions d'une discrimination directe ne sont pas réunies, une imposition intérieure peut être indirectement discriminatoire en raison de ses effets (arrêt Nádasi et Németh, précité, point 47).

38. Afin de savoir si une taxe telle que celle en cause au principal crée une discrimination indirecte entre les véhicules automobiles d'occasion importés et les véhicules automobiles d'occasion similaires déjà présents sur le territoire national, il convient, eu égard aux interrogations émises par la juridiction de renvoi et aux observations présentées devant la Cour, d'examiner d'abord si cette taxe est neutre au regard de la concurrence entre les véhicules d'occasion importés et les véhicules d'occasion similaires qui ont été immatriculés auparavant sur le territoire national et ont été soumis, lors de cette immatriculation, à la taxe visée par l'OUG n° 50/2008. Par la suite, il y aura lieu d'examiner la neutralité de cette même taxe entre les véhicules d'occasion importés et les véhicules d'occasion similaires qui ont été immatriculés sur le territoire national avant l'entrée en vigueur de l'OUG n° 50/2008.

Neutralité de la taxe à l'égard des véhicules d'occasion importés et des véhicules d'occasion similaires immatriculés auparavant sur le territoire national et soumis, lors de cette immatriculation, à la même taxe

39. Il est de jurisprudence constante qu'il y a violation de l'article 110 TFUE lorsque le montant de la taxe frappant un véhicule d'occasion importé excède le montant résiduel de la taxe incorporé dans la valeur des véhicules d'occasion similaires déjà immatriculés sur le territoire national (arrêts du 9 mars 1995, Nunes Tadeu, C-345/93, Rec. p. I-479, point 20; du 22 février 2001, Gomes Valente, C-393/98, Rec. p. I-1327, point 23, ainsi que du 19 septembre 2002, Tulliasiamies et Siilin, C-101/00, Rec. p. I-7487, point 55).

40. À ce sujet, la Cour a précisé que, dès l'acquiescement d'une taxe d'immatriculation dans un État membre, le montant de cette taxe s'incorpore dans la valeur du véhicule. Ainsi, lorsqu'un véhicule immatriculé dans l'État membre concerné est, par la suite, vendu en tant que véhicule d'occasion dans ce même État membre, sa valeur marchande, comprenant le montant résiduel de la taxe d'immatriculation, sera égale à un pourcentage, déterminé par la dépréciation de ce véhicule, de sa valeur initiale (arrêt Nadasdi et Németh, précité, point 54). Dès lors, pour garantir la neutralité de la taxe, la valeur du véhicule d'occasion importé retenue en tant que base d'imposition doit refléter la valeur d'un véhicule similaire déjà immatriculé sur le territoire national (arrêts Weigel, précité, point 71, et du 20 septembre 2007, Commission/Grèce, C-74/06, Rec. p. I-7585, point 28).

.....

47. Il résulte des considérations qui précèdent qu'un système tel que celui instauré par l'OUG n° 50/2008,..... assure que cette taxe, lorsqu'elle frappe les véhicules d'occasion importés, n'excède pas le montant résiduel de ladite taxe incorporé dans la valeur des véhicules d'occasion similaires qui ont été immatriculés auparavant sur le territoire national et ont été soumis, lors de cette immatriculation, à la taxe visée par l'OUG n° 50/2008.

Neutralité de la taxe à l'égard des véhicules d'occasion importés et des véhicules d'occasion similaires immatriculés sur le territoire national avant l'instauration de ladite taxe

.....
50. À cet égard, il convient de rappeler d'emblée, comme la Cour l'a exposé au point 49 de l'arrêt Nadasdi et Németh, précité, que l'article 110 TFUE ne vise pas à empêcher un État membre d'introduire des impôts nouveaux ou de modifier le taux ou l'assiette d'impôts existants.

51. En outre et de toute évidence, lorsqu'un État membre introduit une nouvelle loi fiscale, il fixe l'application de celle-ci à compter d'une date donnée. Dès lors, la taxe appliquée après l'entrée en vigueur de cette loi peut être différente du taux fiscal en vigueur auparavant. Ainsi que l'a constaté la Cour au point 49 dudit arrêt Nadasdi et Németh, invoqué par le gouvernement roumain, ladite circonstance ne peut pas, prise isolément, être considérée comme ayant un effet discriminatoire entre les situations précédemment constituées et celles qui sont postérieures à l'entrée en vigueur de la nouvelle règle.

52. En revanche, il ne résulte aucunement dudit arrêt Nadasdi et Németh que le pouvoir des États membres dans l'aménagement de nouvelles taxes soit illimité. Il est, bien au contraire, de jurisprudence constante que l'interdiction édictée à l'article 110 TFUE doit s'appliquer chaque fois qu'une imposition fiscale est de nature à décourager l'importation de biens originaires d'autres États membres au profit de produits nationaux (voir, en ce sens, arrêts du 3 mars 1988, Bergandi, 252/86, Rec. p. 1343, point 25; du 7 décembre 1995, Ayuntamiento de Ceuta, C-45/94, Rec. p. I-4385, point 29, ainsi que du 8 novembre 2007, Stadtgemeinde Frohnleiten et Gemeindebetriebe Frohnleiten, C-221/06, Rec. p. I-9643, point 40).

53. En effet, l'article 110 TFUE serait vidé de son sens et de son objectif s'il était loisible aux États membres d'instaurer de nouvelles taxes qui ont pour objet ou pour effet de décourager la vente de produits importés au profit de la vente de produits similaires disponibles sur le marché national et introduits sur celui-ci avant l'entrée en vigueur desdites taxes. Une telle situation permettrait aux États membres de contourner, par l'instauration d'impositions intérieures aménagées de manière telle qu'elles aient l'effet décrit ci-dessus, les interdictions énoncées aux articles 28 TFUE, 30 TFUE et 34 TFUE.

54. S'agissant des taxes frappant les véhicules automobiles, il résulte de l'absence d'harmonisation en la matière que chaque État membre peut aménager ces mesures fiscales selon ses propres appréciations. De telles appréciations, de même que les mesures adoptées aux fins de leur mise en œuvre, doivent toutefois être dépourvues de l'effet décrit au point précédent (voir, en ce sens, arrêts du 21 mars 2002, Cura Anlagen, C-451/99, Rec. p. I-3193, point 40; du 15 septembre 2005,

Commission/Danemark, C-464/02, Rec. p. I-7929, point 74, et du 1^{er} juin 2006, De Danske Bilimportører, C-98/05, Rec. p. I-4945, point 28).

.....

56. Il résulte des principes rappelés ci-dessus que l'article 110 TFUE oblige chaque État membre à choisir et à aménager les taxes frappant les véhicules automobiles de façon à ce que celles-ci n'aient pas pour effet de favoriser la vente de véhicules d'occasion nationaux et de décourager ainsi l'importation de véhicules d'occasion similaires.

.....

58. Toutefois, il résulte sans équivoque du dossier soumis à la Cour que ladite réglementation a pour effet que des véhicules d'occasion importés et caractérisés par une ancienneté et une usure importantes sont, malgré l'application d'une réduction élevée du montant de la taxe afin de tenir compte de leur dépréciation, frappés d'une taxe qui peut avoisiner 30 % de leur valeur marchande, tandis que des véhicules similaires mis en vente sur le marché national des véhicules d'occasion ne sont aucunement grevés d'une telle charge fiscale. Il ne saurait être contesté que, dans ces conditions, l'OUG n° 50/2008 a pour effet de dissuader l'importation et la mise en circulation en Roumanie de véhicules d'occasion achetés dans d'autres États membres.

.....

61. Eu égard à tout ce qui précède, il convient de répondre à la question posée que l'article 110 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre instaure une taxe sur la pollution frappant des véhicules automobiles lors de leur première immatriculation dans cet État membre, si cette mesure fiscale est aménagée de telle manière qu'elle décourage la mise en circulation, dans ledit État membre, de véhicules d'occasion achetés dans d'autres États membres, sans pour autant décourager l'achat de véhicules d'occasion de même ancienneté et de même usure sur le marché national.

* Conferențiar univ. dr., Facultatea de Studii Europene, Universitatea "Babeș-Bolyai" din Cluj-Napoca; crmnlar@yahoo.fr.

¹ Hotărârea "Tatu" 402/2009 din 7.04.2011; Hotărârea "Nisipeanu" 263/10 din 7.07.2011; Ordonanța "Obreja" 136 și 178/10 din 8.04.2011; Ordonanța "Sfichi" 29 și 30/11 din 8.04.2011; Ordonanța "Ijac" 336/10 din 8.04.2011; Ordonanța "Vijulan" 335/10 din 13.07.2011; Ordonanța "Micșa" 573/10 din 13.07.2011; toate sunt publicate pe site-ul Uniunii Europene http://curia.europa.eu/fr/content/juris/c2_juris.htm

² Pe care o vom numi de acum înainte "Ordonanța"

³ Pe care, din motive de simplificare a exprimării, îl vom numi de acum înainte "Tratat(ul)"

- ⁴ de exemplu sentința 419/7.07.2009 a Tribunalului Satu-Mare și decizia 612/19.11.2009 a Curții de Apel Oradea; decizia 1946/6.11.2009 a Curții de Apel Suceava; decizia 151/25.02.2010 a Curții de Apel Oradea; sentința 442/15.06.2009 a Tribunalului Mureș și decizia 21/13.01.2010 a Curții de Apel Târgu-Mureș; decizia 825/14.09.2010 a Curții de Apel Târgu-Mureș; sentința 1066/14.07.2010 a Tribunalului Hunedoara; menționăm că toate aceste hotărâri sunt publicate pe site-ul <http://noulportal.just.ro/Jurisprudenta.aspx>
- ⁵ de exemplu sentința 438/1.04.2009 a Tribunalului Botoșani și decizia 1402/2.07.2009 a Curții de Apel Suceava; sentința 1408/3.07.2009 a Tribunalului Suceava; sentința 639/27.10.2009 a Tribunalului Bihor; sentința 170/8.02.2010 a Tribunalului Mureș; decizia 1657/21.09.2010 a Curții de Apel Alba-Iulia; sentința 353/25.05.2010 a Tribunalului Sibiu; toate aceste hotărâri sunt publicate pe site-ul <http://noulportal.just.ro/Jurisprudenta.aspx>
- ⁶ Pentru o analiză exhaustivă a acestei problematici a se vedea J.L. Clergerie, *Le renvoi préjudiciel*, Paris, Ed. Ellipses, 2000
- ⁷ Hotărârea Curții de Justiție “Hessische Knappschaft” 44/65 din 9.12.1965, publicată pe site-ul Uniunii Europene http://curia.europa.eu/fr/content/juris/c2_juris.htm; D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 1998, p.515
- ⁸ Hotărârea “Hessische Knappschaft” 44/65 cit.
- ⁹ J. Boulouis, *Droit institutionnel de l’Union Européenne*, Paris, Ed. Montchrestien, 1995, p.313-314
- ¹⁰ S. Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l’Union Européenne et des Communautés Européennes*, Bruxelles, De Boeck Université, 1998, p.455
- ¹¹ Aceste modificări fiind: O.U.G. 208/2008, O.U.G. 218/2008, O.U.G. 7/2009, Legea 329/2009 și O.U.G. 118/2010
- ¹² Aici e locul să spunem câteva cuvinte despre diferitele tipuri de discriminări și despre regimul lor juridic în dreptul Uniunii. Astfel, există discriminări directe, discriminări indirecte și discriminări deghizate. Cele din prima categorie sunt reglementările bazate pe orice criteriu de extraneitate – de exemplu cetățenia, domiciliul persoanei fizice, naționalitatea persoanei juridice, proveniența produsului etc. – și nu sunt admisibile în nicio situație. Cele indirecte sunt reglementările care, deși bazate pe alte criterii decât cele de extraneitate, sunt susceptibile să-i afecteze mai mult sau numai pe străini, chiar dacă nu-i afectează totdeauna efectiv și deși nu s-a urmărit aceasta; ele sunt admisibile, deși pot constitui o piedică în calea liberei circulații, dacă urmăresc un scop de interes general, cu condiția ca exigențele impuse să fie proporționale și adecvate (apte) aceluși scop. În fine, cele deghizate sunt reglementările care urmăresc să-i afecteze mai mult sau numai pe străini, chiar dacă nu îi afectează efectiv, de aceea nu sunt nicicând admisibile (a se vedea D. Martin, *La libre circulation des personnes dans l’U.E.*, Bruxelles, Ed. Bruylant)
- ¹³ Curtea nu-și pune problema unei eventuale discriminări deghizate, probabil din motive politice; totuși, având în vedere ceea ce am arătat anterior cu privire la scopul urmărit de guvern și la vădita ineficacitate a taxei de poluare, așa cum este ea reglementată actualmente, în ceea ce privește protecția mediului, suntem înclinați mai degrabă să considerăm că reglementarea românească constituie o discriminare deghizată
- ¹⁴ Pentru ca argumentarea să fie mai precisă, noi am adăuga că, așa cum a arătat și Curtea Constituțională a României (a se vedea Decizia 20/2.02.2000, publicată în Monitorul Oficial nr. 72/18.02.2000), principiul egalității se analizează prin raportare la aceeași reglementare, nu prin raportare la reglementări diferite, succesive în timp; în caz contrar, s-ar nega dreptul legiuitorului de a adopta legi noi prin care să modifice situații existente sau să creeze situații noi
- ¹⁵ Hotărârea Curții de Justiție “Defrenne I” 43/75 din 8.04.1976
- ¹⁶ Precizăm că hotărârea nu este disponibilă în varianta electronică decât în limbile franceză și engleză

**LES SURETES PERSONNELLES INNOMMEES EN DROIT CHINOIS
- mise en perspective avec le droit français des suretés**

Li SHIGANG*

***Résumé :** En matière de la sûreté personnelle, le cautionnement est toujours la sûreté personnelle par excellence et pratiquement unique en droit chinois. Pour les autres sûretés personnelles, innommées (la garantie autonome et la lettre d'intention), la pratique chinoise a une position très prudente : elle n'a reconnu que la garantie autonome internationale. Si les nouvelles sûretés personnelles ont déjà trouvé leur place dans le Code civil français, elles pourraient aussi, selon nous, s'intégrer sans problème au droit chinois.*

Mots-clés : sûreté personnelle, garantie autonome, lettre d'intention, droit chinois

1. La sûreté personnelle est assise sur l'obligation, « celle-ci offrant en garantie au créancier qui en est investi non la valeur d'une chose mais la solvabilité de la personne qui s'engage envers lui »¹. Il s'agit alors de l'adjonction d'un autre droit de créance ou droit personnel, d'où la dénomination de sûreté personnelle.

Il existe trois sûretés personnelles principales en droit français². La plus ancienne, traditionnelle et par excellence est le cautionnement ; la seconde sûreté personnelle, la garantie autonome, qui s'est véritablement développée en France dans la décennie 1970³, est une sûreté plus rigoureuse que le cautionnement (sécurité accrue pour le créancier) ; la troisième, dont le procédé connu par la pratique bancaire n'a causé des contentieux que dans les années 1980⁴, est une sûreté moins rigoureuse que le cautionnement : la lettre d'intention⁵. Alors qu'elles sont toutes déjà nommées et prévues par le Code civil français à la suite de la réforme⁶, la loi chinoise n'a prévu nommément que le cautionnement. S'inspirant

principalement de la législation et de la doctrine des systèmes juridiques occidentaux, les régimes concrets du cautionnement en droit chinois, sont similaires à ceux des systèmes juridiques français⁷ ; le cautionnement n'est pas envisagé dans cet article. Quant aux deux autres, elles apparaissent en Chine comme des sûretés innommées que nous allons étudier ci-après.

§ 1. La garantie autonome

2. La garantie autonome ou garantie indépendante, création de la pratique bancaire internationale, a été adoptée et utilisée par les banques chinoises à partir des années 1980. Comme elle est désignée sous différentes dénominations en pratique internationale, dont certaines sont traduites en chinois, elle dispose donc de nombreuses appellations en Chine, dont la plupart la qualifie de cautionnement spécial⁸ ; certains auteurs l'appellent « 独立担保/du li dan bao » (sûreté indépendante)⁹, en le qualifiant de sûreté spéciale.

En pratique, des textes-types de la garantie autonome des banques chinoises la baptisent souvent « *lettre de garantie irrévocable et à première demande* » (无条件不可撤销的保函/ wu tiao jian he bu ke che xiao de bao han). L'expression « *le garant offre une sûreté irrévocable et à première demande* » apparaît souvent lors de la garantie autonome, et il est donc considéré comme la clause essentielle pour la qualification d'acte de la garantie autonome¹⁰.

3. La *Loi sur les sûretés (LS)* de 1995¹¹ semble avoir déjà réservé un espace pour la garantie autonome. Selon son article 5, en principe, « *le contrat de sûreté est l'accessoire du contrat principal, (par conséquent,) si le contrat principal est nul, le contrat de sûreté aussi* » ; mais par exception, « *si le contrat de sûreté en dispose autrement, il prévaudra* ». Il apparaît que cette disposition permet aux parties selon leur volonté d'exclure le caractère accessoire de sûreté, et que, par conséquent, on peut utiliser la garantie autonome en Chine. Néanmoins, on doit ici distinguer la garantie autonome internationale et celle de droit interne, cette dernière n'étant pas reconnue par la Cour suprême chinoise, autrement dit, elle est nulle. La Cour suprême chinoise a donné une interprétation restrictive de

l'article précité : l'exception n'envisage que la sûreté internationale, à l'exclusion la sûreté interne. Nous allons envisager alors respectivement les garanties autonomes internationale et interne en pratique chinoise.

A l'égard de la garantie autonome internationale, la Cour suprême de la Chine reconnaît sa validité. Ici, la garantie autonome internationale, soit est offerte par une banque ou un établissement financier étranger, soit se soumet aux conditions de la *sûreté à l'étranger*¹². Concernant le dernier cas, la *Banque populaire de Chine a*, selon la *LS*, modifié le 25 septembre 1996 les « *Méthodes de l'administration des sûretés à l'étranger consenties par les établissements intérieurs* » (« *Méthodes* ») dont l'article 2 énonce pour la première fois en droit chinois explicitement que la banque peut utiliser la lettre de crédit *stand by* comme une sorte de *sûreté à l'étranger*. En suite, en décembre 1997, le *Bureau national d'administration de devise de RPC* a édicté « *Règlement détaillé d'application des Méthodes de l'administration des sûretés à l'étranger consenties par les établissements intérieurs* », et son article 7 a accentué que l'on peut exclure le caractère accessoire dans le cas de *sûreté à l'étranger*.

La garantie autonome de droit interne n'a, quant à elle, jamais été reconnue par la Cour suprême chinoise. Elle a plusieurs fois refusé de reconnaître la validité des contrats de la garantie autonome faits par des banques internes ou des entreprises internes¹³. La raison ne se trouve pas du tout dans le l'idée que le régime de la garantie autonome entre en conflit avec la notion ou le régime de sûretés chinoises. En fait, la Cour suprême s'inquiète de ce que la garantie autonome puisse être facilement utilisée comme un moyen de fraude ou d'abus de droit et que cela suscite donc plus de contentieux. Elle estime encore que la garantie autonome est une sûreté ayant le caractère international, et qu'elle est contraire à la société économique interne chinoise¹⁴. Evidemment, la Cour suprême chinoise est très prudente quant à la reconnaissance de la garantie autonome. A vrais dire, elle prend une position en faveur de la protection des intérêts des banques et autres établissements financiers, car ce sont généralement ceux-ci qui se portent garants.

4. Bien que les « *Méthodes* » et la Cour suprême chinoise reconnaissent la validité de la garantie autonome dans le domaine international civil et commercial, il manque des règles précises en droit chinois. Donc, après avoir appliqué la règle

du droit privé international, lors de l'absence de l'application directe du droit interne d'autres pays que la Chine populaire, le tribunal chinois se réfère alors à l'usage commercial international ou aux conventions internationales. Dans ce cas, sont importantes, à titre d'exemple, les « *Règles uniformes de la Chambre commerciale internationale relatives aux garanties sur demande* » (RUGC. Doc. N° 458, CCI, mai 1992,) et la « *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand by* » (élaboré par la *Conférence des Nations Unies pour le Droit commercial International/CNUDCI* en 1995)¹⁵.

§ 2. La lettre d'intention

5. La lettre d'intention (意图信/*yi tu xin*) est également, dans la pratique chinoise, désignée sous diverses dénominations, dont certaines correspondent aux traductions directes des appellations françaises : 意图信/*yi tu xin* (lettre d'intention), 赞助信(函)/*zan zhu xin (han)* (lettre de patronage), 安慰信(函)/*an wei xin (han)* (lettre de confort) ; certaines ne le sont pas, par exemple, 承诺信(函)/*cheng nuo xin (han)* (lettre de promesse) et 支持信(函)/*zhi chi xin (han)* (lettre de support)¹⁶.

6. Comme en droit français la lettre d'intention est d'origine étrangère, elle est introduite en Chine populaire dans la négociation internationale. Son utilisation s'accroît au début des années 1990 en Chine populaire, au moment où les investissements provenant de l'étranger, de Hongkong, ou de Macao permettaient d'accélérer le développement économique et que le volume des investissements étrangers était considéré en Chine comme un indice essentiel du développement économique, voire localement comme un signe d'exploit d'un gouvernement provincial. Le gouvernement, les banques ou les entreprises se sont efforcés de satisfaire les demandes des investisseurs étrangers. A cette époque, des banques ou des établissements financiers de Hongkong et de Macao, qui permettaient de nombreux investissements, en offrant des prêts, demandait souvent à être

garantis par une caution ou un immeuble situé dans Hongkong ou Macao, et par une lettre d'intention. Comme la lettre d'intention n'est pas inscrite au bilan du garant, elle n'influence pas l'évaluation de sa crédibilité, elle est facilement acceptée par le garant. Quant à la fin des années 1990, la dépression économique et la dépréciation foncière en Hongkong et Macao sont apparues, les banques ou établissements financiers ont dû demander l'exécution des lettres d'intention. Par conséquence, les tribunaux au sud-est de la Chine ont eu affaire à la lettre d'intention¹⁷.

Elles posent donc aux tribunaux chinois de nombreuses difficultés. D'une part, il manque un régime normalisé par le législateur, par la Cour suprême ou par la pratique ; d'autre part, la doctrine n'y a pas fait attention. Finalement, le tribunal est très prudent dans ce domaine. Dans l'affaire connu de la faillite de *Guangdong International Trust and Investment Corp. (Gitic)*¹⁸, la *Cour populaire supérieure de la province de Guangdong* a dénié toute valeur juridique aux « lettres d'intention » : soit elle est qualifiée de cautionnement, soit elle ne sert à rien¹⁹.

7. La lettre d'intention est un élément peu familier pour les chinois, vu qu'elle intervient de manière imprévue.

Un autre obstacle pourrait résulter de la difficulté de sa distinction avec le cautionnement. Si cette distinction n'est pas un sujet évident en pratique française, il serait plus difficile encore pour la Chine au niveau théorique comme au niveau pratique, car l'engagement de la caution en droit chinois peut prendre la forme d'une obligation de faire ou de donner, comme pour le débiteur principal. Le contenu de cet engagement, néanmoins, est identique à celui de l'obligation du débiteur, ce qui permet, de notre opinion, de faire la distinction entre le cautionnement et la lettre d'intention en droit chinois. En définitive, le cautionnement chinois ne pourrait englober la lettre d'intention.

§ 3. L'avenir des sûretés personnelles innommées en droit chinois

8. De nos jours, en droit chinois, la garantie autonome de droit interne et la lettre d'intention ne sont pas reconnues par la Cour suprême ; la seconde est peu familière pour les chinois. Quel est leur avenir ?

Pour répondre à cette question, nous évoquons d'abord les différences essentielles en droit français entre les trois sûretés personnelles susmentionnées dans cette section. Suivant le droit français, nous pouvons les distinguer à deux égards :

En premier lieu, à l'égard du caractère accessoire, le cautionnement est la seule qui en dispose ; les deux autres n'ont pas ce caractère.

En second lieu, à l'égard de l'engagement du garant, la lettre d'intention est la seule dont l'engagement peut prendre la forme d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Les deux autres ont pour objet l'obligation de payer.

Sur le caractère accessoire en matière de sûretés, il apparaît que l'article 5 de la *LS* permet aux parties selon leur volonté d'exclure le caractère accessoire de sûreté. Cependant, d'un côté, s'agissant des sûretés personnelles, la Cour suprême chinoise a donné une interprétation restrictive de l'article précité, en reconnaissant seulement la garantie autonome internationale ; de l'autre côté, le législateur renforce le caractère accessoire des sûretés réelles dans la nouvelle législation²⁰. Leur position dénote leur inquiétude concernant la fraude ou l'abus de droit en la matière et le surcroît de contentieux qui en découle. Il s'agit alors d'un obstacle en Chine à l'institution de la garantie autonome comme de la lettre d'intention.

*« L'histoire et le droit comparé montrent en effet que, lorsque le cautionnement est trop affaibli par l'augmentation des protections législatives, la pratique recherche d'autres formes de garantie personnelle beaucoup plus rigoureuses »*²¹. A la différence du droit français, le droit chinois procure au créancier un cautionnement excessivement favorable²². De plus, la caution en droit chinois prend le risque d'exécuter la même obligation que le débiteur principal, quelle que soit la nature de cette obligation (de donner, de faire, de ne pas faire). Ces deux points peuvent expliquer le fait que les sûretés personnelles autres que le cautionnement, notamment la lettre d'intention, ne foisonne pas encore en Chine.

Néanmoins, le cautionnement ne pourrait couvrir ou remplacer les autres sûretés personnelles qui sont déjà apparues en Chine au fur et à mesure des négociations internationales. Le droit chinois devrait les reconnaître et les nommer.

Pour l'avenir, le fait que l'ordonnance du 23 mars 2006 ait introduit au Code civil français la garantie autonome et la lettre d'intention, présentée, avec le cautionnement comme des sûretés personnelles, et alors que leur emploi s'accroît

dans la négociation internationale, pourrait influencer le droit chinois et faire évoluer leur position en Chine. Les recherches théoriques et les actions en justice seront probablement deux éléments essentiels à une telle évolution.

* Maître de conférences à l'Université Fudan (Shanghai, Chine), docteur en droit de l'Université « Panthéon-Assas » (Paris II) ; lishigang@fudan.edu.cn.

L'auteur tient à adresser ses plus sincères remerciements à Madame Marie Goré, Professeur à l'Université « Panthéon-Assas », qui n'a jamais cessé durant toutes ces années d'accorder à l'auteur son soutien et ses encouragements.

¹ CORNU G. Association Henri Capitant. Vocabulaire juridique. *Puf*. 2007, p. 900.

² Biblio. CABRILLAC M. et MOULY C. *Droit des sûretés*, 7^e éd. Litec, 2004, p. 29 – 31 ; SIMLER P. et DELEBECQUE P. *Droit civil : Les sûretés, la publicité foncière*, 4^e éd., Dalloz, 2004, p. 29 – 319 ; LEGEAIS D. *Sûretés et garanties du crédit*. 5^e éd. LGDJ, 2006, p. 25 – 28 ; AYNES L. et CROCQ P. *Les sûretés, la publicité foncière*. 2^e éd. Paris : Defrénois, 2006, p. 15 et s. ; SEUBE J-B. *Droit des sûretés*. 3^e éd. Dalloz, 2006, p. 13 et s.

Il s'agit en effet d'un système ouvert. « *Le droit des sûretés personnelles est généralement tenu pour accueillant pour les volontés individuelles : il est vrai qu'il repose avant tout sur des techniques empruntées au droit des obligations et qu'on ne lui oppose généralement ni numerus clausus des sûretés personnelles ni règle de l'égalité des créanciers à l'inverse du droit des sûretés réelles.* » DUPICHOT P. *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés. Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. de M. GRIMALDI. LGDJ, 2005, n° 17, p. 19.

³ « *Les garanties ont pris la suite des lettres de crédit stand by.* » v. LEGEAIS D. *Op. cit.*, p. 281. Cf. PRÛM André. *La garantie à la première demande*. Litec, 1994 ; CREDOT F. L'actualité des garanties autonomes. *LPA*. 17 juin 1998, p. 68.

⁴ SIMLER P. et DELEBECQUE P. *Op. cit.*, p. 280.

⁵ GRIMALDI M. Vers une réforme des sûretés, *RJC*. 2005, n° 6, p. 470.

⁶ Depuis la réforme du 23 mars 2006, le cautionnement est prévu et réglementé par le Code civil français aux articles 2288 et s., la garantie autonome est prévue à l'article 2321; la lettre d'intention par le Code civil à l'article 2322.

⁷ La Chine s'inspire du droit romano-germanique ; en matière de cautionnement, le droit chinois partage ainsi de nombreuses notions avec le droit français, notamment le cautionnement solidaire, le bénéfice de discussion, l'accessoire, ou encore le recours contre le débiteur.

Mais le cautionnement chinois s'avère plus simple. Il est fondé sur trois principes fondamentaux. En premier lieu, il s'agit de l'universalité de l'application du régime. Le régime de cautionnement, fixé principalement par la *Loi sur les sûretés (LS)* de 1995, s'applique également à tous les sujets, quelle que soit leur nature, individu ou établissement professionnel ou financier. En droit chinois, on ne distingue pas selon que le sujet est de droit commercial ou de droit civil. De plus, les cautionnements en droit chinois sont tous conventionnels. En deuxième lieu, le régime de cautionnement chinois vise principalement la garantie de la créance existante ; autrement dit, il n'existe que rarement des règles sur le cautionnement des créances futures. L'exception réside dans le fait que la *LS* a prévu et réglementé le *cautionnement de montant maximal*. En dernier lieu, le droit chinois du cautionnement privilégie la fonction de garantie de la créance et renforce ainsi la protection des intérêts du créancier ; la caution se trouve alors dans une situation peu protégée. Contrairement au droit français, les régimes juridiques destinées à protéger la caution sont donc peu nombreux, ce qui facilite la constitution du cautionnement en Chine.

⁸ Par exemple, 独立保证/*du li bao zheng* (cautionnement indépendant), 第一要素保证/*di yi yao suo bao zheng* (cautionnement à première demande), voire 备用信用证/*bei yong xin yong zheng* (la lettre de crédit *stand by*). Cf. GUO Mingrui. *Op. cit.*, p. 74 ; HE Meihuan, *Le droit hongkongais des sûretés*. Beijing : Edition de l'Université de Beijing, 1995, p. 145.

⁹ Elle est également l'appellation retenue par des juges de la Cour suprême dans leurs œuvres. V. CAO Shibing. *Les solutions des problèmes des sûretés chinoises et leur perspective*. Beijing : Edition des institutions de Chine, mars 2002, p. 26.

¹⁰ *Ibid.* p. 23.

¹¹ Promulguée le 30 juin 1995, appliquée le 1^{er} octobre 1995.

¹² S'agissant d'adaptations dues à la spécificité de la qualité (étranger) des parties aux contrats de sûreté, la « sûreté à l'étranger » ne constitue pas une véritable sûreté indépendante. Elle est nommée par la banque centrale chinoise (Banque populaire de Chine), dans le souci de la sécurité de la finance et du marché de devise, afin de protéger les entreprises ou les établissements financiers chinois ou précisément les capitaux chinois.

La sûreté à l'étranger, selon l'article 2 des « Méthodes », est caractérisée lorsqu'un établissement à l'intérieur de la Chine (national) garantit, en moyen d'une hypothèque, d'un gage ou d'un cautionnement conformément à la LS, une dette dont le créancier est un établissement à l'extérieur de la Chine (étranger), ou un établissement financier à capitaux étrangers à l'intérieur de la Chine.

Pour être valables, les sûretés à l'étranger doivent être examinées et approuvées par l'organe compétent d'administration de devise. Si la sûreté n'est pas approuvée par les organes compétents ou si elle n'est pas inscrite, le contrat de la sûreté à l'étranger est nul.

Cf. LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparatives*, thèse sous la direction de Mme le Professeur Marie GORE, soutenue le 14 février 2008, Université Paris II, n° **Error! Reference source not found.** et s.

¹³ Par exemple, l'affaire de la Société (Hunan) d'import-export des machines, (finale 1998 n°184 de la) Chambre économique de la Cour populaire suprême de la RPC, Guide de juridiction économique (vol. 2), p. 298.

¹⁴ CAO Shibing. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁵ La Chine populaire n'a pas signé cette convention.

Sur ces Règles et la Convention, *Cf.* SIMLER P. et DELEBECQUE P. *Op. cit.*, p. 240-241 ; PIEDELIEVRE S. *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand by. RTD C.* 1996, p. 633 ; V. aussi, sous le même titre, MATTOU J. -P. *RD banc. et fin.* janv. – févr. 2000, n° 16.

¹⁶ Yi Xinhua. Analyse de la notion juridique de lettre de promesse. <http://www.ccmt.org.cn/ss/explore/exploreDetail.php?slid=810>

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Les créanciers de 80% de ses dettes sont des banques étrangères et hongkongaises. V. <http://www.southcn.com/news/gdnews/hotspot/gdgt/>

La présentation de cette affaire en anglais se trouve sur :

http://english.people.com.cn/english/200011/02/eng20001102_54198.html

<http://www.asiaweek.com/asiaweek/98/1023/cs8.html>

¹⁹ La décision du 8 mars 2003 en chinois de cette affaire se trouve sur :

<http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/print.asp?db=cas&gid=33554873&istxt=1>

²⁰ La Loi sur les droits réels (*LDR*) du 16 mars 2007 a modifié l'article 5 de la *LS* qui permettait aux parties au contrat de sûreté (réelle ou personnelle) d'écarter le caractère accessoire par voie conventionnelle. Après la promulgation de cette nouvelle loi concernant les sûretés réelles, les parties des sûretés réelles ne peuvent plus écarter leur caractère accessoire (art. 172, al. 1, *LDR*).

²¹ MOULY C. Pour la liberté des garanties personnelles. *Banque* 1987, p. 1166.

²² En Chine, les législateurs, les juges et les jurisconsultes considèrent la protection de la créance comme le point de départ et le noyau d'une nouvelle réflexion en droit des sûretés : le régime du cautionnement est donc trop rigoureux pour la caution. Par exemple, la constitution du cautionnement est beaucoup plus aisée qu'en France : toute personne de droit privé, physique ou morale, peut devenir partie à un contrat de cautionnement ; les conditions de formation du cautionnement sont identiques quelque soient la qualité des parties, les motifs de la constitution ou la nature de la créance garantie. Parmi ces conditions de formation, deux sont essentielles : le consentement des parties et la forme écrite.

**CLAUZĂ PRIN CARE SE INTERZICE CHIRIAȘULUI GĂZDUIREA
PERSOANELOR APROPIATE. NULITATE**

Sergiu GHERDAN*

Résumé: *Stipulation interdissant au preneur d'héberger ses proches. Nullité. La troisième chambre civile de la Cour de Cassation française a décidé dans l'arrêt du 6 mars 1996, en vertu d'article 8 de la CEDH, qu'une stipulation contractuelle ne peut pas avoir comme effet la violation de cette disposition et elle ne peut pas priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches.*

Rezumat: *Prin decizia celei de-a treia camere civile a Curții de Casație franceze din data de 6 martie 1996 s-a statuat, dându-se forță prevederilor art. 8 din Convenția Europeană pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților fundamentale, că o prevedere contractuală nu poate avea drept efect transgresarea acestei dispoziții și nu poate avea drept efect interzicerea unui chiriaș de a-și de a-și găzdui persoanele apropiate.*

Mots clés: bail; Convention européenne des droits de l'homme; droit au respect de la vie privée; l'effet horizontal; nullité; l'ordre public de protection; ses proches.

Cuvinte cheie: locațiune; Convenția Europeană a Drepturilor Omului; dreptul la viață privată, efect orizontal, nulitate, ordine publică de protecție, persoane apropiate.

Keywords: lease; The European Convention on Human Rights; right to respect for private life; horizontal effect; voidance; public order of protection; intimate.

Curtea de Casație

Camera civilă nr. 3

Ședința publică din 6 martie 1996

Numărul aplicației : 93-11113

REPUBLICA FRANCEZĂ

ÎN NUMELE POPORULUI FRANCEZ

Cu privire la cele două capete de cerere reunite:

Având în vedere faptul că Oficiul public pentru amenajări și construcții din Paris (OPAC) a atacat hotărârea judecătorească (Paris, 19 noiembrie 1992), prin care s-a respins cererea de reziliere a contractului de locațiune încheiat cu d-na Mel Yedei, pentru

găzduirea unor terți, și deoarece contractul prevedea că imobilul nu putea fi ocupat decât de locatar și de copiii săi, astfel cum rezultă și din hotărârea judecătorească, instanța de fond nu putea considera, în lipsa altor circumstanțe, că tatăl ultimilor doi copii ai d-nei Mel Yedei nu era un terț, astfel încât, prin soluția dată, s-a încălcat articolul 1134 Cod civil și, în orice caz, s-au denaturat prevederile contractului, acordându-le un sens incompatibil cu semnificația lor inițială; deoarece contractul de locațiune prevedea că locatarul va folosi imobilul exclusiv pentru uzul său personal sau cel al copiilor săi, și nu va putea avea niciun fel de inițiativă care să determine apariția unui alt locatar în raportul juridic cu Oficiul în cauză, instanța de fond, prin soluția dată, a încălcat art. 1134 Cod civil și a interpretat în mod greșit înțelesul clar și precis al contractului încheiat la data de 24 martie 1983; în măsura în care locuința poate reprezenta executarea unei obligații de întreținere, nu s-a constatat în speță că d-na Mel Yedei sau copiii săi ar fi creditorii unei astfel de obligații din partea d-lui Meledje astfel încât hotărârea judecătorească nu poate fi considerat ca fiind motivat în drept, în raport cu art. 205-211 Cod civil; deoarece s-a constatat că d-ra Mel nu locuia în imobil în virtutea unei obligații de întreținere, instanța de fond nu a respectat prevederile art. 205-211 Cod civil; deoarece, în afara existenței unei obligații de întreținere, dreptul la viață de familie poate justifica găzduirea cu caracter temporar a terților, acesta nu implică și dreptul locatarului de a găzdui în mod permanent terți și nici nu poate determina aprecierea clauzelor contractuale care interzic astfel de acțiuni ca fiind ilicite, astfel încât hotărârea judecătorească a fost dată cu încălcarea art. 6 și 1134 Cod civil.

Dar, având în vedere faptul că un contract de închiriere a locuinței, în temeiul art. 8.1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, nu poate avea drept efect privarea locatarului de dreptul său de a-și găzdui persoanele apropiate, instanța de apel care, pentru a ignora neexecutarea obligațiilor contractuale de către locatar, a stabilit faptul că dna Mel Yedei îl găzduia pe M. Meledje, tatăl ultimilor doi copii ai săi, precum și pe d-ra Mel, sora acestuia, și-a motivat legal și temeinic decizia;

DIN ACESTE MOTIVE:
RESPINGE recursul.

COMENTARIU

1. Preliminarii. Această hotărâre judecătorească¹ marchează începutul unei jurisprudențe constante a Curții de Casație franceze, în sensul că stipulațiile unei convenții de locațiune având ca obiect o locuință nu pot avea drept efect lipsirea chiriașului de posibilitatea de a-și găzdui persoanele apropiate², căci, în

caz contrar, o astfel de clauză ar contraveni prevederilor art. 8§1 din Convenția Europeană pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților fundamentale³ care garantează dreptul persoanei la „respectarea vieții private și de familie”.

2. Aspecte de fapt. Datorită faptului că locatarul, d-na. Mel Yedei, a găzduit în apartamentul închiriat pe tatăl ultimilor doi copii ai săi, precum și pe sora acestuia, locatorul a intentat o acțiune în rezilierea convenției de locațiune, întemeindu-și pretențiile pe faptul neexecutării obligațiilor contractuale ale chiriei, mai exact invocând o clauză care prevedea că „locatarul va folosi imobilul *exclusiv* pentru uzul său personal sau cel al copiilor săi și nu va putea avea niciun fel de inițiativă care să determine apariția unui alt locatar în raportul juridic cu locatorul”.

Instanțele inferioare au respins acțiunea în reziliere⁴, constatând această clauză contractuală ca fiind ilicită, locatorul formulând un recurs în casație, astfel încât problema juridică a ajuns pe rolul instanței supreme franceze.

3. Art. 8§1 din Convenție. Art. 8§1 din Convenție dispune că „orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale”.

Art. 8 din Convenție determină, *prima facie*, anumite obligații negative plasate în sarcina autorităților statelor contractante, statele membre fiind obligate să se abțină a efectua orice act de natură a stânjeni exercițiul drepturilor titularilor cărora acestea sunt recunoscute prin dispozițiile acestui tratat internațional⁵.

Pe de altă parte, același text al tratatului internațional degajă și anumite obligații pozitive aflate în responsabilitatea statelor contractante, în sensul luării oricăror măsuri necesare care să aibă drept finalitate protejarea drepturilor prevăzute de către art. 8 din Convenție, fie că este vorba de raporturi între particulari și autoritățile ori instituțiile statului contractant, fie raporturi existente exclusiv între particulari⁶.

Astfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului⁷ a subliniat în numeroase rânduri că „în ciuda lipsei unei ingerințe din partea autorităților statului contractant în dreptul la viață privată a unui particular, obligația de a asigura efectivitatea drepturilor prevăzute în Convenție impune anumite obligații pozitive statelor membre iar aceste îndatoriri pot consta în luarea măsurilor necesare pentru a proteja drepturile prevăzute în art. 8 din Convenție chiar și în situația în care este vorba în cauză despre raporturi între particulari”⁸, fiecare stat contractant „fiind ținut să se doteze cu un arsenal juridic adecvat care să aibă drept scop tocmai îndeplinirea acestor obligații pozitive care îi incumbă pe temeiul art. 8 din Convenție”⁹.

Din lectura textului art. 8§1 al Convenției, se desprinde concluzia protejării a patru libertăți¹⁰ garantate în favoarea particularilor, respectiv protejarea vieții private a persoanei, a vieții familiale, a corespondenței și a domiciliului. Dificultăți majore apar în situația în care se urmărește definirea sintagmelor de „viață privată” ori „viață familială”, iar această dificultate a determinării cu precizie a acestor noțiuni a determinat atât Curtea Europeană a Drepturilor Omului¹¹ cât și doctrina în materie¹² să evite oferirea unei definiții în acest sens, preferând a nu închista aceste concepte într-o tentativă de formulare exhaustivă¹³.

În esență, sintagma de „viață privată” din cuprinsul art. 8§1 din Convenție, astfel cum este acest text interpretat de către instanța de la Strasbourg, se compune din dreptul persoanei la viață privată *personală* și viață privată *socială*. În timp ce prima noțiune implică aspectele intime ale unui individ ce țin de personalitatea acestuia ori de viața sa intimă¹⁴, cea de-a doua implică „dreptul persoanei de a stabili și dezvolta relații cu semenii săi”¹⁵. În aceeași notă, fosta Comisie a decis că legătura existentă între două persoane care au locuit împreună, existând o oarecare dependență emoțională între acestea, fără a însă ca această legătură să fie suficient de intensă pentru a putea fi caracterizată ca aparținând noțiunii de „viață familială”, este o legătură care face parte din dreptul acestora la *viață privată socială*¹⁶.

Pe de altă parte, protejarea dreptului la „viață familială” presupune existența, în sensul art. 8§1 din Convenție, a unei familii, noțiune care are, în sistemul protecției drepturilor omului consacrat de către Consiliul Europei, un înțeles autonom. În interpretarea acestei dispoziții a Convenției, instanța de la Strasbourg nu a făcut distincție între familia „legitimă”, având la bază existența unei căsătorii, și familia „naturală”, neîntemeiată pe un astfel de act, ci fiind o simplă stare de fapt¹⁷. În ceea ce privește raporturile dintre soți, precum și între părinți și copii¹⁸ (indiferent de existența ori inexistența unei căsătorii¹⁹), acestea sunt incluse de principiu în sfera raporturilor aparținând vieții familiale. În restul cazurilor, simplele legături dintre anumite persoane, fie acestea chiar sangvine, nu sunt suficiente pentru a le putea caracteriza *de plano* ca fiind legături de familie, ci este necesară constatarea existenței unei relații *efective*²⁰ – criteriu autonom dezvoltat de instanța de la Strasbourg și analizat în fiecare speță în funcție de circumstanțele concrete ale cauzei. Așadar, chiar în lipsa existenței vreunei legături biologice sau juridice, este posibilă considerarea raporturilor dintre anumite persoane ca fiind raporturi familiale, în accepțiunea art. 8§1 din Convenție, în situația în care, ținând seama de toate împrejurările cauzei, se poate concluziona că respectivele persoane au constituit o „familie”, în sensul dispozițiilor tratatului internațional. Astfel, Curtea

a arătat în hot. *X, Y și Z* contra Marii Britanii că anumite aspecte trebuie să fie luate în considerare în analiza existenței unor raporturi familiale²¹, respectiv dacă persoanele locuiesc împreună²², durata relațiilor dintre acestea ori existența unor copii pe care să îi aibă împreună²³. În situația în care acestea aspecte coroborate cu restul circumstanțelor cauzei determină concluzia unor raporturi afective suficient de „caracterizate”, se poate conchide că există o „familie” în accepțiunea art. 8§1 din Convenție, astfel încât discuția se va putea pune (și) în raport de dreptul persoanei la „viață familială” garantat de această dispoziție aparținând sistemului de protecție a drepturilor omului instituit sub egida Consiliul Europei.

4. Efectul orizontal al art. 8§1 din Convenție. Doctrina în materie, pornind de la concluziile instanței europene din cauzele *X și Y c. Olanda*²⁴, *Stubbings și alții c. Marea Britanie*²⁵ și *Babylonová c. Slovacia*²⁶ conform cărora revine cu titlu de îndatorire statelor membre a asigura efectivitatea drepturilor prevăzute în Convenție chiar și în situația în care este vorba de raporturi exclusiv între particulari, a subliniat faptul că art. 8§1 din Convenție beneficiază de un „efect orizontal”, ceea ce presupune că „acesta creează drepturi și obligații nu doar în raporturile unei persoane de drept privat cu statul ori autoritățile publice, ci și între persoane de drept privat”²⁷.

5. Art. 5 din Cod civil român/art. 6 Cod civil francez. Potrivit art. 5 din Codul Civil român, „nu se poate deroga prin convenții sau dispoziții particulare (acte juridice unilaterale, p.n. – S.G.), la legile care interesează ordinea publică și bunele moravuri”. Avându-și corespondentul în art. 6 C. civ. francez²⁸, acest text de lege, combinat cu prevederile art. 8§1 din Convenție, a constituit temeiul juridic pe baza căruia instanțele inferioare franceze au considerat ca fiind *ilicită* clauza prin care i se interzicea chirieișului de a găzdui persoanele apropiate.

Raționamentul este pe deplin corect. În primul rând, cât timp Convenția face parte integrantă din dreptul intern român conform art. 11, alin. (2) din Constituția României²⁹, republicată, orice prevedere contractuală trebuie raportată, prin filtrul art. 5 C. civ. român/art. 6 C. civ. francez, și la prevederile tratatului internațional, căci acesta reprezintă tot o „lege”³⁰.

Dacă în urma acestei analize se constată că o stipulație contractuală contravine dispozițiilor incidente în cauză a unui tratat internațional ratificat în dreptul intern, act care poate fi calificat ca aparținând „ordinii publice” [art. 5 C. civ. român], concluzia care se impune este aceea a nevalabilității respectivei prevederi contractuale.

În al doilea rând, așa cum am subliniat anterior, art. 8§1 din Convenție asigură „dreptul individului de a stabili și dezvolta relații cu semenii săi”³¹, revenind statelor semnatare ale tratatului internațional **obligația** de a asigura efectivitatea drepturilor prevăzute în art. 8§1 din Convenție chiar și în situația în care este vorba în cauză despre raporturi exclusiv între particulari³², fiecare stat contractant „fiind ținut să se doteze cu un arsenal juridic adecvat care să aibă drept scop tocmai îndeplinirea acestor obligații pozitive care îi incumbă pe temeiul art. 8 din Convenție”³³.

În considerarea acestor obligații pozitive de a garanta stabilirea și dezvoltarea relațiilor unei persoane cu semenii săi, Curtea de Casație franceză, efectuând o aplicație corespunzătoare a efectului orizontal (*supra*, nr. 4) al art. 8§1 din Convenție, a constatat că o prevedere contractuală care interzice chiriașului de a-și găzdui persoanele apropiate nu poate produce efecte, căci ar avea drept consecință încălcarea posibilității chiriașei de a fixa și a dezvolta relații cu tatăl copiilor săi, precum și cu sora acestuia, lucruri care ar fi determinat violarea de către statul francez al prevederilor art. 8§1 din Convenție.

6. Art. 5 din Cod civil român/art. 6 Cod civil francez. Continuare. Este în afara discuției că, datorită obligațiilor asumate necondiționat de către statele membre prin aderarea la sistemul de protecție a drepturilor omului instituit de către Consiliul Europei precum și datorită faptului că prevederile Convenției au, de principiu, prioritate de aplicare în fața oricărei dispoziții interne contrare, tratatul internațional constituie o lege care vizează ordinea publică³⁴, în sensul art. 5 C. civ. român și art. 6 C. civ. francez³⁵.

O problemă trebuie totuși analizată: care va fi sancțiunea concretă atașată stipulării unei clauze contrare art. 8§1 din Convenție, în condițiile în care acest text reprezintă o *libertate*³⁶ a particularului, norma fiind edictată în vederea protejării *intereselor* acestuia?

Tradițional, orice clauză vexatoare a ordinii publice era sancționată *de plano* cu nulitatea absolută. Doctrina modernă însă procedează însă la o bifurcare a noțiunii de ordine publică, divizând această noțiune în *ordine publică de direcție* și *ordine publică de protecție*³⁷. În continuare, transgresarea primei noțiuni este sancționată cu nulitatea absolută, dat fiind faptul că ordinea publică de direcție are ca finalitate apărarea intereselor economice generale³⁸. Pe de altă parte, spre deosebire de prima noțiune, cea de-a doua, respectiv *ordinea publică de protecție*, presupune protejarea unui interes particular³⁹ al unei părți contractante⁴⁰, de regulă aflată în inferioritate față de cocontractantul său. Așadar, cât timp o clauză contractuală aduce atingere unei prevederi legale de ordine publică, însă singura

parte vexată de această stipulație este un contractant, soluția care se impune nu poate fi decât nulitatea *relativă*, căci aceasta sancționează încălcarea unei norme având ca obiect protejarea interesului personal al unei părți contractante⁴¹.

Apreciem că, în considerarea exclusivității interesului particular protejat, această din urmă concluzie se va răsfrânge și asupra stipulării unei clauze contrare art. 8§1 din Convenție, ca de exemplu respectiva prevedere contractuală adusă înspre analizare Curții de Casație franceze care ar avea drept efect interdicția chiriașului de a găzdui în locuința închiriată persoanele apropiate. Prin urmare, o astfel de clauză va fi, raportat la art. 8§1 din Convenție și la art. 5 din Codul civil român/art. 6 Codul civil francez, susceptibilă de a fi sancționată cu nulitatea relativă.

Nulitatea relativă va urma regimul juridic general al acestei sancțiuni, trebuind a fi invocată de către partea afectată de viciul actului respectiv⁴², neputând fi ridicată din oficiu de către instanța de judecată⁴³. De asemenea, nulitatea relativă poate fi invocată pe cale de acțiune în termenul de prescripție prevăzut de art. 9, alin. (2) al Decretului 167/1958⁴⁴. După cum just s-a subliniat, *que temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*⁴⁵, astfel încât aderăm și noi la opinia conform căreia excepția de nulitate relativă este imprescriptibilă⁴⁶ extinctiv⁴⁷.

7. Nulitate totală sau parțială? Stabilite fiind că o prevedere care are drept efect interzicerea chiriașului de a găzdui în locuința închiriată persoanele apropiate sieși este anulabilă, subsecvent se pune problema sorții contractului de locațiune înșiși. Nulitatea va lovi actul juridic în sens de *negotium* în integralitatea acestuia sau este posibilă disocierea organică a clauzei afectate de nulitate de restul ansamblului contractual astfel încât doar aceasta din urmă să fie asanată?

Criteriul după care vom putea identifica răspunsul la această întrebare rezidă în teoria cauzei⁴⁸: dacă stipulația ilicită este cauza determinantă⁴⁹ a încheierii actului, nulitatea va lovi integralitatea⁵⁰ manifestării de voință juridică⁵¹ [art. 1008 C. civ]. În cazul contrar, vom discuta de o nulitate parțială⁵², ce va afecta doar clauza respectivă, lăsând intact restul actului juridic⁵³.

Ab initio trebuie prezumat caracterul nedeterminant al unei astfel de clauze, pentru a face o aplicație corespunzătoare principiului salvagărdării actului juridic, principiu care se bucură actualmente, pe drept cuvânt, de o largă audiență doctrinară, extrăgându-și resortul din aplicațiile (deloc neglijabile!) pe care Codul Civil român de la 1864 le face în această materie⁵⁴, fiind însușit corespunzător și de către jurisprudență⁵⁵. Pe cale de consecință, manifestarea de voință cuprinsă într-un act juridic trebuie să aibă eficacitatea maximă posibilă pentru realizarea scopului urmărit de părți⁵⁶, astfel încât ori de câte ori este posibil, nulitatea trebuie să fie parțială⁵⁷, ea constituind regula⁵⁸.

În situația în care analiza de „esențialitate” efectuată de către judecătorul cauzei, obligat în baza rolului activ a o efectua [art. 129, alin. (5) C. pr. civ.], nu răstoarnă prezumția caracterului nedeterminant al clauzei ilicite, astfel încât sancțiunea nulității *in toto* a actului juridic ar fi evitată, partea care ar stăruii în invocarea caracterului decisiv și impulsiv al respectivei clauze la încheierea contractului va fi obligată să dovedească acest aspect [art. 1169 C. civ.]. Fiind vorba de o problemă de fapt, proba acesteia este liberă, nefiind incidente dispozițiile în materie de probațiune care impun administrarea probei cu înscrișuri [art. 1191, alin. (2) C. civ.].

8. Persoanele a căror găzduire nu poate fi prohibită. *Ab initio*, o clauză contractuală nu poate avea ca efect imposibilitatea chiriaşului de a găzdui în locuința închiriată persoanele care aparțin „familiei” sale, deoarece o astfel de stipulație ar contraveni prevederilor art. 8§1 din Convenție referitor la garantarea dreptului la „viață familială”. Astfel, o astfel de clauză va fi anulabilă în situația în care ar avea drept efect interzicerea chiriaşului de a-și găzdui copiii⁵⁹, soția/soțul sau o altă persoană față de care criteriile enunțate de către Curte în afacerea *X, Y și Z* contra Marii Britanii⁶⁰ ar determina concluzia existenței unor raporturi de familie, în accepțiunea convențională autonomă a acestei noțiuni.

Pe de altă parte, în ceea ce privește restul persoanelor care nu pot fi considerate ca aparținând „familiei” locatarului, acestuia din urmă în continuare nu-i poate fi impusă interdicția găzduirii persoanelor *apropiate*, deoarece prevederile Convenție protejează nu doar dreptul la viață familială, ci și, după cum am subliniat anterior, dreptul la „viață privată” socială ceea ce presupune „dreptul persoanei de a stabili și dezvolta relații cu semenii săi”⁶¹. Astfel, de pildă, reprezintă persoane *apropiate* a căror găzduire nu poate fi prohibită: logodnica chiriaşului (în ipoteza în care relațiile dintre aceste persoane nu sunt suficient de caracterizate pentru a atrage prevederile art. 8§1 din Convenție referitor la noțiunea de „viață familială”⁶²), concubina locatarului, o rudă mai îndepărtată (unchi, mătușă, văr etc.), o persoană față de care locatarul este legat printr-o relație puternică de amiciție, precum și orice altă persoană față de care se poate concluziona existența unei legături afective între aceasta din urmă și locator, nefiind necesar ca intensitatea acestei legături să atingă pragul necesar pentru a fi considerată ca aparținând sferei „vieții familiale” a locatarului.

În schimb, în situația în care locatarului îi este prohibită găzduirea oricărei alte persoane în afara celor *apropiate*, o astfel de interdicție nu prezintă nici un element ilicit, astfel încât nerespectarea acesteia de către chiriaș dă loc locatarului posibilitatea de a rezilia (pe cale judiciară ori prevalându-se de un pact comisoriu) convenția de locațiune⁶³.

9. Soluție aplicabilă și în dreptul intern. Concluziile și raționamentul Curții de Casație franceze expus în prezenta decizie nu doar că pot fi adoptate de către instanțele arondate sistemului judiciar român, ci acestea din urmă au chiar o veritabilă *obligatie* de a proceda, *mutatis mutandis*, în acest mod.

Concluzia enunțată de către instanța supremă franceză nu poate fi restrânsă doar la ceea ce privește contrarietatea unei norme private⁶⁴ cu o dispoziție a art. 8 al Convenției. Cu mult mai valoroasă decât decizia de speță în sine este raționamentul din spatele acesteia. Prin urmare, cât timp, asemenea sistemului de drept francez, și sistemul juridic autohton a ratificat Convenția Europeană pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților fundamentale, aceasta făcând parte din dreptul intern, orice prevedere contractuală trebuie raportată, prin filtrul art. 5 C. civ. român, nu doar la dispozițiile normelor „pur-sânge” interne, ci și la dispozițiile Convenției precum și a oricărui alt tratat internațional parte a dreptului intern [art. 11, alin. (2) Constituția României] aplicabile în speța concretă deferită înspre judecare instanțelor interne. În egală măsură, aceeași operațiune trebuie efectuată și în raport de presupusa contrarietate a unei norme private cu alte norme de sorginte internațională⁶⁵ parte integrantă a sistemului juridic autohton⁶⁶. În ipoteza în care această analiză relevă existența unei disonanțe între „legile” de ordine publică aplicabile în speța concretă, pe de o parte, și norma privată, pe de altă parte, concluzia care se impune este aceea a nevalabilității acesteia din urmă.

Soluția nulității relative este, într-adevăr, aplicabilă în cazul concret al stipulării unei clauze contrare art. 8§1 din Convenție, deoarece această din urmă prevede protejează exclusiv un interes privat. Însă nu întotdeauna se va putea reține o astfel de sancțiune, astfel încât în ipoteza în care se constată faptul că o anumită normă privată sfidează o „lege” (înțelesă *lato sensu* astfel încât să cuprindă și dispozițiile internaționale relevante în materie) de ordine publică, va fi necesară cercetarea *in casu* a interesului protegit de respectiva normă. Astfel, în situația în care, asemenea art. 8§1 din Convenție, interesul protejat este exclusiv unul particular, norma juridică transgresată putând fi circumscrisă sferei ordinii publice de protecție, iar sancțiunea vexării acestei ordini va fi cea a nulității relative. În schimb, în situația în care interesul ocrotit este unul precumpănitor public, nulitatea va fi absolută⁶⁷.

10. Concluzie. Datele speței analizate sunt insuficiente pentru a ne putea da seama dacă instanțele inferioare franceze, pentru a concluziona în sensul caracterului ilicit al clauzei invocate de către reclamantul locator în susținerea acțiunii în reziliere intentate, au efectuat o analiză a interesului protejat de art. 8§1 din Convenție pentru a determina dacă acesta se circumscribe ordinii publice

de protecție sau nu. Subsecvent, ne este imposibil a determina poziția aceluiași instanțe asupra caracterul relativ ori absolut a nulității respectivei stipulații contractuale contrare art. 8§1 din Convenție. Nu în ultimul rând, detaliile asupra relațiilor dintre locatară și tatăl ultimilor doi copii ai acesteia nu sunt prezentate, astfel încât nu este posibil nici a determina dacă instanțele franceze au apreciat ca respectiva clauză care are drept efect interdicția chiriei de a-l găzdui pe tatăl ultimilor doi copii ai săi determină incidența art. 8§1 din Convenție în raport de ocrotirea dreptului locatarii la „viață familială” ori doar în raport de protejarea dreptului acesteia la „viață privată socială”.

Cu toate acestea, aspectul principal pe care am dorit să îl subliniem este că, asemenea cum corect a procedat Curtea de Casație franceză, instanțele judecătorești au obligația de a aprecia caracterul licit ori ilicit al unei clauze contractuale raportându-se nu doar în exclusivitate la normele edictate de către instituțiile abilitate în acest sens ale statului român⁶⁸, ci apreciind respectivele prevederi contractuale, dacă este cazul, și în raport de normele incidente ale tratatelor internaționale ratificate de către Parlament [art. 11, alin. (2) Constituția României] precum și în raport de alte norme juridice de sorginte internaționale parte a dreptului intern (e.g. un regulament comunitar).

* Student anul III, Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca; gherdansergiu@yahoo.com.

¹ Cass. 3^e civ., 6 mars 1996, Bull. civ. III, n° 60; JCP, G., 1996.I.3958, n° 1, obs. **Ch. Jamin**; Recueil Dalloz 1997, p. 167, n. **B. de Lamy**; RTDciv. 1996, p. 867, obs. **J. Mestre**; p. 1024, obs. **J.-P. Marguénaud**; Defrénois 1996, p. 1432, obs. **A. Bénabent**; Revue de droit immobilier, 1996, p. 620, obs. **Fr. Collart-Dutilleul**, **J. Derruppé**; JCP, G., 1997.II.22764, n. **N. Van Tuong**. A se vedea și **A. Debet**, *L'influence de la CEDH sur le droit civil*, teză, Paris II, Ed. Dalloz, 2002, n. 429 și urm.; **C. Aubert de Vincelles**, *Bail*, Rép. civ. Dalloz, 2007, n° 7-8 și n° 92; **D. Oliver**, **J. Fedtke**, *Human rights and the private sphere*, Ed. Routledge, Oxford, 2007, p. 112-115; **N. Damas**, *Baux d'habitation et mixtes (Rapports locatifs individuels : loi du 6 juillet 1989)*, Rép. civ. Dalloz, 2007, n° 149; **H. des Lyons**, **Y. Rouquet**, *Baux d'habitation et professionnels (Loi du 1^{er} septembre 1948)*, Rép. civ. Dalloz, 2009, n° 135; **Ph. Malaurie**, **L. Aynés**, **Ph. Stoffel-Munck**, *Drept civil. Obligațiile*, trad. după ed. a 3-a, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, nr. 684, p. 365-366.

² Curtea de Casație franceză a arătat că o clauză nu poate avea ca efect interzicerea găzduirii de către chiriași a „ses proches”. Termenul are o semnificație duală, fiind folosit uneori ca sinonim pentru termenul de *rude apropiate*, alteori într-un sens mai larg, cuprinzând totalitatea persoanelor apropiate față de o persoană în cauză. Având în vedere că sintagma „ses proches” a fost folosită de către instanța supremă franceză în ipoteza în care chiriașa o găzduise, alături de tatăl ultimilor doi copii ai săi, și pe sora acestuia din urmă, putem concluziona că instanța de casare a avut în vedere sensul larg al termenului. În același sens, a se vedea **D. Oliver**, **J. Fedtke**, *op. cit.*, p. 112.

- ³ Ratificată în dreptul intern prin Legea 30/1994 (publicată în M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994) și, potrivit art. 20, alin. (2) din Constituția României republicată, având prioritate în aplicare în fața oricărei norme de drept intern (fie aceasta însăși Constituția) exceptând situația în care acestea din urmă sunt mai favorabile (*lex mitior*). Pentru detalii, a se vedea **I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale în dreptul român și în dreptul comparat***, Ed. C.H. Beck, București, 2006, nr. 149, p. 319 și urm.; **R. Chiriță, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentarii și explicații***, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 365 și urm.; **I. Muraru, E.S. Tănăsescu în I. Muraru, E.S. Tănăsescu (coord.), *Constituția României. Comentariu pe articole***, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 171 și urm. În cele ce urmează, ne vom referi, *brevitatis causa*, la „Convenție”.
- ⁴ Decizia în apel a fost pronunțată de C.A. Paris, 19 novembre 1992.
- ⁵ **C. Bîrsan, *op. cit.***, p. 597.
- ⁶ **C. Bîrsan, *op. cit.***, p. 696.
- ⁷ În continuare, „Curtea”.
- ⁸ CEDO, hot. din 26 martie 1985, *X și Y c. Olanda*, §22-23; CEDO, hot. din 22 octombrie 1996, *Stubbings și alții c. Marea Britanie*, §62; CEDO, hot. din 20 iunie 2006, *Babylonovă c. Slovacia*, §51.
- ⁹ CEDO, hot. din 25 ianuarie 2000, *Ignaccolo-Zenide c. România*, §108.
- ¹⁰ Art. 8 din Convenție reglementează *libertatea* respectării vieții private și de familie [**R. Chiriță, *op. cit.***, p. 417]. Spre deosebire de *drepturile fundamentale* ale omului garantate prin Convenție, *libertățile fundamentale* (libertatea de exprimare, de asociere, libertatea căsătoriei etc.) sunt la dispoziția titularului ocrotit prin respectivele norme juridice, acesta putând renunța la protecția oferită, pe când acest lucru este inadmisibil în cazul *drepturilor fundamentale*.
- ¹¹ CEDO, hot. din 11 iulie 2002, *Goodwin c. Marea Britanie*, §72; CEDO, hot. din 29 aprilie 2002, *Pretty c. Marea Britanie*, §61, Défrenois, 2002.1131, n. **Ph. Malaurie**; RTDciv., 2002, p. 858, n. **J.-P. Marguénaud**.
- ¹² **R. Chiriță, *op. cit.***, p. 420; **J.-F. Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului***, nr. 177, p. 241; **C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole***, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 602.
- ¹³ „Curtea nu consideră nici posibil, nici necesar să încerce să definească într-o manieră exhaustivă noțiunea de viață privată. Ar fi totuși prea restrictiv ca noțiunea să fie limitată la un cerc lăuntric în care oricine poate să își ducă viața personală după dorința sa, la adăpost de lumea exterioară. *Respectul vieții private trebuie să înglobeze, într-o anumită măsură, dreptul persoanei de a stabili și dezvolta relații cu alte persoane* (s.n. – S.G.)” – CEDO, hot. din 16 decembrie 1992, *Niemietz c. Germania*, §29; CEDO, hot. din 10 aprilie 2007, *Evans c. Marea Britanie*, §71.
- ¹⁴ A defini fidel această noțiune este extrem de dificil, iar doctrina în materie preferă explicarea acestei noțiuni prin exemple de speță. Astfel, sfera noțiunii de „viață privată” include dreptul la integritate fizică și psihică a persoanei (CEDO, hot. din 26 martie 1985, *X și Y c. Olanda*, §22), la identitate fizică și psihică (CEDO, hot. din 7 februarie 2002, *Mikulic c. Croația*, §53; CEDO, hot. din 13 februarie 2003, *Odièvre c. Franța*, §29), dreptul de a beneficia de documentele necesare dovedirii identității personale (CEDO, hot. din 24 iulie 2003, *Smirnova c. Rusia*, §95-97), dreptul la nume (CEDO, dec. din 7 decembrie 2004, *Mentzen c. Letonia*; CEDO, hot. din 22 februarie 1994, *Burghartz c. Elveția*, §24; CEDO, hot. din 24 octombrie 1996, *Guillot c. Franța*, §21-22), dreptul la reputație (CEDO, hot. din 21 septembrie 1994, *Fayed c. Marea Britanie*, §67; CEDO, dec. din 20 octombrie 2005, *Gunnarsson c. Islanda*), la identitate socială și sexuală (CEDO, hot. din 25 martie 1992, *B. c. Franța*, §43 și §63; CEDO, hot. din 11 iulie 2002, *Goodwin c. Marea Britanie*, §77), dreptul la orientare sexuală (CEDO, hot. din 22 octombrie 1981, *Dudgeon c. Marea Britanie*, §41) etc. Pentru o prezentare detaliată, a se vedea **R. Chiriță, *op. cit.***, p. 423 și urm.; **J.-F. Renucci, *op. cit.***, nr. 177, p. 241 și urm.; **C. Bîrsan, *op. cit.***, p. 610 și urm.

- ¹⁵ A se vedea CEDO, hot. din 31 ianuarie 1995, *Friedl* c. Austria, §45; CEDO, hot. din 6 februarie 2001, *Bensaïd* c. Marea Britanie, §47; CEDO, hot. din 13 februarie 2003, *Odièvre* c. Franța, §29. A se vedea și **R. Chiriță, op. cit.**, p. 431; **C. Bîrsan, op. cit.**, p. 602 și p. 606.
- ¹⁶ Comisia, dec. X c. Elveția *apud I. Lolies, La protection pénale de la vie privée*, P.U., Aix-Marseille, 1999, p. 61.
- ¹⁷ CEDO, hot. din 13 iunie 1979, *Marckx* c. Belgia, §31; CEDO, hot. din 26 mai 1994, *Keegan* c. Irlanda, §44; CEDO, hot. din 27 octombrie 1994, *Kroon și alții* c. Olanda, §30. A se vedea și **C. Bîrsan, op. cit.**, p. 645.
- ¹⁸ CEDO, hot. din 26 mai 1994, *Keegan* c. Irlanda, §44; CEDO, dec. din 29 iunie 1999, *Nylund* c. Finlanda.
- ¹⁹ Și distinct uneori chiar de recunoașterea juridică a filiației. A se vedea CEDO, dec. din 2 martie 2003, *Guichard* c. Franța; CEDO, hot. din 1 iunie 2004, *L.* c. Olanda, §37-40. În această ultimă speță, instanța a subliniat că, în ciuda faptului că reclamantul nu a încercat vreodată să își recunoască paternitatea, cu toate acestea copilul s-a născut dintr-o relație reală dintre el și mama fetei, relație care a durat 3 ani. Cu toate că reclamantul nu locuise împreună cu fetița și cu mama sa, acesta însă a fost prezent la momentul nașterii copilului, l-a vizitat ulterior în permanentă și s-a interesat de creșterea și educația sa. În aceste condiții, Curtea a concluzionat că între reclamant și copilul nou-născut s-au stabilit, dincolo de legătura biologică, veritabile raporturi ce țin de „viața familială”, în sensul art. 8 din Convenție.
- ²⁰ **J.-F. Renucci, op. cit.**, nr. 180, p. 267.
- ²¹ CEDO, hot. din 22 aprilie 1997, *X, Y și Z* c. Marea Britanie, §36.
- ²² A se vedea CEDO, hot. din 28 octombrie 1998, *Söderbäck* c. Suedia, §33. În speță, un copil a locuit timp de peste 6 ani și jumătate cu cel de-al doilea soț al mamei sale. Deși reclamantul l-a adoptat, în cele din urmă, pe minor, Curtea a reținut faptul că și înainte de adopție relațiile dintre aceștia au fost suficient de caracterizate pentru a se putea prezenta ca raporturi ce aparțin „vieții familiale”, în sensul art. 8 din Convenție.
- ²³ În ceea ce ne privește, dificultatea (recunoscută de către însăși instanța de la Strasbourg) circumscriserii fidele a noțiunilor de „viață privată” și „viață familială” precum și faptul că o analiză mult mai detaliată ar fi depășit obiectul prezentului comentariu, ne vom rezuma la această expunere sumară, făcând trimitere, pentru o prezentare detaliată, la lucrările relevante în materie: **R. Chiriță, op. cit.**, p. 419 și urm.; **J.-F. Renucci, op. cit.**, nr. 176 și urm, p. 240 și urm.; **C. Bîrsan, op. cit.**, p. 602 și urm.
- ²⁴ CEDO, hot. din 26 martie 1985, *X și Y* c. Olanda, §22.
- ²⁵ CEDO, hot. din 22 octombrie 1996, *Stubbings și alții* c. Marea Britanie, §62.
- ²⁶ CEDO, hot. din 20 iunie 2006, *Babylonová* c. Slovacia, §51.
- ²⁷ **J.-P. Marguénaud (coord.), CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français**, La documentation Française, Paris, 2001, p. 90; **R. Chiriță, op. cit.**, p. 417.
- ²⁸ Art. 6 C. civ. fr. – „On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs”.
- ²⁹ Sistemul constituțional francez posedă o reglementare similară, art. 55 din Constituția franceză dispunând că „tratatele și acordurile internaționale ratificate sau aprobate vor avea, ulterior publicării lor, forță juridică superioară legilor, sub rezerva, în ceea ce privește fiecare tratat sau acord în parte, aplicării acestora de către cealaltă parte” - „Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie”.

- ³⁰ Potrivit art. 11, alin. (2) din Constituția României, „tratatele ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din dreptul intern”. Reiterăm faptul ratificării Convenției Europene pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților fundamentale precum și a protocoalelor adiționale ale acesteia prin Legea 30/1994 (publicată în M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994).
- ³¹ A se vedea CEDO, hot. din 31 ianuarie 1995, *Friedl* c. Austria, §45; CEDO, hot. din 6 februarie 2001, *Bensaid* c. Marea Britanie, §47; CEDO, hot. din 13 februarie 2003, *Odièvre* c. Franța. A se vedea și **R. Chiriță, op. cit.**, p. 431; **C. Bîrsan, op. cit.**, p. 602 și p. 606.
- ³² CEDO, hot. din 26 martie 1985, *X și Y* c. Olanda, §22-23; CEDO, hot. din 22 octombrie 1996, *Stubbings și alții* c. Marea Britanie, §62; CEDO, hot. din 20 iunie 2006, *Babylonová* c. Slovacia, §51.
- ³³ CEDO, hot. din 25 ianuarie 2000, *Ignaccolo-Zenide* c. România, §108.
- ³⁴ Definirea noțiunii de ordine publică stârnește, și astăzi, controverse, fiind practic imposibil de a formula o definiție precisă și stabilă [**L. Pop, Tratat de drept civil. Obligațiile**. vol. II – Contractul, Ed. Universul Juridic, București, 2009, nr. 141, p. 369]. Asemenea definirii incidenței și aplicabilității art. 8 din Convenție, majoritatea autorilor doctrinei de drept civil preferă explicarea acestei noțiuni prin analiza conținutului acesteia, uzând, în special, de exemple concrete. Pentru dreptul francez, un autor a numărat peste 20 de definiții diferite date acestei noțiuni [**J. Ghestin, Traité de droit civil. Le formation du contrat**, L.G.D.J., Paris, 1993, p. 171]. Pentru a da un exemplu, potrivit unui autor autohton [**L. Pop, op. cit.**, p. 370], cea mai reușită ar putea fi considerată definiția oferită de Marcel Planiol, care sublinia faptul că „o dispoziție este de ordine publică ori de câte ori este inspirată în considerarea interesului general care ar fi compromis dacă particularii ar fi liberi să împiedice aplicarea legii” [apud **L. Pop, op. cit.**, p. 370].
- ³⁵ În același sens, a se vedea **Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Drept civil. Obligațiile**, trad. după ed. a 3-a, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, nr. 649, p. 341.
- ³⁶ **R. Chiriță, op. cit.**, p. 417
- ³⁷ Pentru o abordare detaliată, a se vedea **A. Bénabent, Droit civil. Les obligations**, Montechristen, Paris, 2001, p. 112; **Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations**, Ed. Dalloz, Paris, 2005, p. 385-390; **L. Pop, op. cit.**, p. 377 și urm.; **Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, op. cit.**, nr. 650 și urm., p. 342 și urm.
- ³⁸ **L. Pop, op. cit.**, nr. 144, p. 381.
- ³⁹ Diferența dintre cele două noțiuni determină unii autori să afirme că este o problemă de grad al interesului protejat. A se vedea **J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1. L’acte juridique**, 10^e édition, Armand Colin, Paris, 2002, n° 297.
- ⁴⁰ Totuși, linia de demarcație dintre ordinea publică de direcție și cea de protecție este uneori extrem de greu de trasat [**J. Hauser, J.-J. Lemouland, Ordre public et bonnes moeurs**, Rép. civ. Dalloz, 2004, n° 26; **Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit.**, p. 391 ; **L. Pop, op. cit.**, p. 378; **Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, op. cit.**, nr. 650, p. 343] căci în toate regulile de protecție a intereselor particulare există, cel puțin rezidual, și un interes general.
- ⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 21 janvier 1992, Bull. civ. I, n. 22; Cass. 1^{re} civ., 10 janvier 1995, Bull. civ. I, n. 18; Defrenois 1995, p. 345, obs. **J.-L. Aubert**. Contra, a se vedea Cass. com., 3 novembre 1988, Defrenois, 1990, p. 740, obs. **J.-L. Aubert**. Din această ultimă decizie se poate deduce optica secției comerciale a instanței supreme franceze în sensul că sancțiunea aplicabilă ar fi întotdeauna nulitatea absolută, deoarece „ordinea publică de protecție are ca finalitate, pe lângă protecția intereselor particulare ale unei părți contractante, și asanarea morală a ansamblului raporturilor contractuale, scop aparținând interesului general” [**L. Pop, op. cit.**, p. 382].

- ⁴² Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 399; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, nr. 702, p. 359.
- ⁴³ Cass. 1^{re} civ., 15 février 2000, Bull. civ. I, n. 49; JCP, G., 2000.IV.1579 – „nerespectarea textelor susvizate, chiar și de ordine publică, nu poate fi opusă cererii persoanei decât dacă aceste dispoziții au drept obiect să protejeze”. A se vedea și X. Lagarde, *Office du juge et ordre public de protection* în JCP, G., 2001.I.312; J. Ghestin, *L’annulation d’office d’un contrat* în *Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 593 și urm.
- ⁴⁴ Publicat în Buletinul Oficial nr. 11 din 15 iulie 1960.
- ⁴⁵ „Ceea ce este prescriptibil pe cale de acțiune este imprescriptibil pe cale de excepție”.
- ⁴⁶ I. Reghini în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, ed. a II-a, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2008, p. 644-645, autor care subliniază că, de regulă, prescripția însăși se invocă pe cale de excepție, iar dacă s-ar porni de la premisa că excepțiile sunt prescriptibile s-ar ajunge la „un raționament adus la limita absurdului, întrebându-ne dacă nu cumva, în cele din urmă, și invocarea prescripției este supusă prescripției”. În sensul că excepția de nulitate relativă este imprescriptibilă sub aspect extinctiv, a se vedea M. Storck, *L’exception de nullité en droit privé*, Recueil Dalloz, 1987, chronique 67; G. Boroș, *Drept civil. Partea generală*, Ed. All Beck, București, 1998, p. 252; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, p. 267-269; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 416-418; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, nr. 708, p. 364-365; M. Nicolae, *Tratat de prescripție extinctivă*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 421-424. A se vedea și Cass. 3^e civ., 30 janvier 2002, Recueil Dalloz, 2002, p. 2837, obs. L. Aynès; Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 2853 din 30 mai 2003 (nepublicată); C.A. Cluj, dec. civ. nr. 17/2005 în *Curtea de Apel Cluj. Buletinul jurisprudenței 2005*, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2005, p. 135.
- ⁴⁷ Totuși, următoarea problemă s-ar putea ridica: lăsarea curgerii termenului de prescripție până în momentul împlinirii acestuia n-ar constitui, în realitate, o confirmare tacită a nulității? [în acest sens, a se vedea G. Beleiu, M. Nicolae, P. Trușcă, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a IX-a, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 226; P. Vasilescu în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 536]. Considerăm că răspunsul la această întrebare trebuie nuanțat. În primul rând, simpla scurgere a termenului de prescripție nu poate semnifica *de plano* confirmarea nulității relative, deoarece se poate întâmpla ca, de exemplu, prescripția să curgă fără ca titularul acțiunii să aibă cunoștința reală de respectivul viciu [Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, nr. 706, p. 363]. În al doilea rând, confirmarea trebuie să aibă o cauză specială, respectiv „intenția de a repara viciul pe care se întemeiază” anulabilitatea [art. 1190 C. civ.]. Concluzionând, deși într-adevăr confirmarea tacită a unui act juridic anulabil se poate manifesta prin lăsarea curgerii termenului de prescripție până la expirarea acestuia, totuși, pentru ca această conduită să fie susceptibilă a înlătura posibilitatea asanării actului, este necesar să fie efectuată în cunoștință de cauză și cu *intenția* de a înlătura acest viciu [a se vedea H., L., și J. Mazeaud par F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1^{er} vol. – Obligations: théorie générale, 7^e édition, Montchrestien, 1998, n^o 292].
- ⁴⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, nr. 719, p. 370-371.
- ⁴⁹ Cum părțile nu stabilesc, de regulă, caracterul esențial ori neesențial a unei prevederi contractuale, ca regulă generală analiza „esențialității” clauzei revine judecătorului, care va trebui să procedeze la o evaluare retrospectivă, raportându-se la voința reală a părților [art. 977 C. civ.]. A se vedea Y. Picod, *Nulité*, Rép. civ. Dalloz, 1994, n^o 96; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 420-421.

- ⁵⁰ Cass. req., 3 juin 1863, Recueil Dalloz Periodique, 1863.I.429; Recueil Sirey, 1864.I.269 – „este într-adevăr constant ca nulitatea unei condiții contrare legii să antreneze nulitatea donației la care este ea anexată, dacă este recunoscut, ca în actualul litigiu, că respectiva condiție a fost *cauza impulsivă și determinantă a actului* (s.n. – S.G.). A se vedea și Cass. 1^{re} civ., 15 février 2000, Bull. civ. I, n. 405; JCP, G., 1972.II.17191, n. J. Ghestin – „după ce a reamintit, pe bună dreptate, că, în termenii art. 1172 (C. civ. francez, echivalentul art. 1008 C. civ. român; p.n. – S.G.), orice condiție interzisă de către lege este nulă și face nulă convenția care depinde de ea și că așa stau lucrurile, cel puțin, atunci când clauza ilicită a fost, în spiritul părților, o condiție esențială a acordului lor de voință și că suprimarea sa ar fi avut drept consecință să bulverseze conținutul contractului, Curtea de Apel arată [...] că în comuna intenție a părților, clauza ilicită prezenta un caracter impulsiv și determinant”.
- ⁵¹ H., L., și J. Mazeud par F. Chabas, *op. cit.*, n^o 329.
- ⁵² Dreptul englez cunoaște o regulă particulară a nulității parțiale, respectiv așa-numita regulă a „creionului albastru”. Clauza ilicită poate fi considerată nescrisă (lovită de nulitate parțială) dacă este posibilă izolarea acesteia cu ajutorul unei sublinieri cu creionul [exemplificativ, a se vedea G.T. Pivateau, *Putting the Blue Pencil Down: An Argument for Specificity in Noncompete Agreements* în „Nebraska Law Review”, vol. 84, no. 3/2008, p. 672 și urm.]. Pe de altă parte, Codul federal elvețian al obligațiilor instituie prin art. 20, alin. (2) un sistem expres al nulității parțiale, respectiv dacă „contractul nu este viciat decât în unele dintre clauzele sale, numai aceste clauze sunt lovite de nulitate, cu condiția să nu trebuiască să se admită că respectivul contract n-ar fi fost încheiat în lipsa acestora” [a se vedea Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, nr. 716, p. 370].
- ⁵³ A se vedea C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. III, București, 1928, p. 785.
- ⁵⁴ Posibilitatea confirmării actului juridic anulabil [art. 1190 C. civ, art. 1167, alin. (2) C. civ.] și, prin excepție, posibilitatea confirmării donației informale, deci a unui act lovit de nulitate absolută [art. 1167, alin. (3) C. civ.], prevedere a cărei incidență a fost extinsă pe cale doctrinară și jurisprudențială și în ceea ce privește legatele testamentare nule pentru neîndeplinirea condițiilor de formă [a se vedea D. Chirică, *Liberalitățile ca specie a actului juridic*, în R.R.D.P. nr. 4/2008, p. 28; M. Grimaldi, *Droit civil. Les Libéralités. Partages d’ascendants*, Ed. Litec, Paris, 2000, p. 296-297; Trib. Supr., dec. civ. nr. 627/1973 în C.D. 1973, p. 196]; conversiunea actului juridic nul [sprijinită și de dispozițiile art. 978 C. civ., dispoziție legală care dispune interpretarea unei clauze contractuale „în sensul ce poate avea un efect, iar nu în acela în care nu poate avea niciunul”] a cărei aplicație este legal consacrată în ipoteza vizată de art. 923 C. civ. în ceea ce privește convertirea actului juridic în sens de *negotium*, precum și în ceea ce privește conversiunea *instrumentumului* probator al operațiunii juridice [art. 1172 C. civ.]; pe de altă parte, instanțele judecătorești au convertit cvasi-totalitatea înstrăinărilor nule absolut pentru lipsa formei în promisiuni sinalmatice de vânzare-cumpărare și exemplele pot continua.
- ⁵⁵ Î.C.C.J., s. civ. și de prop. intelectuală, dec. civ. nr. 2217/2005 în *Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2005*, Ed. C.H. Beck, București, 2005, p. 696.
- ⁵⁶ L. Pop, *op. cit.*, p. 483.
- ⁵⁷ L. Pop, *op. cit.*, p. 470.
- ⁵⁸ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 422.
- ⁵⁹ De principiu, noțiunea de „familie”, în accepțiunea art. 8§1 din Convenție, are drept consecință ca un copil născut într-o asemenea uniune este inserat de plin drept în cadrul ei. Aceasta înseamnă că din momentul și datorită înseși împrejurării nașterii sale există între copil și părinți o legătură constitutivă de

viață de familie [CEDO, hot. din 21 iunie 1988, *Berrehab* c. Olanda, §21; CEDO, hot. din 19 februarie 1996, *Gül* c. Elveția, §32; CEDO, hot. din 28 noiembrie 1996, *Ahmut* c. Olanda, §60], iar evenimentele ulterioare nu o pot distruge decât în circumstanțe excepționale [a se vedea **R. Chiriță, op. cit.**, p. 436].

⁶⁰ CEDO, hot. din 22 aprilie 1997, *X, Y și Z* c. Marea Britanie, §36.

⁶¹ A se vedea CEDO, hot. din 31 ianuarie 1995, *Friedl* c. Austria, §45; CEDO, hot. din 6 februarie 2001, *Bensaid* c. Marea Britanie, §47; CEDO, hot. din 13 februarie 2003, *Odièvre* c. Franța. A se vedea și **R. Chiriță, op. cit.**, p. 431; **C. Bîrsan, op. cit.**, p. 602 și p. 606.

⁶² A se vedea Comisia, dec. din 1 octombrie 1990, *Wakefield* c. Marea Britanie.

⁶³ De exemplu, găzduirea temporară a unor persoane fără adăpost ori a unei persoane total străine față de locatar ca urmare a rugăminții adresate în acest sens de către un vecin.

⁶⁴ În înțelesul acesteia de prevedere contractuală creată prin voința nomothetă (producătoare de efecte juridice) a participanților la circuitul civil.

⁶⁵ A se vedea **P. Catala, À propos de l'ordre public** în *Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 511 și urm.

⁶⁶ Cum ar fi, de pildă, regulamentele comunitare, care au efect direct în dreptul intern al statelor membre și caracter obligatoriu [art. 148, alin. (2) Constituția României]. A se vedea **P. Craig, G. de Burca, Dreptul Uniunii Europene**, trad. după ed. a IV-a de B. Andreșan-Grigoriu și T. Ștefan, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 103-105 și p. 346.

⁶⁷ De pildă, o persoană consimte printr-un contract să fie folosită pe post de ghiulea umană în cadrul unui spectacol organizat pentru amuzamentul unor terți [stare de fapt este reală și a fost adusă în atenția Consiliului de Stat francez! A se vedea Conseil d'État, Assemblée, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Recueil du Conseil d'Etat, p 372; **O. Cayla, Jeux de nains, jeux de vilains** în **G. Lebreton (coord.), Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996**, Ed. L'Harmattan, Paris, 1998, p. 151 și urm.] or consimte ca un terț oarecare nespecializat să-i amputeze un membru sănătos. Asemenea convenții, deși sancționate de normele dreptului intern cu nulitatea absolută ca urmare a *iliciteții cauzei* acestora [art. 966 și 968 C. civ. român], determină posibilitatea ca instanța de judecată sesizată cu anularea unor asemenea prevederi contractuale realmente barbare să poată dispune anularea acestora și în raport de prevederile art. 3 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, dispoziție care interzice orice formă de tortură ori de supunere la tratamente inumane sau degradante. Spre deosebire de art. 8 din Convenție, art. 3 consacră nu o libertate fundamentală a persoanei, ci un *drept fundamental* la care particularii nu pot renunța în mod valabil, deoarece valoarea socială ocrotită prin această normă nu ocrotește o valoare socială de care titularul acesteia poate dispune [pentru detalii a se vedea **R. Chiriță, op. cit.**, p. 96; **F. Streteanu, Tratat de drept penal. Partea generală**, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 532-533], iar statele semnatare ale Convenției au îndatorirea, cu titlu de obligație pozitivă, de a proteja orice persoană aflată sub jurisdicția acestora împotriva oricăror posibile atingeri ale dreptului acestora la demnitate umană, chiar și în situația în care tratamentele contrare art. 3 sunt aplicate de către persoane particulare [**R. Chiriță, op. cit.**, p. 105, **C. Bîrsan, op. cit.**, p. 139].

⁶⁸ De pildă, Parlamentul României este abilitat să adopte legi [art. 73, alin. (1) Constituția României], în timp ce Guvernul României este abilitat să adopte ordonanțe de guvern sau ordonanțe de urgență [art. 115 Constituția României], precum și hotărâri de guvern [art. 108, alin. (1) Constituția României].