

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

2/2021
aprilie-iunie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: conf.univ.dr. Șerban DIACONESCU

REDACTOR-COORDONATOR: asist. univ. dr. Dorin JOREA

SECRETAR DE REDACȚIE: lect. univ. dr. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

prof. univ. dr. Paul VASILESCU

prof. univ. dr. Ovidiu PODARU

prof. univ. dr. Mircea Dan BOB

prof. univ. dr. Sergiu BOGDAN

conf. univ. dr. Cosmin COSTAȘ

EDITORI CORECTORI (CAP LIMPEDE):

Botond-Zoltán PETRES

Adrian SOCOLAN

Ștefan TĂTĂRICI

REFERENȚI:

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

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

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

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

Mircea Ștefan MINEA – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Dan CHIRICĂ – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

CUPRINS

- » **Studii:** Carmen Tamara UNGUREANU: Rolul domiciliului în
responsabilitatea socială a grupurilor transnaționale de societăți în
Uniunea Europeană..... 5-52

- » **Articole:** Șerban DIACONESCU: Considerații asupra proiectului pentru
modificarea și completarea Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, a
Legii nr.134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și a
altor acte normative în materia protecției persoanelor cu dizabilități 53-91

- » **Articole:** Adrian TAMBA: Scrisoarea de garanție v. fideiusiunea. Cum le
distingem? 92-111

STUDII

ROLUL DOMICILIULUI ÎN RESPONSABILITATEA SOCIALĂ A GRUPURILOR TRANȘNAȚIONALE DE SOCIETĂȚI ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ

DOI: 10.24193/SUBBiur.66(2021).2.1
Data publicării online: 25.09.2021

Carmen Tamara UNGUREANU*

Rezumat: Ca efect al globalizării și al dezvoltării tehnologice, societățile din Uniunea Europeană (UE) și-au extins activitățile dincolo de piața unică europeană, formând grupuri transnaționale de societăți (GTS). GTS influențează economia statelor, această influență având atât aspecte pozitive, cât și negative. Responsabilitatea socială a societății (*Corporate Social Responsibility*) intervine în vederea înlăturării efectelor negative, care rezultă, în principal, din încălcarea drepturilor omului și din încălcarea regulilor privind protecția mediului înconjurător.

Forma clasică a GTS este aceea a unui grup de societăți în care o societate-mamă controlează filialele ei prin intermediul acțiunilor sau altor forme de proprietate. În această lucrare vom avea în vedere societățile-mamă sau societățile dominante din grup cu domiciliul/sediul în UE și cu filiale sau societăți dependente având domiciliul/sediul în state terțe UE. Vom arăta, utilizând mecanismele dreptului internațional privat, că societatea-mamă cu sediul în UE poate fi trasă la răspundere pentru prejudiciile cauzate de o filială a sa cu sediul într-un stat terț. Vom prezenta

* Prof. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, România, email: carmen.ungureanu@uaic.ro, <https://orcid.org/0000-0002-6091-8767>. O variantă prescurtată a acestei lucrări a fost publicată în cadrul volumului autoarei, *Drept internațional privat european în raporturi de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2021, p. 299-321.

câteva spețe emblematiche soluționate de instanțe din UE, care ilustrează schimbarea de paradigmă în spațiul UE cu privire la responsabilitatea socială a GTS. În final, vor fi analizate succint evoluțiile legislative la nivelul UE și a unor state membre.

Cuvinte cheie: responsabilitate socială, grup transnațional de societăți, domiciliul/sediul societății-mamă/societății dominante, instanța competentă, legea aplicabilă.

THE ROLE OF DOMICILE IN THE SOCIAL RESPONSIBILITY OF TRANSNATIONAL GROUPS OF COMPANIES IN THE EUROPEAN UNION

Abstract: As a result of globalisation and technological development, European Union (EU) companies have expanded their activities beyond the European single market, forming transnational groups of companies (TNG). TNG influences the economy of states; this influence has both positive and negative aspects. Corporate Social Responsibility intervenes in order to eliminate the adverse effects, which result mainly from the violation of human rights and the violation of the rules on environmental protection.

The classic form of TNG is a group of companies in which a parent company controls its subsidiaries through shares or other forms of ownership. This paper will consider parent companies or group's dominant companies domiciled in the EU and subsidiaries or dependent companies domiciled in third countries. Using the mechanisms of private international law, we will show that the EU-based parent company can be held liable for damages caused by a subsidiary based in a third country. We will present some emblematic cases solved by EU courts, which illustrate the paradigm shift in the EU space regarding the social responsibility of TNG. Finally, we will briefly analyse the developments of the EU and its member states legislation.

Keywords: social responsibility, transnational group of companies, domicile of the parent company/dominant company, competent court, applicable law.

Cuprins

I.	Clarificări introductive: întreprinderile europene pe piața mondială.....	8
II.	GTS și <i>corporate social responsibility</i>	11
A.	Reglementarea CSR la nivel european	12
B.	Reglementarea <i>soft law</i> a CSR la nivel global	14
III.	Răspunderea GTS pentru cauzarea de prejudicii referitoare la drepturile omului și la mediul înconjurător. Rolul domiciliului	17
A.	Extraterritorialitatea reglementării nord-americane <i>Alien Tort Claims Act</i> în materia răspunderii GTS	22
B.	Răspunderea GTS în dreptul european	27
	1. Instanța competentă conform dreptului internațional privat european pentru răspunderea GTS.....	28
	2. Legea aplicabilă răspunderii GTS conform dreptului internațional privat european	32
	3. Temeiul acțiunii în răspundere civilă delictuală pentru încălcarea drepturilor omului/regulilor de protecție a mediului.....	34
	4. Spețe emblematice soluționate de instanțe din state membre UE.....	36
IV.	Evoluții la nivel legislativ	42
A.	Proiecte legislative europene	42
B.	Evoluții legislative la nivel mondial	47
C.	Evoluții legislative în unele state membre UE	49
V.	Concluzii	52

I. Clarificări introductive: întreprinderile europene pe piața mondială

Ca efect al globalizării și al dezvoltării tehnologice, întreprinderile¹ din Uniunea Europeană (în continuare, UE) și-au extins activitățile dincolo de granițele statelor lor de *domiciliu*² și chiar dincolo de piața unică europeană. Expansiunea activităților economice a întreprinderii, frecvent, ia forma grupului de societăți.

OECD (*Organization for Economic Co-operation and Development*) în *Guidelines for multinational enterprises*³ definește grupul transnațional/multinațional de societăți ca fiind grupul de întreprinderi care operează în toate sectoarele economiei și care conține, de regulă, societăți sau alte entități stabilite în două sau mai multe state, și care sunt legate între ele, astfel încât pot coordona operațiunile lor în diferite moduri.

Forma clasică a grupului transnațional de societăți (în continuare, GTS) este aceea în care o societate-mamă domină și controlează filialele ei prin intermediul acțiunilor pe care le deține sau altor forme de proprietate sau

¹ În cuprinsul acestei lucrări noțiunea de *întreprindere* nu are neapărat sensul din reglementarea română (art. 3 C. civ.) care include și întreprinderile fără scop lucrativ, ci unul generic, utilizat în instrumente internaționale și europene, care, fără a fi definit, se referă la societatea comercială în sens larg, ce funcționează după principii comune oricărei reglementări, fiecare legislație națională având, însă, propriile abordări și particularități; astfel, noțiunea de întreprindere va fi utilizată alternativ cu aceea de societate.

² Așa cum vom arăta pe parcursul analizei, noțiunea de domiciliu al întreprinderilor/societăților în dreptul UE are o semnificație diferită de aceea din dreptul intern.

³ [Online]: <http://www.oecd.org/corporate/mne/>, (textul oficial: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>, arhivă: <https://perma.cc/6FC6-5GWA>).

influență⁴, asociindu-le strategiei ei globale⁵. O altă formă utilizată este aceea a unor unități de afaceri formal independente și integrate în lanțuri globale de producție și distribuție/lanțuri valorice, prin intermediul contractelor pe termen lung. Cum este cazul, de exemplu, a subcontractării internaționale, licenței, contractului de *manufacturing* (cunoscut în țările din estul Europei ca *lohn*), unde controlul este exercitat pe bază de dependență economică⁶. Caracteristica esențială este abilitatea uneia sau mai multor societăți să controleze alte societăți, indiferent dacă conexiunea dintre acestea se realizează pe baza deținerii unui procent din acțiuni sau doar pe bază de contract. În această accepțiune, grupul de societăți se confundă cu rețeaua contractuală⁷.

În literatura juridică din România⁸, se apreciază că grupul de societăți este caracterizat prin controlul exercitat de societatea dominantă (sau de acționarul dominant) asupra societăților din grup și de riscul unic al activității derulate de grup⁹.

⁴ G.-P. CALLIÈS, *Introduction: Transnational Corporations Revisited*, în *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, nr. 2/2011, p. 604, [online]: <https://www.jstor.org/stable/10.2979/indjglolegstu.18.2.601>, arhivă: <https://perma.cc/942E-SCPR?type=image>.

⁵ J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Editura Dalloz, Ediția a 3-a, Paris, 2014, p. 182.

⁶ G.-P. CALLIÈS, op.cit., p. 604.

⁷ Pentru dezvoltarea subiectului, C.T. UNGUREANU, *Drept internațional privat european în raporturi de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2021, pp. 291-299.

⁸ Pentru o prezentare detaliată a grupului de societăți, a se vedea, M.C. POPA, *Grupurile de societăți*, Editura C.H. Beck, București, 2011; M.C. POPA, *Grupurile de societăți din perspectiva practicii judecătorești*, în *Revista română de drept al afacerilor*, nr. 11/2015.

⁹ Gh. PIPEREA, *Drept comercial. Întreprinderea*, în *reglementarea NCC*, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 363 și urm.; Gh. PIPEREA, *Grupurile de societăți și influența acestora asupra principiilor fundamentale ale contractelor bilaterale*, în *Analele Universității din București, Seria Drept*, nr. II/2011.

GTS beneficiază de putere economică și socială, ceea ce îi facilitează pătrunderea în toate sectoarele economiei ale unei țări, inclusiv în cele de stat; în unele situații, îndeplinește funcții quasi-guvernamentale, oferind infrastructură, servicii sociale, locuințe și chiar organizare de alegeri¹⁰. Grupurile transnaționale de societăți *influențează* economia statelor (statele slab dezvoltate fiind dependente de grupurile transnaționale), această influență având atât aspecte pozitive, cât și negative. Astfel, este de necontestat contribuția GTS la creșterea economică, la transferul de tehnologie, la crearea de locuri de muncă, la specializarea personalului, ș.a., din statele pe teritoriul cărora operează, dar, în același timp reprezintă o sursă de probleme care variază, de la acapararea pieței naționale și eliminarea profesioniștilor locali, până la evaziune fiscală, poluarea mediului, încălcarea drepturilor omului prin facilitarea muncii forțate¹¹, a muncii desfășurate de copii, sprijinirea financiară și intervenția în politica statală a unor regimuri politice care încalcă drepturile omului, ș.a.

Pentru prevenirea și contracararea efectelor negative ale GTS intervine *corporate social responsibility* (în continuare, CSR).

¹⁰ J. WOUTERS, A.-L. CHANÉ, *Multinational corporations in international law*, Leuven Center for Global Governance Studies, working paper No. 29 – December 2013, p. 1, [online]: https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/2013/129wouterschane, revizuită în 2015, https://limo.libis.be/prim-explore/fulldisplay?docid=LIRIAS1855540&context=L&vid=Lirias&lang=en_US&search_scope=Lirias&adaptor=Local%20Search%20Engine&tab=default_tab&query=any.contains.Multinational%20Corporations%20in%20International%20Law&offset=0, arhivă: <https://perma.cc/E8N6-3YFM>.

¹¹ Cum este intens mediatizată muncă forțată a musulmanilor uiguri din regiunea Xinjiang, China, [online]: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2021/apr/09/cotton-slave-labor-uyghur-region-china>, arhivă: <https://perma.cc/8AQS-PYRP>; <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/china-83-major-brands-implicated-in-report-on-forced-labour-of-ethnic-minorities-from-xinjiang-assigned-to-factories-across-provinces-includes-company-responses/>, arhivă: <https://perma.cc/AYY3-UJ9F>.

II. GTS și *corporate social responsibility*

*Corporate social responsibility/responsible business conduct*¹² este un concept care privește răspunderea întreprinderii referitoare la impactul pe care aceasta îl are asupra societății. Întreprinderile au datoria de a conștientiza influența lor pozitivă și negativă asupra societății și a mediului înconjurător și de a lua măsuri pentru a preveni și, în caz de nevoie, pentru a înlătura orice efect negativ, inclusiv în lanțul global de producție și distribuție¹³. Acestui concept îi sunt subsumate, în principal, răspunderea pentru încălcarea drepturilor omului și pentru încălcarea regulilor privind protecția mediului înconjurător¹⁴.

¹² Termenul *responsible business conduct* (RBC) a fost propus de OECD, care l-a definit ca fiind „*making a positive contribution to economic, environmental and social progress with a view to achieving sustainable development and avoiding and addressing adverse impacts related to an enterprise's direct and indirect operations, products or services*”, [online]: https://ec.europa.eu/growth/industry/sustainability/corporate-social-responsibility_ro, arhivă: <https://perma.cc/XH32-KH88>.

¹³ [Online]: https://ec.europa.eu/growth/industry/sustainability/corporate-social-responsibility_ro, arhivă: <https://perma.cc/XH32-KH88>.

¹⁴ G. van Calster, *European Private International Law*, Second edition, Hart Publishing, Oxford, 2016, p. 357.

A. Reglementarea CSR la nivel european

Prin Directiva 2014/95/UE în ceea ce privește prezentarea de informații nefinanciare și de informații privind diversitatea de către anumite întreprinderi și grupuri mari¹⁵ a fost impusă întreprinderilor mari, care sunt entități de interes public și care, la data bilanțului, depășesc criteriul de a avea un număr mediu de 500 de angajați în cursul exercițiului financiar, o *declarație nefinanciară*, care trebuie să conțină informații privind cel puțin aspectele de mediu, sociale și de personal, respectarea drepturilor omului și combaterea corupției și a dării de mită, în măsura în care aceste informații sunt necesare pentru înțelegerea dezvoltării, performanței și poziției întreprinderii și a impactului activității sale (art. 19a). De asemenea, entitățile de interes public care sunt *societăți-mamă ale unui grup*, care, la data bilanțului pe o bază consolidată, depășesc criteriul de a avea un număr mediu de 500 de salariați în cursul exercițiului financiar, trebuie să includă în raportul consolidat al administratorilor o *declarație nefinanciară consolidată*, ce trebuie să conțină același tip de informații (art. 29a). Directiva a fost transpusă în legislația națională prin Ordinul Ministerului Finanțelor Publice nr. 1938/2016 din 17 august 2016 privind modificarea și completarea unor reglementări contabile¹⁶.

În ceea ce privește impactul asupra *mediului înconjurător*, asupra aspectelor sociale și de personal și asupra *drepturilor omului*, potrivit art. 11¹ (6) din Ordinul nr.1938/2016 „Declarația nefinanciară trebuie să

¹⁵ Directiva 2014/95/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 octombrie 2014 de modificare a Directivei 2013/34/UE în ceea ce privește prezentarea de informații nefinanciare și de informații privind diversitatea de către anumite întreprinderi și grupuri mari, JO, L 330/1, 15.11.2014.

¹⁶ M. Of. nr. 680, 2.09.2016.

conțină, în ceea ce privește *aspectele legate de mediu* [s.n.], detalii privind impactul actual și previzibil al operațiunilor entității asupra mediului și, după caz, asupra sănătății și a siguranței, utilizarea de energie regenerabilă și neregenerabilă, emisiile de gaze cu efect de seră, utilizarea apei și poluarea aerului. În ceea ce privește *aspectele sociale și de personal* [s.n.], informațiile furnizate în declarația nefinanciară se pot referi la acțiunile întreprinse pentru a asigura egalitatea de gen, punerea în aplicare a convențiilor fundamentale ale Organizației Internaționale a Muncii, condițiile de muncă, dialogul social, respectarea dreptului lucrătorilor de a fi informați și consultați, respectarea drepturilor sindicale, sănătatea și siguranța la locul de muncă, dialogul cu comunitățile locale și/sau acțiunile întreprinse pentru a asigura protecția și dezvoltarea acestor comunități. În ceea ce privește *drepturile omului, combaterea corupției și a dării de mită* [s.n.], declarația nefinanciară poate include informații privind prevenirea abuzurilor în materie de drepturile omului și/sau privind instrumentele instituite pentru combaterea corupției și a dării de mită.”.

Comisia europeană promovează responsabilitatea socială a întreprinderilor și le încurajează să adere la principiile internaționale în materie. Politica europeană cuprinde asigurarea vizibilității CSR și diseminarea de bune practici prin integrarea CSR în educație și cercetare¹⁷.

Pe 10 martie 2021, Parlamentul European a adoptat o rezoluție cu *recomandări* adresate Comisiei Europene cu privire la diligența necesară a întreprinderilor și răspunderea acestora [2020/2129(INL)]¹⁸. În expunerea

¹⁷ [Online]: https://ec.europa.eu/growth/industry/sustainability/corporate-social-responsibility_ro, arhivă: <https://perma.cc/XH32-KH88>.

¹⁸ [Online]: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_RO.html, arhivă: <https://perma.cc/F7D9-DYKX>.

de motive se subliniază că, deși este de datoria întreprinderilor să respecte drepturile omului și mediul, este responsabilitatea *statelor și a guvernelor* să protejeze drepturile omului și mediul, iar această responsabilitate nu trebuie transferată actorilor privați¹⁹. Rezoluția este însoțită de o propunere de directivă privind diligența necesară a întreprinderilor și răspunderea acestora, dispozițiile directivei, odată transpuse în legislațiile naționale ale statelor membre, urmând a fi *norme imperative* în sensul art. 16 din Regulamentul Roma II²⁰ (art. 20 din directiva propusă).

B. Reglementarea *soft law* a CSR la nivel global

La nivel internațional există o anumită așteptare, atât din partea statelor în curs de dezvoltare (importatoare de investiții), cât și din partea organizațiilor neguvernamentale, ca statele de origine ale GTS, mai precis, ale societăților dominante din grup, să exercite un control asupra activității acestuia, mai ales prin măsuri care să asigure că GTS nu acționează în detrimentul statelor gazdă și că respectă standardele internaționale²¹. În plus, atunci când au loc încălcări ale normelor internaționale, GTS să fie tras la răspundere, dându-se reglementărilor din statul de origine un efect extrateritorial, în sensul că, pentru acțiunile societăților din grup, acțiuni care au loc în state terțe, de regulă, slab dezvoltate, să fie trasă la răspundere

¹⁹ Punctul 2 din considerentele rezoluției.

²⁰ Regulamentul (CE) nr. 864/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 11 iulie 2007 privind legea aplicabilă obligațiilor necontractuale („Roma II”), JO, L 199, 31.7.2007, p. 40.

²¹ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, UK, 2010, p. 144.

societatea-mamă sau societatea dominantă din grup cu domiciliul în statul de origine.

În acest sens există și se dezvoltă un corp de norme *soft law*, care are ca scop reglementarea conduitei GTS. Printre acestea se numără:

- *Guiding Principles on Business and Human Rights*²² sau așa numitele *Ruggie Principles* din 2011, care au fost bine primite de GTS și receptate de state cu intenția de a le transforma în norme obligatorii. Cu toate acestea, nu au, încă, un impact în practica GTS²³.

- *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*²⁴ reprezintă un alt set de recomandări referitoare la o conduită responsabilă a GTS, cu ultima versiune din 2011.

- *ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy* este un instrument neobligatoriu, care privește dreptul muncii, încheiat între angajați, angajatori și state, cu ultima versiune din 2017²⁵.

- *Global Compact* este o inițiativă *soft law* pentru societățile care, în mod voluntar se angajează să respecte și să sprijine zece principii, în domeniul

²² [Online]:

https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf, arhivă: <https://perma.cc/DKR7-Z5UM>.

²³ J. Wouters, A.-L. Chané, op.cit., p. 13.

²⁴ Textul este disponibil [online]: <http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/>, arhivă: <https://perma.cc/6FC6-5GWA>.

²⁵ Textul este disponibil [online]: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf, arhivă: <https://perma.cc/3D6Z-BEF9>; a se vedea și, J. Letnar Cernic, *Corporate Responsibility for Human Rights: Analyzing the ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy* în *Miskolc Journal of International Law*, Vol. 6, nr. 1/2009, pp. 24-34, [Online]: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1459548.

drepturilor omului, al dreptului muncii, mediului înconjurător și anti-corupției²⁶; în prezent, la această inițiativă ONU participă peste 160 de state și peste 12.000 de societăți²⁷.

Cu toate acestea, se pare că normele *soft law* nu sunt suficiente. Aplicarea acestora este lăsată la aprecierea întreprinderii/societății/GTS și se bazează pe implementarea *voluntară* a unor reguli de conduită. Din jurisprudența existentă reiese, însă, că norme *hard law* sunt necesare pentru reglementarea conduitei GTS. Aceste norme sunt utile mai ales în cazul în care sunt cauzate prejudicii și se pune problema tragerii la răspundere a GTS.

Pe această linie se situează și inițiativa adoptării la nivelul Organizației Națiunilor Unite (în continuare, ONU) a unui tratat internațional, care să reglementeze activitățile societăților multinaționale/GTS și a altor întreprinderi în ceea ce privește respectarea *drepturilor omului*. În acest sens, în 2014, Consiliul Națiunilor Unite pentru Drepturile Omului (*UN Human Rights Council*), la inițiativa unui număr de state africane, arabe și latino-americane, a constituit un grup de lucru OEIGWG (*Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*)²⁸. Majoritatea statelor occidentale au votat împotriva acestui proiect, printre care UE și Statele Unite ale Americii (în continuare, SUA). În 2019, UE a revenit asupra poziției

²⁶ Informații pot fi consultate [online]: <https://www.unglobalcompact.org/>, arhivă: <https://perma.cc/RMY9-9J7M>

²⁷ [Online]: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants>, arhivă: <https://perma.cc/7FQD-XKWM>.

²⁸ UN Human Rights Council, Resolution 26/9 on Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights of 14 July 2014 (UN Doc A/HRC/RES/26/9), [Online] <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>, arhivă: <https://perma.cc/S8AM-QUUC>.

inițiale și a declarat că sprijină proiectul²⁹. Grupul de lucru a elaborat un tratat, al cărui *draft* a fost pentru a doua oară revizuit în 2020³⁰ și prin care nu sunt impuse societăților multinaționale obligații *directe* cu privire la drepturile omului, ci *statele* care vor deveni părți la tratat (dacă va fi adoptat) vor fi obligate să adopte sau, dacă există, să îmbunătățească reglementările lor naționale de drept administrativ, civil și penal pentru a putea trage la răspundere societățile stabilite pe teritoriul lor, inclusiv acelea cu activități transnaționale³¹.

Poate să fie, însă, un GTS ținut răspunzător de cauzarea de prejudicii referitoare la drepturile omului și la mediul înconjurător?

III. Răspunderea GTS pentru cauzarea de prejudicii referitoare la drepturile omului și la mediul înconjurător. Rolul domiciliului

GTS poate încălca *direct* drepturile omului prin angajarea de copii la muncă, muncă forțată, criterii discriminatorii de angajare, prejudicii aduse

²⁹ A. PETERS, S. GLESS, Ch. THOMALE, M.-Ph. WELLER, *Business and Human Rights: Making the Legally Binding Instrument Work in Public, Private and Criminal Law*, 2020, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIIL), Research Paper nr. 2020-06, p. 5. [Online]: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561482>.

³⁰ [Online]:

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-

[Rapporteur second revised draft LBI on TNCs and OBEs with respect to Human Rights.pdf](#), arhivă: <https://perma.cc/EN2W-FYB3>.

³¹ Potrivit art. 8.1 din proiectul de tratat ONU: „*State Parties shall ensure that their domestic law provides for a comprehensive and adequate system of legal liability of legal and natural persons conducting business activities, domiciled or operating within their territory or jurisdiction, or otherwise under their control, for human rights abuses that may arise from their own business activities, including those of transnational character, or from their business relationships.*”.

mediului și, prin asta, punerea în pericol a vieții și sănătății oamenilor. GTS poate încălca *indirect* drepturile omului prin sprijinirea financiară sau prin intervenția în politica statală ori prin crearea de infrastructură în state ale căror regimuri politice încălcă drepturile omului și regulile de protecție a mediului.

Deși GTS poate cauza prejudicii prin încălcarea normelor naționale și internaționale, din punct de vedere juridic, *GTS există, dar nu există*. Această afirmație se bazează, în primul rând, pe faptul că GTS nu are personalitate juridică, iar în absența personalității juridice a grupului, nu se poate recunoaște *naționalitatea* acestuia, care este un atribut al personalității juridice³². Fiecare entitate din grup are propria naționalitate. Neavând o naționalitate unică, GTS nu poate fi supus regulilor aplicabile într-un anumit stat, deoarece nu este național al unui stat, ci poate reuni o „constelație” de naționalități, în funcție de unitățile componente ale grupului.

Naționalitatea este expresia competenței unui stat de a stabili legătura cu naționalii săi și servește pentru determinarea condiției juridice a străinilor. Naționalitatea întreprinderii/societății este direct conectată cu *teritoriul* statului al cărui național este. Indiferent de criteriul în funcție de care se stabilește naționalitatea (criteriul sediului social, cu variațiile lui, criteriul înregistrării, criteriul controlului)³³, întreprinderea/societatea este legată de un anumit *loc/stat*, de care aparține și a cărui legislație i se aplică. Potrivit legislației române, persoana juridică are naționalitatea statului pe al cărui

³² P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, Ediția a 9-a, Editura Montchrestien, Paris, 2007, p. 732; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Ediția a 3-a, Editura Lextenso, Montchrestien, 2011, p. 27.

³³ Pentru detalii, a se vedea, C.T. UNGUREANU, *Dreptul comerțului internațional*, Editura Hamangiu, București, 2018, pp. 22-25.

teritoriu și-a stabilit *sediul social* [art. 2571(1) C. civ.]. În dreptul UE pentru *localizarea* în spațiu a unei persoane juridice/societăți, inclusiv transnaționale, se folosește noțiunea de *domiciliu*. Astfel, potrivit art. 63 (1) din Regulamentul Bruxelles I bis³⁴, o societate sau altă persoană juridică sau o asocieră de persoane fizice sau juridice are *domiciliul* în *locul* unde aceasta își are: „(a) sediul statutar; (b) administrația centrală; sau (c) punctul principal de activitate.”. Pentru Irlanda și Cipru sediul statutar este *sediul social* sau, în lipsa acestuia, *locul de înregistrare* sau, în lipsa acestuia, *locul conform legii căruia a avut loc constituirea* [art. 63 (2)].

În al doilea rând, GTS nu are o *lex societatis* unică, deoarece un GTS nu înseamnă o singură societate, ci un grup de societăți sau alte entități de afaceri conectate și integrate într-o entitate multinațională³⁵, fiecare unitate componentă având propria *lex societatis*, care reglementează funcționarea acesteia (a persoanei juridice). În prezent, nu există un statut juridic al GTS³⁶. Prin urmare GTS, ca entitate, nu poate fi tras la răspundere: este ca o *himeră fata morgana*, există dar nu poate fi atins.

Forma clasică a GTS, așa cum am arătat, este aceea a unui grup de societăți în care o societate-mamă controlează filialele ei prin intermediul acțiunilor sau altor forme de proprietate. Fiecare entitate răspunde pentru actele și faptele proprii. Comunitatea comercianților, de altfel, nici nu agreează ideea recunoașterii unui statut juridic al GTS, deoarece asta l-ar face ușor de „atins” și deci responsabil pentru orice act sau fapt al oricărei părți

³⁴ Regulamentul (UE) nr. 1215/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 12 decembrie 2012 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială, JO L 351/1, 20.12.2012.

³⁵ M. C. POPA, *Grupurile de societăți din perspectiva practicii judecătorești*, op.cit., p. 83.

³⁶ J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, op.cit., p. 182.

componente a grupului. Ideea abordării unitare a GTS, prin stabilirea unei legi aplicabile unice, nu își are originea în practică, ci aparține teoreticienilor. GTS profită de diferența între legislațiile care guvernează societățile, membre ale grupului și nu are nici un interes ca funcționarea grupului să fie supusă unei legi unice. Dimpotrivă, multitudinea de legi aplicabile societăților din grup este un factor de optimizare a gestiunii grupului³⁷.

De regulă, încălcarea drepturilor omului și a regulilor de protecție a mediului este consecința acțiunilor sau inacțiunilor unui membru al grupului, care *nu* este societatea-mamă (ce are naționalitatea unui stat exportator de investiții, dezvoltat), ci este o *entitate dependentă de societatea-mamă*, fără resurse financiare semnificative, care are naționalitatea unui stat importator de investiții, slab dezvoltat, cu un sistem juridic insuficient dezvoltat sau corupt.

În aceste condiții, se pune problema dacă o societate-mamă, cu *domiciliul* într-un stat membru UE, ar putea fi trasă la răspundere pentru prejudiciile cauzate de entitățile dependente de aceasta, care sunt *localizate* în state din afara teritoriului UE și care au cauzat prejudicii încălcând regulile CSR.

Potrivit reglementărilor naționale actuale din statele membre UE, temeiul juridic pentru răspunderea societății-mamă fie lipsește, fie este neclar și ineficient determinat.

În UE, problema răspunderii societății-mamă din grup, cu *domiciliul* într-un stat membru UE, s-a intensificat pe fondul numărului acțiunilor introduse de victimele încălcărilor drepturilor omului și a regulilor de protecție a mediului cu *domiciliul* în state din afara UE, acțiuni introduse în

³⁷ M. MENJUCQ, op.cit., p. 409.

state membre UE. Recurgerea victimelor la reglementările din spațiul european are și o motivație suplimentară, determinată de imposibilitatea acestora de a mai apela la justiția nord-americană, care, pentru o anumită perioadă, a fost un Robin Hood al drepturilor omului și al protecției mediului înconjurător³⁸.

³⁸ M. WELLER, A. PATO, *Local Parents as ‘Anchor Defendants’ in European Courts for Claims against Their Foreign Subsidiaries in Human Rights and Environmental Damages Litigation: Recent Case Law and Legislative Trends*, *Uniform Law Review*, Vol. 23, nr. 2/2018, p. 398.

A. Extrateritorialitatea reglementării nord-americe *Alien Tort Claims Act* în materia răspunderii GTS

Alien Tort Claims Act (în continuare, ATCA), cunoscut și ca *Alien Tort Statute*, adoptat în 1789, a reprezentat pentru o perioadă temeiul juridic al răspunderii GTS pentru încălcarea dreptului internațional sau, conform exprimării din ATCA, a *dreptului națiunilor*³⁹. Potrivit ATCA instanțele federale americane au competența să soluționeze orice acțiune civilă introdusă de un străin pentru delictе săvârșite prin încălcarea dreptului internațional sau a unui tratat al SUA⁴⁰.

În materia încălcării drepturilor omului, ATCA a început să fie folosit în anii 1970 de activiștii drepturilor omului în cauza *Filártiga v. Peña-Irala*⁴¹. În 1997 ATCA a fost folosit pentru prima oară de o instanță din California⁴² pentru soluționarea cauzei *Doe v. Unocal*, în care o societate multinațională a

³⁹ J. KOLIEB, 'Jesner v Arab Bank': The US Supreme Court Forecloses on Accountability for Corporate Human Rights Abuses, Australian International Law Journal, vol. 24/2018, p. 210 [online]: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3469011.

⁴⁰ „The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.” (28 U.S.C. 1350 - Alien's action for tort, [online]: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title28/html/USCODE-2011-title28-partIV-chap85-sec1350.htm>, arhivă: <https://perma.cc/UM8M-UADY>.

⁴¹ În această cauză un ofițer de poliție din capitala statului Paraguay a fost chemat în judecată în SUA pentru torturarea până la moarte a unui cetățean paraguayean pentru convingerile lui politice. Acțiunea a fost introdusă de familia victimei pe când se afla în SUA solicitând azil politic. Instanța americană s-a considerat competentă în temeiul ATCA și a acordat despăgubiri reclamanților de peste 10 milioane de dolari; hotărârea nu a putut fi pusă în executare în Paraguay ([online]: <https://ccrjustice.org/home/what-we-do/our-cases/fil-rtiga-v-pe-irala>, arhivă: <https://perma.cc/7T75-RUE7>).

⁴² Th.(MAXI) ADAMSKI, *The Alien Tort Claims Act and Corporate Liability: A Threat to the United States' International Relations*, în Fordham International Law Journal, vol. 34, nr. 6/2011, p. 1517 și urm.

fost chemată în judecată pentru încălcarea drepturilor omului. Reclamanții au pretins că *Unocal*, un GTS având societatea-mamă de naționalitate nord-americană, care construia o țeavă de gaz pentru guvernul din Birmania, a participat la tortura, munca forțată și uciderea populației aborigene din Birmania de către guvernul birmanez; în fața instanței americane, Birmania a invocat imunitatea de jurisdicție; *Unocal*, înainte de judecarea cauzei pe fond, a fost de acord să tranzacționeze (*to settle*) plătind victimelor despăgubiri⁴³.

În *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum*, Ken Saro-Wiwa și opt compatrioți ai săi au fost executați de guvernul nigerian pentru protestele împotriva poluării mediului de către companiile petroliere⁴⁴. Grupul de societăți *Royal Dutch Petroleum* a fost acuzat de complicitate cu regimul militar nigerian la abuzurile împotriva drepturilor omului. Înainte de a ajunge în fața instanței, în 2009, *Royal Dutch Petroleum*, negând toate acuzațiile, a acceptat să plătească familiilor victimelor despăgubiri în valoare de 19,5 milioane dolari⁴⁵.

Instanțele nord-americane au soluționat diferite cauze de încălcări ale drepturilor omului de către GTS⁴⁶, precum *Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.* (2007), *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*,

⁴³ M. SORNARAJAH, op.cit., p. 150.

⁴⁴ Noțiunea de companie este folosită în sensul de societate sau întreprindere, traducând termenul din limba engleză „*company*”; în același sens este folosit și termenul de corporație, prin traducerea cuvântului „*corporation*” care se apropie însă mai mult de noțiunea de GTS, așa cum este definit în Cambridge Dictionary ([Online]: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/corporation>, arhivă: <https://perma.cc/W8MM-7RUH>).

⁴⁵ J.M. AMERSON, *What's in a Name? Transnational Corporations as Bystanders Under International Law*, în St. John's Law Review, Vol. 85, nr. 1/2011, [Online]: <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol85/iss1/1>, arhivă: <https://perma.cc/Y9DD-S5V6>.

⁴⁶ Pentru detalii, a se vedea, J. WOUTERS, A.-L. CHANÉ, op.cit., pp.17-19.

Inc.(2009), *Romero v. Drummond Co.*, *Bowoto v. Chevron Corp.*, *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.*⁴⁷, devenind un fel de justiție internațională pentru încălcarea drepturilor omului.

În 2010 însă, la presiunea comunității de afaceri nord-americane, în cauza *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Corp* (2010), instanța (*2nd Circuit Court*)⁴⁸ a ajuns la concluzia că GTS nu poate fi tras la răspundere conform ATCA, deoarece dreptul națiunilor nu recunoaște răspunderea corporațiilor/companiilor⁴⁹. În fapt, în 2002, Esther Kiobel (și alții) au introdus o acțiune colectivă (*class action*) împotriva a trei companii petroliere: *Royal Dutch Petroleum*, de naționalitate olandeză, *Shell Transport and Trading Company*, de naționalitate britanică și *Shell Transport Petroleum Development Company of Nigeria*, de naționalitate nigeriană. Reclamantii au pretins că pârâții au colaborat cu armata nigeriană în vederea înăbușirii protestelor populației locale pentru daunele aduse mediului, că au aprobat și asistat armata nigeriană care a arestat, violat localnicii și le-a distrus proprietățile⁵⁰.

Hotărârea instanței de apel (*2nd Circuit Court*) a fost atacată la Curtea Supremă (*US Supreme Court*). Curtea a acceptat să soluționeze cauza, inițial cu privire la problema răspunderii corporațiilor în temeiul ATCA. Ulterior,

⁴⁷ S. KHOURY, D. WHYTE, *Corporate Human Rights Violations: Global Prospects for Legal Action*, Editura Routhledge, New York, 2017, p. 82 și urm.

⁴⁸ Pentru o prezentare sumară a sistemului judiciar nord-american, [Online]: <https://www.justice.gov/usao/justice-101/federal-courts>, arhivă: <https://perma.cc/7ZDL-RMG3>.

⁴⁹ A se vedea și M. STERIO, *Corporate Liability for Human Rights Violations: The Future of the Alien Tort Claims Act*, în *Case Western Reserve Journal of International Law* nr. 50/2018, p. 136 [online]: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol50/iss1/8>, arhivă: <https://perma.cc/GBM7-XTRE>.

⁵⁰ Th. (MAXI) ADAMSKI, op.cit., p. 1529.

Curtea a analizat și o problemă adițională, referitoare la posibilitatea și la circumstanțele în care ATCA permite instanțelor americane să judece o acțiune pentru încălcarea *dreptului națiunilor*, încălcare ce a avut loc pe teritoriul unui alt stat, decât SUA⁵¹. În final, Curtea Supremă s-a ocupat numai de admisibilitatea acțiunii pentru încălcarea drepturilor omului în afara teritoriului SUA, altfel spus, de problema extrateritorialității ATCA, lăsând nesoluționată problema răspunderii corporațiilor în temeiul ATCA. Curtea Supremă a stabilit că în cauze îndreptate împotriva corporațiilor multinaționale, care operează în diferite state, „*mere corporate presence*” în SUA nu este suficientă⁵² pentru competența instanțelor americane. Astfel, *US Supreme Court* s-a pronunțat în 2013 în sensul că ATCA nu este aplicabil atunci când fapta prejudiciabilă a avut loc în afara teritoriului SUA⁵³.

Esther Kiobel, în 2018, după insuccesul pe tărâm american, s-a îndreptat împotriva *Royal Dutch Petroleum/ Shell* la o instanță din Haga⁵⁴, căutând dreptate în UE. Instanța olandeză s-a declarat competentă, iar cauza este în curs de soluționare⁵⁵.

⁵¹ „[w]hether and under what circumstances the [ATCA] allows courts to recognize a cause of action for violations of the law of nations occurring within the territory of a sovereign other than the United States.” (M. STERIO, op.cit., p. 136).

⁵² M. STERIO, op.cit., pp. 137-138.

⁵³ S. KHOURY, D. WHYTE, op.cit. p. 86.

⁵⁴ [Online]: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/06/i-will-fight-to-my-last-breath-esther-kiobel-on-her-22year-battle-to-get-shell-in-court/>, [accesat 4.03.2021], arhivă: <https://web.archive.org/web/20210428122247/https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/06/i-will-fight-to-my-last-breath-esther-kiobel-on-her-22year-battle-to-get-shell-in-court/>.

⁵⁵ [Online]: <https://www.asser.nl/DoingBusinessRight/Blog/post/new-event-kiobel-in-the-hague-holding-shell-accountable-in-the-dutch-courts-16-october-2020>, arhivă: <https://perma.cc/FKU8-YYBF>.

US Supreme Court, care nu s-a pronunțat în cauza *Kiobel* cu privire la problema răspunderii corporațiilor/GTS în temeiul ATCA, a clarificat acest aspect în cauza *Jesner v. Arab Bank* în 2018. Cauza *Jesner* a început în 2004, când reclamantii s-au îndreptat împotriva filialei *Arab Bank* din New York, pretinzând că aceasta a facilitat finanțarea terorismului, mai ales printr-o asociație caritabilă din Texas, cu legături cu *Hamas*; reclamantii au solicitat despăgubiri de milioane de dolari pentru victimele ucise în atacurile teroriste. Când, în final, *US Supreme Court* a fost chemată să stabilească dacă corporațiile străine pot fi trase la răspundere (civilă delictuală) pentru încălcarea *dreptului națiunilor*, precum genocidul sau abuzuri săvârșite în privința drepturilor omului, a răspuns că, potrivit *principiilor actuale ale dreptului internațional*, nu poate fi angajată răspunderea corporațiilor sau altor entități morale⁵⁶.

Deși această hotărâre a Curții Supreme nord-americane a scos ATCA dintre puținele resorturi pe care victimele abuzurilor privind drepturile omului și ale protecției mediului le aveau la dispoziție, SUA continuă să se facă auzită în această materie. Astfel, în septembrie 2020 a adoptat *Uyghur Forced Labor Prevention Act* prin care, în principal, se urmărește interzicerea importului în SUA de bunuri din *Xinjiang Uyghur Autonomous Region*, China, considerând că acestea sunt rezultatul *muncii forțate* a populației

⁵⁶ „It does not follow, however, that current principles of international law extend liability—civil or criminal—for human-rights violations to corporations or other artificial entities. This is confirmed by the fact that the charters of respective international criminal tribunals often exclude corporations from their jurisdictional reach” din opinia judecătorului Kennedy, care a redactat opinia majorității Curții, p. 14, (hotărârea disponibilă [Online]: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-499_1a7d.pdf, arhivă: <https://perma.cc/Q7NW-PLTN>).

minoritare musulmane a uigurilor⁵⁷. O referire la uiguri se face și în Rezoluția Parlamentului European din 2020 cu privire la diligența necesară a întreprinderilor și răspunderea acestora, în care se „solicită Comisiei să efectueze o revizuire amănunțită a întreprinderilor cu sediul la Xinjiang care exportă produse în Uniune, pentru a identifica posibilele încălcări ale drepturilor omului, în special cele legate de represiunea uigurilor;” (punctul 4).

B. Răspunderea GTS în dreptul european

Persoanele ale căror drepturi fundamentale au fost încălcate, inclusiv ca urmare a daunelor provocate mediului înconjurător au domiciliul, de regulă, așa cum am precizat deja, în state slab dezvoltate/eventual în curs de dezvoltare, care sunt situate în afara UE.

Motivele pentru care persoanele prejudiciate introduc acțiuni împotriva societății-mamă sau a societății dominante în instanțe situate în UE și nu împotriva societăților din grup direct răspunzătoare de prejudiciile cauzate în statele unde au avut loc prejudiciile pot fi diverse: societatea din grup este posibil să nu aibă suficiente mijloace pentru acoperirea prejudiciului, pe când societatea-mamă este potentă financiar; sistemul judiciar din statul unde este localizată filiala direct responsabilă poate fi deficient, poate fi controlat de stat, poate favoriza filiala, iar victimele urmăresc aplicarea unor legi (din UE), care să le ofere protecție și despăgubiri echitabile, etc.⁵⁸.

⁵⁷ [Online]: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/6210/text>, arhivă: <https://perma.cc/C7R9-M5EX>.

⁵⁸ M. WELLER, A. PATO, op.cit., p. 400.

În UE, pentru a stabili dacă societatea-mamă sau societatea dominantă din grup răspunde pentru acțiunile/inacțiunile societăților pe care le controlează, trebuie să fie determinate, mai întâi, instanța competentă și legea aplicabilă.

1. Instanța competentă conform dreptului internațional privat european pentru răspunderea GTS

În ceea ce privește competența jurisdicțională este aplicabil Regulamentul Bruxelles I bis. Întrucât se pune problema răspunderii delictuale, aplicabile, în principal, sunt art. 4, care este regula generală de competență și art. 7(2) în materia răspunderii delictuale, reclamantul putând alege.

Conform art. 4 (1) din Regulamentul Bruxelles I bis, persoanele *domiciliate* pe teritoriul unui stat membru sunt acționate în justiție, indiferent de naționalitatea lor, în fața instanțelor respectivului stat membru. Se consideră, în temeiul art. 63 (1) din regulament, așa cum am arătat deja, că, o societate sau altă persoană juridică sau o asocieri de persoane fizice sau juridice are *domiciliul* în locul unde aceasta își are: „(a) sediul statutar; (b) administrația centrală; sau (c) punctul principal de activitate.”. Pentru Irlanda și Cipru sediul statutar este sediul social sau, în lipsa acestuia, locul de înregistrare sau, în lipsa acestuia, locul conform legii căruia a avut loc constituirea [art. 63 (2)]. Asta înseamnă că dacă societatea-mamă poate fi localizată pe teritoriul UE, utilizând unul dintre aceste puncte de legătură, atunci instanța de la locul sediului/înregistrării/administrației centrale/punctului principal de activitate va fi competentă.

Competența stabilită în temeiul art. 4 nu poate fi înlăturată, adică instanța sesizată nu poate să refuze judecarea cauzei pe motiv că o altă

instanță este mai potrivită să o judece, aplicând teoria cunoscută în dreptul anglo-saxon ca *forum non conveniens*. Potrivit acestei teorii, o instanță normal competentă poate refuza să soluționeze litigiul, dacă apreciază că o altă instanță este mai îndreptățită – „*more convenient*” – să-l judece⁵⁹. Articolul 4 din Regulament are la bază concepția continentală, potrivit căreia instanța normal competentă nu-și poate declina competența în favoarea unei instanțe „mai potrivite”⁶⁰. Aceasta reiese și din cauza *Owusu c. Jackson* (C-281/2002), unde CJUE a precizat că utilizarea teoriei *forum non conveniens* ar submina principiul certitudinii în stabilirea competenței, care este un principiu de bază al Regulamentului Bruxelles I bis.

Dacă societatea-mamă sau o altă societate din grup responsabilă de comiterea delictului nu este domiciliată în UE, atunci Regulamentul Bruxelles I bis nu este aplicabil. Potrivit art. 6(1), dacă pârâtul nu are domiciliul pe teritoriul unui stat membru, competența instanțelor este determinată de legislația statului membru în cauză.

În legislația din unele state membre există prevederi prin care se conferă competență instanțelor chiar și atunci când pârâtul nu este domiciliat în UE, utilizând, de exemplu, instituția *forum necessitatis*. În Codul de procedură civilă olandez există o asemenea prevedere⁶¹; și în Codul de

⁵⁹ A se vedea și A. REED, *Venue resolution and forum non conveniens: four models of jurisdictional propriety*, Center For Dispute Resolution, Missouri Law School, October 20-21, 2011, p. 25 și urm., [online]: http://nrl.northumbria.ac.uk/5978/3/Alan_Reed-Venue_Resolution_and_Forum_Non_Conveins-Four_Models_of_Jurisdictional_Propriety.pdf, arhivă: <https://perma.cc/HTH7-X3JL>.

⁶⁰ P. STONE, *EU Private International Law*, 2nd ed., Ed. Edward Elgar Publishing, 2010, Cheltenham, UK, p. 55.

⁶¹ A.G. CASTERMANS, J. VAN DER WEIDE, *The Legal Liability of Dutch Parent Companies for Subsidiaries' Involvement in Violations of Fundamental, Internationally Recognised Rights* (December 15, 2009), pp. 45-46, [online]: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1626225>.

procedură civilă română se prevede competența instanțelor române ca *for de necesitate*. Potrivit art. 1069 (1) „Instanța română de la locul cu care cauza prezintă o legătură suficientă devine competentă să soluționeze cauza, deși legea nu prevede competența instanțelor române, dacă se dovedește că nu este posibilă introducerea unei cereri în străinătate sau că nu se poate pretinde în mod rezonabil ca ea să fie introdusă în străinătate.”.

Potrivit art. 7(2) din Regulamentul Bruxelles I bis, în materie delictuală și *quasi-delictuală* este competentă instanța de la locul unde s-a produs sau riscă să se producă fapta prejudiciabilă. În ceea ce privește noțiunea de *loc al faptei prejudiciabile*, atunci când *fapta generatoare a prejudiciului și prejudiciul* se produc pe teritoriul unor state diferite, CJUE a stabilit, în decizia *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace* (C-21/76)⁶², că prin loc al faptei prejudiciabile se înțelege, deopotrivă, atât locul unde prejudiciul s-a produs, cât și *locul evenimentului causal*, reclamantul având posibilitatea de a alege între cele două instanțe.

În materia răspunderii delictuale pentru prejudicii aduse drepturilor omului/mediului reclamantul ar trebui să facă dovada că evenimentul causal, care a condus la producerea prejudiciului este localizat în UE, mai precis, ar trebui să probeze că lipsa de diligență/neglijența societății-mamă ori a

⁶² În cauza *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace*, un horticultor olandez a chemat în judecată Societatea *Mines de Potasse d'Alsace*, pentru a răspunde de prejudiciile cauzate reclamantului prin deversarea, în Franța, de deșeuri salin în apele Rinului, care i-au prejudiciat culturile aflate în Olanda. Fapta generatoare a avut loc în Franța, iar prejudiciul în Olanda. Pentru soluționarea litigiului competentă este, fie instanța franceză, de la locul evenimentului causal, fie instanța olandeză, de la locul prejudiciului produs, la alegerea reclamantului (horticultorul olandez a ales instanța olandeză).

societății dominante a avut ca rezultat prejudiciul care s-a produs pe teritoriul unui stat terț UE⁶³.

Întrucât această probă este dificil de făcut, soluția mai sigură este utilizarea normei generale de competență din art. 4.

În materie delictuală sau quasi-delictuală, este competentă și instanța locului unde fapta prejudiciabilă *riscă* să se producă. Victima potențială poate introduce, astfel, o *acțiune preventivă* împotriva unei întreprinderi, de exemplu, pentru ca instanța să o oblige să ia măsuri antipoluante, pentru a împiedica producerea unei fapte iminente, cu consecințe păgubitoare.

Un exemplu recent este acțiunea introdusă în 2019 de *Milieudefensie (Friends of the Earth Netherlands)*, o asociație pentru protecția mediului și alte organizații neguvernamentale și persoane fizice (17.000)⁶⁴ împotriva *Royal Dutch Shell (RDS)*, care este în curs de soluționare⁶⁵. Reclamanții pretind ca RDS să fie obligată să reducă emisiile de dioxid de carbon la 45% până în 2030 și la 0% până în 2050, conform Acordului de la Paris adoptat în temeiul Convenției-cadru a Națiunilor Unite asupra schimbărilor climatice din 2015⁶⁶, în vigoare din 2016, primul instrument multilateral obligatoriu din

⁶³ G. van CALSTER, *The Role of Private International Law in Corporate Social Responsibility*, Erasmus Law Review, nr. 3/2014, pp. 129-130.

⁶⁴ Aceste organizații sunt: ActionAid NL, Both ENDS, Fossilvrij NL, Greenpeace NL, Young Friends of the Earth NL, Waddenvereniging [online]: <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>, arhivă: <https://perma.cc/2YC5-KFHY>.

⁶⁵ [Online]: <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>, arhivă: <https://perma.cc/2YC5-KFHY>.

⁶⁶ Acordul a fost ratificat de România prin Legea nr. 57/2017, M. Of. nr. 276, 20.04.2017 și de UE, prin Decizia(UE) 2016/1841 a Consiliului din 5 octombrie 2016 privind încheierea, în numele Uniunii Europene, a Acordului de la Paris adoptat în temeiul Convenției-cadru a Națiunilor Unite asupra schimbărilor climatice, JO L 282/1, 19.10.2016.

punct de vedere juridic și cu participare universală în domeniul schimbărilor climatice.

2. Legea aplicabilă răspunderii GTS conform dreptului internațional privat european

În materia răspunderii delictuale, legea aplicabilă în UE se stabilește în temeiul Regulamentului Roma II. Regula generală de competență legislativă este cuprinsă în art. 4. Astfel, potrivit art. 4 (1) „legea aplicabilă obligațiilor necontractuale care decurg dintr-o faptă ilicită este legea țării în care s-a produs prejudiciul, indiferent în ce țară are loc faptul cauzator de prejudicii și indiferent de țara sau țările în care se manifestă efectele indirecte ale respectivului fapt.”. Punctul de legătură utilizat diferă față de cel aplicabil conform Regulamentul Bruxelles I bis, unde se are în vedere *locul faptei prejudiciabile*, care, în funcție de interpretarea dată de CJUE, poate fi atât *locul faptei generatoare a prejudiciului*, cât și *locul unde s-a produs prejudiciul*.

Această regulă de conflict nu profită victimelor care urmăresc aplicarea unei legi europene pentru soluționarea pe fond a litigiului, întrucât locul unde se produce prejudiciul se află într-un stat terț UE.

În art. 4(3) din Regulamentul Roma II este prevăzută o regulă derogatorie, numită *escape clause*, în care se dispune că, în cazul în care reiese clar, din toate circumstanțele speței, că fapta ilicită are în mod vădit mai multă legătură cu o altă țară decât aceea a locului unde prejudiciul s-a produs, se aplică legea acelei alte țări. În cazul CSR este destul de dificil de probat că

fapta ilicită are legătură cu locul unde este situată societatea-mamă⁶⁷ sau societatea dominantă, de aceea nu este o soluție potrivită⁶⁸.

În materia daunelor provocate mediului se aplică norma conflictuală din art. 7 Regulamentul Roma II, conform căruia, „Legea aplicabilă obligațiilor necontractuale care decurg din prejudicii aduse mediului sau din prejudicii suferite de persoane sau bunuri, ca urmare a unor prejudicii aduse mediului, este legea stabilită în conformitate cu articolul 4 alineatul (1), cu excepția cazurilor în care persoana care pretinde despăgubiri pentru aceste prejudicii dorește să-și întemeieze acțiunea pe legea țării în care a avut loc faptul cauzator de prejudiciu.”.

Prin urmare, victima are posibilitatea de a alege între legea locului unde s-a produs prejudiciul de mediu și legea locului unde a avut loc faptul cauzator/declanșator al prejudiciului. Legea aleasă se aplică atât prejudiciilor personale, cât și acelor patrimoniale. Victima este interesată să aleagă legea locului faptului cauzator al prejudiciului, urmărind să dovedească faptul că acolo unde este situată societatea-mamă își are originea fapta prejudiciabilă.

Unii autori sprijină ideea utilizării art. 17 din Regulamentul Roma II, conform căruia „În evaluarea comportamentului unei persoane a cărei răspundere este invocată, *se ține cont*, în fapt și în mod corespunzător, de normele de siguranță și comportament în vigoare în locul și în momentul producerii faptului care angajează răspunderea persoanei respective.”. Răspunderea societății mamă sau dominante pentru încălcările drepturilor omului sau de protecție a mediului s-ar întemeia pe regulile/normele de

⁶⁷ G. van CALSTER, *European Private ...* op.cit., p. 370.

⁶⁸ G. RÜHL, *Towards a German Supply Chain Act? Comments from a choice of law and a comparative perspective*, October 9, 2020, pp. 7-8, [online]: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3708196.

siguranță și comportament⁶⁹. Art. 17 nu conține, însă, o normă conflictuală, care să indice legea aplicabilă, ci doar prevede că instanța trebuie să țină cont de normele de siguranță și comportament. Asta înseamnă că după ce este determinată legea aplicabilă, instanța trebuie să țină seama în soluționarea fondului și de normele în vigoare la locul faptului cauzator al prejudiciului⁷⁰, în sensul că, de exemplu, o societate nu va fi responsabilă pentru anumite acțiuni prohibite de legea aplicabilă, dar legale la locul faptei prejudiciabile⁷¹.

3. Temeiul acțiunii în răspundere civilă delictuală pentru încălcarea drepturilor omului/regulilor de protecție a mediului

Redactarea art. 4(1) Regulamentul Roma II, care vorbește despre legea aplicabilă obligațiilor necontractuale care *decurg* dintr-o faptă ilicită, sugerează că *diferite obligații* pot să aibă originea într-o faptă ilicită, cum este, de exemplu, obligația de a repara prejudiciul cauzat prin încălcarea obligației de diligență, prejudiciul rezultat din inacțiune/neglijență, ș.a.

În UE nu există reguli uniforme cu privire la temeiul acțiunii în răspundere, prin urmare fiecare stat membru aplică reguli proprii. De exemplu, în dreptul anglo-saxon există obligația de diligență (*duty of care*) a

⁶⁹ L. ENNEKING, *Crossing the Atlantic? The Political and Legal Feasibility of European Foreign Direct Liability Cases*, George Washington International Law Review, Vol. 40, nr. 4/2009, pp. 903-938, [online]: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2206818.

⁷⁰ G. RÜHL, op.cit., p. 8.

⁷¹ Acest text a fost adoptat, mai ales, pentru prejudiciile cauzate în accidente rutiere și un exemplu din literatura juridică se referă la un accident cauzat în Franța, în care legea aplicabilă era legea spaniolă. La soluționarea fondului, instanța a trebuit să țină cont de reglementările franceze privind circulația pe drumurile publice. În acest sens, A. MILLS, *The Application of Multiple Laws Under the Rome II Regulation*, pp. 150-151, în J. AHERN, W. BINCHY (editors), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations. A New International Litigation Regime*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

societății-mamă/societății dominante față de filialele/societățile dependente de ea, pe când în dreptul continental, răspunderea societății-mamă are la bază ideea de culpă⁷². De regulă, obligațiile încălcate sunt obligații de a face și răspunderea se declanșează când nu sunt îndeplinite, adică prejudiciile sunt rezultatul inacțiunii/omisiunii (când societatea-mamă/dominantă nu a împiedicat filiala de la săvârșirea unei fapte prejudiciabile ori nu a luat măsurile pe care trebuia să le ia, astfel încât prejudiciul să nu aibă loc).

În statele membre UE (în care există prevederi în materie), pentru ca obligația de diligență să fie temeiul juridic pentru tragerea la răspundere a societății-mamă se impun două condiții, aceea ca societatea-mamă să dețină între 75-100% din acțiunile societății din grup vinovată de acțiuni/inacțiuni ce atrag răspunderea delictuală și să controleze, dirijeze, coordoneze activitățile filialei/societății din grup⁷³. Faptul că societatea-mamă deține majoritatea acțiunilor într-o filială a sa ori că administrația centrală/conducerea este aproape identică în cele două societăți reprezintă indicii că societatea-mamă controlează operațiunile și managementul filialei⁷⁴.

În afară de obligația de diligență, care se folosește ca temei a tragerii la răspundere a societății-mamă pentru acțiunile/inacțiunile unei societăți dependente din grup, un alt temei utilizat este *piercing the corporate veil*⁷⁵, considerându-se conduita societății din grup ca identificându-se cu conduita

⁷² C. VAN DAM, *Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights*, în *Journal of European Tort Law*, vol. 2, nr. 3/2011, p. 237.

⁷³ *Ibidem*, p. 248.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 249.

⁷⁵ Pentru detalii, C.T. UNGUREANU, *Dreptul comerțului ... op.cit.*, pp. 48-50.

societății-mamă. Mai multe state membre UE recunosc instituția *piercing the corporate veil*⁷⁶, dar utilizarea ei se face în condiții deosebit de restrictive. În plus, atunci când se folosește instituția *piercing the corporate veil* pentru a impune indirect răspunderea în sarcina societății-mamă, Regulamentul Roma II nu este aplicabil⁷⁷. Această instituție poate fi considerată ca făcând parte din regulile aplicabile societăților, care sunt excluse din sfera de aplicare a regulamentului, conform art. 1(2)(d)⁷⁸.

4. Spețe emblematiche soluționate de instanțe din state membre UE

În ultimii ani, instanțe din state europene au fost puse în situația de a se pronunța cu privire la răspunderea GTS. Deși soluțiile instanțelor nu au reprezentat victorii răsunătoare pentru victimele abuzurilor în materia drepturilor omului și a protecției mediului înconjurător, au avut ca principal rezultat acutizarea problemei răspunderii GTS și au determinat reacții la nivel legislativ european și în unele state membre UE.

⁷⁶ C. VAN DAM, op.cit., p. 247.

⁷⁷ G. RÜHL, op.cit., p. 5; M. WELLER, A. PATO, op.cit., p. 404.

⁷⁸ Art. 1(2)(d) din Regulamentul Roma II: „(2) Următoarele aspecte sunt excluse din domeniul de aplicare al prezentului regulament: (d) obligațiile necontractuale care derivă din dreptul societăților comerciale și a altor organisme, constituite sau nu ca persoane juridice, cu privire la aspecte precum constituirea, prin înregistrare sau în alt mod, personalitatea juridică, organizarea internă sau dizolvarea societăților comerciale și a altor organisme, constituite sau nu ca persoane juridice, răspunderea personală a asociaților și membrilor pentru obligațiile societății comerciale sau organismului, precum și răspunderea personală a cenzorilor față de o societate comercială sau față de membrii acesteia în efectuarea controalelor legale ale documentelor contabile;”.

a) Cauza Okpabi

La fel ca în cauza Kiobel din SUA, o instanță din UE, mai precis din Marea Britanie (în continuare, UK) a hotărât în cauza *Okpabi* că nu este competentă pentru soluționarea unei acțiuni în încetare și în repararea prejudiciului introdusă împotriva unei societăți–mamă înregistrate în UK, pentru prejudiciile cauzate de o unitate secundară a sa cu sediul într-un stat terț, unde prejudiciul a avut loc⁷⁹.

În fapt, un grup/colectiv de 42.500 nigerieni⁸⁰ a chemat în judecată în UK în 2015 pe *Royal Dutch Shell* (în continuare, RDS), o întreprindere de tip holding⁸¹ înregistrată în UK și *Shell Petroleum Development Company of Nigeria*, o întreprindere de producție, de naționalitate nigeriană, solicitând încetarea acțiunilor de poluare și despăgubiri pentru prejudiciile de mediu și prejudiciile suferite de populația nigeriană ca urmare a poluării realizate de întreprinderea nigeriană din cauza scurgerilor de petrol datorate utilajelor neîntreținute și a furtului de petrol brut.

Instanța britanică și-a stabilit, mai întâi competența, folosind prevederile art. 4 (1) din Regulamentul Bruxelles I bis, conform căruia persoanele (fizice/juridice) domiciliate pe teritoriul unui stat membru sunt acționate în justiție, indiferent de naționalitatea lor, în fața instanțelor

⁷⁹ M. WELLER, A. PATO, op.cit., p. 399.

⁸⁰ [Online]: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/shell-lawsuit-re-oil-spills-ogale-bille-communities-in-nigeria-okpabi-v-shell/>, arhivă: <https://perma.cc/6FMD-G6RJ>.

⁸¹ *Holdings* este societatea dominantă a grupului, care exercită controlul asupra societăților din grup prin intermediul acțiunilor (control acționarial); în acest sens, M. MENJUCQ, op.cit., p. 407.

respectivului stat membru. Cum societatea-mamă, RDS, era înregistrată în UK, asta înseamnă că avea „domiciliul” în UK.

Cu toate acestea, instanța britanică a apreciat că, potrivit *lex fori*, pentru determinarea competenței se apreciază, mai întâi, dacă reclamantul are un motiv/o cauză pentru care să-l cheme în judecată pe pârât, respectiv, pe RDS, iar pentru asta trebuie cercetat fondul. Verificarea admisibilității acțiunii în vederea stabilirii competenței nu este în acord cu principiile Regulamentului Bruxelles I bis. Numai după stabilirea competenței, instanța poate trece la judecarea fondului cauzei. În speța *Reisch c. Kiesel* (C-103/05)⁸², CJUE a stabilit că un co-pârât poate fi chemat în fața instanței de sediu al celuilalt pârât, conform art. 8 (1) din Regulamentul Bruxelles I bis, chiar dacă acțiunea împotriva lui este inadmisibilă. Prin urmare admisibilitatea acțiunii apare ca fiind irelevantă în stabilirea competenței⁸³.

Instanța britanică a ignorat acest aspect și a verificat admisibilitatea acțiunii aplicând, în parte⁸⁴, norma conflictuală din art. 7 Regulamentul Roma II. Prin urmare, în materia daunelor aduse mediului, reclamantul poate alege între legea țării în care s-a produs prejudiciul și legea țării în care a avut loc faptul cauzator de prejudiciu. În acest mod, întreprinderile europene cu activitate în statele cu legislație permisivă în materia protecției mediului nu pot beneficia de aceasta, dacă victima poluării de exemplu, alege legea statului în care a avut loc faptul cauzator de prejudiciu și care este statul unde întreprinderea este înregistrată/are sediul.

⁸² Cauza CJUE *Reisch c. Kiesel* din 13 iulie 2006 (C-103/2005), [online]: www.curia.eu.

⁸³ M. WELLER, A. PATO, op.cit., p. 403.

⁸⁴ Până la 11 ianuarie 2009, de când se aplică Regulamentul Roma II, a fost aplicabil dreptul englez.

În speța analizată, a fost aplicată legea engleză. Potrivit legii engleze, societatea-mamă poate fi trasă la răspundere pentru acțiunile sau inacțiunile unei unități secundare/filiale dacă are o *obligatie de diligență (duty of care)* față de aceasta. Pentru a se stabili dacă are o obligație de diligență trebuie îndeplinite trei condiții: prejudiciul trebuie să fi fost previzibil pentru societatea-mamă, trebuie să existe o anumită legătură între reclamanți și pârât, iar dacă este impusă obligația de diligență aceasta trebuie să fie echitabilă, justă și rezonabilă⁸⁵. În speță, instanța a hotărât că RDS *nu are nici o obligație de diligență* deoarece: nu deține acțiuni în societatea nigeriană (*Shell Petroleum Development Company of Nigeria*), nu are licență să desfășoare operațiuni de producție în Nigeria, nu a influențat managementul filialei/unității secundare și nu este echitabil, just și rezonabil să fie trasă la răspundere societatea-mamă, pentru că astfel se va declanșa răspunderea ei nedeterminată pentru toate acțiunile sau omisiunile ei la nivel global⁸⁶. În consecință, instanța a hotărât că împotriva RDS nu există nici o acțiune și că, prin urmare, nici societatea nigeriană nu poate să fie chemată în judecată în UK. Reclamanții au declarat apel la instanța supremă, care a fost admis pe 12 februarie 2021⁸⁷, urmând rejudecarea la *High Court*.

⁸⁵ M. WELLER, A. PATO, op.cit., p. 404.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ [Online]: <https://www.supremecourt.uk/press-summary/uksc-2018-0068.html>, arhivă: <https://perma.cc/8A9F-AFJN>.

b) Cauza Akpan

Un alt caz soluționat de o instanță din UE este *Akpan*, în care „protagoniste” sunt tot RDS și societatea nigeriană de producție, de data asta în fața unei instanțe de la Haga (Olanda). În această speță, în 2013, fermieri și pescari nigerieni sprijiniți de *Milieudefensie (Friends of the Earth Netherlands)*⁸⁸, o asociație de protecție a mediului, i-au chemat în judecată pe RDS și societatea nigeriană de producție solicitând despăgubiri pentru poluarea mediului, ca urmare a neglijenței în luarea măsurilor de întreținere a infrastructurii și a evitării furtului de petrol⁸⁹.

Deși RDS este înregistrată în UK, are administrația centrală (*headquarters*) în Olanda, iar conform art. 4 (1) din Regulamentul Bruxelles I bis, coroborat cu art. 63 (1), instanțele olandeze sunt competente, pentru că RDS poate fi chemată în judecată la domiciliul acesteia, care se consideră a fi, fie acolo unde are sediul statutar, fie unde este situată *administrația ei centrală*, fie la punctul principal de activitate.

Instanța olandeză s-a declarat competentă, dar a ajuns la aceeași soluție ca și instanța britanică, considerând că RDS nu poate fi trasă la răspundere, pentru că nu are o obligație de diligență față de societatea nigeriană. Ca să hotărască astfel, a aplicat legea engleză. Spre deosebire de instanța britanică, s-a considerat competentă să soluționeze acțiunea îndreptată împotriva societății nigeriene, aplicând prevederile Codului olandez de procedură, în materie de conexitate⁹⁰, chiar dacă acțiunea îndreptată împotriva RDS a fost respinsă. Pe fond, a considerat societatea

⁸⁸ [Online]: <https://www.foeeurope.org/netherlands>.

⁸⁹ M. WELLER, A. PATO, op.cit., p. 408.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 409.

nigeriană responsabilă de neglijență pentru neîndeplinirea obligației de diligență.

c) Cauza KiK

Nu numai societatea-mamă dintr-un GTS poate fi pusă în situația de a fi trasă la răspundere pentru acțiunile sau inacțiunile unei filiale/subsidiare, ci și o *societate dintr-o rețea contractuală*, ca în modelul lanțului de contracte. Astfel, în 2015, patru victime ale incendiului produs în Pakistan la *Ali Entreprises*, în care au decedat 260 de lucrători, au introdus o acțiune în Germania împotriva importatorului și distribuitorului principal al *Ali Entreprises, KiK Textilien*, cu sediul în Germania. Victimele au solicitat daune morale în cuantum de 30.000 euro fiecare, considerând că KiK, fiind principalul cumpărător/importator, răspunde delictual pentru fapta întreprinderii *Ali Entreprises*, furnizorul bunurilor, care se află într-o situație de dependență economică față de KiK. De asemenea, reclamantii au susținut că răspunderea lui KiK se întemeiază și pe obligația de diligență față de societatea dependentă de ea⁹¹.

Instanța germană s-a declarat competentă să soluționeze cauza în temeiul Regulamentului Bruxelles I bis, acțiunea fiind introdusă la *domiciliul* întreprinderii KiK. Pentru a soluționa pe fond cauza, instanța a aplicat legea pakistaneză ca lege a locului în care s-a produs prejudiciul, conform

⁹¹ M. WELLER, A. PATO, op.cit., p. 410.

Regulamentului Roma II, art. 4 (1)⁹². În 2019 a respins acțiunea pe motiv că, potrivit dreptului pakistanez, acțiunea era prescrisă⁹³.

IV. Evoluții la nivel legislativ

Recent, la nivelul UE, s-a considerat că utilizarea normelor *soft law* în materia CSR nu sunt satisfăcătoare și că se impune o reglementare europeană pentru a asigura, în principal, respectarea drepturilor omului și a regulilor de protecție a mediului înconjurător. În ceea ce privește protecția drepturilor omului un instrument *hard law*, care merită menționat, este proiectul de tratat ONU elaborat de grupul de OEIGWG, cu ultima versiune din 2020. O modificare a abordării CSR se manifestă și în unele state membre UE.

A. Proiecte legislative europene

În octombrie 2020 a fost formulată o propunere de directivă, *Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*⁹⁴. În Rezoluția Parlamentului European din 10 martie 2021, conținând *recomandări* adresate Comisiei Europene cu privire la diligența necesară a întreprinderilor

⁹² Legea aplicabilă obligațiilor necontractuale care decurg dintr-o faptă ilicită este legea țării în care s-a produs prejudiciul, indiferent în ce țară are loc faptul cauzator de prejudicii și indiferent de țara sau țările în care se manifestă efectele indirecte ale respectivului fapt.

⁹³ [Online]: <https://www.dw.com/en/kik-german-court-rejects-pakistani-lawsuit-over-deadly-fire/a-47022977>, arhivă: <https://perma.cc/5RXZ-WFGP>.

⁹⁴ Draft Report with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL)), Recommendations for Drawing up a European Parliament and Council *Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, [Online]: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-657191_EN.pdf, arhivă: <https://perma.cc/K3Q4-T7PX>.

și răspunderea acestora, propunerea de directivă din anexa rezoluției reprezintă o versiune modificată a directivei din octombrie 2020.

În linii mari, actuala propunere de directivă vizează *întreprinderile*⁹⁵ *mari* având naționalitatea unui stat membru UE (reglementate de dreptul unui stat membru) sau care sunt *stabilite* pe teritoriul UE [art. 2(1)] și *întreprinderile mici și mijlocii cotate la bursă* sau care își desfășoară activitatea în sectoare *cu grad ridicat de risc*⁹⁶ [art. 2(2)]. De asemenea, prevederile directivei propuse au un *efect extrateritorial*, aplicându-se și întreprinderilor de tipul celor de mai sus, care au naționalitatea unui stat terț UE și care *nu sunt stabilite* pe teritoriul UE (nu au *reședința* pe teritoriul UE), dar care operează/își desfășoară activitatea pe piața UE prin vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii [art. 2(3)]. Aceste întreprinderi vor trebui să se supună prevederilor din statul membru pe teritoriul căruia operează (stat care va fi transpus prevederile directivei).

Prin urmare, principiul teritorialității, care este direct legat de domiciliul întreprinderilor în spațiul european, se interconectează cu principiul extrateritorialității reglementării europene în scopul asigurării eficienței măsurilor impuse statelor membre prin directivă, pe piața europeană. Potrivit punctului 13 din considerentele directivei, *introducerea de cerințe obligatorii privind diligența necesară la nivelul UE ar fi benefică pentru întreprinderi din punctul de vedere al armonizării, certitudinii juridice și asigurării unor condiții echitabile de concurență și ar oferi un*

⁹⁵ În proiectul directivei se utilizează noțiunea de *întreprindere*, fără ca aceasta să fie definită.

⁹⁶ Corespunzător Regulamentului (UE) 2017/821 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 mai 2017 de stabilire a unor obligații de diligență necesară în cadrul lanțului de aprovizionare care revin importatorilor din Uniune de staniu, tantal și tungsten, de minereuri ale acestora și de aur provenind din zone de conflict și din zone cu risc ridicat (JO L 130, 19.5.2017, p. 1).

avantaj competitiv întreprinderilor cărora li se aplică, în măsura în care societatea cere din ce în ce mai mult întreprinderilor să respecte principii etice și să devină mai sustenabile.

Întreprinderilor le este impusă o obligație de diligență (*due diligence*) cu privire la respectarea drepturilor omului, protecția mediului, buna guvernare socială în cadrul operațiunilor lor, precum și în relațiile lor de afaceri (art. 4). Prin *relații de afaceri* se înțeleg toate raporturile și activitățile din cadrul rețelelor contractuale, grupurilor de societăți, lanțului de producție, aprovizionare și distribuție (lanțului valoric- *value chain*⁹⁷) situate în UE sau în afara UE, fie acestea raporturi directe sau indirecte (art. 3.2-3.5).

Sanctiunea nerespectării obligației de diligență constă în despăgubiri financiare și nefinanciare printr-un mecanism extrajudiciar, cum ar fi medierea, victimele/persoanele prejudiciate putând apela și la instanțele judecătorești cu acțiuni în *răspundere civilă*, înainte, în timpul sau ulterior procedurilor extrajudiciare, conform *dreptului național* al instanței competente (art. 9-10, art. 19).

În textul inițial al directivei⁹⁸ se propunea modificarea Regulamentului Bruxelles I bis (art. 8 și art. 26) și a Regulamentului Roma II (art. 6)⁹⁹. În actuala formă a propunerii de directivă singura mențiune

⁹⁷ Potrivit art. 3.5 din propunerea de directivă, prin „lanț valoric” se înțeleg „toate activitățile, operațiunile, relațiile de afaceri și lanțurile de investiții ale unei întreprinderi și include entități cu care întreprinderea are o relație de afaceri directă sau indirectă, în amonte și în aval, și care: (a) furnizează produse, părți de produse sau servicii care contribuie la propriile produse sau servicii ale întreprinderii sau (b) primesc produse sau servicii de la întreprindere”.

⁹⁸ *Draft Report with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability* (2020/2129(INL)).

⁹⁹ În Regulamentul Bruxelles I bis a fost propusă introducerea unui punct 5 la art. 8, conform căruia, o întreprindere/persoană juridică, care are domiciliul pe teritoriul unui stat membru, poate fi acționată în justiție, în materie de încălcare a *drepturilor omului* în cadrul lanțului

valoric (*value chain*), în statul membru în care este domiciliată sau în statul membru în care operează (își desfășoară activitatea), atunci când prejudiciul cauzat într-o țară terță poate fi imputat unei filiale a acesteia sau unei alte întreprinderi cu care întreprinderea/societatea mamă are o relație/un raport de afaceri în sensul art. 3 din directivă. La art. 26 ar fi urmat să fi fost introdus un nou articol, 26a, ca un *for de necesitate*, conform căruia, în cazul acțiunilor civile pentru încălcarea drepturilor omului în cadrul lanțului valoric al unei întreprinderi domiciliată în UE sau care operează/își desfășoară activitatea în UE, atunci când nici o instanță dintr-un stat membru UE nu are competență conform Regulamentului Bruxelles I bis, atunci instanțele din statul membru respectiv, în mod excepțional, se pot declara competente dacă dreptul unei proces echitabil sau dreptul de acces la justiție o impun, în special: a) dacă procesul, în mod rezonabil, nu poate avea loc sau este imposibil într-un stat terț cu care litigiul are o strânsă legătură sau b) dacă o hotărâre pronunțată într-un stat terț nu ar putea fi recunoscută și executată într-un stat membru UE, conform legislației sale și recunoașterea și executarea sunt necesare pentru respectarea drepturilor reclamantului, iar litigiul are o legătură suficientă cu statul membru al instanței sesizate. O propunere cu privire la un *forum necessitatis* în materie de drepturi ale omului a fost făcută în vederea modificării Regulamentului Bruxelles I, în 2011 (a se vedea în acest sens, H. Muir Watt, *The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast)*, requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs, p. 15, [online]: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2011/453199/IPOL-JURI_NT\(2011\)453199_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2011/453199/IPOL-JURI_NT(2011)453199_EN.pdf), arhivă: <https://perma.cc/2US6-RNUU>, dar nu a fost inclusă în regulamentul revizuit (G. VAN CALSTER, *First analysis of the European Parliament's draft proposal to amend Brussels Ia and Rome II with a view to corporate human rights due diligence*, [online]: <https://gavclaw.com/2020/10/02/first-analysis-of-the-european-parliaments-draft-proposal-to-amend-brussels-ia-and-rome-ii-with-a-view-to-corporate-human-rights-due-diligence/>, arhivă: <https://perma.cc/DGR8-PJBM>. În Regulamentul Roma II ar fi urmat să fi fost introdus un nou articol, 6a, conform căruia, victimele abuzurilor săvârșite de întreprinderi de naționalitate sau situate în UE ori de alte întreprinderi cu care sunt în raporturi de afaceri, în state terțe UE, în ceea ce privește drepturile omului ar putea alege ca lege aplicabilă o lege cu standarde ridicate în materia drepturilor omului, adică o lege a unui stat membru UE. Astfel, în cazul acțiunilor civile pentru încălcarea drepturilor omului în cadrul lanțului valoric al unei întreprinderi domiciliată în UE sau care operează/își desfășoară activitatea în UE, legea aplicabilă unei obligații necontractuale care decurge dintr-un prejudiciu cauzat este legea determinată conform art. 4(1) din regulament, (adică legea unde s-a produs prejudiciul – *lex loci damni*) cu excepția cazurilor în care persoana care pretinde despăgubiri pentru aceste prejudicii dorește să-și întemeieze acțiunea pe legea țării în care a avut loc faptul cauzator de prejudiciu (*lex loci delicti commissi*) sau pe legea țării în care societatea/întreprinderea-mamă își are domiciliul sau dacă nu are domiciliul pe teritoriul unui stat membru UE, pe legea țării unde își desfășoară activitatea în UE (*lex loci incorporationis, lex loci activitatis*- G.VAN CALSTER, *First analysis ... op.cit.*).

referitoare la dreptul internațional privat se regăsește în art. 20, în care se precizează că statele membre se asigură că prevederile directivei, transpuse în legislațiile naționale ale statelor membre, sunt considerate *dispoziții imperative*, în accepțiunea art. 16 din Regulamentul Roma II. Toate adaptările propuse ale regulamentelor europene la cerințele diligenței întreprinderii transnaționale și la posibilitatea angajării răspunderii acesteia au fost eliminate.

Conform propunerii de directivă, așa cum am arătat, victimele/persoanele prejudiciate prin încălcarea drepturilor omului sau a regulilor de protecție a mediului pot introduce acțiuni în *răspundere civilă* conform *dreptului național* al instanței competente din UE (art. 10, art. 19). Întreprinderile ar trebui să poată fi trase la răspundere și să remedieze *orice prejudiciu* care rezultă din *efectele negative potențiale sau reale* asupra drepturilor omului, mediului sau a bunei guvernante pe care acestea sau *întreprinderile aflate sub controlul lor* le-au cauzat sau la care au *contribuit prin acțiuni sau omisiuni* [art. 19(2)]. Întreprinderile beneficiază, însă, de *exonerare de răspundere*, potrivit art. 19(3), dacă dovedesc că au luat toate măsurile de precauție necesare pentru a evita prejudiciul în cauză, sau că prejudiciul s-ar fi produs chiar dacă ar fi fost luate toate măsurile de precauție necesare.

B. Evoluții legislative la nivel mondial

În proiectul de tratat internațional adoptat de grupul de lucru OEIGWG (*Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*) în cadrul Consiliului Națiunilor Unite pentru Drepturile Omului (*UN Human Rights Council*)¹⁰⁰ domiciliul joacă un rol central, atât în materia determinării instanței competente pentru soluționarea cererilor introduse de victimele abuzurilor privind drepturile omului, cât și în stabilirea legii aplicabile pentru pronunțarea unei soluții pe fond.

Astfel, în art. 9 din proiectul de tratat¹⁰¹, care privește *competența instanțelor*, victimele abuzurilor *actuale sau potențiale* privind drepturile

¹⁰⁰ Pentru analiza detaliată a temei, a se vedea, N. BERNAZ, *Conceptualizing Corporate Accountability in International Law: Models for a Business and Human Rights Treaty*, *Human Rights Review*, vol. 22/2021, pp. 45–64, [online]: <https://doi.org/10.1007/s12142-020-00606-w>; J. KOLIEB, *Advancing the Business and Human Rights Treaty Project through International Criminal Law: Assessing the options for legally-binding Corporate Human Rights Obligations*, în *Georgetown Journal of International Law*, vol. 50/2019, pp. 789-838, [Online]: <https://www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2020/03/JONATHAN-KOLIEB.pdf>, arhivă: <https://perma.cc/W8BU-PW6Q>.

¹⁰¹ Article 9: „Adjudicative Jurisdiction 1. Jurisdiction with respect to claims brought by victims, irrespectively of their nationality or place of domicile, arising from acts or omissions that result or may result in human rights abuses covered under this (Legally Binding Instrument), shall vest in the courts of the State where: a. the human rights abuse occurred; b. an act or omission contributing to the human rights abuse occurred; or c. the legal or natural persons alleged to have committed an act or omission causing or contributing to such human rights abuse in the context of business activities, including those of a transnational character, are domiciled. The above provision does not exclude the exercise of civil jurisdiction on additional grounds provided for by international treaties or national law. 2. Without prejudice to any broader definition of domicile provided for in any international instrument or domestic law, a legal person conducting business activities of a transnational character, including through their business relationships, is considered domiciled at the place where it has its: a. place of incorporation; or b. statutory seat; or c. central administration; or d.

omului, indiferent de naționalitatea sau domiciliul lor, se pot adresa oricăreia dintre următoarele instanțe, la alegere:

- instanța din statul în care încălcarea drepturilor omului a avut loc;
- instanța din statul în care o acțiune sau o omisiune ce a *contribuit* la încălcarea drepturilor omului a avut loc; sau,
- instanța din statul în care persoana fizică sau juridică, ce se pretinde că a *încălcat* sau a *contribuit* la încălcarea drepturilor omului în contextul activităților ei de afaceri, inclusiv a acelor transnaționale, este *domiciliată*.

Se consideră că o persoană juridică, ce desfășoară activități cu caracter transnațional, are *domiciliul* (similar prevederii europene), fie acolo unde a fost înregistrată, fie la locul sediului ei statutar, fie acolo unde se află administrația ei centrală sau unde are principalul loc de afaceri. Se stipulează în mod expres în art. 9.3 că odată competența stabilită potrivit prevederilor din art. 9, instanța sesizată nu poate să-și decline competența în favoarea unei instanțe considerate mai potrivite pentru soluționarea cauzei, în baza principiului cunoscut și utilizat în sistemul *common law*, *forum non conveniens*. De asemenea, instanța competentă soluționează și cereri conexe îndreptate împotriva unor persoane care nu au domiciliul pe teritoriul statului instanței sesizate. În art. 9.5 se consacră *forum necessitatis* pentru cererile îndreptate împotriva unor persoane care nu au domiciliul pe teritoriul statului instanței sesizate, dacă există o legătură suficient de strânsă cu acest teritoriu

principal place of business; or 3. Where victims choose to bring a claim in a court as per Article 9.1, jurisdiction shall be obligatory and therefore that courts shall not decline it on the basis of forum non conveniens. 4. Courts shall have jurisdiction over claims against legal or natural persons not domiciled in the territory of the forum State, if the claim is closely connected with a claim against a legal or natural person domiciled in the territory of the forum State. 5. Courts shall have jurisdiction over claims against legal or natural persons not domiciled in the territory of the forum State if no other effective forum guaranteeing a fair trial is available and there is a sufficiently close connection to the State Party concerned.”

și nu există nici o altă instanță care să garanteze un proces echitabil reclamanților.

În ceea ce privește *legea aplicabilă*, proiectul de tratat indică *lex fori*, inclusiv normele conflictuale din legea instanței sesizate (art. 11)¹⁰². La cererea victimei, însă, referitor la reglementările din materia drepturilor omului, care privesc cauza dedusă judecății, poate fi aplicată o altă lege și anume, fie legea statului în care acțiunile sau omisiunile, care au condus la încălcarea drepturilor omului, au avut loc, fie legea statului de *domiciliu* al persoanei considerate că a săvârșit acțiunile sau omisiunile având ca rezultat încălcarea drepturilor omului.

C. Evoluții legislative în unele state membre UE

Statele membre UE au o legislație variată în materia răspunderii civile delictuale și, în prezent, doar puține dintre acestea au reglementări speciale în materia încălcărilor drepturilor omului și a regulilor de protecție a mediului de către întreprinderi.

Unul dintre acestea este Franța, care a adoptat recent (în 2017) o reglementare specială și anume *Loi relative au devoir de vigilance des*

¹⁰² Article 11: „Applicable law 1. Subject to the following paragraph, all matters of substance or procedure regarding claims before the competent court which are not specifically regulated in the (Legally Binding Instrument) shall be governed by the law of that court, including any rules of such law relating to conflict of laws. 2. Notwithstanding art. 9.1, all matters of substance regarding human rights law relevant to claims before the competent court may, upon the request of the victim of a business-related human rights abuse or its representatives, be governed by the law of another State where: a) the acts or omissions that result in violations of human rights covered under this (Legally Binding Instrument) have occurred; or b) the natural or legal person alleged to have committed the acts or omissions that result in violations of human rights covered under this (Legally Binding Instrument) is domiciled.”.

sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (legea privind obligația de vigilență). Conform acesteia, societățile-mamă de o anumită mărime/întreprinderile dominante au obligația legală de a stabili un plan de vigilență, al cărui obiectiv este identificarea riscurilor și prevenirea încălcărilor drepturilor omului, a regulilor de protecție a mediului, a sănătății și a condițiilor de muncă. Omisiunea implementării unui plan de vigilență conduce la răspunderea societăților-mamă/dominante pentru prejudiciile cauzate¹⁰³. Legea franceză din 2017 a modificat în mod corespunzător Codul comercial, introducând prevederile referitoare la planul de vigilență pentru societățile pe acțiuni în art. L.225-102-4 și 5¹⁰⁴, unde se face trimitere la Codul civil francez (art. 1240, art. 1241)¹⁰⁵ pentru obținerea de despăgubiri în materie de răspundere civilă delictuală pentru fapta proprie. Deși există o reglementare specială, potrivit căreia societățile-mamă și cele dominante dintr-o rețea pot fi trase la răspundere, normele naționale aplicabile pentru despăgubirea persoanelor prejudiciate sunt cele de drept comun.

În Olanda a fost adoptat în 2019 *Child Labour Due Diligence Bill*¹⁰⁶, menționat în considerentele proiectului de directivă europeană ca *Legea privind diligența necesară pentru prevenirea exploatării prin muncă a copiilor*, ce impune întreprinderilor care își desfășoară activitatea pe piața olandeză să investigheze dacă există o suspiciune întemeiată că bunurile sau

¹⁰³ M. WELLER, A. PATO, op.cit., p. 412.

¹⁰⁴ [Online]:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000006161273/#LEGIARTI000035181820.

¹⁰⁵ [Online]: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000032041571/2016-10-01/>.

¹⁰⁶ [Online]: <https://www.mvoplatfom.nl/en/the-netherlands-takes-a-historic-step-by-adopting-child-labour-due-diligence-law/>, arhivă: <https://perma.cc/QX3X-7RA6>.

serviciile furnizate au fost produse folosind munca copiilor și, în cazul unei suspiciuni întemeiate, să adopte și să pună în aplicare un plan de acțiune. Tot în Olanda, în 2021, concomitent cu propunerea de directivă europeană, a fost adoptat *The Responsible and Sustainable International Business Conduct Act*¹⁰⁷, care ar urma să intre în vigoare în 2023.

În Germania a fost elaborat la 1 februarie 2019 un proiect de lege cu privire la reglementarea diligenței întreprinderilor din lanțurile valorice globale cu privire la drepturile omului și la protecția mediului¹⁰⁸, care în martie 2021 a luat forma așa numitului *Due Diligence Act*¹⁰⁹. Dacă va fi adoptat, va intra în vigoare în 2023.

La punctul 8 în considerentele propunerii de directivă europeană se precizează că în multe alte state membre UE este în desfășurare o dezbatere cu privire la introducerea unor cerințe obligatorii privind diligența necesară pentru întreprinderi, unele dintre acestea luând în calcul adoptarea unei astfel de legislații, inclusiv Suedia, Austria, Finlanda, Danemarca și Luxemburg.

¹⁰⁷ [Online]: <https://www.mvoplatforn.nl/en/wp-content/uploads/sites/6/2021/03/Bill-for-Responsible-and-Sustainable-International-Business-Conduct-unofficial-translation-MVO-Platform.pdf>, arhivă: <https://perma.cc/3WLK-JRSR>.

¹⁰⁸ Pentru detalii, C. BRIGHT, D. LICA, A. MARX, G. VAN CALSTER, *Options for Mandatory Human Rights Due Diligence in Belgium*, Leuven Centre for Global Governance Studies, 2020, pp. 43-47, [online]: https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/research_reports/options-for-mandatory-human-rights-due-diligence.pdf, arhivă: <https://perma.cc/44F9-LQHR>.

¹⁰⁹ Pentru detalii, [online]: <https://www.mofo.com/resources/insights/210329-german-federal-government.html>, arhivă: <https://perma.cc/J4K9-7UPH>.

V. Concluzii

Activitățile întreprinderilor, care, facilitate de tehnologie, dobândesc valențe globale, și care, concomitent, pot provoca prejudicii grave drepturilor omului și mediului înconjurător, au determinat adoptarea de instrumente *soft* și *hard law* la nivel internațional, regional și național, cu scopul garantării accesului la justiție pentru victimele prejudiciate, în special atunci când lanțurile valorice ale unor întreprinderi ajung în state cu sisteme juridice și de aplicare a legii vulnerabile. În acest context, *domiciliul* întreprinderilor în UE este un important punct de legătură pentru posibilitatea tragerii la răspundere a societății-mamă sau a societății dominante dintr-un GTS, domiciliată într-un stat membru UE.

Din soluțiile pronunțate deja de instanțele europene în materie reiese că „portița” de intrare în justiția europeană pentru victimele extraeuropene este *domiciliul* societății care controlează GTS. Deși modificarea Regulamentului Bruxelles I bis, așa cum fusese propusă în forma inițială a directivei europene privind diligența și răspunderea întreprinderilor, ar fi oferit o mai mare certitudine persoanelor prejudiciate cu privire la competența instanțelor europene, iar modificarea Regulamentului Roma II ar fi atras aplicarea legislației europene, modelul indirect, de elaborare a unei legislații naționale în fiecare stat membru, în liniile trasate de propunerea de directivă, este o soluție viabilă și dezirabilă în contextul actual.

CONSIDERAȚII ASUPRA PROIECTULUI
PENTRU MODIFICAREA ȘI COMPLETAREA
LEGII NR. 287/2009 PRIVIND CODUL CIVIL,
A LEGII NR.134/2010 PRIVIND CODUL DE
PROCEDURĂ CIVILĂ, PRECUM ȘI A ALTOR
ACTE NORMATIVE ÎN MATERIA PROTECȚIEI
PERSOANELOR CU DIZABILITĂȚI

DOI: 10.24193/SUBBiur.66(2021).2.2
Data publicării online: 25.09.2021

Șerban DIACONESCU*

Rezumat: Implementarea în legislația națională a principiilor stabilite prin convenția de la New York din 2007, privind drepturile persoanelor cu dizabilități, deziderat la care face trimitere în considerente decizia Curții Constituționale nr. 601 din 16 iulie 2020, impune o schimbare de paradigmă a reglementării: limitarea capacității de exercițiu sau pierderea capacității de exercițiu va trebui să respecte principiile necesității, proporționalității și subsidiarității. Legiuitorul va trebui să ofere, prin noua reglementare, un sistem de protecție cu geometrie variabilă, care să permită instanței de tutelă să moduleze limitarea capacității în funcție de circumstanțele concrete în care se găsește persoana vulnerabilă atât din perspectiva facultăților mintale cât și din perspectiva situației patrimoniale. Noua reglementare

* Conf. univ. dr. Șerban Diaconescu, Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai din Cluj, avocat în Baroul Cluj, serban.diaconescu@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0003-1671-5003>. Prezentul articol a fost publicat și în: *In honorem Flaviu Antoniu Baias. Aparența în drept*, Hamangiu, București, 2021, p. 752-773, și este republicat în paginile revistei cu acordul autorului. Articolul are în vedere legislația în vigoare la 31.08.2021.

va trebui să găsească un echilibru între predictibilitatea limitelor capacității de exercițiu, reclamată de securitatea circuitului civil, și proporționalitatea măsurilor de protecție, care să se moduleze pe situația concretă a persoanei supusă măsurii și care să fie adecvată pentru situația patrimoniului său.

Cuvinte cheie: drepturile persoanelor cu dizabilități, capacitate civilă, proporționalitatea măsurilor de protecție.

CONSIDERATIONS ON THE DRAFT
REGARDING THE AMENDMENT AND
ADDITION OF LAW NO. 287/2009 ON THE
ROMANIAN CIVIL CODE, OF LAW NO.
134/2010 ON THE ROMANIAN CODE OF
CIVIL PROCEDURE, AS WELL AS OTHER
REGULATIONS ON THE PROTECTION OF
PERSONS WITH DISABILITIES

Abstract: The implementation in the national legislation of the principles established by the New York Convention of 2007, regarding the rights of persons with disabilities, desideratum to which the decision of the Constitutional Court no. 601 of 16 July 2020 is referring, requiring a paradigm shift in regulation: limitation of capacity or loss of capacity will have to comply with the principles of necessity, proportionality, and subsidiarity. The legislator will have to offer, through the new regulation, a protection system with variable geometry, which will allow the guardianship court to modulate the capacity limitation according to the material circumstances under which the vulnerable person finds him/her/self both from the perspective of mental faculties and from the patrimonial status. The new regulation will have to find a balance between the predictability of the limits of the capacity of exercise, demanded by the security of the civil circuit, and the proportionality of the protection measures, which should be modulated on the respective status of the person subject to the measure.

Keywords: the rights of persons with disabilities, civil capacity, the proportionality of the protection measures.

Cuprins

I.	Premise	55
A.	<i>Lipsa unor măsuri proporționale</i>	57
B.	<i>Durata</i>	61
II.	Reglementare.....	62
III.	Proiectul de lege.....	65
IV.	Mandatul de ocrotire (mandat de protecție viitoare)	67
V.	Ocrotirea majorului	75
VI.	Regimul leziunii.....	82
VII.	Câteva considerații finale.	89

I. Premise

Prin decizia Curții Constituționale nr. 601 din 16 iulie 2020¹ au fost declarate neconstituționale dispozițiile art. 164 C.civ. privitoare la punerea sub interdicție, în esență pentru faptul că nu prevăd măsuri graduale de protecție pentru persoana fizică afectată de tulburări mintale².

Curtea a reținut, în considerentele deciziei (pct. 46), că procedura de punere sub interdicție încalcă prevederile constituționale, art. 1 alin. (3), art. 16 și art. 50, astfel cum se interpretează potrivit art. 20 din Constituție și prin prisma art. 12 din Convenția privind drepturile persoanelor cu dizabilități, deoarece măsura de ocrotire a punerii sub interdicție

¹ Publicată în Monitorul Oficial numărul 88 din 27 ianuarie 2021.

² Am analizat această decizie în articolul publicat în volumul dedicat d-nei profesor Emeșe Florian, *Reflecții asupra incapacității persoanei majore în contextul Deciziei Curții Constituționale nr. 601 din 16 iulie 2020*. Unele analize și argumente au fost preluate și în acest articol.

judecătorească prevăzută de art. 164 alin. (1) din Codul civil nu este însoțită de suficiente garanții care să asigure respectarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului. Aceasta nu ține cont de faptul că pot exista diferite grade de incapacitate și nici de diversitatea intereselor unei persoane, nu se dispune pentru o perioadă determinată de timp și nu este supusă unei revizuirii periodice.

Prin urmare, curtea a reținut că orice măsură de ocrotire trebuie să fie proporțională gradului de capacitate, să fie adaptată la viața persoanei, să se aplice pentru cea mai scurtă perioadă de timp, să fie revizuită periodic și să țină cont de voința și preferințele persoanelor cu dizabilități. De asemenea, la reglementarea unei măsuri de ocrotire, legiuitorul trebuie să țină cont de faptul că pot exista diferite grade de incapacitate, iar deficiența mintală poate varia în timp. Lipsa capacității psihice sau a discernământului poate lua diferite forme, spre exemplu totală/parțială sau reversibilă/ireversibilă, situație care reclamă instituirea unor măsuri de ocrotire adecvate realității și care, însă, nu se regăsesc în reglementarea măsurii interdicției judecătorești. Diferitelor grade de dizabilitate trebuie să le fie atașate grade de ocrotire corespunzătoare, legiuitorul în reglementarea măsurilor juridice trebuind să identifice soluții proporționale. O incapacitate nu trebuie să conducă la pierderea exercițiului tuturor drepturilor civile, ci trebuie analizată în fiecare caz în parte. Orice persoană trebuie să fie liberă să acționeze în vederea dezvoltării personalității sale, statul, în virtutea caracterului său social, având obligația de a reglementa un cadru normativ care să asigure respectarea individului, deplina exprimare a personalității cetățenilor, a drepturilor și libertăților lor, a șanselor egale, având ca rezultat respectarea demnității umane.

Vulnerabilitatea persoanei generată de slăbiciunea sa mintală prezintă importanță în special în raporturile cu ceilalți, în circuitul civil. Punerea sub interdicție judecătorească (așa cum se reține și la punctul 29 din decizia Curții Constituționale a României) reprezintă o măsură de ocrotire a drepturilor și a intereselor legitime, patrimoniale și nepatrimoniale, ale persoanei fizice, instituită de instanța judecătorească în urma evaluării posibilității persoanei de a-și exercita drepturile și de a-și îndeplini obligațiile, iar aceasta trebuie stabilită în interesul persoanei, avându-se în vedere posibilitatea acesteia de a-și îndeplini obligațiile cu privire la sine și la bunurile sale (art.104 și 106 alin. (2) C.civ.). Următoarele deficiențe de fond au fost sesizate în legătură cu actuala reglementare:

A. Lipsa unor măsuri proporționale

Un prim reproș de fond la adresa actualei reglementări (pct. 30) vizează faptul că actuala reglementare a punerii sub interdicție instituie un regim substitutiv, astfel că drepturile și obligațiile unei persoane puse sub interdicție judecătorească vor fi exercitate de un reprezentant legal, indiferent de gradul de afectare a discernământului persoanei în cauză, în dauna unui regim de suport caracterizat printr-un mecanism de sprijin pe care statul să îl acorde în funcție de gradul de afectare a discernământului. Prin raportare la art. 50 din Constituție, care consacră dreptul persoanelor cu dizabilități de a se bucura de o protecție specială, precum și la Convenția (de la New York din 2007) privind drepturile persoanelor cu dizabilități, Curtea Constituțională a apreciat că orice măsură de protecție trebuie să fie proporțională cu gradul de capacitate, să fie adaptată la viața persoanei, să fie dispusă numai dacă alte

măsuri nu pot oferi o protecție suficientă, să țină cont de voința persoanei, să se aplice pentru cea mai scurtă perioadă de timp și să fie revizuită periodic.

În considerente se mai reține că art. 12 pct. 2 din convenție, astfel cum a fost interpretat de Comitetul pentru drepturile persoanelor cu dizabilități prin Comentariul general nr.1/2014, precizează că toate persoanele cu dizabilități au dreptul la capacitate juridică completă. Capacitatea juridică este indispensabilă pentru exercitarea drepturilor civile, politice, economice, sociale și culturale. Aceasta dobândește o semnificație specială pentru persoanele cu dizabilități atunci când trebuie să ia decizii fundamentale privind sănătatea, educația și munca lor. De asemenea, art. 12 pct. 2 din convenție recunoaște faptul că persoanele cu dizabilități se bucură de capacitate juridică în condiții de egalitate cu celelalte persoane, în toate domeniile vieții, iar capacitatea juridică și capacitatea mintală sunt concepte distincte. În lumina art. 12 pct. 3 al convenției, statul are obligația să ia toate măsurile adecvate pentru a asigura accesul persoanelor cu dizabilități la sprijinul de care ar putea avea nevoie în exercitarea capacității juridice. Potrivit art. 12 pct. 4 al convenției, este posibilă aplicarea unor măsuri de protecție asupra persoanelor cu dizabilități, adaptate la situația particulară a persoanei. Acestea vor fi proporționale cu gradul în care afectează drepturile și interesele persoanei și vor fi adaptate la situația acesteia și vor respecta drepturile, voința și preferințele persoanei. Sub aspectul duratei pentru care se instituie o măsură de ocrotire și al revizuirii periodice a acesteia, art. 12 pct. 4 din Convenția privind drepturile persoanelor cu dizabilități reglementează faptul că o măsură de ocrotire se aplică pentru cea mai scurtă perioadă posibilă și se supune revizuirii periodice de către o autoritate competentă.

Așadar, convenția consacră anumite garanții care trebuie să însoțească măsurile de protecție instituite în privința persoanelor cu dizabilități.

Și Recomandarea R(99)4 a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei privind principiile referitoare la protecția juridică a adulților aflați în incapacitate, adoptată la 23 februarie 1999, în principiile 3 și 6, stabilește că legislația națională ar trebui, pe cât posibil, să recunoască faptul că pot exista diferite grade de incapacitate și că incapacitatea poate varia în timp, iar *„în cazul în care este necesară o măsură de protecție, ea trebuie să fie proporțională cu gradul de capacitate al persoanei vizate și adaptată la circumstanțele și nevoile individuale ale persoanei vizate”*. Totodată, Principiul 14 pct. 1 din Recomandarea R(99)4 a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei prevede durată limitată a măsurii de ocrotire și instituirea reexaminării periodice a acesteia (pct. 33).

Curtea reține (pct. 35) că, în concepția Convenției privind drepturile persoanelor cu dizabilități capacitatea juridică a persoanei nu se confundă cu capacitatea mintală a acesteia, fiind concepte distincte, iar limitările percepute sau reale în capacitatea mintală nu trebuie utilizate ca justificare a respingerii capacității juridice. Însă Codul civil operează cu valori absolute în sensul că orice potențială afectare a capacității mintale, indiferent de gradul său, poate duce la lipsirea persoanelor de capacitate de exercițiu, fără a exista posibilitatea ca o atare situație să fie evitată prin măsuri de suport necesare. Rezultă că există o distonanță paradigmatică între Convenția privind drepturile persoanelor cu dizabilități și Codul civil referitor la măsurile de ocrotire ce trebuie luate în privința persoanelor cu dizabilități, prima plasându-se în sfera măsurilor de suport și operând cu valori intermediare, pe când cel de-al doilea plasându-se într-un regim de substituție și a valorilor

absolute, refuzând soluții intermediare adaptate situației particulare a fiecărei persoane.

Din această perspectivă, curtea observă (pct. 38) că, din modul de reglementare a măsurii punerii sub interdicție judecătorească, prin art. 164 alin. (1) din Codul civil, nu rezultă că aceasta vizează lipsa totală a discernământului persoanei raportat la multitudinea intereselor pe care le poate manifesta în diferitele domenii ale vieții. Deși Convenția privind drepturile persoanelor cu dizabilități stabilește că o măsură de ocrotire se instituie ținând cont de existența unor grade diferite de capacitate, legislația română prevede capacitatea de exercițiu restrânsă numai în privința minorului cu vârsta cuprinsă între 14 și 18 ani (art. 38 și art. 41 din Codul civil), nu și capacitatea de exercițiu restrânsă a majorului care, ca urmare a punerii sub interdicție judecătorească, va fi lipsit în totalitate de aceasta, actele juridice urmând să se încheie, în numele acestuia, de un reprezentant legal. În consecință, Curtea reține (pct. 39) că efectele pe care le produce restricționarea capacității de exercițiu a unei persoane mai mult decât este necesar o poate poziționa, sub aspectul libertății de acțiune în domeniile în care manifestă o voință conștientă, într-o situație de inegalitate față de celelalte persoane care nu se află sub o măsură de ocrotire, fiind libere să-și exercite drepturile și să-și valorifice libertățile, cu consecințe asupra principiului egalității.

De aceea, având în vedere că există diferite grade de dizabilitate, iar o persoană poate să aibă într-o mai mare sau mai mică măsură discernământul afectat, dar nu în totalitate abolit, până la dispunerea unei măsuri care să restrângă capacitatea de exercițiu a persoanei trebuie luată în considerare instituirea unor măsuri alternative și mai puțin restrictive decât punerea sub

interdicție judecătorească. În consecință, în lipsa acestor măsuri alternative îi revine legiuitorului sarcina să identifice și să reglementeze mecanisme apte să ofere sprijinul necesar în luarea deciziilor bazate pe voința și preferința acestor persoane. Statul român trebuie să acorde sprijinul în exercitarea capacității juridice, prin dezvoltarea unor mecanisme bazate pe premisa respectării drepturilor, voinței și preferințelor persoanelor cu dizabilități, și, numai în măsura în care sprijinul astfel oferit se dovedește a fi inefficient, să reglementeze măsuri de ocrotire adaptate la situația particulară a persoanelor. Prin urmare, o măsură de ocrotire precum punerea sub interdicție judecătorească trebuie să fie reglementată doar ca o *ultima ratio* întrucât prezintă o gravitate extremă care implică pierderea drepturilor civile în ansamblul său și care trebuie analizată cu atenție de fiecare dată, inclusiv sub aspectul dacă alte măsuri s-au dovedit inefficiente în sprijinirea capacității civile a persoanei.

B. Durata

În opinia Curții (pct. 40) nici sub aspectul duratei pentru care se instituie măsura de ocrotire și nici sub aspectul revizuirii periodice a acesteia, actualul sistem de punere sub interdicție nu corespunde standardelor internaționale, potrivit cărora o măsură de ocrotire se aplică pentru cea mai scurtă perioadă posibilă și se supune revizuirii periodice de către o autoritate competentă. Pe de o parte, punerea sub interdicție și, implicit, tutela durează până la încetarea cauzelor care le-au provocat-o (art.177 alin. (1) C.civ.), motiv pentru care această garanție este una iluzorie, legiuitorul ar trebui să reglementeze dispunerea acesteia pe anumite intervale de timp pentru a da posibilitatea evaluării încetării cauzelor care au condus la instituirea măsurii.

Aceste termene trebuie să fie fixe, prestabilite, ușor cuantificabile, suple și fără a avea o durată excesivă, care să permită revizuirea periodică a măsurii într-un mod eficient și coerent. În concluzie, având în vedere că există posibilitatea ca deficiența mintală să varieze în timp, punerea sub interdicție judecătorească pentru o perioadă nedeterminată și fără o reevaluare periodică a capacității persoanei aduce atingere drepturilor și intereselor persoanelor care, în anumite perioade, își pot conștientiza și coordona acțiunile. Așadar, măsura de ocrotire a persoanei cu deficiențe mintale trebuie fie individualizată raportat la gradul de incapacitate.

II. Reglementare

România a adoptat Convenția ONU, din 2007, cu privire la drepturile persoanelor cu dizabilități³, categorie care include acele persoane care au deficiențe fizice, mintale, intelectuale sau senzoriale de durată, deficiențe care, în interacțiune cu diverse bariere, pot îngreuna participarea deplină și efectivă a persoanelor în societate, în condiții de egalitate cu ceilalți (art. 1 alin. (2) al convenției). În anul 2006 au fost implementate și mecanismele interne de monitorizare reclamate de convenție⁴.

Din perspectiva subiectului tratat, al protecției prin intermediul limitării sau pierderii capacității depline de exercițiu este incident art. 12 al

³ Prin Legea nr. 221/2010, publicată în Monitorul Oficial cu numărul 792 din data de 26 noiembrie 2010.

⁴ Prin Legea nr. 8/2016, publicată în Monitorul Oficial cu numărul 48 din data de 21 ianuarie 2016, privind înființarea mecanismelor prevăzute de Convenția privind drepturile persoanelor cu dizabilități.

Convenției, recunoaștere egală în fața legii, care cuprinde următoarele principii:

„1. Statele părți reafirmă că persoanele cu dizabilități au dreptul la recunoașterea, oriunde s-ar afla, a capacității lor juridice.

2. Statele părți vor recunoaște faptul că persoanele cu dizabilități se bucură de asistență juridică în condiții de egalitate cu ceilalți, în toate domeniile vieții.

3. Statele părți vor lua toate măsurile adecvate pentru a asigura accesul persoanelor cu dizabilități la sprijinul de care ar putea avea nevoie în exercitarea capacității lor juridice.

4. Statele părți se vor asigura că toate măsurile legate de exercitarea capacității juridice prevăd protecția adecvată și eficientă pentru prevenirea abuzurilor, conform legislației internaționale privind drepturile omului. O astfel de protecție va garanta că măsurile referitoare la exercitarea capacității juridice respectă drepturile, voința și preferințele persoanei, nu prezintă conflict de interese și nu au o influență necorespunzătoare, sunt proporționale și adaptate la situația persoanei, se aplică pentru cea mai scurtă perioadă posibilă și se supun revizuirii periodice de către o autoritate competentă, independentă și imparțială sau de către un organ juridic. Măsurile de protecție vor fi proporționale cu gradul în care asemenea măsuri afectează drepturile și interesele persoanei.

5. În conformitate cu prevederile prezentului articol, statele părți vor lua toate măsurile adecvate și eficiente pentru a asigura dreptul egal al persoanelor cu dizabilități de a deține sau moșteni proprietăți, de a-și gestiona propriile venituri și de a avea acces egal la împrumuturi bancare, ipoteci și alte forme de credit financiar și se vor asigura că persoanele cu dizabilități nu sunt deposedate în mod arbitrar de bunurile lor.”

De asemenea, art. 22 al convenției, cu privire la dreptul la viață personală, prevede:

„1. Nicio persoană cu dizabilități, indiferent de locul sau de tipul de reședință, nu va fi supusă intruziunii arbitrare sau nelegale în viața personală, în familia, căminul ori corespondența sa sau în alte tipuri de comunicare ori atacurilor ilegale la onoarea și reputația sa. Persoanele cu dizabilități au dreptul la protecția legii împotriva unor asemenea intruziuni sau atacuri.

2. Statele părți vor proteja confidențialitatea informațiilor referitoare la datele personale, medicale și de reabilitare ale persoanelor cu dizabilități, în condiții de egalitate cu ceilalți.”

Deși dezideratele existenței în legislația internă a unor măsuri de protecție limitate în timp și supuse unor revizuri periodice, care să permită, în raport cu circumstanțele personale ale persoanei cu dizabilități mintale, aplicarea unor măsuri proporționale, erau cunoscute la data adoptării Codului civil, legiuitorul român a păstrat în mare măsură sistemul de protecție anterior, lipsit de nuanțe: lipsa totală a capacității de exercițiu, incapacitatea reglementată de art. 164 C.civ., sau curatela persoanei majore, caz în care persoana vulnerabilă poate încheia în continuare acte vătămătoare pentru sine, având în continuare capacitate deplină de exercițiu, curatorul neavând atribuții de asistare a celui în favoarea căruia lucrează.

Efectele acestor instrumente supranaționale de reglementare a situației persoanelor cu dizabilități reclamă o schimbare de paradigmă legislativă, care să implice, pe cât posibil, pe cei vulnerabili în adoptarea deciziilor care îi privesc, atât în ceea ce privește viața personală cât și în ceea ce privește administrarea patrimoniului.

III. Proiectul de lege

Proiectul de lege aflat în dezbateră publică⁵ face primii pași în direcția acestei schimbări necesare de paradigmă și o atenție deosebită va trebui acordată modului în care aceste texte vor fi aplicate în practica judiciară, pentru ca sistemul național de protecție a persoanelor cu dizabilități să reușească să reprezinte cu adevărat un cadru eficient de atingere a obiectivelor reclamate de convențiile internaționale, respectiv de decizia Curții Constituționale a României, menționate în punctele anterioare. Din această perspectivă, considerăm important să analizăm instituțiile nou introduse sau, după caz, modificările propuse utilizând și repere de drept comparat, experiența sistemelor juridice care au implementat deja măsuri similare fiind, în opinia noastră, utilă.

Conform expunerii de motive, proiectul își propune realizarea unei intervenții substanțiale în materia măsurilor de ocrotire de drept civil de care pot beneficia persoanele fizice vulnerabile, cu reșezarea regulilor care configurează ocrotirea persoanei fizice cu dizabilități intelectuale și psihosociale pe fundamente noi, moderne, cu valorificarea reglementărilor internaționale în domeniu. Configurarea mecanismelor de drept civil de ocrotire a persoanei fizice majore vulnerabile este regândită pentru a așeza această persoană în centrul reglementării și a concilia nevoia sa (temporară ori permanentă) de a fi protejată cu imperativul respectării exercițiului drepturilor și libertăților sale fundamentale, marcând desprinderea definitivă

⁵ Proiectul a fost pus în dezbateră publică la 29.07.2021, pe site-ul Ministerului Justiției, <https://www.just.ro/proiectul-de-lege-pentru-modificarea-si-completarea-legii-nr-287-2009-privind-codul-civil-a-legii-nr-134-2010-privind-codul-de-procedura-civila-precum-si-a-altor-acte-normative/>, arhivă: <https://perma.cc/2ZAU-ZHGA>.

de regimul (unic și inflexibil) actual de ocrotire repudiat de instanța noastră de contencios constituțional.

Prin soluțiile legislative cuprinse în proiect se propune, în esență, reconfigurarea (și redenumirea) actualei instituții a punerii sub interdicție judecătorească, precum și crearea unui nou mecanism de ocrotire – consilierea judiciară, întregul eșafodaj legislativ sprijinindu-se pe trei piloni fundamentali: necesitate (regimul de ocrotire este instituit cu scopul protejării, în mod adecvat, a persoanei vulnerabile) subsidiaritate (măsurile de ocrotire a majorului sunt dispuse numai în cazul în care instanța apreciază că nu este suficientă pentru apărarea intereselor persoanei ocrotite instituirea unei alte măsuri prevăzute de lege, aplicarea regulilor de drept comun instituite pentru ocrotirea unui interes general sau particular, a celor în materia reprezentării sau asistării, a celor referitoare la drepturile și obligațiile soților sau încuviințarea unui mandat de ocrotire încheiat de persoana în cauză) și proporționalitate (regimul de ocrotire este corespunzător gradului de incapacitate și individualizat în funcție de nevoile celui pus sub ocrotire și de circumstanțele în care aceasta se găsește).

Proiectul își propune, totodată, o serie de garanții esențiale, reglementate în beneficiul celui ocrotit, cum ar fi instituirea unui sistem gradual, în trepte, de dispunere a măsurilor de ocrotire, a unor perioade determinate de timp pentru care pot fi dispuse și prelungite acestea, configurarea unor reguli privind reevaluarea periodică a regimului de ocrotire ales sau posibilitatea adaptării (individualizării) permanente, de către instanța de tutelă, a măsurii de ocrotire în funcție de circumstanțele concrete în care se găsește cel ocrotit.

IV. Mandatul de ocrotire (mandat de protecție viitoare)

O primă problemă asupra căreia am ales să ne oprim este cea a mandatului denumit de ocrotire în proiectul de lege, instituție cunoscută la nivel mondial cu denumirea de mandat de protecție viitoare. Respectarea principiilor Convenției de la New York din anul 2007 cu privire la protejarea persoanelor cu dizabilități reclamă și recunoașterea posibilității amenajării unui regim de protecție extrajudiciară, sub control public. Forma juridică cel mai des întâlnită este cea a mandatului de protecție viitoare, iar în statul canadian Quebec, unde sistemul a fost recunoscut în 1989, în prezent 30% dintre persoanele care sunt supuse unui regim de protecție beneficiază de această formă specială de mandat, care devine eficace la momentul în care alterarea gravă a facultăților mintale este constatată printr-o expertiză medicală⁶. Mecanismul de protecție privat pare să aibă un succes mai mare acolo unde mandatul de protecție viitoare este validat de judecătorul de tutelă (sau instituția echivalentă) și este de preferat, în opinia noastră, să fie supus unui sistem de publicitate eficient și unui control periodic riguros, similar cu cel al tutelei și al curatelei.

Prin proiectul de lege menționat se propune crearea unei noi forme de mandat, denumit mandat de ocrotire, deși pentru rațiuni de compatibilitate cu instituții similare din alte sisteme de drept ar fi de preferat terminologia consacrată la nivel internațional, mandat de protecție viitoare:

⁶ B. LEFEBVRE, *Vulnérabilité et aptitude, Rapport Général*, în *La Vulnérabilité*, Ed. Bruyant, Bruxelles, 2020, p. 33.

„Mandatul poate avea ca obiect și încheierea actelor destinate să asigure, în cazul survenirii incapacității mandantului de a se îngriji de persoana sa ori de a-și administra bunurile, ocrotirea persoanei mandantului, administrarea, în tot sau în parte, a bunurilor sale și, în general, bunăstarea sa morală și materială.”

Acest tip de mandat are un regim special, mandatarul, deși de regulă împuternicit cu caracter general să administreze, în tot sau în parte, bunurile mandantului care necesită ocrotire, prin excepție, dacă a fost împuternicit expres cu administrarea deplină a bunurilor, poate încheia acte de înstrăinare sau grevare, tranzacții ori compromisuri, se poate obliga prin cambii sau bilete la ordin și poate intenta acțiuni în justiție, precum și pentru a încheia orice alte acte de dispoziție.

În mod firesc, prin excepție de la regula de drept comun, efectele mandatului se produc doar de la data la care survine deteriorarea facultăților mintale ale mandantului, constatată ca urmare a întocmirii unor rapoarte de evaluare medicală și psihologică, care ar trebui să poată fi solicitate nu numai de către mandatarul desemnat ci și de persoana vulnerabilă sau medicul curant sau eventual alți membrii ai familiei.

Pentru a asigura utilizarea și funcționalitatea acestei forme de ocrotire extrajudiciară considerăm oportună opțiunea legiuitorului, atât pentru forma autentică necesară pentru întocmirea sa cât și încuviințarea acestuia de către instanța de tutelă, la cererea mandatarului desemnat în contract. Poate nu ar fi lipsit de utilitate practică a extinde posibilitatea sesizării instanței de tutelă și de către cel vulnerabil (atunci când discernământul ar fi doar diminuat) cât și de către alți membrii ai familiei, mai ales că, prin propunerea legislativă, revocarea mandatului de ocrotire ar urma să utilizeze aceeași procedură,

aparent inclusiv în ceea ce privește titularul cererii (în contradicție cu propunerea de modificare de la art. 2030 alin. (2) C.civ.).

Încuviințarea instanței de tutelă, alături de verificarea legalității cuprinsului mandatului de protecție viitoare (ocrotire), conferă și un grad ridicat de încredere participanților la circuitul civil, în vederea încheierii actelor, în special a celor de dispoziție, prin intermediul mandatarului numit de către cel vulnerabil. Chiar dacă propunerea prevede că instanța de tutelă poate, cu ocazia încuviințării mandatului, pentru a evita prejudicierea gravă a mandantului, să ia orice măsură necesară pentru ocrotirea persoanei mandantului, reprezentarea acestuia în exercitarea drepturilor și libertăților sale civile sau administrarea bunurilor lui, alegerea acestor măsuri, atunci când nu completează mandatul de ocrotire⁷, ci modifică cele hotărâte de persoana ocrotită, trebuie să fie făcută cu respectarea principiilor necesității, subsidiarității și proporționalității. Astfel, doar în măsura în care măsura se impune ca necesară, proporțional cu obiectivul de ocrotire urmărit, poate fi înlăturată dispoziția persoanei vulnerabile pentru situația în care nu se mai poate îngriji de situația sa materială și personală, modelul belgian (prezentat mai jos) de interpretare fiind, în opinia noastră, cel mai potrivit.

O particularitate a acestei forme de mandat o reprezintă faptul că nu se referă exclusiv la încheierea unor acte juridice având ca obiect bunuri din patrimoniul celui ocrotit ci permite mandantului să amenajeze și condițiile de viață după survenirea incapacității, să stabilească reguli cu privire la îngrijirea sa și să desemneze persoana căreia mandatarul trebuie să dea socoteala (cel

⁷ Proiectul prevede în această ipoteză că „*Actul prin care mandantul a încredințat deja altei persoane administrarea bunurilor sale continuă să producă efecte, cu excepția cazului în care acesta este revocat de către instanța de tutelă, pentru motive întemeiate. (s.n.)*”

puțin o dată la trei ani). În cazul în care prin mandatul de ocrotire (protecție viitoare) nu a fost desemnată o astfel de persoană, ea va fi desemnată de instanța de tutelă.

Principiile care guvernează îndeplinirea obligațiilor de către mandatar urmăresc respectarea cerințelor art. 12 și 22 din Convenția privind protecția persoanelor cu dizabilități (detaliate mai sus), în sensul că orice decizie referitoare la executarea mandatului este luată în interesul mandantului și asigură respectarea demnității, a drepturilor și libertăților acestuia, a voinței, nevoilor și preferințelor lui, precum și salvagardarea autonomiei sale. Atunci când întinderea mandatului de ocrotire este îndoielnică, mandatarul îl interpretează conform regulilor privitoare la tutela specială a majorului. Ca o măsură suplimentară de protecție, atunci când situația concretă a mandantului o reclamă, instanța de tutelă va putea dispune și o altă măsură de ocrotire, cu respectarea principiului necesității și al proporționalității.

În opinia noastră, o omisiune a proiectului de lege o reprezintă, pentru mandatul de ocrotire (de protecție viitoare), lipsa cerinței verificării periodice, la un interval de timp precis stabilit, a existenței, în continuare, a condițiilor care reclamă aplicarea măsurii de protecție extrajudiciare. Deși există formal oricând posibilitatea ca mandantul redevenit capabil să revoce mandatul, precum și posibilitatea ca mandatarul, instituția sanitară care îngrijește periodic sau, în opinia noastră, chiar și cei apropiați să sesizeze instanța de tutelă pentru a constata încetarea mandatului de ocrotire, apreciem că întrunirea cerințelor reclamate de decizia Curții Constituționale impun și pentru această formă de protecție amenajată de persoana vulnerabilă o reevaluare obligatorie, periodică, de maniera celei prevăzute pentru consilierea judiciară (3 ani) sau tutelă (5 ani), dat fiind că, prin ipoteză,

mandatul de ocrotire (de protecție viitoare), poate opera și independent de aceste măsuri de ocrotire.

De asemenea, apreciem că ar trebui construit un sistem de publicitate special, propunerea legislativă făcând trimitere doar la comunicarea hotărârii de încuviințare a mandatului de ocrotire, similar cu comunicările făcute în cazul instituirii tutelei. În epoca în care multe contracte se încheie în spațiul virtual, este de dorit ca limitele în care mandatul de ocrotire (de protecție viitoare) a fost încuviințat să fie facil disponibile și comprehensibile, în caz contrar, existând riscul ca să apară reticențe la încheierea contractelor cu cei protejați prin această formă de ocrotire.

Trebuie să observăm însă lipsa totală din proiectul legislativ a unor măsuri suport care ar putea fi oferite și de regimul juridic al căsătoriei, în completarea regimului gestiunii paralele, concurente⁸ asupra bunurilor comune. În reglementarea actuală, oricare dintre soți poate încheia singur, în virtutea puterilor conferite de lege fiecărui soț (nu în calitate de reprezentant al celuilalt soț), o serie de acte juridice cu privire la bunurile comune, precum actele de conservare, de administrare, de administrare a patrimoniului sau actele de dispoziție cu titlu oneros referitoare la bunurile mobile care nu sunt supuse unor formalități de publicitate. Și acțiunile în justiție corespunzătoare pot fi exercitate singur, în nume propriu doar de către un singur soț. Art. 315 C.civ. permite unuia dintre soți, în ipoteza în care celălalt soț se află în imposibilitate de a-și manifesta voința, să solicite instanței de tutelă să îl numească ca reprezentant al acestuia pentru exercitarea drepturilor pe care le are potrivit regimului matrimonial. Această imposibilitate nu trebuie să fie

⁸ Pentru detalii E. FLORIAN, *Dreptul familiei*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 217-222.

absolută⁹, iar limitele și durata mandatului sunt stabilite de instanța de tutelă în funcție de împrejurări. Soțul poate fi numit, prin mandatul judiciar, să încheie acte nu numai pentru bunurile comune, ci și pentru bunurile proprii ale soțului reprezentat¹⁰. Ar fi fost de preferat ca acest regim de protecție, care implică soțul, să fie aprofundat și dezvoltat, după modelul abilitării familiale din dreptul francez sau măcar o trimitere către posibilitatea pentru soțul celui care necesită ocrotire de a solicita instanței de tutelă să aplice pentru bunurile celui ocrotit a unui sistem similar fiduciei.

În încheiere, prezentăm câteva repere de drept comparat, pentru a deschide o perspectivă corectă din care să fie interpretată noua reglementare privitoare la mandatul de ocrotire (de protecție viitoare):

Reforma legislativă belgiană din anul 2013, ajustată în anul 2018, a instituit un sistem de protecție care urmărește să stimuleze mecanismele de protecție extrajudiciare și, doar atunci când este necesar și proporțional cu nevoile celui supus măsurii, să intervină mecanisme de protecție legale (art. 488/1 C.civ. belgian¹¹). Sistemul juridic belgian a apreciat că aderarea la Convenția ONU, din 2007, cu privire la drepturile persoanelor cu dizabilități, impune regândirea paradigmei mijloacelor de protecție, prioritară fiind mijloacele extrajudiciare. O persoană fizică are dreptul, în perioada în care se află încă în deplinătatea facultăților mintale, să desemneze un mandatar care să încheie anumite acte pe seama sa, fiind aplicabile regulile mandatului de drept comun, și, prin același act, să stabilească, pentru momentul la care facultățile sale mintale vor fi alterate, că mandatarul va putea, în continuare,

⁹ *Ibidem*, p. 144.

¹⁰ *Ibidem*, p. 145.

¹¹ J. L. RENCHON, *Vulnérabilité et aptitude en Belgique*, în *La Vulnérabilité*, Ed. Bruyant, Bruxelles, 2020, p. 100-108.

să încheie acea categorie de acte în numele și pe seama celui protejat, chiar dacă facultățile sale mintale sunt din ce în ce mai alterate (art. 489, 490 C.civ. belgian). Măsurile de protecție legale pot fi dispuse de judecătorul de pace doar dacă și numai în măsura în care măsurile de protecție extrajudiciare sau cele legale deja aplicabile nu sunt suficiente (art. 492 C.civ. belgian).

În cazul în care intervine alterarea facultăților mintale, judecătorul poate cenzura conținutul mandatului de protecție doar în măsura în care vatămă vădit interesele celui protejat, iar la solicitarea celui protejat și/sau a protectorului numit anterior, judecătorul de pace poate dispune asupra executării mandatului (art. 490/1 C.civ. belgian). Cel protejat rămâne de principiu capabil, măsura incapacității rămâne subsidiară, doar pentru situațiile în care se apreciază a fi necesar pentru protecția celui vulnerabil.

Și legiuitorul francez a optat pentru prioritizarea măsurilor particulare de protecție, în special mandatul de protecție viitoare, sau aplicarea, acolo unde este posibil, a regimului de reprezentare între soți. Deși practica notarială cunoștea diferite forme de mandat prin care o persoană capabilă numea un reprezentant convențional pentru administrarea bunurilor sale în ipoteza în care ar fi afectat discernământul, legiuitorul francez a reglementat, în anul 2007, mandatul de protecție viitoare¹², permițând titularului patrimoniului să amenajeze administrarea bunurilor sale pentru ipoteza în care facultățile sale mintale vor fi afectate. Efectele mandatului se produc de la momentul la care declarația medicală de inaptitudine este vizată de grefă (art. 481 C.civ.fr.), însă titularul rămâne capabil, chiar dacă practic suntem în prezența unei capacități diminuate. Și în acest caz eventualele acte încheiate

¹² Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil. Les Personnes*, Ed. Defrénois, Paris, 2010, p. 305, nr. 734.

singur de către cel care beneficiază de un mandat de protecție intrat în vigoare pot fi desființate sau adaptate pentru leziune (art. 488 C.civ.fr.). Regimul juridic al mandatului de protecție viitoare a fost reconfigurat prin ordonanța nr. 1288/2015 (art. 477¹³ și 477¹ C.civ.fr.) și a fost introdusă și o formă de publicitate pentru această măsură, publicarea într-un registru special.

Legiuitorul francez, chiar dacă a efectuat o reformă amplă a reglementării de protecție pentru persoanele vulnerabile, în anul 2006, a apreciat că se impune, pentru a respecta drepturile reglementate prin Convenția ONU din 2007 cu privire la drepturile persoanelor cu dizabilități, ajustarea reglementării pentru a răspunde unor standarde mai înalte de protecție¹⁴. Ca repere de orientare poate fi reținut principiul necesității, cu corolarul său, subsidiaritatea, care implică recunoașterea unor mecanisme private de protecție (mandat de protecție viitoare, abilitare familială) care ar putea permite să fie evitată pierderea capacității de exercițiu, respectiv existența unui sistem de protecție (suport) judiciară care nu afectează

¹³ „Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article [425](#), elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts.

La personne en curatelle ne peut conclure un mandat de protection future qu'avec l'assistance de son curateur.

Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle ou d'une habilitation familiale, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé.

Le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé. Toutefois, le mandat prévu au troisième alinéa ne peut être conclu que par acte notarié.”

¹⁴ D. NOGUÉRO, *Vulnérabilité et aptitude en France*, în *La Vulnérabilité*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2020, p. 197.

automat capacitatea de exercițiu ci permite, însoțit de un sistem de publicitate adecvat, o reevaluare a actului, similară cu reglementarea leziunii la minori în dreptul intern, ulterioară încheierii sale din perspectiva utilității actului pentru cel ocrotit și a echivalenței prestațiilor.

Dreptul spaniol¹⁵ recunoaște și el o formă incipientă de mandat de protecție viitoare, o modificare a art. 1732 C.civ. spaniol, din anul 2003, a introdus o excepție de la principiul încetării mandatului în cazul survenirii incapacității mandantului, permițând celui reprezentat să prevadă că acesta va produce efecte și după survenirea incapacității, și a fost introdus conceptul de mandat de protecție, care începe să producă efectele numai la momentul survenirii incapacității mandantului. Reglementările locale catalane merg mai departe, și recunosc mandatul de protecție viitoare printre mijloacele reglementate de protecție pentru persoanele afectate de tulburări mintale, permițând mandantului, anterior tulburării, să stabilească unele reguli de administrare a bunurilor sale și, eventual, un mecanism de verificare a activității mandatarului¹⁶.

V. Ocrotirea majorului

Prin proiectul de reformă se propune, pentru ocrotirea majorului, alături de clasică măsură a curatelei, o formă reconfigurată a interdicției judecătorești, denumită *tutela specială* (pentru a înlătura conotațiile denigratoare ale denumirii anterioare), și un regim juridic asimilat capacității

¹⁵ C. GUILARTE Martin-CALERO, *Vulnérabilité et aptitude en Espagne*, în *La Vulnérabilité*, Ed. Brulyant, Bruxelles, 2020, p. 159-164.

¹⁶ *Ibidem*, p. 162, cu referire la art. 222-2 din Codul civil al Cataloniei.

de exercițiu restrânse, denumit *consiliere judiciară* (art. 106 alin. (2) și 164 din propunere). Deși sistemul are avantajul simplității și predictibilității, prin raportare la regimuri juridice cunoscute în circuitul civil, aplicarea mecanică a măsurilor de ocrotire doar pe două paliere riscă să facă reglementarea a fi considerată în continuare că nu respectă principiile necesității și cel al proporționalității:

„Art. 164. Condiții

(1) Majorul care nu se poate îngriji singur de interesele sale din cauza unei deteriorări temporare sau permanente, parțiale sau totale, stabilită în urma unei evaluări medicale și psihosociale, a facultăților mintale, și care are nevoie de sprijin în formarea sau exprimarea voinței sale, poate beneficia de consiliere judiciară sau tutelă specială, dacă luarea acestei măsuri este necesară pentru exercitarea capacității sale civile, în condiții de egalitate cu celelalte persoane.

(2) O persoană poate beneficia de consiliere judiciară dacă deteriorarea facultăților sale mintale este parțială și este necesar să fie asistată sau consiliată în mod continuu în exercitarea drepturilor și libertăților ei.

(3) Instituirea consilierii judiciare se poate face numai dacă nu poate fi asigurată o protecție adecvată a persoanei ocrotite prin instituirea curatei în condițiile art. 178-186.

(4) O persoană poate beneficia de tutelă specială dacă deteriorarea facultăților sale mintale este totală și este necesar să fie reprezentată în mod continuu în exercitarea drepturilor și libertăților ei.

(5) Instituirea tutelei speciale se poate face numai dacă nu poate fi asigurată o protecție adecvată a persoanei ocrotite prin instituirea curatei sau prin punerea sa sub consiliere judiciară.”

Pentru a evita o astfel de apreciere, prin art. 104 alin. (3) – 5 și, mai ales, 164 alin. (4), se transferă instanței de tutelă răspunderea pentru modelarea regimului juridic de ocrotire, astfel încât prin hotărârea de adoptare a măsurii de ocrotire, instanța va trebui să motiveze limitarea capacității de exercițiu doar la ceea ce este absolut necesar și

proporționalitatea regimului juridic cu nevoile și situația concretă a persoanei care are nevoie de ocrotire:

„(3) Măsurile de ocrotire a majorului și deciziile cu privire la persoana sa asigură respectarea demnității, a drepturilor și libertăților acestuia, a voinței, nevoilor și preferințelor lui, precum și salvagardarea autonomiei sale. Incapacitatea rezultată este stabilită numai în favoarea sa.

(4) Măsurile de ocrotire a majorului sunt dispuse pentru cel mai scurt termen posibil, numai în caz de necesitate și sunt proporționale și individualizate în funcție de gradul de alterare a facultăților mintale, precum și de necesitățile persoanei ocrotite și circumstanțele în care aceasta se găsește.

(5) Măsurile de ocrotire a majorului sunt dispuse numai în cazul în care instanța apreciază că nu este suficientă pentru apărarea intereselor persoanei ocrotite instituirea unei alte măsuri prevăzute de lege, aplicarea regulilor de drept comun instituite pentru ocrotirea unui interes general sau particular, a celor în materia reprezentării sau asistării, a celor referitoare la drepturile și obligațiile soților sau încuviințarea unui mandat de ocrotire încheiat de persoana în cauză.

*
**

Art. 168 (4) „Prin hotărârea prin care a fost dispusă punerea sub consiliere judiciară sau tutelă specială instanța de tutelă poate stabili, în funcție de gradul de autonomie al persoanei ocrotite și de nevoile sale specifice, categoriile de acte pentru care este necesară încuviințarea actelor sale sau, după caz, reprezentarea ei. Instanța poate dispune ca măsura de ocrotire să privească chiar și numai o categorie de acte. De asemenea, instanța poate dispune ca măsura de ocrotire să se refere numai la persoana celui ocrotit sau numai la bunurile sale.”

Acest ultim text permite, în opinia noastră, ca instanța să dispună în cazul unor persoane care sunt afectate doar de o alterare parțială a facultăților mintale, eventual în legătură cu anumite activități, să fie reprezentate doar la încheierea unor categorii de acte, eventual legate de acele activități, pentru

orice alte categorii de acte având regimul juridic al unei persoane cu capacitate de exercițiu deplină. După modelul propus de dreptul german¹⁷, pentru a adapta măsura de protecție la situația concretă a persoanei vulnerabile o inedită incapacitate parțială ar putea fi dispusă, interdicția vizând exclusiv anumite categorii de acte exclusiv dintr-un anumit domeniu, cum ar fi, spre exemplu, ipoteza în care unei persoane devenite procesomană, datorită unei obsesii psihologice, îi este restricționat dreptul de a mai formula singură acțiuni în justiție.

Va constitui o serioasă provocare formarea unei practici judiciare la instanțele de tutelă care, în analiza măsurilor concrete, să facă legătură între situația concretă a persoanei ocrotite și dezideratele reglementărilor moderne privind protecția persoanelor cu dizabilități. Evoluția mecanismelor prin care se asigură protecția persoanelor cu tulburări mintale în dreptul francez prezintă un bun model, pe de o parte pentru că reglementarea inițială în dreptul român privind punerea sub interdicție a fost inspirată de vechea reglementare franceză, iar pe de altă parte pentru că decizia Curții Constituționale a României face trimitere la legislația actuală franceză ca model (pct. 41).

În dreptul francez¹⁸, regimul de protecție al persoanelor majore vulnerabile datorită situației lor psihologice sau medicale este guvernat de principiile necesității, subsidiarității și proporționalității¹⁹: aplicarea măsurilor de protecție nu poate interveni decât în ipoteza în care: a) alterarea

¹⁷ G. REINER, *Vulnérabilité et aptitude en Allemagne*, în *La Vulnérabilité*, Ed. Bruyant, Bruxelles, 2020, p. 77-79.

¹⁸ Art. 425 și urm. Cod civil francez, modificate prin legea nr. 308 din 5 martie 2007, intrată în vigoare la 1 ianuarie 2009.

¹⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, op.cit., p. 290-291, nr. 704.

facultăților mintale, stabilită printr-o expertiză medicală, o justifică; b) nu există alte instituții, mai puțin constrângătoare, care să permită protejarea persoanei afectate (cum ar fi incidența instituției abilitării familiale sau existența unui mandat civil anterior care să permită administrarea patrimoniului persoanei vulnerabile); c) măsura de protecție să fie individualizată în funcție de circumstanțele concrete legate de alterarea facultăților mintale, în care se află persoana protejată. Aplicarea acestor principii a fost rafinată cu ocazia modificării art. 428 C.civ.fr. în anul 2019²⁰, iar propunerea de lege pare să se fi orientat prioritar către această reglementare.

Din păcate, legiuitorul român, prin proiectul de lege, nu a propus și măsura de protecție prevăzută la art. 435 C.civ.fr., după modificarea adusă Codului civil în anul 2016, sub denumirea „*sauvegarde de justice*”. Această formă de protecție, diferită de curatelă, a fost adaptată noilor imperative, în esență protecția acordată pe această cale nu presupune pierderea capacității de exercițiu²¹ ci doar plasarea sub protecție a persoanei care fie este afectată

²⁰ După modificarea adusă de art. 29 al Legii nr. 222 din 23 martie 2019, art. 428 are următorul conținut:

„La mesure de protection judiciaire ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par la mise en œuvre du mandat de protection future conclu par l'intéressé, par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429 ou, par une autre mesure de protection moins contraignante.

La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé.”

²¹ *La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l'article 437.”*

Les actes qu'elle a passés et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils

de o imposibilitate temporară de a-și exprima voința și a proteja interesele sale datorită alterării facultăților mintale, fie face obiectul unei proceduri judiciare de instituire a curatelei sau a tutelei. În doctrina franceză²² se consideră că în această ipoteză discutăm despre o persoană cu capacitate diminuată. Este o măsură temporară, poate fi dispusă pe durata unui an și reînnoită o singură dată.

Pentru ipoteza în care este necesară încheierea anumitor acte, judecătorul poate institui un mandatar special care să încheie unul sau mai multe acte determinate necesare pentru gestionarea patrimoniului persoanei vulnerabile (art. 437 C.civ.). Deși cel plasat sub protecția justiției păstrează capacitatea civilă, măsura atrage un regim special pentru actele sale. Pe de o parte el nu poate încheia actele determinate (de principiu de dispoziție), pentru care i-a fost numit, de către instanța specializată, un mandatar. Pe de altă parte, actele încheiate de persoana vulnerabilă plasată sub protecția justiției beneficiază de o protecție suplimentară prin aplicarea unui regim special al leziunii, inclusiv din perspectiva utilității actului pentru cel protejat. De asemenea, rămâne aplicabilă anularea actului pentru lipsa discernământului.

Similar, în dreptul italian²³, prin Legea nr. 6/2004, alături de mijloacele clasice de protecție pentru persoanele a căror discernământ este

pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté.

L'action en nullité, en rescision ou en réduction n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 2224."

²² Ph. MALAURIE, L. AYNES, op.cit., p. 299, nr. 723.

²³ A. VENCHIARUTTI, *Vulnérabilité et aptitude en Italie*, în *La Vulnérabilité*, Ed. Bruyant, Bruxelles, 2020, p. 215 -218.

afectat de tulburări mintale, tutela și curatela, a fost introdusă o instituție nouă, *amministrazione di sostegno*, o formă de asistență de suport care urmărește să protejeze persoana vulnerabilă, de o manieră care să limiteze cât mai puțin posibil capacitatea de exercițiu a celui afectat. A fost concepută ca o măsură de protecție care să poată fi adaptată nevoilor particulare, concrete ale celui protejat, prin măsuri de susținere temporare sau permanente. Judecătorul de tutelă are sarcina de a defini, pentru fiecare persoană protejată, actele pe care persoana numită să acorde asistența le poate încheia în numele celui vulnerabil, respectiv actele pe care persoana care cade sub incidența acestei măsuri le poate încheia doar cu asistența celui numit să îl protejeze. Chiar dacă prin această măsură de protecție capacitatea de exercițiu este într-un fel limitată, de principiu persoana sprijinită în acest fel nu este considerată că a pierdut capacitatea de exercițiu sau că ar avea o capacitate de exercițiu restrânsă. Doar dacă persoana supusă măsurii are intelectul grav afectat, persoana numită să asigure suportul va primi dreptul de administrare a patrimoniului celui protejat.

În dreptul francez, dacă măsurile de abilitare familială sau „*sauvegarde de justice*” nu pot asigura o protecție suficientă persoanei vulnerabile, instanța va face apel la măsura curatelei (art. 440 C.civ.fr.), iar dacă nici aceasta nu răspunde nevoilor de protecție ale persoanei se poate dispune instituirea unei tutele (art. 441 C.civ.fr.). Prin legea nr. 177/2015 s-a stabilit că ambele măsuri pot fi dispuse pentru o durată de maxim 5 ani (prin excepție o tutelă poate fi stabilită pentru o durată de 10 ani) și reînnoite la expirarea termenului, pentru aceeași durată (în cazul tutelei prin excepție se poate prelungi măsura pentru o durată de 20 de ani) sau o durată mai scurtă dacă circumstanțele particulare ale persoanei protejate o impun. Legiuitorul

român pare să se fi inspirat din această reglementare în ceea ce privește durata tutelei speciale, termenele propuse prin art. 168 din proiect fiind identice (mai puțin posibilitatea reînnoirii pentru 20 de ani), iar pentru consilierea judiciară termenul maxim este de 3 ani.

O altă modificare în dreptul francez, adusă prin legea nr. 222/2019 prevede dreptul persoanei vulnerabile de a decide cu privire la propria persoană, în măsura în care starea mintală îi permite acest lucru (art. 459 C.civ.fr.). În ipoteza în care starea mintală a persoanei protejate nu-i permite să ia o astfel de decizie persoana însărcinată cu protecția sa nu poate lua o decizie care să afecteze grav viața privată a celui ocrotit decât cu acordul instanței de tutelă. În acest sens apreciem că trebuie interpretate și dispozițiile art. 104 alin. (3) din proiectul de lege român.

În fine, în măsura în care practica judiciară se va cristaliza înspre stabilirea unor regimuri juridice de ocrotire cu geometrie variabilă (în ceea ce privește actele pe care le poate încheia cel sub ocrotire) apreciem că se impune, la fel ca în cazul mandatului de ocrotire (de protecție viitoare) înființarea unui sistem de publicitate suplimentar, care să permită verificarea limitelor capacității unui subiect de drept care nu se încadrează nici la categoria celor lipsiți de capacitate și nici la categoria celor cu capacitate de exercițiu restrânsă.

VI. Regimul leziunii

Proiectul de lege propune și unele inovații în regimul juridic al actelor încheiate de persoanele ocrotite. O propunere intrigantă conține proiectul de lege la art. 46 al. (3):

„Persoana capabilă de a contracta nu poate opune anulabilitatea contractului și nici exercita acțiunea în anulare, însă poate cere menținerea contractului și reducerea sau majorarea propriei prestații, după caz.”

Acest text trebuie coroborat cu dispozițiile art. 172 C.civ. în forma propusă spre modificare:

„Art. 172. Actele încheiate de cel pus sub consiliere judiciară sau tutelă specială

Actele juridice încheiate de persoana pusă sub consiliere judiciară sau tutelă specială, altele decât cele prevăzute la art. 41 alin. (3) și la art. 43 alin. (3), precum și cele autorizate de instanța de tutelă, sunt anulabile sau obligațiile care decurg din acestea pot fi reduse, chiar fără dovedirea unui prejudiciu și chiar dacă la data încheierii lor aceasta ar fi avut discernământ.”

Coroborând cele două propuneri, putem trage concluzia că legiuitorul a apreciat că trebuie să ofere cocontractantului celui ocrotit, chiar și în ipoteza în care cunoștea despre instituirea măsurilor de ocrotire (consiliere judiciară sau tutelă specială) posibilitatea de a solicita menținerea contractului, în măsura în care ar oferi echilibrarea prestațiilor, fie prin reducerea, fie prin majorarea propriei prestații.

La prima vedere, textul reprezintă o aplicare a dreptului comun în materie de adaptare în cazul leziunii (art. 1222 coroborat cu art. 1213 C.civ.) însă, în realitate, există două neconcordanțe majore, care ar trebui clarificate, dacă nu înlăturate. În primul rând, până în prezent, regulile privind leziunea în cazul minorilor (art. 1221 alin. (3) C.civ. în forma actuală) erau derogatorii de la dreptul comun, regimul de protecție fiind aplicabil nu doar în cazul existenței unui dezechilibru între prestații ci și în cazul în care actul nu este în mod real util pentru minor, protecția acestuia fiind mai larg asigurată

deoarece instanța are un criteriu mult mai lax de apreciere decât în cazul majorilor (în formularea textului legal *atunci când minorul își asumă o obligație excesivă prin raportare la starea sa patrimonială, la avantajele pe care le obține prin contract ori la ansamblul circumstanțelor*²⁴). Prin proiectul de lege se propune și modificarea corespunzătoare a textelor Codului civil în materia leziunii, prin eliminarea actualului art. 1221 alin. (3) C.civ., fără a lămuri dacă se păstrează regimul juridic cunoscut prin simpla referire la natura și scopul contractului (care nu este particulară pentru persoanele ocrotite). Considerăm opțiunea legiuitorului greșită, regimul juridic anterior oferind o mai bună protecție persoanelor vulnerabile, cu luarea în considerare a fundamentului diferit al leziunii în cazul persoanelor ocrotite.

Sursa de inspirație pare să fie dreptul francez, unde regimul sancționator al actelor încheiate cu nerespectarea condițiilor legale prevăzute pentru persoanele protejate prin curatelă sau tutelă a fost modificat în anul 2016. Pentru anumite categorii de acte juridice încheiate de cel protejat, art. 465 C.civ.fr.²⁵, coroborat cu art. 1151 C.civ.fr., permit menținerea actului,

²⁴ P. VASILESCU, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 373.

²⁵ „A compter de la publicité du jugement d'ouverture, l'irrégularité des actes accomplis par la personne protégée ou par la personne chargée de la protection est sanctionnée dans les conditions suivantes:

1° Si la personne protégée a accompli seule un acte qu'elle pouvait faire sans l'assistance ou la représentation de la personne chargée de sa protection, l'acte reste sujet aux actions en rescision ou en réduction prévues à l'article 435 comme s'il avait été accompli par une personne placée sous sauvegarde de justice, à moins qu'il ait été expressément autorisé par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué ;

2° Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être assistée, l'acte ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice ;

3° Si la personne protégée a accompli seule un acte pour lequel elle aurait dû être représentée, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice ;

chiar la cererea cocontractantului capabil, dacă se dovedește că actul încheiat este util pentru cel protejat și nu este lezionar. Numai că art. 465 C.civ.fr. face trimitere la art. 435²⁶ cât privește regimul juridic al leziunii în cazul persoanelor ocrotite, care are o reglementare similară cu cea actuală din dreptul român în ceea ce privește aprecierea leziunii la minori. Doctrina franceză²⁷ a apreciat regretabilă interferența dreptului comun al contractelor asupra sancțiunilor aplicabile actelor încheiate de majorul protejat, anticipând o scădere a protecției acordate persoanelor vulnerabile.

Aceeași critică trebuie adusă și actualei propuneri legislative. Reglementarea poate fi privită în cheia juridică a echilibrului între securitatea circuitului civil și protecția persoanelor vulnerabile, iar eficiența măsurii apreciem că este discutabilă în măsura în care o persoană pusă sub ocrotire nu va putea cere desființarea unui act inutil pentru ea, încheiat datorită forței

4° Si le tuteur ou le curateur a accompli seul un acte qui aurait dû être fait par la personne protégée soit seule, soit avec son assistance ou qui ne pouvait être accompli qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, l'acte est nul de plein droit sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice."

„Le curateur ou le tuteur peut, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, engager seul l'action en nullité, en rescision ou en réduction des actes prévus aux 1°, 2° et 3°.

Dans tous les cas, l'action s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 2224.

Pendant ce délai et tant que la mesure de protection est ouverte, l'acte prévu au 4° peut être confirmé avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué."

²⁶ *„La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l'article 437.*

Les actes qu'elle a passés et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté."

²⁷ D. NOGUÉRO, *Vulnérabilité et aptitude en France*, în *La Vulnérabilité*, Ed. Bruyant, Bruxelles, 2020, p. 197.

de convingere a celeilalte părți asupra unei persoane cu discernământ afectat, pentru simplul fapt că nu ar exista un dezechilibru între prestații.

În al doilea rând, spre deosebire de ipoteza de drept comun, care și în forma actuală și în forma propusă spre modificare lasă o marjă de apreciere instanței (*instanța poate să mențină contractul ...*) art. 46 alin. (3), în forma propusă, constituie o dispoziție specială, iar formularea textului (Persoana capabilă de a contracta ... poate cere menținerea contractului și reducerea sau majorarea propriei prestații, după caz) duce mai degrabă către interpretarea conform căreia cocontractantul are dreptul de a menține contractul, după regulile generale de la art. 1213 C.civ., riscând astfel să fie vătămate grav interesele persoanelor ocrotite.

În final, câteva observații suplimentare cu privire la propunerile de modificare a regimului juridic al leziunii prin proiectul de lege. Apreciem benefică explicitarea suplimentară a ipotezelor în care poate opera leziunea, prin includerea la ipotezele expres prevăzute de lege a raporturilor de dependență²⁸ și menționarea posibilității existenței unor alte ipoteze particulare: *Există leziune atunci când, la data încheierii contractului, una dintre părți, profitând de starea de nevoie sau de dependență, de lipsa de experiență ori de lipsa de cunoștințe a celeilalte părți sau de alte circumstanțe particulare, obține în favoarea sa ori a unei alte persoane o prestație considerabil mai mare sau un beneficiu excesiv și nerezonabil în*

²⁸ Am definit contractele de dependență economică ca fiind acorduri care guvernează o activitate derulată sub formă profesionalizată, în care unul dintre parteneri, cel aservit, este tributar, pentru existența și supraviețuirea sa (economică s.n.), relațiilor permanente, privilegiate sau exclusive, stabilite cu cocontractantul său, partener privilegiat, cu efectul plasării în dependență economică față de acesta, sub dominația sa. Pentru dezvoltări în Ș. DIACONESCU, *Contractul-cadru de distribuție comercială*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 69-80.

raport cu valoarea propriei prestații.” Lăudabilă este și clarificarea unui alt aspect, de natură a lămuri caracterul particular și marginal al elementului subiectiv al leziunii: „*Simplul fapt al existenței unei disproporții considerabile prezumă exploatarea.*”. Și modificarea regimului prescripției apreciem că este benefică, termenul de un an curgând nu de la încheierea contractului, ca în reglementarea actuală, ci „*de la data când obligația celui lezat a devenit exigibilă sau dacă exploatarea de care a profitat cealaltă parte a subzistat și după această dată, de la data când exploatarea a încetat.*”

În schimb, propunerea de înlăturare a actualului art. 1222 C.civ., care condiționează aplicarea sancțiunilor specifice leziunii în cazul majorului de existența unei disproporții între prestații de cel puțin jumătate din valoarea prestației considerăm că riscă să perturbe grav circuitul civil. Așa cum se arată în doctrină²⁹, a accepta reducerea prestației celui dezavantajat indiferent de valoarea diferenței valorice dintre prestații ar echivala cu dinamitarea principiului stabilității contractelor, oricine și oricând va putea pretinde că există o disproporție între prestații antamând astfel procese interminabile, lăsând la o parte faptul că echilibrul între prestațiile părților nu a fost niciodată și nici nu poate fi vreodată unul farmaceutic, obiectiv, depinzând de condițiile concrete ale fiecărui contract în parte. A lăsa la aprecierea instanței ce înseamnă, de la caz la caz, o disproporție considerabilă, prin raportare și la

²⁹ Dan CHIRICĂ, *Leziunea între vechiul și Noul Cod civil*, în SUBB Iurisprudentia, nr. 4/2013, p. 25-44, disponibil la: <http://arhiva-studia.law.ubbcluj.ro/articol/574>, arhivă: <https://perma.cc/9XYU-C7FH>, iar pentru contractele de afaceri se arată în L. BERCEA, *O analiză a leziunii în contractele de afaceri*, în R.R.D.P., nr. 1/2019, că „raporturile de afaceri, respectiv în contractele dintre profesioniști, (sunt) predispuse la asimetrii atât în varianta lor negociată, cât și în cazul formării prin adeziune și supuse unor etaloane etice în care specularea avantajelor situaționale face parte din natura comportamentului întreprinderii”.

natura sau scopul contractului, în special în cazul contractelor de afaceri (comerciale), înseamnă a induce o nesiguranță majoră în circuitul civil, care se va dovedi, în opinia noastră, contraproductivă.

Și propunerea de modificare a art. 1222 alin. (1) C.civ., prin introducerea posibilității, pentru cel lezat de a solicita nu numai reducerea propriei prestații (forma actuală) ci și „*mărirea contraprestației celeilalte părți cu valoarea daunelor-interese la care ar fi îndreptățită să le pretindă*” o apreciem discutabilă. Există posibilitatea ca un contractant să dispună doar de o anumită sumă pentru a achiziționa un bun și să fie dispus să încheie contractul doar în limita acelei sume. Chiar și dacă a încheiat un contract disproporționat în favoarea sa, a fi obligat, la solicitarea celui lezat, să plătească, spre exemplu, un preț cu 40% mai mare, sumă de care nu dispune, ar însemna o încălcare gravă a principiului autonomiei de voință și, uneori, o perturbare gravă a circuitului civil, cum ar fi ipotezele în care bunul, chiar și cumpărat la preț mai mic, a fost achiziționat prin credit bancar. Apreciam că posibilitatea pentru cel lezat de a solicita anularea contractului reprezintă o protecție suficientă. În fine, regretabil este și faptul că nu se renunță la formularea complet nepotrivită specificului leziunii, privind mărirea sau micșorarea prestației cu „*valoarea daunelor-interese la care ar fi îndreptățită să le pretindă*”, pentru că induce concluzia greșită că, deși nu se poate cere anularea contractului, s-ar putea cere daune-interese pentru disproporția dintre prestații pe tărâmul răspunderii civile ceea ce, evident, este juridic inacceptabil³⁰.

³⁰ D. CHIRICĂ, op.cit., p. 38-40.

VII. Câteva considerații finale.

Indiferent de forma de lege care va fi adoptată, măsurile de protecție pentru persoanele cu dizabilități se recomandă a fi flexibile, nu mecanice și uniforme, de natură să permită instanței de tutelă alegerea formei adecvate nu numai în funcție de situația medicală a persoanei protejate, de fluctuațiile eventuale ale efectelor maladii de care suferă, ci și în funcție de situația patrimonială sau personală a acesteia. Spre exemplu, pentru o persoană care are puține bunuri în patrimoniu, protecția oferită prin familie, eventual prin mecanismul gestiunii paralele, concurente în cazul comunității de bunuri, eventual însoțit de o curatelă se poate dovedi suficientă însă, în cazul unei alte persoane, care deține valori mai mari, s-ar putea să fie nevoie de un mecanism de reprezentare, de genul mandatului de protecție viitoare, sau chiar de instituirea unui regim de ocrotire care să afecteze capacitatea sa de exercițiu.

Principiile care trebuie să gverneze limitarea capacității persoanei afectate și măsurile de suport corelative sunt subsidiaritatea, necesitatea și proporționalitatea (și în funcție de situația patrimonială, nu doar de cea medicală și chiar și alte aspecte ale vieții personale).

Dincolo de principiile care ghidează sistemul de protecție al persoanelor cu dizabilități mintale și de influența drepturilor fundamentale ale omului asupra acestor mecanisme, punerea în aplicare a sistemului de reguli de protecție trebuie să răspundă și unor imperative de coerență și predictibilitate. Prea multe forme de limitări ale capacității, uneori lipsite de sisteme de publicitate reale, riscă să creeze confuzie. O posibilă consecință ar fi refuzul de a contracta cu persoanele protejate prin intermediul acestor

mecanisme, cu consecința, nedorită, ca măsurile de protecție să se întoarcă împotriva intereselor celui protejat.

Ca o concluzie finală, va fi fără îndoială dificil a găsi un echilibru între predictibilitatea limitelor capacității de exercițiu, reclamată de securitatea circuitului civil, și proporționalitatea măsurilor de protecție, care să se moduleze pe situația concretă a persoanei supusă măsurii și care să fie adecvată pentru situația patrimoniului său. Însă tendința este de a prezerva, pe cât este cu putință, autonomia persoanei cu dizabilități, pentru a respecta demnitatea sa. De aceea, este de preferat ca judecătorul de tutelă să poată, într-o anumită măsură, să adapteze regimul incapacității la situația persoanei protejate, nu doar să decidă aplicarea regimului incapacității, sau a unei capacități de exercițiu restrânse uniforme. Simpla posibilitate oferită instanței de a modula capacitatea de exercițiu restrânsă, neînsoțită de un sistem de publicitate eficient, apreciem că va rămâne fără utilizare concretă în practică, antrenând riscuri consecutive de neconstituționalitate.

De aceea, apreciem că se impune și introducerea unei măsuri predefinite de suport judiciar pentru persoanele vulnerabile (poate fi și de maniera reformei instituției curatei, însă terminologic în majoritatea sistemelor legale de referință, curatela presupune o capacitate de exercițiu parțială sau deplină, de regulă cu un sistem de asistență la încheierea actelor) prin care să fie desemnată o persoană care asigură ocrotirea fie prin administrarea patrimoniului sau a anumitor bunuri dacă este cazul, fie prin îndeplinirea sarcinii de asistență la încheierea anumitor categorii de acte. Cel supus măsurii păstrează capacitatea deplină de exercițiu, însă îi pot fi interzise expres încheierea anumitor categorii de acte singur (donații, contracte de întreținere, introducerea de acțiuni în justiție). Pentru a respecta principiul

necesității impunerii măsurii de reducere/pierdere a capacității de exercițiu, ar trebui să existe și un astfel de mecanism de protecție, cu efecte minimale.

SCRISOARE DE GARANȚIE V. FIDEIUSIUNE.
CUM LE DISTINGEM?

DOI: 10.24193/SUBBiur.66(2021).2.3
Data publicării online: 25.09.2021

Adrian TAMBA*

Rezumat: Lucrarea noastră debutează cu niște cuvinte introductive și un plan de lucru. Ea continuă cu o scurtă prezentare a așa-numitei scrisori de garanție. Al treilea paragraf se concentrează, succint, asupra fideiusiunii. Porțiunea finală a studiului de față evidențiază că, în privința distincției dintre scrisoarea de garanție și fideiusiune, diavolul se află în redactare.

Cuvinte cheie: scrisoare de garanție, fideiusiune, distincție.

* Asist. dr. Adrian TAMBA, Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, adrian.tamba@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0001-8328-3517>.

LETTER OF CREDIT V. SURETYSHIP. HOW DO WE DISTINGUISH THEM?

Abstract: Our paper starts with a few preliminary or introductory words and a work plan. It continues with a brief presentation of the so-called „letter of credit”. The third paragraph briefly focuses on suretyship. The final portion of this paper points out that, on the distinction between the letter of credit and suretyship, the devil is in the drafting.

Key words: letter of credit, suretyship, distinguishing.

Cuprins

I.	Vocabule introductive. Plan de lucru.....	94
II.	Garanția autonomă sau scrisoarea de garanție – o schiță.	96
III.	Fideiusiunea – scurtă prezentare	104
IV.	Scrisoarea de garanție v. fideiusiune. Cum le diferențiem?	109

I. Vocabule introductive. Plan de lucru

În teorie, garanția autonomă (*i.e.*, scrisoarea de garanție¹) și fideiusiunea sunt două mecanisme cât se poate de diferite². La nivel de principiu, specificitatea garanției autonome în raport de fideiusiune nu mai este discutată³. Într-adevăr, suntem anunțați că fideiusiunea se opune unei instituții vecine: garanția autonomă⁴.

¹ Garanția autonomă mai este denumită și garanție la prima cerere, garanție independentă sau scrisoare de garanție. A se vedea, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 3^e édition mise à jour, Presses Universitaires de France, Paris, 2008, p. 234, nr. 135. Așadar, expresiile „garanție autonomă”, „garanție la prima cerere”, „garanție independentă” și „scrisoare de garanție” sunt sinonime. A se vedea și H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, Ft. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome III, premier volume, *Sûretés. Publicité foncière*, 7^e édition par Y. PICOD, Montchrestien, Paris, 1999, p. 109, nr. 53-2 („[I]a garantie à première demande – aussi appelée garantie autonome, garantie indépendante, lettre de garantie ...”).

Alți autori sunt tentați să creadă că garanția la prima cerere este cea mai întâlnită varietate de garanție autonomă. A se vedea, Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, 7^e édition, Dalloz, Paris, 2019, p. 219, nr. 250. Astfel, dacă îi credem pe Christophe ALBIGES și pe Marie-Pierre DUMONT, noțiunile cunoscute drept „garanție la prima cerere” și „garanție autonomă” nu sunt totuna.

Dominique LEGEAS pretinde că garanțiile independente sunt desemnate sub numele de garanție autonomă ori garanție la prima cerere. A se vedea, D. LEGEAS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 13^e édition, LGDJ, Paris, 2019, p. 282, nr. 335 („[e]lles (*i.e.*, les garanties indépendantes – nota ns., A.T.) sont aussi désignées sous le nom de garantie autonome ou de garantie à première demande”). LEGEAS ne dă de înțeles că „garanții independente”, „garanție autonomă” și „garanție la prima cerere” sunt „creaturi” care trăiesc în sinonimie.

² Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *Droit des sûretés*, 7^e édition, Dalloz, Paris, 2019, p. 227, nr. 272.

³ Ph. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, 5^e édition, LexisNexis, Paris, 2015, p. 941, nr. 925.

⁴ P. TAFFOREAU, *Droit des sûretés. Sûretés personnelles et réelles*, 1^{re} édition, Bruylant, Bruxelles, 2020, p. 65, nr. 86.

Spuse fiind acestea, nu mică ne este mirarea când aflăm că, relativ la distincția dintre garanția autonomă și fideiusiune, contenciosul este clasic și abundent⁵.

În rândurile care urmează, vom schița garanția autonomă (*infra.*, nr. 2). Mai departe, fideiusiunea va fi scoasă în lumină, cât se poate de succint (*infra.*, nr. 3). Bineînțeles, ne vom strădui să arătăm cum pot fi deosebite cele două entități (*i.e.*, scrisoarea de garanție și fideiusiunea) (*infra.*, nr. 4).

„[L]’*écrit* est maître de ce qu’il écrit”, credea Alfred Fouillée⁶. Fiind stăpâni ai ceea ce scriem, ne îngăduim să elaborăm acest scurt studiu astfel încât să fie văduvit de o secțiune închinată concluziilor. În alte cuvinte, ne permitem să abandonăm, în cercetarea de față, ceea ce am putea numi obișnuita cale ortodoxă.

Înainte să avansăm, nu strică să ne aducem aminte că, în România⁷ și în Franța⁸, fideiusiunea și scrisoarea de garanție sunt privite drept garanții personale⁹ (art. 2279 C.civ. român și art. 2287-1 C.civ.fr.).

⁵ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN), Les sûretés personnelles*, LGDJ, Paris, 2010, p. 883, nr. 1235.

⁶ A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine*, Librairie Hachette et C^{ie}, Paris, 1880, p. 262.

⁷ R. RIZOIU, *Curs de garanții civile*, Hamangiu, București, 2020, p. 158, nr. 68 („[f]ideiusiunea reprezintă forma tradițională de garanție personală”). P. VASILESCU, *Drept civil. Obligații*, ediția a 2-a revizuită, Hamangiu, București, 2017, p. 126 („[î]n Codul civil, sunt considerate garanții personale: fideiusiunea, scrisoarea de garanție ...”).

⁸ M. MIGNOT, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 3^e édition, LGDJ, Paris, 2017, p. 31, nr. 18 („[l]e cautionnement est la garantie personnelle type du droit français”; „les autres **sûretés personnelles** que sont **la garantie autonome**, la lettre d’intention ...”; s.n., A.T.).

⁹ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 7^e édition, Dalloz, Paris, 2016, p. 31, nr. 38 („[l]e cautionnement reste ... la sûreté personnelle par excellence ...”; „deux autres **sûretés personnelles** ...: **LES garanties autonomes** ... et la lettre d’intention ...”; s.n., A.T.).

II. Garanția autonomă sau scrisoarea de garanție – o schiță.

Băncile americane au fost primele care au emis garanții independente¹⁰ și au făcut-o în forma zisă „*standby letters of credit*” (i.e., „*lettres de crédit standby*”)¹¹. O „*standby*¹² *letter of credit*” se manifestă ca o plasă de siguranță în ipoteza nesocotirii obligațiilor de tot felul, atât monetare cât și non-monetare¹³. Iată un exemplu: un constructor (i.e., *builder-applicant*) face așa încât banca sa (i.e., *issuer*) să-i scrie beneficiarului (i.e., *owner-beneficiary*) o „*standby letter of credit*”¹⁴. Prin scrisoarea *standby*, banca (i.e., *issuer*) se angajează să-i plătească o sumă de bani beneficiarului, în măsura în care sunt prezentate două documente: 1) o cerere scrisă prin care se solicită plata sumei indicate în scrisoare, plus 2) o declarație scrisă în care se subliniază că acel constructor (i.e., *applicant*) nu a executat obligația de a ridica o construcție¹⁵. Desigur, în afară de obligații non-monetare precum ridicarea unei clădiri, o scrisoare *standby* poate „asigura” obligații monetare

¹⁰ Dominique LEGEAIS ne informează că garanțiile independente, cunoscute și ca garanție autonomă sau garanție la prima cerere, sunt o creație a practicii bancare internaționale. A se vedea, D. LEGEAIS, op.cit., p. 282, nr. 335. LEGEAIS mai afirmă că, în Franța, garanția independentă s-a dezvoltat cu adevărat în anii 1970. A se vedea, D. LEGEAIS, op.cit., p. 282, nr. 336 („[e]lle (i.e., la *garantie indépendante* – n.s., A.T.) s’est véritablement développée en France dans les années 1970”).

¹¹ A se vedea, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e édition, LexisNexis, Paris, 2010, p. 345, nr. 468.

¹² *Standby* înseamnă „în așteptare” (i.e., „*en attente*”). A se vedea, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, op.cit., p. 345, nr. 468.

¹³ A se vedea, J. J. WHITE, R. S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, sixth edition, West, 2010, p. 1068 („*the standby letter of credit acts as a „back up” against applicant default on obligations of all kinds, both monetary and non-monetary*”).

¹⁴ A se vedea, J. J. WHITE, R. S. SUMMERS, op.cit., p. 1069.

¹⁵ *Ibidem*.

pure¹⁶. În ceea ce privește aceste *letters of credit*, aspectul cel mai interesant este principiul independenței. Respectivul principiu constă în faptul că îndatorirea băncii față de beneficiar este independentă de executarea contractului de bază de către așa-numitul beneficiar¹⁷. Într-adevăr, banca-*issuer* trebuie să plătească la cererea beneficiarului, chiar dacă cel din urmă a nesocotit contractul de bază dintre el și partenerul său contractual (*i.e.*, *the applicant*¹⁸).

Garanția autonomă sau scrisoarea de garanție s-a născut în practica internațională, în domeniul construcțiilor¹⁹. Cu adevărat, comerțul internațional constituie leagănul garanției autonome²⁰. Ea a fost oferită cu ocazia construcției de centrale nucleare în Iran²¹, de conducte în Costa-Rica²², de spitale în Paraguay²³, de drumuri în Rwanda²⁴ sau de gazoducte în Argentina²⁵. Garanția autonomă, deși ivită în domeniul construcțiilor, a permis garantarea executării contractelor de vânzare încheiate cu Irak, Siria sau Kuweit²⁶.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ A se vedea, J. J. WHITE, R. S. SUMMERS, *op.cit.*, p. 1074.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ A se vedea, M. MIGNOT, *op.cit.*, p. 219, nr. 558.

²⁰ A se vedea, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN)*, *op.cit.*, p. 853, nr. 1220.

²¹ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN)*, *op.cit.*, p. 854, nr. 1220.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, p. 854-855, nr. 1220.

²⁵ *Ibid.*, p. 855, nr. 1220.

²⁶ A se vedea, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN)*, *op.cit.*, p. 855, nr. 1220 [*„elle (i.e., la garantie autonome – nota ns., A.T.) a ... permis de garantir l'exécution de contrats de vente passés avec l'Irak, la Syrie ... ou le Koweït”*].

În zilele noastre, deseori, garanțiile autonome sunt constituite într-un context internațional²⁷. Contractul garantat este unul internațional și garanția presupune unul sau mai multe elemente de extraneitate²⁸. Adesea, beneficiarul garanției și garantul sunt situați în două țări diferite²⁹. Astfel, ce lege i se va aplica garanției? În principiu, banca-garant își va impune propria lege³⁰ (*i.e.*, regulile statului său). În măsura în care părțile nu aleg legea aplicabilă, va trebui să notăm că garanția autonomă este guvernată de legea țării în care garantul își are „reședința obișnuită”³¹.

Garanția autonomă s-a strecurat și în sisteme de drept naționale. În România, o regăsim la art. 2321 C.civ. În Franța, prin Ordonanța nr. 2006-346 din 20 martie 2006, garanției menționate i s-a găsit un loc în Codul civil francez (art. 2321 C.civ.fr.³²). În țara noastră, garanțiile autonome, așadar inclusiv scrisoarea de garanție, sunt o inovație legislativă a actualului Cod civil³³, dar nu au fost „fabricate” de acest act normativ; ele erau cunoscute și practicate de profesioniștii afacerilor, chiar înainte să-și afle drumul în Codul nostru civil³⁴. În Franța, scrisoarea de garanție (*i.e.*, garanția autonomă) nu a fost o pură creație a ordonanței din 2006 și a Codului civil francez; ea era

²⁷ M. MIGNOT, *op.cit.*, p. 228, nr. 583.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² A se vedea, G. WIEDERKEHR, X. HENRY, A. TISSERAND-MARTIN, G. VENANDET, P. ANCEL, P. GUIOMARD, *Code civil annoté*, 118^e édition, Dalloz, Paris, 2018, p. 2699.

³³ A se vedea, P. VASILESCU, *op.cit.*, p. 143.

³⁴ *Ibid.*

admisă sau acceptată de jurisprudență înainte să fie îmbrățișată de lege (art. 2321 C.civ.fr.³⁵).

Autonomia scrisorii de garanție exprimă, în mod veritabil, specificitatea sa și constituie inima acestei garanții personale³⁶. Autonomia înseamnă că, în afară, *e.g.*, de ipoteza abuzului manifest, garantul trebuie să-și execute angajamentul, fără să-i poată opune beneficiarului apărări cum sunt nulitatea contractului de bază³⁷, rezoluțiunea sau rezilierea sa³⁸, neexecutarea lui, chiar dacă nesocotirea ar fi fapta sau culpa creditorului însuși, ar fi generată de fapta autorității ori ar fi urmarea forței majore³⁹. Prescripția extinctivă care ar afecta contractul de bază este o apărare inutilizabilă și nu poate împiedica executarea garanției analizate⁴⁰. Mai mult, unii autori sunt de părere că garantul nu poate folosi împotriva beneficiarului nici măcar apărări care constau în moduri de stingere a obligației garantate, precum compensația, confuziunea sau novația⁴¹. Plata (*i.e.*, executarea) privitoare la contractul de bază n-ar fi de niciun folos, ea neputând stopa executarea garanției⁴². Un doctrinar însă, pare să vadă lucrurile într-un alt fel: el opinează că se impun combătute toate soluțiile potrivit cărora garantul autonom nu este liberat printr-un mod de stingere total și indiscutabil al

³⁵ A se vedea, M. MIGNOT, op.cit., p. 219, nr. 558 („[e]lle (*i.e.*, *la garantie autonome* – nota ns. A.T.) fut admise par la jurisprudence avant de l'être par la loi (art. 2321) ...”).

³⁶ A se vedea, Ph. SIMLER, op.cit., p. 932, nr. 915.

³⁷ A se vedea, *Ibid.* p. 936, nr. 919; Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, op.cit., p. 289, nr. 293.

³⁸ A se vedea, Ph. SIMLER, op.cit., p. 936, nr. 919; Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, op.cit., p. 289, nr. 293.

³⁹ A se vedea, Ph. SIMLER, op.cit., p. 936, nr. 919.

⁴⁰ A se vedea, P. TAFFOREAU, op.cit., p. 232, nr. 465.

⁴¹ A se vedea, Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, op.cit., p. 289, nr. 293.

⁴² A se vedea, P. TAFFOREAU, op.cit., p. 232, nr. 465.

creanței garantate⁴³; Mignot explică că garanția nu este, totuși, complet autonomă, n-a fost vreodată total independentă și niciodată nu va putea să fie astfel⁴⁴. Oricum ar fi, nu strică să menționăm că independența scrisorii de garanție are drept consecință faptul că această garanție personală nu se transmite odată cu creanța garantată⁴⁵ [art. 2321 alin (5) C.civ.]; desigur, transmisibilitatea scrisorii de garanție este posibilă prin jocul unei stipulații contrare.

Autonomia sau independența scrisorii de garanție este crucială. O garanție autonomă, ca angajament asumat de o bancă, îi interzice instituției de credit să se prevaleze de excepții pe care societatea debitoare putea să i le opună societății beneficiare a garanției și care țineau de neexecutarea contractului de bază care unea cele două societăți⁴⁶. Casația franceză a mai decis că, în absența unor stipulații prin care să le fie indicată autonomia, garanțiile acordate de o bancă nu sunt decât niște fideiusiuni⁴⁷.

Deși scrisoarea de garanție este independentă, ea rămâne, totuși, o garanție. Așadar, este de neconceput ca actul de garanție să fie lipsit de orice referință la contractul de bază sau principal⁴⁸. Bineînțeles că garanțiile nu sunt private de autonomie dacă există simple referințe la contractul de bază⁴⁹, dar

⁴³ A se vedea, M. MIGNOT, op.cit., p. 229, nr. 587.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ A se vedea, P. TAFFOREAU, op.cit., p. 232, nr. 466.

⁴⁶ A se vedea, *Com. 20 déc. 1982 (deux arrêts)*, în G. WIEDERKEHR, X. HENRY, A. TISSERAND-MARTIN, G. VENANDET, P. ANCEL, P. GUIOMARD, op.cit., p. 2699.

⁴⁷ A se vedea, *Com. 15 juin 1999*, în G. WIEDERKEHR, X. HENRY, A. TISSERAND-MARTIN, G. VENANDET, P. ANCEL, P. GUIOMARD, op.cit., p. 2700.

⁴⁸ A se vedea, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, 7^e édition, Sirey, Paris, 2020, p. 396, nr. 567.

⁴⁹ A se vedea, *Com. 30 janv. 2001*, în G. WIEDERKEHR, X. HENRY, A. TISSERAND-MARTIN, G. VENANDET, P. ANCEL, P. GUIOMARD, op.cit., p. 2700.

pericolul este ca aceste referințe să sugereze că garantul își asumă chiar obligația debitorului, caz în care garanția personală nu mai poate fi una independentă. Pentru a fi cu adevărat în prezența unei garanții autonome (*i.e.*, scrisori de garanție), cuantumul garanției trebuie determinat cu precizie, fără să fie nevoie să se consulte contractul de bază, iar executarea garanției nu trebuie subordonată nesocotirii de către debitor a obligației principale⁵⁰. Suma pe care se angajează s-o plătească garantul poate fi inferioară, egală sau superioară celei datorate în virtutea contractului de bază⁵¹; cu toate acestea, nu poate fi vorba despre propria datorie a debitorului⁵²; garantul autonom nu se angajează să plătească datoria altuia, ci să-și execute propria sa obligație⁵³.

O foarte interesantă problemă este aceasta: ce natură are scrisoarea de garanție? O asemenea garanție personală reprezintă un contract sau un act unilateral? Mai mulți juriști belgieni văd în garanția autonomă un act juridic unilateral⁵⁴. În realitate însă, scrisoarea de garanție se înscrie într-un cadru contractual⁵⁵. Garanția autonomă este un contract⁵⁶. Casația franceză califică scrisoarea de garanție, în mod expres, drept un contract⁵⁷. Autorii români, la rândul lor, stabilesc că scrisoarea de garanție este un contract⁵⁸. Care sunt părțile contractului de garanție independentă? Unii estimează că acest

⁵⁰ A se vedea, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op.cit.*, p. 396, nr. 568.

⁵¹ A se vedea, Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *op.cit.*, p. 225, nr. 269.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ A se vedea, Ph. SIMLER, *op.cit.*, p. 923, nr. 903.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ A se vedea, Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *op.cit.*, p. 294, nr. 298.

⁵⁷ A se vedea, Ph. SIMLER, *op.cit.*, p. 924, nr. 903.

⁵⁸ P. VASILESCU, *op.cit.*, p. 145. A se vedea și R. RIZOIU, *op.cit.*, p. 259, nr. 113.

contract de garanție se încheie între ordonator și garant⁵⁹. Alții ne supun atenției faptul că sunt contractanți într-o scrisoare de garanție garantul și beneficiarul⁶⁰. În opinia noastră, parteneri contractuali într-o scrisoare de garanție sunt garantul și beneficiarul. Ordonatorul este debitorul din contractul de bază, iar beneficiarul este creditor în acest contract⁶¹. Garanția personală este o convenție ce poate avea loc doar între creditor (în cazul nostru, beneficiar) și garant.

În clipa în care își face apariția o scrisoare de garanție, ne putem lovi de o trihotomie de contracte. Ne vom regăsi, deci, în prezența unui contract zis de bază (*e.g.*, vânzare, antrepriză), încheiat între beneficiar și ordonator⁶². Mai există, apoi, un contract de credit încheiat între garant (*i.e.*, emitent) și ordonator⁶³. Pe această convenție de credit se sprijină majoritatea autorilor atunci când explică regresul pe cale personală al garantului, exercitat împotriva ordonatorului⁶⁴. În sfârșit, se impune zărit însuși contractul de scrisoare de garanție, realizat între garantul-emitent și beneficiar⁶⁵. În scrisoarea de garanție, obligația emitentului este, tot timpul, una pecuniară: el se îndatorează să plătească o sumă de bani [art. 2321 alin. (1) C.civ.]. Scrisoarea de garanție garantează o creanță pecuniară sau non-pecuniară din

⁵⁹ A se vedea, Y. PICOD, *op.cit.*, p. 235, nr. 136.

⁶⁰ A se vedea, P. TAFFOREAU, *op.cit.*, p. 226, nr. 446-1.

⁶¹ A se vedea, Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *op.cit.*, p. 220, nr. 254 („*le donneur d'ordre qui n'est autre que le débiteur*”; „*le bénéficiaire de la garantie, c'est-à-dire le créancier*”). Contractul de bază, desigur, se perfectează între beneficiar și ordonator. A se vedea, P. TAFFOREAU, *op.cit.*, p. 226, nr. 446-1.

⁶² A se vedea, P. TAFFOREAU, *op.cit.*, p. 225, nr. 446 și p. 226, nr. 446-1.

⁶³ A se vedea, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil (sous la direction de J. Ghestin)*, *op.cit.*, p. 994, nr. 1372.

⁶⁴ A se vedea, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil (sous la direction de J. Ghestin)*, *op.cit.*, p. 994, nr. 1372.

⁶⁵ A se vedea, P. TAFFOREAU, *op.cit.*, p. 226, nr. 446-1.

contractul de bază. Ne vedem nevoiți să mai precizăm că, în peisajul format din garant, ordonator și beneficiar, se poate ivi un al patrulea actor: contra-garantul. Relația de contra-garanție are loc între garant și contra-garant⁶⁶. Contra-garanția îi beneficiază garantului⁶⁷.

În măsura în care beneficiarul îi cere garantului-emitent plata sumei indicate în scrisoarea de garanție, cel din urmă are posibilitatea să refuze „în caz de abuz sau de fraudă vădită” [art. 2321 alin. (3) C.civ.]. Casația franceză a decis că beneficiarul de la care emană certificate, aprobate de inginerul său și care atestă o executare a contractului de bază în proporție de 100%, nu putea ignora absența dreptului său și se face vinovat de abuz manifest⁶⁸.

În clipa în care garantul execută scrisoarea de garanție, își plătește propria datorie, dar stinge, în tot sau în parte, datoria altuia (*i.e.*, cea a ordonatorului)⁶⁹. Presupunând că suma pe care se angajează s-o plătească garantul este egală celei datorate în temeiul contractului de bază și că beneficiarul a fost plătit în totalitate de garantul-emitent, beneficiarul cu pricina nu mai poate reclama nimic de la ordonator⁷⁰. Garantul care l-a plătit pe beneficiar se va îndrepta împotriva ordonatorului⁷¹ [art. 2321 alin. (4) C.civ.].

Nu este câtuși de puțin dificil să ne închipuim că sunt prezenți patru actori: 1) garantul, 2) beneficiarul, 3) ordonatorul și 4) contra-garantul. Garantul îl plătește pe beneficiar, dacă cel din urmă îl solicită. Apoi, garantul

⁶⁶ *Ibid.*, p. 226, nr. 446-2.

⁶⁷ A se vedea, Ch. ALBIGES, M.-P. DUMONT, *op.cit.*, p. 221, nr. 255.

⁶⁸ A se vedea, *Com. 10 juin 1986*, în G. WIEDERKEHR, X. HENRY, A. TISSERAND-MARTIN, G. VENANDET, P. ANCEL, P. GUIOMARD, *op.cit.*, p. 2700.

⁶⁹ A se vedea, P. TAFFOREAU, *op.cit.*, p. 243, nr. 500.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, p. 244, nr. 502.

are un regres împotriva contra-garantului, care, desigur, îl va plăti pe garant⁷² (după cum am văzut, contra-garanția este o favoare a garantului). Contra-garantul se va îndrepta, la urmă, împotriva ordonatorului⁷³.

III. Fideiusiunea – scurtă prezentare

Fideiusiunea modernă este fructul unei evoluții seculare⁷⁴. Ea este, potrivit unora, cea mai veche garanție, avându-și rădăcinile în Antichitate, astfel cum o demonstrează numeroase tăblițe găsite în Persia⁷⁵.

În Roma, existau *sponsio* și *fidepromissio*⁷⁶. Ele presupuneau intervenția sau „adăugarea” unui promitent (*i.e., ad promissores*), fiind vorba despre un *sponsor* ori despre un *fidepromissor*⁷⁷. Din câte se pare, *sponsio* și *fidepromissio* erau contracte *verbis*, încheiate prin schimbul de cuvinte sacramentale⁷⁸. Cele două contracte se deosebeau prin domeniul de aplicare *rationae personae*: *sponsio* era o convenție ce se putea forma doar între cetățeni romani, pe când *fidepromissio* era rezervată peregrinilor⁷⁹. Obligațiile sponsorilor și ale fidepromisorilor nu treceau la urmași⁸⁰. În epoca

⁷² A se vedea, M. MIGNOT, *op.cit.*, p. 233, nr. 597.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN)*, *op.cit.*, p. 11, nr. 8.

⁷⁵ A se vedea, J. DESLAURIERS, A. BENADIBA, *Les sûretés au Québec*, 2^e édition, Wilson & Lafleur, Montréal, 2018, p. 791, nr. 2351.

⁷⁶ A se vedea, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN)*, *op.cit.*, p. 14, nr. 12.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ A se vedea, Vl. HANGA, *Drept privat roman*, Argonaut, Cluj-Napoca, 1996, p. 336.

clasică, insuficiența ce caracteriza *sponsio* și *fidepromissio* duce la nașterea *fidejussio*⁸¹. Aceasta din urmă nu era atașată persoanei și se transmitea moștenitorilor⁸². Superioară din toate punctele de vedere față de *sponsio* și *fidepromissio*, *fidejussio* le-a dat lovitura de grație: Iustinian s-a preocupat numai de cea din urmă⁸³.

Codul civil francez din 1804 i-a dedicat fideiusiunii art. 2011-2043, iar Codul civil român, din 1864, i-a închinat acestei garanții personale art. 1652-1684⁸⁴. Actualmente, în România, fideiusiunea este situată la art. 2280-2320 C.civ. În Franța, ea este plasată la art. 2288-2320 C.civ.fr.⁸⁵

Common Law-ului american nu îi este străină fideiusiunea. Iată un exemplu pe care îl putem lectura în *Restatement (Third) of Suretyship and Guaranty*⁸⁶: pentru a-l convinge pe C să-i împrumute \$10.000 lui D, S este de acord să restituie împrumutul, în măsura în care D nu o face.

Contractul de fideiusiune este un acord între fideiutor și creditor⁸⁷; debitorul nu este parte în convenția aceasta⁸⁸. Deși debitorul nu este contractant în contractul de fideiusiune, el rămâne un personaj cheie,

⁸¹ A se vedea, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN)*, op.cit., p. 17, nr. 15.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*, p. 18, nr. 16.

⁸⁴ A se vedea, C. NACU, *Comparațiune între Codul civil român și Codul Napoleon*, Editura Librăriei Leon Alcalay, București, p. 772-784.

⁸⁵ A se vedea, G. WIEDERKEHR, X. HENRY, A. TISSERAND-MARTIN, G. VENANDET, P. ANCEL, P. GUIOMARD, op.cit., p. 2648-2699.

⁸⁶ A se vedea, THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third. Restatement of the Law – Suretyship and Guaranty*, American Law Institute Publishers, 1996, p. 7.

⁸⁷ A se vedea, Ph. SIMLER, op.cit., p. 16, nr. 11.

⁸⁸ A se vedea, *Com. 26 janv. 1988*, în G. WIEDERKEHR, X. HENRY, A. TISSERAND-MARTIN, G. VENANDET, P. ANCEL, P. GUIOMARD, op.cit., p. 2652.

deoarece îl solicită pe fideiutor⁸⁹. De cele mai multe ori, fideiusiunea se încheie cu acordul debitorului; datornicul principal trebuie să convingă un fideiutor să-l garanteze⁹⁰; fideiusiunea, așadar, se ivește la solicitarea debitorului, în sensul că acesta îl cheamă pe fideiutor să încheie contractul de fideiusiune cu creditorul⁹¹. Desigur, fideiusiunea poate fi perfectată fără știința debitorului sau chiar împotriva voinței sale (art. 2283 C.civ.). Oricum, ipoteza unei fideiusiuni încheiate fără știința datornicului principal și, cu atât mai mult, situația uneia încheiate contra voinței debitorului sunt aspecte cât se poate de teoretice⁹².

Referitor la contractul de fideiusiune, câteva probleme ne par interesante și demne să fie supuse discuției. Întâi, convenția de fideiusiune este accesorie sau subsidiară? Ar prinde bine să precizăm că accesoriul și subsidiarul nu trebuie confundate⁹³. Accesoriu este angajamentul care există doar pentru a fi în serviciul principalului⁹⁴ (*i.e.*, pentru a servi un contract principal). Angajamentul subsidiar este cel care poate fi „pus în joc” doar în mod secundar, după ce se manifestă aspectul principal⁹⁵. Unii autori cred că fideiusiunea nu este subsidiară, căci creditorul poate să-l urmărească întâi pe fideiutor sau să se îndrepte, în același timp, împotriva garantului și a debitorului principal⁹⁶. Desigur, atunci când beneficiul de discuțiune este

⁸⁹ A se vedea, D. LEGEAIS, *op.cit.*, p. 61, nr. 56.

⁹⁰ A se vedea, A. TAMBA, *Fideiusiunea în context: legăturile (i.e. relațiile) dintre debitor și fideiutor*, *Revista Română de Drept Privat* nr. 4/2019, p. 368.

⁹¹ A se vedea, A. TAMBA, *op.cit.*, p. 368.

⁹² A se vedea, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN)*, *op.cit.*, p. 36, nr. 33.

⁹³ A se vedea, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. Pétel, *op.cit.*, p. 64, nr. 77.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

absent fie pentru că s-a renunțat expres la el [art. 2294 alin. (1) C.civ.], fie deoarece fideiusiunea este solidară între debitor și fideiutor⁹⁷, pare imposibil de crezut că fideiusiunea ar fi subsidiară: fără discuțiune, fideiutorul nu-i poate cere creditorului să-l urmărească întâi pe debitor și doar după aceea pe garant. Mai departe, ne interogăm dacă fideiusiunea poate să fie oneroasă? Doi doctrinari pornesc de la ideea că criteriul onerozității se regăsește în relațiile dintre fideiutor și debitor⁹⁸; astfel, în clipa în care fideiutorul este remunerat de debitor, fideiusiunea are un caracter oneros⁹⁹. După părerea noastră, o atare poziție are doza sa de straniu: de ce ne-ar interesa relația fideiutor-debitor pentru a stabili dacă legătura fideiutor-creditor (*i.e.*, convenția de fideiusiune) este oneroasă? Dacă există o remunerație, ea este prezentă în raporturile dintre fideiutor și debitor¹⁰⁰ astfel că, eventual, aceste raporturi sunt oneroase, nu contractul de fideiusiune.

Atunci când fideiusiunea intră în scenă cu acordul debitorului, o suită de trei contracte o să ne atragă atenția. Contractul principal (*e.g.*, un împrumut) se încheie între creditor și debitor. Apoi, datornicul va îndupleca un fideiutor să-l garanteze. Astfel, o convenție se naște între debitor și fideiutor. Sigur, nu sunt ușor de analizat și de stabilit raporturile care se construiesc între fideiutor și debitor¹⁰¹. Dreptul roman îi acorda unui *fidejussor actio mandati*¹⁰². Deci, într-o concepție tradițională, debitorul îi dă

⁹⁷ A se vedea, S. I. VIDU, *Garanțiile executării obligațiilor*, in L. POP, I.-F. POPA, S. I. VIDU, *Drept civil. Obligațiile*, ediția a II-a, revizuită și adăugită, Universul Juridic, București, 2020, p. 615, nr. 545.

⁹⁸ A se vedea, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN)*, op.cit., p. 91, nr. 110.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 91-92, nr. 110.

¹⁰⁰ A se vedea, Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, op.cit., p. 54, nr. 60.

¹⁰¹ A se vedea, D. LEGEAIS, op.cit., p. 61, nr. 56, nota de subsol nr. 29.

¹⁰² A se vedea, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, op.cit., p. 48, nr. 54.

mandat fideiusorului¹⁰³; relația contractuală dintre cei doi ar fi un mandat. Totuși, este extrem de dificil să admitem că fideiusorul încheie fideiusiunea în numele și pe contul debitorului¹⁰⁴; fideiusorul perfectează fideiusiunea în numele său personal¹⁰⁵. În ochii noștri, stipulația de contract de fideiusiune este cea mai interesantă pistă¹⁰⁶; raportul contractual fideiusor-debitor ar putea să fie denumit stipulație de fideiusiune pentru altul¹⁰⁷. Într-adevăr, legătura fideiusor-debitor, ca stipulație de contract pentru altul, necesită ca fideiusorul să fie promitent, iar debitorul să joace rolul de stipulant¹⁰⁸; creditorul ar fi terțul beneficiar; fideiusorul consimte la viitorul contract de aplicație (*i.e.*, la fideiusiune); stipulația de contract dintre debitor și fideiusor naște o opțiune contractuală în favoarea creditorului; în momentul în care creditorul își exercită opțiunea în sensul acceptării, contractul de aplicație (*i.e.*, fideiusiunea) se formează între fideiusorul-promitent și creditor¹⁰⁹. În sfârșit, cel de al treilea contract apare: fideiusiunea¹¹⁰ însăși, încheiată între fideiusor și creditor.

¹⁰³ A se vedea, H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, Fr. CHABAS, *op.cit.* (par Y. PICOD), p. 24, nr. 8.

¹⁰⁴ A se vedea, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN)*, *op.cit.*, p. 38, nr. 35.

¹⁰⁵ A se vedea, A. TAMBA, *op.cit.*, p. 374.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 383.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ În România, fideiusiunea este contract solemn (art. 2282 C.civ.). Ținând cont de faptul că, în cadrul stipulației de contract (de fideiusiune) pentru altul, fideiusorul consimte la contractul de aplicație (*i.e.*, la fideiusiune), stipulația de contract ar trebui să fie, la rândul său, solemnă. A se vedea, A. TAMBA, *op.cit.*, p. 384. De asemenea, s-ar impune ca acceptarea opțiunii contractuale de către creditor să fie solemnă. A se vedea, A. TAMBA, *op.cit.*, p. 384. În practică, însă, nu știm dacă toate acestea au loc ...

O consecință importantă a caracterului accesoriu al fideiusiunii este următoarea: fideiutorul poate invoca excepții sau apărări ce țin de datoria principală ori de contractul principal (*e.g.*, prescripție extinctivă, plată, nulitate, novatie, confuziune, compensație, rezoluțiune)¹¹¹. Totodată, fiind accesorie, fideiusiunea se va „deplasa” alături de creanța principală dacă cea din urmă este transferată printr-o cesiune; desigur, cesiunea de creanță trebuie să-i fie făcută opozabilă fideiutorului (art. 1581 C.civ.).

În situația în care fideiutorul îl plătește pe creditor, cel dintâi are la îndemână două tipuri de regres împotriva debitorului¹¹². Unul este regresul pe cale personală, iar celălalt este intitulat regres pe cale subrogatorie. Fideiutorului îi este cu puțință ca, prin aceeași cerere, să acționeze pe ambele fronturi, astfel încât să cumuleze avantajele oferite de regresul personal și de cel subrogatoriu¹¹³.

IV. Scrisoarea de garanție v. fideiusiune. Cum le diferențiem?

Scrisoarea de garanție este autonomă sau independentă. Așadar, garantul își va executa angajamentul fără să-i poată opune beneficiarului *e.g.*, nulitatea contractului de bază, rezoluțiunea acestuia, neexecutarea sa¹¹⁴ ori o prescripție extinctivă referitoare la convenția de bază¹¹⁵. De asemenea, independența scrisorii de garanție are ca urmare faptul că, principial, ea nu se

¹¹¹ A se vedea, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *op.cit.*, p. 57, nr. 66.

¹¹² A se vedea, Y. PICOD, *op.cit.*, p. 161, nr. 90.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ A se vedea, Ph. SIMLER, *op.cit.*, p. 936, nr. 919.

¹¹⁵ A se vedea, P. TAFFOREAU, *op.cit.*, p. 232, nr. 465.

transmite împreună cu creanța garantată¹¹⁶. Fideiusiunea are un caracter accesoriu. Astfel, fideiursorului îi este cu putință să utilizeze apărări sau excepții ce sunt legate de datoria principală sau de contractul principal (*e.g.*, prescripția extincțivă, nulitatea, rezoluțiunea)¹¹⁷. Totodată, fideiusiunea va însoți creanța principală dacă aceasta din urmă este transferată printr-o cesiune de creanță.

Autonomia sau independența scrisorii de garanție este opusul caracterului accesoriu al fideiusiunii¹¹⁸. Cu toate acestea, contenciosul privitor la distincția dintre garanția autonomă și fideiusiune este clasic și abundent¹¹⁹ (*supra.*, nr. 1). Adesea, redactarea garanțiilor este confuză, contradictorie și neglijată¹²⁰. În măsura în care actul este contradictoriu, jurisprudența franceză are tendința să califice pseudo-garanția autonomă drept o fideiusiune¹²¹: una ca asta se întâmplă atunci când „corpul” actului face vorbire despre o garanție autonomă, dar mențiunea scrisă indică că garantul se angajează în calitate de fideiutor solidar¹²².

La urma urmei, diferențiem scrisoarea de garanție și fideiusiunea pe baza redactării documentului sau înscrisului; o redactare neglijată (*i.e.*, căreia nu i se acordă suficientă atenție) ar putea determina instanțele să califice garanția personală într-o manieră la care părțile nu s-au așteptat.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 232, nr. 466.

¹¹⁷ A se vedea, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *op.cit.*, p. 57, nr. 66.

¹¹⁸ A se vedea, Ph. SIMLER, *op.cit.*, p. 932, nr. 915.

¹¹⁹ A se vedea, A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN)*, *op.cit.*, p. 883, nr. 1235.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 884, nr. 1235.

¹²¹ A se vedea, M. MIGNOT, *op.cit.*, p. 226, nr. 578.

¹²² *Ibid.*

Sigur, într-un litigiu, este posibil ca oponentii să încerce să deosebească cele două garanții personale în acest fel: un adversar va susține că înscrisul este *ad validitatem*, ceea ce sugerează prezența fideiusiunii (art. 2282 C.civ.); celălalt va pretinde că înscrisul este doar *ad probationem*, ceea ce ar evoca o scrisoare de garanție. Ne îndoim că o asemenea dezbatere ar fi lămuritoare. După noi, „diavolul” distincției între scrisoarea de garanție și fideiusiune se află în redactare, nu în altceva.