

LBRIS

We know
books

DAN-ADRIAN CĂRĂMIDARIU

CONTRACTUL STANDARD ÎN AFACERI

O perspectivă de law and economics

Tomul 34

BDP RIVAT
BIBLIOTECA DE DREPT PRIVAT

20. Tribunalul Botoșani, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 1807/2018
21. Tribunalul Brașov, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 1893/2018
22. Tribunalul București, Secția a II-a de contencios administrativ și fiscal, Sentința nr. 5316/2015
23. Tribunalul Specializat Cluj, Decizia nr. 348/2015
24. Tribunalul Dolj, Secția a II-a civilă, Decizia nr. 1116/2017
25. Tribunalul Galați, Secția a II-a civilă, Decizia nr. 120/A/2017
26. Tribunalul Gorj, Secția a II-a civilă, Decizia nr. 724/2017
27. Judecătoria Botoșani, Secția civilă, Sentința nr. 4945/2017
28. Judecătoria Brașov, Secția civilă, Sentința nr. 11969/2017
29. Judecătoria Târgu Jiu, Secția civilă, Sentința nr. 7477/2014

CUPRINS

În loc de amonte, un aval	7
Mulțumiri	17
Introducere	19
PARTEA I. ANALIZA ECONOMICĂ A DREPTULUI ȘI A CONTRACTULUI	27
Capitolul I. Introducere în analiza economică a dreptului	27
I.1. Fundamentele, programul și metodele analizei economice a dreptului.....	27
I.1.1. Fundamentele și programul analizei economice a dreptului.....	27
I.1.2. Metodele analizei economice a dreptului. Paradigma economică	43
I.2. Utilitatea analizei economice a dreptului. Critica mișcării de <i>law and economics</i>	52
I.2.1. Utilitatea analizei economice a dreptului.....	52
I.2.2. Critica analizei economice a dreptului.....	56
Capitolul II. Analiza economică a contractului din perspectiva standardizării contractuale	60
II.1. Introducere în analiza economică a contractului	60
II.1.1. Fundamentele economice ale contractului. Noțiunea de contract.....	60
II.1.2. Libertate, risc, oportunism și funcțiile economice ale dreptului contractelor	67
II.2. Contractul complet și reconstrucția lui prin ordinea juridică	74
II.2.1. Contractul complet și necesitatea reconstrucției sale.....	74
II.2.2. Reconstrucția contractului complet prin cadrul normativ și de către instanțele judecătorești	78
II.2.3. Limitele dreptului contractelor din perspectiva analizei economice	90

II.3. Încrederea în contracte: nesiguranță, oportunism, eficiență alocativă	96
II.3.1. Problema încrederii din perspectivă economică.....	96
II.3.2. Costurile informării în condiții de incertitudine: preț și calitate	99
II.3.3. Remedii ale asimetriei informaționale. Oportunismul contractual	102

PARTEA A II-A. CONTRACTUL STANDARD ÎN SISTEMUL DE DREPT AMERICAN ȘI ÎN SISTEMELE JURIDICE EUROPENE.....108

Capitolul I. Paternalism liberal și libertate contractuală 108

Capitolul II. Conceptul de contract standard în sistemul de drept american 120 |

II.1. Apariția și evoluția conceptului în dreptul american 120 |

II.2. Generalități. Noțiuni esențiale 121 |

II.2.1. Contractul de adeziune și contractul standard 121 |

II.2.2. Așteptările rezonabile și doctrina „*unconscionability*” 127 |

II.2.3. Conceptul de „*battle of forms*” 132 |

II.3. Teoria americană a standardizării contractuale în retrospectivă 137 |

Capitolul III. Conceptul de contract standard în sistemele europene de drept 155 |

III.1. Apariția conceptului în dreptul european 155 |

III.2. Unele soluții legislative naționale 159 |

III.3. Dreptul european al contractelor 174 |

PARTEA A III-A. CONTRACTUL STANDARD ÎN DREPTUL ROMÂN 186 |

Capitolul I. Contractul standard, între lipsa unei teorii viabile și reglementarea în vigoare 186 |

I.1. Teoria contractului standard 186 |

I.1.1. Introducere. Stadiul actual al dezbaterii 186 |

I.1.2. Analiza economică a dreptului și a contractului în România 189 |

I.1.3. Necesitatea unei noi teorii a contractului standard 204 |

I.2. Alocarea riscurilor. Avantajele și dezavantajele standardizării..... 219 |

I.2.1. Starea de incertitudine și riscurile contractului standard	219
I.2.2. Avantajele și dezavantajele standardizării	222
I.3. Reglementarea în vigoare în dreptul român. Originea reglementării. Enumerarea și analiza textelor relevante	231
I.3.1. Preocupările doctrinare mai vechi și originea reglementării actuale	231
I.3.2. Enumerarea și analiza textelor relevante	237
I.3.2.1. Contractul de adeziune	238
I.3.2.2. Clauzele externe și clauzele standard	242
I.3.2.3. Clauzele neuzuale	248
I.3.2.4. Interpretarea contractului	275
Capitolul II. Încheierea contractului standard.....	278
II.1. Câteva clarificări terminologice și conceptuale	278
II.1.1. Relația dintre clauză și contract	278
II.1.2. Relația dintre clauza contractuală și elementul contractual. Cazul contractului standard. Modularitate contractuală	288
II.1.3. Contractul standard și contractul de adeziune. Sintetizarea și fixarea conținutului contractual	297
II.1.4. Contractul standard și obiectul derivat al obligației	304
II.2. Libertatea contractuală, limitele acesteia și contractul standard	317
II.2.1. Contractul standard, informarea precontractuală și negocierea	317
II.2.2. Strategiile profesionistului și libertatea contractuală.....	326
II.2.3. Strategiile clientului aderent și libertatea contractuală	336
II.3. Contractul standard, un contract incomplet.....	350
II.3.1. Natura incompletă a contractului standard.....	350
II.3.2. Problema eșecului de piață și contractul standard.....	360
Capitolul III. Interpretarea și efectele contractului standard.....	366
III.1. Interpretarea juridică. Generalități.....	366
III.2. Contractul standard și regula de interpretare <i>contra proferentem</i>	372
III.3. Gestiunea executării contractului standard	389
III.4. Standardizarea executării contractului. Câteva considerații despre <i>smart contracts</i>	399

Capitolul IV. Intervenții în contractul standard	414
IV.1. Generalități. Politici publice și instrumente legislative	414
IV.2. Dreptul de retragere din contract. Perspectiva de <i>law & economics</i>	420
IV.3. Clauzele abuzive	435
IV.3.1. Precizări preliminare	435
IV.3.2. Analiza câtorva aspecte-cheie. Concepte autonome și standarde de evaluare	443
IV.3.3. Contractul standard, decizia de afaceri și clauzele abuzive	466
IV.4. Intervenția judiciară: din nou, o perspectivă de <i>law & economics</i>	473
Concluzii	482
Bibliografie	487

Librăria ta de carte de specialitate
juridică, economică și business

Din 2008 suntem
alegerea lor...

TU?



Cursuri universitare • Tratamente • Monografii • Coduri • Legislație • Jurisprudență • Reviste de specialitate

www.ujmag.ro

ujmagro
MAYNUT FISSLE ROMÂNIA MARGARIN

Bd. Iuliu Maniu nr. 7, clădirea Cotroceni Business Center corp C,
sector 6, București (lângă AFI MALL)

021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro

PARTEA I**Analiza economică a dreptului
și a contractului**

Capitolul I**Introducere în analiza economică a dreptului****1.1. Fundamentele, programul și metodele analizei economice
a dreptului*****1.1.1. Fundamentele și programul analizei economice a
dreptului***

Prin mișcarea sau curentul *law and economics* doctrina americană înțelege un grup divers de teoreticieni ai dreptului care au în comun cel puțin ideea conform căreia principiile economiei neoclasică, în special principiile teoriei prețurilor și alocării resurselor, individualismul metodologic, maximizarea rațională și calculul marginal, pot fi aplicate cu succes în înțelegerea și evaluarea regulilor și instituțiilor de drept¹. Profesorul american N. Georgakopoulos arată că, din perspectiva inițiatorilor și susținătorilor curentului, acesta reprezintă cea mai importantă inovație în știința dreptului de la Codul lui Hammurabi încolo,

¹ A se vedea E.M. Fink, *Post-Realism, or the Jurisprudential Logic of Late Capitalism: A Socio-Legal Analysis of the Rise and Diffusion of Law and Economics*, în *Hastings Law Journal*, vol. 55, 2004, p. 932. A se vedea și definiția din B.A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Tenth Edition, Thomson Reuters, 2014, p. 1017: „1. A discipline advocating the economic analysis of the law, whereby legal rules are subjected to a cost-benefit-analysis to determine whether a change from one legal rule to another will increase or decrease allocative efficiency and social wealth. Originally developed as an approach to antitrust policy, law and economics is today used by its proponents to explain and interpret a variety of legal subjects. 2. (...)”. A se vedea, de asemenea, și explicațiile din Th.J. Miceli, *Economic Models of Law*, în F. Parisi (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, vol. 1, *Methodology and Concepts*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 9-28, în special pp. 18-23.

respectiv de la conștientizarea de către comunitățile umane a necesității unor reguli de conviețuire socială. De la momentul apariției analizei economice a dreptului, legea devine un obiect al cunoașterii științifice, un obiect de studiu cu caracter formal, adesea cuantificabil¹.

Este adevărat că analiza economică a dreptului nu oferă răspunsurile finale și incontestabile la probleme precum rostul democrației, caracterul descurajator al pedepsei cu moartea, necesitatea interdicției avortului sau posibilitatea liberalizării consumului de droguri, însă încearcă să pună la dispoziția cercetătorilor o metodă de investigare a acestor probleme. Analiza economică a dreptului a demonstrat deja, arată profesorul Georgakopoulos, că reglementarea răspunderii civile este utilă, după cum este utilă, spre exemplu, și sancționarea utilizării abuzive de informații privilegiate pe piețele reglementate („*insider trading*”).

Doctrina de limbă franceză, tradițional reticentă față de curente de gândire provenite de pe continentul nord-american, arată că analiza economică a dreptului este, în primul rând, o metodă care împrumută conceptele din economie pentru a înțelege mai bine dreptul. Ea se situează la confluența celor două discipline, fără a face parte nici din drept, nici din economie. Analiza economică a dreptului nu înlocuiește metodele tradiționale ale juristului, ci le completează². Într-adevăr, a completa metodele tradiționale ale juristului este mult mai puțin decât cea mai mare inovație în drept de la Codul lui Hammurabi încoace.

În general, se consideră că originile curentului de gândire *law and economics* se găsesc într-un trecut mai îndepărtat decât mediul intelectual al secolului al XX-lea, elemente de analiză economică a dreptului putând fi identificate inclusiv în lucrările semnate de Thomas Hobbes, Adam Smith, Cosare Beccaria, David Hume, Jeremy Bentham sau John Stuart Mill³.

¹ A se vedea N. Georgakopoulos, *Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 3.

² A se vedea E. Mackaay, St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Paris, 2008, p. XXI.

³ A se vedea E. Mackaay, *History of Law and Economics*, în B. Bouckaert, G. De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar, Northampton, vol. 1, 2000, pp. 67-68. A se vedea și K.N. Hylton, *Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics*, în *Maryland Law Review*, vol. 64, nr. 1, 2005, pp. 85-107, în special pp. 86-89; Mackaay, Rousseau, *op. cit.*, pp. 7-17.

Doctrina americană¹ identifică două tradiții intelectuale în cadrul analizei economice moderne a dreptului. Prima este, într-adevăr, aceea a economiei politice, care pleacă de la Adam Smith și se continuă până în zilele noastre printr-o serie lungă de economiști de mare anvergură, indiferent de orientarea lor doctrinară. Interesul față de drept al economiei politice originează în interesul acesteia față de piață. Normele juridice care guvernează drepturile de proprietate, contractele și libertatea comerțului joacă, fără îndoială, un rol important în funcționarea piețelor, astfel că orice preocupare față de piață și comportamentele agenților economici pe piață stârnește un interes față de drept și față de felul în care normele juridice influențează comportamentele economice ale participanților la piață. A doua tradiție perceptibilă în doctrina americană este aceea a școlilor de drept, în care analiza economică a dreptului s-a dezvoltat cu ajutorul curentului *legal realism*². Conform acestuia, juriștii trebuie să studieze dreptul în practică, utilizând în acest scop științele sociale, inclusiv economia.

Evoluția dialogului dintre juriști și economiști poate fi ușor identificată în toate statele europene, dar și în Statele Unite ale Americii. La mijlocul secolului al XIX-lea apar primele reflecții economice aplicate dreptului, dar și „*une prise de conscience*”, o primă conștientizare a interdependenței între cele două discipline, mai ales din perspectiva teoriei economice instituționaliste și a pozitivismului în drept, ale cărui influențe nu sunt deloc de neglijat³.

Factorii care ar fi catalizat acest prim interes al economiei față de drept au fost sintetizați astfel: (i) utilizarea pe scară largă a unor modele evoluționiste atât în drept, cât și în știința economică; (ii) influența școlii istorice germane, care i-a încurajat pe economiști să studieze în detaliu instituțiile sociale, printre care și dreptul; (iii) apariția teoriilor

¹ A se vedea E.W. Kitch, *The Intellectual Foundations of "Law and Economics"*, în *Journal of Legal Education*, vol. 33, 1983, pp. 184-196, în special pp. 184-185.

² Prin „*legal realism*” se înțelege teoria conform căreia dreptul nu se bazează pe norme sau principii juridice, ci pe decizii judecătorești derivând din interese sociale și politici publice. Astfel, analiza politicilor publice este utilizată pentru soluționarea unei probleme juridice, căutându-se cea soluție care promovează cel mai bine bunăstarea publică. A se vedea Garner, *op. cit.*, p. 1034.

³ A se vedea T. Kirat, *Économie du droit*, Éditions La Découverte, Paris, 2012, pp. 36-37. Autorul francez trimite la primele lucrări de analiză economică a dreptului, acestea datorându-se instituționaliștilor americani H.C. Adams, R.T. Ely, J.R. Commons, iar ulterior unor sociologi ai dreptului precum K. Llewellyn sau R. Pound, care au publicat în special în perioada interbelică.

utilitariste ale bunăstării, preocupate de relația dintre distribuția resurselor și eficiență; (iv) dezvoltarea în general a științelor sociale, din care făceau parte atât dreptul, cât și economia, împreună cu credința larg împărtășită că științele sociale ar trebui unificate¹. Percepția dreptului în acea epocă drept un instrument de administrare, aflat în serviciul factorului politic, îl obliga practic pe jurist să se intereseze de chestiunile economice².

S-a constatat însă că această primă preocupare a economiștilor pentru analiza dreptului a cunoscut un declin în perioada interbelică, cauza declinului fiind metoda utilizată, criticabilă sub multe aspecte și apreciată ulterior de către istoricii gândirii economice ca fiind prea puțin științifică, respectiv lipsită de rigoare, lipsită de o structură logică definită, prea ușor verificabilă și aproape imposibil de infirmat³.

Curentul analizei economice a dreptului a reapărut, de data aceasta în toată forța, începând cu deceniile al șaselea și al șaptelea ale secolului trecut, fiind eminent legat de Școala de la Chicago. Astfel, se consideră că la baza analizei economice a dreptului se găsește filosofia economică a Școlii de la Chicago, acolo conturându-se primele elemente de analiză economică a dreptului și, ulterior, programul științific al acestui curent de gândire, pornind de la contribuțiile lui Ronald Coase. Acesta se impune în analiza economică a dreptului prin articolul *The Problem of Social Cost* din 1960. În această lucrare, Coase extinde asupra dreptului conceptul costurilor de tranzacție, pe care îl elaborase în 1937 în lucrarea *The Nature of The Firm*. Totuși, analiza efectuată de Coase nu este în întregime originală, acesta arătând într-un articol, de asemenea celebru, faptul că a fost inspirat de economistul liberal Frank Knight, unul dintre fondatorii Școlii de la Chicago⁴.

¹ A se vedea H. Hovenkamp, *The First Great Law & Economics Movement*, în *Stanford Law Review*, vol. 42, 1990, pp. 993-1058, în special p. 1056.

² A se vedea R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Fondation Varenne, LGDJ, Paris, 2010, p. 14.

³ A se vedea Lanneau, *op. cit.*, p. 15. Autorul francez trimite la M. Blaug, *La Méthodologie Économique*, 2^e éd., Economica, Paris, p. 110. Economistul britanic M. Blaug este considerat a fi unul dintre cei mai influenți istorici ai gândirii economice, lucrarea sa de referință fiind considerată *Economic Theory in Retrospect* (1962), tradusă în limba română în 1992: *Teoria economică în retrospectivă*, Ed. Didactică și Pedagogică, București.

⁴ A se vedea R.H. Coase, *Law and Economics at Chicago*, în *The Journal of Law and Economics*, vol. 36, nr. 1, 1993, pp. 239-254, în special p. 250. Coase citează studiul lui F.H. Knight din 1924, *Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost*,

Ideile principale ale lui Coase sunt două, respectiv (i) ipoteza invarianței și (ii) ipoteza eficienței, în jurul lor construindu-se teorema omonimă, care, după cum vom vedea, reprezintă punctul de plecare pentru analiza economică a dreptului și a contractului.

Nu voi putea enunța teorema lui Coase fără a explica în prealabil noțiunea costurilor de tranzacție¹. Prin costuri de tranzacție ar trebui înțelese acele costuri pe care le suportă potențialele părți ale unui contract pentru a-și procura informațiile necesare încheierii raportului juridic cu pricina și pentru a-și coordona acțiunile una față de cealaltă. S-a subliniat în legătură cu înțelesul noțiunii costurilor de tranzacție că nu există în literatura economică o definiție unanim acceptată pentru costurile de tranzacție, acesta fiind și motivul pentru care teorema lui Coase nu a fost până acum dovedită formal. Mai mult, Coase nu a considerat niciodată ideile enunțate în lucrarea *The Problem of Social Cost* ca alcătuind o teoremă corectă și completă din punct de vedere științific, opiniile sale fiind ridicate la acest rang de către George Stigler, proeminent reprezentant al Școlii de la Chicago. În orice caz, teorema lui Coase reprezintă fundamentul analizei economice a dreptului, pe baza acesteia putându-se analiza efectele unor norme juridice alternative și putându-se motiva propuneri de modificare a cadrului normativ existent, în orice sistem juridic, inclusiv în sistemele de drept civil.

Ordinea juridică distribuie *ab initio* drepturile subiective prin enunțarea de norme și prin jurisprudență. Însă participanții la circuitul juridic pot să transfere aceste drepturi unii altora, să le schimbe între ei prin încheierea de diverse acte juridice, ceea ce corespunde principiilor autonomiei de voință și libertății contractuale. Astfel, drepturile subiective sunt redistribuite în societate, în funcție de interesele sociale și economice ale participanților la viața socială și economică. Transferul drepturilor subiective implică preexistența specificării și distribuirii lor (originare) prin ordinea juridică. Cu alte cuvinte, distribuirii originare a drepturilor prin ordinea juridică îi urmează temporal actele juridice între persoanele particulare prin care drepturile subiective se redistribuie în societate.

publicat în *Quarterly Journal of Economics*, vol. 38, nr. 4, pp. 582-606. Knight critica teoriile microeconomice enunțate de economistul britanic A.C. Pigou, Coase reia și extinde aceste critici.

¹ A se vedea Mackaay, Rousseau, *op. cit.*, pp. 184-191; Kirat, *op. cit.*, pp. 56-58.