

Irina SFERDIAN
Florin MANGU
- coordonatori -

LIBERTATEA CONTRACTUALĂ. LIMITE LEGALE ȘI GARANȚII PROCESUALE

*Volumul secțiunii Drept privat al Conferinței Internaționale Bienale
a Facultății de Drept și Științe Administrative din cadrul Universității
de Vest din Timișoara, ediția a IX-a, 12-13 octombrie 2012*

Universul Juridic
București
-2013-

Editat de **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Copyright © 2013, **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin

S.C. Universul Juridic S.R.L.

Nicio parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al

S.C. Universul Juridic S.R.L.

**NICIUN EXEMPLAR DIN PREZENTUL TIRAJ NU VA FI
COMERCIALIZAT DECÂT ÎNSOȚIT DE SEMNĂTURA ȘI
ȘTAMPILA EDITORULUI, APLICATE PE INTERIORUL
ULTIMEI COPERTE.**

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României

Libertatea contractuală : limite legale și garanții procesuale /

Irina Sferdian, Florin Mangu (coord.) - București : Universul
Juridic, 2013

Bibliogr.

ISBN 978-606-673-102-7

I. Sferdian, Irina (coord.)

II. Mangu, Florin (coord.)

341/.8(498)

341/.9(498)

REDACTIE: tel./fax: **021.314.93.13**
tel.: **0731.121.218**
e-mail: **redactie@universuljuridic.ro**

DEPARTAMENTUL tel.: **021.314.93.15**
DISTRIBUȚIE: fax: **021.314.93.16**
e-mail: **distributie@universuljuridic.ro**

www.universuljuridic.ro

Cuvânt înainte

Volumul de față cuprinde lucrările susținute public de participanții la Conferința internațională organizată de Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara în toamna anului 2012, în cadrul secțiunii de Drept civil, ce a avut tema „Libertatea contractuală. Limite legale și garanții procesuale”.

Fără a ne propune o analiză a studiilor prezentate la această conferință, vă facem cunoscute câteva concluzii asupra principalelor subiecte de discuție, cu scopul de a vă capta interesul, dar fără a dori să vă răpim bucuria lecturii.

Așadar, în principal, s-a arătat că.....

Marea criză economică mondială apărută în 2008 a avut drept rezultat o mare criză mondială socială, care a impus reglementări în domeniul privat de natură să limiteze libertatea contractuală. Statele au fost forțate să intervină în acest sens. Schimbările în economia globală vor influența în mare măsură dezvoltarea ulterioară a dreptului, rolul statului în ordinea juridică privată va spori și acest lucru va determina o limitare în sfera libertății contractuale.

În pofida unei identități terminologice, libertatea contractuală nu face parte din categoria drepturilor și libertăților fundamentale, în expresia lor constituțională. Deși nu este menționată expres nici în Constituția Germaniei, nici în cea a Poloniei, este supusă implicit controlului de constituționalitate. Curțile Constituționale din Germania sau Polonia devin actori importanți în cauze civile prin controlul asupra normelor juridice aplicabile raporturilor dintre particulari. Din acest motiv, nu pare adecvată folosirea argumentelor constituționale cu scopul combaterii unei legislații prea reglementate asupra contractelor.

Contractul este instrumentul juridic indispensabil pentru crearea și funcționarea unei piețe interne la nivel european. Funcționalismul dreptului european explică de ce trebuie depășit modelul bidimensional drept civil-drept comercial, dreptul privat unitar urmărind îndeplinirea unei finalități economice.

În noul Cod civil român, rolul libertății contractuale se relevă prin reglementarea unor instituții juridice noi, precum negocierea contractuală, actele premergătoare contractului sau cesiunea de contract.

Părțile au posibilitatea de a reechilibra contractul prin concilieri intervenite pe parcursul derulării sale, fie în baza unor clauze de adaptare sau de revizuire a contractului, fie în baza dispozițiilor legale, sau direct, în respectul principiului solidarismului contractual ori prin aplicarea mecanismului impreviziunii.

Codul civil actual consacră o nouă cauză de ineficacitate a contractului, prin clauza reputată ca nescrisă, care operează ope legis, este distinctă de nulitate și echivalentă cu inexistența. Reglementarea acestei sancțiuni dă dreptul părții căreia i se opune respectiva

clauză, să ignore existența acesteia, fără a avea nevoie de concursul instanței de judecată în acest sens. Rezultatul acestei reglementări a fost o sancțiune mult mai flexibilă decât nulitatea, la îndemâna părților, pentru a proteja raportul juridic existent între părți, cu restabilirea unui echilibru contractual.

În noul Cod civil român, libertatea contractuală este relevantă și în domenii care, până acum, erau exclusiv de ordine publică, așa cum este cel al prescripției extinctive. Părțile au posibilitatea de a modifica durata termenelor de prescripție, de a interveni asupra cursului prescripției prin fixarea începutului acesteia ori a condițiilor în care operează cauzele de suspendare sau de întrerupere, după caz.

În tendința de a face din contractul liber alcătuit, adevărata lege a părților, Codul civil actual a consacrat libertatea convențiilor matrimoniale prin care soții pot deroga de la regimul comunității legale. S-a arătat că libertatea contractuală în domeniul regimurilor matrimoniale este supusă unor îngrădiri de bun simț și că, deși consacrată legal, nu va fi în mod necesar funcțională. Oricum, este important că există.

Intervenția instanței în executarea contractului poate fi privită ca o limitare a libertății contractuale și forței obligatorii a contractului, prin posibilitatea acesteia de a dispune reducerea cuantumului clauzei penale, care atenuază avantajul conferit legal creditorului beneficiar al clauzei penale prin prezumția de existență a prejudiciului.

Principiul executării în natură a obligațiilor contractuale a determinat instituirea mijloacelor adecvate și eficiente prin care aceasta să fie obținută, printre altele, și prin penalitățile cominatorii, a căror consacrare legală elimină veșnica dispută asupra daunelor cominatorii.

Principiul forței obligatorii a contractului, asociat cu ideea de cauză bivalentă din contractele sinalagmatice și cu principiul dreptului la o executare conformă au determinat reglementarea unor noi remedii contractuale, la dispoziția creditorului, care permit supraviețuirea contractului.

Obligația de garanție pentru viciile bunului vândut, obligația de garanție pentru buna funcționare a bunului vândut, văzută ca un risc contractual, precum și obligația de a garanta pentru un timp determinat păstrarea calității bunului vândut sunt tot atâtea mijloace legale pentru a obține o executare conformă a contractului.

Principiul autonomiei de voință permite părților să aleagă legea aplicabilă contractelor comerciale internaționale care deservește cel mai bine scopul pentru care contractul a fost încheiat, care este cea mai bine adaptată economiei contractului. În acest sens, noul Cod civil român a fost receptiv la dispozițiile cuprinse în Regulamentul Roma I privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale care, deși a unificat izvoarele de drept, a limitat substanțial principiul libertății contractuale care constituie principiul declarat pe care trebuie constituit sistemul european de drept internațional privat al contractelor.

Omisiunea legiuitorului nostru de a stabili norme conflictuale interne în materia obligațiilor de întreținere, a obligațiilor contractuale sau a obligațiilor extracontractuale, se dovedește a fi una corectă, având în vedere că în domeniile în care există norme conflictuale la nivel european, reguli interne de soluționare a conflictelor de legi nu pot exista în mod legal. Din acest motiv, s-a considerat că s-ar impune abrogarea art. 2637-2639 din Codul civil român întrucât acestea nu au produs și nici nu au cum să producă efecte

juridice, mai ales că nici nu vizează vreo ipoteză care să nu fi fost avută în vedere de Regulamentul Roma I privind stabilirea legii aplicabile obligațiilor contractuale.

Concluziile asupra temelor dezbătute în cadrul conferinței ne-au demonstrat că noile Coduri ale României au fost privite critic de către participanți, dar, în același timp, cu nedisimulată reverență.

Editori coordonatori,
Irina SFERDIAN
Florin MANGU

NEOLIBERALISM AND CONTRACTUAL FREEDOM

Professor **Dušan NIKOLIĆ**
Faculty of Law
University of Novi Sad, Serbia

Abstract:

Contractual freedom has been greatly increased, under the influence of neoliberalism, which was, until recently, the major ideology of the modern world. Field in which subjects freely regulated common relations was, as years passed, widening in that extent, in which the number of legal norms and other rules created by the organs of state government was decreasing. However, circumstances have significantly changed under the influence of economic crisis. This work, through several widened theses, points out the sequence of events and what we might expect in near and distant future.

Keywords: neoliberalism, contractual freedom, economic crisis, state interventionism

1. Thesis on hyper-regulation

Under the influence of neo-liberal ideology in the last decades of the XX century, a thesis on hyper-regulation of social relations was developed. In public, ever more often opinions that too many legal rules exist, and that legal and other norms limit economic activities etc, could be heard¹.

2. Devotion to deregulation

Reacting to such critics, governments of some countries have carried out comprehensive deregulation. That trend was especially characteristic for East-European countries which found themselves in the process of transition. Governing structures thought that hyper-regulation is a relic of socialist order that without deregulation there will be no foreign investments etc. In relatively short time, thousands of legal acts were abolished, which resulted in creation of a unique legal vacuum. It led to uncontrolled redistribution of state-owned capital, drastic social stratification, disappearing of the middle class, and in the end, in destabilization of East-European societies. In such conditions, most of national wealth, irretrievably came into possession of foreign banks and multinational corporations. American Nobel Prize recipient Joseph Stiglitz in his studies, in a striking manner showed the consequences of easily accepting neoliberal concept and not thought enough deregulation².

¹ The problem of hyper-regulation of social relations was pointed out in Yugoslavian literature of the 1980s as well. The main advocate of that thesis was academician Radomir Lukić, professor of the Law Faculty of the Belgrade University. (See: Radomir Lukić, *Sociologija prava*, Beograd, 1980. In this context, it is necessary to state that creators of contemporary legal politics in Serbia, too, think that detailed deregulation should be conducted. Some of the leading figures from the political sphere are talking about “*the guillotine of regulations*”.

² Džozef Štiglic, *Protivrečnosti globalizacije*, Beograd, 2001.

At the same time, together with the thesis about legal and other norms being too numerous, a thesis on crisis of parliamentarism and the need for letting other subjects regulate social relations as much as possible, was propagated.

3. Thesis on state regulative (law) not being efficient enough

Reducing costs of functioning of the social community, while preserving, or even improving realization and protection of citizen rights, is considered to be one of the primary tasks of the modernly organized societies. For that cause, several decades ago, in the West, a process of comprehensive privatization and transferring of public authorities from state organs to different agencies and other non-state subjects³, was started, while stating that the state organization is irrational and not efficient enough.

Number and sphere of business of public companies shranked gradually in past few decades. Their functions were overtaken by private companies which get job through public tenders. Mutual rights and obligations of hirer (state) and contractor are no longer regulated by sublegal or autonomous general acts, but by so called *administrative contracts*.

4. Devotion to deetatization of the regulative in the domain of private law

4.1. Strengthening the autonomous regulative and social self-regulation: the new *lex mercatoria* and *lex sportiva*

In the last years, it is thought about strengthening autonomous regulative and passing a part of legal regulation matter to the so called social self-regulation.

One of the key arguments that speak in favor of deetatization of private law was found in the fact that even in the Middle Ages special rules in the field of trade (*lex mercatoria*) existed. As it is known, medieval merchants themselves created and changed professional rules. It is undoubtedly true that they were much more efficient in that than state organs. Having that in mind, some of our contemporaries concluded, in the spirit of the idea of development of civil society, that nothing is more natural than letting the social self-regulation deal with social relations. Afterwards devotions came to creating a new *lex mercatoria*, for independent shaping of rules in the domain of sports law (*lex sportiva*) and for development of autonomous regulative in other fields⁴.

5. Radical turns

5.1. The great global financial crisis

In the summer of 2008, world faced a great financial crisis which was first manifested through drastic fall of price of shares in world stock exchanges, and afterwards through insolvency and bankruptcy of major brokerage companies, banks and insurance companies.

³ V: Polona Kovač, *Prenos zadatka vlasti sa države na nedržavne nosioce u Evropskoj uniji (i Sloveniji)*, European Lawzer Journal/Evropski pravnik, nr. 3/2006.

⁴ In the summer of 2007, an American-German symposium named *Beyond the State – Rethinking Private Law* was held in Hamburg. Talks about that topic were continued at the *Martin-Luther University in Halle (Halle, Saale, Wittenberg)* in the autumn of the same year, at the XXXI conference of comparative law, with the general topic *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts (Globalization and deetatization of law)*. Phrase *Private Law Beyond the State* sounded futuristically to many, but was basically already seen in former Yugoslavia, in which social self-regulation in shape of social agreements and self-governed treaties was developed for decades. The epilogue of that experiment is known to everyone.

5.2. Turn: state interventionism in financial sector

In order to prevent further decadence of financial sector, the USA started a process of recapitalization of banks, insurance companies, and companies which dealt with real estates. Thousands of billions of dollars were spent from the state budget for that purpose. It was direct state interventionism without a precedent in new world history. This seriously questioned the concept of economic neoliberalism.

5.3. The great global economic crisis

After some time, it became obvious that we were dealing not only with a crisis of the financial sector, but that global economy was entering the greatest recession since the late 1920s, and that a great economic crisis was on its way.

5.4. Turn: state interventionism in the sphere of economic relations

Such conditions led to even greater state interventionism. Many countries invested extra money in banks and other companies of strategic importance, overtaking control packages of shares, together with control over their business. Something that was incomprehensible only months earlier happened. State organs began to directly interfere in economic relations, prescribing even the limits for the wages of governing people in banks and other major companies.

5.5. Social crisis

Finally, as time passed, it became clear the great economic crisis will grove into a great social crisis with unforeseeable consequences. Middle class disappeared not only in Eastern-Europe, but in many much more developed countries. Of course, the situation is not the same everywhere. Poor and stratified societies are not able to bear the weight of the economic crisis, without serious social problems.

5.6. Turn: state interventionism in the sphere of property law

In autumn of 2008, the president of the presiding country of the European Union suggested that every member state forms a sovereign national fund from which it will finance defense of it's economy and prevent foreigners from buying it's companies of strategic importance. That questioned some of the basic principles on which paneuropean integration was formed, like freedom of movement of people, goods, services and capital. State will probably interfere in international economic relations even more, in the crisis days. Besides, different means of internal interventionism should be expected. In order to prevent major social dissatisfaction, states will have to become more active in domain of property relations. Some of them have already begun with nationalizing companies of strategic importance. Besides, it can be expected that private property will have ever more prominent social function, which has been pointed out by some decisions of the Court of Justice of the European Union⁵. Next to all that, stronger interference of state in employment relations and field of social protection should also be expected⁶.

⁵ See: Dušan Nikolić, *Funcția socială a dreptului de proprietate privată (trecut, prezent, viitor)*, în *Pandectele Române*, Wolters Kluwer, 2007, p. 69 etc.

⁶ Detaljnije: Dušan Nikolić, *Nove tendencije u evropskom privatnom pravu*, Pravni fakultet u Nišu, 2009.

6. Epilogue: strengthening the state and it's role in regulative domain?

Changes in global economy will in great amount influence further development of law, on national as well as supranational level. State organization will have increasingly greater significance in the period to come. Its role in regulating the social relations will also grow. In favor of that, American Nobel prize recepient Paul Krugman, professor at the Princeton University recently gave his opinion in Belgrade.

Freedom of contract making will, in such conditions be significantly limited, in order to protect public interest.

NEOLIBERALISM ȘI LIBERTATE CONTRACTUALĂ

Prof. univ. dr. **Dušan NIKOLIĆ**
Facultatea de Drept
Universitatea din Novi Sad, Serbia

Rezumat:

Libertatea contractuală a cunoscut un avânt deosebit, sub influența neoliberalismului, care a fost, până de curând, ideologia de bază a lumii moderne. Domeniile în care particularii și-au reglementat în mod liber relațiile s-au extins de-a lungul anilor, concomitent cu scăderea numărului de norme juridice și de alte reguli impuse de organele de stat. Cu toate acestea, circumstanțele s-au schimbat în mod semnificativ sub influența crizei economice. Această lucrare, prin intermediul mai multor teze pe care le expune pe larg, arată succesiunea evenimentelor și încearcă să anticipeze la ce ne-am putea aștepta în viitorul apropiat și îndepărtat.

Termeni-cheie: neoliberalism, libertate contractuală, criza economică, intervenționism statal

1. Teza hiper-reglementării

În public, tot mai des au fost elaborate opinii potrivit cărora există prea multe norme juridice și că acestea, împreună cu norme de altă natură, limitează activitățile economice¹.

2. Devotamentul față de ideea de dereglementare

Reacționând la aceste critici, guvernele din unele țări au optat pentru o acțiune de dereglementare extinsă. Această tendință a fost caracteristică pentru țările est-europene, care s-au aflat într-un proces de tranziție. Structurile de conducere ale acestor țări au crezut că hiper-reglementarea este o relicvă a ordinii socialiste, că fără dereglementare nu vor exista investiții străine etc. Într-un timp relativ scurt, mii de acte normative au fost abrogate, ceea ce a dus la crearea unui vid juridic unic. Acesta a condus la o redistribuire necontrolată de capital de stat, la o stratificare socială drastică, la dispariția clasei de mijloc și, în final, în destabilizarea societăților est-europene. În aceste condiții, mare parte din bogăția națională a acestora a intrat, în mod iremediabil, în posesia băncilor străine și a corporațiilor multinaționale. Americanul Joseph Stiglitz, câștigător al Premiului Nobel, a arătat în studiile sale consecințele acceptării prea facile a conceptului neoliberalismului și ale dereglementării insuficient gândite².

¹ Problema hiper-reglementării relațiilor sociale a apărut în literatura iugoslavă încă din anii '80. Principalul promotor al acesteia a fost academicianul Radomir Lukić, profesor la Facultatea de Drept a Universității din Belgrad. (V: R. Lukić, *Sociologija prava*, Beograd, 1980). În acest context, se impune să menționăm că și creatorii politicilor juridice contemporane din Serbia opinează în sensul necesității unei dereglementări cu privire la unele aspecte de detaliu. De asemenea, unii reprezentanți ai clasei politice se referă la „ghilotina reglementărilor”.

² D. Stiglic, *Protivrečnosti globalizacije*, Beograd, 2001.