

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

3/2024
iulie-septembrie

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

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/TABLE OF CONTENTS/TABLE DES MATIÈRES

Articole BOARIU Anca-Ioana: <i>Despre raportul dintre forța obligatorie și forța executorie a actului administrativ/On the relationship between the binding force and the enforceable force of the administrative act</i>	13-39
Articole LAZĂR Laura: <i>Tying and bundling in EU Competition Law/</i>	40-63
Articole PREDA Daria-Ioana: <i>Despre riscuri în contractul de antrepriză/On risks in contracts for works and services</i>	64-96
Articole PUȚ Septimiu-Ioan: <i>Interpretarea judiciară creatoare de drept?/Judicial interpretation that creates law?</i>	97-111

LISTA ABREVIERILOR

Observație: pentru explicațiile aferente regulilor de compunere a abrevierilor utilizate, modul corect de întrebuințare dar și clasificarea în funcție de provenința și uzul acestora, a se consulta „Ghidul abrevierilor” redacției Studia UBB Iurisprudentia¹.

Următoarele abrevieri sunt prezentate în ordine alfabetică:

^	-----	indice [al articolelor de lege];
a.c.	-----	anul curent;
A.R.P.R	-----	Academia Republicii Populare Române (1948- 1965);
A.R.S.R.	-----	Academia Republicii Socialiste România (1965-1989);
AACR	-----	<i>Anglo-American cataloguing rules</i> ;
ABGB	-----	Codul civil austriac (<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i>);
acad.	-----	academician;
ACS	-----	<i>American Chemical Society</i> – (stil de citare);
AEGRM	-----	Arhiva electronică de garanții reale mobiliare;
AIP	-----	<i>American Institute of Physics</i> – (stil de citare);
alin.	-----	alineat;
anon.	-----	<i>anonymus</i> (fără autor);
ANSI	-----	American National Standards Institute;
APA	-----	American Psychological Association – (stil de citare);
arh.	-----	arhitect;
ARK	-----	Archival Resource Key – tip de identificator peren;
art.	-----	articol;
ASRO	-----	Asociația de Standardizare din România;
B.of.:	-----	Buletinul Oficial al R.S.R., partea I nr.;
B2B	-----	<i>business-to-business</i> (contracte);
B2C	-----	<i>business-to-consumer</i> (contracte);
BGB	-----	Codul civil german (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>);
c.	-----	contra;
C.adm.	-----	Codul administrativ;
C.cass.	-----	Curtea de Casație franceză;
C.civ.	-----	Codul civil 2009: Legea 287/2009, M.of.: 511 din 24 iulie 2009, republicat în temeiul art. 218 din Legea nr. 71/2011

¹ Disponibil în cadrul rubricii „*Author guidelines*” (eng,)/ „Îndrumări pentru autori” (ro.) de pe pagina: <https://law.ubbcluj.ro/ojs/index.php/iurisprudentia/about/submissions>.

- în M.of.: 505 din 15 iulie 2011, în vigoare din 1 octombrie 2011;
- C.civ.fr. -----Codul civil francez (*Code civil des Français*);
- C.civ.it. -----Codul civil italian (*Codice civile italiano*);
- C.civ.q. -----Codul civil Québec;
- C.civ.v. -----Codul civil 1864, în vigoare între 01.12.1865-30.09.2011.;
- C.com. -----Codul comercial – Codicele de comerț din 1887, M.of.: 31 din 10 mai 1887, în mare parte abrogat prin C.civ. 2009, începând cu 1 octombrie 2011, cf. art. 230 alin. lit. c) L: 287/2009;
- C.cons. -----Codul consumului: L: 296/2004, M.of.: 968 din 4 decembrie 2006, republicată în M.of.: 224 din 24 martie 2008;
- C.fam. -----Codul familiei a fost adoptat prin L: 41953, B.of.: 1/4 ianuarie 1954, intrat în vigoare la 1 februarie 1954, modificat și completat prin L: 4/1956, republicat în B.of.: 13/18 aprilie 1956 și abrogat, prin art. 230 lit. m) din L: 71/2011, la data intrării în vigoare a L: 287/2009 privind Codul civil (1 octombrie 2011);
- C.m. -----L: 53/2003 – Codul Muncii–, M.of.: 72/5 februarie 2003, republicat (în temeiul L: 40/2011), M.of.: 345/18 mai 2011;
- C.pen. -----Codul penal, L: 286/2009 privind Codul Penal, M.of.: 510 din 24 iulie 2009, în vigoare din 1 februarie 2014 cf. art. 246 L: 187/2012;
- C.pen. 1864 -----Codul Penal 1864, promulgat și publicat la 30 octombrie 1864, în vigoare din 30 aprilie 1865 până la 17 martie 1936;
- C.pen. 1968 -----Codul Penal 1968, L:15/1968, B.of. 79 bis din 21 iunie 1968, în vigoare din 1 ianuarie 1969, abrogat prin art. 250 L: 187/2012.;
- C.poc.pen.sl -----C.proc.pen. sloven;
- C.proc.civ. -----Codul de procedură civilă, L: 134/2010, publicată în M.of.: 485/15.07.2010;
- C.proc.civ.v. -----Codul de procedură civilă vechi, „Codicele de procedură civilă”, republicat în M.of.: 45 din 24 februarie 1948, cu modificările și completările ulterioare;
- C.proc.pen. -----Codul de procedură penală, L: 135/2010 „privind Codul de procedură penală”, M.of.: 486 din 15 iulie 2010, în vigoare din 1 februarie 2014 cf. art. 103 din L: 255/1013.;

- C.proc.pen.1864 -----Codul de procedură penală 1864, M.of.: din 2 decembrie 1864, în vigoare din 30 aprilie 1865, abrogat prin. „Codul de procedură penală” din 1936, M.of.: 66 din 19 martie 1936;
- C.proc.pen.1936 -----Codul de procedură penală 1936, L: 472/1936: „Codul de procedură penală”, M.of.: 66 din 19 martie 1936, în vigoare cf. art. 663 (în parte de la data publicării, în parte din 1 ianuarie 1937), abrogat prin art 1 din L: 31/1968 „pentru punerea în aplicare a Codului de procedură penală al Republicii Socialiste România”, B.of.: 47 din 13 noiembrie 1968;
- C.proc.pen.1968 -----Codul de procedură penală 1968, L: 29/1968 „privind Codul de procedură penală”, B.of: 145 din 12 noiembrie 1968, în vigoare din 1 ianuarie 1969, abrogat prin art. 108 L: 255/2013 „pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale”, M.of.: 515 din 14 august 2013;
- C.proc.pen.fr. -----Codul de procedură penală francez;
- C.proc.pen.it -----Codul de procedură penală italian;
- C.proc.pen.nl-----Codul de procedură penală olandez;
- CA -----Curtea de Apel (urmată de abrevierea județului n.r.);
- CAB -----Curtea de Apel București;
- cap. -----capitol;
- cart.jud.-----carte de judecată;
- CC -----Curtea de Conturi;
- CCJ-----Curtea de Casație și Justiție (1861[2]-1925)/Curtea de Casație și Justiție (1925-1949);
- CCPCJ -----*UN:Commission on Crime Prevention And Criminal Justice*;
- CCR -----Curtea Constituțională a României;
- CD-----compact disc;
- CD-1970-----Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1970, ed. Științifică și Enciclopedică, București;
- CDP -----Caiete de Drept Penal;
- CE -----Consiliul Europei;
- CEDO -----Curtea Europeană a Drepturilor Omului/Convenția Europeană a Drepturilor Omului;
- CETS-----Council of Europe Treaty Series (Seria de Tratatate a Consiliului Europei) (194 *et seq.*);
- CF -----Cartea Funciară;

- cf. ----- *confer*, se folosește în loc de „vezi”, însă alegerea uneia dintre cele două abrevieri se face unitar, de-a lungul întregului material. Întrucât în domeniul juridic „v” este utilizat alternativ pentru *versus* în abrevierea unor cauze, din jurisdicții străine, propunem adoptarea abrevierii [cf.] în loc de „vezi”;
- CJCE ----- Curtea de Justiție a Comunităților Europene;
 CJEU ----- Court of Justice of the European Union;
 CJUE ----- Curtea de Justiție a Uniunii Europene;
 CNCND ----- Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării;
 CODATA-ICSTI ----- Committee on Data of the International Science Council – International Council for Scientific and Technical Information;
- com. ----- comuna;
- conf.univ. ----- conferențiar universitar;
- Constituția României --- Adunarea Constituantă: „Constituția României”, M.of.: 233 din 21 noiembrie 1991, în vigoare în urma aprobării ei prin referendumul național din 8 decembrie 1991. Modificată și completată prin L: 429/2003, M.of.: 758 din 29 octombrie 2003, republicată în M.of.: 767 din 31 octombrie 2003;
- coord. ----- coordonator;
- CPJC ----- Culegere de practică judiciară;
- CS ----- Curtea Supremă (1949-1952);
- CSE ----- Council Of Science Editors – (*stil de citare*);
- CSJ ----- Curtea Supremă de Justiție a României (1991[3]-2003[4]);
- CSM ----- Consiliul Superior al Magistraturii;
- CSR ----- *corporate social responsibility*;
- D-L: ----- Decretul-Lege nr.;
- D: ----- Decret al Consiliului de Stat al RSR nr.;
- d.Hr. ----- după Hristos;
- dec.adm. ----- decizie administrativă;
- dec.civ. ----- decizie civilă;
- dec.pen. ----- decizie penală;
- dir. ----- coordonator al unui volum colectiv;
- DMA ----- *Digital Markets Act: Regulation (EU) 2022/1925 on contestable and fair markets in the digital sector, OJ L 265, 12.10.2022*;
- DOI ----- *Digital online identifier – identificator peren*;
- DPO ----- *data protection officer*.
- dr. ----- doctor (prin tradiție se păstrează punctul de final);

- E.g./e.g.* ----- *exempli gratia*;
- ECHR: ----- European Court of Human Rights;
- ECJ ----- European Court of Justice;
- ECLI: ----- European case law identifier – *identificator peren*;
- ECU ----- European currency unit (1979-1999);
- ed. ----- editură sau ediție;
- ELI: ----- European legislation identifier – *identificator peren*;
- eng. ----- englez, limba engleză;
- et al.* ----- (*et aliae/et alii*) și altele, și alții;
- et seq.* ----- și următoarele (*pagini, numere etc.*);
- etc. ----- *et cetera*;
- ETS ----- European Treaty Series (Seria Tratatelor Europene (1-193));
- Eur. Comm'n H.R. Dec & Rep. Collection of Decisions of the European Commission on Human Rights;
- Eur. Ct. Hr. ----- European Court of Human Rights (Reports of Judgements and Decisions);
- Eur. H.R. ----- European Human Rights Reports;
- fr. ----- francez, limba franceză;
- FRAD ----- Functional Requirements for Authority Data;
- FRBR ----- Functional Requirements for Bibliographic Records;
- FRSAD ----- Functional Requirements for Subject Authority Data;
- gr. ----- grec, limba greacă;
- GTS ----- grupuri transnaționale de societăți;
- H: ----- hotărârea nr.;
- HCCH ----- *Hague Conference on Private International Law*;
- HCGMB ----- Hotărâre de consiliu general al Municipiului București;
- HCL ----- Hotărâre de consiliu local;
- HCM ----- Hotărâre a Consiliului de Miniștri;
- HG: ----- Hotărârea de Guvern nr.;
- hot. ----- hotărâre judecătorească;
- HTML ----- *HyperText Markup Language*;
- i.e.* ----- *id est* (aceasta înseamnă);
- i.f.* ----- *in fine*;
- ibidem (ibid.)* ----- Se utilizează pentru a indica o referință bibliografică precisă, utilizată în nota imediat anterioară, pentru o retrimiteră, la aceeași pagină;
- idem* (1) ----- alineatul (1) al articolului deja citat;
- idem (id.)* ----- Se utilizează pentru a indica o referință bibliografică precisă, utilizată în nota imediat anterioară, pentru o retrimiteră, la o pagină diferită;

IEEE	-----	Institute of Electrical and Electronics Engineers – (<i>stil de citare</i>);
ILFA	-----	International Federation of Library Associations and Institutions;
<i>infra</i>	-----	mai jos;
ing.	-----	inginer;
INML	-----	Institutul de Medicină Legală „Mina Minovici”;
ISBD	-----	International Standard Bibliographic Description;
ISBN	-----	International Standard Book Number, - <i>identificator peren</i> ;
ISC	-----	International Science Council;
ISMN	-----	International Standard Music Number – <i>identificator peren</i> ;
ISO	-----	Organizația Internațională de Standardizare/standard al asociației;
ISRC	-----	International Standard Recording Code – <i>identificator peren</i> ;
ISSN	-----	International Standard Serial Number – <i>identificator peren</i> ;
it.	-----	italian, limba italiană;
î.Hr.	-----	înainte de Hristos;
ÎCCJ	-----	Înalta Curte de Casație și Justiție;
JN	-----	Justiția Nouă, revista;
JO/JOUE	-----	Jurnalul Oficial al Uniunii Europene;
Jud.	-----	Judecătoria(a);
jud.	-----	județul;
L:	-----	Legea nr.;
L: 71/2011	-----	Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M.of.: 409/10.06.2011;
L.S.	-----	locul sigiliului;
LCA	-----	Legea contenciosului administrativ;
lect.	-----	lector;
lit.	-----	litera;
<i>loc.cit.</i>	-----	<i>loco citato</i> ;
LRM	-----	Library Reference Model A conceptual Model for Bibliographic Information;
M.of.	-----	Monitorul Oficial al României, partea I;
MARC	-----	MACHine-Readable Cataloging;
MC	-----	CEDO, Marea Cameră;

MDA	-----	Mic dicționar academic;
MEC	-----	Ministerul Educației și al Cercetării;
MLA	-----	Modern Language Association (<i>stil de citare</i>);
mun.	-----	municipiul;
n.	-----	nota/ă de subsol (din propria lucrare, din lucrarea citată);
n.a.	-----	nota/ă din lucrarea care se citează (observația, completarea autorului/creatorului);
n.n.	-----	nota noastră (a autorului care scrie – observația, completarea);
n.r.	-----	nota redacției;
N.Y.	-----	New York;
NISO	-----	National Information Standards Organization;
nr	-----	număr;
nr.	-----	numărul;
O:	-----	ordin (de ministru) nr.;
OECD	-----	<i>Organization for Economic Co-operation and Development</i> ;
OG:	-----	Ordonanța de Guvern nr.;
OMJ:	-----	Ordinul Ministrului Justiției nr.;
op.cit.	-----	<i>opus citatum, opere citato</i> [de evitat, a se înlocui cu titlu scurt n.r.];
OUG:	-----	Ordonanța de Urgență a Guvernului nr.;
p.	-----	pagina;
<i>passim</i>	-----	în diverse locuri (de evitat întrucât citările trebuie să fie precise);
pct.	-----	punctul;
pen.	-----	penal(ă);
pg.	-----	paragraf;
pp.	-----	paginile;
PR	-----	Pandectele române, revista;
proc.pen.fr	-----	Codul de procedură penală francez;
prof. univ.	-----	profesor universitar;
Ptk.	-----	Codul civil ungar (<i>Polgári Törvénykönyv</i>);
PUD	-----	Plan urbanistic de detaliu;
PUG	-----	Plan urbanistic general;
PUZ	-----	Plan urbanistic zonal;
R:	-----	Regulament nr.;
RDA	-----	Resource Description and Access – <i>standard de citare</i> ;
RDC	-----	Revista de Drept Comercial;
rep.	-----	republicată (legea);
RFDA	-----	<i>Revue Française de Droit Administratif</i> ;

RGPD	Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), JO L 119/1 din 4 mai 2016;
RLU	Regulament local (de urbanism);
ROIIJ 2005	Regulament din 2005 de ordine interioară al instanțelor judecătorești, CSM, H: 387/2005 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești, M.of.: 958/28 octombrie 2005;
ROIIJ 2015	Regulament din 2015 de ordine interioară al instanțelor judecătorești, CSM, H: 1.375/2015 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești, M.of.: 970/28 decembrie 2015;
ROIIJ 2022	Regulament din 2022 de ordine interioară al instanțelor judecătorești, CSM, H: 3243/2022 pentru aprobarea Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești, M.of.: 1254 și 1254 bis/27 decembrie 2022;
ROLINeST	Romanian Library network science & technology;
RRD	Revista Română de Drept;
RRDP	Revista Română de Drept Privat;
s.a.	fără autor - în construcția referințelor;
S.C.	Societate Comercială;
s.d.	fără dată;
s.l.	fără loc;
s.n.	fără titlu – în construcția referințelor;
s.n.	sublinierea noastră;
s.n.s.	fără editură cunoscută – în construcția referințelor;
S.R.L.	Societate cu Răspundere Limitată;
S.S.	cu semnătura sa;
Sec.	Secția (unitate administrativă, oficială, deci primește majusculă).;
sec.	secțiune;
Sec.cont.adm.	secția de contencios administrativ;
sen.	sentință;
SR ISO	standard românesc ce transpune un standard ISO;
STAS	STANDARD de Stat];
sub.	subliniere;

SUBB Iurisprudentia	-----	Studia Universitatis Babeş-Bolyai Iurisprudentia;
<i>supra</i>	-----	mai sus;
SZGB	-----	Codul civil elveţian;
ş.a.	-----	şi alţii, şi altele; [de preferinţă: <i>et. al. n.r.</i>]
ş.a.m.d.	-----	şi așa mai departe; [de preferinţă: <i>etc. n.r.</i>]
T	-----	Tribunal [se adaugă, fără blanc, abrevierea judeţului <i>e.g.</i> : <i>TCJ, TB etc. n.r.</i>];
t.	-----	tomul;
t.n.	-----	traducerea noastră (a autorului/autorilor);
tc.	-----	turc, limba turcă;
th.	-----	teză de doctorat (citată în dactilogramă);
tit.	-----	titlul;
TReg.	-----	Tribunalul Regiunii;
TS	-----	Tribunalul Suprem (1952-1991);
TUB	-----	Tipografia Universităţii Bucureşti;
UAT	-----	unitate administrativ-teritorială;
UBB	-----	Universitatea Babeş-Bolyai;
UNICODE	-----	Universal Coded Character Set;
UNIDROIT	-----	International Institute for the Unification of Private Law;
UNODC	-----	Organizaţiei Naţiunilor Unite: Biroul Naţiunilor Unite pentru Droguri şi Criminalitate (<i>United Nations Office on Drugs and Crime</i>);
URI	-----	Uniform Resource Identifier – identificator peren;
URN	-----	Uniform Resource Name – identificator peren;
var. (ist.)	-----	variaţiune şi istoric (arhaism);
vol.	-----	volumul;
<i>vs</i> [fără punct]	-----	<i>versus</i> ;
Y.B. Eur. Conv. Hr.	-----	Yearbook of the European Convention on Human Rights.

Listă îngrijită şi actualizată, în baza principalelor abrevieri utilizate în paginile revistei, de:

Dorin JOREA
Redactor-coordonator al SUBB Iurisprudentia

DESPRE RAPORTUL DINTRE FORȚA OBLIGATORIE ȘI FORȚA EXECUTORIE A ACTULUI ADMINISTRATIV

DOI: 10.24193/SUBBiur.69(2024).3.13-39
Data publicării online: 17.03.2025

Anca-Ioana BOARIU*

Rezumat: Actul administrativ se bucură de privilegiul prealabilului sau, altfel spus, în mod tradițional este acceptat că actului administrativ este executoriu. În realitate, utilizarea acestei noțiuni de „executoriu” nu este tocmai potrivită, mai ales că, în descrierea privilegiului, executorialitatea actului administrativ este explicată prin prisma posibilității administrației de a utiliza direct forța de constrângere a statului. Or, în lipsa unei competențe reglementate în mod expres de lege, administrația, la fel ca orice alt particular, nu poate proceda singură, fără încuviințarea justiției, la executarea silită a actelor sale. În plus, nu toate actele administrative au un conținut susceptibil de executare materială, astfel că, privilegiul exprimat prin prisma noțiunii de „executoriu” nu pare a fi unul general valabil pentru actul administrativ, întrucât, pentru restul actelor administrative forța lor obligatorie este suficientă pentru a le asigura eficacitate juridică. Tocmai de aceea prezentul studiu urmărește să retraseze conținutul privilegiului prealabilului. Pornind de la scrierile creatorului privilegiului prealabilului și observând câteva delimitări

* Doctorand Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj, avocat Baroul Cluj, e-mail: anca-ioana.boariu@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0009-0004-2944-1552>.

Această lucrare a beneficiat de suport financiar prin proiectul „Cercetare doctorală și postdoctorală de calitate, inovativă și relevantă pentru piața muncii”: POCU/ 380/ 6/ 13/ 124146, proiect cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Capital Uman 2014-2020.

conceptuale legate de forța obligatorie și forța executorie a actului juridic concluzia noastră este aceea că administrația este într-adevăr privilegiată: actul administrativ este obligatoriu și executoriu, chiar dacă nu se poate afirma despre acesta că este titlu executoriu și chiar dacă el nu permite executarea silită directă. Prealabilul se regăsește de fapt în ideea că actul administrativ, deși este unilateral, este eficace juridic și efectiv, în lipsa oricărei confirmări din partea justiției. Actul administrativ se impune față de terți, aspect neobișnuit în dreptul comun.

Cuvinte cheie: act administrativ executoriu, forța obligatorie, forța executorie, privilegiul prealabilului.

ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE BINDING FORCE AND THE ENFORCEABLE FORCE OF THE ADMINISTRATIVE ACT

Abstract: The administrative act enjoys the privilege of prior or, in other words, it is traditionally accepted that the administrative act is enforceable. In reality, the use of this notion of 'executory' is not exactly appropriate, especially since, in the description of the privilege, the enforceability of the administrative act is explained in terms of the possibility of the administration to use the direct coercive force of the state. However, in the absence of a competence expressly regulated by law, the administration, like any other private individual, cannot proceed alone, without the approval of the court, to the forced execution of its acts. In addition, not all administrative acts have a content susceptible to material execution, so that the privilege expressed in terms of the notions of 'executory' does not seem to be a generally valid one for the administrative act, because, for the rest of the administrative acts, their binding force is sufficient to ensure their legal effectiveness. This is precisely why the present study aims to retrace the content of the privilege of prior. Starting from the writings of the creator of the privilege of the prior and noting some conceptual delimitations related to the binding force and the enforceable force of the legal act, our conclusion is that the administration is indeed privileged: the administrative act is binding and enforceable, even if it cannot be said about it that it is indeed an enforceable title and even if it does not allow direct forced execution. The prior is actually found in the idea that the administrative act, although unilateral, is legally efficient and effective, in the absence of any confirmation from the judiciary. The administrative act is imposed on third parties, an unusual aspect in private law.

Keywords: enforceable administrative act, binding force, enforceable force, the privilege of prior.

Cuprins

Cuprins.....	15
Introducere: despre caracterul executoriu al actului administrativ și <i>privilegiul prealabilului</i>	16
I. Privilegiul prealabilului în sistemul de drept francez.....	22
A. Prealabilul sub condeiul prof. Maurice Hauriou.....	22
B. Teoria instituției.....	27
II. Actul administrativ este nu doar eficace ci și efectiv!.....	30
A. Raportul forță executorie – titlu executoriu.....	30
B. Forța obligatorie a actului administrativ.....	33
Concluzii.....	37
Bibliografie.....	38

Introducere: despre caracterul executoriu al actului administrativ și *privilegiul prealabilului*

Tradițional actul administrativ se caracterizează prin executorialitate. În doctrina noastră de drept administrativ se vorbește despre *privilegiul acțiunii din oficiu* (sau *privilegiul execuțiunii prealabile*¹), privilegiu care ar permite administrației să își realizeze activitatea prin **constrângere materială** și fără ca în prealabil să se adreseze justiției. Se spune, așadar, că administrația se bucură de posibilitatea de a-și pune în executare propriile acte folosindu-se, atunci când e nevoie, chiar de forța de constrângere a statului². Actele administrative sunt din acest motiv *executorii*, ele se bucură de o **eficacitate juridică specială** „în virtutea căreia puterea publică are posibilitatea de a crea situațiuni juridice opozabile tuturor, și susceptibile de a fi executate chiar contra voinței particularilor și fără a fi obligată de a recurge, în prealabil, la intervențiunea justiției”³.

Despre caracterul executoriu se arată că este o **caracteristică specială** a actului administrativ care relevă principiul că actele administrative sunt „executorii prin ele înșile”⁴. Autorul citat arată însă că pentru a fi executoriu actul administrativ trebuie totuși să îndeplinească anumite condiții, respectiv: (i.) să fie un act *unilateral*⁵, contractele încheiate de administrație neavând acest caracter; (ii.) să

¹ Constantin. G. RARINCESCU, *Contenciosul administrativ român*, Edițiunea a doua, Ed. „Universală” Alcalay & Co, 1936, p. 119.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ Eras Diti TARANGUL, *Tratat de drept administrativ român*, Ed. Tipografiei Glasul Bucovinei, Cernăuți, 1944, p. 447.

⁵ Această restricție nu este în acord cu teoria lui Maurice Hauriou, fondatorul teoriei privilegiului prealabilului. Astfel, potrivit opiniei sale, privilegiul prealabilului există atât în materie de gestiune administrativă cât și în materia operațiunilor executate prin voința de

emane de la o autoritate administrativă investită cu putere publică, simplul funcționar fiind lipsit de abilitatea de a emite acte administrative executorii⁶.

În fine, în același sens se mai arată că actul administrativ de autoritate⁷ este considerat investit deja cu formula executorie și prin urmare administrația are dreptul să îl execute. În plus, o eventuală plângere formulată împotriva actului, în măsura în care este considerat vătămător, nu va suspenda executarea. Acesta ar fi „*privilegiul execuțiunii prealabile*”, un principiu de drept administrativ care ar rezulta din chiar natura statului, căci, puterea executivă nu poate fi întreruptă în

autoritate (a se vedea nota de subsol nr. 7 pentru diferența acte de autoritate – acte de gestiune). El spune că puterea publică nu dispăre în cadrul activităților de gestiune. A se vedea în acest sens Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, ed. a IV-a, Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, Paris, 1900. În opinia noastră, o aplicație a privilegiului prealabilului în materia contractelor administrative (act de gestiune) este reprezentată de prerogativa administrației contractante de a exercita prerogativele de modificare, respectiv de denunțare unilaterală a contractului. De citat autori care recunosc aceste prerogative.

⁶ Eras Diti TARANGUL, *Tratat de drept administrativ...*, p. 448.

⁷ Distincția acte de autoritate – acte de gestiune provine din dreptul francez și a fost generată de ideea că statul, deși este depozitarul puterii publice, este totodată o persoană juridică cu patrimoniu propriu, care, în gestionarea acestuia, încheie acte la fel ca simplii particulari. În acest fel, doctrina de drept francez a delimitat actele de autoritate emise în exercițiul puterii publice de cele de gestiune, ultimele fiind încheiate pentru administrarea patrimoniului persoanei juridice de drept public stabilind că, dacă primele vor avea un regim de drept public, actele de gestiune vor rămâne supuse regimului de drept comun. Distincția a fost preluată în sistemul nostru de drept în special în perioada interbelică, însă în prezent este abandonată. Actuala lege a contenciosului administrativ (Legea nr. 554/2004) asimilează regimul contractelor administrative celui aplicabil actelor administrative unilaterale. Pentru detalii privind această distincție a se vedea Constantin G. RARINCESCU, *Contenciosul administrativ...*, pp. 145-156.

activitatea sa, administrația trebuie să funcționeze continuu⁸. Din acest motiv „*actul cuprinde un ordin de a face sau a nu face ceva, care este executoriu prin el însuși*”, însă se menționează că actul administrativ devine executoriu abia după momentul publicării sale⁹.

Această idee a actului executoriu este amintită și în prezent ca fiind o trăsătură caracteristică a actului administrativ care decurge din „*calitatea de putere publică a organului emitent*”¹⁰ sau, altfel spus, care concretizează exercițiul autorității publice în așa fel încât actul administrativ este spus unui regim de putere publică ce justifică atât obligativitatea sa cât și „*executarea din oficiu*”¹¹. Actul administrativ se execută din oficiu în sensul că nu mai este necesară încuviințarea executării silite a unui asemenea act¹², dar nici investirea suplimentară cu formulă executorie, cum se întâmplă în cazul hotărârilor judecătorești, întrucât actele administrative sunt ele însele titluri executorii¹³.

Din toate acestea rezultă că în considerarea *puterii publice* de care se bucură, administrația poate emite acte administrative cu caracter executoriu în așa fel încât, în caz de nesupunere, ea are la dispoziție forța de constrângere a statului pe care o poate utiliza în mod direct, fără o încuviințare prealabilă din partea justiției.

Recent, s-a subliniat că executorialitatea actului administrativ exprimă *privilegiul prealabilului*, un privilegiu al cărui conținut a fost enunțat pentru prima dată în sistemul de drept francez și care într-adevăr presupune „posibilitatea conferită

⁸ Paul NEGULESCU, *Tratat de drept administrativ*, Volumul I, Edițiunea a III-a, Ed. „Tipografiile Române Unite”, București, 1925, p. 397-399.

⁹ *Ibidem.*, p. 397.

¹⁰ Anton TRĂILESCU, *Drept administrativ. Partea specială.*, Ed. C.H. Back, București, 2019, p. 7.

¹¹ Alexandru-Sorin CIOBANU, *Drept administrativ. Activitatea administrației publice. Domeniul public.*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 44.

¹² Anton TRĂILESCU, *Drept administrativ...*, p. 7.

¹³ Alexandru-Sorin CIOBANU, *Drept administrativ. Activitatea administrației publice...*, p. 44.

de lege administrației de a-și pune în executare propriile acte, fără a obține, în prealabil, autorizarea justiției în acest sens”¹⁴. Autorul citat menționează, însă, că această trăsătură nu ar trebui să fie considerată una de *esența* actului administrativ, căci privilegiul este unul „selectiv” recunoscut doar unora dintre actele administrative, adică doar celor care îndeplinesc anumite condiții. Astfel, în această opinie, sunt executorii numai actele administrative care (i.) *conțin obligații susceptibile de executare materială* – în această categorie se califică numai actele administrative cu caracter individual câtă vreme cele cu caracter normativ se aplică, nu se execută (acestea nu conțin raporturi obligaționale concrete, având însă aptitudinea de a se concretiza ulterior prin intermediul unor acte individuale), dar chiar și dintre cele cu caracter individual numai unele au un conținut susceptibil de executare materială, altele presupunând o executare spontană sau, altfel spus, una care nu implică prestații materiale/concrete; (ii.) *stabilesc un raport juridic administrativ în care administrația este „creditor”* – astfel, fiind vorba despre un „privilegiu” acesta trebuie să fie al administrației, prin urmare, un eventual act administrativ cu conținut favorabil pentru particular (spre exemplu un act administrativ de numire în funcție) nu se bucură de acest caracter; (iii.) *trebuie să existe un text de lege care recunoaște în mod expres că actul administrativ este titlu executoriu* – această condiție se explică prin faptul că *executorialitatea* rezultă din lege, câtă vreme, potrivit art. 632 alin. (1) C.proc.civ. „*Constituie titluri executorii (...) orice alte (...) înscrisuri care, potrivit legii (s.n.), pot fi puse în executare*”.¹⁵

Această opinie care exprimă, deci, caracterul „selectiv” al privilegiului, adică, care îl condiționează de conținutul obligațional al actului precum și de existența unui text legal, ne determină să credem că, în realitate, la o privire mai atentă, „privilegiul”

¹⁴ Ovidiu PODARU, *Drept administrativ*, Vol. I. Actul administrativ. Repere noi pentru o teorie altfel. Tomul 1. Noțiuni, Ediția a 2-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2022, p. 30.

¹⁵ *Ibidem.*, pp. 34-35.

pare chiar că lipsește cu desăvârșire! Mai exact, chiar dintre autorii care au enunțat caracterul executoriu ca reprezentând o caracteristică generală a actului administrativ au subliniat, totuși, că privilegiul executării prealabile încetează atunci când executarea propriu-zisă implică măsuri susceptibile de a aduce atingere proprietății sau libertății individuale a unei persoane¹⁶. Astfel, privilegiul ar fi de fapt unul parțial aplicabil, respectiv, doar în acele situații și numai în măsura în care măsurile de executare silită nu atentează la proprietatea ori persoana debitorului.

În opinia noastră, însă, întotdeauna măsurile de executare silită vizează (mai mult sau mai puțin) proprietatea (de fapt, patrimoniul) sau chiar libertatea individuală a debitorului. Astfel, potrivit art. 624 C.proc.civ.:

„Executarea silită se efectuează prin: 1. Urmărirea bunurilor mobile și imobile ale debitorului sau aparținând terților ținute să răspundă, în condițiile legii, pentru obligațiile debitorului, în scopul îndeplinirii creditorilor; 2. Predarea către creditor a bunurilor, prevăzute în titlul executoriu, ce sunt deținute fără drept de debitor; 3. alte măsuri prevăzute de lege.”.

De asemenea, potrivit art. 628 alin. (1) C.proc.civ.:

„Pot fi executate silit obligațiile ale căror obiect constă în plata unei sume de bani, predarea unui bun ori a folosinței acestuia, desființarea unei construcții, a unei plantații ori a altei lucrări, încredințarea minorului, stabilirea locuinței și vizitarea acestuia sau în luarea unei alte măsuri stabilite prin titlu executoriu.”.

Ne întrebăm, astfel, care sunt situațiile în care administrația, în virtutea caracterului executoriu de care se bucură actele sale, ar mai putea să exercite direct forța de constrângere a statului, câtă vreme, de fiecare dată executarea forțată a unor obligații de a da, a face sau a nu face se exercită asupra patrimoniului ori asupra persoanei debitorului.

¹⁶ Constantin G. RARINCESCU, *Contenciosul administrativ...*, p. 187; Eras Diti TARANGUL, *Tratat de drept administrativ...*, p. 447.

Prin urmare, pare că, în realitate, deși se spune despre actul administrativ că este executoriu, această caracteristică există numai atunci când actul are un conținut obligațional propriu-zis (adică, un conținut susceptibil de executare materială), iar legea confirmă în mod expres că este vorba despre un titlu executoriu. În plus, executorialitatea actului administrativ nu permite de fapt administrației *executarea silită directă* (prin utilizarea forței de constrângere) a obligațiilor conținute de act, fără încuviințarea prealabilă a instanței judecătorești.

În aceste condiții, administrația nu se află cu nimic privilegiată față de simplul particular. La o primă vedere pare că privilegiul abia enunțat este, totuși, destul de ușor de demontat! În esență, situația în care se află administrația nu diferă cu nimic față de ea a unui simplu particular: actul său nu poate fi executat silit în lipsa unei autorizări date de lege ori de o instanță judecătorească.

Cu toate acestea, intuind că o eventuală eroare în raționamentele citate, dacă ea există, nu este în legătură cu existența privilegiului, ci cu conținutul său și este generată în mare parte de termenii folosiți în definirea sa, o analiză mai detaliată se impune, fără îndoială. Înainte însă de a observa cu atenție conceptele folosite în definirea privilegiului prealabilului pentru a determina cu exactitate care este de fapt conținutul său, în continuare ne vom opri asupra sistemului de drept francez – locul unde a luat naștere acest privilegiu.

I. Privilegiul prealabilului în sistemul de drept francez

A. Prealabilul sub condeiul prof. Maurice Hauriou

Maurice Hauriou, sub condeiul căruia a luat viață acest privilegiu al prealabilului, prezintă *prealabilul* ca fiind o formă de manifestare a puterii publice: puterea publică are în actele și în operațiunile ei un privilegiu care provine din natura sa – ea trebuie respectată. Astfel, actele administrației nu presupun o verificare prealabilă din partea justiției, ele sunt *executorii*, căci, actele emise în această „formă” administrativă se bucură implicit de formula executorie. Administrația, atunci când urmărește aplicarea legii ori prestarea unui serviciu public, are dreptul să acționeze prin propriile decizii și chiar prin executarea directă a acestora până la atingerea scopului urmărit, însă, numai **cu respectarea procedurilor prevăzute de lege**.¹⁷ Acest privilegiu reprezintă, în viziunea lui Maurice Hauriou, o garanție a independenței puterii publice, fără ca prin aceasta să fie afectate drepturile particularilor, care, în măsura în care se vor considera vătămăți prin actele administrației ei se vor putea adresa justiției, controlul judecătoresc fiind unul *posterior* și nu unul prealabil.

Deși privilegiul este enunțat în acest fel pentru prima dată abia în ediția a patra a *Précis de droit administratif et de droit public général*¹⁸, Maurice Hauriou vorbește totuși despre decizia executorie încă din prima ediție a tratatului său¹⁹. În esență, așa cum chiar el sugerează într-o notă de subsol²⁰, ceea ce l-a inspirat să

¹⁷ Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif...*, ed. a IV-a, p. 245.

¹⁸ Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, ed. a IV-a, Librairie de la société du requeil général des lois & des arrêts, Paris, 1900.

¹⁹ Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Librairie du requeil général des lois et arrêts et du journal du palais, Paris, 1892, pp. 160-162.

²⁰ *Ibidem.*, p. 244, n. 1.

dezvolte ideea deciziei executorii într-un privilegiu al prealabilului a fost un articol referitor la distincția *autoritate – jurisdicție*. Astfel, într-o perioadă în care în Franța actele administrației erau adeseori confundate cu actele jurisdicționale, articolul²¹ a tranșat distincția dintre cele două. În esență, s-a arătat că premisa litigiilor de contencios administrativ trebuie să fie întotdeauna o *decizie prealabilă* a administrației în lipsa căreia nu se „leagă” litigiul. Mai exact, o cerere adresată de către un particular direct instanțelor judecătorești în legătură cu o problemă care privește administrația publică, fără ca aceasta din urmă să fi dispus în *prealabil* asupra acesteia trebuie considerată inadmisibilă. Inadmisibilitatea nu trebuie înțeleasă în sensul că administrația s-ar bucura de o putere de decizie „de primă instanță”, căci, actele sale sunt acte de *autoritate* și nu acte de jurisdicție. Inadmisibilitatea rezultă din simplul fapt că judecătorul de contencios administrativ judecă asupra unui litigiu, însă, dacă administrația nu a examinat ea însăși cererea, atunci, ea nu a formulat nicio pretenție contrară, deci, nu există o legătură de jurisdicție.

Așadar, această idee a administrației care se pronunță prima asupra unei cereri, ideea *deciziei* prealabile, l-a inspirat pe Maurice Hauriou să formuleze privilegiul în forma amintită mai devreme. Desigur, nu întotdeauna administrația dispune printr-o decizie la cererea particularilor, aceasta având posibilitatea să acționeze în mod direct, din oficiu, în executarea dispozițiilor prevăzute de lege. De altfel, în ultima ediția a tratatului său, acesta enunță privilegiul în felul următor: exercitarea puterii publice implică prerogative exorbitante printre care se numără și *prerogativa acțiunii din oficiu sau procedura deciziei executorii* prin intermediul

²¹ Este vorba despre articolul scris de Buchené-LEFER, *De la distinction entre l`autorité et la jurisdiction administratives, - ou du contentieux et du non-contentieux administrative*, Revue pratique de droit français, Tome dix-septième du 1er janvier au 15 juin 1864, A. Marecq Aine libraire-editeur, Paris, 1864, pp. 433-467.

căreia administrația își afirmă dreptul său precum și intenția de a proceda la executare²².

Totuși, Hauriou menționează că *executarea forțată* (adică măsurile de executare silită directă asupra persoanei sau asupra bunurilor acesteia), ca regulă, trebuie dispuse de către instanța judecătorească competentă ca o garanție constituțională a libertății persoanei²³. Numai în mod excepțional, atunci când sunt îndeplinite anumite condiții stricte, intervenția directă a administrației ar fi posibilă, respectiv atunci când: (i.) procedura/măsura de executare forțată să fie prevăzută de lege; (ii.) există o rezistență din partea particularului (se opune executării voluntare); (iii.) nu există o altă sancțiune prevăzută de lege și nici posibilitatea ca instanțele judecătorești să pronunțe alte măsuri de executare; (iv.) măsurile de executare sunt absolut necesare pentru atingerea scopului urmărit; (v.) există urgență pentru luarea măsurii.²⁴

Rezultă, deci, că, inclusiv în viziunea celui care a gândit primul acest privilegiu al prealabilului, conținutul său nu se remarcă prin posibilitatea administrației de a folosi în mod direct forța de constrângere a statului.

De fapt, ceea ce Hauriou a unit într-un singur privilegiu se desprinde, în scrierile doctrinei ulterioare, în două asemenea privilegii: *privilegiul acțiunii din oficiu* (adevăratul privilegiu al prealabilului) și *privilegiul executării forțate*²⁵. Dintre acestea, doar primul ar putea pune în discuție în mod real un privilegiu, însă, conținutul său trebuie clarificat. „Privilegiul executării forțate”, așa cum am arătat, nu este un privilegiu în adevăratul sens al cuvântului pentru simplul motiv că administrația, la fel ca orice alt particular, nu poate utiliza forța de constrângere a

²² Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, ed. a XI-a, Société Anonyme du Recueil Sirey, Paris, 1927, pp. 9-10.

²³ *Ibidem.*, p. 475.

²⁴ *Ibidem.*, p. 477.

²⁵ Marc NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office. Pour une lecture civile et judiciaire à l'aide du droit commun de l'exécution*, La Chartre, Brugge, 2001, pp. 405-406.

statului în mod direct, fără o autorizare prealabilă, fie că o asemenea autorizare este dată de lege (deci, există o competență expresă în acest sens), fie, în lipsa unui text legal, de către instanțele judecătorești competente.

Așadar, în lipsa unei prerogative legate de executarea forțată a actului administrativ, rămâne de stabilit, totuși, care este cu adevărat conținutul privilegiului prealabilului sau al acțiunii din oficiu. În acest sens în Franța s-a propus următoarea definiție a privilegiului: „... prerogativa de a conferi în mod unilateral operațiunilor sale un caracter executabil prin ele însele fără intervenția prealabilă a unui judecător (t.n. A.B.)”²⁶.

Administrația se bucură de puterea de a emite chiar ea un „titlu juridic” în virtutea căruia acțiunile sale sunt „executabile” având dreptul ca la momentul oportun să le execute, fără însă ca acest privilegiu să îi permită să procedeze la executarea forțată. Așadar, *cum* se vor executa în concret operațiunile sale este o chestiune ce ține de problema executării silite a actelor administrative și reprezintă altceva decât privilegiul prealabilului. Administrația, de fapt, nu își face singură dreptate, „*chestiune care ar fi șocantă pentru un stat de drept și nici nu oferă o imagine exactă asupra dreptului administrativ francez*”²⁷ (și, adăugăm noi, nici asupra dreptului administrativ român).

Așadar, expresiile care ar trebui să descrie cel mai bine privilegiul prealabilului sunt „titlu juridic” și „executabil” în locul celor de „titlu executoriu” și „executoriu”. Ce înseamnă însă că actul administrativ este executabil, dacă el nu este executoriu? În sistemul nostru de drept administrativ termenul „executabil” se referă la conținutul obligațional al actului administrativ și descrie caracteristica acestuia de a fi sau nu executabil material. Așa cum am văzut în secțiunea anterioară, însă, „executabil” riscă să se confunde cu executoriu sau, cel puțin, cele două noțiuni se află într-o relația cauzală – căci numai actele executabile material au aptitudinea de a fi

²⁶ Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, ed. a IV-a, ed. LexisNexis, 2022, Paris, p. 649.

²⁷ *Ibidem*.

executorii. În opinia noastră, acest termen ar fi de evitat pentru a descrie conținutul privilegiului. În plus, privilegiul nu trebuie limitat la actele cu conținut executabil material și, de fapt, nici în sistemul francez intenția autorului citat nu era aceasta. Trebuie să acceptăm însă că preluarea în sistemul nostru de drept a terminologiei folosite de acest autor nu ne-ar fi de folos întrucât există riscul să se creeze și mai multe confuzii.

Tocmai de aceea credem că terminologia folosită de un autor belgian este mai potrivită pentru sistemul nostru de drept. Astfel, subliniindu-se confuziile existente pe această temă, se arată că privilegiul prealabilului ar trebuie înțeles ca „*puterea administrației de a emite decizii unilaterale, mai exact, puterea de a emite o decizie pe cale unilaterală, fără consimțământul destinatarului și de a-l lega pe acesta indiferent că se modifică ordinea juridică sau nu*” (t.n. A.B)²⁸. De fapt, privilegiul prealabilului este mai degrabă unul procedural care exclude intervenția prealabilă a judecătorului care va interveni abia ulterior²⁹.

Dacă este însă așa, se mai poate oare afirma vreo diferență între privilegiul prealabilului și forța obligatorie de care se bucură actul administrativ? Sau trebuie să acceptăm că cele două trebuie puse sub semnul egalității? Vom verifica acest lucru într-o secțiune ulterioară, dar nu înainte de a prezenta *teoria instituției* a aceluiași autor, Maurice Hauriou.

²⁸ Patrick GOFFAUX, *L'inexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution force*, publié dans *Chroniques de droit public/Publikrechtelijke Kronieken*, 2001, p. 346-352.

²⁹ Benoît PLESSIX, *Droit administratif...*, p. 649.

B. Teoria instituției

Într-o perioadă în care marii autori francezi de drept administrativ și de drept constituțional se confruntau în argumente asupra problemei personalității juridice a statului³⁰, Maurice Hauriou pledează pentru o teorie originală care îmbină ideile subiectiviste și cele obiectiviste în așa fel încât, în viziunea sa, statul este o instituție, adică o individualitate obiectivă distinctă de noțiunea de personalitate juridică³¹.

El definește instituția ca fiind „o organizație socială stabilită în relație cu ordinea generală a lucrurilor unde permanența sa este asigurată printr-un echilibru de forțe sau printr-o separare de puteri și care constituie prin ea însăși un stat de drept” (t.n. A.B.)³². În acest fel instituția oferă o altă perspectivă grupului, care, trebuie înțeles ca o realitate socială/obiectivă. Teoria instituției permite distincția între personalitatea morală – o realitate socială/un comportament social și personalitatea juridică – o construcție legală care se suprapune peste realitatea socială³³.

În această opinie, *instituția* evoluează în timp de la o individualitate de fapt la una de drept prin legitimare, adică prin intermediul dreptului statutar. Astfel, dreptul statutar ia naștere prin azeziunea mai multora la același fapt. Aderarea la faptele fenomenului statutar a fost redusă la *actul juridic*, însă atrage atenția că actul

³⁰ În esență, dacă adepții teoriei subiectiviste pledează pentru transformarea grupului într-un subiect de drept distinct, titular de drepturi și de obligații, susținătorii teoriei obiectiviste, dimpotrivă, promovează ideea că dreptul subiectiv nu poate exista în afara dreptului obiectiv și că, prin urmare, personalitatea juridică nu poate exista fără intervenția statului (cu consecința că, în această viziune, teoria subiectivă nu ar oferi o explicație convingătoare pentru supunerea statului la drept).

³¹ Florian LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, Paris, 1997, p. XXI.

³² Maurice HAURIOU, *L`institution et le droit statutaire*, Recueil de législation de Toulouse, Tomul 11, p. 134-182.

³³ Florian LINDITCH, *Recherche sur la personnalité...*, pp. 60-64.

de origine socială, colectivă, nu poate fi legat de o personalitate juridică. Hauriou definește actul juridic ca fiind „o acțiune în curs de realizare care tinde spre un rezultat juridic, dacă această acțiune este o decizie individuală sau dacă este o ceremonie socială, cu singura condiție ca ea să producă un rezultat legal și să fie în curs de realizare”³⁴. El mai arată că în dreptul administrativ actul juridic este reprezentat de **decizia executorie care este în esență o declarație de voință făcută cu intenția de a produce un efect juridic și executoriu**. În acest sens el arată că, odată emisă, decizia poate fi executată întrucât deține toate elementele în acest sens, iar autorul său și-a manifestat intenția de a o executa prin declarația externă pe care a făcut-o³⁵.

Maurice Hauriou subliniază că forța executorie a deciziei administrative are o relație îndepărtată de efectul de drept urmărit³⁶. Caracterul executoriu se referă, de fapt, la avansarea cu un pas a unei proceduri administrative. Din acest motiv el spune că forța executorie este un element de formă a deciziei administrative, o *formalitate esențială*. Forma executorie este, astfel, o formalitate solemnă de origine socială, o *causa civilis*³⁷. Astfel, referindu-se la dreptul roman caracterizat prin formalism, el scria că decizia administrativă ia naștere de fapt prin respectarea unei forme. El spune însă că formalitatea solemnă specifică dreptului administrativ se poate întinde în timp concretizându-se, de fapt, într-o procedură³⁸. În măsura în care o asemenea procedură (formă/formalitate) este legată de un efect juridic unic atunci ea trebuie considerată o operațiune juridică unică și în consecință o specie de *act juridic*³⁹.

³⁴ Maurice HAURIU, *L`institution et le droit...*, p. 141.

³⁵ *Ibidem.*, p. 143.

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem.*, p. 150.

³⁸ *Ibidem.*, p. 152.

³⁹ *Ibidem.*

Așadar, din toate acestea rezultă că, spre deosebire de conceptul de forță executorie înțeles în dreptul comun ca un element de fond⁴⁰, forța executorie, noțiune folosită de Maurice Hauriou în teoria sa a instituției este un element de formă – o formalitate solemnă, o procedură. De fapt, în opinia noastră, distincția pe care Hauriou o face între elementul de formă (forța executorie) și elementul de fond (efectul de drept) ar trebui să corespundă cu mai multă exactitate distincției *efect procedural* (sau de procedură administrativă) și *efect substanțial*. Astfel, dacă rolul deciziei administrative este de avansa cu un pas procedura administrativă nu înseamnă altceva decât că ea este un element de formă, care, în cadrul unei proceduri, este menită să producă (cel puțin) un efect de ordin procedural. Așa cum s-a arătat⁴¹, termenul de „procedură” provine din limba latină (*procedere*) și înseamnă tocmai această idee de „a merge înainte”⁴². De fapt, Hauriou tocmai asta încearcă să arate: decizia administrativă „face un pas înainte”.

Desigur că, la fel ca orice element de procedură, și decizia administrativă este strâns legată de raportul de fond pe care îl conține⁴³. În acest fel, *decizia administrativă*, indiferent de conținutul ei substanțial (efectul de drept), va produce întotdeauna un efect de procedură administrativă obligatoriu atât pentru administrație cât și pentru terți. Această concluzie schimbă, așadar, percepția asupra privilegiului prealabilului. Acesta trebuie înțeles ca aptitudinea administrației de a emite decizii prin intermediul unor proceduri („ritmul de viață al unei instituții”), decizii obligatorii care vor produce întotdeauna cel puțin un efect de procedură, dar care adesea este dublat de un efect de drept.

⁴⁰ Ion DELEANU, *Tratat de procedură civilă*, volumul III, Ed. Universul juridic, București, 2013, p. 27.

⁴¹ Ion DELEANU, *Tratat de procedură civilă*, volumul I, Ed. Universul juridic, București, 2013, p. 89.

⁴² *Ibidem.*, p. 91.

⁴³ *Ibidem.*, p. 93.

II. Actul administrativ este nu doar eficace ci și efectiv!

Actul administrativ se bucură de „*abilitatea exorbitantă de a impune obligații pe cale unilaterală*”. El se bucură, așadar, de forță obligatorie, doar că, spre deosebire de actul juridic privat, actul administrativ este unilateral și, din acest motiv, obligativitatea sa este una „privilegiată”. Punând însă caracterul obligatoriu alături de cel executoriu, riscul ca cele două se fie confundate este destul de mare, mai ales că, așa cum am arătat, asemenea confuzii terminologice sau chiar conceptuale se regăsesc adeseori la nivelul legislației noastre. Prin urmare, în continuare vom observa că atunci când conținutul obligațional al actului administrativ nu este unul susceptibil de a fi „executoriu”, forța obligatorie este cea care îi asigură eficacitate juridică.

A. Raportul forță executorie – titlu executoriu

Amintim că potrivit art. 632 alin. (2) C.proc.civ. sunt titluri executorii orice „*înscrisuri care, potrivit legii, pot fi puse în executare*”. Pornind de la acest text legal s-a pus problema în ce măsură *executorialitatea* este atașată înscrisului în sens de *instrumentum* sau actului juridic în sens de *negotium*. Potrivit Înaltei Curți de Casație și Justiție „*caracterul executoriu este asociat cu creanța, iar nu cu înscrisul ca atare*”⁴⁴. Această opinie a fost însă nuanțată în doctrină arătându-se că, deși, într-adevăr executorialitatea este un element substanțial, de drept material, totuși, nu ar trebuie trecut cu vederea faptul că reglementarea în materie prezintă atributul executorialității în strânsă legătură cu înscrisul în sens de *instrumentum*⁴⁵.

În esență, ideea că executorialitatea este strict un atribut al creanței ar face inutile prevederile art. 633 C.proc.civ. care stabilesc cele trei condiții pentru ca o

⁴⁴ ÎCCJ:Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, dec. nr. 4/2014, online: <https://www.iccj.ro/>.

⁴⁵ George-Alexandru LAZĂR, *Titlurile executorii* în Biblioteca de executare silită, coordonator Vasile Bozeșan, Ed. Universul Juridic, p. 38.

creanță să fie susceptibilă de executare, respectiv, aceasta trebuie să fie certă, lichidă și exigibilă. Astfel, numai în măsura în care creanța îndeplinește cumulativ cele trei condiții și numai în măsura în care titlul care o constată se bucură, potrivit legii, de forță executorie va fi posibilă demararea procedurii de executare silită. Tocmai de aceea „titlul executoriu presupune îmbinarea elementelor specifice ale actului juridic în sens de *negotium* și de *instrumentul*”, căci, titlul – *instrumentum*-ul este executoriu în temeiul legii, în timp ce creanța – *negotium* este susceptibilă de executare silită numai la momentul îndeplinirii condițiilor prevăzute de lege.⁴⁶

Prin urmare, forța executorie (sau executorialitatea) strâns legată de conținutul substanțial al actului juridic trebuie distinsă de titlul executoriu. De fapt, în acest sens s-a semnalat că distincția *forță executorie-titlu executoriu* se poate observa foarte bine tocmai în materia actelor administrative susținându-se că actul administrativ se bucură de forță executorie în temeiul principiului executării din oficiu, fără însă a fi un titlu executoriu (în sens procesual probator, în sens de *instrumentum*)⁴⁷. Autorul acestei idei arată că principiul executării din oficiu și-ar avea temeiul legal în dispozițiile art. 14 din Legea nr. 554/2004. În această viziune, câtă vreme aceste prevederi stabilesc posibilitatea suspendării pe cale judiciară a actului administrativ, atunci, în mod evident trebuie acceptat că acesta produce efecte juridice și poate fi pus în executare *imediat*, „din oficiu”. Cu toate acestea, actul administrativ nu este titlu executoriu și nici măcar nu are nevoie să fie atât timp cât acesta provine direct de la o autoritate publică și se bucură, din acest motiv, de prezumțiile de legalitate (actul este prezumat a fi în acord cu legea) și de autenticitate (se prezumă că actul provine de la autoritatea emitentă)⁴⁸.

⁴⁶ *Ibidem.*, p. 39-40

⁴⁷ Ion DELEANU, *Tratat de procedură civil...*, vol III, pp. 23-24.

⁴⁸ Tocmai de aceea, credem noi, Maurice Hauriou face paralela cu formula executorie, care, în cazul actului administrativ „trebuie subînțeleasă”. Astfel, dacă formula executorie privește *instrumentum*-ul și nu are alt scop decât acela de a asigura punerea în operă a titlului

Tocmai de aceea în această opinie se subliniază, într-o discordanță aparentă cu teoria enunțată de Maurice Hauriou, că forța executorie este un element de drept material, care ține de substanța raportului juridic. În esență, se arată că forța executorie presupune în mod obligatoriu un conținut obligațional propriu-zis, adică susceptibil de executare materială: un act juridic (în sens de *negotium*) se bucură de forță executorie numai în măsura în care are un conținut substanțial (se bucură de „eficacitate substanțială”), iar executarea nu a fost absorbită de aceasta (spre exemplu actele cu executare dintr-o dată, deși se bucură de eficacitate substanțială, căci, ele sunt *obligatorii*, totuși, nu implică o executare materială propriu-zisă)⁴⁹. Discordanța față de teoria lui Hauriou este doar una aparentă, întrucât, așa cum am anticipat într-o secțiune anterioară, forța executorie utilizată în teoria instituției ca element de *formă* – „formă executorie”, se referă la altceva, și anume, la acea aptitudine a administrației de a acționa în temeiul unei proceduri (*formă/formalitate solemnă, causa civilis*) cu scopul de a emite acte administrative obligatorii. Decizia administrativă, permite, deci avansarea cu un pas a procedurii administrative, chiar dacă prin aceasta nu trebuie înțeles că administrația se folosește de forța de constrângere a statului. Astfel, se poate observa că și în teoria promovată de Maurice Hauriou, ideea este aceeași: actul administrativ se comportă ca un titlu executoriu, deși nu este (căci, pentru aceasta ar fi trebuit un text legal expres care să spună asta). Cu toate acestea, se bucură de forță executorie în sensul că poate fi executat imediat.

Această idee reflectă, de fapt, noțiunea de „executabil” din sistemul de drept francez la care am făcut referire mai sus. Probabil singura diferență (la fel de aparentă) ar fi aceea că „executabil” în viziunea autorului citat se referă la toate actele

executoriu preexistente, asigurându-i solemnitate și certificare, pentru aceleași motive pentru care actul administrativ nu trebuie să fie titlu executoriu (căci el se bucură deja de prezumțiile de legalitate și de autenticitate), atunci și formula executorie trebuie în acest caz subînțeleasă. Referitor la cele două prezumții de care se bucură actul administrativ a se vedea: A. IORGOVAN, *Tratat de drept administrativ*, vol I, ed. a IV-a, Ed. All Beck, București, 2005, p. 66.

⁴⁹ Ion DELEANU, *Tratat de procedură civil...*, vol III, p. 27.

administrative, în timp ce forța executorie, așa cum am văzut este limitată la actele cu conținut susceptibil de executare materială. În realitate, și celelalte acte administrative se bucură de forță executorie, doar că, așa cum foarte frumos s-a explicat⁵⁰, este absorbită în *eficacitatea substanțială* a actului. Or, această eficacitate substanțială nu este nimic altceva decât *forța obligatorie*.

B. Forța obligatorie a actului administrativ

Eficacitatea în plan juridic a oricărui act este dată de abilitatea acestuia de a produce efecte juridice. Forța obligatorie este cea care asigură această eficacitate juridică, în lipsa ei consimțământul părților rămânând o simplă realitate socială, fără consecințe în plan juridic.

Eficacitatea juridică trebuie privită însă nu doar între părțile unui raport juridic, ci și față de terți. În esență, o eficacitate juridică limitată numai la părți ar fi inutilă în măsura în care o terță persoană ar putea ignora efectele juridice născute în considerarea consimțământului dat de părți. Așadar, forța obligatorie operează nu numai între părți, ci și față de terții unui raport juridic, chiar dacă față de aceștia din urmă obligatoriul nu implică efecte juridice concrete⁵¹. Tocmai de aceea s-a spus că eficacitatea juridică poate fi apreciată la nivel de principiu (un act juridic este obligatoriu și față de terți în sensul că aceștia trebuie să respecte situația juridică generată de acel act, chiar dacă față de aceștia actul nu produce efecte concrete – în acest caz forța obligatorie fiind exprimată prin prisma *opozabilității*), dar și la nivel

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ În esență, contractul, rezultat al voințelor părților sale, nu poate genera efecte obligaționale față de terți. Norma juridică generată de contract este însă obligatorie și față de terți în sensul că aceștia trebuie să o respecte ca realitate juridică. Altfel spus, norma le este *opozabilă*. A se vedea, pentru detalii: Paul VASILESCU, *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o teorie generală a actului de drept privat*, Ed. Rosetti, București, 2003, pp. 90-92, dar și Liviu POP, Ionuț-Florin POPA, Stelian-Ioan VIDU, *Curs de drept civil. Obligațiile.*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, pp. 132 și urm.

concret (forța obligatorie se exprimă de această dată prin *exigibilitate* în sensul că actul produce efecte juridice concrete între părțile raportului juridic pe care îl conține)⁵².

Așa cum s-a arătat însă, ca o componentă a obligatorului normei juridice, opozabilitatea „intervine și între părțile raportului juridic și denumește o manifestare a eficacității actului juridic cu vocație la universalitate”⁵³ situație în care opozabilitatea se apreciază *inter partes*. Mai exact, în funcție de tipologia raportului substanțial, există situații când norma juridică creată de act nu impune părților un anumit comportament, caz în care se poate spune că acel raport nu are un conținut obligațional. Tocmai de aceea s-a semnalat importanța distincției forță obligatorie-conținut obligațional⁵⁴. Conținutul obligațional se referă la raportul juridic concret creat prin acel act juridic. Deși este adevărat că adeseori acel raport juridic impune părților un anumit comportament, adică presupune un conținut obligațional propriu-zis în care o parte este obligată să dea, să facă sau să nu facă ceva (caz în care forța obligatorie se va manifesta în raporturile dintre părți sub forma exigibilității⁵⁵), în alte situații acest conținut obligațional poate lipsi. Dar chiar și în lipsa unui conținut obligațional propriu-zis nu înseamnă că acea normă juridică (chiar privată) nu este obligatorie. Tocmai de aceea, se arată că „în ipoteza transferului unui drept real sau potestativ preexistent, forța obligatorie a contractului translativ se va traduce în generarea unei norme caracterizate – sub aspectul eficacității juridice – exclusiv de opozabilitate. Lipsește obligaționalul, cât timp o astfel de normă nu impune părților

⁵² Mihai DAVID, *Eseu asupra cunoașterii în dreptul civil. Aparență. Opozabilitate. Formalism. Publicitate.*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 182.

⁵³ *Ibidem.*, p. 197.

⁵⁴ *Ibidem.*, p. 192.

⁵⁵ *Ibidem.*, p. 197 (n. 3) și p. 225 și urm. Prin exigibilitate autorul se referă la „ (...) nașterea unor obligații determinate în patrimoniile contractanților.”.

un anumit comportament determinat: conținutul normei este identic atât în ceea ce le privește pe părți, cât și în ceea ce îi privește pe terți.”⁵⁶.

În esență, așadar, eficacitatea juridică a unui act (forța sa obligatorie) se poate manifesta, în funcție de conținutul său obligațional, fie prin intermediul *exigibilității* (înțelegându-se prin aceasta aptitudinea raportului juridic de a produce efecte juridice concrete), fie prin intermediul *opozabilității* (indiferent că obligatoriul exprimat prin opozabilitate se raportează la părțile raportului juridic ori la terți).

Aceste distincții conceptuale efectuate la nivelul forței obligatorii ne ajută să înțelegem mai bine eficacitatea juridică a actului administrativ. Deosebirea esențială față de raporturile juridice de drept comun este însă aceea că actul administrativ este *unilateral*. Prin urmare, întreaga schemă a eficacității juridice prezentată mai sus trebuie adaptată la tiparul specific al actului administrativ.

Așadar, în raporturile de drept administrativ nu se pune problema unor *părți*. Actul administrativ presupune, pe de-o parte un *emitent* (o autoritate publică), iar pe de altă parte *restul persoanelor*, terți față de normă⁵⁷. S-a arătat însă că specificitatea actului administrativ relevă în rândul terților o categorie specială de persoane față de care actul produce efecte juridice concrete – *destinatarii* – chiar dacă ei rămân în continuare „terți față de act”⁵⁸.

Așa stând lucrurile, aplicând schema eficacității juridice descrisă mai sus, forța obligatorie a actului administrativ se manifestă prin *opozabilitate* atunci când efectele juridice se raportează la terții față de normă (adică orice altă persoană, mai puțin destinatarii) precum și prin *exigibilitate și opozabilitate inter partes* față de destinatari. Trebuie acceptat însă că, aplicată în acest fel, schema eficacității juridice

⁵⁶ *Ibidem.*, p. 226.

⁵⁷ Ovidiu PODARU, *Drept administrativ*, Vol. I. Actul administrativ. Repere noi pentru o teorie altfel, Tomul 2. Regimul juridic., Ediția a 2-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2022, p. 8.

⁵⁸ *Ibidem.*

înfrânge în dreptul administrativ principiul relativității efectelor juridice. Astfel, spre deosebire de raporturile de drept privat, am putea spune că raporturile juridice întemeiate pe un act administrativ prezintă o eficacitate juridică nelimitată⁵⁹.

Mai mult, preluând și constatările prezentate în secțiunile anterioare, actul administrativ nu doar că este eficace juridic față de destinatari (terți la act), dar el este și **efectiv**⁶⁰. Prin efectivitate înțelegem aici aptitudinea sa de a se concretiza în lumea reală. Efectele sale nu se limitează doar la o exigibilitate abstractă, limitată deci la universul juridic, ci au aptitudinea de a se concretiza în viața reală. Actul administrativ este, așa cum se spune în dreptul francez, „executabil” sau, dacă alegem terminologia folosită în sistemul nostru de drept (însă cu riscul de a se crea confuzii conceptuale), el se bucură de forță executorie (cel puțin în acele situații când, așa cum am arătat, forța executorie nu este absorbită în eficacitatea substanțială a actului) chiar dacă prin aceasta nu trebuie să înțelegem că el este, în lipsa unui text legal, titlu executoriu sau că permite folosirea directă a forței de constrângere a statului, în lipsa unei competențe exprese. Forța executorie sau caracterul său „executabil” presupune, de fapt, cel puțin avansarea cu un pas a procedurii administrative.

Aceste constatări ne permit să observăm conținutul real al privilegiul prealabilului. Acesta se manifestă de fapt în puterea administrației de a *acționa din oficiu* prin intermediul deciziilor unilaterale și obligatorii față de terți. Actul administrativ se bucură, așadar, nu doar de o eficacitate juridică specială (nespecifică

⁵⁹ În lipsa relativității efectelor juridice – despre care s-a spus că este „*un criteriu de limitare a eficacității juridice*” constând în condiționarea efectelor juridice concrete de consimțământul celui obligat (a se vedea în acest sens Mihai DAVID, *Eseu asupra cunoașterii...*, p. 195) eficacitatea juridică a actului administrativ este... fără limite!

⁶⁰ Ion DELEANU, *Tratat de procedură civil...*, vol III, p. 23. În contextul unei analize asupra procesului civil autorul citat arată că efectivitatea se exprimă prin acte concrete și reale, adică hotărârea judecătorească este efectivă dacă ceea ce s-a pronunțat se poate materializa. Autorul subliniază însă că și doar *posibilitatea executării* hotărârii face ca aceasta să fie una efectivă (judecata să fie efectivă).

actelor unilaterale de drept comun), dar și de efectivitate. Prealabilul se manifestă, așadar, prin faptul că actul administrației este unilateral și obligatoriu (producând efecte juridice concrete față de terți) ceea ce face ca orice confirmare „prealabilă” din partea instanțelor judecătorești să fie inutilă. Actul administrativ se comportă încă de la emitere (dar condiționat, desigur, de efectuarea formalităților de publicitate) ca un titlu juridic eficace și efectiv.

Concluzii

În final nu ne rămâne decât să schițăm niște concluzii. Actul administrativ are caracter executoriu, doar că, prin aceasta nu trebuie înțeles că el este un titlu executoriu. De asemenea, această caracteristică a executorialității nu este definitorie pentru a exprima în mod real conținutul privilegiului prealabilului. Acest privilegiu se referă, de fapt, la aptitudinea administrației de a emite acte administrative cu caracter unilateral, dar obligatoriu față de terți, fără a fi necesară intervenția prealabilă a justiției. În esență, actul administrativ este privilegiat prin aceea că, deși este unilateral și deși nu este necesară confirmarea sa prealabilă în justiție, el este eficace juridic și efectiv, urmând ca, în funcție de conținutul său obligațional propriu-zis, eficacitatea și efectivitatea sa să se manifeste fie prin *forța obligatorie* (exprimată prin exigibilitate sau opozabilitate, după caz), fie prin *forța executorie*. În ceea ce privește executarea silită a prescripțiilor sale, în măsura în care aceasta se impune, aceasta este o problemă de competență. Mai exact, în lipsa unei proceduri prevăzute expres de lege, executarea silită a actelor administrative trebuie încuviințată de instanțele judecătorești competente.

Bibliografie

- CIOBANU Alexandru-Sorin, *Drept administrativ. Activitatea administrației publice. Domeniul public.*, Ed. Universul Juridic, București, 2015;
- DAVID Mihai, *Eseu asupra cunoașterii în dreptul civil. Aparență. Opozabilitate. Formalism. Publicitate.*, Ed. Universul Juridic, București, 2017;
- DELEANU Ion, *Tratat de procedură civilă*, volumul I, Ed. Universul juridic, București, 2013;
- DELEANU Ion, *Tratat de procedură civilă*, volumul III, Ed. Universul juridic, București, 2013;
- GOFFAUX Patrick, *L'inexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution force*, publié dans *Chroniques de droit public/Publiekrechtelijke Kronieken*, 2001;
- HAURIOU Maurice, *L'institution et le droit statutaire*, Recueil de législation de Toulouse, Tomul 11;
- HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4eme édition, Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, Paris, 1900;
- HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11eme édition, Société Anonyme du Recueil Sirey, Paris, 1927;
- IORGOVAN Antonie, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, ed. a IV-a, Ed. All Beck, București, 2005;
- LEFER Buchené, *De la distinction entre l'autorité et la jurisdiction administratives, - ou du contentieux et du non-contentieux administrative*, în *Revue pratique de droit français*, Tome dix-septième du 1er janvier au 15 juin 1864, A. Marescq Aine libraire-editeur, Paris, 1864;
- LINDITCH Florian, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, Paris, 1997;

- NEGULESCU Paul, *Tratat de drept administrativ*, Volumul I, Edițiunea a III-a, Ed. „Tipografiile Române Unite”, București, 1925;
- NIHOUL Marc, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office. Pour une lerecture civile et judiciaire à l'aide du droit commun de l'execution*, La Charte, Brugge, 2001;
- PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, 4eme édition, ed. LexisNexis, 2022;
- PODARU Ovidiu, *Drept administrativ*, Vol. I. Actul administrativ. Repere noi pentru o teorie altfel. Tomul 1. Noțiune, Ediția a 2-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2022;
- PODARU Ovidiu, *Drept administrativ*, Vol. I. Actul administrativ. Repere noi pentru o teorie altfel, Tomul 2. Regimul juridic., Ediția a 2-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2022;
- POP Liviu, POPA Ionuț-Florin, VIDU Stelian-Ioan, *Curs de drept civil. Obligațiile.*, Ed. Universul Juridic, București, 2015;
- RARINCESCU Constantin G., *Contenciosul administrativ român*, Edițiunea a doua, Ed. „Universală” Alcalay & Co, 1936;
- TARANGUL Eras Diti, *Tratat de drept administrativ român*, Ed. Tipografiei Glasul Bucovinei, Cernăuți, 1944;
- TRĂILESCU Anton, *Drept administrativ. Partea specială.*, Ed. C.H. Back, București, 2019;
- VASILESCU Paul, *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o teorie generală a actului de drept privat*, Ed. Rosetti, București, 2003.

TYING AND BUNDLING IN EU COMPETITION LAW

DOI: 10.24193/SUBBior.69(2024).3.40-63
Data publicării online: 17.03.2025

Laura LAZĂR*

Abstract: Tying and bundling within EU Competition Law are complex aspects of antitrust regulation focused on market competitiveness and consumer welfare. Tying involves selling products or services together, while bundling offers multiple goods as a single package.

This entry explores the legal framework, implications for market dominance, innovation, and consumer choice. It reviews landmark cases and regulatory developments in the EU, highlighting the balance between legitimate business strategies and anticompetitive behavior, and assessing their potential impact on competition and consumers.

Keywords: unilateral anti-competitive business strategies, tying, bundling, integrated products, anticompetitive foreclosure, the as efficient competitor test.

* PhD. Teaching Assistant, EU Law, EU Business Law. Legal English, Department of Public Law, Faculty of Law of Babeş-Bolyai University of Cluj, e-mail: laura.lazar@law.ubbcluj.ro. <https://orcid.org/0009-0007-0251-782X>.

Table of contents

Table of contents	41
Introduction	42
I. Concept and Typology.....	42
II. Theories of Harm in Tying and Bundling	44
III. Case-law and Legal Framework of Tying and Bundling	46
IV. Conditions for sanctioning tying and bundling	51
A. Existence of Dominance.....	51
B. The distinct character of products being the object of tying and bundling practice...52	
C. The likely exclusion from the market of as efficient competitors	54
V. Objective Justifications and Efficiency Defenses in Tying and	57
A. Bundling	57
B. Objective Justifications	57
C. Efficiency Defenses	59
Conclusions.....	61
Bibliography.....	62

Introduction

In modern commerce, the interplay between market dominance and fair competition is a key concern for competition law authorities. In the EU, competition law principles ensure a level playing field and protect consumer welfare¹. Tying and bundling practices, often used by dominant entities, significantly influence consumer choices and market dynamics.

Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) aims to curb dominance abuses that stifle competition and harm consumers. Tying (linking the purchase of products) and bundling (offering products as a single package) are central to this legal framework.

I. Concept and Typology

Tying involves the interlinking of products or services, wherein the acquisition of one product necessitates the purchase or usage of another.² In contrast, *bundling* refers to offering multiple products or services as a single package, often at one price point.³ These practices can enhance efficiency and convenience but also raise concerns about their impact on market competition and consumer welfare.

Tying can manifest in various forms, including:

¹ L. ACHY, S. LAHCEN, P. JOEKES, *Competition Policies and Consumer Welfare: Corporate Strategies and Consumer Prices in Developing Countries*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, p. 24.

² D. RUTHERFORD, *Routledge Dictionary of Economics*, Taylor & Francis Publishing, London, 2013, p. 299.

³ J. PARSON, *Economics*, Lotus Press, New Delhi, 2004, p. 36.

- *Contractual Tying*: Involves contractual provisions obliging customers to purchase two or more separate products.⁴ An example is the *Hilti* case⁵, where Hilti was found to have tied the sale of its nail cartridges to the purchase of Hilti nails, thus abusing its dominant position.
- *Technological Tying*: Uses technological means to tie products, often justified by the argument that separate sales would compromise functionality.⁶ The *Microsoft* case⁷ exemplifies this, where Microsoft was found to have abused its dominant position by tying its Windows Media Player with the Windows operating system, limiting competition in the media player market.
- *Tying of Products and Related Services*: Links a product with a related service, often raising concerns when the tied service is offered at non-competitive prices.⁸ The *IBM* case in the 1970s⁹ illustrated concerns over tying the leasing of hardware with software, restricting market competition.

Bundling can be divided into:

- *Pure Bundling*: Products or services are offered exclusively as a package, without the option for separate purchases.¹⁰ While not inherently illegal, it raises concerns if used by a dominant undertaking to restrict competition. In the *Tetra Pak II* case¹¹, Tetra Pak was found to have bundled its aseptic

⁴ A. MAZIARZ, 'Tying and bundling: applying EU Competition rules for best practices,' *International Journal of Public Law and Policy*, Vol. 3(3) (2013), pp. 266.

⁵ GENERAL COURT, 12.12.1991, Case T-30/89, *Hilti AG v. Commission*, ECLI:EU:T:1991:7.

⁶ A. MAZIARZ, *Tying and bundling...*, p. 267.

⁷ GENERAL COURT, 17.09.2007, Case T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission*, ECLI:EU:T:2007:289.

⁸ A. MAZIARZ, *Tying and bundling...*, p. 271.

⁹ *United States v. IBM Corp.*, Federal Supplement, Vol. 471/1979, p. 507.

¹⁰ H. SCHMIDT, *Competition Law, Innovation and Antitrust: An Analysis of Tying and Technological Integration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009, p. 10.

¹¹ GENERAL COURT, 6.10.1994, Case T-83/91, *Tetra Pak International SA v. Commission*, ECLI:EU:T:1994:246.

packaging machines and cartons, which the Commission deemed as an abuse of dominance.

- **Mixed Bundling:** Combines elements of pure bundling and individual sale, allowing products to be purchased separately, albeit usually at a higher price¹². The *British Airways* case¹³ demonstrated mixed bundling practices, where British Airways provided discounts for travel agencies purchasing multiple services, restricting competition.

II. Theories of Harm in Tying and Bundling

Tying and bundling can constitute exclusionary or exploitative abuse when practiced by dominant undertakings, impacting both the primary and related markets.¹⁴ The main theories of harm in tying abuses include:

- **Leveraging Theory:** A dominant undertaking uses its power in one market (the tying market) to restrict competition in the market for the tied product.¹⁵ This was a central concern in the *Google Android* case,¹⁶ where Google tied its search engine and other apps to the Android operating system, leveraging its market power to restrict competition.
- **Single Monopoly Profit Theorem:** This theorem suggests that a monopoly in one market does not necessarily result in additional monopolistic exploitation in the tied product market. In *Hoffmann-La Roche*

¹² R. O'DONOGHUE, J. PADILLA, *Law and Economics of Article 102 TFEU*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2020, p. 742.

¹³ ECJ, 15.03.2007, Case C-95/04 P, *British Airways v. Commission*, ECLI:EU:C:2007:166.

¹⁴ K.N. HYLTON, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 15.

¹⁵ W.S. BOWMAN, 'Tying Arrangements and the Leverage Problem,' *Yale Law Journal*, Vol. 67/1957, p. 21.

¹⁶ EUROPEAN COMMISSION, 18.07. 2018, Case AT.40099, *Google Android*.

case¹⁷ while the ECJ did identify tying as potentially abusive, it clarified that an infringement occurs only if tying restricts competition or has a foreclosure effect on the tied market. The mere existence of a monopoly in one market does not automatically mean the undertaking is extending its dominance to another market without evidence of anti-competitive effects.

Theories of harm in digital markets focus on network effects, platform envelopment, and multi-sided market dynamics. In the *Apple App Store* case,¹⁸ Epic Games accused Apple of tying its payment processing services to the App Store, limiting competition and exploiting its dominance in the digital app distribution market.¹⁹ In digital markets, tying often appears as part of product ecosystems. A dominant undertaking can tie products, locking consumers into its ecosystem, which may limit the ability of new entrants to compete.²⁰ The *Microsoft* case serves as a key example, as Microsoft tied its Internet Explorer browser to the Windows operating system, exploiting its ecosystem to foreclose competition.²¹ Authorities examine factors such as standalone offerings, consumer demand, and internal documents regarding product compatibility.²² In the *Google Shopping* case,²³ Google was found to

¹⁷ ECJ, 13.02.1979, Case C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, ECLI:EU:C:1979:36.

¹⁸ UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA, 10.09.2021, *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*, Federal Supplement, Third Series, Vol. 559/2021, p. 898.

¹⁹ OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *Global Forum on Competition: Abuse of Dominance in Digital Markets*, December 2020, DAF/COMP/GF(2020)4, p. 41.

²⁰ A. MAZIARZ, *Tying and bundling...*, p. 267.

²¹ GENERAL COURT, 17.09.2007, Case T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission*, ECLI:EU:T:2007:289.

²² OECD, DAF/COMP/GF(2020)4, p. 43.

²³ EUROPEAN COMMISSION, 27.07.2017, Case AT.39740 *Google Search (Shopping)*.

have favored its own comparison-shopping service by tying it to its dominant search engine, impacting market competition and consumer welfare.

III. Case-law and Legal Framework of Tying and Bundling

The interpretation of tying and bundling practices as potentially abusive conduct under Article 102 TFEU has been shaped by several landmark cases in EU courts:

- In *Hilti*²⁴ a manufacturer of nail guns, was found to have tied the sale of nails and nail cartridges to its nail guns. The ECJ ruled that this practice amounted to an abuse of dominance, as it restricted market access for competitors producing nails, impacting both the tying and tied markets;²⁵
- In *Tetra Pak II*,²⁶ Tetra Pak was found to have tied its aseptic packaging machines with cartons, leveraging its dominance in the machinery market to foreclose competition in the carton market. The Court emphasized that tying can have anti-competitive effects, particularly when a dominant undertaking restricts access to a related market²⁷;
- In *Microsoft*²⁸, one of the most significant cases concerning technological tying, Microsoft was found to have abused its dominant position by tying its Windows Media Player to the Windows operating system. The Commission argued that this conduct foreclosed competition in the media player market, as computer manufacturers had little choice but to include Windows Media

²⁴ GENERAL COURT, 12.12.1991, Case T-30/89, *Hilti AG v. Commission*, ECLI:EU:T:1991:7.

²⁵ *Idem*, para 69.

²⁶ GENERAL COURT, 6.10.1994, Case T-83/91, *Tetra Pak International SA v. Commission*, ECLI:EU:T:1994:246.

²⁷ *Idem*, para 124-125.

²⁸ GENERAL COURT, 17.09.2007, Case T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission*, ECLI:EU:T:2007:289.

Player with their devices. The decision emphasized that technological integration of products can be abusive if it prevents competition and reduces consumer choice;²⁹

- While not solely focused on tying, the case of *British Telecommunications (BT)*³⁰ highlights how bundling in the telecommunications sector can be seen as an abuse. BT was found to have bundled services in a manner that discouraged competitors from entering the market, illustrating how bundling can create market foreclosure.
- In *Tomra*³¹ a dominant supplier of reverse vending machines, was found to have engaged in a series of exclusionary practices, including tying and bundling. The Court upheld the Commission's decision, emphasizing that such practices can limit market access for competitors and distort competition if applied by a dominant undertaking.³²
- Recently, in *European Commission v. Google*³³, Google was fined for tying its search engine and Chrome browser to its Android operating system, requiring manufacturers to pre-install these services if they wanted access to the Play Store. The Commission argued that this practice cemented Google's dominance in general internet search, restricting competition in both the search and web browser markets.³⁴ The decision further solidified the understanding that tying in digital markets, especially when carried out by a dominant gatekeeper, can have significant anti-competitive effects.

²⁹ *Idem*, para 907-908.

³⁰ EUROPEAN COMMISSION, 4.07.2007, Case COMP/38.784, *Wanadoo España v. Telefónica*, 2007.

³¹ GENERAL COURT, 9.09.2010, Case T-155/06, *Tomra Systems ASA v. Commission*, ECLI:EU:T:2010:370.

³² *Idem*, para 222-224.

³³ EUROPEAN COMMISSION, 18.07. 2018, Case AT.40099, *Google Android*.

³⁴ *Idem*, para 685-687.

The *primary legal framework* governing tying and bundling practices within the European Union is established under Article 102 TFEU. Specifically, Article 102(d) states that:

‘Such abuse may, in particular, consist in (...) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.’

Before evaluating tying and bundling conduct, defining the relevant market is essential. On February 8, 2024, the European Commission adopted a revised *Market Definition Notice*,³⁵ offering guidance on market definition, especially for bundles and digital ecosystems.³⁶ The Commission notes that consumer preferences for bundled products can create a distinct ‘bundle market’,³⁷ particularly in digital markets influenced by network effects, switching costs, and multi-homing decisions.³⁸ In ‘after-markets’ involving primary and secondary products, the Commission considers customer behavior, substitutability, and supplier specialization to determine market boundaries.

³⁵ *Communication from the Commission - Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law* (C/2024/1645), OJ C 1645, 22.02.2024, p. 3-35.

³⁶ *Idem*, para 99 onwards.

³⁷ *Idem*, para 102.

³⁸ *Idem*, para 103.

The *2005 Discussion Paper*³⁹ on the application of a more economic, effects-based approach towards abuse of dominance cases marked a significant step toward protecting EU markets from dominant undertakings' exclusionary behavior. Tying and bundling were identified as forms of exclusionary, non-price-based abuses⁴⁰, which can affect competitors from upstream, downstream, or related markets.⁴¹ The Paper proposed an assessment methodology for tying and bundling practices, requiring that the undertaking be dominant in the tying market or in at least one of the bundled markets.⁴² It also outlined potential defenses, such as the objective necessity of tying and bundling to secure product quality or consumer health.⁴³

The 2008 *'Guidance on the Commission's enforcement priorities'*⁴⁴ built upon case law, outlining the Commission's approach to enforcing Article 102 TFEU. It emphasized that tying and bundling could restrict competition if they foreclose market access for competitors or harm consumer welfare, particularly when not objectively justified by efficiency gains.⁴⁵ The Guidance noted that complex bundling involving multiple products increases the risk of

³⁹ *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bursseles, December 2005, online: https://www.concurrences.com/IMG/pdf/m5496_20090622_20212_en-80.pdf?11277/daa83c8e6636c3336295ca785d1c4567d0565df5027e34a1489c951344465532.

⁴⁰ *Idem*, para 52, 61.

⁴¹ *Idem*, para 69.

⁴² *Idem*, para 184.

⁴³ *Idem*, par.185.

⁴⁴ *Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, OJ C 45, 24.2.2009, p. 7-20.

⁴⁵ *Idem*, p. 12-13.

anti-competitive impact and can reduce competition, potentially leading to higher prices for consumers.⁴⁶

The *Commission's new Communication* issued on March 27, 2023,⁴⁷ revises the 2008 Guidelines to reflect developments in case law and market realities, particularly in digital markets. The new guidance continues to adopt an effects-based approach, further clarifying the conditions under which tying and bundling by dominant undertakings may constitute an abuse. It places increased emphasis on the analysis of market foreclosure effects and consumer harm, especially in the context of technological and digital ecosystems. The updated guidelines also provide more detailed criteria for assessing the impact of tying and bundling practices, such as the role of network effects, switching costs, and the potential for consumer lock-in in digital markets.⁴⁸ This marks a significant step toward ensuring that enforcement aligns with the current dynamics of digital markets while providing greater legal certainty for market participants.

The *Digital Markets Act (DMA)*⁴⁹ provides a more sector-specific regulation of tying practices, though outside the direct scope of Article 102 TFEU. The DMA introduces ex-ante obligations for gatekeeper platforms, specifically targeting practices that could distort fair competition. Article 5(7) prohibits gatekeepers from requiring business or end-users to use their web browser engine, identification, or payment services. Similarly, Article 5(8)

⁴⁶ *Idem*, p. 15.

⁴⁷ C(2023)1923 final, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=pi_com%3AC%282023%291923.

⁴⁸ Brussels, 27.3.2023 C(2023) 1923 final, p. 8-9, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/20230327_amending_communication_art_102_annex.pdf.

⁴⁹ *Regulation (EU) 2022/1925 on contestable and fair markets in the digital sector*, OJ L 265, 12.10.2022, p. 1–66.

prohibits gatekeepers from requiring businesses or end-users to subscribe to one core platform service as a condition for accessing another.⁵⁰ Although the DMA does not operate under a dominance-based framework, it addresses similar concerns by aiming to prevent exclusionary effects in digital markets.

IV. Conditions for sanctioning tying and bundling

A. Existence of Dominance

Assessing dominance is key when evaluating tying practices under competition law. Dominance refers to a company's ability to act independently of competitors, customers, and consumers. In *United Brands v. Commission*,⁵¹ the ECJ defined dominance as 'a position of economic strength' that allows a undertaking to 'prevent effective competition'.⁵² Similarly, in *Hoffmann-La Roche*,⁵³ dominance was described as the power to act without considering competitors.⁵⁴ Undertakings with dominant market positions are subject to specific EU competition rules to prevent abuse.⁵⁵

Market shares often indicate dominance, but other factors like network effects, brand loyalty, entry barriers, and structural ties between

⁵⁰ I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Kluwer Law International, Aalpeh aan den Rijn, 2021, p. 145.

⁵¹ ECJ, 14.02.1978, Case C-27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1978:22.

⁵² *Idem*, para 65.

⁵³ ECJ, 13.02. 1979, Case C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1979:36.

⁵⁴ *Idem*, para 38-39.

⁵⁵ B. SUFRIN, BRENDA *et al.*, *Jones and Sufrin's EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2023, p. 285.

markets are also crucial.⁵⁶ For example, in *Eurofix-Bianco v. Hilti* Case,⁵⁷ Hilti held a dominant position on the tying market for Hilti-compatible nails (70-80% market share), but also was dominant on the market for nail guns (55%). In *Microsoft I*,⁵⁸ Microsoft was dominant on the market of operating systems for PC's (above 90% for 8 years) in the tying case related to the tying of Windows Media Player to Windows Operating System. In *Google Android*⁵⁹ Google was considered dominant in three different markets, the market for general Internet search services (via Google Chrome), on the market for app stores for the Android Mobile Operating Systems (via Play Store) and on the market of licensable smart mobile operating systems (via Google Android).⁶⁰

B. The distinct character of products being the object of tying and bundling practice

In order to determine whether two products are distinct in a given case, the Commission usually applies the independent demand test. For the existence of two distinct products we need to identify: the existence of independent demand from consumers for each of the component products of an integrated product (where the tying and tied products meet distinct consumer needs and have different functionalities in the eyes of the consumer); the existence of stand-alone suppliers for the product in case

⁵⁶ I. LAZĂR, *Dreptul Uniunii Europene în domeniul concurenței*, Universul Juridic, Bucharest, 2016, p. 279.

⁵⁷ OJ L 65, 11.3.1988, p. 19-44.

⁵⁸ GENERAL COURT, 17.09.2007, Case T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission*, ECLI:EU:T:2007:289.

⁵⁹ GENERAL COURT, 14.09.2022, Case T-604/18 *Google and Alphabet c. Commission*, ECLI:EU:T:2022:541.

⁶⁰ A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 281.

which can satisfy the consumer demand as efficiently as the supplier of the integrated products; the significantly different character of the tying product reported to the tied products, for what reason the two products cannot be considered a unitary product; the lack of existence of technical integration, the two products being manufactured separately and not being the result of a technical integration resulted via technological development. In this regard statistical and technical data will be analyzed, alongside data regarding consumer preferences, data regarding production, or suppliers of a certain products etc.

For example, in *Hilti Case*⁶¹ the Commission had found out the nails, cartridges and nail guns are separate products, these being produced by manufacturers who for decades were producing nails, without manufacturing also nail guns. In *Microsoft I*,⁶² the PC operation system had the function to control the PC and permit consumers to run different applications, while the Media Player enabled consumers to listen or watch audio or video content. As well, In *Microsoft II*⁶³ the operating system was a different product reported to the web browser, which enabled consumers to see Internet pages. However, in the *Android Case*, while Google Search, Google Chrome, the Play Store, and the Android Operating System exhibited traits of distinct products, it was determined that external suppliers would face significant challenges in providing these products separately. The conclusion of this assessment was that Google's tying practices effectively restricted competition by leveraging its dominance in the Android operating system market to strengthen its position in the markets for general search and web browsers. This conduct ultimately led the Commission to conclude that Google had abused its

⁶¹ ECJ, 12.12.1991, Case T-30/89, *Hilti AG v. Commission*, ECLI:EU:T:1991:7.

⁶² ECJ, 17.09.2007, Case T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission*, ECLI:EU:T:2007:289.

⁶³ EUROPEAN COMMISSION, Case COMP/C-3/39.530.

dominant position, resulting in a significant fine and the imposition of remedies to restore competitive conditions.

C. The likely exclusion from the market of as efficient competitors

According to the new Guidance adopted by the Commission regarding the enforcement priorities of Article 102,⁶⁴ there is a likelihood of Commissions' intervention in cases when the alleged abusive behavior might cause anti-competitive exclusion. The latter concept doesn't solely refer to actions resulting in complete exclusion, or marginalization of competitors, but also includes conduct that weakens the existing competitive structure without fully eliminating competition. In light of the amended Guidance, *as efficient competitors* are considered *competitors having the same cost structure, offering the same quality and interchangeable products and having in general good business strategies, deploying the same level of innovation as the dominant. undertaking*.⁶⁵ The existence of an as-efficient competitor must be proven and generally not merely presumed. However, as stated in the literature, requiring evidence of the exclusion of as-efficient competitors might lead to insufficient enforcement. Instead, actions should focus on protecting the dynamic nature of competition, fostering entry and

⁶⁴ *Communication from the Commission Amendments to the Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, OJ C nr. 116 from 31.03.2023.

⁶⁵ *Idem*, para 3.

expansion opportunities.⁶⁶ Additionally, case law, such as *Post Denmark II*,⁶⁷ and the Commission's guidance suggest that even less efficient competitors can exert competitive constraints on the behavior of a dominant player. The enforcement of competition law, therefore, should not solely hinge on the exclusion of as-efficient competitors but also consider the potential impact on market dynamics and the ability of smaller or less efficient rivals to contribute to competitive pressure.

Historically in the ECJ case-law several factors were taken into consideration when analyzing the existence of foreclosure of as efficient competitors in cases of tying:

- *The market share of the dominant undertaking on the tying market* - a high market share indicates substantial dominance, making it easier for the dominant undertaking to engage in exclusionary practices. If the dominant undertaking holds a significant market share, it may have the power to foreclose competition by leveraging its dominance to tied or bundled products, potentially excluding equally efficient competitors from the market. For example, in *Microsoft I*⁶⁸ Microsoft's market share on the tying PC operating systems market was above 90% for several years;
- *Reduced Incentives for Separate Purchase*: - When consumers have little incentive to buy the tied product separately, it suggests that the tying strategy is foreclosing competition by leveraging demand for the primary product. This restricts equally efficient competitors from competing effectively. For

⁶⁶ G. MONTI, M. BOTTA, P. L. PARCU, *Economic Analysis in EU Competition Policy: Recent Trends at the National and EU Level*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2021, p. 7.

⁶⁷ ECJ, 6.10.2015, Case C-23/14, *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2015:651.

⁶⁸ GENERAL COURT, 17.09.2007, Case T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission*, ECLI:EU:T:2007:289.

example, in *Microsoft I*, consumers were disincentivized from installing an additional media player since Microsoft's product was offered for free.

- *Lack of efficient strategies of competitors to offset the tying and bundling practices of the dominant company* – if as efficient competitors are unable to effectively counteract the tying or bundling practices of the dominant company with their own competitive strategies, the dominant undertaking's actions may be significantly hindering competition and can lead to reduced innovation, higher prices, and overall harm to consumer welfare.
- *Market Characteristics* like network effects, brand loyalty, and intellectual property rights significantly impact competition. In markets with strong network effects, dominant undertakings may bundle products to exclude competitors. High brand loyalty can make consumers less likely to switch to alternatives, reinforcing the tying undertaking's dominance. Intellectual property rights, as in *Tetra Pak*,⁶⁹ can create entry barriers, enhancing the undertaking's ability to exclude competitors.
- *General analysis of market development* - the increase of the company's market share on the tied market after applying the tying practices and a decrease in the nearest competitors market shares could be a relevant indicator of the success of the exclusionary behavior. For ex. in *Microsoft I* market studies could show an increase of MS's market power on the tied media player market as an effect of the tying practice.

⁶⁹ GENERAL COURT, 6.10.1994, Case T-83/91, *Tetra Pak International SA v. Commission*, ECLI:EU:T:1994:246.

V. Objective Justifications and Efficiency Defenses in Tying and

A. Bundling

Tying and bundling practices are often scrutinized under Article 102 TFEU because of their potential to foreclose markets and harm consumer welfare. However, these practices can also pursue legitimate objectives and generate efficiencies that might justify their use. The assessment of tying and bundling involves a two-tier test: first, evaluating the potential negative effects, and second, examining any objective justifications or efficiency defenses.⁷⁰ The recently revised Commission Notice on market definition⁷¹ adds further depth to this analysis by considering non-price factors such as innovation and quality in digital markets, where tying and bundling practices are increasingly prevalent.

B. Objective Justifications

Objective justifications relate to non-economic reasons for tying and bundling practices, such as *quality assurance*, *product safety*, or *interoperability*. The *Eurofix-Bauco/Hilti* case⁷² is a key example where Hilti argued that tying the sale of its nail guns to its nails ensured safety and system reliability. However, both the European Commission and the Court of First Instance (CFI) rejected this defense, as they found that tying was not the least

⁷⁰ K.N. HYLTON, *Antitrust Law...*, p. 220.

⁷¹ *Communication from the Commission - Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law* (C/2024/1645), OJ C 1645, 22.02.2024, p. 3-35.

⁷² *Commission Decision of 22 December 1987 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/30.787 and 31.488 - Eurofix-Bauco v. Hilti)*, OJ L 65, 11.3.1988, p. 19-44.

restrictive means to achieve the stated objective.⁷³ The case underscored that tying can sometimes be justified on quality grounds, provided it meets certain conditions.

Another recognized objective is *standardization*. In sectors like technology, standardization through tying can ensure compatibility across products.⁷⁴ This was partly acknowledged in the *Microsoft* case,⁷⁵ where Microsoft argued that integrating Windows Media Player with its operating system improved user experience and interoperability. Although the Commission ultimately rejected this argument due to its disproportionality, it acknowledged the role of product integration in potentially enhancing technological performance.⁷⁶

The revised Commission Market Definition Notice (2024) further elaborates that objective justifications can also involve maintaining product interoperability and innovation in digital ecosystems.⁷⁷ For example, in digital markets where products need to interact seamlessly, tying can facilitate smooth operation.⁷⁸ However, such practices must be suitable for achieving the objective, be the least restrictive means available, and must not eliminate effective competition.

⁷³ GENERAL COURT, 12.12.1991, Case T-30/89, *Hilti AG v. Commission*, ECLI:EU:T:1991:7.

⁷⁴ L. RITTER, W. D. BRAUN, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Aalphen an den Rijn, 2005, p. 341.

⁷⁵ GENERAL COURT, 17.09.2007, Case T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission*, ECLI:EU:T:2007:289.

⁷⁶ G. MONTI *et al.*, *Economic Analysis in EU Competition Policy...*, p. 102).

⁷⁷ *Communication from the Commission - Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law* (C/2024/1645), OJ C 1645, 22.02.2024, p. 3-35. See para 99-103.

⁷⁸ A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, p. 489.

C. Efficiency Defenses

Efficiency defenses focus on the economic benefits resulting from tying and bundling practices. In *Post Danmark I*,⁷⁹ the Court of Justice of the European Union (CJEU) set out the criteria for an efficiency defense: the dominant undertaking must prove that the efficiency gains outweigh the negative effects on competition and consumer welfare, are a direct result of the conduct, are necessary for achieving those gains, and do not eliminate effective competition.

The 2024 Guidelines on Article 102 (replacing the 2008 version) and the revised Commission Notice⁸⁰ provide updated criteria for assessing efficiencies, particularly in digital markets. The Guidelines maintain an effects-based approach, considering factors such as:

- **Savings in Production or Distribution:** Efficiencies must result in tangible savings that benefit consumers, with an emphasis on market efficiency, especially in digital markets.⁸¹
- **Reduction of Transaction Costs:** The Commission assesses whether integration through tying or bundling reduces transaction costs for customers, acknowledging the complexities of digital ecosystems.⁸²

⁷⁹ ECJ, 6.10.2015, Case C-23/14, *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2015:651.

⁸⁰ *Communication from the Commission - Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law (C/2024/1645)*, OJ C 1645, 22.02.2024, p. 3-35.

⁸¹ See *Idem*, para 62.

⁸² *Idem*, para 63.

- **Substantial Packaging and Distribution Cost Savings:** The Guidelines evaluate whether the practices lead to significant cost savings, particularly relevant for digital products.⁸³
- **Enhancing Market Access:** The combination of products is seen as pro-competitive if it adds consumer value, including improved functionality in digital services.⁸⁴
- **Passing on Efficiencies to Consumers:** The Commission examines if efficiencies from large-scale production or purchase are passed on to consumers, considering their impact on innovation and user experience.⁸⁵

The 2024 Guidelines also stress that the dominant undertaking must provide verifiable evidence that the efficiencies are indispensable, proportionate, and directly linked to the tying or bundling practices.⁸⁶ This approach aims to balance market dynamics in the digital era while ensuring consumer welfare.

The revised Commission Notice (2024) adds that in digital markets, the analysis of efficiency defenses must account for network effects, switching costs, and the lock-in effect that may arise from tying and bundling, especially in digital ecosystems.⁸⁷ This nuanced assessment aims to capture the dynamic efficiencies present in technology-driven markets.

For both objective justifications and efficiency defenses to succeed, they must satisfy several cumulative conditions. These include the presence of dominance in the tying market, the existence of distinct products, and the

⁸³ *Idem*, para 64.

⁸⁴ *Idem*, para 65.

⁸⁵ *Idem*, para 66.

⁸⁶ *Idem*, para 67.

⁸⁷ *Idem*, para 99-103.

likelihood of exclusionary effects on equally efficient competitors.⁸⁸ The 2008 Guidelines and the revised Commission Notice reinforce the requirement that the efficiencies claimed must be indispensable, proportionate, and verifiable.⁸⁹ Moreover, the burden of proof lies with the dominant company to demonstrate that the benefits to consumers outweigh any potential anti-competitive effects.

Conclusions

Tying and bundling practices are subjects of scrutiny under EU competition law. While they can enhance innovation, efficiency, and consumer convenience, they may also lead to anti-competitive effects like market foreclosure and consumer harm. EU law seeks a balance, allowing legitimate use of tying and bundling while preventing the abuse of market dominance.

Authorities assess these practices through a rigorous analysis, considering whether they create artificial barriers, limit consumer choice, or unfairly leverage market power. Recent cases and guidelines reflect the EU's adaptation to the complexities of modern, digital markets. The main goal remains fostering fair competition, innovation, and consumer welfare in evolving market landscapes.

⁸⁸ L. LAZĂR, *Abuzul de poziție dominantă. Evoluții și perspective în dreptul european și național al concurenței*, CH Beck, București, 2013, p. 215.

⁸⁹ T. VIJVER, O. Van Der DESIDERIUS, *Objective justification and Prima Facie anti-competitive unilateral conduct: an exploration of EU Law and beyond*, University of Leiden, online: <https://hdl.handle.net/1887/29593>, p. 170.

Bibliography

- A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2019;
- A. MAZIARZ, 'Tying and bundling: applying EU Competition rules for best practices,' *International Journal of Public Law and Policy*, Vol. 3(3) (2013);
- B. SUFRIN, BRENDA *et al.*, *Jones and Sufrin's EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2023;
- D. RUTHERFORD, *Routledge Dictionary of Economics*, Taylor & Francis Publishing, London, 2013;
- G. MONTI, M. BOTTA, P. L. PARCU, *Economic Analysis in EU Competition Policy: Recent Trends at the National and EU Level*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2021;
- H. SCHMIDT, *Competition Law, Innovation and Antitrust: An Analysis of Tying and Technological Integration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009;
- I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Kluwer Law International, Aalpeh aan den Rijn, 2021;
- I. LAZĂR, *Dreptul Uniunii Europene în domeniul concurenței*, Universul Juridic, Bucharest, 2016;
- J. PARSON, *Economics*, Lotus Press, New Delhi, 2004;
- K.N. HYLTON, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003;
- L. ACHY, S. LAHCEN, P. JOEKES, *Competition Policies and Consumer Welfare: Corporate Strategies and Consumer Prices in Developing Countries*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016;
- L. LAZAR, *Abuzul de poziție dominantă. Evoluții și perspective în dreptul european și național al concurenței*, CH Beck, București, 2013;

- L. RITTER, W. D. BRAUN, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Aalphen an den Rijn, 2005;
- R. O'DONOGHUE, J. PADILLA, *Law and Economics of Article 102 TFEU*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2020;
- T. VIJVER, O. Van Der DESIDERIUS, *Objective justification and Prima Facie anti-competitive unilateral conduct: an exploration of EU Law and beyond*, University of Leiden, online: <https://hdl.handle.net/1887/29593>;
- W.S. BOWMAN, 'Tying Arrangements and the Leverage Problem,' *Yale Law Journal*, Vol. 67/1957.

DESPRE RISCURI ÎN CONTRACTUL DE ANTREPRIZĂ

DOI: 10.24193/SUBBbur.69(2024).3.64-96

Data publicării online: 17.03.2025

Daria-Ioana PREDA*

Rezumat: Riscul, din perspectivă juridică, reprezintă un element obiectiv, independent de voința părților, ce reflectă incertitudine și imprevizibilitate. Totodată, acesta este un eveniment capabil să afecteze echilibrul contractual și să genereze consecințe nefavorabile pentru ambele părți. Prin urmare, lucrarea dorește să exploreze modalitatea de gestionare a riscurilor în contractul de antrepriză, punând accent pe importanța menținerii unui echilibru just între părți și pe modul în care aceste riscuri pot fi ajustate atunci când se ivesc pe parcursul contractului. Antreprenorul, în calitate de profesionist, își asumă aducerea la îndeplinire a obligațiilor contractuale în mod independent, pe propriul risc, având totodată o libertate de organizare și o responsabilitate privind finalitatea contractului. Studiul urmărește clarificarea influenței riscurilor asupra drepturilor și obligațiilor, pornind de la reglementările actuale la care se adaugă interpretări suplimentare privind transferul riscurilor, relevanța naturii obligațiilor și rolul garanțiilor. Analiza se concentrează pe identificarea riscurilor asociate contractului de antrepriză, precum și pe modul în care acestea sunt asumate de antreprenor înainte și după momentul recepției. Totodată, este urmărită clarificarea modului în care se transferă riscurile între părți, în funcție de momentul contractual și de prevederile contractuale și se examinează impactul garanțiilor, tipologiei obligațiilor și a modalității de stabilire a prețului asupra repartizării riscurilor. Concluziile pun în lumină necesitatea unor mecanisme clare și flexibile pentru repartizarea riscurilor, contribuind la reducerea dezechilibrelor și la asigurarea unei relații contractuale echitabile și previzibile.

* Daria-Ioana PREDA, e-mail: dariapreda2424@gmail.com, <https://orcid.org/0009-0003-2710-7414>.

Cuvinte-cheie: risc, contract de antrepriză, obligații contractuale, materiale, imposibilitatea fortuită de executare, recepție, garanție, preț contractual.

ON RISKS IN CONTRACTS FOR WORKS AND SERVICES

Abstract: The risk, from a legal perspective, constitutes an objective element that exists independently of the parties' intentions reflecting uncertainty and unpredictability. Simultaneously, it represents an event that may impact the contractual balance and result in adverse consequences for both parties. Consequently, this paper seeks to examine the mechanisms for managing risks in contract for works and services, emphasizing the importance of maintaining an equitable balance between the parties and the mechanism through which these risks can be adjusted when they arise during the contract. The entrepreneur, as a professional, assumes the independent fulfillment of contractual obligations at their own risk, while maintaining the freedom to organize and accountability for the contract's outcome. The study explores the impact of risks on the rights and obligations of the parties, drawing from current legal provisions and offering additional interpretations concerning the transfer of the risks, the relevance of the nature of obligations and the role of guarantees. The analysis focuses on identifying the risks associated with the contract for services and works, as well as on the manner in which these risks are assumed by the contractor both before and after the moment of acceptance. Furthermore, it examines the transfer of risks between the parties based on the contractual stage and specific provisions, while assessing the influence of guarantees, the classification of obligations, and the method of determining price on the allocation of risks. The conclusions underscore the necessity for clear and flexible mechanisms to distribute risks equitably, thereby mitigating imbalances and ensuring fair and predictable contractual relationships.

Keywords: risk, contract for services and works, contractual obligations, materials, unforeseen impossibility of performance, acceptance, guarantee, contractual price.

Cuprins

Cuprins 66

Introducere	67
I. Riscurile înainte de recepție	70
A. Clasificarea obligațiilor asumate de antreprenor	70
B. Riscul bunului.....	72
C. Riscul obligației.....	74
D. Obligația de informare.....	76
E. Concluzie parțială cu privire la riscurile înainte de recepție	78
II. Riscurile după recepție	79
A. Recepția.....	79
B. Garanția pentru vicii ascunse și pentru calitățile convenite.....	82
C. Riscul sporirii onerozității propriei obligații	86
D. Concluzie parțială cu privire la riscurile după recepție.....	91
Concluzie	92
Bibliografie.....	96

Introducere

Riscul, în sens juridic, înglobează din punct de vedere terminologic atât expresia din latină *alea* – ce semnifică incertitudine – cât și noțiunile de dezavantaj și imprevizibilitate. Ideea de risc a fost definită¹ ca fiind un „eveniment prejudiciabil a cărui surveniență este incertă în ceea ce privește fie realizarea sa, fie momentul realizării; se vorbește de eventualitatea unui asemenea eveniment în general mai degrabă decât de un eveniment specific a cărui surveniență este anticipată”. O altă abordare a acestui element îl caracterizează drept un „hazard periculos cu consecințe păgubitoare [...] care impune asumarea consecințelor sale negative de o persoană, care nu creează neapărat pericolul păgubitor, ci poate profita de el, ori încearcă să îl țină în frâu”².

În materie contractuală, riscul se prezintă ca un element nefavorabil deoarece produce un decalaj în ordinea contractuală și totodată un prejudiciu, afectând întregul ansamblu de drepturi și obligații. Această împrejurare fortuită „rezidă în orice cauză care are drept efect abaterea de la împlinirea nevoii sociale pentru care partea a intrat în contract”³. Riscurile *lato sensu* modifică proiectarea inițială a părților cu privire la modul în care se va desfășura contractul din pricina evenimentului fortuit survenit ulterior acordului de voință, care poate avea cauze și efecte diferite. Printre premisele riscului se regăsește imposibilitatea fortuită de executare în tot sau în parte a obligațiilor, sporirea onerozității unei obligații sau dispariția utilității realizării obligației față de creditor. Prin urmare, nu ne rezumăm doar la

¹ George-Alexandru ILIE, *Riscurile în contracte de la vechiul cod la noul cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 16.

² Paul VASILESCU, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 559.

³ G. ILIE, *Riscurile în contracte*, p. 21.

teoria clasică a riscurilor deoarece acesta tratează exclusiv ipoteza imposibilității fortuite de executare.

Datorită diversității situațiilor juridice, riscurile au fost clasificate în mai multe categorii: riscul lucrului, riscul obligației și riscul contractului. Riscul ce poartă asupra lucrului surprinde corelația dintre proprietar și bunul său⁴, aplicându-se regula *res perit domino* ce semnifică „lucrul piere pentru stăpân”⁵. Cea de-a doua categorie presupune neexecutarea fortuită a obligației, implicând atât riscul obligației devenite imposibile, cât și cel al obligației corelative. Regula aplicabilă diferă în funcție de natura contractului și a obligației, în consecință se poate utiliza „lucrul piere pentru debitor”⁶, cu alte cuvinte *res perit debitori* sau *res perit creditor*—lucrul piere pentru creditor. În final, sintagma riscul contractului coincide cu riscul obligației și „nu este nici cea mai potrivită, întrucât în contractele sinalagmatice devenite imposibil de executat, ambele părți suportă riscul contractului: creditorul obligației imposibil de executat prin aceea că nu va primi ceea ce a așteptat și nici prin echivalent [...], iar debitorul acestei obligații, pentru că pierde dreptul la contraprestație”⁷.

Suportarea riscului de către una dintre părți urmărește soluționarea inconvenientelor survenite în executarea contractului și se traduce în preluarea consecințelor prejudiciabile de către acel contractant, în pofida faptului că niciuna dintre părți nu este culpabilă, însă este necesară repartizarea acestora pentru a aborda cu cât mai multă echitate acest element

⁴ A se vedea art. 558 C.civ. „Proprietarul suportă riscul pieririi bunului, dacă acesta n-a fost asumat de o altă persoană sau dacă prin lege nu se dispune altfel.”

⁵ Radu MOTICA, Dan NEGRESCU, *Lexicon juridic latin-român*, Lumina Lex, București, 2001, p. 248.

⁶ *Ibidem*, p. 248.

⁷ G. ILIE, *Riscurile în contracte*, p. 29.

exterior de natură aleatorie. Nu presupune repararea unui prejudiciu, ci simpla ajustare a influenței hazardului asupra contractului⁸.

Prevederile C.civ.⁹ referitoare la contractul de antrepriză adoptă orientarea literaturii de specialitate¹⁰, individualizând activitatea antreprenorului ca fiind o activitate desfășurată în mod independent și pe propriul risc. În C.civ.v.¹¹ era reglementat ca o specie a contractului de locațiune, iar potrivit doctrinei¹² această clasificare nu era precisă, căci acesta se deosebește profund de locațiune „pentru că prețul locațiunii este determinat în raport cu durata folosinței, iar contractul de antrepriză nu servește drept temei pentru folosința unui lucru”¹³.

Contractul de antrepriză se încheie și se execută, ca regulă, pe riscul antreprenorului, presupunând așadar că, în lipsă de stipulație contrară, antreprenorul suportă riscul materialelor utilizate pentru executarea contractului, costurile de pregătire a executării contractului în măsura în care contractul este desființat ulterior, riscul imposibilității fortuite de executare a prestației, riscul sporirii onerozității proprii prestației, respectiv riscul viciilor ascunse pe care le-ar prezenta aceste materiale. Prin contract, antreprenorul poate asuma suplimentar inclusiv riscul neatingerii fortuite a finalității

⁸ *Ibidem*, p. 24.

⁹ A se vedea art. 1851 alin (1) C.civ. „Prin contractul de antrepriză, antreprenorul se obligă ca, pe riscul său, să execute o anumită lucrare, materială ori intelectuală, sau să presteze un anumit serviciu pentru beneficiar, în schimbul unui preț.”

¹⁰ Francisc DEAK, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. II, Ediția a IV-a, actualizată de Lucian MIHAI și Romeo POPESCU, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 188.

¹¹ A se vedea art. 1412 C.civ.v. „Locațiunea lucrărilor este un contract prin care una din părți se îndatorește drept un preț determinat, a face ceva pentru cealaltă parte”.

¹² Constantin HAMAGIU, Ion Rosetti-BĂLĂNESCU, Alexandru BĂICOIANU, *Tratat de drept civil român*, vol. II, Ed. All, București, 2002, p. 605.

¹³ Fr. DEAK, *Tratat de drept civil*, p. 192.

urmărite de beneficiar, cu consecința că nu va putea pretinde plata prețului deși a executat integral propria obligație. Riscurile care sunt în sarcina antreprenorului îl privesc pe acesta fie în calitate de debitor al obligației de a executa lucrarea sau de a presta serviciul, fie pot viza materialele folosite.

Pe toată durata de executare a contractului de antrepriză, așadar anterior realizării recepției, antreprenorul își asumă majoritatea riscurilor contractuale, premisa fiind calitatea sa de profesionist și independența economică și operațională de care acesta se bucură în realizarea obiectivului. După momentul în care are loc recepția, majoritatea riscurilor se transferă la beneficiar, însă o parte rămâne în continuare acoperită prin garanțiile pe care le oferă antreprenorul.

I. Riscurile înainte de recepție

A. Clasificarea obligațiilor asumate de antreprenor

Obligațiile se pot divide în obligații de rezultat și obligații de mijloace, clasificare consacrată de Codul civil¹⁴ și cu o aplicabilitate semnificativă în ceea ce privește problematica riscurilor. Deosebirea principală între cele două rezidă în sarcina probei în caz de neexecutare a obligației, în privința celor de rezultat neatingerea obiectivului consimțit este asimilată cu neexecutarea, în schimb la cele de mijloace trebuie probat în continuare că nu s-ar fi depus toată diligența necesară. În funcție de natura obligației asumate, apariția imposibilității de executare produce consecințe diferite.

¹⁴ A se vedea art. 1481 C.civ. „În cazul obligației de rezultat, debitorul este ținut să procure creditorului rezultatul promis. În cazul obligațiilor de mijloace, debitorul este ținut să folosească toate mijloacele necesare pentru atingerea rezultatului promis.”

De regulă, obligația asumată de antreprenor este una de rezultat, cu consecința sa tipică că el nu va putea pretinde plata prețului sau echivalentul costurilor efectuate pentru pregătirea executării, atunci când rezultatul nu poate fi atins, fiindcă neobținerea acestuia conduce la pierderea dreptului la contraprestație. Prin urmare, ceea ce îl expune pe antreprenor este tocmai faptul că își asumă un anumit rezultat, așadar lucrările suplimentare neprevăzute la momentul încheierii contractului vor fi în sarcina sa. Chiar și așa, ar putea să limiteze această expunere la riscuri, prin stabilirea explicită a prestațiilor pe care și le asumă în contract, deci orice prestație suplimentară a cărei necesitate apare în derularea contractului, va fi o prestație neasumată contractual, altfel spus nesuportată de el. De asemenea, antreprenorul își poate limita și mijloacele pe care este ținut să le utilizeze în executarea contractului, prin urmare dacă intervin chestiuni care îl împiedică să execute, va fi plătit suplimentar pentru utilizarea unor mijloace tehnice adiționale față de cele stabilite în contract.

Obligația de mijloace tinde să reducă impactul neatingerii rezultatului, întrucât antreprenorul își va asuma numai riscul imposibilității de executare a propriei obligații, fără a garanta în vreun fel obținerea rezultatului consimțit, acest risc se regăsește în sarcina beneficiarului. Astfel, în cazul în care prestațiile antreprenorului pot conduce la concluzia că a depus toată diligența necesară, acesta își va păstra dreptul la contraprestație în ciuda neatingerii rezultatului consimțit. Autonomia de voință admite chiar posibilitatea beneficiarului de a-și asuma complementar și riscul imposibilității de executare a prestațiilor asumate de antreprenor, cu consecința că acesta din urmă va fi plătit nu doar dacă execută și nu se atinge rezultatul, ci și în situația în care nu poate executa în mod fortuit.

În lumina distincției dintre obligațiile de rezultat și cele de mijloace, precum și a implicării lor în contextul contractului de antrepriză, atunci când

suntem în prezența unor obligații de rezultat, riscul neatingerii rezultatului este în sarcina antreprenorului deoarece executarea se va analiza în raport cu rezultatul, dimpotrivă în situația celor de mijloace analiza se va face în raport cu îndeplinirea antreprenorului de a depune diligențele necesare, astfel riscul se regăsește la beneficiar¹⁵. Libertatea contractuală permite părților să considere că o obligație care, în mod tipic, ar fi de diligență, este una de rezultat, consecința fiind preluarea unui risc care în mod normal nu s-ar regăsi în sarcina debitorului. În situația inversă, stabilirea convențională a unei obligații de mijloace, deși prin natura sa ar fi de rezultat, urmărește transferul riscurilor la creditor¹⁶. Prin urmare, această ajustare convențională este un mijloc prin care părțile urmăresc să modifice imputarea riscurilor.

B. Riscul bunului

Contractul de antrepriză de lucrări include atât ipoteza în care se creează un bun nou, cât și cea în care se efectuează lucrări asupra unui bun preexistent. În ipoteza în care, prin contract, se realizează un bun nou, riscul lucrului privește situația în care lucrarea, obiectul muncii antreprenorului, ori însăși materialele folosite pier sau se deteriorează anterior efectuării recepției din punct de vedere juridic. Pe de altă parte, dacă au loc lucrări asupra unui bun preexistent, riscul lucrului privește doar distrugerea sau degradarea materialelor utilizate de către antreprenor. Prin urmare, se impune stabilirea titularului dreptului de proprietate privind materialele folosite, pentru a determina cine este cel ce suportă consecințele acestor posibile pagube. În general, aceste materiale sunt bunuri de gen, iar „ asemenea lucruri pot în totdeauna fi înlocuite prin altele, debitorul putând să-și execute obligația

¹⁵ G. ILIE, *Riscurile în contracte*, p. 80.

¹⁶ *Ibid.*, p. 179.

sa”¹⁷. Așadar, pierrea fortuită a bunului nu presupune în mod automat o obligație imposibilă, ci constrânge o parte la suportarea consecințelor prejudiciabile produse de evenimentul fortuit intervenit anterior recepției.

Din cuprinsul dispozițiilor Codului civil¹⁸ reiese că antreprenorului îi va fi imputat riscul lucrului, în măsura în care el este cel ce procură materialele necesare efectuării lucrării. Regula¹⁹ în această materie consacră punerea la dispoziție a materialelor de către antreprenor, părțile fiind nevoite să deroge explicit pentru ca acestea să provină de la client. Suportarea riscul bunului presupune cheltuielile necesare pentru achiziționarea altor materiale, însă atunci când acest risc vizează lucrarea, antreprenorul suportă suplimentar și riscul executării din nou a prestației, fără a obține o contraprestație deoarece „el nu poate în schimb să obțină vreo plată a muncii sale”²⁰. Atunci când beneficiarul este cel ce achiziționează materialele utilizate în executarea contractului, în mod firesc, riscul bunului îl va viza pe acesta în calitate de proprietar. Totuși, legiuitorul a ales scindarea inconvenientelor privind refacerea lucrării între antreprenor și client. Astfel, beneficiarul va suporta

¹⁷ Dimitrie ALEXANDRESCO, *Principiile dreptului civil român*, vol. III, Ed. Tipografia Curții Regale F. Gobl Fii, București, 1926, p. 57.

¹⁸ Spre exemplu art. 1860 C.civ. „Dacă anterior recepției lucrarea piere ori se deteriorează din cauze neimputabile beneficiarului, antreprenorul care a procurat materialul este dator să o refacă pe cheltuiala sa și cu respectarea condițiilor și termenelor inițiale, ținând seama, dacă este cazul, de regulile privind suspendarea fortuită a executării obligației. Atunci când materialul a fost procurat de beneficiar, acesta este ținut să suporte cheltuielile refacerii lucrării numai dacă pierrea s-a datorat unui viciu al materialelor. În celelalte cazuri, beneficiarul este obligat să furnizeze din nou materialele, dacă pierrea sau deteriorarea nu este imputabilă antreprenorului.”

¹⁹ Art. 1857 alin. (1) C.civ. „Dacă din lege sau din contract nu rezultă altfel, antreprenorul este obligat să execute lucrarea cu materialele sale.”

²⁰ C. HAMAGIU, I. Rosetti-BĂLĂNESCU, Al. BĂICOIANU, *Tratat de drept civil român*, p. 606.

adițional și riscul executării din nou a prestației, doar în ipoteza existenței unor vicii ale materialelor.

În consecință, riscul pieririi fortuite a bunului va fi suportat de către titularul dreptului de proprietate privind materialele folosite în executarea lucrării, prin urmare acesta este ținut să procure altele în cazul pierii sau deteriorării lucrării ori a materialelor, din cauze neimputabile cocontractantului. În plus, atunci când se impune, riscul executării încă o dată a obligației de cele mai multe ori se va regăsi în sarcina antreprenorului, el va depune pentru a doua oară munca fără a avea dreptul la o dublă contraprestație „altfel spus, antreprenorul va fi obligat să realizeze pe cheltuiala sa un alt lucru similar, fiind exonerat doar de plata daunelor moratorii, în cazul în care, prin ipoteză, pierirea lucrului nu i-ar fi fost imputabilă”²¹. Această exonerare de plată a daunelor moratorii este firească, întrucât este vorba despre o garanție, nu despre o răspundere, el neavând vreo culpă.

C. Riscul obligației

Acest risc are drept fundament imposibilitatea fortuită de executare a obligației, obligația fiind privită ca mijlocul prin care părțile își satisfac scopul pentru care au contractat, atât cel imediat cât și cel mediat, ambele subsumându-se noțiunii de cauză, definită de doctrină ca „rațiunea imediat și direct determinantă care face pe părți să contracteze”²². Dispozițiile art. 1860 din C.civ. cuprind două ipoteze distincte, cea a riscul bunului dezbătută în subcapitolul aferent și cea a riscului obligației. Cea din urmă vizează situația

²¹ Dan CHIRICĂ, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p.247.

²² Dimitrie ALEXANDRESCO, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, tomul V, Tipografia națională, Iași, 1928, p. 130.

de fapt în care pieirea sau deteriorarea materialelor conduce la neputința procurării altora de către antreprenor, datorită naturii acestora – bunuri individual determinate – astfel obligația devine imposibil de executat.

Legislație civilă²³ păstrează același principiu conturat de către Codul civil de la 1864²⁴, *res perit debitori*, potrivit căruia, în materia antreprizei, antreprenorul este cel ce suportă riscul imposibilități fortuite de executare. Evenimentul fortuit produce anumite consecințele prejudiciabile, ce se concretizează în pierderea dreptului la plata prețului pentru munca depusă, întrucât contractul de antrepriză încheiat devine caduc și nu se mai datorează prețul cu titlu definitiv. Caducitatea este o cauză de ineficacitate a actului juridic ce presupune dispensarea tuturor efectelor actului prin apariția unor împrejurări străine de părți ce justifică stingerea obligației, chiar doctrina o privește ca „cea mai adecvată figură juridică pentru calificarea manierei de desființare a contractului”²⁵.

Astfel, se evidențiază caracterul substanțial al recepției în ceea ce privește imputarea riscurilor, întrucât dacă lucrarea pierde dintr-un caz fortuit ori forță majoră înainte de a acest moment, antreprenorul va fi cel ce suportă consecințele, exceptând împrejurarea în care temeiul este viciul materialului achiziționat de beneficiar. În acest din urmă caz, nu se mai pune problema suportării unui risc de către beneficiar, „căci pieirea nu se produce dintr-un

²³ A se vedea art. 1864 alin (2) C.civ. „În cazul în care lucrarea a pierit ori s-a deteriorat înainte de recepție, fără vina beneficiarului, antreprenorul nu are dreptul la preț atunci când el a dat materialul sau când pieirea ori deteriorarea a avut o altă cauză decât viciile materialului dat de beneficiar”.

²⁴ A se vedea art. 1481 C.civ.v. „... dacă lucrul pierde, deși fără culpa lucrătorului, înainte însă de a fi trădat, și fără ca comitentul să fi întârziat de a-l verifica, meseriașul nu are niciun drept de a pretinde salariul său, afară numai când lucrul a pierit din cauza unui viciu al materiei”.

²⁵ Liviu POP, Ionuț-Florin POPA, Stelian Ioan VIDU, *Tratat elementar de drept civil: Obligații*, Universul Juridic, București, 2012, p. 324.

caz fortuit sau forță majoră, ci de suportarea pagubei prin procurarea unor materiale necorespunzătoare.”²⁶.

D. **Obligația de informare**

Printre alte obligații contractuale, antreprenorul își asumă și responsabilitatea în ceea ce privește informarea beneficiarului pe parcursul derulării contractului, această sarcină este „menită să răspundă în plan juridic decalajului informațional inițial între cele două părți”²⁷, iar o aplicație particulară a acestei obligații o regăsim în art. 1858 C.civ.²⁸ Obiectul informării este orice fel de element de fapt care împiedică sau îngreunează executarea corespunzătoare a obligațiilor antreprenorului, în consecință situațiile prevăzute de Codul civil sunt neexhaustive. Trăsătura comună a acestor împrejurări este faptul că sunt chestiuni independente de fapta antreprenorului, așadar este exclusă culpa, iar mai mult de cât atât cu privire la ivirea acestor situații antreprenorul nu și-a asumat un risc contractual.

În continuare, odată îndeplinită această obligație, efectele ei diferă în funcție de conduita ulterioară a beneficiarului, potrivit art. 1859 C.civ.²⁹

²⁶ Fr. DEAK, *Tratat de drept civil*, p. 197.

²⁷ Răzvan DINCĂ, *Contracte civile special în noul cod civil*, Universul Juridic, București, 2013, p. 210.

²⁸ A se vedea art. 1858 C.civ. „Antreprenorul este obligat să îl informeze fără întârziere pe beneficiar dacă normala executare a lucrării, trăinicia ei sau folosirea potrivit cu destinația acesteia ar fi primejduită din cauza: a) materialelor procurate sau a celorlalte mijloace pe care, potrivit contractului, beneficiarul le-a pus la dispoziție; b) instrucțiunilor necorespunzătoare date de beneficiar; c) existenței sau ivirii unor împrejurări pentru care antreprenorul nu este ținut să răspundă.”

²⁹ A se vedea art. 1859 C.civ. „În cazul în care beneficiarul, deși a fost înștiințat de către antreprenor în condițiile art. 1858, nu ia măsurile necesare într-un termen potrivit cu împrejurările, antreprenorul poate rezilia contractul sau poate continua executarea acestuia pe

Legiuitorul îi acordă antreprenorului două alternative în caz de pasivitate a clientului, fie solicită rezoluțiunea contractului, fie menține în ființă contractul continuând executarea pe riscul beneficiarului, anume riscul executării neconforme datorată refuzului creditorului de a oferi alte materiale sau de a reveni asupra indicațiilor inițiale, notificându-l în acest sens. Varianta rezoluțiunii este una atipică, deoarece de regulă această sancțiune civilă implică culpa debitorului, însă în acest caz se remarcă o culpă a creditorului, întrucât acesta împiedică executarea contractului ori atingerea finalității contractuale. Totuși, în situația în care lucrarea ar putea pune în pericol sănătatea sau integritatea persoanelor, antreprenorul are angajamentul de a recurge la rezoluțiune, altfel își va asuma riscul și va răspunde pentru pagubele produse de acesta, inclusiv față de terți. Astfel, imputarea riscului executării neconforme este influențată de îndeplinirea obligației de informare ce se află în sarcina antreprenorului. Dacă în decursul executării contractului se ivesc anumite incidente cu privire la materialele achiziționate de beneficiar, îndrumările acestuia sau orice altă situație pentru care antreprenorul nu răspunde, beneficiarul trebuie informat de îndată. Toate aceste ipoteze vizate de art. 1858 Cod civil cuprind elemente cu privire la care antreprenorul nu și-a asumat un risc contractual. În cazul în care clientul a fost informat, riscul îndeplinirii necorespunzătoare a obligației se găsește în sarcina sa, în caz contrar, antreprenorul va fi cel răspunzător pentru executarea neconformă, deși inițial acest risc nu figura printre îndatoririle sale.

riscul beneficiarului, notificându-l în acest sens. Cu toate acestea, dacă lucrarea ar fi de natură să amenințe sănătatea sau integritatea corporală a persoanelor, antreprenorul este obligat să ceară rezilierea contractului, sub sancțiunea de a prelua riscul și de a răspunde pentru prejudiciile cauzate inclusiv terților.”.

E. Concluzie parțială cu privire la riscurile înainte de recepție

În cadrul acestei secțiuni, am analizat aspectele juridice privind riscurile din etapa premergătoare recepției, acestea fiind guvernate de obligația antreprenorului de a finaliza lucrarea în modalitatea convenită. Pe parcursul acestei etape, antreprenorului, în calitate de profesionist, își asumă majoritatea riscurilor generate de evenimentele fortuite sau de natura obligațiilor contractuale. Clasificarea obligațiilor în **obligații de rezultat** și **obligații de mijloace** permite o distincție clară în privința răspunderii pentru neexecutare, stabilind sarcina probatorie în funcție de tipologia convenită. În ipoteza celei dintâi categorii, dacă rezultatul urmărit de către beneficiar nu este atins, atunci riscul va fi suportat de către antreprenor și presupune că acesta nu va putea solicita efectuarea plății. În schimb, în cazul obligațiilor de mijloace, chiar dacă nu a fost obținut rezultatul convenit, antreprenorul poate transfera riscul către beneficiar dacă dovedește că a depus toate diligențele necesare în atingerea acestuia. În contractul de antrepriză de lucrări, **riscul bunului** poate apărea fie în cazul realizării unui bun nou, fie în cel al intervenției asupra unui preexistent. În prima ipoteză, riscul include distrugerea sau degradarea bunului nou ori a materialelor, în timp ce, în situația în care se efectuează lucrări asupra unui bun preexistent riscul privește exclusiv materialele folosite de către antreprenor. Suportarea acestui risc se traduce prin achiziționarea altor materiale și atunci când este cazul, refacerea lucrării fără o contraprestație suplimentară. **Riscul obligației**, pe de altă parte, este legat de imposibilitatea fortuită de executare, fie parțială, fie totală. Acest risc se fundamentează pe art. 1864 C.civ. care instituie regula *res perit debitori* potrivit căreia, îi este suprimat dreptul antreprenorului de a pretinde prețul lucrării atunci când executarea este definitiv compromisă, anterior recepției. **Obligația de informare** completează acest cadru, prevenind dezechilibrele prin clarificarea și

comunicarea riscurilor inerente, în special în situațiile în care tăcerea sau lipsa de reacție a părților poate genera incertitudini. Astfel, această îndatorire contractuală devine un instrument esențial pentru menținerea unui echilibru între părți, întrucât neîndeplinirea acestei obligații transferă riscul asupra părții care nu și-a respectat îndatoririle.

II. Riscurile după recepție

A. Recepția

Recepția figurează ca o îndatorire a beneficiarului și constă în examinarea de către acesta a executării corespunzătoare a contractului de către antreprenor, conform dispozițiilor Codului civil³⁰. Această obligație a clientului are un rol confirmator, întrucât prin realizarea recepției beneficiarul confirmă faptul că lucrarea corespunde din punct de vedere tehnic prevederilor contractuale și că nu prezintă vicii aparente, cu alte cuvinte certifică conformitatea acesteia. Recepția este o treaptă deosebit de relevantă în contractul de antrepriză, fiindcă tratamentul juridic al riscurilor diferă după cum suntem înainte de recepție, respectiv după acest moment. Pe de altă parte, la momentul și la locul recepției, dacă prin contract nu este stipulat contrariul, intervine exigibilitatea prețului³¹.

³⁰ A se vedea art. 1862 alin (1) C.civ. „De îndată ce a primit comunicarea prin care antreprenorul îl înștiințează că lucrarea este finalizată, beneficiarul are obligația ca, într-un termen rezonabil potrivit naturii lucrării și uzanțelor din domeniu, să o verifice și, dacă aceasta corespunde condițiilor stabilite prin contract, să o recepționeze, precum și, atunci când este cazul, să o ridice.”

³¹ A se vedea art. 1864 alin (1) C.civ. „Atunci când obiectul contractului este o lucrare, beneficiarul este obligat să îi plătească antreprenorului prețul la data și locul recepției întregii lucrări, dacă prin lege sau contract nu se prevede altfel.”

Această noțiune trebuie diferențiată de predarea lucrării, cea din urmă este un fapt material, presupunând exclusiv comportamentul antreprenorului care este ținut să lase bunul la dispoziția beneficiarului și să se abțină de la orice act ce ar putea împiedica sau îngreuna intrarea acestuia în stăpânirea efectivă a bunului. În mod corelativ, clientul are în sarcina sa obligația de a prelua lucrarea, iar acest moment poate să se suprapună sau nu cu cel al recepției. Totuși, nu orice contract de antrepriză de lucrări este susceptibil de această construcție predare-preluare, ci doar acelea în care bunul se află în detenția antreprenorului.

Art. 1862³² Cod civil consideră îndeplinită obligația beneficiarului chiar în lipsa consimțământului său, în ipoteza refuzului nejustificat și imputabil de a efectua recepția. Așadar, dacă antreprenorul l-a notificat cu privire la efectuarea recepției, iar clientul în mod nejustificat nu o realizează într-un termen acceptabil, se consideră că recepția a avut loc.

Contractul de antrepriză nu este un contract translativ de proprietate, în consecință recepția în sine nu condiționează dobândirea proprietății de către beneficiar, acesta din urmă dobândește proprietatea prin simplul fapt al realizării bunului nou. Punctul de interes al recepției este strict chestiunea de transfer al riscurilor bunului, deoarece anterior acestui moment art. 1860 C.civ.³³ prevede că antreprenorul care utilizează materiale proprii suportă și

³² A se vedea art. 1862 alin (2) C.civ. „Dacă, fără motive temeinice, beneficiarul nu se prezintă sau nu comunică neîntârziat antreprenorului rezultatul verificării, lucrarea se socotește recepționată fără rezerve.”

³³ A se vedea art. 1860 C.civ. „Dacă anterior recepției lucrarea piere ori se deteriorează din cauze neimputabile beneficiarului, antreprenorul care a procurat materialul este dator să o refacă pe cheltuiala sa și cu respectarea condițiilor și termenelor inițiale, ținând seama, dacă este cazul, de regulile privind suspendarea fortuită a executării obligației. Atunci când materialul a fost procurat de beneficiar, acesta este ținut să suporte cheltuielile refacerii lucrării

riscul imposibilității de executare a propriei obligații, dar și riscul pieririi materialelor. După momentul recepției, indiferent de cine este cel care a procurat materialele, dacă bunul piere fortuit, riscul se află în sarcina beneficiarului. Nu toate riscurile trec la beneficiar, întrucât cele ce privesc vicii și neconformități ascunse rămân în sarcina antreprenorului, deoarece sunt în strânsă legătura cu executarea contractului.

Așadar, recepția produce anumite consecințe juridice, precum exigibilitatea obligației de plată a prețului, transferul pazei și al riscurilor și eliberarea antreprenorului de răspunderea pentru vicii aparente și neconformitate³⁴. Această eliberare are loc, întrucât o recepționare fără rezerve din partea beneficiarului conduce la consecința că acesta nu va mai putea invoca față de antreprenor viciile aparente și neconformitățile lucrării³⁵.

numai dacă pieirea s-a datorat unui viciu al materialelor. În celelalte cazuri, beneficiarul este obligat să furnizeze din nou materialele, dacă pieirea sau deteriorarea nu este imputabilă antreprenorului. Dispozițiile prezentului articol nu sunt aplicabile atunci când pieirea sau deteriorarea are loc după recepția lucrării, situație în care antreprenorul rămâne răspunzător, dacă este cazul, în temeiul garanției contra viciilor și pentru calitățile convenite.”

³⁴ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÉS, Pierre-Yves GAUTIER, *Drept civil. Contractele speciale*, Ed. Wolters Kluwer – România, Defrenois, 2009, coordonator al ediției în limba română M. Șcheaua, traducere – D. Dănișor, p. 422-423.

³⁵ A se vedea art. 1862 alin (3) C.civ. „Beneficiarul care a recepționat lucrarea fără rezerve nu mai are dreptul de a invoca viciile aparente ale lucrării sau lipsa aparentă a calităților convenite.”

B. **Garanția pentru vicii ascunse și pentru calitățile convenite**

Potrivit art. 1863³⁶ C.civ., antreprenorul garantează precum vânzătorul pentru viciile lucrării și calitățile consimțite. În primul rând, obligația de garanție trebuie diferențiată de răspunderea subiectivă, angajată pentru fapta proprie, întrucât aceasta din urmă are drept temei culpa dovedită sau cea prezumată și sancționează o neexecutare fără justificare a unei obligații contractuale³⁷. În schimb, garanția este independentă de culpă, obiectivă, antreprenorul nu este eliberat chiar dacă s-ar ivi un caz de forță majoră³⁸, prin urmare în momentul apariției riscului acoperit prin garanție antreprenorul are îndatorirea de a acoperi prejudiciul suferit de beneficiar.

Prevederile art. 1707³⁹ C.civ. reglementează viciile ascunse, ele fiind considerate defecte ale lucrului care îl fac necorespunzător întrebuințării sau care îi diminuează utilitatea sau valoarea, astfel încât beneficiarul nu ar fi încheiat contractul de antrepriză dacă ar fi cunoscut existența sa sau ar fi

³⁶ A se vedea art. 1863 C.civ. „Antreprenorul datorează garanție atât pentru viciile ascunse ale lucrării, cât și pentru conformitatea produselor livrate, potrivit dispozițiilor privind garanția contra viciilor lucrului vândut.”

³⁷ Dan CHIRICĂ, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, vol. I. Vânzarea și schimbul, Ed. a 2-a, reviz., Ed. Hamangiu, București, 2012, p.377.

³⁸ A se vedea art. 1713 C.civ. „Pierderea sau deteriorarea bunului, chiar prin forță majoră, nu îl împiedică pe cumpărător să obțină aplicarea măsurilor prevăzute la art. 1.710 alin. (1).”

³⁹ A se vedea art. 1707 C.civ. „Vânzătorul garantează cumpărătorul contra oricărui viciu ascuns care fac bunul vândut impropriu întrebuințării la care este destinat sau care îi micșorează în asemenea măsură întrebuințarea sau valoarea încât, dacă le-ar fi cunoscut, cumpărătorul nu ar fi cumpărat sau ar fi dat un preț mai mic. Este ascuns acel viciu care, la data predării, nu putea fi descoperit, fără asistență de specialitate, de către un cumpărător prudent și diligent. Garanția este datorată dacă viciul sau cauza lui exista la data predării bunului. Vânzătorul nu datorează garanție contra viciilor pe care cumpărătorul le cunoștea la încheierea contractului. În vânzările silite nu se datorează garanție contra viciilor ascunse.”

redus contraprestația. Gravitatea viciului este lăsată la aprecierea instanței investite cu soluționarea fondului, în consecință nu orice existență a unui viciu ascuns va antrena garanția datorată de antreprenor, deoarece rămâne în sarcina clientului să dovedească că nu ar mai fi contractat dacă le-ar fi cunoscut sau ar fi plătit un preț mai mic⁴⁰.

O altă condiție cu privire la viciile ascunse ale lucrării este ca acestea să nu fi fost descoperite de către beneficiar în momentul recepției, deși a acționat diligent și prudent, ele puteau fi identificate doar de către un specialist. Prin urmare, când clientul „este un profan se consideră că viciul este ascuns dacă nu putea fi decelat în urma unei examinări normale, având în vedere resursele personale ale acestuia (apreciere în concreto) și un comportament fără reproș al unei persoane dotate cu asemenea resurse (apreciere în abstracto)”⁴¹. Caracterul ocult al viciului presupune inclusiv faptul că beneficiarul nu trebuie să-l cunoască la momentul încheierii contractului, în caz contrar această garanție nu mai funcționează.

Pe lângă aceste aspecte, este necesar ca acest viciu să fi existat în momentul recepției, „rațiunea acestei condiții este tocmai ideea că această garanție pentru viciile ascunse ale lucrului, în condițiile în care aceste vicii sunt de fapt nimic altceva decât riscuri ale lucrului, funcționează și este întemeiată pe regulile ce guvernează materia riscurilor”⁴². În consecință, dacă s-ar ivi ulterior acestui moment riscul pieririi fortuite a lucrării este deja transferat la beneficiar, el fiind cel ce suportă consecințele prejudiciabile, conform regulii *res perit domino*⁴³.

⁴⁰ D. CHIRICĂ, *Tratat de drept civil.*, p.411-412.

⁴¹ *Ibidem*, p. 407.

⁴² Codruța E. MANGU, *Accepțiuni și manifestări ale riscului în principalele contracte civile speciale comutative*, Timișoara, 2011, p. 376.

⁴³ A se vedea art. 558 C.civ. „Proprietarul suportă riscul pieririi bunului, dacă acesta n-a fost asumat de o altă persoană sau dacă prin lege nu se dispune altfel.”

La momentul recepției, clientul are îndatorirea să verifice lucrarea și să sesizeze orice viciu aparent sau orice lipsă aparentă a calităților consimțite, acest ultim aspect presupunând faptul că printr-o examinare a lucrării, fără cunoștințe de specialitate, beneficiarul poate observa că lucrarea nu este conformă din punct de vedere calitativ sau cantitativ. În schimb, în ceea ce privește lipsurile calitative sau cantitative ascunse antreprenorul datorează o garanție, aplicându-se același regim juridic ca și în cazul viciilor ascunse, potrivit dispozițiilor art. 1714⁴⁴ C.civ.

Mijlocul prin care beneficiarul se poate proteja în cazul ivirii unui risc ce privește viciile ascunse sau neconformitățile lucrării este acțiunea în garanție, însă aceasta trebuie exercitată în termenul general de prescripție de 3 ani, care începe să curgă din momente diferite, în funcție de natura lucrării, construcție sau alt bun, potrivit dispozițiilor Codului civil⁴⁵. Art. 2531 alin. (4)

⁴⁴ A se vedea art. 1714 C.civ. „Dispozițiile privitoare la garanția contra viciilor ascunse se aplică și atunci când bunul vândut nu corespunde calităților convenite de către părți.”

⁴⁵ A se vedea art. 2531 C.civ. „Dacă prin lege nu se prevede altfel, prescripția dreptului la acțiune pentru viciile ascunse începe să curgă: a) în cazul unui bun transmis sau al unei lucrări executate, alta decât o construcție, de la împlinirea unui an de la data predării ori recepției finale a bunului sau a lucrării, în afara cazului în care viciul a fost descoperit mai înainte, când prescripția va începe să curgă de la data descoperirii; b) în cazul unei construcții, de la împlinirea a 3 ani de la data predării sau recepției finale a construcției, afară numai dacă viciul a fost descoperit mai înainte, când prescripția va începe să curgă de la data descoperirii. Pentru executarea unor lucrări curente, termenele prevăzute la alin. (1) sunt de o lună, în cazul prevăzut la lit. a), respectiv de 3 luni, în cazul prevăzut la lit. b).(3) Dispozițiile alin. (1) și (2) se aplică și în cazul lipsei calităților convenite ori al lipsurilor cantitative, însă numai dacă oricare dintre aceste lipsuri nu puteau fi descoperite, fără cunoștințe speciale, printr-o verificare normală. Termenele prevăzute în prezentul articol sunt termene de garanție înăuntrul cărora viciile trebuie, în toate cazurile, să se ivească. ”

C. civ.⁴⁶ menționează în mod expres că viciile, respectiv neconformitățile trebuie să apară înăuntrul termenelor de garanție de un an, trei ani, o lună, respectiv trei luni. Cu toate acestea, antreprenorul va putea face proba contrară, înlăturând prezumțiile legale relative de ivire și de descoperire a viciilor și neconformităților, dovedind că acestea s-au ivit după expirarea termenelor de garanție sau că ar fi fost descoperite la o dată anterioară, în prima ipoteză garanția nu mai funcționează, iar în cea de a doua termenul de prescripție curge de la dată precedentă⁴⁷.

Prin urmare, dacă în cursul termenului de garanție acordat de lege beneficiarului se ivește un viciu ascuns sau o neconformitate neidentificată în cursul recepției în mod neimputabil, antreprenorul este obligat în baza garanției să îi acopere prejudiciul astfel produs prin una din modalitățile prevăzute de lege. Astfel situațiile precum caz fortuit sau forță majoră nu-l vor elibera pe antreprenor de îndatorirea aceasta. Trebuie însă subliniat faptul că această garanție „este inclusă de drept în contract, fără a fi necesar ca părțile să o stipuleze în mod expres, fiind așadar legală, ea nu este însă imperativă, ceea ce permite părților ca, prin înțelegerea lor, să o modifice”⁴⁸.

⁴⁶ A se vedea art. 2531 alin (4) C.civ. „Termenele prevăzute în prezentul articol sunt termene de garanție înăuntrul cărora viciile trebuie, în toate cazurile, să se ivească. ”

⁴⁷ D. CHIRICĂ, *Tratat de drept civil.*, p. 418.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 399.

C. **Riscul sporirii onerozității propriei obligații**

Obligațiile asumate prin contract trebuie îndeplinite, chiar și în situația în care acestea devin mai dificil de realizat, fie din cauza creșterii costurilor asociate îndeplinirii propriilor obligații, fie din cauza reducerii valorii beneficiilor primite în schimb⁴⁹, prin urmare părțile sunt responsabile să-și onoreze angajamentele în ciuda apariției unor circumstanțe care pot afecta inițial echilibrul contractului. Astfel, regula este că dacă îți asumi o obligație trebuie să execuți, chiar dacă executarea devine mai oneroasă, de aceea pentru a discuta despre impreviziune nu este suficient doar un dezechilibru între prestații, este necesară o discrepanță semnificativă. În consecință, sporirea onerozității propriilor obligații o suportă antreprenorul, el poate constata în cursul executării contractului, că apar prestații suplimentare care trebuie efectuate. Aceste riscuri independente de recepție, în mod normal sunt în sarcina antreprenorului, însă acesta le poate ajusta tocmai prin modul în care fixează prețul, transferându-le în tot sau în parte în sarcina beneficiarului.

În cazul contractului de antrepriză este posibil ca prețul propriu-zis să fie determinat ulterior încheierii contractului, chiar ulterior executării

⁴⁹ A se vedea art. 1271 C.civ. „Părțile sunt ținute să își execute obligațiile, chiar dacă executarea lor a devenit mai oneroasă, fie datorită creșterii costurilor executării propriei obligații, fie datorită scăderii valorii contraprestației. Cu toate acestea, dacă executarea contractului a devenit excesiv de oneroasă datorită unei schimbări excepționale a împrejurărilor care ar face vădit injustă obligarea debitorului la executarea obligației, instanța poate să dispună:a) adaptarea contractului, pentru a distribui în mod echitabil între părți pierderile și beneficiile ce rezultă din schimbarea împrejurărilor;b) încetarea contractului, la momentul și în condițiile pe care le stabilește.”

obligățiilor⁵⁰, întrucât la momentul încheierii contractului acesta este determinabil în temeiul criteriilor fixate de lege, „prețul depinde într-adevăr, aici, de o activitate umană, a cărei întindere poate să nu fie cunoscută dinainte”⁵¹. Codul civil reglementează trei modalități de stabilire a prețului în cazul contractului de antrepriză, prețul estimat⁵², prețul stabilit în funcție de valoarea lucrărilor⁵³, respectiv prețul forfetar⁵⁴. Criteriul pentru această tipologie de preț este modul în care pendulează riscurile între părți: prețul forfetar presupune că riscurile lucrării revin antreprenorului, cel estimativ

⁵⁰ A se vedea art. 1854 C.civ. „Prețul antreprizei poate consta într-o sumă de bani sau în orice alte bunuri sau prestații. Prețul trebuie să fie serios și determinat sau cel puțin determinabil. Atunci când contractul nu cuprinde clauze referitoare la preț, beneficiarul datorează prețul prevăzut de lege ori calculat potrivit legii sau, în lipsa unor asemenea prevederi legale, prețul stabilit în raport cu munca depusă și cheltuielile necesare pentru executarea lucrării ori prestarea serviciului, avându-se în vedere și uzanțele existente. ”.

⁵¹ Ph. MALAURIE, L. AYNÉS, P.-Y. GAUTIER, *Drept civil. Contractele speciale*, p. 419.

⁵² A se vedea art. 1865 C.civ. „Atunci când, cu ocazia încheierii contractului, prețul lucrărilor sau al serviciilor a făcut obiectul unei estimări, antreprenorul trebuie să justifice orice creștere a prețului. Beneficiarul nu este ținut să plătească această creștere decât în măsura în care ea rezultă din lucrări sau servicii care nu puteau fi prevăzute de către antreprenor la momentul încheierii contractului.”.

⁵³ A se vedea art. 1866 C.civ. „Dacă prețul este stabilit în funcție de valoarea lucrărilor executate, a serviciilor prestate sau a bunurilor furnizate, antreprenorul este ținut, la cererea beneficiarului, să îi dea socoteală despre stadiul lucrărilor, despre serviciile deja prestate și despre cheltuielile deja efectuate.”.

⁵⁴ A se vedea art. 1867 C.civ. „Atunci când contractul este încheiat pentru un preț global, beneficiarul trebuie să plătească prețul convenit și nu poate cere o diminuare a acestuia, motivând că lucrarea sau serviciul a necesitat mai puțină muncă ori a costat mai puțin decât s-a prevăzut. Tot astfel, antreprenorul nu poate pretinde o creștere a prețului pentru motive opuse celor menționate la alin. (1). Prețul forfetar rămâne neschimbat, cu toate că s-au adus modificări cu privire la condițiile de executare inițial prevăzute, dacă părțile nu au convenit altfel.”.

reduce parțial riscurile din sarcina antreprenor și, în final, cel stabilit în funcție de valoarea lucrărilor transferă riscurile lucrării la beneficiar. Aceste texte legale cuprind de fapt reglementări cu privire la obiectul obligației beneficiarului – plata prețului – și obiectul obligației antreprenorului – executarea lucrării pentru a se atinge rezultatul contractual –, prin urmare ele se referă la corelația prețului cu contraprestația.

Într-un contract cu preț forfetar, suma globală convenită de părți rămâne constantă pe parcursul executării acestuia, fără a fi supusă modificărilor unilaterale din partea beneficiarului sau a antreprenorului. Consecința este că beneficiarul rămâne obligat să plătească prețul stabilit, iar antreprenorul nu poate solicita o majorare a acestuia, chiar dacă costurile de execuție sunt mai mari decât estimarea inițială. De asemenea, beneficiarul nu poate cere o reducere a prețului, chiar dacă lucrarea a necesitat mai puține resurse decât s-a anticipat. În momentul în care antreprenorul își asumă un preț forfetar înseamnă că acesta a stabilit contractual că va face tot ceea ce este necesar, toate lucrările necesare pentru a atinge rezultatul dorit de beneficiar, întrucât această sumă globală consimțită de părți nu este susceptibilă de modificare și nu este nici corelată cu eventualele lucrări pe care antreprenorul ar trebui să le execute.

Prin urmare, antreprenorul își asumă doua riscuri: riscul ca pe parcursul derulării contractului prețul manoperei, costul materialelor să crească și riscul ca lucrarea, rezultatul pe care l-a asumat față de beneficiar să implice executarea unor prestații suplimentare pe care nu le-a putut anticipa. Ambele riscuri vor face ca în esență obligația lui să devină mai oneroasă, cu alte cuvinte va avea costuri mai mari în executarea contractului, fie pentru că se scumpesc materialele, fie pentru că descoperă necesitatea unor lucrări pe care nu le-a prevăzut. Totuși există și anumite avantaje posibile în ceea ce îl privește pe antreprenor, în măsura în care, pe parcursul derulării contractului

se constată că sunt necesare prestații de un cost mai mic decât cel preconizat, el va obține un spor patrimonial, însă pentru client „prezintă pericolul ca antreprenorul să execute lucrările cu cheltuieli minime, în detrimentul calității lucrării”⁵⁵

În contrast cu prețul forfetar, care este fixat definitiv de părți înainte de începerea executării lucrării, prețul de deviz este doar estimativ la momentul încheierii contractului. Acesta este determinat pe baza unei evaluări a costurilor anticipate pentru finalizarea lucrării, însă suma exactă nu este stabilită în mod precis, prețul de deviz este determinabil, adică va fi calculat în mod real la finalul lucrării, pe baza cheltuielilor efective. Astfel, prețul final datorat de client va fi determinat prin însumarea costurilor efectiv înregistrate în timpul execuției contractului.⁵⁶ În ipoteza în care antreprenorul a stabilit un preț estimativ în sarcina sa se va regăsi un singur risc, riscul scumpirii materialelor, însă nu mai preia riscul unor lucrări care se dovedesc a fi necesare și care nu puteau fi anticipate la momentul încheierii contractului. De subliniat faptul că, lucrările suplimentare pentru care nu-și asumă un risc sunt cele ce nu puteau fi prevăzute în mod obiectiv de către antreprenor, ele fiind imprevizibile la acel moment, în legătură cu a căror necesitate antreprenorul se afla într-o eroare scuzabilă, neimputabilă. În consecință, aceasta este diferența față de prețul forfetar, aici își asumă doar riscul costurilor suplimentare generate de chestiuni strict economice. „Acest sistem îi permite antreprenorului să transfere dificultățile neașteptate întâlnite în activitatea sa, ceea ce este mai puțin rigid decât convenția forfetară, și clientul să nu depindă de corectitudinea antreprenorului, ceea ce asigură o previzibilitate mai mare”⁵⁷

⁵⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNÉS, P.-Y. GAUTIER, *Drept civil. Contractele speciale*, p. 420.

⁵⁶ D. CHIRICĂ, *Drept civil. Contracte speciale*, p. 252.

⁵⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNÉS, P.-Y. GAUTIER, , *Drept civil. Contractele speciale*, p. 422.

În final, art. 1866⁵⁸ C.civ. reglementează prețul stabilit în funcție de valoarea lucrărilor sau a bunurilor furnizate, în această ipoteză antreprenorul este obligat, la cererea beneficiarului, să furnizeze o raportare detaliată cu privire la progresul lucrărilor, serviciile prestate până în momentul respectiv și cheltuielile efectuate. Această îndatorire implică furnizarea informațiilor utile pentru a permite beneficiarului să monitorizeze și să evalueze corect stadiul, calitatea executării contractului, respectiv costurile aferente, cu scopul de a anticipa cât de cât întinderea prestației sale. Astfel, la momentul încheierii contractului nu se determină un preț propriu-zis, ci se stabilesc criteriile legale pe baza cărora acesta va fi stabilit. Consecința practică a alegerii unui preț calculat *post factum* este faptul că, din punct de vedere juridic, antreprenorul nu își asumă nici riscul sporirii costurilor executării contractului, nici riscul aparițiilor unor lucrări suplimentare, care nu puteau fi prevăzute, ambele riscuri se găsesc la beneficiar, el este ținut să achite prețul integral la momentul finalizării lucrării.

Așadar, prețurile privite în această ordine, conturează o descreștere a riscurilor asumate de antreprenor, la prețul forfetar acesta avea în sarcina sa ambele riscuri, iar la cel stabilit *post factum*, antreprenorul nu-și asumă niciunul dintre riscurile ilustrate. Aceste dispoziții legale surprind legătura între preț și contraprestație, atunci când prețul nu poate fluctua în funcție de costul contraprestației înseamnă că toate riscurile sunt suportate de antreprenor, dacă poate fluctua doar în anumite condiții atunci riscurile sunt partajate între părți, iar dacă acesta variază în funcție de contraprestație,

⁵⁸ A se vedea art. 1866 C.civ. „Dacă prețul este stabilit în funcție de valoarea lucrărilor executate, a serviciilor prestate sau a bunurilor furnizate, antreprenorul este ținut, la cererea beneficiarului, să îi dea socoteală despre stadiul lucrărilor, despre serviciile deja prestate și despre cheltuielile deja efectuate.”.

deoarece este stabilit doar la final, toate riscurile sunt în sarcina beneficiarului.

D. Concluzie parțială cu privire la riscurile după recepție

Capitolul referitor la riscurile după recepție evidențiază tranziția răspunderii principale de la antreprenor la beneficiar, odată cu finalizarea recepției lucrării. Importanța recepției, ca îndatorire contractuală, prin care se validează conformitatea lucrării din perspectiva beneficiarului, transferând astfel riscurile pieirii fortuite sau ale neconformității aparente asupra acestuia. Totuși, anumite riscuri rămân în sarcina antreprenorului, acestea fiind reglementate prin garanția pentru vicii ascunse sau pentru lipsa calităților convenite. În etapa ulterioară recepției, garanția pentru vicii ascunse obligă antreprenorul să remedieze deficiențele care afectează utilitatea lucrării, indiferent de culpa sa. Cu precizarea că aceste defecte trebuie să existe la momentul recepției, însă să nu fi fost descoperite de către beneficiarul care a acționat în mod diligent. În același timp, riscul sporirii onerozității obligațiilor, care derivă din fluctuații de preț sau alte împrejurări imprevizibile, poate influența echilibrul contractual. Acest risc, specific obligațiilor de antrepriză, este delimitat prin clauze contractuale privind ajustarea prețului, asigurând o repartizare echitabilă a consecințelor financiare între părți.

Concluzie

În momentul în care discutăm despre **contractul de antrepriză**, ca principiu, antreprenorul acționează pe riscul propriu, fiindcă are capacitatea de a acționa independent în privința aspectelor economice și operaționale ale proiectului, bucurându-se de libertatea de a organiza și executa lucrările. Cu alte cuvinte, legiuitorul a avut în vedere calitatea sa de profesionist și autonomia de care se bucură, iar consecința acestora este suportarea riscurilor⁵⁹. Aceste riscuri se găsesc în sarcina sa având în vedere calitatea sa de debitor al obligației de a executa lucrarea, aici intră în discuție riscurile materialelor pe care el folosește, imposibilitatea fortuită de executare a obligației, riscul sporirii onerozității obligațiilor asumate.

O relevanță majoră în materia riscurilor o prezintă **obligația asumată de antreprenor**, iar acesta, de regulă, își asumă **obligații de rezultat** și doar prin excepție **obligații de mijloace**. Această distincție dintre obligații influențează modul de repartizare a riscurilor: în cazul obligațiilor de rezultat, antreprenorul trebuie să atingă un anumit obiectiv, iar dacă acesta nu poate fi realizat, nu va putea pretinde prețul lucrării, în schimb, în cazul obligațiilor de mijloace, antreprenorul poate fi exonerat de răspundere dacă dovedește că a depus toate diligențele necesare.

În perioada de executare a lucrării, înainte de recepție, antreprenorul suportă **riscul bunului**, care presupune deteriorarea sau pierirea fortuită a materialelor utilizate. În măsura în care materialele sunt puse la dispoziție de către el, (părțile trebuie să deroge în mod explicit pentru ca materialele să provină de la client), antreprenorul suportă riscul pieririi fortuite a materialelor, fiind obligat să aducă altele în loc și adesea să execute din nou lucrarea la același preț. Un alt risc ce se poate ivi pe parcursul derulării

⁵⁹ G. Ilie, *Riscurile în contracte*, p. 95.

contractului este **riscul obligației**. Acesta intervine atunci când apare imposibilitatea fortuită de executare, caz în care antreprenorul nu mai poate pretinde plata prețului. Tot anterior recepției, **obligația de informare** joacă un rol esențial în echilibrarea riscurilor contractuale, întrucât antreprenorul trebuie să aducă la cunoștința beneficiarului orice impediment care poate afecta execuția contractului. Dacă beneficiarul refuză să ia măsuri, acesta preia riscul unei executări necorespunzătoare.

Transferul riscurilor se face în momentul **recepției**, aceasta din urmă presupune verificarea și confirmarea de către creditor a faptului că obligația contractuală s-a executat conform. Contractul de antrepriză nu este translativ de proprietate, recepția în sine nu condiționează dobândirea proprietății de către beneficiar, ea prezintă interes în ceea ce privește strămutarea riscurilor de la antreprenor la beneficiar. Riscul bunurilor se mută la beneficiar, așadar dacă anterior recepției bunul pierde din cauze exterioare, evenimente fortuite străine de lucru și de eventuale vicii ascunse, riscurile sunt integral la antreprenor, iar după momentul recepției, ele se regăsesc la beneficiar. Într-adevăr, din momentul recepției, riscurile se mută la beneficiar, dar nu toate, o parte din riscuri sunt în continuare acoperite prin garanțiile pe care le oferă antreprenorul.

Ulterior realizării recepției antreprenorul este ținut de **garanția legală pentru vicii ascunse și calități convenite**, întocmai ca vânzătorul. Prin urmare, în cazul în care în cursul termenului de garanție acordat de lege se constată existența unui viciu ascuns sau a unei neconformități neidentificate în timpul recepției din motive neimputabile, antreprenorul este obligat să acopere prejudiciul suferit de către beneficiar. Considerarea acestei obligații de garanție ca fiind un risc pentru antreprenor este motivată de faptul că această îndatorire este una cu caracter obiectiv,

independentă de orice culpă a acestuia⁶⁰. Consecințele juridice determinate de activarea obligației de garanție se prezintă ca un risc, deoarece acestea se concretizează într-o micșorare a patrimoniului antreprenorului, ca urmare a necesității remedierii acestor inconveniente⁶¹ prin una dintre modalitățile prevăzute de lege.

Cele trei texte reglementate de Codul civil⁶² cu privire la preț se referă la întinderea riscurilor pe care le asumă antreprenorul. Așadar, **prețul forfetar** îl expune la toate riscurile posibile legate de sporirea onerozității propriiei obligații, însă are și o șansă de a obține un profit mai mare, în măsura în care obligația este mai puțin oneroasă decât a anticipat el. În cazul **prețului estimat sau de deviz**, se face un deviz înainte de încheierea contractului, adică antreprenorul face o estimare anticipată a costurilor presupuse de lucrări, în prezența acestui preț el păstrează un singur risc, riscul

⁶⁰ Codruța E. MANGU, *Accepțiuni și manifestări ale riscului*, p. 372.

⁶¹ *Ibidem*, p. 376.

⁶² A se vedea art. 1865 C.civ. „Atunci când, cu ocazia încheierii contractului, prețul lucrărilor sau al serviciilor a făcut obiectul unei estimări, antreprenorul trebuie să justifice orice creștere a prețului. Beneficiarul nu este ținut să plătească această creștere decât în măsura în care ea rezultă din lucrări sau servicii care nu puteau fi prevăzute de către antreprenor la momentul încheierii contractului.”.

A se vedea art. 1866 C.civ. „Dacă prețul este stabilit în funcție de valoarea lucrărilor executate, a serviciilor prestate sau a bunurilor furnizate, antreprenorul este ținut, la cererea beneficiarului, să îi dea socoteală despre stadiul lucrărilor, despre serviciile deja prestate și despre cheltuielile deja efectuate.”.

A se vedea art. 1867 C.civ. „Atunci când contractul este încheiat pentru un preț global, beneficiarul trebuie să plătească prețul convenit și nu poate cere o diminuare a acestuia, motivând că lucrarea sau serviciul a necesitat mai puțină muncă ori a costat mai puțin decât s-a prevăzut. Tot astfel, antreprenorul nu poate pretinde o creștere a prețului pentru motive opuse celor menționate la alin. (1). Prețul forfetar rămâne neschimbat, cu toate că s-au adus modificări cu privire la condițiile de executare inițial prevăzute, dacă părțile nu au convenit altfel.”.

ca lucrările pe care le-a asumat prin deviz să fie mai scumpe decât preconizase. În cele din urmă, **prețul stabilit în funcție de valoarea lucrărilor** îl păzește pe antreprenor de aceste riscuri, deoarece nu va suporta nici riscul sporirii onerozității propriilor obligații, nici riscul apariției unor prestații suplimentare pe care ar trebui să le facă și nu le-a anticipat.

Bibliografie

- ALEXANDRESCO Dimitrie, Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine, tomul V, Tipografia națională, Iași, 1928;
- ALEXANDRESCO Dimitrie, Principiile dreptului civil român, vol. III, Ed. Tipografia Curții Regale F. Gobl Fii, București, 1926;
- CHIRICĂ Dan, Drept civil. Contracte speciale, Ed. Lumina Lex, București, 1997;
- CHIRICĂ Dan, Tratat de drept civil. Contracte speciale, vol. I. Vânzarea și schimbul, Ed. a 2-a, reviz., Ed. Hamangiu, București, 2012;
- DEAK Francisc, Tratat de drept civil. Contracte speciale, vol. II, Ediția a IV-a actualizată de Lucian Mihai și Romeo Popescu, Ed. Universul Juridic, București, 2006;
- DINCĂ Răzvan, Contracte civile special în noul cod civil, Universul Juridic, București, 2013;
- HAMAGIU Constantin, Rosetti-Bălănescu Ion, Băicoianu Alexandru, Tratat de drept civil român, vol. II, Ed. All, București, 2002;
- ILIE George-Alexandru, Riscurile în contracte de la vechiul cod la noul cod civil, Ed. Universul Juridic, București, 2012 ;
- MALAUERIE Philippe, AYNÉS Laurent, Gautier Pierre-Yves, Drept civil. Contractele speciale, Ed. Wolters Kluwer – România, Defrenois, 2009, coordonator al ediției în limba română M. Șcheaua, traducere – D. Dănișor;
- MANGU Codruța E., Accepțiuni și manifestări ale riscului în principalele contracte civile speciale comutative, Timișoara, 2011;
- MOTICA Radu, NEGRESCU Dan, Lexicon juridic latin-român, Lumina Lex, București, 2001;
- POP Liviu, POPA Ionuț-Florin, VIDU Stelian Ioan, Tratat elementar de drept civil: Obligații, Universul Juridic, București, 2012 ;
- VASILESCU Paul, Drept civil. Obligații, Ed. Hamangiu, București, 2012.

ARTICOLE

INTERPRETAREA JUDICIARĂ CREATOARE DE DREPT?

DOI: 10.24193/SUBBIur.69(2024).3.97-111
Data publicării online: 17.03.2025

Septimiu-Ioan PUȚ*

Rezumat: Una dintre disputele majore ale Teoriei dreptului este legată de limitele interpretării juridice și judiciare, cu accent preponderent pe posibilitatea judecătorului de a crea drept. Deși în familia de drept romano-germanică, rolul judecătorului în soluționarea cauzei este limitat de ultra-normativizarea pozitivă, observăm că judecătorul creează și recrează dreptul prin *juris dictio*-ul specific, prin intermediul hotărârilor judecătorești pe care le pronunță, prin ceea ce reprezintă unicitatea procesului de interpretare și transpunere a normelor juridice pozitive în realitatea imediată. Decantarea semnificațiilor, simbolurilor și valențelor juridice din normele de drept, prin intermediul interpretării juridice, reprezintă o adevărată creație intelectuală.

Cuvinte cheie: drept, interpretare juridică, juris-dictio, aplicarea dreptului

* Lect.univ.dr., Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai Cluj-Napoca, avocat în Baroul Cluj, e-mail: septimiu.put@law.ubbcluj.ro, <https://orcid.org/0000-0002-5765-2224>.

DOES JUDICIAL INTERPRETATION CREATE LAW?

Abstract: One of the major disputes in the Theory of Law is about the limits of legal and judicial interpretation, with a predominant focus on the judge's ability to create law. Although, in the Romano-Germanic family of law, the role of the judge in the resolution of the case is limited by positive ultra-normativization, we observe that the judge creates and recreates law through the specific *juris-dictio*, through the judgments he pronounces, through what represents the uniqueness of the process of interpretation and transposition of positive legal norms into the immediate reality. The decantation of meanings, symbols and legal valences from legal rules through legal interpretation is a true intellectual creation.

Keywords: law, interpretation of law, *juris-dictio*, application of law

Cuprins

Cuprins.....	98
I. Cine creează și cine interpretează regulile de drept?	99
II. Despre interpretări judiciare <i>inter partes</i> și <i>erga omnes</i>	100
III. Ce reprezintă în dimensiunea „tipică” interpretarea normei juridice?	103
IV. Ce poate reprezenta în dimensiunea „atipică” interpretarea normei juridice?	105
A. Limitele normative ale creativității judiciare.....	105
B. Unele dintre situațiile de ilustrare a creativității judiciare	108
1. Proportionalizarea obligațiilor fiscale accesorii.....	108
2. Taxele percepute cu ocazia primei înmatriculări a vehiculelor în România.....	110
Concluzii	111

I. Cine creează și cine interpretează regulile de drept?

Crearea dreptului reprezintă un proces complex cu un impact social major. Reglementarea raporturilor sociale prin norme juridice reprezintă forma radicală de monitorizare și aliniere a comportamentelor umane. Niciun alt standard formal impus societății și membrilor acesteia nu atrage repercusiuni atât de grave. Modificările sunt fundamentale: normele sociale se transformă în norme juridice, individul devine subiect de drept, iar relațiile sociale devin raporturi juridice¹.

Funcțional, în splitarea competenței organice în paradigma separației funcțiilor statului, normele juridice sunt elaborate la nivel central de către Parlament – organ reprezentativ și legislativ, iar la nivel județean sau local de către consiliile județene sau locale. În realitatea normativă autohtonă, Guvernul se insinuează agresiv în zona legislativă, cel puțin cantitativ.

Dacă elaborarea normelor juridice este apanajul funcției legislative, interpretarea este realizată, predilect, de către organele funcțiilor executive și judecătorești, exhibate în organe de aplicare a legii. Vom distinge, în funcție de organul interpretativ, între interpretare administrativă și interpretare judiciară.

Organul legislativ emitent, conștientizând necesitatea clarificării sensului și finalităților autentice ale reglementării inițiale, poate interpreta el însuși actul normativ, situație în care interpretare este autentică. Normele juridice interpretative au aceeași forță juridică cu cea a normelor de drept interpretate, dar normele interpretative nu reprezintă o excepție de la principiul neretroactivității legii.

În acest context, în care am observat că organul legislativ creează (elaborează) și interpretează legea, apare întrebarea dacă organul judiciar

¹ S.I. PUȚ, *Teoria dreptului*, Ed. Hamangiu, București, 2024, p. 154.

(prin etalonul și modelul absolut, dar comun - instanța de judecată, de la completul unipersonal, judecătorul sindic în procedura insolvenței, până la completele colegiale din căile de atac comune sau extraordinare) doar interpretează sau și creează legea, regula, norma?

II. Despre interpretări judiciare *inter partes* și *erga omnes*

Distingând între *le donne et le construit*, adică între „dat” și „construit”² juridic, se impune să evidențiem faptul că nu doar construirea realității normative intră în cea de a doua categorie, ci și construirea sau rejuvenarea realității normative devenite realitate judiciară, imediată.

Conștient de faptul că destinatarul normei juridice este „persoana comună”, adică un subiect de drept fără pregătire juridică care ar trebui să fie în măsură să decripteze sensul normativ al legii și să se poată conforma dispozitivului normei juridice, legiuitorul trebuie să se preocupe principal de elaborarea unor norme juridice clare, neechivoce și, pe cât posibil, care să nu predisună la interpretări eterogene³. Totuși, în ciuda acestui deziderat juridic, praxisul administrativ și judiciar a confirmat importanța indeniabilă a interpretării juridice.

Paradigma comună a interpretării juridice ilustrează imaginea clasică a litigiului – raport de drept procesual transfigurat și derivat din raportul de drept material în care, cel puțin două părți, poziționate procesual antagonic,

² FR. GENY, *Science et technique en droit privé positif. Première partie. Position actuelle du problème du droit positif. Éléments de sa solution*, Sirey, Nancy, 1913, p. 97.

³ S.I. PUȚ, *Teoria dreptului*, p. 160.

formal⁴ sau efectiv, urmăreau pronunțarea unei hotărâri judecătorești prin care să li se valideze pretențiile sau apărările vehiculate.

Astfel, instanța de judecată, privită ca resort ultim în privința interpretării juridice și aplicării dreptului, în dimensiunea *inter partes*, pronunță o hotărâre care produce efecte juridice depline în limitele procesuale date și cu privire la părțile litigante. Pentru persoanele neîmprocuate, hotărârea judecătorească rămâne în zona unei opozabilități relativizate.

Alta este situația în dimensiunea excepțională *erga omnes* – în recursurile în interesul legii sau în hotărârile prealabile pronunțate de către Înalta Curte de Casație și Justiție. Aceasta pentru că, în ciuda naturii organului care realizează interpretarea juridică și a limitelor inerente ale interpretării, efectele juridice ale interpretării în aceste proceduri, prin permeabilitatea atipică, produc efecte juridice directe cu privire la alte dosare în afara dosarului în care au fost pronunțate.

Elementul comun de specificitate al celor două proceduri este reprezentat de necesitatea asigurării uniformizării practicii judiciare prin interpretare juridică, care deși formal, tipic, funcțional, se prezintă drept o interpretare cazuală, ea reprezintă ca efecte juridice o formă efectivă de interpretare generală.

Din perspectiva elementelor de diferențiere dintre cele două proceduri, așa cum am evidențiat pe larg într-un alt context, hotărârile

⁴ Este notorie existența unor litigii artificiale (care nu marcau un conflict judiciar veritabil) care aveau drept unic scop juridificarea unor situații factuale prin mecanismele judiciare, cum era cazul așa-ziselor „prestații tabulare”, prin intermediul cărora antecontractele de vânzare cu privire la terenuri erau ridicate la rang de contracte de vânzare, prin intermediul hotărârilor judecătorești.

prealabile nu trebuie să fie confundate cu recursul în interesul legii din vechea reglementare din cel puțin trei considerente:

„Mai întâi, calitatea de a sesiza Înalta Curte de Casație și Justiție pentru a soluționa recursul în interesul legii o are Procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, din oficiu sau la cererea Ministrului Justiției, precum și colegiile de conducere ale Curților de apel sau Avocatul Poporului, în timp ce sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru pronunțarea unei hotărâri prealabile în chestiuni de drept o poate realiza orice instanță care soluționează o cerere „în ultimă instanță” și care consideră necesară interpretarea unei chestiuni de drept⁵.

Apoi, recursul în interesul legii era promovat pentru a se asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii pe întreg teritoriul României și viza chestiuni de drept care au fost soluționate diferit de instanțele judecătorești, în timp ce noua procedură a sesizării Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru a pronunța hotărâri prealabile în chestiuni de drept vizează procese care se află pe rolul instanțelor de recurs și care vor fi soluționate ținând cont de hotărârea prealabilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție.

În al treilea rând, dacă prin recursul în interesul legii se realiza o interpretare *a posteriori*, prin interpretarea chestiunilor de drept în procedura prevăzută de art. 519-521 ale actualului Cod se realizează o interpretare *a priori* dacă ne raportăm la momentul rămânerii definitive a hotărârii judecătorești și la efectele produse față de părțile respectivei cauze, dar și față de alți justițiabili aflați în situații similare⁶.

În fine, în aceeași dimensiune excepțională *erga omnes*, trebuie evidențiată și perspectiva europeană, în interpretarea formalizată de către instanțele europene prin hotărârile pronunțate care depășesc limitele juridice ale dosarului în care sunt pronunțate, fiind utile sau opozabile și altor persoane decât cele efectiv împricinate. Interpelarea Curții de Justiție a Uniunii Europene prin mecanismul întrebării preliminare declanșează un

⁵ Acest instrument procesual nu este la îndemâna părților litigante. Calitatea de a sesiza ICCJ o are exclusiv instanța de judecată care judecă în „ultimă instanță”.

⁶ S.I. PUȚ, Teoria dreptului, pp. 83-85.

proces într-un proces care va produce efecte juridice nu doar pentru procesul formal în care se pronunță, ci și pentru ceea ce tinde la a reprezenta, axiologico-juridic, valențele rulate în procesul de valorizare, interpretare, coroborare a planurilor normative.⁷

III. Ce reprezintă în dimensiunea „tipică” interpretarea normei juridice?

Enumerarea temeiurilor conceptuale ale interpretării juridice: modelul tradițional – interpretarea ca operație tehnică, discursul interpretativ – constitutiv de semnificație, dimensiunea filosofică și cultică, interpretarea ca specie a hermeneuticii sau ideea de construct teoretic pluralist și complex⁸ relevă o multitudine de abordări, dar și de semnificații.

Tipicitatea decantării semnificațiilor juridice marchează ideea cunoscută și recunoscută potrivit căreia interpretarea nu presupune refacerea/reinventarea normei juridice, ci decriptarea semnificațiilor acesteia. Astfel, finalitatea interpretării juridice este dată de explicarea a ceea ce urmărește/fixează norma juridică, *hic et ubique* generală și impersonală.

În procesul aplicării dreptului, organul de aplicare (judecătorul, organul administrativ ș.a.) trebuie să clarifice textul normei juridice, să descrie limitele proiecției normative cu privire la situația factuală dată și să aplice legea în consecința logico-juridică. Așadar, prin interpretarea juridică se compatibilizează cele două planuri: abstract și concret.

În esență, prin interpretarea juridică trebuie stabilit dacă un conținut normativ (generic) este aplicabil conținutului factual (concret), dacă acesta

⁷ Național și unional.

⁸ A se vedea M. BĂDESCU, *Teoria generală a dreptului*, Curs universitar, Ediția a VII-a, revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2022, pp. 163-165.

din urmă se încadrează în paradigma (generică) a normei juridice. Suprapunând cele două planuri complementare, în și prin interpretare se deoalează sensul autentic, real, conform, al voinței legiuitorului cu privire la situația socială reglementată juridic.

În cauza *Dragotoniu și Militaru-Pidhorni* împotriva României⁹ din 2007, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a evidențiat importanța eliminării echivocului juridic inerent din conținutul normativ:

„... din cauza principiului generalității legilor, conținutul acestora nu poate prezenta o precizie absolută. Una din tehnicile tip de reglementare constă în recurgerea mai degrabă la categorii generale decât la liste exhaustive. (...) Interpretarea și aplicarea unor asemenea texte depind de practică. Funcția decizională acordată instanțelor servește tocmai pentru a îndepărta îndoielile ce ar putea exista în privința interpretării normelor, ținând cont de evoluțiile practicii cotidiene, cu condiția ca rezultatul să fie coerent cu substanța infracțiunii și evident previzibilă”.

⁹ Hotărârea din 24 mai 2007 din cauza *Dragotoniu și Militaru-Pidhorni* împotriva României (cererile nr. 77.193/01 și 77.196/01), online: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-122714>.

IV. Ce poate reprezenta în dimensiunea „atipică” interpretarea normei juridice?

A. Limitele normative ale creativității judiciare

După ce am decriptat tipicitatea interpretativă, de decantare a semnificațiilor normative în plan concret limitat, se impune să evidențiem elementele care susțin „atipicitatea” interpretativă.

În materie civilă, potrivit dispozițiilor art. 1 alin. (2) C.civ.¹⁰:

„În cazurile neprevăzute de lege se aplică uzanțele, iar în lipsa acestora, dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare, iar când nu există asemenea dispoziții, principiile generale ale dreptului”.

Potrivit art. 5 alin. (3) C.proc.civ.¹¹:

„În cazul în care o pricină nu poate fi soluționată nici în baza legii, nici a uzanțelor, iar în lipsa acestora din urmă, nici în baza dispozițiilor legale privitoare la situații asemănătoare, ea va trebui judecată în baza principiilor generale ale dreptului, având în vedere toate circumstanțele acesteia și ținând seama de cerințele echității.(4) Este interzis judecătorului să stabilească dispoziții general obligatorii prin hotărârile pe care le pronunță în cauzele ce îi sunt supuse judecării”.

Așadar, la fel cum absența normei juridice de drept material nu implică automat imposibilitatea nașterii raportului juridic, nici absența normei juridice de drept procedural nu implică automat imposibilitatea rezolvării problematicei raportului juridic de drept procedural.

În dreptul penal, analogia operează cu titlu excepțional și doar dacă aceasta este în favoarea inculpatului. Dacă este strict interzisă extinderea pe cale de analogie a dispozițiilor care incriminează o faptă sau agravează răspunderea, nu același lucru se poate afirma când este vorba despre cauze

¹⁰ M.of.: 409 din 10 iunie 2011.

¹¹ Rep. M.of: 247 din 10 aprilie 2015.

care atenuază sau sting răspunderea penală¹². Dacă, utilizând procedeul analogiei, prin extinderea sferei de aplicabilitate a normei juridice penale la o situație nereglementată, dar asemănătoare cu cea descrisă normativ, i se creează o situație mai favorabilă inculpatului, aceasta este admisibilă și trebuie valorizată ca atare.

În esență, analogia legii reprezintă aplicarea unei norme juridice unei situații asemănătoare cu situația pe care aceasta o reglementează, care nu beneficiază de o reglementare juridică, în vreme ce analogia dreptului intervine în ipoteza inexistenței normelor juridice asemănătoare care, prin analogie, ar fi susceptibile să fie aplicate situației deduse judecății, astfel că se apelează la principiile generale ale dreptului.

Apar drept legitime două întrebări: Ce presupune analogia? Aplicare sau (și) creare? Norma ce reglementează un raport juridic este extinsă/aplicată unui raport juridic nereglementat! Reprezintă aceasta doar o traducere mecanică?

Apoi, în aceeași ordine logico-juridică: ce presupune aplicarea principiilor generale ale dreptului (analogia dreptului)? Aplicare sau (și) creare? Din punctul nostru de vedere, caracterul fecund și generalitatea maximă a principiilor îi lasă judecătorului o libertate mai extinsă decât „libertatea normativă”, astfel că intervenția creativității judiciare este inevitabilă.

În fine, ar trebui să formalizăm aceeași întrebare și cu privire la judecata în echitate: ce presupune judecarea în echitate, aplicare sau (și) creare? Abandonarea rigorii normative și ieșirea „în deschisul juridic” sau judecarea în echitate a cauzei – *fiat justitia, pereat mundus*, este simbolul

¹² FL. STRETEANU, D. NIȚU, *Drept penal. Partea generală*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 47.

necesității identificării dreptății¹³ - *Justice has been done* – dincolo de lege, în temeiul unui principiu superior axiologic normei de drept care marchează un „bun simț” etico-juridic primar, elementar. Aceasta pentru că, justițiabililor care au apelat la serviciul public al justiției nu li se poate refuza furnizarea unei soluții judiciare. În ciuda lipsei reperului fix normativ sau extra-normativ, judecătorul are înțelepciunea și experiența de a soluționa cauza prin valorizarea echității, a unor repere etico-juridice decantate pe filonul dreptului natural.

Principiul *ex aequo et bono*, ca valoare morală fundamentală a societății, acționează și în sfera raporturilor juridice, fiind un principiu fundamental al activității de legiferare și de aplicare a dreptului. (...) Din principiul echității, se deduce noțiunea de justiție, ca stare generală ideală a societății, pentru asigurarea fiecărui membru al societății luat individual și pentru toți împreună în scopul satisfacerii drepturilor și intereselor legitime ale lor.¹⁴

În realitate, în cascada izvoarelor formale enumerate în ordine valorică imperativă, judecătorul comun nu ajunge să soluționeze o cauză în echitate decât absolut rarisim, pentru că sunt prevalente celelalte repere juridice. Singura situație de aplicare în echitate veridică și validă este reprezentată de judecata în fața unui tribunal arbitral: comercial sau sportiv. Spre ex. potrivit art. R45 din Codul sportului cu privire la legea aplicabilă fondului¹⁵, părțile pot cere judecarea cauzei de către Tribunalul de Arbitraj Sportiv de la Lausanne în echitate, abandonând intenționat orice reper

¹³ Conceptul de echitate provine din lat. *aequitas* care are chiar sensul de dreptate, cumpătare.

¹⁴ Emilian CIONGARU, Judecarea în echitate – transplant juridic în noul Cod de procedură civilă, Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice, Nr. 4/2014, online: https://www.utgjiu.ro/revista/jur/pdf/2014-04/06_Emilian%20CIONGARU.pdf.

¹⁵ TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT, Code de l'arbitrage en matière de sport, (2014), online: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_TAS_2004_internetf.pdf.

formalizat normativ ca atare: „Completul se pronunță conform regulilor de drept alese de părți sau, în lipsa acestora alegere, conform legislației elvețiene. Părțile pot autoriza completul să se pronunțe în echitate”.

Așadar, în această dimensiune, echitatea semnifică „... mai mult decât justă proporție între părțile din proces, și anume ea mai semnifică corectitudine, imparțialitate, obiectivitate, loialitate, activism judiciar – cumpătat și nepărtinitor, persuadarea părților cu privire la legalitatea și temeinicia judecății, cultivarea încrederii în justiție, pe scurt, o democrație procedurală autentică”¹⁶.

B. Unele dintre situațiile de ilustrare a creativității judiciare

1. Proportionalizarea obligațiilor fiscale accesorii

Prin hotărârea pronunțată în cauza C-183/14, *Salomie și Oltean*¹⁷, par. 51, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a evidențiat faptul că:

„... revine instanței naționale sarcina de a verifica dacă cuantumul sancțiunii nu depășește ceea ce este necesar pentru atingerea obiectivelor care constau în asigurarea colectării în mod corect a taxei și prevenirea evaziunii”.

În această ambianță, instanțele de contencios administrativ și fiscal au soluționat diferit cauzele în care se problematiza proporționalizarea obligațiilor fiscale accesorii: de la radiere accesoriilor fiscale, la limitarea lor la 20%, 30%, 50% din debitul fiscal, până la păstrarea lor integrală drept (legală) și proporțională cu culpa efectivă a contribuabililor persoane fizice.

Ulterior, în dos. nr. 1980/1/2018, ÎCCJ a pronunțat Decizia nr. 86/2018¹⁸ prin intermediul căreia a recalibrat și uniformizat practica judiciară:

¹⁶ Emilian CIONGARU, *Judecarea în echitate...*, p. 95.

¹⁷ CJUE, Hotărârea Curții (Camera a șaptea) din 9 iulie 2015 din afacerea C-183/14, *Salomie și Oltean* c. DGFPP Cluj, ECLI:EU:C:2015:454.

¹⁸ <https://www.iccj.ro/2018/12/10/decizia-nr-86-din-10-decembrie-2018>.

„În interpretarea art. 120 alin. (1) din Ordonanța Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, republicată, cu modificările și completările ulterioare – în forma republicată la 31 iulie 2007 – majorările de întârziere au caracterul unor sancțiuni fiscale. În privința majorărilor de întârziere reglementate în perioada 2007-1 iulie 2010 se poate aplica principiul proporționalității, astfel cum Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reținut în Hotărârea din 9 iulie 2015, pronunțată în Cauza C-183/14 *Salomie și Oltean*. În interpretarea art. 120 alin. (1) din Ordonanța Guvernului nr. 92/2003, astfel cum a fost modificat prin art. I pct. 10 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 39/2010, aprobată prin Legea nr. 46/2011, dobânzile nu au caracterul unor sancțiuni fiscale. În privința dobânzilor nu se poate aplica principiul proporționalității, astfel cum Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reținut în Hotărârea din 9 iulie 2015, pronunțată în Cauza C-183/14 *Salomie și Oltean*”.

Multe dintre hotărârile judecătorești pronunțate inițial de către instanțele de contencios administrativ-fiscal au rămas definitive în variantele respective, ceea ce reprezintă o mostră de creativitate judiciară, pretoriană, din moment ce, instanțele de contencios fiscal, în pofida unei departajări riguroase între dobânzi și majorări de întârziere, au proporționalizat cuantumul accesoriilor fiscale nu atât în temeiul hotărârii pronunțate în cauza C-183/14, *Salomie și Oltean*, cât în virtutea unui principiu al echității fiscale.

2. Taxele percepute cu ocazia primei înmatriculări a vehiculelor în România

O altă mostră de creativitate judiciară este reprezentată de tratarea problematicii taxelor percepute cu ocazia primei înmatriculări a vehiculelor în România de către instanțele de contencios fiscal. Dincolo de multitudinea de variante legislative de reglementare, de la modificările inițiale ale Codului fiscal, până la OUG: 50/2008 privind taxa de poluare pentru autovehicule¹⁹, modificată în cel puțin cinci rânduri²⁰, și până la timbru de mediu, acestea s-au remarcat prin lipsa de inspirație a legiuitorului în a identifica punțile de compatibilizare cu dreptul unional²¹.

Aceste reglementări succesive au generat un contencios masiv de cauze care au trebuit gestionate și soluționate de către instanțele de judecată. În ciuda dispozițiilor legale, prin efortul avocaților pledanți, s-a conturat o jurisprudență națională prin care s-a constatat și confirmat incompatibilitatea versiunilor taxelor de înmatriculare, de poluare sau de mediu cu dreptul european.

Astfel, fie în ceea ce a însemnat legalitatea laxă, europeană, a instituirii, prin raportare meta-normativă, fie în ceea ce privește restituirea, câtimea și modalitatea de recuperare, în considerarea aplicării cu prioritate a dreptului european, instanțele de contencios fiscal au aplicat ele însele dreptul european și au asigurat restituirea efectivă a taxelor. Finalmente, ca urmare a numeroaselor decizii ale Curții de Justiție, Guvernul României a abandonat ideea instituirii acestor taxe și a instituit o procedură de restituire a taxelor percepute nelegal.

¹⁹ M.of.: 327 din 25 aprilie 2008.

²⁰ Cu versiuni distincte aplicabile până la 15 decembrie 2008, după 15 decembrie 2008, după 15 februarie 2009, de la 1 ianuarie 2010 sau de la 1 ianuarie 2011.

²¹ Pentru detalii, a se vedea C.F. COSTAȘ, S.I. PUȚ, *Drept fiscal*, Universul Juridic, București, 2023, pp. 648-680.

Concluzii

Deși în familia de drept romano-germanică, rolul judecătorului în soluționarea cauzei este limitat de ultra-normativizarea pozitivă, observăm că judecătorul creează și recrează dreptul cu fiecare ocazie, cu fiecare analiză, interpretare și hotărâre pronunțată, într-o măsură mai mică sau mai mare, în funcție de specificitatea cauzei, dar și de incidența normativă.

În acest siaz, în „libertinajul procesual” cunoscut, se confirmă faptul că în „actul creator al interpretării”, judecătorul deține un *imperium* unic care augmentează teza unei suveranități procesuale chiar în ciuda căilor de atac virtuale, care odată declanșate, sunt susceptibile să îi relativizeze suveranitatea, dar exclusiv prin mijloace de aceeași natură. Rostirea dreptului (*juris-dictio*) reprezintă actul ultim al interpretării juridice, ca operațiune de formalizare și contextualizare concretă și imediată a devoalării „spiritului legii”.

Așadar, concluziv și esențial, interpretarea juridică reprezintă un act de creație intelectuală.