

INCOMPATIBILITATEA STATUTULUI CONTRACTULUI ELECTRONIC ÎN PROIECTUL CODULUI CIVIL ROMÂN CU PRINCIPIILE PROIECTULUI CODULUI CIVIL EUROPEAN

Lect. univ. drd. Raluca Bercea
Universitatea de Vest din Timișoara

La présente étude analyse le statut contradictoire dont jouissent les contrats électroniques dans l'optique du législateur national, focalisant sur le principe de neutralité, dans l'acception élue par le projet du Code civil européen. Dans cette perspective, l'auteur montre que la réforme projetée du Code civil roumain est loin de respecter, en matière probatoire, les exigences européennes.

1. Un statut contradictoriu. Doctrina care tratează problematica încheierii contractelor în mediu electronic a afirmat, chiar de la începuturile ei, și a menținut apoi în mod constant pe parcursul evoluției pe care a cunoscut-o, principii pe care le-a intitulat „principii de bază și chestiuni fundamentale ale reglementărilor comerțului electronic”¹. Între acestea, două sunt relevante pentru subiectul pe care îl abordăm: principiul neutralității tehnologice (sau regula neutralității media) și principiul abordării funcțional-echivalente (sau al echivalenței funcționale). Astfel, primul stipulează că atât comerțul tradițional, bazat pe înscrisuri materiale, cât și cel electronic, trebuie să beneficieze de același tratament legal, fiind interzisă orice distincție de regim juridic, bazată pe tehnologia utilizată sau pe suportul pe care este fixată informația juridică ce constată actul juridic. Al doilea, în schimb, se întemeiază pe conștientizarea împrejurării că „în prezent, principala modalitate de comercializare a bunurilor și valorilor rămâne comerțul fundamentat pe înscrisuri materiale, [care] coexistă cu comerțul electronic” și pe speranța (!) că primul „probabil, se va stinge cu încetul, într-o lungă perioadă de timp”². Dată fiind această stare de fapt și mai ales împrejurarea că forma tradițională de comerț, bazată pe înscrisuri, a creat un model de contract comercial și, corelativ, o mentalitate a părților și a legiuitorului în legătură cu acesta, principiul echivalenței funcționale recunoaște necesitatea ca, cel puțin într-o fază inițială, contractele în formă electronică să răspundă exigențelor comerțului tradițional.

Cele două principii enunțate, contradictorii, dau măsura exactă a locului pe care contractele comerciale în mediu electronic îl ocupă în raport cu contractele clasice. Astfel, primul consacră un ideal pe care diverse norme legale (naționale, ca și comunitare³) l-au

¹Pentru un exemplu în doctrina română, vezi I. Schiau, *Cadrul juridic al comerțului electronic*, în *Revista de drept comercial*, nr. 1/2002, pp. 56-71.

²*Idem*, p. 57.

³În acest sens, este relevantă obligația instituită în sarcina statelor de a elimina din propriile sisteme juridice obstacolele care împiedică utilizarea contractelor electronice, stipulată, de exemplu, de art. 38 al Directivei 2000/31/EC din 8 iunie 2000 privind anumite aspecte ale serviciilor societății informatice, în special privind comerțul electronic, pe Piața Internă, Publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene, în 17 iulie 2000 (O.J. No. L178/1, 17.7.00). La fel, articolul 9 al aceleiași directive obligă statele să ia măsurile care se cuvin pentru ca sistemul lor juridic să facă posibilă încheierea contractelor în formă electronică. În mod concret, statele sunt obligate să vegheze ca regimul juridic aplicabil procesului contractual să nu împiedice utilizarea contractelor electronice și să

transformat din deziderat ideologic în deziderat normativ, din păcate, însă, doar la nivel de principiu⁴. Pe de altă parte, cel de al doilea marchează cu mai mult realism poziția pe care contractele comerciale în mediu electronic o ocupă în diacronie: pentru a fi eficace din punct de vedere juridic, acestea trebuie să se conformeze modelului contractului comercial tradițional⁵.

În acest context, se poate afirma că, în prezent, contractele comerciale în mediu electronic sunt percepute de legiuitor (mai ales de legiuitorul național) ca deviate de la un model tradițional. Este, de altfel, relevant, în acest sens că principiul neutralității tehnologice a fost formulat în cadrul doctrinei contractelor în mediu electronic, care încearcă să impună identitatea de regim juridic între cele două modele de contracte, nefiind un principiu general de drept comercial și nici măcar unul afirmat și de teoria contractelor comerciale tradiționale. În consecință, după cum vom vedea, ajustările legislative întreprinse în vederea egalizării regimului juridic al celor două clase de contracte sunt minime.

2. Neutralitatea în dreptul european. Principiul esențial după care este realizată reglementarea comerțului electronic în Proiectul de Cod civil european⁶ este cel al neutralității: legislația în materie se impune să fie neutră din punct de vedere media sau tehnologic, adică edictată în măsură preponderentă în corelație cu normele legale deja existente, dar asigurând contractelor electronice un regim perfect simetric cu cel recunoscut contractelor clasice⁷. Premisa proiectatei legi civile europene este, deci, că legislația europeană existentă nu va trebui să sufere modificări esențiale numai pentru că mijlocul de comunicare utilizat în cadrul comerțului electronic este diferit de cel tradițional. Acest demers conduce la concluzia inutilității creării unei legislații speciale aplicabile doar tranzacțiilor electronice, bazându-se, preponderent, pe argumentul că, în viitor, va fi dificil să se distingă între tranzacțiile electronice și cele tradiționale, astfel încât este recomandabil ca cele două să nu aibă regimuri juridice diferite. Altfel spus, reglementarea comerțului

nu lipsească de efecte sau de validitate juridică aceste contracte pe motiv că au fost încheiate pe cale electronică.

⁴Directiva amintită lasă la latitudinea statelor regimul sancțiunilor aplicabile în caz de încălcare a normelor interne edictate în aplicarea normei comunitare, stipulând doar că acestea trebuie să fie efective, proporționale și disuasive.

⁵De altfel, art. 2.5 din Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic indică expres poziția de drept comun a dreptului general al contractelor, stipulând că „prezenta lege se completează cu dispozițiile legale privind încheierea, validitatea și efectele actelor juridice”.

⁶Din lipsă de spațiu, ne rezumăm să trimitem la următoarele articole, fundamentale pentru caracterizarea proiectului de Cod civil european: Ch. Von Bar, St. Swann, *Response to the Action Plan on a European Contract: A More Coherent European Contract* (COM 2003 63), în *European Review of Private Law* 5-2003, pp. 595-622, pentru trăsăturile esențiale ale proiectului; D. Staudenmayer, *The Commission Action Plan on European Contract Law*, în *European Review of Private Law* 2-2003, pp. 113-127, în legătură cu caracterul opțional al reglementării; G. Alpa, *Harmonization of Contract Law and the Plan for a European Civil Code*, EBLR, 2004, pp. 33-40, cu privire la directivele în materia comerțului electronic și a semnăturii electronice, ca baze ale viitoarei codificări europene; W. Blair QC, R. Brent, *A Single European Law of Contract ?*, EBLR, 2004, pp. 5-21, asupra modului în care prezentul *acquis* în materie de contracte electronice este reluat de proiectul Codului civil european.

⁷Descrierea Proiectului de Cod civil european în perspectiva principiului neutralității tehnologice aparține Christinei Ramberg, *E-commerce*, cap. 13, în (coll), *Towards a European Civil Code*, (ed.: A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joustra, E. du Perron, M. Veldman), Kluwer Law International, 2004, pp. 229-244.

electronic în Proiectul de Cod civil european se realizează conform prezumției că aceasta se integrează în sistemul legal existent.

Mediul electronic prezintă caracteristici extrem de pregnante, printre care descentralizarea și dependența, în operare, de cunoștințe extrem de specializate. Aceste caracteristici au impus o nouă paradigmă de reglementare, conducând la concluzia că legiferarea activităților electronice trebuie să se caracterizeze prin neutralitate⁸. Termenul, în acest context, are două accepțiuni: în primul rând, el reflectă o particularitate a atitudinii legiuitorului tradițional (operând, în mod curent, într-un sistem centralizat), căruia i se cere să se retragă din procesul de legiferare⁹, în favoarea subiecților care funcționează în chiar mediul care se dorește legiferat¹⁰. Pe de altă parte, el ilustrează caracterul minimal al reglementării care, pentru a fi eficientă, trebuie să fie neutră, adică să se rezume să instituie un cadru procedural minimal¹¹.

În corelație cu directivele europene deja existente în materie, Proiectul de Cod civil european își precizează scopurile după cum urmează. În primul rând, legislația civilă își propune să respecte *ad litteram* principiul neutralității tehnologice mai sus menționat, remarcând că acesta este încălcat, spre exemplu, de Directiva europeană asupra semnăturii electronice, care este centrată pe o tehnologie particulară, cea a semnăturilor digitale PKI. Pe de altă parte, asumându-și, la fel ca directivele europene, imperativul de a promova recunoașterea tranzacțiilor electronice, proiectul își propune o redactare mai puțin fragmentară, mai coerentă și mai bine structurată decât dreptul derivat. Dat fiind că directivele impun doar standarde minime și, de asemenea, că ele sunt, de multe ori, inconsecvente sau incoerent aplicate de statele membre, Codul civil european își propune o reglementare unitară și obligatorie pentru toate statele membre. Redactorii proiectului identifică o serie de puncte sensibile, pe care își propun să le aibă, cu precădere în vedere în procesul de reglementare. În primul rând, este vorba de problema formalităților care grevează recunoașterea contractelor. Proiectul de cod nu instituie nici un fel de formalism în vederea recunoașterii sau probării contractelor electronice, aderând astfel la curentul legal modern care imaginează contractul în afara oricăror formalități legale. În acest sens, Proiectul de Cod civil european este mai radical decât Directiva 2000/31/EC privind comerțul electronic, care permite statelor să condiționeze recunoașterea anumitor tipuri de contracte de încheierea lor în formă tradițională. În al doilea rând, remarcând că directivele europene în materie nu abordează controversata problemă a înscrisurilor, lăsând la latitudinea legiuitorilor naționali tratarea eventuală a acesteia, redactorii proiectului de cod au ales să definească termenul, adaptând, în acest scop, definiția din Legea Model asupra Comerțului Electronic UNCITRAL. Astfel, înscrisurile reprezintă orice formă de declarație „scrisă”, inclusiv comunicările făcute prin telegramă, telex, telefax, poștă electronică sau alt mijloc de comunicare ce asigură o înregistrare a declarației care poate fi citită de ambele părți. Potrivit comentatorilor săi, definiția focalizează, în fapt, asupra cerinței minime ca

⁸Katerina Sideri, *Questioning the Neutrality of Procedural Law: Internet Regulation in Europe through the Lenses of Bourdieu's Notion of Symbolic Capital*, în *European Law Journal*, vol. 10, nr. 1/2004, pp. 61-68.

⁹*Idem, Ibidem*, se susține că statul ar trebui să se abțină de la legiferare, adoptând ceea ce a fost descris drept „hands-off approach”.

¹⁰Vezi și în sistemul nostru de drept instituirea posibilității de a se norma, în materia comerțului electronic, (și) prin intermediul așa-numitelor *coduri de conduită*.

¹¹Aceste norme au, oricum, un caracter de *soft law*. J. Reidenberg impune, în acest sens, sintagma *Lex Informatica*, atrăgând atenția asupra faptului că tehnologia trebuie înțeleasă ca generând un set de potențialități care limitează opțiunile normative, sub sancțiunea ineficienței regulilor edictate, în cazul neluării în calcul a specificităților mediului reglementat.

declarația – în orice formă s-ar manifesta – să poată fi percepută și conservată de părți, cu consecința validării ei ca „înscris” în sens tradițional. În același sens, se remarcă opțiunea redactorilor proiectului de a nu defini sau folosi termenii de „semnătură” sau „semn”, dat fiind caracterul absolut informal al reglementării.

3. Neutralitatea în dreptul român. Aplicație în materie de probațiune¹². Spre deosebire de avatarul său, proiectul de Cod civil român arată că legiuitorul național a luat act de posibilitatea ca un contract să fie încheiat în mediu electronic. În acest sens, vorbind despre forma și proba contractului, § 6 al proiectului de cod își divide dispozițiile în *I. Dispoziții comune* și *II. Dispoziții particulare privind înscrierile pe suport informatic*. Proiectul noii legi civile este departe, însă, de a respecta principiul neutralității, asigurând un regim echivalent probei contractelor încheiate în sistem clasic, respectiv celei a contractelor încheiate în mediu electronic, fapt evident și la nivel terminologic, dispozițiile codului contrastând *înscrierile* clasice cu *înscrierile* pe suport informatic.

Proba încheierii contractului este, și în sistemul proiectului noului Cod civil una realizată esențialmente prin înscrisuri¹³. Noua lege civilă menține clasificarea bipartită clasică a înscrisurilor în *înscris sub semnătură privată* și *înscris autentic* (art. 946), și leagă *expressis verbis* forța probantă a înscrisului sub semnătură privată de *semnătura olografă* a autorului său¹⁴. După cum anticipam, noul Cod civil, prin art. 956, dă posibilitatea probării contractului printr-un document care reproduce date redate pe un suport informatic, sub condiția cumulativă ca documentul în cauză să fie a) inteligibil și b) să prezinte garanții suficiente de serioase pentru a face deplină credință¹⁵. Forța probantă a mijlocului de probă astfel instituit este precizată de art. 958, care, vorbind despre *Puterea doveditoare a înscrierii* stabilește că „Documentul care reproduce datele unui contract înscrise pe un suport informatic poate fi combătut prin orice mijloc de probă”.

¹²La baza prezentei secțiuni a lucrării se află studiul nostru R. Bercea, *Un nou mijloc de probă în materie civilă, instituit prin Proiectul Codului civil român: documentul care reproduce datele unui contract înscrise pe un suport informatic*, în *Dreptul*, nr. 5/2005, pp. 116-126.

¹³Vezi art. 953, intitulat *Dovada contractului*, care stabilește că (1) *Orice contract al cărui obiect are o valoare mai mare de 250 EURO nu se poate dovedi decât prin înscris autentic sau sub semnătură privată și, de asemenea, că (2) În cazul prevăzut de alin. (1), ca și în cazurile în care, chiar pentru contractele a căror valoare nu depășește 250 EURO legea cere ca un contract să fie făcut în formă scrisă fără să se prevadă sancțiunea nulității, iar înscrisul cerut nu se întocmește, dovada contractului nu se va putea face cu martori, afară de cazul în care prin Codul de procedură civilă sau prin alte legi se dispune altfel.*

¹⁴Stabilind, în art. 947 că (1) *Înscrisul sub semnătură privată este acela a cărui forță juridică este dată de semnătura părților, că (2) Semnătura trebuie să fie olografă, în sfârșit că (3) Semnătura reprodusă prin mijloace mecanice nu este valabilă decât atunci când este admisă potrivit obiceiurilor, spre exemplu în cazul titlurilor de valoare emise în număr considerabil.*

¹⁵Calitate a documentului și chestiune de fapt, *inteligibilitatea* urmează a fi apreciată de la caz la caz de instanță. Atât caracteristica documentului de a prezenta garanții suficiente de serioase pentru a face deplină credință, cât și inteligibilitatea se vor analiza în funcție de *circumstanțele în care datele au fost înscrise și documentul le-a reprodus* (art. 956 al. 2). Pe de altă parte, cu privire la a doua condiție pe care trebuie să o verifice mijlocul de probă în discuție, textul legal, prin art. 957, instituie, de asemenea, prezumția relativă că *înscrierea datelor unui contract pe suport informatic prezintă garanții suficiente de serioase pentru a face deplină credință atunci când ea este făcută a) de o manieră sistematică și fără lacune și b) când datele înscrise sunt protejate contra alterărilor și contrafacțiilor*. O asemenea prezumție este legal stipulată în favoarea terților, inferată din simplul fapt că *înscrierea este efectuată de către un profesionist* (art. 957).

Proiectatul Cod civil nu realizează, în fapt, o reformă reală a sistemului probator și, cu atât mai puțin o reformă care să faciliteze probarea contractelor încheiate în mediu electronic. Chiar la o privire superficială, apare ca evident faptul că problema probațiunii se desfășoară, în ceea ce privește obiectul studiului nostru, în jurul raportului stabilit de normele codului civil între conceptele de *înscriș*, *înscriș sub semnătură privată* și *înscriș autentic*, *înscriere*, *înscrierea datelor unui contract pe suport informatic*, *document care reproduce datele unui contract înscrise pe un suport informatic*.

Reformându-și codurile civile în sensul stipulat de dreptul comunitar, sistemele europene de drept au redefinit în primul rând concepte precum *probă literală* (care înlocuiește vechiul concept de *înscriș*) și *semnătură* (definită prin alte funcții decât cele tradiționale), pentru ca acestea să își poată găsi aplicarea în ipoteza particulară a *scrierii* în mediu electronic. Or, proiectatul Cod civil omite să parcurgă această etapă liminară. În fapt, el menține împărțirea bipartită a categoriei *înscrișului* ca mijloc de probă în *înscriș sub semnătură privată* și *înscriș autentic* și continuă să lege, în mod cu totul anacronic și repetând o greșeală care a fost de mult denunțată pe cale legislativă, doctrinală și jurisprudențială în sistemele de drept europene, *înscrișul sub semnătură privată* de *semnătura* – în plus *olografă* – a autorului său. Procedând în conformitate cu bipartitismul tradițional, proiectul de Cod civil videază, de fapt, de sens noțiunea de *înscriș*. Într-adevăr, din punct de vedere probator, după cum o arată art. 953 precitat, este lipsit de orice forță juridică un *înscriș* (în sensul de *act în formă scrisă*) care nu este *sub semnătură privată* sau *autentic*. La limită, opinăm că raportat la sistemul proiectatului Cod civil (de fapt, același ca sistemul Codului civil anterior) proba prin *înscrișuri* ar trebui redenumită *probă prin înscriș sub semnătură privată* respectiv *probă prin înscriș autentic*. *Tertium non datur*.

În acest context, nu este de mirare că *înscrișul* (în accepțiunea de *act în formă scrisă* și purtând numele de *document* în terminologia art. 958 din proiectul codului civil) *care reproduce datele unui contract înscrise pe un suport informatic* nu se poate bucura de regimul juridic probator rezervat *înscrișurilor autentice* și celor *sub semnătură privată*.

Vorbind despre *înscrierile pe suport informatic* ca secțiune simetrică celei în care vorbește despre *înscrișurile autentice* și cele *sub semnătură privată*, legiuitorul român are grijă ca prin variația fonetică (*înscriș / înscriere*) să atragă atenția că intenționează să rezerve primeia un regim diferit în raport cu cea din urmă. Redactarea normei la care ne referim (art. 946, 947, 953, 956, 957 interpretate sistematic, unele prin altele) arată că *înscrierea* reprezintă faptul mecanic al trecerii datelor unui contract pe un suport informatic. Mijlocul de probă discutat în speță nu este *înscrierea* ca atare, ci *documentul care reproduce înscrierea* făcută pe suport informatic. Acest document ar putea, teoretic, să fie calificat ca *înscriș*, în sens larg. Calificarea ar fi, însă, cu totul irelevantă. În primul rând, nefiind, în mod evident, nici *autentic*, nici *sub semnătură privată*, un asemenea *înscriș* nu s-ar bucura de nici o forță probantă. În al doilea rând, dispoziția art. 958, raportată la dispozițiile art. 953, 956 și 957 arată că forța probantă a unui document de tipul menționat, chiar îndeplinind multiplele cerințe prevăzute cumulativ de lege, nu va fi în nici o situație cea a unui *înscriș*.

Instituie proiectatul Cod civil un nou mijloc de probă? Opinăm că da. Singura legătură între *înscrișul sub semnătură privată* și *înscrișul autentic*, pe de o parte, respectiv *documentul care reproduce o înscriere informatică*, pe de altă parte, este că fac parte din clasa pe care sistemele legislative și doctrina europene au numit-o *probă literală*. În rest, regimul juridic al *documentului care reproduce datele unui contract înscrise pe un suport*

informatic este cu totul particular. Ca mijloc de probă, un astfel de document¹⁶ se bucură de o forță probantă cu totul ne semnificativă (putând fi combătut cu succes prin orice alt mijloc de probă), raportat la forța probantă exorbitantă rezervată înscrisurilor autentice sau sub semnătură privată¹⁷.

4. Pe de altă parte, proiectul Codului civil român este, prin această reglementare, în contradicție cu norma națională specială în materie. Astfel, Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică, normă specială în raport cu proiectatul Cod civil, definește concepte inedite pentru dreptul român, și anume pe acelea de *înscris în formă electronică, semnătură electronică* și precizează regimul juridic al înscrisurilor în formă electronică. În reglementarea generală, înscrierea de date pe suport informatic, atunci când se materializează într-un document inteligibil și care prezintă garanții suficiente de serioase pentru a face deplină credință (adică dacă înscrierea este făcută de o manieră sistematică și fără lacune, iar datele înscrise sunt protejate contra alterărilor și contrafacerilor) devine obiectul unui mijloc de probă *sui generis*, și anume *documentul care reproduce datele unui contract înscrise pe un suport informatic*. În legea specială, înscrisul în formă electronică căruia i s-a atașat o semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat și generată printr-un dispozitiv securizat este asimilat înscrisului sub semnătură privată. Fără îndoială, înscrierea de date pe suport informatic poate fi, din punct de vedere tehnic, manifestarea activării unui înscris în formă electronică. Dacă între cele două nu există o identitate perfectă, ceea ce ne interesează, totuși, în primul rând aici, este că ambele reprezintă date în formă electronică și, în al doilea rând, că atât legea generală, cât și cea specială, au conferit relevanță și funcție juridică unor date de asemenea natură.

Aceste date în formă electronică, materializate într-un document care le reproduce (fără îndoială, va trebui să citim, sub forma unui suport de hârtie), vor fi, cum arătam, obiectul unui mijloc de probă inedit, în legea generală. Pe de altă parte, în legea specială, în formă nematerializată într-un suport clasic, ele vor fi asimilate unui mijloc de probă preexistent în sistemul nostru de drept, înscrisul sub semnătură privată, cu condiția să li se atașeze o altă colecție de date electronice, semnătura electronică. În acest ultim caz, numai în scopuri funcționale, adică, spre exemplu, pentru ca proba să poată fi efectiv administrată în procesul civil, colecția de date electronice va trebui redată pe suport de hârtie și va trebui să ia forma unui document, care, de această dată, nu va fi mijloc de probă, ci vehicul al acestuia. Diferența este în aparență esențială: dacă în legea generală înscrierea de date în suport informatic nu constituie *stricto sensu* instrument probator, având această calitate doar documentul care reproduce datele, legea specială conferă funcție probatorie însuși înscrisului în formă electronică, în consecință documentul care ar reproduce datele respective reprezentând *mijlocul de administrare a probei*. Această diferență, ținând, în opinia noastră, de o insuficientă coerență a demersului reformativ în materia dreptului privat, poate fi surmontată numai printr-o interpretare sistematică și teleologică a prevederilor amintite. În această interpretare, norma generală din proiectul de Cod civil ar trebui privită ca având drept efect crearea unui nou instrument de probă, cu o valoare

¹⁶Care, pentru a fi recunoscut ca atare, trebuie să treacă o serie de teste mult mai de încredere decât caracterul olograf al simplei semnături.

¹⁷Practic mijlocul de probă prin excelență al imensei majorități a operațiunilor juridice, dat fiind că este singurul care poate proba contractele ale căror obiect este mai mare de 250 euro, precum și contractele a căror valoare nu depășește 250 euro, dacă legea cere ca acesta să fie făcut în formă scrisă fără să prevadă sancțiunea nulității, iar înscrisul cerut nu se întocmește, caz în care dovada contractului nu se va putea face cu martori, în afara unor dispoziții legale contrare.

juridică de sine stătătoare, în timp ce legea specială echivalează înscrisul în formă electronică care verifică anumite exigențe, din punctul de vedere al forței probante, înscrisului în sens strict. Înscrisul în formă electronică din norma specială în vigoare va deveni, în acest fel, o specie cu putere probatorie superioară a genului numit înscriere de date pe suport informatic, care urmează să fie reglementat de viitorul Cod civil, iar suportul acestor înscrieri în mediu electronic rămâne mijlocul care asigură accesul judecătorului la datele astfel încorporate.