

**Centrul de studii juridice de drept privat – CSCDP  
Facultatea de Drept  
Universitatea din Craiova**

---

**REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE  
NR. 1/2016**

---

**Coordonator număr: RSJ 1/2016  
Prof. univ. dr. Gabriel Olteanu**



**Vol. 30 (1/2016)**

Editat de **S.C. Universul Juridic S.R.L.**  
Copyright © 2016 **S.C. Universul Juridic S.R.L.**  
Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin  
**S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Nicio parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al  
S.C. Universul Juridic S.R.L.

**REDACTIE:** tel./fax: 021.314.93.13  
tel.: 0732.320.666  
email: redactie@universuljuridic.ro

**DEPARTAMENTUL** tel.: 021.314.93.15  
**DISTRIBUȚIE:** fax: 021.314.93.16  
email: distributie@universuljuridic.ro

**[www.universuljuridic.ro](http://www.universuljuridic.ro)**

**ISSN: 1454-3699**

---

**Principiile de publicare sunt postate pe site-ul revistei:**  
**<http://drept.ucv.ro/RSJ>**  
**Materialele pot fi trimise în vederea publicării pe adresa:**  
**[rsj@universuljuridic.ro](mailto:rsj@universuljuridic.ro)**

# REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE

## Redactor-șef:

Prof. univ. dr. **SEVASTIAN CERCEL** – Decan al Facultății de Drept,  
Universitatea din Craiova

## Editor executiv:

Conf. univ. dr. **LUCIAN BERND SĂULEANU** – Facultatea de Drept,  
Universitatea din Craiova

## Secretar de redacție:

Lect. univ. dr. **MATEI DIACONU** – Universitatea din Craiova

---

## COLEGIUL ȘTIINȚIFIC:

- |  |   |
|--|---|
| Prof. dr. <b>Patrick Charlot</b>           | – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța, Director al Școlii Doctorale și al Centrului de Studii și Cercetări Juridice și Politice |
| Prof. univ. dr. <b>Yan Laidie</b>          | – Universitatea Bourgogne din Dijon, Franța   |
| Prof. univ. dr. <b>Nicolas Queloz</b>      | – Fost decan al Facultății de Drept, Fost Președinte al Asociației Criminologilor de Limbă Franceză                                   |
| Prof. univ. dr. <b>Flavius Baias</b>       | – Universitatea din București, Decan al Facultății de Drept   |
| Prof. univ. dr. <b>Dan Claudiu Dănișor</b> | – Director Școala Doctorală a Facultății de Drept a Universității din Craiova   |
| Prof. univ. dr. <b>Gabriel Boro</b>        | – Rector al Universității „Nicolae Titulescu” din București   |
| Prof. univ. dr. <b>Eugen Chelaru</b>       | – Universitatea din Pitești   |
| Prof. univ. dr. <b>Ion Dogaru</b>          | – Universitatea din Craiova, membru corespondent al Academiei Române  |
| Prof. univ. dr. <b>Ioan Leș</b>            | – Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept   |
| Prof. univ. dr. <b>Radu I. Motica</b>      | – Universitatea de Vest din Timișoara   |
| Prof. univ. dr. <b>Nicolae Popa</b>        | – Fost președinte al Curții Constituționale a României, fost președinte al Înaltei Curți de Casație și Justiție                       |
| Prof. univ. dr. <b>Tudorel Toader</b>      | – Rector al Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași  |
| Prof. univ. dr. <b>Paul Vasilescu</b>      | – Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, Facultatea de Drept   |
| Prof. univ. dr. <b>Florin Streteanu</b>    | – Decan al Facultății de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca  |
| Prof. univ. dr. <b>Lucian Bercea</b>       | – Decan al Facultății de Drept, Universitatea de Vest din Timișoara   |
| Prof. univ. dr. <b>Mircea Duțu</b>         | – Directorul Institutului de cercetări juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române  |
- 

## COLEGIUL DE REDACȚIE:

- |   |  |
|---|--|
| Prof. <b>Gabriel Olteanu</b> , Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept                                       | Lect. univ. dr. <b>Dan Constantin Măță</b> , Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept |
| Prof. <b>Călina Jugastru</b> , Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept                          | Prof. <b>Viorel Găină</b> , Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept                                     |
| Conf. <b>Daniel Ghiță</b> , Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept  | Lect. univ. dr. <b>Lavinia Elena Stuparu</b> , Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept                  |
| Conf. univ. dr. <b>Daiana Maura Vesmaș</b> , Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept            | Lect. univ. dr. <b>Mădălin Savu Ticu</b> , Universitatea din Craiova, Facultatea de Drept                      |
| Conf. univ. dr. <b>Adrian Circa</b> , Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu, Facultatea de Drept                   | Conf. univ. dr. <b>Florin Mangu</b> , Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept                 |
| Lect. univ. dr. <b>Septimiu Vasile Panainte</b> , Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept | Conf. univ. dr. <b>Maria Lavinia Tec</b> , Universitatea de Vest din Timișoara, Facultatea de Drept            |



*Baze de date internaționale recunoscute pentru domeniul științelor juridice  
conform ordinului ministrului ECTS nr. 6560/2012  
Revista de Științe Juridice este indexată în EBSCO, HeinOnline și Index Copernicus*

## CUPRINS

Obligațiile locatorului în contractul de locațiune <i>Manuela Lavinia ISTRĂTOAIE</i> .....	7
Comparative study of matrimonial regimes in the Romanian Civil Code 2011 and the BGB 1900 <i>Oana GHIȚĂ</i> .....	17
The Transition of Commercial Law in the National Legal System under the influence of the Romanian Civil Code <i>Lavinia Elena SMARANDACHE (STUPARU)</i> .....	33
The theory of unforeseeability, whereto? <i>Mădălin SAVU-TICU</i> .....	45
Regimul juridic al muncii prin agent de muncă temporară <i>Roxana Cristina RADU</i> .....	61
Right to a name according to the New Romanian Civil code <i>Oana Nicoleta RETEA</i> .....	71
Conflictul de interese între asociat și societate <i>Răzvan SCAFEȘ</i> .....	82

---

---

## CONTENTS

Liabilities of the lessor in the lease <i>Manuela Lavinia ISTRĂTOAIE</i> .....	7
Comparative study of matrimonial regimes in the Romanian Civil Code 2011 and the BGB 1900 <i>Oana GHIȚĂ</i> .....	17
The Transition of Commercial Law in the National Legal System under the influence of the Romanian Civil Code <i>Lavinia Elena SMARANDACHE (STUPARU)</i> .....	33
The theory of unforeseeability, whereto? <i>Mădălin SAVU-TICU</i> .....	45
Legal status of work through temporary agency work <i>Roxana Cristina RADU</i> .....	61
Right to a name according to the New Romanian Civil code <i>Oana Nicoleta RETEA</i> .....	71
Conflict of interests between associate and society <i>Răzvan SCAFEȘ</i> .....	82

# OBLIGAȚIILE LOCATORULUI ÎN CONTRACTUL DE LOCAȚIUNE

*Lector univ. dr. Manuela Lavinia ISTRĂTOAIE*

## Summary

Lease is a legally exclusive of obligations. The tenant's right, borned by this contract, is the temporary use of property, a claim which is classified as scriptae obligations in rem correlative lessor's duty to provide the use of good for the duration of the contract. As law debt, the lessor has a with right movable, temporary and transferable character. Obligations arising from this contract for the lessor are: surrender the leased asset, maintain the property in good condition for use warranty against eviction and against vices.

**Keywords:** location, lessor, requirements, use, warranty.

## 1. Noțiune și reglementare

Articolul 1.777 C. civ. definește locațiunea ca fiind contractul prin care o parte, numită locator, se obligă să asigure celeilalte părți, numite locatar, folosința unui bun pentru o anumită durată, în schimbul unui preț numit chirie. Locațiunea are așadar ca obiect transmiterea temporară a dreptului de folosință asupra unui bun în schimbul unei sume de bani sau alte prestații.<sup>1</sup>

Contractul de locațiune primește reglementare în cartea a V-a, „Despre obligații”, Titlul IX, „Diferite contracte speciale”, Capitolul V, art. 1.777-1.850 C. civ. Normele mai

---

<sup>1</sup> A se vedea și C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. II, Ed. All, București, 1998, p. 585; D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil roman*, Tomul IX, Ed. Socec, București 1911, p. 23; M.B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, București, 192, p. 650; C. Toader, *Manual de contracte civile speciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2000, p. 91; A. Tabacu, *Contractul de locațiune*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 72; Pentru actul juridic civil, în general, S. Cercel, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2006, p. 106 și urm; I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 87 și urm.

sus enunțate disting între locațiunea de bunuri mobile și imobile, numită închiriere, și locațiunea de bunuri agricole, numită arendare. Regimul juridic al contractului de locațiune constituie dreptul comun în materia diferitelor feluri ale locațiunii care se vor aplica în completarea normelor speciale prevăzute în materia contractului de arendă și a închirierii locuinței. În privința spațiilor destinate exercitării activității unui profesionist, închirierea acestora este reglementată de normele dreptului comun al locațiunii completate cu dispozițiile art. 1.824 și 1.828-1.831 C. civ. în materia închirierii de locuințe.

## 2. Natura juridică a dreptului locatarului

Cât privește natura juridică a acestui drept, literatura<sup>2</sup> l-a consacrat ca fiind un drept de creanță, și nu un drept real, încadrat în categoria obligațiilor *scriptae in rem*, pentru următoarele argumente:

- drepturile reale sunt expres și limitativ enumerate de legiuitor în art. 551 C. civ., iar dreptul de folosință locativă nu se regăsește printre acestea<sup>3</sup>;
- dreptul de folosință corespunde obligației corelative a locatorului de a asigura folosința bunului și nu poate fi exercitat în lipsa acestei obligații<sup>4</sup>;
- dreptul de folosință al locatarului nu îi conferă acestuia drept de urmărire a bunului aflat la o terță persoană și nici un drept de preferință<sup>5</sup>.

Totuși, având în vedere unele dispoziții speciale cu privire la opozabilitatea contractului, îndeplinirea formalităților de publicitate imobiliară, asimilarea contractului cu un act de dispoziție când se încheie pe o durată mai mare de 5 ani, protecția oferită locatarului prin acțiunea posesorie sau regulile aplicabile conflictului dintre locatarii succesivi, dreptul locatarului, „oarecum opozabil, este înzestrat cu prerogative ale dreptului real”<sup>6</sup>, dar rămâne un drept personal<sup>7</sup>. Locatarul, titular al unui drept de folosință asupra bunului, este numai un detentor precar care are stăpânirea materială a bunului și dreptul de a-i culege fructele în temeiul contractului, calitatea sa de detentor precar fiind prevăzută de art. 91<sup>8</sup> alin. (1) lit. a) C. civ.

---

<sup>2</sup> Ph. Malaurie, L. Aynes, P.-I. Gautier, *Drept civil. Contractele speciale*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 321; Fr. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, ed. a IV-a actualizată de L. Mihai, R. Popescu, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 164.

<sup>3</sup> O. Puie, *Contracte civile în contextul noului Cod civil și al Noului Cod de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 232.

<sup>4</sup> R. Dincă, *Contracte civile speciale în noul Cod civil. Note de curs*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 174

<sup>5</sup> G. Boroi, L. Stănculescu, *Instituții de drept civil în reglementarea Noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 433.

<sup>6</sup> Ph. Malaurie, L. Aynes, P.-I. Gautier, *Contracte...*, *op. cit.*, p. 326-327.

<sup>7</sup> G. Vermelle, *Droit civil. Les contrats speciaux*, Dalloz, 2000, p. 95.



Fiind calificat ca un drept de creanță, dreptul locatarului are caracter *mobiliar* (fiind asimilat bunurilor mobile, chiar și atunci când folosința poartă asupra unui imobil<sup>8</sup>), *temporar, susceptibil de gaj și transmisibil*.

### 3. Obligațiile locatarului

Contractul valabil încheiat naște obligații reciproce și interdependente pentru părțile sale<sup>9</sup>. Articolul 1.786 C. civ. enumeră obligațiile locatarului care subzistă chiar dacă nu sunt prevăzute expres de părți în acordul lor de voințe:

- să predea locatarului bunul dat în locațiune;
- să mențină bunul în stare corespunzătoare de folosință pe toată durata locațiunii;
- să asigure locatarului liniștită și utila folosință a bunului pe tot timpul locațiunii.

**3.1. Obligația de predare a bunului în stare corespunzătoare utilizării conform destinației** este o obligație de a face stipulată de art. 1.787 C. civ. Locatorul trebuie să predea bunul la data și locul convenite în contract. În lipsa unei convenții a părților cu privire la data și locul predării, precum și a unei norme speciale în acest sens, devin aplicabile regulile generale conform cărora locatorul va preda bunul locatarului la locul stabilit potrivit naturii prestației, al practicilor statornicite între părți ori al uzanțelor. Dacă locul de predare a bunului nu poate fi determinat în temeiul acestor criterii, predarea se va face la locul în care se afla bunul la data încheierii contractului<sup>10</sup>.

În ceea ce privește data predării, potrivit regulii generale exprimate de art. 1.495 alin. (1) C. civ., în lipsa unui termen convențional sau stabilit potrivit practicilor statornicite între părți sau uzanțelor, locatorul trebuie să predea bunul de îndată ce s-a încheiat contractul.

Predarea lucrului trebuie să se facă în stare corespunzătoare utilizării acestuia conform destinației, împreună cu toate accesoriile sale, necesare întrebuințării. Dacă părțile au convenit prin clauză contractuală expresă o anumită stare a bunului la predare (înzestrarea cu anumite calități, însușiri, efectuarea unor reparații etc.) sau destinația la care va fi întrebuințat bunul, atunci locatorul este obligat să predea bunul conform acordului de voințe fie în starea convenită, fie în starea necesară

---

<sup>8</sup> Potrivit art. 542 C. civ., celelalte drepturi patrimoniale, altele decât drepturile reale asupra bunurilor imobile, sunt supuse regulilor referitoare la bunurile mobile, în limitele prevăzute de lege.

<sup>9</sup> Cu privire la capacitatea persoanelor fizice de a încheia acte juridice civile a se vedea A.B. Ilie, *Capacitatea persoanei fizice în dreptul civil român*, Ed. Universitaria, Craiova, p. 61 și urm.

<sup>10</sup> Art. 1.494 alin. (1) C. civ.

<sup>11</sup> Pentru o opinie contrară, conform căreia obligația de predare devine exigibilă după plata primei tranșe a chiriei în considerarea art. 1.797 C. civ., a se vedea R. Dincă, *op. cit.*, p. 174.

întrebuințării conform destinației prevăzute expres în contract. În lipsa unei destinații determinate expres prin contract, bunul trebuie predat în stare de a servi destinației prezumate după anumite împrejurări precum natura bunului, destinația sa anterioară ori cea potrivit căreia locatarul îl folosește<sup>12</sup>. Obligația locatorului de a preda bunul în stare corespunzătoare utilizării sale după destinație nu este de esența contractului, astfel că părțile pot conveni în mod expres exonerarea locatorului de această obligație, caz în care bunul va fi predat în starea avută la momentul încheierii contractului<sup>13</sup>.

Neexecutarea fără justificare a obligației de predare de către locator deschide locatarului dreptul de opțiune între executarea silită în natură a acestei obligații sau rezilierea contractului, în ambele cazuri cu daune-interese pentru prejudiciul cauzat. Locatarul poate, de asemenea, să suspende executarea contractului, invocând excepția de neexecutare a contractului și refuzând plata chiriei. Dacă locatorul predă bunul cu întârziere, locatarul are dreptul la daune-interese.

În cazul unei predări neconforme, când bunul nu prezintă starea convenită de părți prin contract sau, după caz, starea corespunzătoare întrebuințării sale conform destinației, locatarul poate reclama o executare neconformă, defectuoasă a obligației de predare, caz în care are dreptul fie la o executare silită în natură a unei executări conforme, fie la executare prin echivalent, fie la rezilierea contractului. Din art. 1790 alin. (2) C. civ. deducem că, imediat după preluare, îi revine locatarului obligația de examinare a bunului în vederea constatării eventualelor defecte de conformitate. Reclamarea defectelor de conformitate aparente constatate trebuie făcută în condițiile edictate de art. 1690 alin. (3) C. civ., pentru a atrage răspunderea locatorului pentru o predare neconformă. Viciile aparente care nu creează un prejudiciu vieții, integrității corporale sau sănătății locatarului și care nu au fost observate, deși tipul abstract al locatarului prudent și diligent trebuia și putea să le observe printr-o analiză serioasă și obișnuită, fără asistență de specialitate, precum și viciile care au fost observate, dar nu au fost reclamate fără întârziere locatorului, nu mai atrag răspunderea acestuia nici pentru o predare neconformă, nici pentru vicii.

### ***3.2. Obligația de a menține bunul în stare corespunzătoare de folosință pe toată durata locațiunii (art. 1.788 C. civ.)***

Este o obligație de a face, susceptibilă de executare continuă, pe toată durata contractuală<sup>14</sup>, și implică pentru locator obligația de a efectua toate reparațiile necesare importante, majore, pentru a menține bunul în stare corespunzătoare de

<sup>12</sup> Art. 1.799 C. civ.

<sup>13</sup> A se vedea Ph. Malaurie, L. Aynes, P.-I. Gautier, *Contracte...*, op. cit., p. 360 și jurisprudența citată de aceștia.

<sup>14</sup> F. Moțiu, *Contracte speciale în Noul Cod civil*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p. 159.

întrebuințare conform destinației, pe tot parcursul contractual. Atunci când, ulterior încheierii contractului, se ivește nevoia unor astfel de reparații, locatarul trebuie să-l înștiințeze pe locator în acest sens. Dacă locatorul înștiințat nu ia măsuri de îndată pentru efectuarea reparațiilor necesare, acestea pot fi efectuate de către locatar, dar pe cheltuiala locatorului.<sup>15</sup> Odată cu restituirea către locatar a cheltuielilor făcute de acesta pentru efectuarea reparațiilor necesare, locatorul este obligat să plătească și dobânzi de la data efectuării cheltuielilor [art. 1.788 alin. (3) C. civ.]. Se impune să precizăm că locatarul poate efectua în contul locatorului numai acele reparații oportune, cu caracter urgent, care se impun în vederea întrebuințării bunului conform destinației, și nu îmbunătățiri care exced caracterului urgent și nu sunt justificate de necesitate cu privire la întrebuințare abunului<sup>16</sup>.

În cazul unor reparații urgente, care nu necesită amânare, locatarul poate proceda imediat la efectuarea reparațiilor necesare, urmând să-l înștiințeze pe locator după începerea reparațiilor, cu dreptul la restituirea cheltuielilor avansate și, totodată, la dobânzile aferente acestor sume începând cu data înștiințării locatorului [art. 1.788 alin. (4) C. civ.]. Dacă deturnarea bunului de la întrebuințarea convenită sau, după caz, prezumată, se datorează unei grave deteriorări cauzate de vechime sau alt caz fortuit, nu excludem incidența dispozițiilor art. 1.818 C. civ. (încetarea contractului pentru imposibilitatea de folosire a bunului) în cazul în care readucerea bunului în starea de a fi folosit corespunzător destinației implică cheltuieli disproporționate în raport de valoarea acestuia<sup>17</sup>.

În toate cazurile în care locatorul nu efectuează reparațiile necesare menținerii bunului în stare corespunzătoare de întrebuințare, locatarul poate opta pentru obligarea acestuia la efectuarea reparațiilor necesare prin hotărâre judecătorească sau pentru rezilierea contractului cu daune-interese.

Articolul 1.788 C. civ. impune locatorului obligația de a efectua numai reparațiile necesare menținerii întrebuințării conform destinației. Efectuarea de către locatar a unor reparații sau lucrări asupra bunului în timpul locațiunii, altele decât cele care au ca scop menținerea destinației bunului, reprezintă o tulburare a locatorului de la care trebuie să se abțină în virtutea obligației de garanție pentru evicțiunea provenită din propria faptă. În cazul în care aceste reparații nu pot fi amânate sau amânarea lor până la expirarea duratei contractuale ar expune bunul pericolului de a fi distrus, ele vor fi efectuate în timpul contractului și locatarul este obligat să suporte restrângerea parțială a locațiunii cu condiția ca această restrângere să nu facă bunul impropriu întrebuințării convenite, întrucât în acest ultim caz poate opta pentru rezilierea contractului.

<sup>15</sup> ÎCCJ, s. com., dec. nr. 99/2004: „Lucrările efectuate pentru buna desfășurare a activității comerciale îl privesc exclusiv pe chiriaș și nu cad în sarcina proprietarului”, în L. Uță, *Contracte speciale în noul Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 187.

<sup>16</sup> A se vedea și ÎCCJ, s. com., dec. nr. 2189/2015 pe site-ul csj.ro.

<sup>17</sup> A se vedea Ph. Malaurie, L. Aynes, P.-I. Gautier, *Contracte...*, op. cit., p. 362.

**3.3. Obligația de a asigura locatarului folosința liniștită și utilă a bunului pe tot timpul locațiunii** este menită să asigure o garanție locatarului împotriva oricărei evicțiuni care l-ar tulbura în folosința bunului și totodată o garanție împotriva oricăror vicii ale bunului care ar conduce la o restrângere sau împiedicare a folosinței. Întocmai ca și obligația de garanție a vânzătorului, obligația de garanție a locatorului privește două aspecte: obligația de garanție împotriva evicțiunii și obligația de garanție contra viciilor lucrului. Obligația de garanție cu ambele sale aspecte derivă din obligația locatorului de a menține bunul în stare corespunzătoare de întrebuințare pe toată durata locațiunii, astfel că și în lipsa unei reglementări exprese a unei obligații distincte locatorul ar fi răspuns oricum față de locatar în temeiul obligației primare.

#### **A. Obligația de garanție împotriva evicțiunii. Garanția pentru fapta proprie.**

Obligația de garanție este reglementată de art. 1789 C. civ. și impune locatorului să întreprindă tot ceea ce este necesar pentru a asigura în mod constant locatarului o folosință liniștită, netulburată a lucrului închiriat pe toată durata contractului. Locatorul este obligat să garanteze împotriva evicțiunii provenite atât din propria lui faptă, cât și din fapta unui terț.

Garanția pentru evicțiunea provenită din fapta sa impune locatorului o obligație generală negativă de a se abține de la orice act sau fapt prin care ar împiedica, diminua sau stânjeni folosința bunului de către locatar. Obligat să asigure o folosință liniștită și conformă pe tot parcursul contractului, locatorul se va abține de la orice tulburare, de fapt sau de drept, anterioară sau ulterioară încheierii contractului<sup>18</sup>.

Cazuri legale de exonerare de răspundere pentru fapta proprie. Nu constituie o tulburare a locatarului în exercitarea dreptului său de folosință împrejurarea că locatorul efectuează pe parcursul contractului o serie de reparații ale bunului care nu pot fi amânate până la sfârșitul contractului sau a căror amânare ar expune bunul pericolului de a fi distrus, dacă efectuarea acestor reparații conduce la restrângerea folosinței bunului pentru o durată de cel mult 10 zile<sup>19</sup> și dacă prin această restrângere bunul nu devine impropriu întrebuințării convenite. Dacă durata necesară efectuării acestor reparații este mai mare de 10 zile, fără a împiedica întrebuințarea bunului, locatarul are dreptul la reducerea chiriei proporțional cu timpul și partea din bun de care este lipsit, fără a putea cere rezilierea contractului. În cazul în care prin aceste reparații, indiferent de durata lor în timp, bunul devine impropriu întrebuințării conform destinației convenite (evicțiune totală), locatarul poate solicita

<sup>18</sup> Cass. Civ. 3, 6 martie 1996, Bull. civ. III, nr. 60, RTD civ., 1996.867, obs. J. Mestre și 1024, obs. J.-P. Marguenaud: „clauzele unei locațiuni cu destinație de locuință nu puteau, în virtutea art. 8.1 al CEDO, să aibă drept efect lipsirea locatarului de posibilitatea de a-și găzdui la el rudele”, în Ph. Malaurie, L. Aynes, P.-I. Gautier, *Contracte...*, op. cit., p. 365.

<sup>19</sup> Art. 1.803 C. civ.

rezilierea contractului, fără a putea cere daune-interese, întrucât lipsa de folosință a bunului nu se datorează culpei locatorului<sup>20</sup>.

Nu constituie, de asemenea, tulburare prin fapta locatorului împrejurarea că acesta uzează de dreptul său la examinarea bunului, atât timp cât acest drept nu este exercitat abuziv, ci cu bună-credință, la intervale de timp rezonabile în raport cu destinația și natura bunului și fără ca prin exercițiul acestui drept să-i fie cauzată locatarului o stânenire nejustificată a folosinței. Pe aceleași considerente, art. 1.804 C. civ. obligă locatarul să permită și eventualilor cumpărători sau viitori locatari examinarea bunului, fără a putea invoca o tulburare a folosinței sale, atât timp cât acest drept va fi exercitat la intervale de timp rezonabile în raport cu destinația și natura bunului și fără a cauza o stânenire nejustificată a folosinței.

### **B. Garanția pentru evicțiunea provenită de la un terț.**

În principiu, locatorul nu garantează decât pentru tulburările de drept. Regula și excepția sunt oferite de textul art. 1.793 C. civ. care dispune că locatorul nu este ținut la garanție pentru tulburarea de fapt cauzată de un terț care nu pretinde un drept asupra bunului, în acest caz locatarul apărându-se singur prin intermediul acțiunilor posesorii<sup>21</sup> sau, după caz, al răspunderii civile delictuale<sup>22</sup>. Dacă autorul tulburării de fapt nu este terț, ci este autorizat direct sau indirect de locator printr-un raport juridic să aibă acces la bun (ex. antreprenorul, un client al locatorului etc.)<sup>23</sup>, suntem în prezența unei tulburări din fapta proprie a locatorului. Prin excepție, locatorul va garanta și pentru tulburarea de fapt cauzată de un terț atunci când tulburarea a început înaintea predării bunului către locatar și îl împiedică pe acesta să îl preia, ipoteză în care devin aplicabile prevederile art. 1.794 alin. (2) C. civ. care angajează răspunderea locatorului pentru evicțiune.

Dacă terțul pretinde un drept real sau de creanță asupra bunului dat în locațiune, locatorul este obligat să-l apere pe locatar chiar și în lipsa unei tulburări de fapt. Dacă pretenția terțului a fost admisă și aceasta conduce la o lipsă totală sau parțială a folosinței bunului, locatorul are obligația de a-l despăgubi pe locatar pentru toate prejudiciile suferite ca urmare a acestei evicțiuni. O interpretare ad litteram a expresiei „toate prejudiciile” conduce la concluzia că locatorul este obligat să repare nu numai prejudiciul previzibil, dar și pe cel imprevizibil, cu condiția ca acesta din

---

<sup>20</sup> În temeiul art. 1.047 NCPC, pe calea ordonanței președințiale, date cu citarea părților, locatorul poate solicita obligarea locatarului sau sublocatarului, după caz, la suportarea restrângerii folosinței spațiului închiriat ori chiar la evacuarea din acest spațiu dacă aceste măsuri se justifică pentru efectuarea reparațiilor ori lucrărilor prevăzute de lege în sarcina locatorului.

<sup>21</sup> Art. 949 alin. (2) C. civ.: „Exercițiul acțiunilor posesorii este recunoscut și detentorului precar”.

<sup>22</sup> A se vedea și Fl. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, coord., *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 795; M. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 640.

<sup>23</sup> A se vedea Ph. Malaurie, L. Aynes, P.-I. Gautier, *Contracte...*, *op. cit.*, p. 367.

urmă să fie consecința directă și necesară a evicțiunii și locatarul să nu fi cunoscut cauza evicțiunii la momentul încheierii contractului. Odată evicțiunea locatarului consumată, art. 1.794 alin. (2) C. civ. prevede: „Indiferent de gravitatea tulburării, dacă i-a comunicat-o locatorului, fără ca acesta să o înlătore de îndată, locatarul poate cere o scădere proporțională a chiriei. Dacă tulburarea este atât de gravă încât, dacă ar fi cunoscut-o, locatarul nu ar fi contractat, el poate rezilia contractul în condițiile legii”. Numai locatarul care nu a cunoscut cauza evicțiunii la momentul încheierii contractului are dreptul la daune-interese.

În cazul în care terțul, care emite un drept asupra bunului, inclusiv un drept de servitute, se îndreaptă în proces chiar împotriva locatarului, art. 1.795 alin. (1) C. civ. face referire la dreptul locatarului de a cere introducerea în proces a locatorului, dacă există pericolul pierderii totale sau parțiale a folosinței. Însă alineatul (2) al aceluiași text de lege instituie răspunderea locatarului pentru toate prejudiciile cauzate locatorului prin necomunicarea tulburării către acesta și prin lipsirea astfel a acestuia de posibilitatea de a se apăra împotriva pretenției terțului. Rezultă în toate cazurile că locatarului îi revine obligația de a comunica locatorului tulburarea de drept provenită de la terț, nu și obligația de a-l introduce în procesul cu terțul. Locatorul, odată înștiințat despre tulburare, va putea interveni în proces din proprie inițiativă, în executarea obligației sale de garanție<sup>24</sup>, cât și în apărarea propriului său interes, sau va participa la proces la chemarea locatarului. Locatarul care nu a comunicat tulburarea locatorului nu va răspunde totuși pentru prejudiciul cauzat acestuia prin evicțiune, dacă dovedește că locatorul oricum nu ar fi avut câștig de cauză, independent de intervenția sa în proces, sau că acesta a cunoscut pe altă cale tulburarea și cu toate acestea a ales să rămână în pasivitate.

**C. Obligația de a garanta contra viciilor** are menirea de a asigura locatarului o folosință utilă a bunului pe toată durata contractului, respectiv o folosință a bunului conform destinației avute în vedere de locatar la momentul încheierii contractului. În temeiul art. 1.790 C. civ., locatorul răspunde pentru toate viciile care împiedică sau micșorează folosirea bunului, fără a avea vreo relevanță că aceste vicii au apărut anterior sau ulterior perfectării contractului, de vreme ce el are obligația continuă de a menține bunul în stare corespunzătoare de folosință. Răspunderea locatorului pentru vicii este o răspundere obiectivă, independentă de culpa sa<sup>25</sup> și nu interesează pentru angajarea răspunderii dacă el însuși a cunoscut sau nu aceste vicii la momentul perfectării contractului.

---

<sup>24</sup> Art. 1.794 alin. (1) C. civ.: „Dacă un terț pretinde vreun drept asupra bunului dat în locațiune, locatorul este dator să îl apere pe locatar chiar și în lipsa unei tulburări de fapt....”.

<sup>25</sup> A se vedea F. Popa, *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor în Noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 212-217.

În privința viciilor existente la momentul perfectării contractului sau/și al predării, răspunderea locatorului se va face pe temeiuri juridice distincte după cum viciile sunt aparente sau ascunse. În privința viciilor aparente existente la momentul predării, tipul abstract al locatarului prudent și diligent trebuia și putea să le observe cu ocazia examinării bunului imediat după predare și să le reclame locatorului fără întârziere, în condițiile art. 1.690 alin. (3) C. civ. ca nefiind conforme cu starea corespunzătoare utilizării după destinație. Dacă nu le-a observat sau le-a observat și nu le-a reclamat locatorului fără întârziere, se prezumă că au fost acceptate de locatar și starea bunului corespunde art. 1.787 C. civ., locatorul executând o obligație conformă de predare. Cu toate acestea, dacă viciul aparent cauzează prejudicii vieții, sănătății sau integrității corporale, va atrage obligarea locatorului la plata despăgubirilor, fără a mai prezenta importanță că aceste vicii existau la momentul încheierii contractului sau al predării și nu au fost reclamate de locatar în condițiile art. 1.690 alin. (3) C. civ. Dacă locatarul a comunicat de îndată viciile aparente observate cu ocazia examinării bunului după preluare, locatorul este dator să execute conform obligația de predare, temeiul răspunderii sale fiind o executare neconformă a obligației de predare. Dacă viciul exista la momentul predării și nu a putut fi constatat printr-o examinare serioasă, dar obișnuită a bunului de către locatarul prudent și diligent, atunci el este ascuns și manifestarea lui exterioară pe parcursul locațiunii va angaja răspunderea locatorului pentru vicii. Pentru orice viciu apărut ulterior predării, locatorul răspunde în temeiul obligației de garanție, nemaipunându-se problema caracterului ascuns sau aparent al viciului sub condiția ca viciul să împiedice sau să micșoreze folosința bunului conform destinației.

Efectele garanției pentru vicii. Remediile de care dispune locatarul sunt enunțate de art. 1.791 C. civ și diferă în funcție de gravitatea viciului. Dacă viciul nu este grav, locatorul este obligat la o executare în natură a obligației de garanție, trebuind să înlăture viciul în cel mai scurt timp. Cel mai scurt timp este o noțiune relativă la complexitatea viciului sau a bunului și diferă concret de la caz la caz; în toate cazurile, locatorul trebuie să manifeste toată diligența necesară pentru a realiza remedierea viciului într-un timp cât mai scurt posibil, astfel încât afectarea întrebuintării bunului să fie minimă. Dacă locatorul nu își execută fără justificare această obligație, locatarul are dreptul la o reducere proporțională a chiriei. Apreciem că dacă prin aceste vicii bunul devine absolut impropriu întrebuintării convenite, pe perioada necesară efectuării remedierii, locatorul nu va datora chirie, plata chiriei fiind lipsită de cauză într-o asemenea împrejurare. Dacă viciul este atât de grav încât cunoscându-l locatarul nu ar fi încheiat contractul, el poate opta pentru reziliere.

În privința daunelor-interese la care ar avea dreptul locatarul pentru prejudiciul suferit ca urmare a acestor vicii, răspunderea locatorului nu poate fi decât una subiectivă, întemeiată pe culpă sau chiar intenție, astfel că dacă locatorul nu le-a cunoscut și, după împrejurări, nici nu trebuia să le cunoască, nu poate fi obligat la

plata daunelor-interese. Locatorul este cel care va răsturna prezumția culpei și va face dovada că nu a cunoscut și nici nu trebuia să cunoască viciile care afectează bunul.

Dispozițiile privind garanția contra viciilor<sup>26</sup> se aplică și atunci când bunul este afectat de o altă neconformitate ascunsă constând în lipsa unei calități din cele convenite de părți. În cazul în care neconformitatea constând în lipsa unei calități convenite este aparentă, răspunderea vânzătorului va fi angajată pe temeiul unei execuții neconforme a obligației de predare.

---

<sup>26</sup> Art. 1.792 C. civ.: „Dispozițiile privitoare la garanția contra viciilor *ascunse* se aplică și atunci când bunul dat în locațiune nu corespunde calităților convenite de către părți”.



---

---

# COMPARATIVE STUDY OF MATRIMONIAL REGIMES IN THE ROMANIAN CIVIL CODE 2011 AND THE BGB 1900

*Oana GHÎȚĂ*

---

## Summary

After Romania became a rule of law, through the acknowledgment of democratic principles, the necessity to reform the legal system appeared. Relationships specific to family law are regulated in Book II of the new Civil Code (NCC), which unifies the majority of civil law institutions in the same legislative work, following the monist philosophy and the principles characteristic to the great Romano-Germanic legal system. Within family law, the autonomy of the will principle governs the relationships between spouses, but also between spouses and third parties, the liberalization of family law being thus promoted. The possibility for spouses to freely administer the way in which the patrimonial life is organized within the couple is one of the major aspects of the applicability of this principle.

---

**Keywords:** matrimonial regimes, new Civil Code, patrimonial life, principle.

## 1. Introduction – Comparative historical aspects

The most significant legislative achievement of the 20<sup>th</sup> century was the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), promulgated in 1869 and enforced at the beginning of the new century, on 1 January 1900. This Code was at the center of the entire development of private law in the German-speaking countries.

The German civil code, especially known as the “BGB” – which represents its initials, is one of the most important and most original legislative monuments of the great Romano-Germanic legal system. Its novel elements, the technical language it promotes, particularities in defining certain concepts – all of these make it significantly different than the French Civil Code, which is the source of

the new Romanian Civil Code, and confer it a special position within the great Romano-Germanic legal system.

Phillipe Malaurie considers the BGB is “a code for jurists”. We underline, thus, the characterization of codification through conceptualization efforts, which are implicit in relation with this legislative procedure, and through sobriety, as the code must not be too “verbosely”, because “the code is not the formal determination of a multiple number of laws, but it constitutes the spirit of the system and of totality”<sup>2</sup>, and this must characterize any juridical work of great amplitude. On the other hand, in front of the crisis of the sources of law, the code responds to the need for legal certainty and accessibility to the legal norm. What is better than “a book which makes you know the law”?<sup>3</sup>

The distinctive element of this structure is the existence of a general part of the Code which enshrines all the principles which stand at the basis of regulating the specific relationships of civil law. The idea of inserting in the Code this kind of a general part, inspired by the method of the renowned pandectist Arnold Heisse, became popular, being used by several civil codes enacted in the 20<sup>th</sup> century.

These national codes, considered to form the first generation of civil codes (the French Civil Code, the German BGB, the Austrian, Italian or Spanish Civil Codes, as well as the codes inspired by them) had as main objective the unification of civil law on the national territory. The codes’ function of unification indicates the significant role they had in the creation of national states<sup>4</sup>. The unity of law stabilizes social conscience, if not generally the citizens, by using juridical instruments. In the vision of jurists, the code becomes “a memorandum, symbol of national unity and independence”<sup>5</sup>.

After Romania became a rule of law, through the acknowledgment of democratic principles, the necessity to reform the legal system appeared. Relationships specific to family law are regulated in Book II of the new Civil Code (NCC), which unifies the majority of civil law institutions in the same legislative work, following the monist philosophy and the principles characteristic to the great Romano-Germanic

---

<sup>1</sup> Ph. Malaurie, *L'utopie et le bicentenaire du Code civil*, Enjeux et valeurs d'un Code Civil Moderne, Les journées Maximilien-Caron, Université de Montréal, Faculté de Droit, Éd. Thémis, 1990, p. 6.

<sup>2</sup> B. Oppetit, *Essai sur la codification*, Ed. Presses Universitaires de France, coll. "Droit, éthique, société", Paris, 1998, p. 9.

<sup>3</sup> Le rapport public du Conseil d'État intitulé: *Sécurité juridique et complexité du droit*, Études et documents nr. 57, 15 martie 2006.

<sup>4</sup> J. Basedow, *Du Code Napoléon à la codification européenne – 200 ans de codification à la lumière de ses fonctions*, in Jean Philippe Dunand, Benedict Winiger (ed.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Acte du colloque sur le bicentenaire du Code civil français organisé à Genève, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 312.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

legal system. Within family law, the *autonomy of the will* principle governs the relationships between spouses, but also between spouses and third parties, the liberalization of family law being thus promoted. The possibility for spouses to freely administer the way in which the patrimonial life is organized within the couple is one of the major aspects of the applicability of this principle. The elimination of the compulsory community of property matrimonial regime, which limited the possibility of the spouses to manage their private property, and the regulation of a plurality of matrimonial regimes which spouses are free to choose from, depending on the particular situation of each family, prove that the legislator wished to adhere to the EU law norms, at least in the field we are analyzing. For that matter, maintaining the Family Law Codes, after the transformations which took place in Russia and the Eastern European countries in 1990, is stochastic in these societies marked by transition, in which the old realities of the legal provisions are not sustainable anymore. This short exposé of the factual reality showed that only the change of the political system and of the perception upon private property and the capitalist regime have led to the separation of Family Law and Civil Law; this could be an argument in favor of the enounced thesis, in the sense that it is not justified anymore, after the fall of communism, to separate the Family Law Code from the Civil Law Code, in order to completely dissociate family relationships from the idea of private property and capitalist society<sup>6</sup>. The phrase "family law" is not used anymore to determine a distinct branch of law, but a juridical institution, as is the case with other institutions of civil law: the law of obligations, the law of contracts etc.

## 2. Comparative study of the general aspects of matrimonial regimes in the NCC and the BGB

With regard to matrimonial regimes, the Romanian legal system and the German legal system present both similarities and important differences. These appear, on one hand, at a structural level, and on the other hand, at the level of the regulation of each regime.

Therefore, in Romanian law, we have the community of property as the statutory matrimonial regime, regulated in Articles 339 - 359 NCC, while in German law the legal matrimonial regime is the community of accrued gains, regulated in Articles 1363 - 1413 BGB. Conventional regimes are regulated in both systems, but in a different manner. Hence, NCC provides in Article 312(1) that the future spouses can

---

<sup>6</sup> For a view regarding the situation of marriage and the rights and obligations regarding it under the previous legislation see A.B. Ilie, *Capacitatea persoanei fizice în dreptul civil român*, Universitaria, Craiova, 2003, pp 62-77 and 83-87.

choose between the community of property regime and the separation of property regime or the conventional community regime, the entire Chapter VI of Title II in Book II (dedicated to family relationships) enshrining the regulation of patrimonial rights and obligations of spouses, or, in other words, of matrimonial regimes.

The German code regulates matrimonial regimes in Title 6 of Book 4 concerning Family Law, other three conventional regimes being regulated besides the legal regime: the separation of property regime, the community of property regime and the regime of continued community of property together with the common descendants of the spouses.

### ***2.1. The statutory matrimonial regime in the NCC and the BGB***

#### **a) The community of property – the statutory matrimonial regime in the NCC**

The community of property regime represents the rule in the field of matrimonial regimes in the Romanian legal system, therefore anytime the spouses do not chose another regime through a matrimonial convention, the community of property regime is applied by default. Similarly, when the matrimonial convention is sanctioned with nullity, the community of property regime is applied. If the spouses did not sign a convention before starting the marriage, they have the possibility to sign one at anytime during the marriage, changing thus the matrimonial regime under which they got married. A new modification of the matrimonial convention can be done only after at least one year had passed since the last modification, and the modifications of the matrimonial regime, in order to become opposable to third parties, must be registered in the National Notarial Matrimonial Registry.

Within the community of property regime, a common patrimony of the spouses is recognized, as well as an individual patrimony of each spouse, while both patrimonies entail an active and a passive patrimony. According to Article 339 NCC, the possessions acquired during the community of property regime become, from the moment of their acquisition, ***common possessions in joint tenancy (ro. – devălmășie)*** of the spouses. According to Article 667 NCC, a property in joint tenancy exists when, by the effect of law or according to a convention, the right to property pertains concomitantly to several persons, without any of them having a determined quota from the right to property exercised over the common possessions. This particular community of property is limited by the express regulation in the NCC of the categories of ***private possessions*** of the spouses:

- a) Possessions acquired through succession or gift, except for the possessions expressly destined to be owned in joint tenancy by the testator or donor;
- b) Possessions used for personal purposes;

c) Possessions used by one of the spouses for his or her occupation, if they do not belong to a business (*fond de commerce*) which is a part of the community of property;

d) Patrimonial rights of intellectual property over one of the spouses' creations and the distinctive registered trademarks;

e) Possessions acquired as prizes or rewards, scientific or literary manuscripts, sketches and artistic projects, invention projects and other possessions of this sort;

f) Insurance indemnity and compensation for any pecuniary or moral damage suffered by one of the spouses;

g) Possessions, money or any other values which substitute a personal possession, as well as possessions acquired to subrogate them;

h) Fruits of personal possessions.

**The proof** that possessions are personal and not common must be made every time a spouse invokes the existence of an exclusive right to property, because with regard to the community of property regime, the legislator provided for a relative assumption, according to Article 343 NCC. For the movable possessions acquired before entering the marriage, an inventory can be completed by a notary public or privately, if the spouses so convene. In the absence of such an inventory, it is presumed, until proven otherwise, that the possessions are common.

The NCC also provides in Article 342 that the spouses use, administer and freely dispose of their private possessions, but this liberty is limited by the primary imperative regime of the possessions (for instance, by the special regime of the family household and the possessions that equip and decorate it).

With regard to the *administration of common property*, the Civil Code provides for the *system of concurrent administration*, which presupposes that, in principle, each of the spouses has the power to administer by himself or herself the entire community of property, each spouse being able to act by virtue of his or her own power conferred by law, and not by representing the other spouse. Hence, the community of property has "a bicephalous executive"<sup>7</sup>. As correlative to the concurrent administration rule, Article 345(4) NCC provides for the regime of liability between spouses for the administration of common possessions. Therefore, any concluded legal act remains valid, the rights of third parties not being affected, but the spouse who concluded an act by himself or herself and, as a consequence, has damaged the interests of the other spouse with regard to the community of property, is liable for the damage caused and can be obliged to compensate the other spouse. An exception of the concurrent administration can be found in the *system of common administration*, which implies, according to Article 346 NCC, the conjunct consent of both spouses for selling common property, for initiating a

---

<sup>7</sup> S. Petrina Gavrilă, *Instituții de dreptul familiei în reglementarea noului Cod civil* [Institutions of family law in the regulation of the New Civil Code], Hamangiu, Bucharest, 2012, p. 122.

mortgage, or for concluding acts of disposition with onerous title regarding movable possessions which are subject to a publicity regime, and also *inter vivos* acts with gratuitous title regarding movable possessions, with the exception of regular gifts. According to Article 347 NCC, the acquiring third party that did reasonable steps in order to be informed about the nature of the possession in question is protected from the effects of nullity. In this case, the spouse who did not consent before the conclusion of the act and suffers damages because of that act can only ask for compensation for damages from the other spouse.

Regarding the *debts of the spouses*, the Civil Code provides in Article 353 that the common possessions cannot be followed by the personal creditors of one of the spouses. Nevertheless, after following all the private possessions of the debtor spouse, the personal creditor can ask for the separation of common property, but only in the proportion necessary to cover the debt. The partitioned possessions become private possessions. Similarly, provided that the common debts are not covered by the common possessions, the spouses are liable, in *solidarity*, with their private possessions. In this case, the spouse who paid off the common debt subrogates to the rights of the creditor for what he or she paid over the quota which would be his or hers from the community of property, if the liquidation would be done at the moment in which the debt was paid off. The spouse who paid off the common debt has a retention right over the possessions of the other spouse, until the new debt between the spouses is completely paid off.

*The liquidation of the community of property* is done, according to Article 335 NCC, between the surviving spouse and the successors of the deceased spouse, when the community of property ends because of the death of one of the spouses. In this case, the duties of the deceased spouse are divided proportionally between successors, according to their quotas from the inheritance.

If the community of property regime ends by the *dissolution of marriage*, the former spouses remain owners of the common property in joint tenancy, according to Article 356 NCC, until the quota of each of them is established. Within the liquidation of the community of property, each spouse retains his or her private possessions (private property), and the property that remains will be partitioned. For this purpose, the quota of each spouse will be determined having regard to the contribution of each of them for the acquisition of property, and also to the fulfillment of their common duties. It is presumed that the contribution of spouses is equal, until proven otherwise.

**b) The community of accrued gains – the statutory matrimonial regime in the BGB**

According to Article 1363(1) BGB, the community of accrued gains represents the *statutory property regime*. As such, “the spouses live under the property

regime of community of accrued gains if they do not by marriage contract agree otherwise". The second paragraph of Article 1363 BGB provides that, in principle, the possessions of each of the spouses do not become common property, and the same rule applies for the possessions that one of the spouses will acquire after the marriage contract is concluded. Nevertheless, „the accrued gains that the spouses acquire in the marriage, however, are equalised if the community of accrued gains ends". We can easily conclude that the German matrimonial regime of the community of accrued gains is similar to the matrimonial regime of the separation of possessions in the Romanian Civil code.

The spouses are not obliged to proceed to an inventory of the possessions. However, making such an inventory at the beginning of the marriage (for the initial possessions) makes it easier to prove the contribution of each spouse during the marriage. If an inventory of the initial possessions is not done, a relative assumption will apply, according to which the final possessions of a spouse constitute his or her share to the accumulated accrued gains [Article 1377(3) BGB]. This relative assumption of ownership facilitates the enforcement procedure, when this is the case. It is also presumed that the movable objects under the possession of one of the spouses pertain to the debtor (a possession which can be object of seizure) [Article 1362 BGB, corroborated with Article 739 ZPO – Civil Procedure Code]. This assumption is not applicable to possessions destined for the exclusive personal use of one of the spouses.

Within the community of accrued gains regime, each spouse *manages his property* independently; nevertheless, we observe the existence of legal provisions which limit the freedom of the spouses to manage their private possessions:

a) The spouse cannot dispose of the entirety of his private possessions without the consent of the other spouse. According to case-law<sup>8</sup>, a property which represents 80% of the common property of the spouse can be considered "property as a whole" (Article 1365 BGB). In practice, these conditions are often met in the case of real estate.

b) Additionally, according to Article 1369(1) BGB, "a spouse may dispose of objects of the household of the spouses belonging to him and agree to such a disposition only if the other spouse consents". The same rules apply to the legal acts having as object the household of the spouses.

As such, the legislator provides in Article 1366(1) BGB that an act for the conclusion of which the consent of both spouses is required, will be suspended and will be deprived of its legal effects until the moment in which the other spouse consents to it. Until the ratification, the third party may revoke the contract. Where he knew that the man or the woman was married, he may revoke only if

---

<sup>8</sup> See <http://www.coupleseurope.eu/ro/germany/topics>.

the man or the woman untruthfully claimed that the other spouse had consented; in this case too, he may not revoke if when he entered into the contract he knew that the other spouse had not consented. Where the third party requests the spouse to obtain the necessary ratification of the other spouse, the latter may declare ratification only to the third party; if he made a declaration to his spouse even before the request, the declaration becomes ineffective. The ratification may be made only within two weeks after the receipt of the request; if it is not made, it is deemed to have been refused. If the family court substitutes the ratification, its order is effective only if the spouse communicates it to the third party within the two-week period; failing this, the ratification is deemed to have been refused (According to Article 1366(3) BGB). If ratification is refused, the contract is ineffective.

In principle, the spouses will not be held liable for the debts of the other spouse; however, according to Article 1357(1) BGB, if one of the spouses has consented to enter into agreements for the provision of daily necessities of the family, the obligations which stem from these agreements will be opposable to the other spouse, too. Hence, "each spouse is entitled to enter into transactions to appropriately provide the necessities of life of the family, also binding the other spouse. Such transactions entitle and oblige both spouses, unless it appears otherwise from the circumstances. One spouse may restrict or exclude the entitlement of the other spouse to enter into transactions binding him; if there is no adequate reason for the restriction or exclusion, the family court must cancel it on application".

The cessation of the community of accrued gains regime implies only the determination of the content of the property of each of the spouse, for the purpose of liquidating this regime, the estimation of their value being made at the time of the liquidation<sup>9</sup>. The causes for the cessation of the matrimonial regime of the community of accrued gains are diverse: death, entrance into a conventional matrimonial regime, divorce, separation of body, annulment of marriage, judicial separation of property. Regardless of the cause, any of the spouses can ask the court to take measures of conservation with regard to the possessions of the other spouse.

*The liquidation* of this regime can be realized amiably or judicially, by calculating the participation debt owed by one of the spouses to the other spouse. The sums that the spouse who is debtor of the participation duty owes to the other spouse are added to the participation debt, or the sums that the other spouse must receive are deduced from the participation debt, so that the payment will be made at the same time.

---

<sup>9</sup> C.-M. Crăciunescu, *Dreptul la dispoziție al soților asupra bunurilor ce le aparțin, în diferite regimuri matrimoniale* [The right of the spouses to dispose of their possessions, under different matrimonial regimes], Universul Juridic, Bucharest, 2010, p. 59.



## ***2.2. Conventional matrimonial regimes regulated in the NCC and the BGB***

### ***2.2.1. Conventional matrimonial regimes in the current Romanian legal system***

#### **a) The *separation of property* regime (Articles 360-365 NCC)**

The *separation of property* regime has generated certain controversies, the conservatory legal literature considering it to be more of an “inexistence of the regulation of patrimonial relationships between spouses, than a matrimonial regime”<sup>10</sup>. According to other opinions<sup>11</sup>, this matrimonial regime is considered to be fair, especially when the spouses belong to the same socio-professional category, when there is an economical equality between them or when they start the marriage while possessing relatively equal assets.

Article 360 NCC provides that each of the spouses is the *exclusive owner* of the possessions acquired before entering the marriage, as well as the possessions he or she acquires after entering the marriage. The proof of private movable possessions is made through the inventory done by the notary public, irrespective of the way in which these possessions were acquired, at the time the matrimonial regime is adopted by the spouses. In order to become *opposable to third parties*, according to Article 361(1) NCC, the inventory is annexed to the matrimonial convention, being subject to the same publicity requirements as the convention. If the possession in question was acquired through a transaction which is subject, according to law, to a formal condition for its validity or to a publicity requirement, the right to exclusive property can be proved only with the written act which complies with all the formal conditions provided by law.

Nevertheless, we have to also present the *limits* enacted by the legislator to the regime of separation of property, which are the impossibility to overpass the imperative dispositions of the primary regime (the norms which regulate the special regime of the household of the family and the movables which equip and decorate it, the norms regarding the expenses of marriage).

The goods *acquired by the spouses together* belong to them in common property with established quotas, according to Article 362 NCC. A spouse can use the possessions of the other spouse, if the latter does not oppose it. In this case, the spouse has the duties of a usufructuary, being obliged to provide the existent fruits and incomes at the time they are requested by the owner spouse, or, as appropriate, at the time of cessation or modification of the matrimonial regime.

---

<sup>10</sup> J. Flour, G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, ediția a 2a, Ed. Dalloz, Armand Colin, Paris, 2001, p. 682.

<sup>11</sup> C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român* [Treaty of Civil Law], vol 1, Ed. Națională, Bucharest, 1928 (2nd edition, All, Bucharest, 1996), p. 127.

With regard to the *debts of the spouses*, they are only liable in solidarity for the obligations entered in order to cover the ordinary expenses of a marriage. Besides of this situation, none of the spouses can be held accountable to fulfill the obligations entered by the other spouse.

*The liquidation* of the matrimonial regime of the *separation of property* does not happen through partition, as the mass of common possessions does not exist, but the spouses merely take over their private possessions.

**b) The *conventional community* regime (Articles 366-368 NCC)**

The conventional community regime represents the only conventional regime of community regulated by the new Civil Code. It applies, according to Article 366 NCC, when there is derogation from the statutory regime, made through a matrimonial convention. According to Article 367 NCC, *the object* of the matrimonial convention which the spouses use to adopt this regime could contain the further aspects:

*a) Inclusion in the community, in whole or in part, of the possessions acquired or the private debts created before or after entering the marriage, with the exception of the possessions used for personal purposes and the possessions required for the occupation of each of the spouses, if they do not belong to a business which pertains to the community of property;*

Observing the wording of this article, it is evident that in point a) the legislator confers to the spouses the possibility to extend the object of the community of property by derogation from the statutory community regime. Nevertheless, complete freedom is not permitted for the spouses to create the active patrimony within the conventional community, the legislator limiting their will through the express exclusion from the community of the possessions used for personal purposes and the possessions required for the occupation of each of the spouses, if they do not belong to a business which pertains to the community of property. Hence, we deduce the intention of the legislator to eliminate the possibility for the spouses to create a universal community of property (a conventional matrimonial regime which exists in other legal systems), which could have been the object of a matrimonial convention if the law would not have provisioned otherwise.

*b) The restriction of the community to the possessions or the debts expressly determined in the matrimonial convention, regardless of whether they were acquired or, as appropriate, born before or after entering the marriage, with the exception of duties entered by any of the spouses to cover the ordinary expenses of marriage;*

This provision confers the spouses the possibility to make recourse to a conventional matrimonial regime which allows more independence to create both the active and the passive patrimony, without being in the presence of a separatist regime, and being thus governed by “a partial interlace of their patrimonial

interests”<sup>12</sup>. The limitation enshrined in the legal norm does not allow spouses to separate entirely their rights and obligations; besides the exception expressly provisioned at point b), we also have to take into account the provisions of the primary matrimonial regime which entails imperative norms.

*c) The compulsoriness of the agreement of the spouses for concluding certain administration acts; in this case, if for one of the spouses is impossible to express his or her will or if the spouse is abusively opposing the act, the other spouse can conclude by himself or herself the transaction, but only with the preliminary agreement of the tutelary Court.*

We observe that the legal provision does not make any distinction with regard to the quality or the quantity of the possessions which can become object of the so called “certain acts of administration” concluded with conjunct consent by the spouses.

We consider that certain terminological clarifications are necessary; hence, in accordance with other authors<sup>13</sup>, we believe that it is preferred to interpret the phrase “acts of administration” comprehensively, because analyzing the text literally would generate excessive limitations, allowing thus a conventional derogation with regard to acts of administration; all the more so this solution should be admitted with regard to acts of disposition, as for the latter category the reasons are even more righteous.

From the legal text we can conclude that the conjunct administration can have as exclusive object the possessions which belong to the community patrimonial active, Article 342 NCC imperatively regulating the possibility for each of the spouses to use, administer and freely dispose of his or her private possessions. Similarly, the provisioning of the obligation of the owner spouse to obtain the express consent of the other spouse to be able to conclude acts of administration with regard to his or her private property, would constitute a severe interference with the legal regime of private property. If for one of the spouses is impossible to express his or her consent or if the spouse abusively opposes concluding such a clause, the other spouse can conclude the act by himself or herself, but only with the preliminary agreement of the Court.

*d) Enshrining the “preciput” clause; the enforcement of the “preciput” clause is made “in nature”, or, if this is not possible, the enforcement is made through equivalent, from the net value of the community active;*

According to Article 333(1) NCC, the “preciput” clause offers the surviving husband the right to retrieve, before the succession is partitioned, one or more of the common possessions, owned in joint tenancy or in co-ownership.

---

<sup>12</sup> M. Avram, C. Nicolescu, *Regimuri matrimoniale* [Matrimonial regimes], Hamangiu, Bucharest, 2010, p. 310.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 311.

The legislator, thus, allows the spouses to stipulate such a clause in the object of the matrimonial convention.

*e) Methods regarding the liquidation of the conventional community.*

The possibility to *liquidate* the matrimonial regime may be stipulated in the matrimonial convention. For example, this clause can take the shape of the following options:

- Partition of common property in equal shares, irrespective of the contribution of the spouses to the active or the passive of the community;
- One of the spouses could receive the bare ownership, and the other spouse could receive the usufruct;
- The stipulation of unequal shares, according to which the partition of common property will be made etc.

Nevertheless, one must underline that by concluding a matrimonial convention, with the purpose of choosing the conventional community regime, one must not disrespect the provisions of the primary matrimonial regime [Article 332(1) NCC], under the sanction of absolute nullity, nor the principles of equality between spouses, parental authority and the devolution of succession [Article 332(2) NCC].

*2.2.2. Conventional matrimonial regimes in the current German legal system*

**a) The *separation of property regime***

According to Article 1414 BGB, “if the spouses exclude the statutory property regime or terminate it, separation of property takes effect, unless the marriage contract leads to a different conclusion. The same applies if the equalization of the accrued gains is excluded or community of property is terminated”.

This is the only legal text which refers to the separation of property regime and it provides that if the spouses refuse to enter the statutory property regime or if they liquidate it, and the matrimonial convention does not provide otherwise, this separatist regime is takes effect; the same rule applies when the compensation of the gains to which the spouses participate or the compensation of the rights to pension exclude each other, or when the community of property is terminated<sup>14</sup>.

In principle, this regime borrows the characteristics of the community of accrued gains, as a body of common property is not created at the time the marriage is concluded, each of the spouses owning their own private property. Nevertheless, through the general effects of marriage, the German civil code limits the separation of property, according to imperative provisions, regardless of the matrimonial regime chosen by the spouses. As such, Article 1357 BGB regulates the domestic mandate, or,

---

<sup>14</sup> C.-M. Crăciunescu, *Regimuri matrimoniale* [Matrimonial regimes], All Beck, Bucharest, 2000, p. 51.

in other words, the duty of the spouse who owns the family household to accord the other spouse the right to use it.

Gifts between spouses are allowed, and they can be exclusively revoked due to the theory of the disappearance of the conventional fundaments<sup>15</sup>.

**b) The *community of property* regime (Article 1415 and the following articles, BGB)**

In the community of property regime (rarely used in practice), the possessions of the spouses become common property. Hence, according to Article 1416 BGB, “the property of the husband and the property of the wife, as a result of community of property, become the *joint property of both spouses* (marital property). The marital property also includes the property that the husband or the wife acquires during the period of community of property”.

Nevertheless, there are specific *limitations* with regard to the separate property and the reserved property of spouses:

- The *separate property* – is the objects that may not be transferred by legal transaction [Article 1417(2) BGB].

- The *reserved property* [art. 1418 alin. (2) BGB] is the objects:
  - that by marriage contract are declared the reserved property of a spouse,
  - that a spouse acquires as a result of death or that are given to him by a third party free of charge, if the testator specified by testamentary disposition or the third party specified when making the disposition that the acquisition is to be reserved property,
  - that a spouse acquires on the basis of a right that is part of his reserved property or as compensation for the destruction of, damage to or removal of an object that is part of the reserved property or by a legal transaction that relates to the reserved property.

As a matter of fact, Article 1419 BGB provides that “a spouse may not dispose of his share of the marital property and of the individual objects that are part of the marital property; he is not entitled to demand partition”.

According to Article 1421 BGB, “in the marriage contract in which they agree on community of property, the spouses should specify whether the marital property is managed by the husband or by the wife or by both of them jointly. If the marriage contract contains no provision on this, the spouses manage the marital property jointly”.

a) If the marital property was *managed by the husband or by the wife*, the spouse who does not manage the marital property may institute *proceedings for termination of the community of property* (Article 1447 BGB):

---

<sup>15</sup> Fr. Ferrand, *Droit civil allemand*, Dalloz, 1997, p. 478.

- if his future rights may be substantially endangered by the fact that the other spouse is incapable of managing the marital property or abuses his right to manage the marital property,

- if the other spouse has violated his duty to contribute to the family maintenance and a substantial endangerment of the maintenance is to be feared in the future,

- if the marital property is over-indebted by obligations that arose as personal obligations of the other spouse to such an extent that a later acquisition by the spouse who does not manage the marital property is substantially endangered,

- if the management of the marital property falls under the area of responsibilities of the custodian of the other spouse.

The spouse who manages the marital property may take action for termination of the community of property if the marital property, as a result of obligations of the other spouse which fall on the latter as between the spouses, is over-indebted to such a degree that a later acquisition is substantially endangered.

b) If the marital property was *jointly managed*, according to Article 1469 BGB, each spouse may institute *proceedings for the termination of the community of property*:

- if his or her future rights may be substantially endangered as a result of the fact that the other spouse, without his or her cooperation, undertakes acts of management that may be undertaken only jointly;

- if the other spouse, without adequate cause, persistently refuses to cooperate in the proper management of the marital property;

- if the other spouse has violated his or her duty to contribute to the family maintenance and a substantial endangerment of the maintenance is to be feared in the future;

- if the marital property is over-indebted by obligations that arose as personal obligations of the other spouse, and are borne by the latter as between the spouses, to such an extent that its later acquisition is substantially endangered;

- if the exercise of a right of the other spouse that arises from the community of property falls under the area of responsibilities of a custodian.

**c) The continued community of property with the common descendants of the spouses (Article 1483 and the following articles, BGB)**

According to Article 1483 BGB, within this matrimonial regime, the spouses may agree by marriage contract that the community of property, after the death of a spouse, is continued between the surviving spouse and the descendants of the spouses. If the spouses make such an agreement, the community of property is continued with the descendants of the spouses who are heirs in the case of intestate succession. The share of the deceased spouse in the marital property is not part of

the estate; apart from this, the succession of the deceased spouse takes place under the general provisions of law.

The *rights and obligations* of the surviving spouse and of the descendants entitled to a share with regard to the marital property of the continued community of property are determined by the provisions applying to marital community of property; the surviving spouse has the legal position of the spouse who manages the marital property alone, and the descendants entitled to a share have the legal position of the other spouse.

The surviving spouse *may terminate* the continued community of property at any time. The termination is made by declaration to the court with jurisdiction over the estate of the deceased spouse; the declaration must be made in notarially certified form. The probate court should notify the descendants entitled to a share and, if the surviving spouse is the legal representative of one of the descendants, the family court of the declaration; if custodianship exists, the approval of the custodianship court should be notified [Article 1492(1) BGB].

The continued community of property *ends when the surviving spouse remarries or establishes a civil partnership*. The surviving spouse must, if a descendant entitled to a share is minor, notify the family court of his intention to remarry, submit a list of the marital property, terminate the community of property and bring about the partitioning. The family court may permit the community of property not to be terminated until conclusion of marriage and the partitioning not to take place until a later date [Article 1493(1) and 1493(2) BGB].

In addition, according to Article 1494 BGB, the continued community of property *ends on the death* of the surviving spouse. If the surviving spouse is *declared to be dead*, or if the date of his death is established under the provisions of the Missing Persons Act [Verschollenheitsgesetz], the continued community of property ends at the time that is deemed to be the time of death.

A descendant entitled to a share may take *legal action against the surviving spouse for termination* of the continued community of property:

- if his future rights may be substantially endangered by the fact that the other spouse is incapable of managing the marital property or abuses his right to manage the marital property;
- if the surviving spouse has violated his duty to grant maintenance to the descendant and a substantial endangerment of the maintenance is to be feared in the future;
- if the management of the marital property falls under the area of responsibilities of the custodian of the surviving spouse;
- if the surviving spouse has forfeited parental custody for the descendant or, if he had been entitled to it, would have forfeited it.

## *Conclusions*

Regarding the similarities of the analyzed systems, we observe, after the short comparative approach on the matrimonial regimes under the regulation of the two civil codes, the presence of statutory matrimonial regimes and conventional regimes, which indicates that both systems are characterized by the freedom of will of the parties (the spouses) to chose, modify or change the regime which governs the patrimonial relationships between them and also with third parties. We also observed in both legislations the presence of a body of imperative provisions (in the new Civil code they are named “common dispositions” – or they are known in the legal literature as “imperative primary regime”, while in the BGB they are known as “effects of marriage”) applicable to patrimonial relationships of the spouses, regardless of the chosen matrimonial regime.

Regarding the distinctive elements of the analyzed systems, we recognize in the Romanian civil law the existence of a communitarian-type statutory regime – the community of property, while the German legal system opted for a separatist-type statutory regime – the community of accrued gains regime. The community of accrued gains regime has not been enlisted by the Romanian legislator among the conventional matrimonial regimes, because it was considered to be complicated, without traditional grounds in Romania, and not being capable to become of interest for the current Romanian society; even if, in the version of the civil code project of 2000, this regime was also proposed for regulation<sup>16</sup>.

Besides the regulation of the statutory matrimonial regime, the legislator opted to regulate in each case a derogatory conventional regime – by concluding a matrimonial convention –, which is completed by the dispositions of the statutory regimes in each of the analyzed systems: the community of property regime in the new Romanian Civil code and the separation of accrued gains in the German civil code. Besides these regimes, we also underline the existence of a separatist conventional regime in Romanian law (the separation of property regime), and of another two communitarian-type regimes in German law: the community of property regime and the continued community of property together with the common descendants of the spouses.

---

<sup>16</sup> M. Avram, C. Nicolescu, *op. cit.*, p. 303.



# THE TRANSITION OF COMMERCIAL LAW IN THE NATIONAL LEGAL SYSTEM UNDER THE INFLUENCE OF THE ROMANIAN CIVIL CODE

*Lecturer PhD Lavinia Elena SMARANDACHE (STUPARU),  
University of Craiova  
Faculty of Law*

## Summary

The entry into force of the current Romanian Civil Code has called into question the position held by commercial law in the national legal system. Although, by means of this legal act, the lawmaker intended to implement the thesis of private law unity, they did not effectively manage to ensure the achievement of a single, unitary regulation of legal private law relations, i.e. an authentic fusion between civil and commercial law. The gaps in legislative attempts to introduce a monistic conception in the Romanian private legal system, that are to be drawn from the contents of the Civil Code and its Implementation Law, lead to the view that the abandonment of the autonomy of commercial law has occurred only from the legislative perspective regarding the change of the regulation system of commercial law, the latter therefore continuing to exist.

**Keywords:** Romanian Civil Code; commercial law; branch of law; monistic theory

## 1. Introductory considerations

The entry into force of the current Civil Code<sup>1</sup> and, subsequently, of a new Code of Civil Procedure<sup>2</sup> have brought about substantial changes regarding private

---

<sup>1</sup> Introduced in Law no. 287/2009 regarding the Civil Code, published in the Official Gazette no. 511, July 24<sup>th</sup> 2009, as subsequently amended and corrected, further republished in the Official Gazette no. 505/15.07.2011. Law no 287/2009 was put into effect by Law no. 71/2011, published in the Official Gazette no 409, June 10<sup>th</sup> 2011, as subsequently corrected and amended. The Civil Code and its Implementation Law entered into force on October 1<sup>st</sup> 2011, repealing the 1864 Civil Code, the 1887 Commercial Code, as well as other normative acts. (Article 230 of Law no. 71/2011).

<sup>2</sup> Introduced in Law no. 134/2010 regarding the Code of Civil Procedure, published in the Official Gazette no 485, July 15<sup>th</sup> 2010, republished in the Official Gazette no. 545, August 3<sup>rd</sup> 2012. Law

law as division of the Romanian legal system. The new Civil Code is the legal act by means of which the lawmaker intends to incorporate all regulation related to persons, family relations, commercial relations, as well as those with an external element<sup>3</sup>. This is the context in which the position of commercial law<sup>4</sup> has been called into question in our legal system. The issue at hand refers to the establishment of whether, beginning with October 1<sup>st</sup> 2011 – the entry into force and implementation date of the Civil Code –, commercial law continues to be an autonomous branch of the national legal system or has become a sub-branch of the current civil law.

A response to this matter builds on the interpretation given to the expressions 'branch of law' and 'sub-branch of law'. In legal literature, the criteria to be considered for the identification of branches of law have been their object of regulation, the method of regulation, the nature of legal norms, the nature of sanctions, their own principles, the capacity of subjects or the will of the lawmaker. In relation to the decisive criterion, *i.e.* the object of legal regulation, a branch of law designates a series of organically connected legal norms which regulate social relations sharing the same specificity and the same field, and which employ the same method or a complex of methods<sup>5</sup>. On the other hand, a sub-branch of law is shaped by a group of legal institutions which form the object of a distinct legal regulation<sup>6</sup>.

---

no. 134/2010 was put into effect by Law no. 76/2012, published in the Official Gazette no. 365, May 30<sup>th</sup> 2012. The Code of Civil Procedure and its Implementation Law entered into force on February 15<sup>th</sup> 2014.

<sup>3</sup> In the explanatory memorandum of the Civil Code.

<sup>4</sup> Please see with regard to this theme St. D. Cărpenu, *Dreptul comercial în condițiile noului Cod civil* [Commercial Law under the New Civil Code], in *Curierul judiciar* no 10/2010, pp. 543-546; Gh. Piperea, *Dreptul civil comercial – specie a dreptului civil* [Commercial Civil Law – Species of Civil Law], in *Curierul judiciar* no 7-8/2011, pp. 363-367; S. Angheni, *Drept comercial- între dualism și monism* [Commercial Law – Between Dualism and Monism], in the Vol. Noul Cod civil. Comentarii [The New Civil Code. Commentaries], 3<sup>rd</sup> Edition, Universul Juridic, Bucharest, 2011, p. 56; Gh. Buta, *Noul cod civil și unitatea dreptului privat* [The New Civil Code and the Unity of Private Law], in Vol. 1, Noul Cod civil. Comentarii [The New Civil Code. Commentaries], coordinator M. Uliescu, Universul Juridic, Bucharest, 2011, p.; C. Gheorghe, *Drept comercial român* [Romanian Commercial Law], C.H. Beck, Bucharest, 2013, pp. 23-25; A. Tudor, P. Rosenberg, O. Rădulescu, *Dreptul comercial trebuie să rămână o disciplină autonomă și după intrarea în vigoare a noului Cod civil* [Commercial Law Must Remain an Autonomous Discipline after the Entry into Force of the New Civil Code as Well], in *Commercial Law Review* no 7-8/2011, p. 124 and the next; M. Duțu, *Noul cod civil - o etapă importantă în dezvoltarea dreptului privat român* [The New Civil Code – An Important Stage in the Development of Romanian Private Law], in Vol. I Noul Cod civil. Studii și comentarii [The New Civil Code. Studies and Commentaries]. Vol. I. Book I and Book II (Articles 1-534), Romanian Academy, The Institute of Legal Research, Private Law Department "Traian Ionașcu", Coordinator: Professor M. Uliescu, PhD, Universul Juridic, Bucharest, 2012, pp. 8-50.

<sup>5</sup> I. Dogaru, *Teoria generală a dreptului* [General Theory of Law], Europa, Craiova, 1998, p. 209; I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Partea generală*, C.H. Beck, Bucharest, 2007, p. 12-16.

<sup>6</sup> R. Nițoiu, A. Șorop, *Teoria generală a dreptului* [General Theory of Law], 3<sup>rd</sup> Edition, C.H. Beck, Bucharest, 2008, p. 142.

## 2. Commercial Law as Branch of Private Law

Under the legal framework prior to the date of entry into force of the Civil Code, the Romanian commercial law was an autonomous branch within the national legal system. *The object of regulation* integrated into commercial law consisted of social relations with patrimonial or personal, non-patrimonial contents incurred through commercial acts. The general regulation of commercial acts was ensured by provisions of the 1997 Romanian Commercial Code (Article 3, Article 4, and Article 56).

*Commercial acts* were considered to be those legal operations which consisted of acts and deeds by means of which the exchange and circulation of goods and values were achieved, as well as the production of goods and provision of services, carried out with the intention of making a profit and which acquired this status on account of categorization by law or due to the capacity of merchant of the parties partaking in the respective legal operation<sup>7</sup>.

On account of the regulation guaranteed to commercial acts by provisions of the Commercial Code, the previously mentioned acts were grouped into three categories: objective commercial acts; subjective commercial acts; unilateral (or mixed) commercial acts.

Objective commercial acts were those legal acts and operations declaratively enumerated in Article 3 of the Commercial Code, which had commercial legal nature due to the fact that the law itself categorized them as such and due to the fact that the will of the subjects of law who carried them out on the one hand, and whether the latter enjoyed the capacity of merchant or not on the other hand was irrelevant<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> V. Găină, L.E. Smarandache, *Drept comercial român [Romanian Commercial Law]*, Alma, Craiova, 2010, p. 174.

<sup>8</sup> Objective commercial acts were equally divided into: a) acts of intrusion in the exchange and circulation of goods and values (commercial sale and purchase; bank operations and foreign exchange operations); b) acts of the undertaking type, by means of which production of goods and provision of service activities would be organised and undertaken (construction enterprises; factory enterprises; manufacturing enterprises; publishing and printing enterprises; supply enterprises; public show enterprises; commission enterprises; business agents and offices; bookshop undertakings and art objects when a party other than the author or the artist sales them; passenger transport enterprises or involved in the transport of goods by water or land; insurance companies; companies involved in storage in dock areas and warehouses, including all operations regarding storage receipts and pledge letters); c) related operations (repurchase agreements on credit instruments; stock exchange operations; purchase or sales of social parts or shares of commercial companies; brokering in commercial affairs; orders in products or goods; operations regarding navigation; deposits for commercial cause; current account and cheque; guarantee contracts of commercial obligation discharging).

Subjective commercial acts, regulated by Article 4 of the Commercial Code, were those acts and obligations which did not form part of the category of objective commercial acts, were carried out by merchants in the exercise of their profession and were unaffected by exceptions from the presumption of commerciality imposed by law (*i.e.* they did not have civil nature or the merchant did not confer the acts non-commercial nature through their will).

Unilateral commercial acts were regulated by provisions of Article 56, Article 6 and Article 893 of the Commercial Code. These acts were legal operations which were regarded as civil for one party, and commercial for the other party (either via quality awarded by law, or due to the fact that a merchant took part in them). Nonetheless, the legal relation between them was commercial and was subject to commercial law. There also were two exceptions, *i.e.* dispositions of the commercial law regarding merchants were inapplicable to non-merchants, just as they were in those cases where the law so required.

The regulation ensured by the Romanian Commercial Code underlined the *system of determination with regard to the field of commercial law*. The relevant literature<sup>9</sup> in this field has generally identified two systems of determination, *i.e.* the objective and subjective system. In the objective system, commercial law has as object the legal norms intended for a category of legal operations, named by law commercial acts, the capacity of the person who carries them out having no relevance (an objective/ a technical right of commercial acts<sup>10</sup>). In the subjective system, commercial law has as object those legal norms which regulate social relations incurred through the legal acts in which take part persons who have the capacity of merchant (a subjective right of professionals such as merchants)<sup>11</sup>. Particularly, the field of Romanian commercial law encompassed legal norms with regard to commercial acts and merchants and was determined by an objective system supplemented by a subjective criterion. In other words, it rather had mixed nature, due to the fact that the Commercial Code was based on an objective conception (defining as such

---

<sup>9</sup> St.D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial roman [Treatise of Romanian Commercial Law]*, Universul Juridic, Bucharest, 2009, p. 10; R. Motica, V. Popa, *Drept comercial român și Drept bancar [Romanian Commercial Law and Banking Law]*, Lumina Lex, Bucharest, 1999, p. 24; Y. Reinhard, *Droit commercial*, Litec, Paris, 1998, pp. 2-4; F. Dekenwer-Defossez, *Droit commercial*, Montchrestien, Paris, 2001, p.31; R. Houin, M. Pedamon, *Droit commercial*, Dalloz, Paris, 1990, p. 60; A. Piedelièvre, S. Piedelièvre, *Actes de commerce. Commerçants. Fonds de commerce*, Dalloz, Paris, 2001, p. 2.

<sup>10</sup> The objective system is adopted by French legislation and other French inspiration legislation, the Romanian legislation up to the abrogation of the Commercial Code included. See S. Angheni, *Drept comercial. Profesiuniștii-comercianți [Commercial Law. Professionals – Merchants]*, C.H. Beck, Bucharest, 2013, p. XX.

<sup>11</sup> The subjective conception is proper to German legislation.

commercial acts), but went on with a presumption of commerciality for all merchants' legal acts, ascendingly regulated in the subjective system<sup>12</sup>.

In this period, the *legal link between civil and commercial law* was consecrated by provisions of Article 1 of the Romanian Commercial Code, in the sense that commercial law had civil law as common law. Civil law was applied to commercial legal relations provided that there were no dispositions in commercial legislation or that they were insufficient to regulate the aforementioned relations.

*By definition*, commercial law was that particular branch of the legal system made up of the set of legal norms which regulated patrimonial and personal, non-patrimonial social relations incurred through commercial acts, as well as those acts in which merchants participated.

In conclusion, until the date of entry into force of the current Civil Code, the Romanian legal system was characterised by the *dualism of private law*, in that both civil and commercial law were autonomous legal branches.

In commercial law, commercial acts consecrated by the Commercial Code generated commercial legal relations. The latter ones were mainly regulated by commercial legislation, and if they brought about litigations, their settlement was reserved to courts and/ or commercial divisions.

In civil law, civil relations had a legal regime different from commercial relations, both in respect of substantial as well as procedural law. They were governed by civil legislation, and civil litigations were settled by civil divisions of courts.

### 3. Commercial Law as Sub-Branch of Civil Law

By means of the current Civil Code, the national lawmaker has intended to implement the thesis concerning the unity of private law, thus changing the system of regulation of commercial law. There has been a crossover from the system of the autonomy of commercial law (the system of the dualism of private law) to the system of the unity of private law (the monist system of private law)<sup>13</sup>. Concretely, the traditional division of private law into civil and commercial law and, consequently, the delineation between civil legal relations and commercial legal relations was abandoned. The model so followed by the national lawmaker in the process of codification is the Civil Code of Québec (1994).

---

<sup>12</sup> C. Gheorghe, *op. cit.*, p.13.

<sup>13</sup> For an approach of the two systems of commercial law regulation, St. D. Cârpenaru, *Tratat de drept comercial roman [Treatise of Romanian Commercial Law]*, 2<sup>nd</sup> Edition, revised. According to the new Civil Code, Universul Juridic, Bucharest, 2012, pp. 15-19; C. Gheorghe, *op. cit.*, pp. 5-12; I. Schiau, *Drept comercial [Commercial Law]*, Hamangiu, Bucharest, 2009, pp. 13-15.

### A. The Monist Theory and its Criticism

The monist theory concerning the regulation of private law relations essentially presupposes ensuring a unique (*i.e.*, the integration of commercial regulations into civil law) and unitary (*i.e.*, equal, non-discriminatory law-making for all private law subjects) regulation with regard to all private law relations<sup>14</sup>.

Within the frame of the national legal system, the transposition of the monist conception has raised criticism in the legal doctrine, due to the faulty drafting of the Romanian Civil Code. More precisely, its content does not reflect the existence of a true unique and unitary regulation of private law relations, as the monist theory affirms. As further down in our delineations, not all regulations allocated in the past to commercial relations have been integrated in the new Civil Code, and to civil law subjects differences of legal regime in relation to their capacity of professionals, or non-professionals, are consecrated.

On the one hand, we retain the fact that most part of the specific commercial legislation has outlived the entry into force of the current Civil Code and has remained outside it. The abrogation of particular commercial normative acts<sup>15</sup>, the summary modification of some acts<sup>16</sup> and the takeover of dispositions pertaining to others in the content of the new Civil Code are not sufficient to sustain the avowedly<sup>17</sup> integrative conception adopted by the lawmaker with regard to private law. Consequently, a considerable number of legal institutions in commercial law continue to be regulated by the pre-existent commercial legislation in the matter, them neither being mentioned nor developed by dispositions of the Civil Code and to which the partial abrogation of the Commercial Code<sup>18</sup> and some commercial normative acts is irrelevant. Under this particular situation fall the following cases as well, examples of which are given below:

– particular contracts, regulated by and reserved to merchants under the Commercial Code, or diverse commercial normative acts which have been inserted in the current Civil Code (for instance, the consignment agreement, agency agreement, the intermediation contract, supply contract, the current account agreement, hotel deposit agreement, the insurance contract, the repurchase agreement etc.). However, the leasing contract (Law no. 51/1997 concerning leasing operations and leasing societies), franchise contracts (Government Ordinance no. 52/1997

---

<sup>14</sup> Gh. Buta, *Conceptia monistă a noului Cod civil* [*The Monistic Conception of the New Civil Code*], p. 4, paper presented at the Conference *Noul Cod civil* [*The New Civil Code*], Craiova, October 22<sup>nd</sup> 2011.

<sup>15</sup> Article 230 letters c), e), f), u), ww) of Law no. 71/2011.

<sup>16</sup> Article 230 letter b) of Law no. 71/2011.

<sup>17</sup> In the explanatory memorandum of the Civil Code, it is alleged that the latter has incorporated the totality of regulations concerning (...) commercial relations.

<sup>18</sup> With exceptions provided by Law no. 71/2011.

concerning the legal regime of franchises) or some bank agreements<sup>19</sup> (Government Emergency Ordinance no. 50/2010 concerning credit contracts for consumers; Government Emergency Ordinance no. 99/2006 concerning credit institutions and capital adequacy) continue to be regulated by other normative acts.

– the organic statute of merchants and their professional obligations are not regulated by the Civil Code, but by a consistent special legislation outside it (for example, the Company Law no. 31/1990; the Government Emergency Ordinance no. 30/1997 concerning the reorganisation of autonomous administrations; the Accountancy Law no. 81/1990). The Implementation Law of the Civil Code (Article 8) is limited solely to the nomination of the merchant as a category of professionals.

– the commercial register (system of accounting for merchants and their activity), the procedure of insolvency or commercial securities are institutions which, in some cases, are but mentioned or regulated in few respects by dispositions of the Civil Code and its Implementation Law. To this day, the legal regime of the commercial register is still mainly established by Law no. 26/1990 concerning the commercial register, the procedure of insolvency by Law no. 85/2014 concerning the procedures of insolvency and for preventing insolvency, and commercial securities are still regulated by normative acts exogenous to the Civil Code as are, for instance, Law no 58/1934 on exchange and promissory notes and Law no. 59/1934 on cheques.

– within the sphere of obligations<sup>20</sup>, the text of the Civil Code underlines the fact that several rules which ensured the specificity and, implicitly, the delineation between commercial obligations<sup>21</sup> and civil obligations<sup>22</sup> in the previous regulation have been taken over. Thus, the Civil Code currently contains the rule concerning

---

<sup>19</sup> From the new Civil Code, have been omitted, alongside the bank deposit contract and the bank credit contract, as contractual genres, important species of these bank contracts. For a more detailed approach, see Gh. Piperea, *Contractele bancare în noul Cod civil. Comentarii* [*Bank Contracts in the New Civil Code. Commentaries*], in *Contractul de credit bancar. Principii, legea, uzanțele* [*The Bank Credit Contract. Principles, Law, Usages*], Universul Juridic, Bucharest, 2013, pp. 11-35; L. Bercea, *Creditul bancar. O încercare de conceptualizare* [*The Bank Credit. A Conceptualisation Attempt*], in *Contractul de credit bancar. Principii, legea, uzanțele* [*The Bank Credit Contract. Principles, Law, Usages*], Universul Juridic, Bucharest, 2013 pp. 36-67.

<sup>20</sup> For the opinion according to which unitary regulation of the Civil Code regards only the institution of obligations, St. D. Cârpenaru, *Tratat de drept (...)* [*Treatise of Law (...)*], p. 19.

<sup>21</sup> The specificity of commercial obligations was consecrated by the Commercial Code through dispositions of Articles 42-45 and Article 55.

<sup>22</sup> For the opinion according to which the process of standardisation of private law and the reunification of the two disciplines, i.e. civil and commercial, will lead to the commercialisation of civil law, in the sense of the changeover of certain civil institutions or of their fusion with commercial law institutions or concepts, please see I. Schiau, *op. cit.*, p. 15.

the legal passive solidarity between debtors of the obligation contracted in the exercise of an activity undertaken by a company<sup>23</sup> (Article 1446<sup>24</sup>) and the rule concerning moratory damages in case of monetary obligations (Article 1535<sup>25</sup>).

The insertion in the Civil Code of some institutions and rules (of law and practice<sup>26</sup>) specific to commercial law, regulated in the past by the Romanian Commercial Law and/ or other commercial normative acts, justifies the assertion according to which the new normative framework provided to Romanian private law has determined a somewhat *commercialisation of civil law*. Thus, reality is a variant of the mutual influence between civil and commercial law, further encountered in other legal systems. The commercialisation of civil law and the civilisation of commercial law are old topics in legal literature. In this respect, we bear in mind the opinion according to which the commercialisation of civil law presupposes the elimination of useless formalism, the increase in cooperation and trust on behalf of both contracting parties, as well as the protection of third parties

---

<sup>23</sup> There are also special rules regarding liability in areas that are impacted by commercial activity, like environmental protection. For those special rules see A.B. Ilie *Dreptul Mediului Înconjurător*, Universitaria, Craiova, 2006, pp. 174-179.

<sup>24</sup> Article 1446 of the Civil Code: Solidarity is presumed between debtors of a contracted obligation in the exercise of the activities of an undertaking, except as otherwise provided by law.

In the past, Article 42 of the Commercial Code established: 'In commercial obligations co-debtors are severally liable, out of contrary stipulation. The same presumption exists against the guarantor as well, even if non-merchant, who guarantees a commercial obligation. It is not applied to non-merchants for operations which, because it concerns them, are not commercial acts.'

<sup>25</sup> Article 1535 of the Civil Code: (1) If a sum of money is not paid on the maturity date, the creditor has the right to moratory damage, from maturity until the time of payment, in the amount agreed upon by the parties, or if absent, in the amount provided by law, without the need to prove any damage. In this case, the debtor does not have the right to bring proof that the damage suffered by the creditor as a result of late payment would be smaller. (2) If, prior to maturity date, the debtor owed higher interest than the legal interest, the moratory damages are owed at the applicable level before the maturity date. (3) If no moratory interest higher than the legal interest is owed, the creditor is entitled, outside legal interest, to damages-interest for the integral compensation of the loss suffered.

In the past, Article 43 of the Commercial Code established the following: 'liquid commercial and payable in cash debts produce interest as of right on the day they become payable.' Thus, the previous rule in matters related to commercial obligations, according to which the interest (moratory debts) runs as of right from the date of maturity, was taken over and developed in the new Civil Code (Article 1535).

<sup>26</sup> In practice, commercial operations have always been characterised by innovation, dynamism, adaptability to market demands and social needs, by a lack of formalism, celerity and the importance and security of the credit. For an approach of such elements which conferred commercial law specificity, please see I. Dogaru, N. Popa, D. C. Dănișor, S. Cercel, *Bazele dreptului civil. Volumul I. Teoria generală [Civil Law Foundations. Volume I. General Theory]*, C.H. Beck, Bucharest, 2008, pp. 1239-1240.



such as guaranteed creditors and good faith buyers, whose participation is essential to the functioning of a market. Likewise, the civilisation of commercial law consists in the increase of the morality of the market on the basis of a more altruistic standard of equity, designed for the regular, and irregular, protection of participants in the market<sup>27</sup>.

On the other hand, the Civil Code *regulates differences of legal regime for civil law subjects, in relation to the subjective criterion of holding the capacity of professional*<sup>28</sup>. The notion of 'professional' was introduced as element of novelty by the Civil Code [Article 3, para (2)], in connection to the expression 'operation of an undertaking' [Article 3, para (3) of the Civil Code] and detailed by its Implementation Law [Article 8, para (1)]. According to these dispositions, professionals are considered to be all those who operate an undertaking, respectively the person or persons who systematically exercise an organised activity which consists of the production, administration or the disposal of assets or of the provision of services, regardless of whether it is profit making or not. The notion of 'professional' includes the categories of merchant, entrepreneur, economic operator, as well as any other person authorised to conduct economic or professional activities, such as these notions are provided for by law, on the date of entry into force of the Civil Code. Concretely, the law-maker preferred a mediated 'definition' of the professional, by means of the expression 'operation of an undertaking' and through an enumeration of the entities that benefit from such a qualification<sup>29</sup>.

According to the Civil Code, obligational legal relations achieve a different legal regime for involved law subjects, in relation to their capacity of professionals, respectively non-professionals. Among the derogatory rules consecrated by the Civil Code, which apply exclusively to professionals, we recall: the presumption of solidarity (Article 1446); postponement as of right in the performance of an obligation [Article 1523 para (2), letter d)]; the determination of the price between professionals (Article 1223); the parts of the fiduciary contract [Article 776, para (2)]; the particular criteria of guilt appreciation (Article 1358); no showing of the representative capacity [Article 1297, para (2)]; denunciation of vices [Article 1709, para (2)]; types of leases [Article 1778, para (3)]; lease without a specific duration [Article 1785, letter a)]; depositary diligence [Article 2107, para (2)]; intermediary remuneration [Article 2097, para (2)]; excluded credits (Article 2572); one year limitation period (Articles 2520-2521); rules applicable to the limitation [Article 2515, para (5)].

---

<sup>27</sup> B. Kozolchyk, *The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law*, in Louisiana Law Review Vol. 40, no 1/1979, p. 46.

<sup>28</sup> Regarding the differences between the status of natural person in Civil law and Commercial law see A.B. Ilie *Capacitatea persoanei fizice în dreptul Civil Român*, Universitaria, Craiova, 2003, pp. 57-61.

<sup>29</sup> Both reporting criteria are prone to numerous contradictory observations and conclusions.

## B. The Effects of the Implementation of the Monist Theory

The criticism concerning the transposition of the lawmaker's unifying will into the Civil Code, alongside the maintenance of principles specific to commercial law, as well as other arguments, are no longer sufficient to sustain an eventual autonomy of commercial law in the current national legal system. In the relevant legal literature the idea has been highlighted according to which a branch that asserts its autonomy should have a complete body of rules unborrowed from any other branch of law, in other words, it should consist of a self-sufficient set of universal rules that could allow it access to independence<sup>30</sup>. Consequently, according to the same opinion, even if a right contains numerous derogatory rules from common law, it is neither autonomous nor totally independent if it does not fit into the previously mentioned situation, thus merely being different from common law.

Within this context we affirm that, at legislative level, the entry into force of the Civil Code has led to the loss of the autonomy of commercial law, even if in practice an authentic fusion of civil and commercial law could not evidently be achieved. The main argument for the cessation of the existence of commercial law as autonomous branch of the legal system is the disappearance of its own distinct legal object of regulation, from which it previously benefited. The provisions of the Civil Code have reinterpreted the original fundamentals of commercial law, i.e. commercial acts and the merchant<sup>31</sup>, both being currently inseparable from the institution of the professional and the institution of the undertaking.

To this conclusion mainly leads the current field of civil law implementation and, alternatively, the partial abrogation of the Romanian Commercial Code<sup>32</sup>. By will of the lawmaker, the social relations that used to fall under commercial law legal norms, now form part of the specific object of civil law. In this respect, the dispositions of the Civil Code are also applied to relations between professionals, as well as to relations between them and any other civil law subjects [Article 3, para (2) of the Civil Code]<sup>33</sup>. Likewise, the abrogated part of the Commercial Code contained inclusively those legal norms which regulated commercial acts, thus playing a key role in the establishment of the commercial nature of a legal relation. In all legal acts in force, the expressions 'commercial acts', respectively 'deeds of commerce' have been replaced with the expression 'activities of production, commerce or provision of services' [Article 8, para (2), Law no. 71/2011].

---

<sup>30</sup> C. Lucas de Leyssac, G. Parleani, *Droit du marché*, PUF, Paris, 2002, pp. 89 and the next.

<sup>31</sup> Y. Guyon, *Droits des affaires*, Economica, Paris, 1998, pp. 4-5.

<sup>32</sup> Through Article 270 letter c) of Law no 71/2011.

<sup>33</sup> There are certain branches of economy markets where professionals and civil law subjects have legal relations like those regarding the energy market. Those have special regulation that derogate from common law. For more on this topic see A.B. Ilie, „*Considerații privind dreptul pieței energiilor regenerabile în Europa*”, *Revista de Științe Juridice, Universul Juridic*, București, vol. 1, nr. 2, februarie, 2011, pp. 15-32.

Consequently, in the sphere of private law legal relations, we can currently talk at most about the peculiarities of certain social relations, respectively of those in which professionals such as merchants participate. These peculiarities are the expression of a specialisation that targets merchants as subjects of law typical of the commercial field. Currently, merchants benefit from a derogatory legal treatment mainly determined by their capacity of professionals who operate profit making undertakings and, secondarily, by their organic capacity fixed by legislation outside the Civil Code.

Within the current normative context, civil law is common law in the sphere of commercial law. According to Article 2, para (2) of the Civil Code, the current code is made up of a set of rules that constitute common law for all fields referred to by the letter and spirit of its dispositions.

Consequently, the current link between civil and commercial law falls under the typology branch-sub-branch. As sub-branch, commercial law consists of the set of legal institutions consecrated by the Civil Code and the normative acts outside it, that regulate social relations in which professionals such as merchants throughout the operation of profit making undertakings participate.

The change in the system of legal regulation of commercial law has legislatively prompted the civil qualification of legal relations in which merchants, in their capacity of professionals, participate and who operate profit making undertakings. In view of the same change, litigations brought about by such legal relations fall under the power of civil courts, and within them, often under the power of special panels, in accordance with dispositions of the Code of Civil Procedure.

#### **4. The Conservation of the Statutes Regarding Commercial Law as Science and Study Discipline**

The identification of commercial law as sub-branch of civil law in the national legal system has not affected the statutes regarding commercial law as science and study discipline.

Within the *meaning of science*, the expression 'commercial law' designates that subdivision of legal sciences which has as object of research commercial law, a component of the national legal system. The science of commercial law examines commercial legal norms in relation to the socio-economic realities from which they have derived.

Within the *meaning of study discipline*, the expression 'commercial law' designates a structural element of the education plan, an object of study within the process of legal higher education.

With the entry into force of the Civil Code and its Implementation Law, opinions have been raised in legal literature with concern to an eventual renaming

of commercial law. Proposals have varied from 'business law' to 'company law' or 'professional contract law'<sup>34</sup>. Arguments against these terminologies are related either to the inclusion of pluridisciplinary institutions or to the unjustified elimination of certain institutions pertaining to commercial matters. As regards us, we join those who uphold the maintenance of the classical terminology of commercial law<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> On this theme, Gh. Piperea, *Introducere în Dreptul contractelor profesionale* [*Introduction in Professional Contracts Law*], C.H. Beck, Bucharest, 2011, p. 5; A. Gheorghiu, *Comercialitatea în condițiile noului Cod civil* [*Commerciality under the New Civil Code*], in *The Commercial Law Review* no 11/2011, pp. 127 and the next; R.N. Catană, *Drept comercial în Powerpoint* [*Commercial Law in Powerpoint*], Universul Juridic, Bucharest, 2013, pp. 12-14.

<sup>35</sup> St. D. Cârpenaru, *Tratat de drept (...)* [*Treatise of Law (...)*], pp. 20-21.

---

# THE THEORY OF UNFORESEEABILITY, WHERE TO?

*Asist. univ. dr. Mădălin SAVU-TICU\**  
*University of Craiova*  
*Faculty of Law*

---

## Summary

In the present time the fact that there is no unity in the perception of the regulations of European countries concerning the unforeseeability theory shows the difficulty of the lawmaker which is called to make a compromise between the generalisation of the principle *pacta sunt servanda* and accepting the rule *rebus sic standibus*.

Even if we refer to the regulation of this theory through the Draft Common Frame of Reference or through the Art. 313 of B.G.B. or through Articles 1467-1468 of the Italian Civil Code (*eccessiva onerosita*) or even through the new Romanian Civil Code, or if we analyze the Spanish, Belgian, Swiss and French regulations which are partisans of the generalisation of the principle *pacta sunt servanda*, we need to accept the necessity to (at least!) try to unify this legal problem in one way or the other.

Honouring on the letter the principle of good faith excludes, at an ideal level, the intervention of a third party (even of the judge), as long as, such an unforeseeable circumstance occurs in a way that seriously and fundamentally affects the balance of the contract, the creditor of the excessive onerous obligation, should be acting in good faith and in the spirit (not the letter!) of the contract in order to “salvage” it.

---

**Keywords:** *rebus sic standibus*, unforeseeability, the effects of the agreement, the principle of binding force, new Romanian Civil code, compared law.

---

\* E-mail: [ticu\\_madalin@yahoo.com](mailto:ticu_madalin@yahoo.com).

## 1. Introductory notes on unforeseeability: legal definition; historical background

1.1 Any valid agreement produces effects, which represent, in the end, the rights and obligations such agreements create, modify or end<sup>1</sup>. We cannot imagine an agreement which does not produce any effects and for this reason, the purpose, the goal of any agreement must be analyzed from the perspective of the effects it produces.

Identifying the effects of a civil agreement means establishing the rights and the correlative obligations it generates, modifies or ends<sup>2</sup>. Thus, determining the content of an agreement supposes two steps:

a) *to produce proof of the agreement* – if the existence of an agreement is not proven, then establishing the effects of such document cannot be an issue anymore (*idem est non esse et non probari*);

b) *interpreting the content of an agreement*, step that can aim at:

– either qualifying the document, which means determining the type, the genre of the agreement;

– either establishing the meaning of one/more provision/s of the agreement;

– or both determining the type of the agreement and the meaning of its provision/s.

The principles of the effects of the agreement represent those rules which show the way that these effects produce, more specific, in which conditions and towards whom they may be produced. In this respect, the theory of the effects of the agreement lays down three principles:

– the principle of binding force (*pacta sunt servanda*);

– the principle of the irrevocability of the civil contract;

– the principle of the relativity of the effects of the civil contract.

From the perspective of this study, the first principle is the most relevant, as far as by its exceptions, it comprises, includes the theory of unforeseeability.

1.2 *The principle of binding force (pacta sunt servanda)* is the most significant of the three principles mentioned above, a real crossroad between the execution of the

<sup>1</sup> C.T. Ungureanu, *Drept civil. Partea generala. Persoanele*, 2<sup>nd</sup> edition, Hamangiu, Bucharest, 2013, p. 182; S. Cercel, *Introducere în dreptul civil*, Didactică și Pedagogică, Bucharest, 2006, pp. 212-217; I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Partea generală*, C.H. Beck, Bucharest, 2007, pp. 155- 158.

<sup>2</sup> Regarding the civil capacity to act and how it affects the rights the correlative obligations it generates, modifies or ends see A.B. Ilie, *Capacitatea persoanei fizice în dreptul civil român*, Universitaria, Craiova, 2003, pp. 57-61.

civil contracts and the manifestation of the free will. According to this principle, the agreement is the law of the parties – Article 1270 of the Civil Code: “**The binding force** (1) *The valid contract is considered the law of the contracting parties.*” A similar regulation was set down by Art. 969 of the Civil code of 1864.

As it was stressed, the notion of “law of the parties” “*is to be understood only metaphorically, because we cannot put the equal sign between the law and the contract*”<sup>3</sup>.

The very existence of this principle has its origins both in a moral, ethical rule which implies the obligation of respecting one’s word and of the commitment one made and also in the need of ensuring the stability of the civil relations and of the entire contractual circuit<sup>4</sup>.

In its capacity of social being (*zoon politikon* – Aristotle), the individual person respects its commitments (*pacta sunt servanda*) for the very reason that he must take into consideration the good of the community, society he is part of.

What is important is that the binding force extends beyond the parties of a contract, taking into consideration the fact that the national and even international courts called to resolve a dispute resulted from a contract are held by the terms of the agreement and are bound to respect the sovereign will of the parties (if, of course, their agreement is within the limits of the law, the public policy or to accepted principles of morality)<sup>5</sup>.

**1.3** The rule *rebus sic standibus* has its origins in the roman law and it comprises a relatively simple idea: as long as the circumstances taken into consideration by the parties in the moment they concluded the contract remain unchanged, the contract produces its effects exactly as they were laid down by the parties in the terms of the agreement.

Interpreting *per a contrario*, if, when executing the contract, there is a situation that imposes the re-evaluation/renegotiation of the contract, the parties must have an active role, with the respect of the principle of good faith and re-think the contractual situation in a way that it corresponds better to their initial will.

*“Depending on the effect it has on the initial operation, we will either have a new contract, which will take the place of the first, or we will have the same*

---

<sup>3</sup> G. Boroι, C.A. Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Hamangiu, Bucharest, 2011, p. 194.

<sup>4</sup> *Noul Cod civil - comentarii, doctrină, jurisprudență*, multiple authors, Hamangiu, Bucharest, 2012, p. 582; S. Cercel, *Introducere în dreptul civil, op. cit., pp. 217-220*.

<sup>5</sup> For development see C.T. Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, 2<sup>nd</sup> edition, Hamangiu, Bucharest, 2013, p. 182; G. Boroι, C.A. Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Hamangiu, Bucharest, 2011, p. 194.

*contract, but an amended one. In any case, we need the agreement of both parties; if one of the parties refuses any modifications, excepting the case of force majeure, the other party is "at the mercy" of the first one*<sup>6</sup>.

**1.4** Whenever the effects of an agreement are not the ones taken into consideration by the parties, we enter the domain of exceptional situations which may depart from the principle of the binding force of the agreement. We shall encounter two types of special situations:

a) *The cases when the binding force is restricted*, which are those situations expressly regulated by law, when the agreement ceases its effects before the established term because one of its elements may have disappeared. For example:

– the termination of the rental agreement because of the total or considerable disappearance of the good (art. 1818 paragraph (1) Civil Code);

– the termination of the residence rental agreement (a special case of rental agreement regulated for the spaces having as destination the place of residence of a person) within 30 days from the registration of the decease of the tenant (art. 1834 paragraph (1) Civil Code)

– the termination of the tenant farming contract by the decease, incapacity of bankruptcy of the tenant farmer (art. 1850 Civil Code) etc.

b) *The cases when the binding force is extended*

– extension of the effects of the contract by law, over the time established by the parties (for example the prorogation of the rental agreements as per the special laws: art. 1 of the Law no. 17/1994, Art. 7 paragraph (1) of the Law no. 112/1995, Art. 1 of the O.U.G. (Government Emergency Ordinance) no. 40/1999, O.U.G. no. 8/2004 etc.)

– extension of the effects of the contracts with successive execution because of the temporary suspension of the contract – in this case, the duration of the contract is extended with a period equal to the duration of the suspension of the contract (for ex.: a situation of *force majeure*) etc.

Another exception from the principle *pacta sunt servanda*, is due to “the rupture of the contractual equilibrium following a change of the conditions taken into consideration by the parties the moment they concluded the agreement (the so-called *unforeseeability theory – rebus sic standibus*), because it comes to a point where the effects of the agreement are different than those the parties, when they concluded the agreement, have understood to set down and agreed to bind them”<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> *Noul Cod civil - comentarii, doctrină, jurisprudență*, multiple authors, Hamangiu, Bucharest, 2012, p. 583, please also see F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, Paris, 2009, p. 490.

<sup>7</sup> G. Boroș, C.A. Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Hamangiu, Bucharest, 2011, p. 197-198.



We are in the situation where the effects of an agreement have to be revised whenever its execution becomes too burdensome for one of the parties. It's the case where the contractual equilibrium is broken because of the exceptional changes of the conditions taken into consideration by the parties when they concluded the agreement, as per Art. 1271 of the Civil Code.

**1.5** The application of the unforeseeability theory is usually restricted to the synallagmatic, onerous, commutative and with successive execution contracts. Nevertheless, the doctrine has stated that the *uno actu* contracts are also submitted to the unforeseeability theory, provided that *"the circumstance that breaks the contractual equilibrium intervenes after its conclusion, but before the obligations of the parties are due to be executed."*<sup>8</sup>

The intervention of the contractual disequilibrium is always situated after the moment the contract is concluded. If this disequilibrium existed before the date of the conclusion of the contract, the applicable institution would not be the unforeseeability, but the lesion, as a defect in the intention to contract<sup>9</sup>.

**1.6** The old Romanian regulation (the Civil code of 1864) does not contain any express provisions concerning the unforeseeability, this theory being developed only by the doctrine and case-law. However, there were known certain applications of the theory in certain specific cases:

– according to Art. 43 paragraph 3 of the Law of Law 8/1996 regarding Authors' Copyright and Related Rights which provides that *"in case of an obvious disproportion between the remuneration of the author of a work and the benefits of the person who has obtained the transfer of patrimonial rights, the author may petition the competent jurisdictional bodies to revise the contract or to conveniently increase the remuneration"*;

– Article 54 of Emergency Government Ordinance No. 54/2006 concerning the concession of public property which provides that *"the contractual relations between the conceder and the concessionaire are based on the principle of financial balance of the concession, between the rights which are granted to the concessionaire and the obligations which are imposed upon him. As a consequence, the concessionaire shall not be bound to bear the increment of its duties concerning the execution of its obligations if this increment is due to: a) a measure ruled by a public authority; b) a case of force majeure"*.

– and also the case of voluntary service, which is a contract without payment - Article 14 of Law 195/2001 on voluntary service, provides that *"if during the*

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>9</sup> C.T. Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, 2<sup>nd</sup> ed., Hamangiu, Bucharest, 2013, p. 185.

*execution of a contract on voluntary service there arises a situation independent of the contracting parties that can burden the execution of the obligations incurred by the volunteer, the contract shall then be renegotiated. If the situation renders further execution of the contract impossible, then it is completely terminated'.*

1.7 The theory of unforeseeability in force is laid down in the New Civil Code, Fifth Book, Obligations, Second Title, The Origins of the Obligations, First Chapter – The Contract, Sixth Section, The Effects of the Contract, Article 1271, being regulated by three paragraphs, as follows:

*(1) The parties are bound to fulfill their obligations even if their fulfillment has become more onerous, either due to the increase in the costs of fulfilling their own obligations or due to the decrease of the value of counter performance”.*

*(2) However, if the execution of the contract has become excessively onerous due to an exceptional change of circumstances, which would render the binding of the debtor to fulfill the obligation evidently unjust, the courts of law may order:*

*a) the revision of the contract in order to equitably distribute between the parties the losses and benefits resulting from the change in circumstances;*

*b) the termination of the contract from the moment and under the conditions it shall establish.*

*(3) The provisions of paragraph 2 are applicable only if:*

*a) the change in circumstances has occurred after the conclusion of the contract;*

*b) the change in circumstances as well as their extent were not and could not have been reasonably considered by the debtor at the moment when the contract was concluded;*

*c) the debtor did not undertake the risk of the change in circumstances and it could not have been reasonably considered that he had undertaken that risk;*

*d) the debtor tried, within reasonable term and in good faith, to negotiate the reasonable and equitable revision of the contract.”*

The first paragraph of the Article 1271 restates the principle of binding force of any legally concluded agreement, even in more difficult situations, where the fulfilment of the parties' obligations has become more difficult if compared with the moment they concluded the contract.

Restating the rule already provided by Article 1270 (the binding force of the agreement) means in fact that the lawmaker prepares the terrain in order to introduce the exception laid down in the second paragraph of the article.

However, in order to benefit from the provisions of the second paragraph, two conditions must be simultaneously fulfilled:

– an exceptional change of the circumstances taken into consideration by the debtor in the moment the contract was concluded

– the consequence of this change is the excessive burdensome of the contract for one of the parties.

The simultaneous fulfilment of the two conditions allows the court to act on one of the two possibilities:

– either to intervene as a mediator, negotiator, in a way that keeps the contract active, but the court rules in order to equitably distribute between the parties the loss and the gain (benefit) that may result from the contract;

– or to rule the termination of the contract “*from the moment and under the conditions it shall establish*”. Regarding the moment from which the court may rule the termination of the contract, it is obvious that this term may be only a future one.

In order for the judge to substitute the will of the parties with a will that leans more towards the principle of equity between the contractual relations, four conditions must be met:

– The change of the circumstances must be posterior to the conclusion of the contract. Otherwise, if it was anterior to the conclusion of the contract, it would mean that the debtor knew it and had taken it into consideration and has undertaken the risk deriving from that circumstance;

– The debtor could not foresee the change of the circumstances nor the extent of the change at the moment he concluded the contract;

– The debtor did not assume the risk of the change of the circumstance. *Per a contrario*, the theory of the unforeseeability would not be applicable;

– Before addressing to the court, the debtor tried to renegotiate the contract, acting in good faith and within a reasonable term.

According to the Art. 107 of the Law no. 71/2011 (the law which sets the conditions under which the New Civil Code entered into force), “*The provisions of Art. 1271 of the Civil Code regarding the unforeseeability apply only to the contracts concluded after the Civil Code enters into force*”, in other words, the express regulation of this theory shall produce its effects only *ex nunc* (from now on), and not for the contracts concluded under the Civil Code of 1864 but for which the excessive onerous situations have occurred after the New Civil Code entered into force.

The article 148 of the same law allows the theory to be applied also to a special type of hazardous contracts – the life annuity contract – but only “*concerning the circumstances arisen during the execution of the contract, which are not determined by the duration of the life of the person in favour of which the annuity has been established.*”

## 2. Unforeseeability in the German Law System

### 2.1. *On the Codification in Germany*<sup>10</sup> (*Bürgerliches Gesetzbuch*)

Not even Germany is excerpted from the discussions that arose at the end of the 19<sup>th</sup> Century between the partisans and the adversaries of the codification, amongst whom we mention the most significant ones like Thibaut<sup>11</sup> and Savigny.

*“The first, seduced by the French example, has turned himself into the supporter of a general civil codification in Germany”*<sup>12</sup>. On the other hand, as the most important representative of the historic school, Savigny sustained that *“the law is in its essence change, as well as the very civilisation and the aspirations of the people from which it arises [...], the codification cannot but disturb the market of the law, to distort it, to limit its progress”*<sup>13</sup>.

In between these two directions, two civil code projects have been conceived, one in 1887 which it was said that *“it had a too dogmatic approach, had a very hermetical and had a predominant technical character”*<sup>14</sup> and another project proposed in 1985, which was conceived only to *“temperate the distinctive characters of the first one”*<sup>15</sup>. Practically, the German Civil Code has been adopted on the 1<sup>st</sup> of July 1896 as it wanted to be an alternative of the French Civil Code, presenting another vision of the civil law, more thorough, more elaborate and more technical.

It must be taken into consideration and reminded here also the purpose of national unification, which was accompanied by the introduction of the German civil code, being said that *“The unification of the German regions is hereby accompanied by the adoption of the civil code, presented as a federalising factor”*<sup>16</sup>,

---

<sup>10</sup> This subsection has been presented and published in the thesis publicly supported the July 5, 2011 by the author (PhD thesis title: "Philosophical foundations of civil law", author: M. Savu-Ticu).

<sup>11</sup> For details on the dispute between Thibaut (exponent of the school founded on right reason) and Savigny (exponent of the school founded on historical and organic conception of the law), please also see M. Pédamon, *Le Code civil et la doctrine juridique allemande du XIX<sup>e</sup> siècle*, dans l'oeuvre collective „1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir“, Dalloz, Paris, 2004, p. 810-815.

<sup>12</sup> B. Fauvarque-Cosson, S. Patris-Godechot, *Le Code civil face à son destin*, La Documentation française, Paris, 2006, p. 38.

<sup>13</sup> Cl. Witz, *Droit privé allemand, actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, no. 3, *apud* Fauvarque-Cosson B., Patris-Godechot S., *Le Code civil face à son destin*, La Documentation française, Paris, 2006, p. 38.

<sup>14</sup> B. Fauvarque-Cosson, S. Patris-Godechot, *op. cit.*, p. 39.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 39.

a symbol of the idea of national unity accomplished by the law – “*Thus, BGB has been known as, if not a symbol of national unity, at least its fruit*”<sup>17</sup>.

Destined for the professionals, very technical, with a very savant and abstract expression at the same time, “*BGB is the code of the practitioners of law. It is not thus a popular code. It is firstly intended for the professionals; all of its configuration is a testament of this purpose*”<sup>18</sup>.

Ever since 2002 we are witnessing an important development if the German Civil Code, in areas like non-execution of the contracts, prescription, introducing of new concepts that were already recognised and applied by the case-law, as *culpa in contrahendo* etc. “*Thus, on the 1<sup>st</sup> January 2002 an important reform of the German Civil code entered into force, which targets the right to not execute the contract, including here the sale contract, the undertaking contract, the prescription and other developments*”<sup>19</sup>.

## ***2.2. Regulation of the unforeseeability theory in the German law***

Regulation of the unforeseeability theory in the German law has been known to have multiple steps of evolution<sup>20</sup>.

In a first step, “*the basis for applying this theory consists in suggesting the rebus sic standibus clause in the contract, which, at that moment, represented the influence of natural law. The conditions of application as well as the effects were modern: the adaptation or the termination of a mandatory legal relation*”<sup>21</sup>.

A second step supposed only a partial regulation of the unforeseeability theory, through the Articles 321 and 610 of the B.G.B., which was regulated only for those contracts which have not yet been honoured and only taking into consideration the situation of the creditor but „the German Civil Code of 1900 no longer acknowledged the theory of unforeseeability, which was also rejected by jurisprudence”<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> U. Spellenberg, *Les expériences allemandes du Code civil français*, dans *Le Code civil, une leçon de légistique ?*, under the direction of Bernard Saintourens, Economica, Paris, 2006, p. 171.

<sup>18</sup> B. Fauvarque-Cosson, S. Patris-Godechot, *op. cit.*, p. 52.

<sup>19</sup> D. Philippe, *La réforme du Code civil allemand: une source d'inspiration pour une révision du Code Napoléon?*, in the collective work *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, Bruxelles, 2005, studies collated and presented by Alain Wijffels, p. 93-94.

<sup>20</sup> R. Dumonica, C. Aleca, *Considerations concerning the regulation of the theory of unforeseeability in comparative law*, in *Issues of Business and Law*, volume 4 (2012), p. 63 - <http://ibl.ttvam.lt/index.php/ibl/article/view/39>.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 63.

**„Section 321 Defence of uncertainty**

(1) *A person who is bound to perform in advance under a reciprocal contract may refuse to render his performance if, after the contract is entered into, it becomes apparent that his entitlement to consideration is jeopardised by the inability to perform of the other party. The right to refuse performance is not applicable if consideration is rendered or security is given for it.*

(2) *The person required to perform in advance may specify a reasonable period in which the other party must, at his choice, render consideration or provide security reciprocally and simultaneously against performance. If the period ends without result, the person required to perform in advance may revoke the contract. Section 323 applies with the necessary modifications.”*

A third step is represented by the theory of loss of the contractual basis, “Wegfall der Geschäftsgrundlage”, theory that belongs to Paul Oertmann. According to this theory, the highest German court between 1879-1945 (Reichsgericht), “*has interpreted in an unorthodox manner the provisions of Article 242<sup>23</sup> of B.G.B., thus detaching itself from the rule of intangibility of the contract and building a progressive system for the contract revision based on the change of circumstances*”<sup>24</sup>.

We hereby witness the emergence of the unforeseeability theory using the praetorian way, in the 1920s<sup>25</sup>.

In order for this theory to be applicable, two conditions must be met simultaneously<sup>26</sup>:

- “it has to be the only means of avoiding enduring extremely severe consequences which are incompatible with law and justice and which, in accordance with equity, may not be left in their charge;

- the modification must not be included among the risks in a contract.”

As soon as these two conditions are met simultaneously, the judge is given the possibility to adapt the contract. Only in the case which the contract loses its basis, the judge shall rule its termination.

<sup>23</sup> “Section 242 Performance in good faith. An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.”

<sup>24</sup> Dumitru Dobrev, *O cutie a Pandorei in Noul Cod civil – Impreviziunea*, pag.1, internet source: <http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fdumitrudobrev.files.wordpress.com%2F2010%2F10%2Fimpreviziunea-dd-corectat.doc&ei=zn5uUtO2COzt4gTThYCYCg&usq=AFQjCNETcRlc9TEWYsiA0rS-9R9Pt6oQ&bvm=bv.55123115,d.bGE>

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>26</sup> R. Duminica, C. Aleca, *Considerations concerning the regulation of the theory of unforeseeability in comparative law*, in Issues of Business and Law, volume 4 (2012), p. 63 - <http://ibl.ttvam.lt/index.php/ibl/article/view/39>

The German obligations' theory has given the unforeseeability theory a push to a fourth step, through the law concerning the modernisation of the obligations of the 26<sup>th</sup> of November 2001, which “*explicitly adopted and transformed this theory in the new article 313 of the B.G.B. (Störung der Geschäftsgrundlage)*”<sup>27</sup>, according to which:

***“Section 313 Interference with the basis of the transaction***

*(1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration.*

*(2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect.*

*(3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may revoke the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right to revoke.”*

This way, the German law in force regulates and recognises explicitly the unforeseeability theory, keeping the main idea of adapting the contract and accepting the termination of the contract only in exceptional situations.

### **3. The Unforeseeability Theory in the European Civil Code**

The regulation of the unforeseeability theory in the new Romanian Civil Code (art.1271) has its basis in the article 6:111 of the first version in 2008 of “a Draft Common Frame of Reference”, paper published by the Study Group on a European Civil Code, under the coordination of the Professor Christian von Bar<sup>28</sup>.

The revised version of unforeseeability (pct. III-1:110) of the Draft Common Frame of Reference provides the following:

***“Variation or termination by court on a change of circumstances***

---

<sup>27</sup> D. Dobrev, *O cutie a Pandorei în Noul Cod civil – Impreviziunea*, p. 2, internet source cited above.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 3. For details on the Study Group for a European Civil Code, please see the website <http://www.sgecc.net/>.

*(1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.*

*(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may:*

*(a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or*

*(b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.*

*(3) Paragraph (2) applies only if:*

*(a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred;*

*(b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances;*

*(c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and*

*(d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation”.*

This content has been adopted by the new Romanian Civil Code, even the Romanian doctrine has argumentatively criticized<sup>29</sup> these provisions for the following reasons:

– because there is no common approach between the European countries on this theory;

– because instead of regulating the theory, the parties are free to provide their own renegotiation provisions, similar to the hardship clauses in international commercial law;

– because the main model of the Romanian civil legislation – the French model – rejects the theory of unforeseeability, admitting it only in the domain of administrative law;

– because there are projects to regulations that are more realistic, as is the case of the project of the New French Civil Code<sup>30</sup>: *“If a change of the circumstances, unforeseeable and insurmountable, renders the execution too onerous for a party who did not undertake the risk, the latter may demand his co-contractant the*

<sup>29</sup> D. Dobrev, *O cutie a Pandorei în Noul Cod civil – Impreviziunea*, p. 5, internet source cited above.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 6.



*renegotiation, but must comply with his obligations during the renegotiations. If the renegotiation is refused or if it fails, the judge can, if the parties agree, adapt the contract or, if not possible, to rule its termination within the conditions that he establishes.”*

### **Conclusions:**

In the present time the fact that there is no unity in the perception of the regulations of European countries concerning the unforeseeability theory shows the difficulty of the lawmaker which is called to make a compromise between the generalisation of the principle *pacta sunt servanda* and accepting the rule *rebus sic standibus*.

Even if we refer to the regulation of this theory through the Draft Common Frame of Reference or through the Art. 313 of B.G.B. or through Articles 1467-1468 of the Italian Civil Code (*excessiva onerosita*) or even through the new Romanian Civil Code, or we analyze the Spanish, Belgian, Swiss and French regulations which are partisans of the generalisation of the principle *pacta sunt servanda*, we need to accept the necessity to (at least!) try to unify this legal problem in one way or the other.

The problem that arises within the Romanian regulation of this rule is how shall we be able to conciliate the unforeseeability theory, whose target is to re-establish a certain contractual/binding lost (Proustian?!?) equilibrium, with the fact that the individualism must come first before the community/society's interest, as long as the Romanian Civil code states that “*The interest and the well-being of the human individual must come before the unique interest of the society or science*” (art. 61 paragraph 2).

Personally, we consider that a possible and acceptable solution may be to always bear in mind the principle of good faith when dealing with unpredictable exceptional circumstances which generate an excessive onerous situation for one party of the contract, principle that was regulated by the Dutch civil law (art. 6258 of Burgerlijk Wetboek).

Within the Romanian legislation, the new Civil Code sets down the good will principle as follows: “*The parties must act in good faith both when negotiating and concluding the contract, as well as during its execution. The parties may not render non applicable or limit the applicability of this rule*”.

Honouring on the letter the principle of good faith excludes, at an ideal level, the intervention of a third party (even of the judge), as long as, such an unforeseeable circumstance occurs in a way that seriously and fundamentally affects the balance of the contract, the creditor of the excessive onerous obligation, should be acting in good faith and in the spirit (not the letter!) of the contract in order to “salvage” it.

However, if this principle of good faith was followed by all legal actors, than the rest of the civil legal system would be rendered unnecessary...The intervention of the judge in order to adapt/terminate the contract is in fact the intervention of an arbitrator who shall rule in equity and understand the profound meaning of Cicero's dictum: *summus ius, summa iniuria*.

## BIBLIOGRAPHY

- Ion Dogaru, Sevastian Cercel, *Drept civil. Partea Generala*, Editura C.H. Beck, Bucuresti, 2007;
- Sevastian Cercel, *Introducere in dreptul civil*, Editura didactica si pedagogica, Bucuresti, 2006;
- Ion Dogaru, Nicolae Popa, Dan Claudiu Danisor, Sevastian Cercel, *Bazele dreptului civil. Volumul 1. Teoria generala*, Editura C.H.Beck, Bucuresti, 2008;
- Irina Olivia Popescu, *Drept civil. Materia pentru anul 1 (Sinteze de teorie, teste de verificare)*, Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2009;
- Pompil Drăghici, Vali Ileana Niță, Mădălin-Savu Ticu, *Teoria generală a obligațiilor. Spețe și jurisprudență*, Editura Sitech, Craiova, 2007;
- Gabriel Boroï, Carla Alexandra Anghelescu, *Curs de drept civil. Partea generala*, Editura Hamangiu, Bucuresti, 2011;
- Carmen Tamara Ungureanu, *Drept civil. Partea generala. Persoanele*, Editura Hamangiu, Bucuresti, 2012;
- Carmen Tamara Ungureanu, *Drept civil. Partea generala. Persoanele*, editia a 2-a, Editura Hamangiu, Bucuresti, 2013;
- Gabriel Boroï, Liviu Stanculescu, *Institutiile de drept civil in reglementarea noului Cod civil*, Editura Hamangiu, Bucuresti, 2012;
- Petrica Trusca, Andrada Mihaela Trusca, *Drept civil. Partea generala*, Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2012;
- Ernest Lupan, Szilárd Sztranyiczki, *Persoanele in conceptia Noului Cod civil*. Editura C.H.Beck, Bucuresti 2012;
- Adrian Barbu Ilie, *Capacitatea persoanei fizice în dreptul civil român*, Universitaria, Craiova, 2003;
- Titus Prescure, Roxana Matefi, *Drept civil. Partea generala. Persoanele*, Editura Hamangiu, Bucuresti 2012;
- Viorel Terzea, *Noul Cod civil. Vol. 1 (Art.1-1163). Adnotat cu doctrina si jurisprudenta*, Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2011;
- Mircea N. Costin, Calin M. Costin, *Dictionar de drept civil de la A la Z*, Editura Hamangiu, Bucuresti, 2007;

Marian Nicolae, *Set Codex Iuris Civilis*, Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2012 după Noul Cod civil: *Tomul 1* - Noul Cod Civil. Editie critica; *Tomul 2* - Legi Conexe (derogatorii si complementare) Noului Cod Civil; *Tomul 3* - Noul Cod de procedura civila. Editie critica. Legislatie speciala conexa. *Tomul 4* - Acte normative internationale. Reglementari de drept international privat;

*Noul Cod civil, Comentariu pe articole, art.1-2664*, Colectiv de autori (Baias, Chelaru, Constantinovici, Macovei, Cercel, Calinescu etc.), Editura C.H. Beck, Bucuresti, 2012;

*Noul Cod civil - comentarii, doctrina, jurisprudenta*, colectiv de autori, Editura Hamangiu, Bucuresti, 2012;

*Noul Cod civil. Note. Corelatii. Explicatii*, colectiv de autori (Piperea, Dumitru etc.), Editura C.H. Beck, Bucuresti, 2011;

*Noul Cod civil. Studii si comentarii*. Vol. 1, colectiv de autori, coordonator Marilena Uliescu, Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2012

Fr. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Editions Dalloz, Paris, 2009

Michel Pédamon, *Le Code civil et la doctrine juridique allemande du XIX<sup>e</sup> siècle*, dans l'oeuvre collective „1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir“, Dalloz, Paris, 2004

Fauvarque-Cosson B., Patris-Godechot S., *Le Code civil face à son destin*, La Documentation française, Paris, 2006

Cl. Witz, *Droit privé allemand, actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, no. 3

Spellenberg U., *Les expériences allemandes du Code civil français*, dans *Le Code civil, une leçon de légistique?*, sub coordonarea lui Bernard Saintourens, Economica, Paris, 2006

Krampe C., *Les principes directeurs du Code civil allemand*, în lucrarea colectivă *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Colloque de Beyrouth, 3-5 mai 2004, Bruylant, Bruxelles, 2007

Philippe D., *La réforme du Code civil allemand: une source d'inspiration pour une révision du Code Napoléon ?*, în lucrarea colectivă *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, Bruxelles, 2005

Hans Jürgen Sonnenberger, *Code civil et Bürgerliches Gesetzbuch: leur fonction de pilier dans la construction de la société civile européenne*, în lucrarea colectivă „1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir“, Dalloz, Paris, 2004

#### *Internet sources:*

Ramona Duminica, Carmina Aleca, *Considerations concerning the regulation of the theory of unforeseeability in comparative law*, in *Issues of Business and Law*, volume 4 (2012) - <http://ibl.ttvam.lt/index.php/ibl/article/view/39>

Dumitru Dobrev, *O cutie a Pandorei in Noul Cod civil – Impreviziunea* -<http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fdumitrudobrev.files.wordpress.com%2F2010%2F10%2Fimpreviziune-a-dd-corectat.doc&ei=zn5uUtO2COzt4gTThYCYCg&usg=AFQjCNETcRlc9TEWYsiA0rS-9R9PtT6oQ&bvm=bv.55123115,d.bGE>

Study Group on a European Civil code -<http://www.sgecc.net/>

# REGIMUL JURIDIC AL MUNCII PRIN AGENT DE MUNCĂ TEMPORARĂ

*Conf. univ. dr. Roxana Cristina RADU*  
*Universitatea din Craiova*  
*Facultatea de Drept*

## Summary

Temporary work has the advantage of providing job placement, by hiring people who, for various reasons, want or can perform work only for a limited time and of employment of unemployed people who could not enter into an individual contract of indefinite term. Temporary work agency engages a work-seeker under an employment contract who then works under the supervision of someone else (named user). Workers under these arrangements are paid by the work agency instead of the company they are supplied to. Temporary employment agency provides the user a temporary employee, under a provision contract concluded in written form. A user can call the temporary work agencies for the execution of specific and temporary tasks, unless it seeks to replace one of his employees whose employment contract is suspended as a result of participation in the strike. In respect of employment conditions, temporary workers may not be treated in a less favourable manner than comparable workers of the user solely because they work temporary, unless different treatment is justified on objective grounds.

**Keywords:** contract, employment, temporary worker, temporary work agency, user.

## 1. Considerații generale privind munca temporară

Munca temporară, numită și muncă interimară în doctrina străină<sup>1</sup>, MMM prezintă numeroase avantaje, atât pentru angajator, cât și pentru salariați. Pentru angajator,

---

<sup>1</sup> C. Delbar, E. Léonard, *Le travail intérimaire*, în *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2002/33, n° 1778, p. 5-45; J. Mouly, *Droit du travail*, 4<sup>e</sup> édition actualisée, Bréal, 2008, p. 55; R. Sennet, *Le travail sans qualité. Les conséquences humaines de la flexibilité*, Albin Michel, Paris, 2000, *passim*; T. Périlleux, *Les Tensions de la flexibilité. L'épreuve du travail contemporain*, DDB, Paris, 2001, *passim*.

utilizarea muncii temporare constituie o metodă de a face față unor nevoi de moment, determinate de o creștere temporară a producției, de realizarea anumitor activități specializate, dar ocazionale sau de nevoia înlocuirii unui salariat pe durata suspendării contractului său individual de muncă<sup>2</sup>. Acestea sunt, desigur, situații în care se poate încheia și un contract de muncă pe durată determinată, însă utilizatorul poate recurge la munca temporară din considerentul că recurgerea la serviciile unui agent de muncă temporară care să-i pună la dispoziție imediat salariați specializați într-un anumit domeniu poate fi mai rapidă decât recrutarea și organizarea unui examen/concurs în scopul angajării de personal propriu.

Munca cu caracter temporar are avantajul că este un mijloc prin care se realizează angajarea unor persoane care, din diverse motive, nu doresc sau nu pot presta muncă decât pe timp limitat și, de asemenea, prin care sunt încadrați în muncă șomerii care nu au putut încheia un contract individual de muncă pe durată nedeterminată. Din acest punct de vedere, agentul de muncă temporară poate fi considerat un intermediar între persoanele aflate în căutarea unui loc de muncă și angajatori. Din aceste motive munca prin agent de muncă temporară nu trebuie confundată cu munca sezonieră<sup>3</sup>.

Articolul 88 alin. (1) din Codul muncii definește munca prin agent de muncă temporară ca fiind „munca prestată de un salariat temporar care a încheiat un contract de muncă temporară cu un agent de muncă temporară și care este pus la dispoziția utilizatorului pentru a lucra temporar sub supravegherea și conducerea acestuia din urmă”. Prin urmare, munca prin agent de muncă temporară dă naștere unei „relații triunghiulare”<sup>4</sup>, în care figurează angajatul, angajatorul și utilizatorul.

Angajatul temporar este persoana care a încheiat un contract de muncă temporară cu un agent de muncă temporară, în vederea punerii sale la dispoziția unui utilizator pentru a lucra temporar sub supravegherea și conducerea acestuia din urmă.

Utilizarea muncii temporare implică încheierea a două contracte:

- contractul de muncă temporară, care este un contract de muncă pe durată determinată ce se încheie în scris între agentul de muncă temporară și salariatul temporar, de regulă, pe durata unei misiuni care nu poate fi mai mare de 12 luni;
- contractul de punere la dispoziție a prestatorului de muncă, încheiat în scris între agentul de muncă temporară (prestator de servicii) și utilizator (client), care este, ca natură juridică, un contract comercial de prestări servicii<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> A se vedea și Al. Țiclea, *Dreptul muncii. Curs universitar*, Ed. Rosetti, București, 2004, p. 324; I. Medeșan, *Reglementarea agentului de muncă temporară*, în Raporturi de muncă nr. 4/2005, p. 44.

<sup>3</sup> Conform Curții franceze de Casație, noțiunea de „muncă cu caracter sezonier” desemnează acele sarcini normale care se repetă în fiecare an la date mai mult sau mai puțin fixe, față de succesiunea anotimpurilor sau față modul de viață colectivă – Cass. 12 oct. 1999, nr. 354 P, RIS 11/99 nr. 1352, citat după Al. Țiclea, *Reglementarea contractului individual de muncă pe durată determinată conform proiectului Codului muncii*, în Revista română de dreptul muncii nr. 2/2002, p. 20.

<sup>4</sup> Al. Țiclea, *Dreptul muncii. Curs universitar*, p. 326.

<sup>5</sup> A se vedea art. 4 C. com.

## 2. Agentul de muncă temporară

Conform art. 88 alin. (3) din Codul muncii român, agentul de muncă temporară este persoana juridică, autorizată de Ministerul Muncii, Familiei și Protecției Sociale (MMFPS), care încheie contracte de muncă temporară cu salariați temporari, pentru a-i pune la dispoziția utilizatorului, pentru a lucra pe perioada stabilită de contractul de punere la dispoziție sub supravegherea și conducerea acestuia. Condițiile de funcționare a agentului de muncă temporară, precum și procedura de autorizare sunt stabilite prin H.G. nr. 1256/2011 privind condițiile de funcționare, precum și procedura de autorizare a agentului de muncă temporară.

Autorizarea agenților de muncă temporară se face de către MMFPS, la propunerea agențiilor teritoriale pentru prestații sociale în a căror rază teritorială își au sediul. Autorizația de funcționare este valabilă 2 ani, putând fi prelungită, la cerere, din 2 în 2 ani.

Pentru înregistrarea agenților de muncă temporară, MMFPS a înființat Registrul Național de evidență a agenților de muncă temporară autorizați. Înregistrarea se face de către MMFPS în termen de maximum 15 de zile calendaristice de la data autorizării.

Autorizația de funcționare a agentului de muncă temporară se retrage în următoarele situații:

- a) agentul de muncă temporară se află în procedura insolvenței;
- b) desfășurarea fără autorizație a activităților specifice agentului de muncă temporară;
- c) punerea la dispoziția utilizatorului, de către agentul de muncă temporară, a unui număr de până la 5 persoane fără contract de muncă temporară;
- d) nerespectarea unor dispoziții ale H.G. nr. 1256/2011.

Autorizația de funcționare se retrage de către MMFPS, la propunerea agențiilor teritoriale pentru prestații sociale, la solicitarea motivată a inspectorilor de muncă sau, după caz, a altor organe de control.

## 3. Raporturile dintre agentul de muncă temporară și salariatul temporar

Raporturile dintre agentul de muncă temporară și salariatul temporar sunt raporturi juridice de muncă rezultate din încheierea contractului de muncă temporară<sup>6</sup>.

Contractul de muncă temporară este un contract de muncă încheiat pe durată determinată, dar care diferă de acesta prin faptul că munca nu se prestează în folosul angajatorului, ci în folosul unui terț, al utilizatorului, având ca specific o stipulație pentru altul. O altă diferență este aceea că, în cazul contractului pe durată

---

<sup>6</sup> Despre limitele capacității civile de a munci, a se vedea A.B. Ilie, *Capacitatea persoanei fizice în dreptul civil român*, Ed. Universitaria, Craiova, 2003, p. 88-89.

determinată, recrutarea și selectarea personalului se face direct de către cel care va beneficia de pe urma muncii prestate, în timp ce, în cazul muncii temporare, utilizatorul forței de muncă nu are calitatea de angajator al salariatului temporar.

Contractul de muncă temporară, încheiat în scris, trebuie să cuprindă următoarele elemente prevăzute de art. 94, coroborat cu art. 17 alin. (2) și 18 alin. (1) din Codul muncii:

- a) condițiile în care urmează să se desfășoare misiunea;
- b) durata misiunii pentru care a fost angajat salariatul temporar, atunci când contractul de muncă temporară se încheie pe durata unei singure misiuni de muncă temporară;
- c) identitatea și sediul utilizatorului;
- d) cuantumul drepturilor salariale și modalitățile remunerației salariatului temporar.

Misiunea de muncă temporară se stabilește pentru un termen care nu poate fi mai mare de 24 luni. Durata misiunii de muncă temporară poate fi prelungită pe perioade succesive care, adăugate la durata inițială a misiunii, nu pot conduce la depășirea unei perioade de 36 de luni. Condițiile în care durata unei misiuni temporare poate fi prelungită sunt prevăzute în cuprinsul contractului de muncă temporară sau pot face obiectul unui act adițional la acest contract.

Contractul de muncă temporară se încheie în scris, pe durata unei misiuni sau pentru mai multe misiuni, cu respectarea termenului maxim de 36 de luni. Forma scrisă este o condiție *ad validitatem*<sup>7</sup>. Dacă, pe durata contractului, salariatul execută două sau mai multe misiuni, pentru fiecare dintre acestea se încheie un act adițional la contractul de muncă temporară.

Agentul de muncă temporară poate încheia cu salariatul temporar un contract de muncă pe durată nedeterminată, situație în care în perioada dintre două misiuni salariatul temporar se află la dispoziția agentului de muncă temporară. Pentru fiecare nouă misiune între părți se încheie un nou contract de muncă temporară. În situația în care agentul de muncă temporară a încheiat cu salariatul temporar un contract individual de muncă pe perioadă nedeterminată, în perioadele dintre misiuni salariatul are acces la facilitățile existente la nivelul agentului de muncă temporară în ceea ce privește formarea profesională și prevederile legale privind creșterea și îngrijirea copilului.

Salariatul temporar poate refuza executarea unei misiuni care nu face obiectul contractului de muncă temporară sau al unui act adițional la acesta. De asemenea, el are dreptul de a refuza prelungirea misiunii sale, în absența unei clauze contractuale care să prevadă o asemenea posibilitate<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> A se vedea Al. Ambrozie, Ș. Naubauer, *Organizarea muncii prin agent de muncă temporară conform noului Cod al muncii*, în Revista română de dreptul muncii nr. 1/2003, p. 95-96.

<sup>8</sup> Al. Țiclea (coord.), *Codul muncii – adnotat și comentat*, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p. 324.



În cazul în care misiunea oferită de agentul de muncă temporară este de natură a pune în pericol viața, integritatea fizică și psihică a salariatului temporar, acesta este îndreptățit să refuze executarea misiunii de muncă temporară. Refuzul salariatului trebuie să îmbrace formă scrisă, neputând constitui motiv de sancționare sau concediere.

Prin contractul de muncă temporară se poate stabili o perioadă de probă pentru realizarea misiunii, a cărei durată este fixată în funcție de solicitarea utilizatorului, dar care nu poate fi mai mare de<sup>9</sup>:

a) 2 zile lucrătoare, în cazul în care contractul de muncă temporară este încheiat pentru o perioadă mai mică sau egală cu o lună;

b) 5 zile lucrătoare, în cazul în care contractul de muncă temporară este încheiat pentru o perioadă cuprinsă între o lună și 3 luni;

c) 15 zile lucrătoare, în cazul în care contractul de muncă temporară este încheiat pentru o perioadă cuprinsă între 3 și 6 luni;

d) 20 de zile lucrătoare, în cazul în care contractul de muncă temporară este încheiat pentru o perioadă mai mare de 6 luni;

e) 30 de zile lucrătoare, în cazul salariaților încadrați în funcții de conducere, pentru o durată a contractului de muncă temporară mai mare de 6 luni.

Agentul de muncă temporară are următoarele obligații:

– să plătească salariul angajatului temporar. Pe durata misiunii, salariul angajatului temporar nu poate fi inferior celui pe care îl primește salariatul utilizatorului care prestează aceeași muncă sau una similară cu aceea a salariatului temporar, iar în cazul în care utilizatorul nu are angajat un astfel de salariat, salariul primit de salariatul temporar va fi stabilit luându-se în considerare salariul unei persoane angajate cu contract individual de muncă și care prestează aceeași muncă sau una similară, astfel cum este stabilit prin *contractul colectiv de muncă aplicabil la nivelul utilizatorului*. Între două misiuni, salariatul care se află la dispoziția agentului de muncă temporară beneficiază de un salariu (indemnizație) plătit de agent, care nu poate fi mai mic decât salariul minim brut pe țară<sup>10</sup>.

– să rețină și să vireze toate contribuțiile și impozitele datorate de salariatul temporar către bugetele statului și să plătească pentru acesta toate contribuțiile datorate în condițiile legii. Dacă în termen de 15 zile calendaristice de la data la care plata salariului și a contribuțiilor și impozitelor legale a devenit scadentă și exigibilă, agentul de muncă temporară nu le achită, la solicitarea salariatului, ele vor fi plătite de utilizator<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Art. 97 din Codul muncii.

<sup>10</sup> Art. 94 alin. (2) nu constituie altceva decât o aplicație a dispoziției cu caracter general cuprinsă în art. 159 alin. (3) (salariatul este prezent la lucru, dar nu își poate desfășura activitatea din motive neimputabile lui).

<sup>11</sup> În acest caz, utilizatorul se subrogă pentru sumele plătite în drepturile salariatului împotriva agentului de muncă temporară.

– de a respecta reglementările privind încetarea contractului individual de muncă pentru motive care nu țin de persoana salariatului în cazul în care concediază salariatul înainte de termenul prevăzut în contractul de muncă temporară, pentru alte motive decât cele disciplinare.

– de a nu percepe nicio taxă salariaților temporari în schimbul demersurilor în vederea recrutării acestora de către utilizator sau pentru încheierea unui contract de muncă temporară.

– de a ține evidența și de a înregistra contractele de muncă temporară în Registrul general de evidență al salariaților<sup>12</sup>.

Contractul de muncă temporară încetează la terminarea misiunii pentru care a fost încheiat sau dacă utilizatorul renunță la serviciile salariatului temporar înainte de încheierea misiunii, în condițiile contractului de punere la dispoziție.

#### 4. Raporturile dintre agentul de muncă temporară și utilizator

Utilizatorul este persoana fizică sau juridică pentru care și sub supravegherea și conducerea căreia muncește temporar un salariat temporar pus la dispoziție de agentul de muncă temporară. Un utilizator poate apela la agenți de muncă temporară pentru executarea unei sarcini precise și cu caracter temporar, cu excepția cazului în care urmărește să înlocuiască astfel un salariat al său al cărui contract de muncă este suspendat ca urmare a participării la grevă.

Agentul de muncă temporară pune la dispoziția utilizatorului un salariat temporar, în baza unui contract de punere la dispoziție încheiat în formă scrisă.

Contractul de punere la dispoziție are natura juridică a unui contract comercial de prestări servicii deoarece constituie o faptă de comerț pentru agentul de muncă temporară<sup>13</sup>. Pe de altă parte, acest contract reprezintă o promisiune a faptei altuia în virtutea căreia agentului de muncă temporară îi incumbă o obligație de diligență.

*Contractul de punere la dispoziție se încheie în formă scrisă și trebuie să cuprindă, conform art. 91 alin. (2) din Codul muncii, următoarele mențiuni:*

- a) durata misiunii;
- b) caracteristicile specifice postului, în special calificarea necesară, locul executării misiunii și programul de lucru;
- c) condițiile concrete de muncă;
- d) echipamentele individuale de protecție și de muncă pe care salariatul temporar trebuie să le utilizeze;
- e) orice alte servicii și facilități în favoarea salariatului temporar;

---

<sup>12</sup> Art. 12 din H.G. nr. 1256/2011 privind condițiile de funcționare, precum și procedura de autorizare a agentului de muncă temporară.

<sup>13</sup> Al. Țiclea (coord.), *Codul muncii – adnotat și comentat*, p. 268.

f) valoarea comisionului de care beneficiază agentul de muncă temporară, precum și remunerația la care are dreptul salariatul;

g) condițiile în care utilizatorul poate refuza un salariat temporar pus la dispoziție de un agent de muncă temporară.

Având în vedere că un contract de muncă temporară este o specie a contractului pe durată determinată<sup>14</sup>, rezultă că, atunci când se confruntă cu anumite situații (de exemplu, pentru a înlocui un salariat pe perioada suspendării contractului său individual de muncă sau pentru prestarea unor activități cu caracter sezonier), un angajator (utilizator) are posibilitatea de a alege între cele două variante: încheierea unui contract pe durată determinată sau recursul la serviciile unui agent de muncă temporară.

Codul muncii nu interzice în mod expres încheierea mai multor contracte de punere la dispoziție succesive, pentru același post, motiv pentru care angajatorul ar putea să recurgă la salariați temporari pentru activități specializate, urmărind în acest fel îndeplinirea unei nevoi cu caracter permanent<sup>15</sup>.

Contractul de punere la dispoziție, ca și cel de muncă temporară, se încheie pe durată determinată<sup>16</sup>. Având în vedere că art. 91 alin. (2) din Codul muncii stabilește în mod expres clauzele pe care trebuie să le cuprindă un contract de punere la dispoziție, considerăm că încheierea unui astfel de contract pe durată nedeterminată, cu caracter general sau pentru mai mulți salariați, nu este posibilă.

## 5. Raporturile dintre utilizator și salariatul temporar

Între prestatorul de muncă (salariatul temporar) și utilizator nu se naște un raport juridic contractual. Cu toate acestea, între ei există o anumită legătură juridică care constă într-un ansamblu de drepturi și obligații prevăzute de lege care-i unește. Pe tot parcursul misiunii, angajatul prestează munca pentru utilizator, prin urmare acesta din urmă are autoritate asupra salariatului în baza contractului de punere la dispoziție, îi poate da instrucțiuni/ ordine pe care salariatul temporar trebuie să le execute, motiv pentru care utilizatorul este considerat comitent al

---

<sup>14</sup> Al. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii. Legislație. Doctrină. Jurisprudență*, ed. a VI-a revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 318.

<sup>15</sup> Al. Țiclea, A. Popescu, C. Tufan, M. Țichindelean, O. Ținca, *Dreptul muncii*, Ed. Rosetti, București, 2004, p. 531.

<sup>16</sup> Într-o altă opinie, între agentul de muncă și utilizator se poate încheia și un contract-cadru, pe durată nedeterminată, prin care, în schimbul unei sume de bani plătite periodic de utilizator, agentul de muncă temporară se obligă a pune la dispoziția utilizatorului, la fiecare solicitare a acestuia, salariați temporari, în condițiile care se stabilesc în contract, pentru fiecare caz în parte. A se vedea Al. Athanasiu, L. Dima, *Regimul juridic al raporturilor de muncă în reglementarea noului Cod al muncii, Partea I*, în *Pandectele române nr. 4/2003*, p. 274.

salariatului în raport cu terții<sup>17</sup>. Utilizatorul nu îl poate însă sancționa disciplinar. Din aceste motive putem considera că între utilizator și salariatul temporar există relații cvasicontractuale.

Potrivit art. 92 din Codul muncii, salariații temporari au acces la toate serviciile și facilitățile acordate de utilizator salariaților săi, inclusiv la echipamente individuale de protecție și de muncă. În cazul în care în contractul de punere la dispoziție este inclusă o clauză care prevede obligația agentului de muncă temporară de a asigura dotarea salariatului cu echipamente de protecție și de muncă, iar acesta nu își îndeplinește obligația, utilizatorul are mai multe posibilități legale de acțiune împotriva agentului: fie invocă excepția de neexecutare a contractului, refuzând primirea la muncă a salariatului temporar; fie cere rezilierea contractului, cu daune-interese; fie procură sau pune la dispoziție salariatului echipamentele de protecție, pe cheltuiala sa, pretinzând ulterior diminuarea prețului stipulat în contractul de punere la dispoziție<sup>18</sup>.

De asemenea, utilizatorul salariaților temporari are următoarele obligații<sup>19</sup>:

- să informeze salariații temporari cu privire la toate locurile de muncă vacante existente, în vederea asigurării egalității de șanse cu ceilalți angajați cu contract individual de muncă pe durată nedeterminată la utilizator, pentru obținerea unui loc de muncă permanent, prin afișarea unui anunț într-un loc accesibil tuturor salariaților care își desfășoară activitatea la utilizatorul respectiv;

- să asigure salariatului temporar accesul la cursurile de pregătire profesională pe care le organizează pentru salariații săi;

- să pună la dispoziția reprezentanților salariaților informații cu privire la utilizarea salariaților temporari, în cadrul informării generale privind ocuparea forței de muncă;

- să asigure salariaților temporari aceleași drepturi cu cele ale salariaților angajați cu contract individual de muncă la utilizator, conferite de lege, de regulamentul intern sau de contractul colectiv de muncă aplicabil utilizatorului, precum și de orice alte reglementări specifice aplicabile utilizatorului;

- să ofere și să prezinte informații exacte și reale privind utilizarea salariaților temporari atunci când sindicatele sau, după caz, reprezentanții salariaților, înființați potrivit legii, solicită situația încadrării personalului propriu.

De asemenea, pe parcursul misiunii, utilizatorul răspunde pentru asigurarea condițiilor de muncă pentru salariatul temporar. Utilizatorul va notifica de îndată agentului de muncă temporară orice accident de muncă sau îmbolnăvire profesională de care a luat cunoștință și a cărei victimă a fost un salariat temporar pus la dispoziție de agentul de muncă temporară.

<sup>17</sup> G. Lyon-Caen, J. Pélissier, *Droit du travail*, Éditions Dalloz, Paris, 1992, p. 200.

<sup>18</sup> Al. Țiclea (coord.), *Codul muncii – adnotat și comentat*, p. 326-327.

<sup>19</sup> Art. 19 din H.G. nr. 1256/2011 privind condițiile de funcționare, precum și procedura de autorizare a agentului de muncă temporară.

De principiu, dacă în contractul de punere la dispoziție încheiat între agentul de muncă temporară și utilizator nu există stipulații exprese în sens contrar, iar prestatorul de muncă îl prejudiciază pe utilizator în perioada prestării muncii și în legătură cu aceasta, utilizatorul nu se poate îndrepta direct împotriva salariatului pentru despăgubiri, neexistând între ei raporturi contractuale, ci poate formula doar o acțiune în despăgubiri *ex contractu* (de drept comercial) împotriva agentului de muncă temporară care, la rândul său, poate introduce o acțiune împotriva salariatului, în baza răspunderii patrimoniale, conform art. 254 din Codul muncii.

Agentul de muncă temporară este, în principiu, responsabil de daunele cauzate de către salariații temporari aflați în misiune, dacă aceștia nu sunt apți să dețină postul pentru care utilizatorul a solicitat serviciile unui salariat temporar<sup>20</sup>. Agentul de muncă temporară nu este ținut de o obligație de rezultat, ci de una de diligență: răspunderea sa este angajată dacă n-a efectuat toate verificările necesare asupra calităților și aptitudinilor profesionale ale personalului pe care-l pune la dispoziția utilizatorului<sup>21</sup>. Pe de altă parte, contractul de punere la dispoziție poate include o clauză exoneratoare de răspundere. Atunci când victima prejudiciului cauzat din vina salariatului temporar este un terț, utilizatorul este considerat, în principiu, comitentul autorului prejudiciului, fiind obligat să repare prejudiciul. Dar utilizatorul se poate îndrepta ulterior cu o acțiune în regres împotriva agentului de muncă temporară, deoarece acesta nu i-a pus la dispoziție un salariat care să aibă calificarea sau calitățile cerute de contract<sup>22</sup>.

Rolul de intermediar în relațiile de muncă ale agentului de muncă temporară este subliniat și de posibilitatea salariatului temporar de a încheia un contract individual de muncă pe perioadă nedeterminată cu utilizatorul după încetarea misiunii. În acest scop, urmărindu-se încheierea unui contract care să asigure stabilitate în muncă, art. 91 alin. (3) din Codul muncii prevede că orice clauză inserată în contractul de punere la dispoziție, prin care s-ar interzice angajarea de către utilizator a salariatului temporar după îndeplinirea misiunii, este nulă. La încetarea misiunii salariatul temporar poate încheia cu utilizatorul un contract individual de muncă. În cazul în care utilizatorul angajează, după o misiune, un salariat temporar, durata misiunii efectuate se ia în calcul la stabilirea drepturilor salariale, precum și a celorlalte drepturi prevăzute de legislația muncii.

Pentru a preîntâmpina eventuale abuzuri din partea utilizatorului, introducerea unei clauze în cuprinsul contractului de punere la dispoziție prin care se interzice utilizatorului angajarea salariatului temporar până la momentul îndeplinirii misiunii

---

<sup>20</sup> A se vedea D. Gatamel, *Le droit du travail en France*, Éditions Francis Lefebvre, Paris, 2000, p. 36.

<sup>21</sup> G. Lyon-Caen, J. Péliissier, *op. cit.*, p. 196.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 197.

pentru care a fost încheiat contractul este perfect legală și chiar recomandabilă. În cazul în care contractul de muncă temporară se încheie pentru mai multe misiuni în beneficiul aceluiași utilizator, între salariatul temporar și utilizator poate interveni un contract individual de muncă pe durată nedeterminată numai după îndeplinirea ultimei misiuni sau, prin excepție, chiar înainte de acest termen, dar cu acordul agentului de muncă temporară. Este posibilă și permisă însă și o situație de cumul, dacă între salariatul temporar și utilizator se încheie un contract individual de muncă având un alt obiect decât activitatea care face obiectul misiunii.

Dacă după încheierea misiunii salariatul temporar continuă să presteze munca fără ca utilizatorul să se opună, fără a încheia însă cu acesta un contract individual de muncă sau fără a prelungi contractul de punere la dispoziție, se prezumă că între salariatul în cauză și utilizator a intervenit un contract individual de muncă pe durată nedeterminată.

# RIGHT TO A NAME ACCORDING TO THE NEW ROMANIAN CIVIL CODE

*PhD Student Oana-Nicoleta RETEA*  
*University of Craiova*  
*Faculty of Law*

## Summary

The purpose of this article is to provide the first comprehensive legal analysis of the right to a name taking into account the legal provisions from the new Romanian civil code. The importance of this analysis lies precisely in the need to identify individuals by name. The name of one person and the problems imposed by its use are covered by provisions specific to each state and not the name itself. Therefore, the name is going to be analyzed according to its definition, legal characters, the way of attribution, modification and change emphasizing also the protection offered to this right by the national law.

**Keywords:** natural person, right to a name, new Civil Code, family name, first name, identification;

## 1. Preliminary issues concerning the name

The name, from the earliest ages, shows "how is called" a person and is one of the basic elements through which the individual is distinguished into the community<sup>1</sup>. The name is that one that places a person into the universe, and grammatically speaking, it is a proper or common noun who is identifying a person, a thing, an animal<sup>2</sup>. Shakespeare in "Rome and Juliet" was questioning the significance of the name in the following terms: "What's in a name? That which we call a rose By any other name would smell as sweet"<sup>3</sup>. The name "is plated on the personality; it tends

<sup>1</sup> I. Dogaru, S. Cerce, D.C. Dănișor, N. Popa, *Bazele dreptului civil, Vol. 1. Teoria generală*, C.H. Beck Publishing, Bucharest, 2008, p. 608; I. Dogaru, S. Cerce, *Drept civil. Persoanele*, C.H. Beck Publishing, Bucharest, 2007, pp. 114-118.

<sup>2</sup> O. Ungureanu, *Uzurparea și utilizarea abuzivă a numelui*, Romanian Journal of Private Law, no. 2/2007, Universul Juridic Publishing, Bucharest, pp. 223-224.

<sup>3</sup> W. Shakespeare, *Romeo and Julieta*, in *The Complete Work of William Shakespeare*, Collins Publishing, Glasgow, 2006, pp. 948-958.

to integrate and to identify with the person until it becomes the headquarters of egocentrism, of honor"<sup>4</sup>. The personality of each of us must appear distinctly of each other's personality, for which it is used the name. This element specifies "the situation in time"<sup>5</sup> of each person.

An analysis of documents dating from 1700 highlighted issues such as the fact that the surname was imposed initially among large noble family (late seventeenth century); surname actually reflected a "legacy" of the family, being a binder into the ancestors' network, "a recognition coat of arms"<sup>6</sup> the nation chaining into a genealogy that connected the past and the future. Broadly, there could be observed that the first born male acquired as first name, the one of the paternal grandfather, while the girls first names was the one of the maternal grandmother. There were situations where it was wanted to be highlighted the fact that the maternal family ancestry were considered to be of great importance for the respectively Romanian space<sup>7</sup>.

In order to meet the needs of differentiation between human beings in all manifestations of social life, and not to give rise to confusion regarding the identity of each, the use of the name was imposed. Both in private and public life, everything that is considered to be nominative is in close touch with the institution of the name. So, this element is both a means of identification and a way to maintain the order of things<sup>8</sup>.

Since the appearance of names is conditioned by the existence of a human group, of people as a social being, it is observed that once with the development of the society, as more complex the relationships between individuals are, the name takes on greater importance. As a result, nowadays, the name of one person and the problems imposed by its use are covered by provisions specific to each state and not the name itself.

## 2. Right to a name from the perspective of the new Civil Code

The right to name receives no express definition as a legal institution, since the civil law is pleased only with determining the modalities of acquisition<sup>9</sup> (article 84

---

<sup>4</sup> G. Cornu, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 5<sup>th</sup> edition, Montchrestien Publishing, Paris, 2003, p. 214.

<sup>5</sup> I. Micescu, *Curs de drept civil*, All Beck Publishing, Bucharest, 2000, p. 155.

<sup>6</sup> C. Vintilă-Ghițulescu, *Boierii și numele lor*, in the *Journal Dilema Veche*, no. 120/ 2006, p. 17.

<sup>7</sup> Great Chamberlain, *Constantin Cantacuzino, who was married to Elina, Governor Drăghici from Mărgineș granddaughter and daughter of ruler Radu Serban, named his children using the first names which were existing in his wife's family both on paternal and maternal side*. Constanța Vintilă-Ghițulescu, *Boierii și numele lor*, in the *Journal Dilema Veche*, no. 120/ 2006, p. 17.

<sup>8</sup> O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2015, p. 170.

<sup>9</sup> For a view regarding the name under the previous civil legislation see A.B. Ilie, *Capacitatea persoanei fizice în dreptul civil român*, Universitaria Publishing, Craiova, 2003, pp. 117-170.



from the new Civil Code), modification or change (article 85 from the new Civil Code). However, in our attempt to find a suitable definition of this institution, we have found in the legal literature, the following according to which the name can be defined as “that identification attribute of the natural person, consisting of the right of a human to be individualised, within the family and the society, by means of the words determined, under legal conditions, with that significance”<sup>10</sup>. Such a definition presents the failure to not reveal the essential quality of the name that of being a personal non-patrimonial right, from the class of identification attributes<sup>11</sup>.

Additionally, analyzing the structure of the right to name (originally established by article 12 paragraph (2) of the Decree 31/1954, is subsequently resumed in article 83 of the new Civil Code and in article 1, paragraph (1) of the Government Ordinance no. 41/2003 concerning the acquisition and changing of names that belong to natural persons through administrative proceedings) reveals that it aggregates two civil subjective non-patrimonial rights of a natural person, namely the right on the last name and the right on the first name<sup>12</sup>.

Family connections are the ones that determine that part of the name called “surname”, often used in everyday speech as the expression “family name”. It is acquired according to the law, without possibility of any manifestations of voluntary choice. As an exception, a limited manifestation of voluntarism is allowed when the child's parents do not share the same name<sup>13</sup>. In this case, the child will bear the name agreed by the parents that may be the surname of one of them or their surnames combined. If parents cannot agree, the court of guardianship will decide according to article 18, paragraph (3) of Law no. 119/1996 on civil status documents, republished in 2012<sup>14</sup>.

According to article 82 of the new Civil Code “everyone has the right to a name established or acquired under the law”. The acquisition is specific to situations where, by law, no person's will is involved in the attribution of the name. The establishment designates the operation of attribution of the name in those cases

---

<sup>10</sup> Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Universul Juridic Publishing, Bucharest, 2005, p. 381.

<sup>11</sup> E. Lupan, S. Sztranyiczki, *Persoanele în concepția Noului Cod civil*, C.H. Beck Publishing, Bucharest, 2012, p. 105.

<sup>12</sup> I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Persoanele*, C.H. Beck Publishing, Bucharest, 2007, p. 116.

<sup>13</sup> O.-N. Retea, *Atribuirea numelui de familie copilului. Aspecte naționale și europene*, in the volume of the international conference: “Law between Modernization and Tradition. Implications for the Legal, Political, Administrative and Public Order Organization”, Bucharest, Romania, 21st-23rd of April, 2015, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2015, pp. 15-23.

<sup>14</sup> Regarding the connection between civil status and name and how is affecting it see A.B. Ilie “Acțiunile de stare civilă”, *Revista de Științe Juridice*, nr. 26(4), Editura Themis (Universul Juridic), Craiova, 2002, pp 427-449 and A.B. Ilie “Unele considerente cu privire la regulile înregistrărilor de stare civilă”, *Revista de Științe Juridice* nr. 26, Editura Themis (Universul Juridic), Craiova, pp. 375-382.

where the law allows a choice of it, even it's limited. The legal regulation is provided by articles 83 to 85, article 449 and article 450 of the new Civil Code; article 2 of Government Decree no. 41/2003 regarding the acquisition and the change of individuals' names administratively (published in the Official Gazette no. 68 of 02.02.2003), but also article 18 and article 24 of Law no. 119/1996 on civil status issues, republished in the Official Gazette no. 339 of 18 May 2012. The name means a family membership, for which the legislator has considered its attribution to depend on the filiation<sup>15</sup>. Article 84, paragraph (1) of the new Civil Code provides that the acquisition of the surname is an effect of filiation so that the child will be assigned after birth, the family name carried by the parent or parents to whom has been established the filiation without any possibility to opt for. Exceptionally, acquiring the name takes place in administratively course when is missing a filiation known, therefore, the principle that dominates the matter is that the acquisition of the name is determined by the filiation<sup>16</sup>.

Moreover, the new Civil Code introduces a new hypothesis putting the issue of a new type of filiation namely that resulting from medically assisted human reproduction with third party donor or surrogate mother. Therefore, in this case, by a fiction of law (as in the case of filiation from adoption), the Civil Code states that it is appropriate the application of the rules from natural filiation<sup>17</sup>. So, according to article 441 was noted that the above process does not cause any connection of filiation between the child and the donor. An example of the applicability of Article 8 ECHR with regard to medically assisted human reproduction was conducted through the solution<sup>18</sup> provided by the Timisoara Court of Appeal in this field. Therefore, it was affirmed at the level of Romanian legal system the issue of motherhood of substitution with the consequence contrary to Romanian law, of amending the filiation of children conceived through such a procedure.

Furthermore, by the phrase "modification of the family name" [paragraph(1), article 84, new Civil Code], we understand: "its replacement due to changes in civil status of the person"<sup>19</sup>. An analysis of the cases and conditions in which the modification of personal status determines the surnames modification conduct to the

---

<sup>15</sup> Filiation means the *ratio* of the progeny of a child and each of his parents. It takes two forms: filiation to the mother (maternity) and affiliation towards father (paternity). Filiation can be in marriage and outside marriage. Kinship is the link which is based on one from another lineage of people or that more people have a common ancestor; there is a natural kinship which is based on the blood tie between two or more people and a civil relationship arising from adoption.

<sup>16</sup> O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, Hamangiu Publishing House, 2015, Bucharest, p. 170.

<sup>17</sup> C.T. Ungureanu, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Hamangiu Publishing House, 2013, Bucharest, p. 298.

<sup>18</sup> Timișoara Court of Appeal, Civil Decision no. 1196/26.09.2013.

<sup>19</sup> G. Boro, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2010, p. 361.

following classification: transformations occurring in the filiation of a natural person; changes imposed by the institution of adoption; mutations caused by the institution of marriage. The main result is that once with a change into the civil status, the name modifies in accordance with it.

Voluntarism is manifested as far as assigning the forename by the parents, this element of the name is often designated in common speech as "Christian name"<sup>20</sup>. Assigning the forename is voluntary, meaning that the parents are the ones who choose their child's forename. However, the law allows, under certain conditions, limited intervention of the public authority in this area<sup>21</sup>. Thus, according to article 84 paragraph (2) second sentence of the new Civil Code, "the registrar must prohibit the registration of indecent, ridiculous forenames which are likely to affect the public order and the morality or interests of the child, as appropriate".

On one hand, being considered an element of the individual's capacity of use, the name therefore presents the legal characters of this capacity, and on the other hand being part of the non-patrimonial civil subjective rights, the name presents their specific characters meaning: legality, generality, universality, inalienable, intangible, an absolute right, opposability *erga omnes*, personality, unity, indefeasible both extintively and acquisitively. As the right to name not only appears as a subjective non-patrimonial right (according to article 54, Decree 31/1954), but also has the function of identifying the person<sup>22</sup> at the society level, therefore it becomes that identification attribute (institution that records names). So, this right is followed by the correlative obligation<sup>23</sup> to carry the name acquired in accordance with the law.

In addition, the right to name according to the new Civil Code is included in the category of personality rights<sup>24</sup>. Our Civil Code draft, having as primary inspiration the Civil Code of Québec, which expressly regulates the right to a name in the category of personality rights, made reference in an early stage to the non-property rights and regulated such rights, without specifically using the phrase "personality rights". Therefore, the new Romanian Civil Code expressly regulates in the Article 58

---

<sup>20</sup> D. Lupulescu, A.M. Lupulescu, *Atributele de identificare ale persoanei fizice*, Universul Juridic Publishing, Bucharest, 2015, p. 78.

<sup>21</sup> O.-N. Retea, "Reasonable" Grounds for Name Change through Administrative Procedure, *Journal of Law and Administrative Sciences*, Special Issue/2015, Petroleum and Gas University of Ploiești Publishing House, Romania, p. 634.

<sup>22</sup> E. Chelaru, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, in the on-line library [www.legalis.ro](http://www.legalis.ro), 3<sup>rd</sup> edition, C.H. Beck Publishing, Bucharest, 2012, section I.

<sup>23</sup> G.-Al. Ilie in Marian Nicolae (coord.), *Drept civil. Persoanele*, Universul Juridic Publishing, Bucharest, 2016, p. 92.

<sup>24</sup> O.-N. Retea, *Dreptul la nume. Atribut de identificare. Drept al personalității*, in the volume of the international conference: Uniformisation of the law-legal effects and social, political, administrative implications, Iași, 23-24.10.2014, Romania, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2014, pp. 19-26.

only the right to life, health, physical and mental integrity, dignity, the right to privacy and the right to a good image. The enumeration made by the legislator is a declarative one and there are also other rights that may be characterized as personality rights. Due to this situation, the law implementing the new Civil Code, Article 20 paragraph 9 was renamed from "Personality Rights" to "Rights of Personality", and Article 58 was further improved in the way that there are also called personality rights, "such other rights recognized by law." Therefore, we also take into consideration the rights contained in Article 59 of the new Civil Code, namely the right to a name, the right of domicile and the right targeting the civil status<sup>25</sup>. The right to a name is one of those personality rights that are simultaneously identification attributes of the person.

The name is attached to privacy, as demonstrated in the first place by being a means of individualization of a person. The social, individual and family interest are all joined by name. Each of these interests are legitimate and an excess of one of them threatens the existence of the others. Currently, we can see a tendency of "patrimonization" of certain personality rights. There is accepted the validity of the agreements for good and valuable consideration by which it is allowed the publication of stories about a person's private life or use of the image or voice for commercial purposes<sup>26</sup>. In addition, the name becomes patrimonial when it is used in order to identify a merchant, a physical person or a legal entity as well as for the case of individuals exercising liberal professions as a notary, architect, lawyer etc. Due to the fact that Romania has ratified the European Convention on Human Rights, it is obliged to protect all the rights contained therein. Therefore, they are of utmost importance in the application of the new Civil Code provisions established by the European Court of Human Rights (ECHR) in pursuance of the Convention provisions regarding the personality rights<sup>27</sup> governed by it (article 8 - the right to privacy and family life).

According to article 85 of the new Civil Code, the legal framework is traced for the change of the name of one natural person through the administrative procedure. All the aspects of this procedure<sup>28</sup> are included in the provisions of Government

---

<sup>25</sup> E. Chelaru in Fl.-A. Baias (coord.), *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*, C.H. Beck Publishing, Bucharest, 2012, pp. 62-63.

<sup>26</sup> S. Cercel, E.G. Olteanu, *Considerații privind drepturile personalității*, in Journal of Law Sciences, no. 4/2009, Universul Juridic Publishing, p. 52.

<sup>27</sup> O.-N. Retea, *Infringement in One's Right to Name, Intrusion in Private or Family Life? The European Court of Human Rights Perspective*, Perspectives of Business Law Journal, Volume 5, No.1, November 2016, pp. 133-141.

<sup>28</sup> O.-N. Retea, *Unpacking the Right to a Name: A Diachronical Legal Analysis of the Administrative System and Regulations*, Journal of Political Sciences, No. 46/2015, Universitaria Publishing, Craiova, Romania, pp. 356-364.

Ordinance no. 41/2003 meaning the holders, application form, reasonable grounds and even the effects in case of admission.

The name belongs to both the individual state and the personality rights, as a result of filiation and as a sign of the identity<sup>29</sup> of one person. Therefore, the legal mechanisms of protection of the right to name, begins with an analysis that had as its object the distinction between the trade name and the civil name, concluding that the civil name concerns personality, family and the individual while trade name separates from the natural person and becomes subject of a genuine contract<sup>30</sup>. Unlike trade name, in the case of the natural person there is no exclusivity of its use, as there is no possibility of reserving it. Thus, the probability of uniqueness<sup>31</sup> of a surname or first name is very small and it does not concern the respect of exclusive rights regarding the name

The protection of the right to name concerns all its components such as: the family name acquired by the effect of filiation or by adoption, the name chosen when one married, the first name of any person, the name of the child found or born of unknown parents, the name changed by administrative procedure, and also the pseudonym. Right to a name, as a non-patrimonial personal right is protected by articles 252-257 new Civil Code, which represents the general regulation to protect personal non-property rights<sup>32</sup>. Romanian Civil Code of 1864 was not concerned with subjective<sup>33</sup> non-property rights, the first enumeration of these rights and the means for their protection was achieved by Decree no. 31/1954 that concerned natural persons and legal entities<sup>34</sup>. We note that the regulation of this sensitive matter of subjective non-patrimonial rights at national level was influenced, in some places, by the existing provisions in the Swiss law from 1907<sup>35</sup>. Therefore, the protection of the right to a name is considered in terms of the

---

<sup>29</sup> O. Ungureanu, *Uzurparea și utilizarea abuzivă a numelui*, Romanian Review of Private Law, no. 2/2007, Universul Juridic Publishing, p. 227.

<sup>30</sup> O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod Civil*, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2015, pp. 241-242.

<sup>31</sup> C. Voicu in M. Afrăsinie (coord.), *Noul Cod Civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență*, Volume I, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2012, p. 323.

<sup>32</sup> V. Bîcu in M. Nicolae (coord.), *Drept civil. Persoanele*, Universul Juridic Publishing, Bucharest, 2016, p. 69.

<sup>33</sup> Professor Beleiu defines the subjective private right as representing the possibilities foreseen by the private law for individuals and legal persons, as active subjects, possibility that they have a certain behavior towards the passive subject, in the sense of giving, doing or not do something, in terms imposed by the civil law may even apply coercive state intervention if necessary. Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Publishing House „Șansa”, Bucharest, 1993, p. 74.

<sup>34</sup> Published in the Official Bulletin, no. 8 from 1954.

<sup>35</sup> C. Voicu in M. Afrăsinie (coord.), *Noul Cod Civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență*, Volume I, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2012, p. 307.

protection offered to the subjective, non-patrimonial rights from several levels (from the new Civil Code level according to article 252-257, to the Constitution and special laws level such as the protection offered by the criminal law-considered the highest level of protection- granted to the right to a name through the crime of identity theft, according to article 327 from the new Criminal Code).

Forewords, an analysis is undertaken of the right to name in terms of the applicable law, emphasizing how the national state through the bond represented by the citizenship requires the determination of this element. Regarding the name<sup>36</sup>, paragraph(1) of article 2576 new Civil Code provides that the name of the natural person falls within the scope of its national law, being included in its area both the surname and the forename<sup>37</sup>. The notion of national law indicates in fact, the law of the nationality of the individual concerned. Thus, when multiple citizenship<sup>38</sup> is present, it will apply the law of the state of which the individuals are attached of, taking into consideration for the choice of the more favorable law, issues such as their place of residence or domicile.

By the provisions of paragraph (2), of article 2576 new Civil Code it is accepted that there are two possibilities concerning the attribution of the name for the newborn baby. So, it is possible that this issue falls under the State whose citizens are both the parents and the child<sup>39</sup>, or of the law of the state where the child concerned was born and where he has demonstrated to have the residence. If the person has no nationality and is therefore stateless, according to paragraph (3), the applicable law is the law of the state where he has the habitual residence.

The establishment and the modification of the name due to marriage, parentage (filiation) or adoption are subject to the law governing the patrimonial effects of these institutions, being part of the area of personal law<sup>40</sup>. In addition, also the name

---

<sup>36</sup> C. Dariescu, *O lămurire asupra legii aplicabile stabilirii numelui copilului conform noului Cod civil român* (Law no. 287/2009 republished), Magazine: Analele științifice ale Universității „A.I.Cuza”- Științe juridice, Publishing House of the University „A.I.Cuza”, no. 11/2011, Iasi, p. 84.

<sup>37</sup> E. Chelaru in Fl.-A. Baias (coord.), *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*, C.H. Beck Publishing, Bucharest, 2012, pp. 93-94.

<sup>38</sup> C. Jugastru, *Identificarea persoanei fizice. Aspecte de drept internațional privat*, [http://www.universuljuridic.ro/identificarea-persoanei-fizice-aspecte-de-drept-international-privat/2/?utm\\_source=Newsletter\\_Lista\\_UJ&utm\\_medium=gmail.com&utm\\_campaign=newsletter\\_320827](http://www.universuljuridic.ro/identificarea-persoanei-fizice-aspecte-de-drept-international-privat/2/?utm_source=Newsletter_Lista_UJ&utm_medium=gmail.com&utm_campaign=newsletter_320827) accessed on 1.09.2016.

<sup>39</sup> D.-A. Rohnean in M. Afrăsinie (coord.), *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină, jurisprudență. Vol. III. Art. 1650-2664. Contracte speciale. Privilegii și garanții. Prescripția extinctivă. Drept internațional privat*, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2012, p. 1061.

<sup>40</sup> Călina Jugastru, *Identificarea persoanei fizice. Aspecte de drept internațional privat*, [http://www.universuljuridic.ro/identificarea-persoanei-fizice-aspecte-de-drept-international-privat/2/?utm\\_source=Newsletter\\_Lista\\_UJ&utm\\_medium=gmail.com&utm\\_campaign=newsletter\\_320827](http://www.universuljuridic.ro/identificarea-persoanei-fizice-aspecte-de-drept-international-privat/2/?utm_source=Newsletter_Lista_UJ&utm_medium=gmail.com&utm_campaign=newsletter_320827) accessed on 1.09.2016.

change through administrative procedure is under the area of personal law unless another legal provision provides otherwise. Protecting the name, for acts of violation of this right committed on the territory of Romania, is ensured by the law of our country. This conflict rule established by paragraph (3) article 2576 specifies only the scope of its law, making no references to the foreign law<sup>41</sup>.

The function of a name as a means to individualize a person has resulted in that private law and public law aspects are inter-twined. From a private international law point of view, using citizenship as a connecting factor in choice-of-law rules in name matters can symbolize a State's interest to make sure that names are configured and acquired in a manner consistent with its own laws. The close ties that a name has with an individual's personal life and integrity, has furthermore resulted in that name matters are subjects of rules governing fundamental and human rights.

The problems regarding the right to name are settled by the Court of Justice of the European Union under the principle of free movement of persons and non-discrimination treatment according with its case law<sup>42</sup>. On the other hand, European Convention on Human Rights does not expressly regulate the right to name. Thanks to dynamic interpretation of the Article 8 of the Convention, the name is a relevant element of private and family life, issues also demonstrated through the case law<sup>43</sup> of the European Court of Human Rights.

## Conclusions

This article was developed from the desire to mark the identification of the natural person by name in the society since a thorough analysis of the popular names of persons determined their recent and distant past while providing information about civil status, parentage, legal capacity or moral characters. The human being is first concerned to be defined in relation to any other person. Therefore, the need of identifying the human being through the name, during the earthly existence, is not only a social or general goal but acquires personal valences. In fact, the name represents that specific element of the language of any nation whose role is to designate the being in question. Because of different legal cultures,

---

<sup>41</sup> A. Relu Tănase, *Noul Cod civil. Persoana fizică. Despre familie (art. 1-186, art. 252-534)*, C.H. Beck Publishing, Bucharest, 2012, p. 128.

<sup>42</sup> C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Belgium*; C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*; C-353/06, *Stefan Grunkin and Dorothee Regina Paul c. Standesamt Stadt Niebüll*; C-168/91, *Christos Konstantinidis against city of Altensteig- Standesamt and Landratsamt Calw-Ordnungsamt*; C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn and Łukasz Paweł Wardyn against Vilniaus miesto savivaldybės administracija and others*;

<sup>43</sup> *Case Romet v. Holland*; *Case Kemal Taşkın, Medeni Alpkaya, Abdulkadir Firat, Emin Anğ and Emir Ali Şimşek v. Turkey*; *Case Güzel Erdagöz v. Turkey*; *Case Daróczy v. Hungary*; *Case Johansson v. Finland*; *Case Znamenskaya v. Rusia*; *Case Bernadotte v. Swisse*; *Case Guillot v. France*;

imposing distinct manner of attribution and recognition of name, there might occur unpleasant situations in which citizens of a country are using different names specific to the procedure of each state. Therefore, this lack of harmony at an international level causes a difficult procedure for proving a person's identity.

## REFERENCES

- Afrăsinie Mădălina (coord.), *Noul Cod civil-comentarii, doctrină, jurisprudență*. Vol. III Art. 1650-2664. *Contracte speciale. Privilegii și garanții. Prescripția extinctivă. Drept internațional privat*, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2012;
- Baias Flavius-Antoniou (coord.), *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*, C.H. Beck Publishing, Bucharest, 2012;
- Beleiu Gheorghe, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Universul Juridic Publishing, Bucharest, 2005;
- Beleiu Gheorghe, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Publishing House „Șansa”, Bucharest, 1993;
- Boroi Gabriel, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2010;
- Cercel Sevastian, Olteanu Edmond Gabriel, *Considerații privind drepturile personalității*, in Journal of Law Sciences, no.4/2009, Universul Juridic Publishing, pp.41-54;
- Chelaru Eugen, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod civil*, in the on-line library [www.legalis.ro](http://www.legalis.ro), 3<sup>rd</sup> edition, C.H. Beck Publishing, Bucharest, 2012;
- Cornu Gérard, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 5<sup>th</sup> edition, Montchrestien Publishing, Paris, 2003;
- Dariescu Cosmin, *O lămurire asupra legii aplicabile stabilirii numelui copilului conform noului Cod civil român* (Law no. 287/2009 republished), Journal: Analele științifice ale Universității „A.I.Cuza”- Științe juridice, Publishing House of the University „A.I.Cuza”, no. 11/2011, Iasi, pp.83-89;
- Dogaru Ion, Cercel Sevastian, Dănișor Dan Claudiu, Popa Nicolae, *Bazele dreptului civil, Vol. 1. Teoria generală*, C.H. Beck Publishing, Bucharest, 2008;
- Dogaru Ion, Cercel Sevastian, *Drept civil. Persoanele*, C.H. Beck Publishing, Bucharest, 2007;
- Ilie Adrian Barbu, *Capacitatea persoanei fizice în dreptul civil român*, Universitaria, Craiova, 2003
- Ilie Adrian-Barbu, *Actiunile de stare civilă*, Revista de Științe Juridice nr. 26(4)/2002, Editura Themis (Universitaria), Craiova, pag. 375-382;
- Ilie Adrian-Barbu, *Unele considerente cu privire la regulile înregistrărilor de stare civilă*, Revista de Științe Juridice nr. 26(4)/2002, Editura Themis (Universitaria), Craiova, pag. 427-449;



Jugastru Călina, *Identificarea persoanei fizice-Aspecte de drept internațional privat*, accessed on 1.09.2016;

Lupan Ernest, Sztranyiczki Szilárd, *Persoanele în concepția Noului Cod civil*, C.H. Beck Publishing, Bucharest, 2012;

Lupulescu Dumitru, Lupulescu Ana Maria, *Atributele de identificare ale persoanei fizice*, Universul Juridic Publishing, Bucharest, 2015;

Micescu Istrate, *Curs de drept civil*, All Beck Publishing, Bucharest, 2000;

Nicolae Marian (coord.), *Drept civil. Persoanele*, Universul Juridic Publishing, Bucharest, 2016;

Rețea Oana-Nicoleta, *Atribuirea numelui de familie copilului. Aspecte naționale și europene*, in the volume of the international conference: "Law between Modernization and Tradition. Implications for the Legal, Political, Administrative and Public Order Organization", Bucharest, Romania, 21-23.04.2015, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2015;

Rețea Oana-Nicoleta, "Reasonable" Grounds for Name Change through Administrative Procedure, *Journal of Law and Administrative Sciences*, Special Issue/2015, Petroleum and Gas University of Ploiești Publishing House, Romania, pp.631-640;

Rețea Oana-Nicoleta, *Dreptul la nume – Atribut de identificare. Drept al personalității*, in the volume of the international conference: Uniformisation of the law-legal effects and social, political, administrative implications, Iași, 23-24.10.2014, Romania, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2014;

Rețea Oana-Nicoleta, *Infringement in One's Right to Name, Intrusion in Private or Family Life? The European Court of Human Rights Perspective*, *Perspectives of Business Law Journal*, Volume 5, No.1, November 2016, pp.133-141;

Rețea Oana-Nicoleta, *Unpacking the Right to a Name: A Diachronical Legal Analysis of the Administrative System and Regulations*, *Journal of Political Sciences*, No. 46/2015, Universitaria Publishing, Craiova, Romania, pp.356-364;

Shakespeare William, *Romeo și Julieta*, in *The Complete Work of William Shakespeare*, Collins Publishing, Glasgow, 2006;

Tănase Adrian Relu, *Noul Cod civil. Persoana fizică. Despre familie (art. 1-186, art. 252-534)*, C.H. Beck Publishing, Bucharest, 2012;

Ungureanu Carmen Tamara, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2013;

Ungureanu Ovidiu, Munteanu Cornelia, *Drept civil. Persoanele în reglementarea noului Cod Civil*, Hamangiu Publishing, Bucharest, 2015;

Ungureanu Ovidiu, *Uzurparea și utilizarea abuzivă a numelui*, *Romanian Journal of Private Law*, no. 2/2007, Universul Juridic Publishing, Bucharest, pp. 223-231;

Vintilă-Ghițulescu Constanța, *Boierii și numele lor*, in the *Journal Dilema Veche*, no. 120/ 2006, p. 17;

# CONFLICTUL DE INTERESE ÎNTRE ASOCIAT ȘI SOCIETATE

Av. Răzvan SCAFEȘ

## Summary

In a contract the parties have their own wills and often the contrary, aimed at obtaining a personal benefit.

While we accept that social will is a cumulative joint venture of associates, we must not ignore the personal element of each associate, that is, although it affects a part of one's own will toward the formation of the will, it retains a distinct, personal will, which can be contrary to the same will of the other associates.

**Keywords:** associates, society, personal will, contract, conflict of interests.

## § Introducere

Analiza conflictului de interese între asociat și societate are la bază în primul rând teoria contractuală a societății<sup>1</sup>, în sensul că aceasta se formează în temeiul unui contract (actul constitutiv) ca manifestare de voință a asociaților fondatori. Tocmai plecând de la această idee putem deja observa premisele conflictului de interese. În concret, ca o critică a teoriei contractuale se afirmă că, în principiu, într-un contract părțile au voințe proprii și de cele mai multe ori contrare, orientate spre obținerea unui beneficiu personal. Deși acceptăm că voința socială reprezintă un cumul de voință comună a asociaților, nu trebuie să nesocotim elementul personal al fiecărui asociat, adică, deși acesta afectează o parte a propriei voințe către formarea voinței sociale, totuși păstrează o voință distinctă, personală, care poate fi contrară cu același tip de voință a celorlalți asociați.

### 1. Conflictul dintre voința individuală și cea socială

În ideea că voința are cel mai important rol în formarea societății, trebuie avut în vedere că „voința în accepțiunea juridică încorporează două elemente esențiale

---

<sup>1</sup> Pentru o analiză a naturii juridice a societății, a se vedea I. Bălan, *Natura juridică a societății comerciale*, în Dreptul nr. 11/2000, p. 35 și urm.

ale contractelor, respectiv consimțământul<sup>2</sup> și cauza sau scopul<sup>3</sup>. Așadar, asociații își dau consimțământul pentru a constitui societatea și au ca scop funcționarea acesteia în ideea realizării unui profit comun. Scopul avut în vedere la constituirea societății nu este însă identic cu scopul urmărit ulterior de asociați.

Atunci când voințele asociațiilor sunt puse în comun, intervine Legea nr. 31/1990 care reglementează modul de formare a voinței sociale prin norme privind funcționarea acestora. Această lege stabilește „mecanismul prin care voințele asociațiilor ponderate prin norme imperative ajung să genereze o voință nouă care gestionează patrimoniul social și îl angajează în raporturi juridice comerciale sub numele subiectului de drept distinct care este societatea”<sup>4</sup>.

În interiorul grupului care constituie persoana juridică sunt „foarte reale orientările diverse, interesele diverse, acțiunile divergente ale membrilor și, în final, conflictele dintre membri”<sup>5</sup>.

De asemenea, analiza apariției conflictului de interese are în vedere și încălcarea de către respectivul acționar a prevederilor art. 136<sup>1</sup> din Legea nr. 31/1990 conform căruia: „*acționarii trebuie să își exercite drepturile cu bună-credință, cu respectarea drepturilor și a intereselor legitime ale societății și ale celorlalți acționari*”. Această prevedere se dovedește „de o excepțională importanță și utilitate, pentru asigurarea unui echilibru între interesele societății și cele ale acționarilor”<sup>6</sup>. Acest principiu este corolarul bunei-credințe în exercitarea drepturilor și obligațiilor, instituit prin art. 14 C. civ., și se referă la conduita conformă cu urmărirea interesului social și neprejudicierea intereselor celorlalți asociați în exercitarea drepturilor la care este îndreptățit fiecare asociat în parte.

Tocmai în aceste condiții apare conflictul de interese definit mai sus, care a fost inițial reglementat prin art. 79 din Legea nr. 31/1990<sup>7</sup>, aplicabil deopotrivă

---

<sup>2</sup> Cu privire la consimțământul și discernământul necesar la încheierea actelor juridice civile a se vedea A.B. Ilie, *Capacitatea persoanei fizice în dreptul civil român*, Ed. Universitaria, Craiova, 2003, p. 61-62.

<sup>3</sup> I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, pp. 112-114; S. Cercel, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2006, pp. 146-149.

<sup>4</sup> C. Gheorghe, *Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 12.

<sup>5</sup> L. Bojin, *Acțiunea în anularea hotărârii Adunării Generale a Acționarilor*, Ed. Universul Juridic, 2012, p. 113; Pentru noțiunea de persoană juridică, în general, I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Persoanele*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 260-265; S. Cercel, *Drept civil. Persoana juridică*, Ed. Universitaria, Craiova, 2007, pp. 43-53.

<sup>6</sup> I. Schiau, T. Prescure, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990. Analize și comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, 2009, p. 380.

<sup>7</sup> Art. 79 din Legea nr. 31/1990, conform căruia: „(1) Asociatul care, într-o operațiune determinată, are, pe cont propriu sau pe contul altuia, interese contrare aceluia ale societății, nu poate lua parte la nicio deliberare sau decizie privind această operațiune. (2) Asociatul care contravine dispozițiilor alin. (1)

asociaților administratori și neadministratori. Legiuitorul a acordat o importanță atât de mare acestei probleme, încât a preferat să reia textul art. 79 și atunci când se reglementează prohibițiile aplicabile acționarului (art. 127).

Doctrina a considerat că „de vreme ce dreptul la vot al acționarului are o funcție socială, este justificată interdicția aplicabilă acționarului de a vota în privința unor probleme în care interesul său personal prevalează”<sup>8</sup>. Cu alte cuvinte, „în orice manifestare de voință vizând societatea, acționarii trebuie să urmărească binele economic și financiar al acesteia și să nu situeze interesele lor personale mai presus de cele ale societății”<sup>9</sup>. Așadar, concepția generală ocrotește interesul primordial al societății, pe care inclusiv fiecare acționar în parte ar trebui să îl ocrotească prin obligația de „a se ocupa de afacerile societății cu aceeași diligență cu care se ocupă de afacerile proprii”<sup>10</sup>. Se observă așadar o extrapolare a regulilor aplicabile mandatarului în contractul de mandat.

Dincolo de instituirea unor prevederi de ocrotire a interesului social, interdicția constituie o „cerință deontologică necesară aplicabilă tuturor tipurilor de societăți”<sup>11</sup>, fiind astfel stabilită pentru ocrotirea bunelor moravuri, conform art. 11 C. civ.

## 2. Dispozițiile generale în ce privește interdicția conflictului de interese

Reglementarea conflictului de interese prin art. 79 din Legea nr. 31/1990<sup>12</sup> se aplică deopotrivă asociaților administratori și neadministratori. Legiuitorul a acordat o importanță atât de mare acestei probleme, încât a preferat să reia textul art. 79 și atunci când se reglementează prohibițiile aplicabile acționarului (art. 127).

Reglementarea se aplică însă și asociaților din societățile în comandită

---

este răspunzător de daunele cauzate societății, dacă, fără votul său, nu s-ar fi obținut majoritatea cerută.”

<sup>8</sup> I.L. Georgescu, vol. II, p. 431, *cit.* în St.D. Cărpenu, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole*, ed. 3, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 382.

<sup>9</sup> I. Schiau, T. Prescure, *op. cit.*, p. 346.

<sup>10</sup> C.A. Stoeanovici, *Curs de drept comercial. Despre societățile comerciale*, Ed. Curierul Judiciar, București, 1926, p. 79, D.D. Gerota, *Curs de societăți comerciale*, Ed. Fundația culturală „Regele Mihai I”, București, 1928, p. 93, *cit.* în St.D. Cărpenu, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *op. cit.* p. 256.

<sup>11</sup> O. Căpățînă, *Societățile comerciale*, ed. a II-a, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 318, *cit.* în St.D. Cărpenu, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *Legea societăților comerciale. Comentarii pe articole*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 382.

<sup>12</sup> Art. 79 din Legea nr. 31/1990, conform căruia: „(1) Asociatul care, într-o operațiune determinată, are, pe cont propriu sau pe contul altuia, interese contrare aceluia ale societății, nu poate lua parte la nicio deliberare sau decizie privind această operațiune. (2) Asociatul care contravine dispozițiilor alin. (1) este răspunzător de daunele cauzate societății, dacă, fără votul său, nu s-ar fi obținut majoritatea cerută.”

[art. 90 și art. 188 alin. (2)], precum și asociațiilor unei societăți cu răspundere limitată, pentru identitate de rațiune și pe baza principiului că societatea în nume colectiv este dreptul comun în materia societăților comerciale. Considerăm că art. 79 este aplicabil chiar dacă asociatul se găsește în una din situațiile prevăzute de art. 82<sup>13</sup>, indiferent dacă ceilalți asociați și-au dat sau nu consimțământul pentru desfășurarea de către asociat a unor operațiuni concurente. Aceasta deoarece art. 82 reglementează un caz particular de conflict de interese între asociat și societate, care însă nu derogă de la art. 79.

### 3. Conținutul interdicției asociatului de a se abține de la deliberări și decizie și efectele încălcării acesteia

Această interdicție privește atât dreptul de a participa la deliberări, cât și dreptul de a participa la luarea hotărârii în cadrul adunării generale. În cazul în care asociatul aflat în conflict de interese se abține de la vot, cvorumul și majoritatea necesare pentru luarea acelei hotărâri se vor calcula prin scăderea numărului de titluri de participare ale acționarului respectiv din numărul total de titluri de participare, din care se scad cele aparținând asociatului care se află în conflict de interese raportate la numărul total de titluri de participare prezente sau reprezentate<sup>14</sup>.

Încălcarea de către asociat a obligației de a se abține de la participarea la deliberări și vot nu va sancționa însă hotărârea adunării generale cu invalidarea, ci va atrage răspunderea asociatului față de societate pentru daunele cauzate acesteia, doar cu condiția ca participarea acestuia să fi fost absolut necesară pentru formarea majorității necesare pentru adoptarea hotărârii. Cu alte cuvinte, în cazul în care majoritatea în luarea hotărârii s-ar fi întrunit și fără votul acționarului aflat în conflict de interese, aceasta nu va putea răspunde față de societate, chiar dacă hotărârea luată a fost în acord cu voința sa, deoarece aceasta nu a fost determinantă.

În final trebuie amintit că aceleași dispoziții legale reținute la art. 79 din Legea nr. 31/1990 pentru asociații în societățile cu răspundere limitată sunt aplicabile și în cazul societăților în comandită simplă și asociațiilor comanditați din societatea în

---

<sup>13</sup> Art. 82 din Legea nr. 31/1990, conform căruia: „(1) Asociații nu pot lua parte, ca asociați cu răspundere nelimitată, în alte societăți concurente sau având același obiect de activitate, nici să facă operațiuni în contul lor sau al altora, în același fel de comerț sau într-unul asemănător, fără consimțământul celorlalți asociați. (2) Consimțământul se socotește dat dacă participarea sau operațiunile fiind anterioare actului constitutiv au fost cunoscute de ceilalți asociați și aceștia nu au interzis continuarea lor. (3) În caz de încălcare a prevederilor alin. (1) și (2), societatea, în afară de dreptul de a exclude pe asociat, poate să decidă că acesta a lucrat în contul ei sau să ceară despăgubiri. (4) Acest drept se stinge după trecerea a 3 luni din ziua când societatea a avut cunoștință, fără să fi luat vreo hotărâre.”

<sup>14</sup> C. Cucu, M.V. Gavriș, C.G. Bădoiu, C. Haraga, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 148.

comandită pe acțiuni (art. 90, Legea nr. 31/1990), acționarilor din societățile pe acțiuni și societățile în comandită pe acțiuni (art. 127 și art. 187, Legea nr. 31/1990).

#### 4. Cazuri de conflict de interese între asociat și societate

Articolele amintite anterior instituie o interdicție a asociatului aflat în conflict de interese, interdicție aplicabilă participării la adoptarea hotărârii în cadrul adunării generale (cu alte cuvinte, asociatul respectiv trebuie să se abțină de la vot), fiind astfel instituit principiul abținerii de la vot în cazul în care acționarul se află în conflict de interese. „În condițiile în care asociatul se abține, cvorumul și majoritatea necesare pentru luarea acelei hotărâri se calculează prin raportarea numărului total de titluri de participare prezente sau reprezentate la numărul total de titluri de participare, din care se scad cele aparținând asociatului care se află în conflict de interese”<sup>15</sup>.

Într-o analiză a unui caz de conflict de interese, Curtea de Apel Timișoara a arătat că acesta „nu poate exista, decât în situația în care interesele personale ale asociaților prevalează asupra celor de grup, adică interesului societății, împrejurare care poate determina destrămarea structurii societare. Tocmai de aceea legea interzice asociaților aflați într-o asemenea situație de conflict să ia parte la deliberările sau deciziile care privesc respectiva operațiune”<sup>16</sup>. Conflictul de interese este privit deci ca o situație juridică extrem de dăunătoare pentru viața societății, putând da naștere unor soluții radicale, precum retragerea sau excluderea asociaților sau chiar dizolvarea societății, fiind în măsură să cauzeze suprimarea lui *affectio societatis*.

De asemenea, tot practica a stabilit că există conflict de interese „atunci când, de exemplu, asociații care dețin majoritatea capitalului societății decid vânzarea activelor acesteia către altă societate, controlată exclusiv de ei, la un preț stabilit arbitrar”<sup>17</sup>. Într-o astfel de situație, suntem atât în prezența unui conflict de interese, cât și a unui abuz de majoritate, odată ce automat prin favorizarea intereselor personale ale asociaților majoritari sunt nesocotite atât interesul social, persoana juridică fiind fraudată de activele acesteia și pusă în imposibilitatea de a-și mai continua activitatea într-un mod competitiv, cât și asociații majoritari, care pierd prin destrămarea structurii societare.

Trebuie reținut că manifestarea efectivă a conflictului de interese și deci încălcarea de către asociat a interdicției de a participa la deliberări și vot nu va atrage invalidarea hotărârii adunării generale. Sancțiunea va fi așadar personală, iar asociatul va fi ținut răspunzător față de societate pentru daunele cauzate acesteia, cu condiția

<sup>15</sup> C. Cucu, M.V. Gavriș, C.G. Bădoiu, C. Haraga, *op. cit.*, p. 148.

<sup>16</sup> C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 211 din 23 noiembrie 2010.

<sup>17</sup> ÎCCJ, s. com., dec. nr. 966 din 9 martie 2007, în I. Schiau, T. Prescure, *op. cit.*, p. 228.

însă ca participarea să fi fost indispensabilă pentru formarea majorității necesare pentru adoptarea hotărârii.

Ca un exemplu contrar, s-a reținut, de exemplu, în jurisprudență<sup>18</sup> că „dacă însă chiar actul constitutiv prevede, de exemplu, ca un anumit acționar să dețină tot timpul pachetul majoritar de acțiuni și, în acest context, i se recunoaște un drept de preferință la cumpărarea de noi acțiuni emise de societate, proporțional cu cota sa de participare la capitalul social, exercitarea acestui drept nu este făcută în dauna societății și în scopul prejudicierii ei și, prin urmare, acționarul respectiv nu are obligația să se abțină de la vot”<sup>19</sup>. Așadar, situația conflictului de interese nu poate fi reținută în cazul în care operațiunea care are un astfel de potențial a fost autorizată indirect chiar de prevederile actului constitutiv, deoarece în astfel de cazuri comportamentul acționarului a fost dictat chiar de voința socială, neputând fi astfel contrar acesteia.

Probleme în legătură cu manifestarea conflictului de interese pot apărea și în cazul exercitării abuzive ori neconforme a dreptului la vot, prin reaua-credință a titularului dreptului, respectiv asociații/acționarii.

Abuzul de majoritate<sup>20</sup> a fost astfel definit ca fiind „exercitarea discreționară a dreptului de vot de către acționarul majoritar, în vederea realizării intereselor sale individuale, în dauna interesului social și în scopul prejudicierii acționarilor minoritari”<sup>21</sup>. Se apreciază de doctrină<sup>22</sup> că acest concept are ca unic scop asigurarea egalității de tratament între acționari<sup>23</sup>, însă nu putem să nu remarcăm că acesta are și o puternică funcție socială, protecția intereselor acționarilor minoritari fiind de fapt efectul ocrotirii interesului primordial al societății.

## 5. Abuzul de majoritate ca particularitate a manifestării conflictului de interese

În cazul în care votul este contrar interesului social, iar una dintre categorii (majoritatea sau minoritatea acționarilor care votează) are drept scop autofavorizarea prin hotărârea adoptată, în detrimentul celeilalte categorii de acționari, suntem în prezența unui conflict de interese în principal între aceștia și indirect

<sup>18</sup> C.A. Cluj, s. civ. și de cont. adm., dec. nr. 167/1995.

<sup>19</sup> Decizia Curții de Apel Cluj, amintită anterior, este redată în I. Turcu, vol. I, pp. 356-358, *cit.* în St.D. Cărpenu, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *op. cit.*, p. 382.

<sup>20</sup> A se vedea, cu privire la abuzul în exercitarea dreptului de vot, Fl. Stărc-Meclejan, *Votul asociaților în societățile comerciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 295 și urm.

<sup>21</sup> I. Schiau, T. Prescure, *op. cit.*, p. 347.

<sup>22</sup> V. Mircea, *Protecția acționarilor minoritari în dreptul românesc și comparat*, RDC nr. 11/1999, p. 58.

<sup>23</sup> P.I. Demetrescu, *Protecția acționarului și minorităților în societățile pe acțiuni*, RDC și de studii economice, vol. III, 1936, p. 161.

între asociați și societate. S-a apreciat că „reținând abuzul în împrejurările în care hotărârea a fost luată în unicul scop de a favoriza membrii majorității în detrimentul membrilor minorității, respectiv când minoritarul blochează o decizie esențială pentru societate în unicul scop de a-și favoriza propriile interese în detrimentul ansamblului celorlalți asociați”<sup>24</sup>, trebuie să reținem acest caz ca unul de conflict de interese între acționari, dar care duce și la prejudicierea intereselor societății prin blocarea deciziilor organelor de conducere.

Dreptul britanic consideră, de asemenea, că această situație este contrară intereselor celorlalți asociați. „Articolul 459 al Companies Act din 1985, modificat, permite în mod expres oricărui acționar care se consideră lezat în mod injust să solicite puterii judecătorești să intervină în viața societară, prin pronunțarea oricărei măsuri considerate adecvate pentru remedierea situației, de la anularea deciziei organului social la interzicerea societății, să se înscrie într-o anumită categorie de operațiuni, putându-se ajunge chiar la obligarea acționarilor majoritari să răscumpere participarea reclamantului în capitalul social”<sup>25</sup>. Așadar, sistemul de drept britanic recunoaște posibilitatea intervenției puterii judecătorești în viața societară, inclusiv prin sancționarea unor hotărâri prejudiciabile pentru societate luate într-o situație de conflict de interese.

În doctrină s-a mai arătat că abuzul de majoritate se poate reține în cazul în care „hotărârea a fost luată în unicul scop de a favoriza membrii majorității în detrimentul membrilor minorității, respectiv când minoritarul blochează o decizie esențială pentru societate în unicul scop de a-și favoriza propriile interese în detrimentul ansamblului celorlalți asociați”<sup>26</sup>. Această situație trebuie reținută ca un caz de conflict de interese între acționari dar care duce și la prejudicierea intereselor societății prin blocarea deciziilor organelor statutare în condițiile în care asociatul are obligația de a se ocupa de afacerile societății cu aceeași diligență cu care se ocupă de afacerile proprii<sup>27</sup> și astfel trebuie să se abțină *per a contrario* de la orice fapte sau acte care ar fi contrare interesului social.

---

<sup>24</sup> R. Catană, *Dreptul societăților comerciale. Probleme actuale privind societățile pe acțiuni. Democrația acționarială*, Ed. Sfera, Cluj-Napoca, 2007, p. 132.

<sup>25</sup> A. Tunc, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Economica, Paris, 1997, p. 249, *cit.* în R. Catană, *op. cit.*, p. 119.

<sup>26</sup> R. Catană, *op. cit.*, p. 132.

<sup>27</sup> C.A. Stoeanovici, *op. cit.*, p. 79; D.D. Gerota, *op. cit.*, p. 93.