

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

---

**REVISTA DE ȘTIINȚE JURIDICE  
NR. 2/2016**

---

**Coordonator număr: RSJ 2/2016  
Conf. univ. dr. Tereza Elena Danciu**



**Vol. 30 (2/2016)**

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.

**REDACȚIE:** 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:

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

## COLEGIUL DE REDACȚIE:

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

Distribution contracts and competition law <i>Michael MARTINEK</i> .....	11
The specifics of obligations assumed by professionals under the provisions of the new Civil code <i>Ion DOGARU, Lucian SĂULEANU</i> .....	29
The copyright and its relationship with the image right <i>Edmond Gabriel OLTEANU</i> .....	34
Auswirkungen des abstraktionsprinzips auf die formvorschriften des schenkungsrechts <i>Tiziana CHIUSI</i> .....	38
The natural person: novelty and continuity in the Romanian Civil Code <i>Sebastian CERCEL</i> .....	49
Dienstleistungsfreiheit: genehmigungsregelungen für dienstleistungen <i>Ionuț RĂDULEȚU</i> .....	54
Violation of personality rights through the internet: German, Romanian and European perspectives <i>Denisa-Lavinia DOBRE</i> .....	59
EU Law: The impact on national tax law <i>Christoph GRÖPL</i> .....	75
“24/7 Home Care Services” for the German elderly by Romanian and East European Workers – National Standards and European Law Influences <i>Michael ANTON</i> .....	81
Some examples of the recent reform of the french contract law 6th Public Romanian-German-Colloquium on European Law Saarbrücken 31.10.2016 – 05.11.2016 <i>Annie BOTTIAU</i> .....	94
Câteva aspecte privind reforma și continuitatea în materia infrațiunilor contra patrimoniului în noul Cod penal <i>Ruxandra RĂDUCANU</i> .....	106
Sistemul procedural al evaluării și autorizării activităților cu impact asupra mediului <i>Adrian-Barbu ILIE</i> .....	114

Termeni juridici arhaici neincluși în dicționarul limbii române. Literele G – M <i>Teodor SÂMBRIAN</i> .....	128
Children’s rights in the Romanian Civil law system <i>Mădălin SAVU-TICU</i> .....	142
Rolul educației și al istoriei în mentalitatea românească <i>Elena-Tereza DANCIU</i> .....	155
C.J.U.E. <i>Cauza Florescu și alții</i> . Principiile, obiectivele și misiunile tratatelor. Memorandum privind criza economică <i>Lavinia DEFTA</i> .....	168
Juridicizarea unor concepte medicale folosite de Codul Penal român <i>Carmen-Diana CREȚU (OPREA)</i> .....	179
Obligația de informare a consumatorilor din perspectiva O.U.G. nr. 52/2016 <i>Răzvan SCAFESȘ</i> .....	188

## CONTENTS

Distribution contracts and competition law <i>Michael MARTINEK</i> .....	11
The specifics of obligations assumed by professionals under the provisions of the New Civil Code <i>Ion DOGARU, Lucian SĂULEANU</i> .....	29
The copyright and its relationship with the image right <i>Edmond Gabriel OLTEANU</i> .....	34
Auswirkungen des abstraktionsprinzips auf die formvorschriften des schenkungsrechts <i>Tiziana CHIUSI</i> .....	38
The natural person: novelty and continuity in the Romanian Civil Code <i>Sevastian CERCEL</i> .....	49
Dienstleistungsfreiheit: genehmigungsregelungen für dienstleistungen <i>Ionuț RĂDULEȚU</i> .....	54
Violation of personality rights through the internet: German, Romanian and European perspectives <i>Denisa-Lavinia DOBRE</i> .....	59
EU Law: The impact on national tax law <i>Christoph GRÖPL</i> .....	75
“24/7 Home Care Services” for the German elderly by Romanian and East European Workers – National Standards and European Law Influences <i>Michael ANTON</i> .....	81
Some examples of the recent reform of the french contract law 6th Public Romanian-German-Colloquium on European Law Saarbrücken 31.10.2016 – 05.11.2016 <i>Annie BOTTIAU</i> .....	94
Some aspects on reform and continuity in the context of criminal violation patrimony offences in the new criminal code <i>Ruxandra RĂDUCANU</i> .....	106
Procedural system for evaluation and authorization of environmental impact activities <i>Adrian-Barbu ILIE</i> .....	114

Legal requirements of arhaics not included in Romanian language dictionary. G – M letters <i>Teodor SĂMBRIAN</i> .....	128
Children’s rights in the Romanian Civil law system <i>Mădălin SAVU-TICU</i> .....	142
The role of education and history in Romanian mentality <i>Elena-Tereza DANCIU</i> .....	155
C.J.U.E. <i>Florescu and others</i> . Principles, objectives and tasks of the Treaties. Memorandum on the economic crisis <i>Lavinia DEFTA</i> .....	168
Juridicization of medical concepts used by the Romanian Criminal Code <i>Carmen-Diana CREȚU (OPREA)</i> .....	179
Consumers liability duty from the perspective of G.E.O. no. 52/2016 <i>Răzvan SCAFESȚ</i> .....	188



University of Saarland  
*Faculty of Law and Economics*

Chair for Civil Law, Commercial and Business  
Organizations Law, Private International Law  
and Comparative Law

*Institute of European Law*

**Professor Michael Martinek**



UNIVERSITÄT  
DES  
SAARLANDES

Dr.iur. (FU Berlin)  
Dr.rer.publ. (Speyer)  
Dr.iur.habil. (Kiel)  
Dr.iur.h.c. (Zhongnan Univ. Wuhan)  
Dr.h.c. (Lille 2 – Droit et Santé)  
Dr.h.c. (Univ. Craiova)  
Dr.iur. h.c. (Univ. Warszawa)  
Master of Comp. Jurispr. (New York Univ.)  
Hon.- Prof. of Law (Univ. of Johannesburg)  
Hon.- Prof. of Law (Zhongnan Univ. Wuhan)

**Sixth Public Romanian-German-Colloquium on European Law**  
**“The Influence of European Law upon National Law**  
**- Experiences and Future Perspectives of Romania and Germany”,**  
***Saarbruecken, October 31 to November 5, 2016***

***Programme***

***Wednesday, November 2, First Day of Conference***

**Venue: The Faculty Council Assembly Hall in the Building B 3.41**

- 9:45: Begin of Sixth Public Romanian-German-Colloquium on European Law –  
Opening Addresses by Professor ***Michael Martinek*** and by Dean Professor  
***Sevastian Cercei***
- 10:00 – 10:45: Professor ***Lucian Sauleanu*** (*co-author of the paper with Honorary Dean  
Professor Ion Dogaru*): “The specifics of obligations assumed by professionals  
under the Provisions of the New Romanian Civil Code”; discussion
- 10:45 – 11:00: coffee break
- 11:00 to 11:45: Professor ***Michael Martinek***: “Contract and Competition - Duration  
and Reproduction of Contracts in the Focus of Antitrust Law”; discussion
- 11:45 to 14:00: lunch
- 14:00 to 14:45: Professor ***Sevastian Cercei***: “The Natural Person: Novelty and  
Continuity in the Romanian Civil Code”; discussion

14:45 to 15:00 coffee break

15:00 to 15:45: Professor **Michael Anton**: “24/7 Home Care Services for German Elderly by Romanian und East European Workers – National Standards and European Law Influences”; discussion

15:45 – 16:00: coffee break

16:00 – 16:45: Professor **Gabriel Olteanu**: “The copyright and its relationship to Image Right”; discussion.

16:45 – 17:00: coffee break

17:00 to 17:45: Professor **Sebastian Raduletu**: “The emerging European criminal law system and due process standards”; discussion

#### **Thursday, November 3, Second Day of Conference**

**Venue: seminar-room in the department of History of German Law in the Law Library of Building B 3.41**

9:00 to 9:45: Doctoral Candidate **Lavinia Dobre**: “Overview of the Protection of Personality Rights on the Internet in German, Romanian and European Law”; discussion

9:45 to 10:00: coffee break

10:00 to 10:45: Professor **Christoph Gröpl** “International and European Aspects of German Tax Law”; discussion

10:45 – 11:00: coffee break

11:00 to 11:45: Dr. **Ionut Raduletu**: “The EFTA Court Decision of May 2016 in the Case E-19/15”; discussion

11:45 to 14:00: lunch at “Stuhlsatzenhaus”, University Campus

14:00 to 14:45: Professor **Tiziana Chiusi**: “Die Schenkung in rechtsvergleichender Betrachtung“ (to be presented in German language with English summary); discussion

14:45 to 15:00 coffee break

15:00 to 15:45: Professor **Ruxandra Raducanu**: “Some Elements of Reform and Continuity in the New Romanian Criminal Code”; discussion

15:45 – 16:00: coffee break

16:00 – 16:45: Professor **Annie Bottiau**: “The Recent Reform of Contract Law in the French Civil Code”; discussion

P.O. Box 151150 – D-66041 Saarbruecken, Germany

Tel.: + 49 / (0) 681 / 302-2122; Fax: + 49 / (0) 681 / 302-2762

E-mail: [lehrstuhl.martinek@mx.uni-saarland.de](mailto:lehrstuhl.martinek@mx.uni-saarland.de); Homepage: <http://martinek.jura.uni-sb.de>

---

# DISTRIBUTION CONTRACTS AND COMPETITION LAW\*

*Michael MARTINEK*

*Professor of Civil Law, Commercial Law, Private International Law  
and Comparative Law at the University of Saarland, Saarbrücken*

---

## Introduction

### *1. Contract and competition*

The movement from short-term exchange to long-term cooperation and the significance of networks with durable relationships in the law of contracts<sup>1</sup> can hardly be justly valued without taking into account the law of competition. This requires – and that is the gist of this paper – that the contract lawyer becomes also competition lawyer. This cannot come as a surprise. Contracts are, after all, the legal instrument to perform and stimulate competition.<sup>2</sup> Competition takes place and gains shape by negotiating and concluding contracts, as well as, of course, by

---

\* This contribution is the extended version of a paper which was presented to the Sixth Romanian-German Symposium on European Law “The Influence of European Law upon National Law-Experiences and Future Perspectives of Romania and Germany”, held at Saarbrücken, Germany, 31 October to 5 November 2016, in the framework of the friendship and cooperation agreement between the Law Faculties of Craiova University and Saarland University.

<sup>1</sup> For the emergence of contractual network relations in the law of the contributions in M. Amstutz / G. Teubner (eds), *Legal Issues of Multilateral Co-operation* (2009), and in M. Amstutz (ed.), *Die vernetzte Wirtschaft – Netzwerke als Rechtsproblem* (2004); G. Teubner, *Netzwerk als Vertragsverbund. Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht* (2004); D. Campbell / H. Collins / John Wightman (eds), *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts* (2003); for the basics see I.R. Macneil, ‘The Many Futures of Contracts’, *47 Southern California Law Review* (1974) 691; I.R. Macneil, ‘Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law’, *72 Northwestern University Law Review* (1978), 854 I.R. Macneil, *The New Contract Law* (1979); M. Castells, *The Rise of the Network Society* (2000); K.W. Lange, *Das Recht der Netzwerke – Moderne Formen der Zusammenarbeit in Produktion und Vertrieb* (1998).

<sup>2</sup> See M. Martinek, ‘Contract law theory in the social welfare state of Germany – developments and dangers’ (2007) *TSAR - Tydskrif vir die suid-afrikaanse reg / Journal of South African Law* 1 – 18; M. Martinek, ‘Vertragliche Schuldverhältnisse’, in D. Willoweit (ed), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert* (2007) 141 – 179.

terminating contracts to pave the way for new negotiations and conclusions of new contracts. The more contracts are negotiated, concluded and terminated in a market, the more vivid is the competition. Once a contract has been concluded, competition is reduced and partly over for a while, since the contracting parties are bound and saturated, their former competitors on either side have lost this race and have to turn their attention on different races with different possible partners. As far as long-term contracts are at stake, which provide not only for *one* discrete exchange, but for a long-standing cooperation and for a framework for future exchanges between the same parties, competition can be noticeably quenched by the establishment of a quasi-monopolistic relationship between these two parties which hereby exclude all other possible future partners from any chance to successfully compete. A long-term contract tends to be adverse to competition. All the more, extensive networks of long-term contracts in a particular market tend to be adverse and harmful to competition. It comes as no surprise, therefore, that networks of long-term contracts are of special interest for the law of competition.

## ***2. Long-term distribution contracts as a paradigm for networks***

This is particularly true with regards to distribution contracts, *i.e.* vertical systems of long-term contracts between a producer or wholesaler as the supplier on the one side and a number of dealers as distributors of goods and services on the other side.<sup>3</sup> The distributors can be commercial sale agents, commission agents, authorised dealers or franchised dealers. Distribution contracts have always been in the focus of contract lawyers when discussing the problems of long-term contractual agreements, of relational contracts and of networks of contracts. They also serve very well as the main paradigm for the impact of networks of long-term contracts on market and on competition and for the reaction of the law of competition.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> For the foundations of the law of distribution see M. Martinek in M. Martinek / F.J. Semler / E. Flohr (eds), *Handbuch des Vertriebsrechts* (4th ed 2016) 1 *et seq*; R. Baldi, *Distributorship, Franchising, Agency* (1987).

<sup>4</sup> See the contributions in M. Amstutz / G. Teubner (eds), *Networks: Legal Issues of Multilateral Contracts* (2009); C. Ott, 'Contract Network in Distribution Systems', 151 *JITE – Journal of Institutional and Theoretical Economics* (1995) 212 – 217; L. Müller-Hagedorn, 'The Variety of Distribution Systems', 151 *JITE – Journal of Institutional and Theoretical Economics* (1995) 186 – 202; E. Schanze, 'Symbiotic Contrats: Exploring Long-Term Agency Structures Between Contract and Cooperation', in Chr. Joerges (ed), *Franchising and the Law, Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States* (1991) 67 – 103; E. Schanze, 'Symbiotic Arrangements', 149 *JITE – Journal of Institutional and Theoretical Economics* (1993) 691 – 697; H.P. Schwintowsky, *Alleinvertriebssysteme. Ökonomische Funktionen – wettbewerbliche Grenzen* (1992); J.E. de Cockborne, 'Franchising and the European Competition Law', in Chr. Joerges (ed), *Franchising and*

### 3. Vertical integration and vertical group cooperation

#### *3.1. Historical background*

The economies on the levels of distribution of goods and services in the Western world (and also meanwhile of the Eastern hemisphere) are covered and overrun nowadays by networks of distribution contracts.<sup>5</sup> The marketing channels are to a high extent organized by means of vertical systems of contracts. In general (and all future descriptions and statements are meant here “in general”), this ensues from the successful attempts and efforts of the industrial enterprises on the production level to employ the formerly independent dealers to serve the producers’ marketing interests and to bind them to their strategies to sell their goods to the consumers. By means of distribution contracts the dealers become instrumental for the marketing objectives of the producers. The dealers who formerly possessed the pride and self-esteem to act as independent advocates for the consumers’ demands have been transformed to contracted dealers identifying their interest, to a fair degree, with the ideas and strategies of their suppliers to jointly compete for, or to “exploit” the consumers. The earlier classical model of distribution of goods, still in existence between the two world wars, was characterised by a relatively clear functional separation between the levels of production, wholesale and retail business. The dealers reacted to the consumers’ demands and were free and independent to conclude contracts accordingly with suppliers of their choice; they were legally and economically independent. Under the influence of the marketing philosophy, however, in the European countries, particularly since the sixties and seventies, the producers became more and more aware of the importance and exigency to “pre-sell” their goods, *i.e.* to create and to foster, first of all, a demand for their goods and to fully control the marketing channels and the distribution level. This development, commonly called the

---

*the Law. Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States* (1991), 281 – 314; Chr. Joerges, ‘Contract and Status in Franchising Law’ in Chr. Joerges (ed), *Franchising and the Law. Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States* (1991), 11 – 66; M. Martinek, *Franchising: Grundlagen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertraglichen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen* (1987); M. Rohe, *Netzwerträge: Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen* (1998).

<sup>5</sup> G. Bogaert / U. Lohmann (eds), *Commercial Agency and Distribution Agreements: Law and Practice in the Member States* (2000); M. Martinek / F.J. Semler / E. Flohr (eds), *Handbuch des Vertriebsrechts* (4th ed 2016); R. Baldi, *Distributorship, Franchising, Agency* (1987); F. Bortolotti / G. Bandanini, *Il contratto di agenzia commerciale* (2003); Principles of European Law – Study Group on a European Civil Code (M.W. Hesselink / J.W. Rutgers / O. Bueno Diaz / M. Scotton / M. Veldman), *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* (2006).

vertical downstream integration of distribution systems<sup>6</sup>, aimed at the planning, organising and controlling of as many distributive activities as possible. In establishing networks of long-term distribution contracts with selected dealers the producers relied on their market dominance and assumed the leadership for the marketing of their goods. The dealers, by and large, turned out to be willing and prepared to subordinate their interests and activities under the leadership of the suppliers, because of the many advantages they gained from a long standing cooperation. They preferred, often enough, to operate a “sheltered enterprise”.

### ***3.2. Horizontal and vertical group cooperation***

The establishment of networks of distribution contracts entailed new forms of cooperation which are commonly called vertical group cooperation as opposed to horizontal group cooperation. Horizontal groups like voluntary chains or cooperative groups among retailers had already been in existence for more than a century; they were, at the beginning, defensively oriented and were designed to build up market power on the demand side to profit from economics of large scale buying by rebates, kick-backs and alike. Horizontal group cooperation is organised in corporations or partnerships; horizontal groups of distributors are companies which try to counterbalance the bargaining power of industrial enterprises.<sup>7</sup> A vertical group, however, consists of a system of long-term distribution contracts, the centre of which is the supplier and/or producer. This system is “fan-shaped” or “pyramid-shaped” with the supplier and/or producer being the hub of the system and the centre of a more or less autocratically organised administration. It constitutes a vertical system or vertical network of contracts, because one partner, namely the supplier (mostly a producer belonging to the commodity industries), is positioned on a higher step of the different levels

---

<sup>6</sup> Cf R. Lademann, *Machtverteilung zwischen Industrie und Handel* (1988); M. Martinek, *Vertriebsrecht und vertikale Integration in der BGH-Rechtsprechung* in A. Heldrich / K. Hopt (eds), *50 Jahre Bundesgerichtshof* Vol. II (2000)101; W. Irrgang (ed), *Vertikales Marketing im Wandel* (1993); H. Ahlert (ed), *Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel* (1985); M. Laurent, *Vertikale Kooperationen zwischen Industrie und Handel – Neue Typen und Strategien zur Effizienzsteigerung im Absatzkanal* (1996); A. Sölter, *Kooperative Absatzwirtschaft – Grundlagen, Erfordernisse und Möglichkeiten der Zusammenarbeit zwischen Industrie und Handel* (1971).

<sup>7</sup> G. Olesch, *Die Einkaufsverbände des Einzelhandels – Typologie und Dokumentation* (1980); F. Kutscher-Puis, *Die Verbundgruppen des Handels und ihre Anschlussverträge* (2006); A. Geiger, *Europäische Verbundgruppen im EU-Kartellrecht* (2001); F. Markmann / G. Olesch, *Franchisesysteme und Verbundgruppen – Ein Vergleich von Struktur und Strategie*, in: D. Ahlert (ed), *Handbuch Franchising & Cooperation* (2001) 107 R. Purtschert, *Einkaufsgenossenschaften des Handels*, 52 *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen* (2002) 271; G. Schulte, *Kartellrechtliche Fragen der Verbundgruppen* (2000).

of the economy, whereas its many distributors and contracting partners (mostly belonging to the retail business) are situated on a lower step closer to the consumers' level. Unlike in a horizontal group there are no or no important links between the different distributors. In a vertical group the inter-organisational management is run by the centre of the system unilaterally. The supplier and/or producer entertains isolated bilateral relationships to each of his contracting distributors, and the different parallel contracts show basically the same content.

#### 4. Characteristic features of vertical group cooperation

Among the most characteristic features of vertical groups, the very high degree or intensity of cooperation must be emphasized.<sup>8</sup> This means that not only just the conditions of the future sales of goods, but a variety of circumstances and activities is being regulated in the contracts like the presentation of the goods, the modalities of approaching the consumers, questions of advertisement, the training of the distributors' staff members and so on. Of course, the intensity of cooperation depends on the particular type of distribution contract in question. Contracts with authorized dealers show a lower degree of cooperation, whereas franchise contracts are characterised by a multiplicity of provisions subjecting practically all entrepreneurial activities to the contractual agreement. Franchise contracts provide for what is called "total cooperation". A corollary of this high intensity of cooperation is the consciousness among all the group members that they belong to a unit and strive for the success of the same product. The members of the network are not acting autonomously, but in concerted efforts. They all know that their success depends on the system and hereby on each individual member. The failure of one partner has detrimental effects on the image of the entire distribution system. Another feature of vertical groups is the high degree of adaptability of marketing activities to changing needs and demands of the market. Depending on the channel administration of the hub of the system, the vertical distribution group allows for a strategy of quick response to the challenges of the day, in that an improved variation of the product, a new business administration idea or an innovative pre- or after-sales

---

<sup>8</sup> H. Köhler, Individualwettbewerb und Gruppenwettbewerb' in 146 *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* (1982) 580; B. Tietz, *Der Gruppenwettbewerb als Element der Wettbewerbswirtschaft – Das Beispiel der Automobilwirtschaft* (1981); B. Tietz / G. Mathieu, *Das Kontraktmarketing als Kooperationsmodell* (1979); V. Beuthin, 'Das Franchising im Gruppenwettbewerb des Handels', *Betriebs-Berater* (1993) 77; H. Meffert (ed), *Marketing im Wandel* (1980); N. Gaehrens, *Die Ökonomisierung der Warendistribution durch zwischenbetriebliche Kooperation* (1990).

service can be enforced easily and swiftly upon all the network members. Vertical groups are highly flexible. In addition, the consumers perceive a vertical group as an entrepreneurial unit and often enough consider the members of the network to be just branches of the same enterprise. This is particularly true with franchise systems, because the different franchised outlets show the same uniform appearance which the consumer regards as a guarantee for always the same standard of service and for the same quality of the product.<sup>9</sup>

It has often been described that the formation of vertical groups modifies the structure of competition in a market. As long as there are no networks of long-term contracts and no vertical distribution systems in existence, competition takes place in the anarchical way of “man against man”, enterprise against enterprise. In the absence of distribution systems, the individual distributors of a particular product and of concurring products compete against each other. Universal distribution entails universal and individual competition. The formation of networks and systems, however, produces groups of distributors with parallel and homogenous interests in the success of their product. By means of marketing channel administration and by shaping the distribution contracts carefully, the supplier intentionally aims at a reduction of competition among the members of this particular network. The intra-brand competition among the distributors of the same brand will be diminished through the establishment and administration of a vertical group. However, the competition between the different brands, the inter-brand competition between different, but concurring products, will be intensified at the same time, because it is now the vertical groups that fight against each other to sell the product of their system. Instead of the individual distributors, now the groups of distributors compete against each other. It is well established, therefore, that the formation of vertical groups, *i.e.* the introduction of networks of distribution contracts in a market, modifies remarkably the structure of competition: it changes the anarchical, universal and individual competition into a more orderly, more structured group competition with reduced intra-brand competition and with increased inter-brand competition.

---

<sup>9</sup> Cf J.N. Adams / K.V. Pritchard Jones / J.J.B. Hickey, *Franchising: Practice and Precedents in Business Format Franchising* (5th ed 2004); B. Tietz, *Handbuch Franchising – Zukunftsstrategien für die Marktbearbeitung*, (2nd ed 1991); B. Tietz / G. Mathieu, *Das Kontraktmarketing als Kooperationsmodell für den mittelständischen Groß- und Einzelhandel* (1979); E. Floh, *Der Franchisevertrag – Formularhandbuch* (2nd ed 2001); P. Giesler / J. Nauschütt, *Franchiserecht* (2002); B.C. Haager, „Die Entwicklung des Franchiserechts in den Jahren 1999, 2000 und 2001, in 2002 *Neue Juristische Wochenschrift* 14663 – 1474; M. Martinek, *Moderne Vertragstypen Vol II: Franchising, Know-How-Verträge, Management- und Consultingverträge* (1992); K. Metzloff (ed), *Praxishandbuch Franchising* (2003).



## 5. Vertical restraints of trade as elements of distribution networks

### *5.1. Exclusive dealing, territorial restrictions, customer restrictions, tying agreements and alike in distribution contracts*

Distribution contracts of a particular network are always standard form contracts for the entire system: *one* network, *one* standard form contract. Concerning the rights and duties of the partners of a distribution contract the competition lawyer is mainly interested in those clauses which directly or indirectly unfold an effect to the competitiveness of the pertinent market and hereby concern the workability of competition. These clauses are regarded as vertical restraints of trade which bind the partners to prescribed activities and harmonized behaviour and which the supplier, when designing the distribution contracts for his network, sets in motion to push through his marketing objectives.<sup>10</sup> In fact, a variety of vertical restraints of trade can be distinguished and put in a systematic order.<sup>11</sup> They all are elements available for the design and shape of the distribution contracts in a particular network, and hardly is any network of distribution contracts conceivable without a certain number of vertical restraints of trade.

Examples are manifold: Restrictions on the retail price, when selling the product to the customers of the distributor, are perhaps the most prominent example. They appear in many forms like minimum price clauses or maximum price clauses or even clauses fixing prices firmly and absolutely. By means of supply restraints – another example – the distributor is obliged to buy products of a certain quality and/or quantity only from his partner or from “approved” suppliers – approved by the partner, that is. They appear also in different forms. Sometimes the distributor is permitted to buy certain qualities and/or quantities also from external, unapproved suppliers; sometimes he is bound exclusively to his one supplier only, which is the case in so-called requirement contracts, full line performance contracts or exclusive dealing agreements. The distributor is foreclosed from any activity promoting the sale of concurring products and is forced to solely concentrate on the sale of the one supplier’s goods. Territorial restrictions – the next example – impose on the distributor the duty to abstain from promotion activities outside the area allocated to him. Most distribution systems operate a zoning scheme allotting certain geographical areas to selected distributors. Again different forms and intensities of relative or

---

<sup>10</sup> Cf Th. Kapp, *Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Vertriebsbindungen?* (1984); F. Rittner, *Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung* (1957); E. Sundhoff, ‘Über vertikale Absatzbindungen’, in *Festschrift für Seyffert* (1968), 479.

<sup>11</sup> Cf D. Ahlert, *Distributionspolitik* (1985) 43 *et seq.*; Chr. J. Meier, *Selektiver Vertrieb*, Vol. 1 (1979), 192; O. Sandrock, *Grundbegriffe des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen* (1968) 31; R. Krasser, *Der Schutz von Preis- und Vertriebsbindungen* (1972).

absolute territorial restrictions can be distinguished, starting out with rather harmless agreements on an area of primary responsibility for the distributor, ending up with closed or even airtight territorial restrictions flanked by profit pass-over clauses; the latter demand from a distributor to renounce the benefit of a business transaction by passing-over his gain (partly or fully) to the neighbour member of the network whose exclusive territory has been violated. Also location clauses or one-place-business clauses, by which the distributor is confined to a certain location of his enterprise, must be mentioned in this context. Similar in effect to territorial restrictions are customer restriction clauses which bar the distributor from access to certain types of customers (like public institutions, other retailers or special types of companies which the producer may reserve for his own direct business activities). Tying arrangements or tie-in restrictions aim at the promotion of certain products which the distributor does not like so much (tied products), since he can only obtain products he does like (tying products), if he buys the tied products as well. The distributor gets what he wants only if he takes also what he does not want.

### ***5.2. Anti-competitive effects of vertical restraints and the ambiguity issue***

It is not so easy for the competition law to deal appropriately with vertical restraints of law.<sup>12</sup> Their effects in the market and their impact on competition cannot always easily and clearly be determined and appraised. Exceptions are perhaps price fixings, *i.e.* clauses on retail price maintenance. If a producer and/or suppliers attempts to prescribe absolutely fixed prices in the distribution contracts which the distributors are then obliged to impose on their consumers, the vertical restraints of the entire network have the same effect like a horizontal price cartel agreement between the distributors as members of this network. Vertical price fixing can reduce the price competition to zero with regard to the product distributed in the network. Since pricing is the most important competition parameter, those clauses are commonly seen as pernicious *per se*.

On the other hand, some types of vertical restrictions can possibly be regarded as useful for and beneficial to competition.<sup>13</sup> This is often demonstrated by the

---

<sup>12</sup> Cf. W. Veelken, 'Vertriebssysteme unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts' in 89 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (1990) 358; Ch. J. Meier, *Der selektive Vertrieb in EWG-Kartellrecht* Vol. 1 and 2 (1979); D. Ahlert, 'Die Bedeutung Vertraglicher Vertriebssysteme für den freien Wettbewerb und die Funktionsfähigkeit von Märkten', in (1987) *Wettbewerb in Recht und Praxis* 215; B. Glasow, *Vertikale Preisbindung, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbsrecht in den USA, Deutschland und Europa* (1999); Th. Pawlikowski, *Selektive Vertriebssysteme* (1983).

<sup>13</sup> U. Loewenheim, *Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung* (1970) 99; H. Grosseckler, 'Die gesamtwirtschaftliche Problematik Vertraglicher Vertriebssysteme' in: D. Ahlert (ed), *Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel* (1981) 255; H. Grosseckler, 'Die volkswirtschaftliche

so-called free-rider-paradigm with regard to territorial restrictions.<sup>14</sup> This can be shortly described as follows: In case a distribution system would not provide for any territorial or customer restrictions at all, but leave it to the members of the network to deal with any consumers wherever possible, the special efforts of a certain distributor to promote the sale of the product by the rendition of a particular service would not be honoured. The reason is that the rendition of a particular service (let's say in the form of elaborate advice, of knowledgeable consultation, of innovative advertisement or of a time-consuming demonstration of the product) is costly and leads to an increase of the price for the product. The consumers would, therefore, tend to benefit from the particular rendition of services of the eager distributor, but would abstain from buying the product from him, go over to the less eager neighbour distributor, who relinquishes any service efforts, thus can sell the same product at a lower price and insofar takes a "free ride" benefiting from the eager distributor's efforts. The less eager distributor exploits the eager distributor. The remuneration for the special efforts of a distributor is wrongly allocated to the distributor who abstains from the efforts. Eventually, all distributors would be best advised to renounce all special marketing efforts and just place the plain product on the shelf. No doubt, this would be highly detrimental for the consumers who would be confronted, at the end of the day, only with discount retail shops selling the naked commodities without any service. This mechanism, at least in theory, demonstrates that, by means of territorial restrictions, the special sales promotion efforts employed by a distributor can more likely be honoured, because the benefit of the sale can be reserved for and allocated to him. This demonstrates that vertical restrictions of trade can also have a pro-competitive effect.

In general, it can hardly be denied that networks of contracts and vertical distribution groups can have immense rationalizing effects, and can lead to an orderly supply of the consumers at remarkably reduced costs as compared with universal, "anarchical" distribution. Consumers can benefit to a high degree from a better market transparency, from lower transportation costs, from improved warranty services and so on.

### ***5.3. Effects of market-foreclosure***

With regard to exclusive dealing agreements it has already been mentioned that the parties of the distribution contract enter into a long-term relationship

---

Problematik von Vertriebskooperationen. Zur wettbewerbspolitischen Beurteilung von Vertriebsbindungs-, Alleinvertriebs-, Vertragshändler- und Franchisesystemen', 28 *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen* (1978) 325; M. Martinek, *Franchising* (1987), 468.

<sup>14</sup> See e.g. Th. Kapp, *Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Vertriebsbindungen?* (1984), 49 ff; M. Martinek, *Franchising* (1987), 439.

and establish a quasi-monopolistic connection between them which excludes all other possible partners from business.<sup>15</sup> This means that the competitors of the producer and/or supplier are barred from entering into a contractual relationship with the distributor belonging already to a distribution system. The distributor is bound by the exclusive dealing agreement with his one and only partner and is no longer open for other supply contracts with other possible partners on the level of his supplier. This means also that potential competitors of the distributor in a particular area cannot successfully apply for admission to the system, because the supplier is obliged to supply his goods exclusively to his chosen contracting partner and to reject all demands by concurring distributors in this area where the distribution business is reserved to the member of the network. It is clearly visible that long-term distribution contracts partly eliminate both contracting partners on both levels of the economy from the interplay of market powers. The more long-term contracts come into existence and the more networks of contracts are being established, the more difficulties arise for the competing producers and/or suppliers to find suitable distributors on the lower level and to gain access to the consumers through the distributors as gatekeepers. Accordingly, the more long-term contracts come into existence and the more networks of contracts are being established, the more impediments have to be surmounted for the distributors to find suitable suppliers and to obtain the desired goods for their retail distribution to the consumers. The downstream marketing channels for the producers are being obstructed and suffocated; the upstream supply resources are being cut off and made unattainable for the distributors. This market foreclosure effect is intensified by an increase of the long-term contracts and of the networks and vertical groups. On the distribution level the number of concurring enterprises is reduced and the degree of homogeneous competition parameters is enhanced, which can result in each distributor assuming a monopoly-position for a particular product in a particular area. The dangers for a lack of dynamics and flexibility in the market are obvious. Competition can become disarranged, crippled and crusted. The dangers loom larger and larger the more producers and the more dealers enter into a long-term relationship within a network of contracts and become a member of a vertical group. Admittedly, up to a certain quantity and density of networks of contracts the rationalising effects, which have been discerned in vertical groups, can prevail over the market foreclosure effects. Vertical restraints obviously become dangerous,

---

<sup>15</sup> H. Köhler, 'Individualwettbewerb und Gruppenwettbewerb', 146 *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* (1982) 580 ff; A. Sölter, *Kooperative Absatzwirtschaft – Grundlagen, Erfordernisse und Möglichkeiten der Zusammenarbeit zwischen Industrie und Handel* (1971); B. Tietz, *Der Gruppenwettbewerb als Element der Wettbewerbspolitik* (1981); B. Tietz / G. Mathieu, *Das Franchising als Kooperationsmodell für den mittelständischen Groß- und Einzelhandel* (1979).

however, if a multitude of networks of contracts employing vertical restraint clauses cover and coin the market. It must be added, of course, that here as always in competition law the determination of the relevant market with regard to the territory and to interchangeable and concurring products decides over everything.

The ambiguity of vertical restraints in networks of distribution contracts can also be demonstrated with regard to the previously mentioned phenomenon that vertical groups tend to *decrease* the *intra*-brand or product-internal competition, whereas they *increase* the *inter*-brand or product-external competition. This mechanism can be welcomed or at least be taken into account as long as a relatively high degree of inter-brand competition, *i.e.* group competition, takes place in the market. The advantages which the rationalising effects of networks of contracts show for the consumer and which the enhanced intensity of inter-brand group competition brings about can easily compensate for or even prevail over the disadvantages of a reduced intra-brand competition among the members of a particular network, as long as a relatively high degree of inter-brand competition occurs. This, of course, depends mainly on the number of players in the market on the production level. As long as we find a broad oligopoly on the production level with intensely competing producers of concurring products, the decrease of intra-brand competition can be neglected. If concurring brands of different origins are subject to a workable competition, one does not need to care so much about competition among distributors of the same brand. The mitigation of intra-brand competition can hardly produce serious detrimental effects for the consumers who are easily able to satisfy their demand by the acquisition of substitute products from different producers and their distributors. If, however, the intensity of inter-brand competition slows down and slackens, *e.g.* because of a reduced number of producers forming a narrow oligopoly, it can become an inexorable necessity to procure a high degree of intra-brand competition and to hereby prevent the exploitation of the consumers through high-priced products.

## 6. Distribution networks and EU Competition Law

### *6.1. The Block Exemption Regulation for Vertical Agreements (VBER)*

Distribution contracts which are able to noticeably impair the trade between the EU member states are prohibited by the competition provision of article 101 sec. 1 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU - Lisbon Reform Treaty; formerly article 81 sec. 1).<sup>16</sup> The ruling idea of this provision is that

---

<sup>16</sup> Cf E. Flohr, in: M. Martinek / F.J. Semler / E. Flohr (eds), *Handbuch des Vertriebsrechts* (4th ed 2016) 279 *et seq.* and M. Martinek / S. Habermeier, *ibidem*, 643 *et seq.*

vertical restraints of trade (as well horizontal cartel agreements and concerted actions) are, as a matter of principle, null and void. According to the principle of legal exemptions, however, agreements containing vertical restraints of trade are generally permitted, if they are covered by a so-called block exemption regulation (general exemption) or if they comply with the pre-requisites of article 101 sec. 3 (individual exemption). The European Commission has issued a block exemption regulation no. 330/2010 of 20 April 2010, which covers all vertical restraints of trade in practically types of distribution contracts, including the ones of the automobile industry.<sup>17</sup> It entered into force on 1 June 2010 and prescribes a validity until 31 May 2022. This so-called umbrella block exemption regulation replaces a number of formerly existing block exemption regulations for different types of vertical restraints.<sup>18</sup> Agreements on technology transfer involving patents or know-how licensing agreements are being dealt with in a special block exemption regulation.

The umbrella block exemption regulation 330/2010 or vertical block exemption regulation (VBER) covers most of the fields of commerce and includes the distribution of goods as well as the rendition of services on all levels of the economy. It is applicable to all kinds of vertical restraints to competition. In contrast to its predecessors the umbrella block exemption regulation does not expressly enlist all restrictive contractual clauses which are permitted, but describes certain restraints of trade which definitely exclude an exemption from the prohibition and thus are forbidden.

It is noteworthy in our context that the vertical block exemption regulation provides for an exemption from the general prohibition of restraints of competition only, if the supplier or the buyer has a market share of less than 30%. This threshold is based on the opinion that the advantages of vertical restrictions in networks of distribution contract, namely the increase of economic efficiency, prevails over the detrimental effects to competition (namely the decrease of intra-brand competition among the distributors) only up to the limit of 30% market share. In case of exceeding market shares, this presumption cannot be maintained. At this point for the competition lawyer the notion of networks of contracts comes

---

<sup>17</sup> *Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (Text with EEA relevance)*, Official Journal L 102, 23.4.2010, p. 1 – 7.

<sup>18</sup> Th. Ackermann, 'Die neuen EG-Wettbewerbsregeln für vertikale Beschränkungen', 1999 *Zeitschrift für europäisches Wirtschaftsrecht* 741; F. Bayreuther, 'Die Reform der EG-Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen', *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* (2000) 106; R. Bechtold, 'EG-Gruppenfreistellungsverordnungen – eine Zwischenbilanz', *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* (2001) 49; V. Behr, 'Die Behandlung von Vertikalvereinbarungen nach der 7. GWB-Novelle', *Wirtschaft und Wettbewerb* (2004) 259.

already into play. Up to the limit of 30% market share networks of distribution contracts can be established to penetrate the market, if the contractual provisions comply with the vertical block exemption regulation. Beyond this limit the question of permissibility must be scrutinized on the ground of article 101 sec. 3.

The European Commission has also published so-called guidelines for vertical restraints of trade which serve as an additional and an important source of law for the competition law practitioners, especially for the corporate lawyers drafting the distribution contracts.<sup>19</sup> The guidelines contain helpful explanations, hints and examples for the interpretation and application of the vertical block exemption regulation.<sup>20</sup> Although the vertical guidelines are by no means binding for the national courts nor for the Court of Justice of the European Union, the Commission, however, strictly adheres to the guidelines which insofar have a self-binding effect for the European competition administration.

The provisions of the vertical block exemption regulation are highly detailed and sophisticated and try to deal with all the common types of vertical restraints of trade, which the marketing experts and the legal practitioners have developed to shape networks of distribution contracts. The regulation tries to balance out the advantageous and the detrimental effects which vertical restraints of trade can exert to competition. It hereby attempts to cope with the ambiguity of vertical restraints.

## ***6.2. The basic content of the VBER***

The VBER enlists certain types of hard-core restrictions which are deemed to be pernicious *per se* and therefore cannot at all be exempted. This is the catalogue of definitely forbidden „black clauses“. A black clause in a distribution contract makes the entire contract null and void according to the principle of all-or-nothing. This means, if the agreement contains one or more of these restrictions (or contains an obligation that has the same effect as one of these restrictions), the automatic exemption provided by the VBER will not apply to the entire

---

<sup>19</sup> *Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints*, Official Journal C 130, 19.5.2010, p. 1.

<sup>20</sup> M. Hughes / C. Foss / K. Ross, ‚The Economic Assessment of Vertical Restraints under U.K. and E.C. Competition Law‘, *European Competition Law Review* (2001) 421; S. Bishop / D. Ridyard, ‚E.C. Vertical Restraint Guidelines – Effects Based or Per se Policy?‘, *European Competition Law Review* (2002) 35; L. Pepperkorn, ‚E.C. Vertical Restraint Guidelines – Effects Based or Per se Policy?‘, *European Competition Law Review* (2002) 38; A. Griffith, ‚A Glorification of de minimis – The Regulation on Vertical Agreements‘, *European Competition Law Review* (2000) 241; F. Rittner, ‚Die neuen Guidelines für Vertikalvereinbarungen‘, *Wirtschaft und Wettbewerb* (2000), 831; F. J. Semler / M. Bauer, ‚Die neue EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen – Folgen für die Rechtspraxis‘, *Der Betrieb* (2000) 193.

agreement. Hard-core restrictions are, first of all, resale price fixing clauses. This refers not only to the fixing of the price for the good or service, but also to rebates, transportation costs and other price constitutive elements. The essence is that no minimum or fixed prices can be agreed upon, whereas maximum sales prices and recommended prices are usually acceptable.

Among the hard-core restrictions also certain types of territorial restrictions and customer restrictions are mentioned in the VBER. Essentially, restrictions to active sales promotion outside the territory allotted to a dealer can be permitted, whereas passive sales activities, *i.e.* sales to customers coming from outside the allotted territory or area of responsibility, cannot not be restricted. Territorial and customer restrictions have the tendency of prohibiting the buyer/distributor from actively seeking customers in a territory or from a customer group that has been reserved for the supplier or another buyer/distributor. Only under certain circumstances, *e.g.* when restricting all sales to end users by a wholesale buyer, are they permissible. Territorial and customer restrictions on sales within a "selective distribution system" (where buyers are chosen on the basis of pre-determined criteria) are also in general "hard-core", although a supplier may restrict a distributor in a selective distribution system from selling to other dealers who are not "authorised". Finally, restrictions on sales of components belong generally to the hard-core restrictions. However, buyers may be prohibited from selling the component on to competitors of the supplier. By no means can a supplier be barred from selling components as spare parts to end-users, repairers or other service providers on the aftermarket of the buyer's product.

The VBER also enlists so-called "excluded restrictions", commonly called "red list" or "red clauses". In case a distribution agreement contains an excluded restriction, the exemption provided by the VBER will not apply to that specific restriction. Nevertheless, the rest of the agreement may still benefit from the block exemption provided the conditions of the VBER are fulfilled and the restriction in question can be severed from the rest of the agreement. If the restriction is not severable, the agreement in its entirety will not benefit from the automatic exemption provided by the block exemption. The catalogue of excluded restrictions comprises clauses restricting the buyer from purchasing, or otherwise dealing with, competing products of the purchased products, directly or indirectly. This includes the constellation where the buyer is obliged to buy more than 80% of its total purchases of the product from the supplier for more than five years (so-called non-compete obligations). Also clauses restricting the buyer from competing after the termination of the agreement are mentioned in the list, except where the restriction is limited to one year, is necessary for the protection of know-how and is limited to the same point of sale from which the buyer has



operated during the agreement. Finally, clauses restricting members of selective distribution systems from selling particular competing brands belong to the catalogue of excluded clauses.

### ***6.3. Permissibility by individual exemption pursuant to article 101 sec. 3***

If the distribution agreement does not conform to the criteria set out in the VBER, it will not benefit from the “general” block exemption. This does not necessarily entail that the agreement is automatically void or unenforceable. The parties must take recourse to a scrutiny according to articles 101 secs. 1 to 3 of the TFEU and, firstly, legally assess whether the agreement is likely to breach the prohibition. If an analysis determines, on balance, that the agreement does not breach the prohibition, then the parties do not need to consider the matter any further. In case the agreement does fall within the prohibition, however, the parties must go on to evaluate whether the benefits of the agreement justify imposing such restrictions on competition and whether the agreement satisfies the criteria for an individual exemption pursuant to article 101 sec. 3 of the TFEU. This is a tricky business. The questions to be resolved are: Does the agreement contain efficiency benefits, *i.e.* does it improve the production or distribution of goods or services or promote technical or economic progress? Does it allow consumers a fair share of the resulting benefit? Does it impose any restraints on competition other than those inevitable to gain the efficiency benefits. Does it not substantially eliminate competition? In any case will an agreement most unlikely benefit from an individual exemption, if it contains one or more of the aforementioned hard-core restrictions.

### ***6.4. The impact of competition law on the content of distribution contracts***

Since the umbrella block exemption regulation does not enlist - as its predecessors did - all vertical restraint clauses which are exempted from the prohibition and thus are permitted, but describes the clauses only which exclude an exemption, it leaves ample room for the parties in drafting their distribution contracts. Former block exemption regulations exerted a so-called strait-jacket effect, because they invited the contracting parties to exactly copy the clauses enumerated in the block exemption regulations and hereby impeded the competition in the field of innovative contractual provisions. Vertical restraint clauses which were not enlisted in the catalogue of permitted clauses had to be exempted by means of an individual application for exemption according to article 101 sec. 3 TFEU (respectively articles 81 sec. 3 or 85 sec. 3 of the previous treaties). This grievance has now been abolished for the sake of contractual freedom.

In fact, it is fair to say that the current European competition law on vertical restraints of trade leaves the freedom of contract and the freedom to organize a distribution system widely untouched. Vertical restraints of trade which are necessary for the efficiency of the distribution system are being tolerated. Apart from the few black clauses on price restrictions which are deemed to be detrimental *per se*, it is today the rule of reason that governs the EU competition law in the field of vertical restraints. Only misuse is prohibited. It is beyond doubt, though, that the contract lawyer has to be fully aware of the impact of competition law on the content of distribution law. We are dealing here, in the realm of networks of long-term distribution contracts, with a field of law in which EU competition law, particularly the vertical block exemption regulation matters enormously. The contract lawyer must be also a competition lawyer to fulfil his task to design and organize an efficient and legally permitted distribution system by a network of contracts. This state of the art exemplifies that long-term contractual relationships and networks of contracts are by no means a matter to deal with for contract lawyer only.

## 7. Distribution networks and competitive anti-discrimination law

### *7.1. Basic content of competitive anti-discrimination law and applicability on distribution contracts*

Let me focus the attention now on another issue where competition law looms large in the field of networks of long-term distribution contracts. In the member states of the European provisions of competition law against unjustified or undue discrimination play a major role.<sup>21</sup> Enterprises with a certain market power or even market dominance are subject to special control of their performance in the market. Since they, because of their powerful market position, are not fully and sufficiently controlled by market mechanism and concurring enterprises, it is the law that imposes particular performance-related requirements on them and demands a certain behaviour from them in the market, as if there were a scene of workable competition. Particularly powerful or dominant enterprises are not permitted to treat their business partners on the supply side upstream or on the demand side downstream unequally without justifying reason. This rule applies in many cases also to the producer and/or supplier which has created and entertains a distribution system by a network of long-term contracts with a multitude of dealers. The powerful supplier is then bound to observe the competitive anti-discrimination law.

---

<sup>21</sup> M. Martinek, *Franchising* (1987), 598 et seq.; W. Epp, *Franchising im Kartellrecht* (1995) 185 ff.

The market power which subjects the head of a distribution system to this rule depends by no means only on its share in the relevant market. A powerful market position qualifying an enterprise as addressee of the anti-discrimination rule can also be constituted by the very nature of the distribution network itself. It is well established that small and medium sized distributors like, for instance, franchised dealers, whose businesses totally depend on the continuous cooperation with the franchisor, are protected by the competitive anti-discrimination law, since the distribution system centre assumes a powerful market position face to face with their dealers who are insofar in an inferior position of business-related dependence. Moreover, even in simply structured supply relationships a dealer can be dependent on the regular and continuous delivery of certain products which the consumers expect the dealer to offer in his shelves. A dealer of “American Whiskeys” for example can hardly survive without the leading brands “Jim Beam” and “Jack Daniels” in his shelves; and a shop named “Japanese Notebooks” must either offer Toshiba or Sony computers, if not both brands. This type of product-related market power can also qualify the head of a distribution network as addressee of the anti-discrimination rule.

### ***7.2. Protection of network insiders against termination and non-renewal***

In those cases the competitive anti-discrimination rule aims, firstly, at the protection of network insiders, *i.e.* the dealers which entertain long-term distribution contracts with their supplier. They cannot be treated unequally without a justifying reason. This is the situation where competition law has a direct influence on contract law. A supplier who wants to terminate the contractual relationship with a particular member of his distribution network, respectively intends to abstain from a renewal of the contract for another term, is required and indeed, legally compelled, to justify his decision and give good reasons, otherwise his course of action would be considered a violation of the anti-discrimination rule. The contract lawyer has to consider, therefore, competition law rules setting limits to the freedom to terminate a long-term contract.

### ***7.3. Protection of network outsiders against business denial***

The competitive anti-discrimination rules can also, secondly, serve as a protection of network outsiders, *i.e.* dealers who so far had no access to the distribution network and were foreclosed from the supply with the products of the distribution system. They can, under certain conditions, sue the supplier to abandon his strategy of business denial, to provide for access to the goods, and even sometimes to admission to the network of the distribution contracts. In this

field of discriminatory business denial and discriminatory exclusion from admission to the distribution network, competition law can even compel the supplier to conclude a distribution contract with a dealer. In this context the contract lawyer has to consider competition law rules setting limits even to the freedom to refrain from the conclusion of a contract.

### *Conclusion*

As we have seen, long-term contractual relationships and networks of contracts are by no means a matter to deal with for contract lawyers only. The longer a contractual relationship lasts and the more contracts of the same kind penetrate the market, the more questions of competition law arise and have to be taken into account. The duration of a contract, *i.e.* its relational character, as well as the multitude of contracts of the same kind, *i.e.* their network character, call for competition law to be considered and to be included in a comprehensive and complete normative appraisal of this type of contractual cooperation. Admittedly: this statement is trivial, but it is simply true. This is not confined to the paradigm of distribution contracts. To almost the same degree competition influences the contractual law view in the field of just-in-time agreements between assemblers and suppliers on the production level.<sup>22</sup> To a lesser degree it refers also to networks of long-term contracts of financial leasing. And also systems of factoring contracts as well as networks of credit card agreements are governed to a fair extent by rules of competition law.

In the light of these deliberations it is deplorable that contract law and competition law are commonly treated as two distinctly separate disciplines of law. Already in the treatises for students and in the academic curricula of the law schools this is determinable. The books on contract law hardly ever mention a word on competition law. The students in the courses on contract law normally have not the faintest idea of the competition law issues connected to contracts, particularly to networks of contracts and to long-term contracts. I humbly submit that this should be changed rapidly and sustainably. The contract lawyer of our modern world today must also be a competent competition lawyer.

---

<sup>22</sup> M. Wellenhofer-Klein, *Zulieferverträge im Privat- und Wirtschaftsrecht* (1999); F. Graf von Westphalen/C.-O. Bauer, *Just-in-Time-Lieferungen und Qualitätssicherungsvereinbarungen* (1993); B. Steckler, *Die rechtlichen Risiken der Just-in-Time-Produktion* (1996).

---

# THE SPECIFICS OF OBLIGATIONS ASSUMED BY PROFESSIONALS UNDER THE PROVISIONS OF THE NEW CIVIL CODE

*Professor Ion DOGARU*  
*Professor Lucian SĂULEANU*  
*Faculty of Law*  
*University of Craiova*



Entry into force on October 1<sup>st</sup>, 2011 of Law no. 287/2009 on the Civil Code reignited once again the problematic of commercial law autonomy<sup>1</sup>, in fact, an old topic in legal literature<sup>2</sup>. An analysis of the points of view stated lately in various studies or public conferences leads to the observation that the dominant note is scepticism to the new configuration of the commercial matter.

We do not aim to determine the advantages or disadvantages of one system or another, even if, in principle, I join the opinions stated<sup>3</sup> in the sense of recognising commercial law as a distinct branch of private law, despite the unity achieved by the New Civil Code. Regarding the autonomy of the commercial law, we must distinguish between the legislative autonomy and scientific autonomy. Even though, normatively speaking, the unification of private law has been done, the science of commercial law is necessary, having reasons for its own existence.

On the contrary, by regulating in the New Civil Code some profoundly commercial legal institutions, we may state that a commercialisation of civil law occurred<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> To develop the topic of the commercial law autonomy versus the unity of private law, see: St. D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial*, Ed. Universul Juridic, Bucharest, 2009, p. 15-18; Gh. Buta, *Noul Cod civil și unitatea dreptului privat*, in the paper *Noul Cod civil. Comentarii*, Ed. Universul Juridic, Bucharest, 2010, pages 15-39; Smaranda Angheni, *Dreptul comercial – între dualism și monism*, in the paper *Noul Cod civil. Comentarii*, Ed. Universul Juridic, Bucharest, 2010, p. 40-57.

<sup>2</sup> In this regard, see I.L. Georgescu, *Drept comercial român*, vol. 1, Ed. C.H. Beck, Bucharest, 2002, p. 64-79.

<sup>3</sup> See St. D. Cărpenaru, *Dreptul comercial în condițiile Noului Cod civil*, in *Curierul judiciar* no. 10/2010, p. 544-546; S. Angheni, *Dreptul comercial – între tradiționalism și modernism*, in *Curierul judiciar* no. 9/2010, page 485.

<sup>4</sup> In the same sense, see I. Schiau, *Drept comercial*, Ed. Hamangiu, Bucharest, 2009, p. 15.

Therefore, the commercial provisions that justified their specificity in comparison to the civil ones precisely because of the nature of commercial relations, not only they disappeared, but they have been extended to all private law relations. This conclusion may be easily observed from the way in which the derogatory rules of commercial obligations have been taken in by the New Civil Code from the Commercial Code of 1887.

### **Solidarity of Co-debtors**

Art. 1.446 of the New Civil Code maintains the presumption of solidarity for the obligations contracted during the activity of an enterprise, if the law does not provide otherwise.

Maintaining the special commercial law directly results in preserving the cases where the legal (or absolute) passive solidarity cannot be removed, taking into account the cases provided by Law no. 31/1990 regarding the companies.

By comparing the content of art. 1.446 of the New Civil Code with art. 42 Commercial Code, we observe a difference in the sense that, in this latter case, the presumption is a relative one, the parties being able to establish the contrary (“in commercial bonds, co-debtors are held (responsible) jointly, except in the case of a contrary stipulation”). Or, in the New Civil Code, the presumption is applied in all these relations, except when the law instructs otherwise.

The conclusion is that the presumption of co-debtors’ joint responsibility is no longer a relative one, but an absolute one. The parties can no longer rebut this presumption.

### **The Flow as of right of interests**

Regarding the rule established by art. 43 of the Commercial Code on the flow as of right of interests<sup>5</sup>, we observe that in the New Civil Code this rule is maintained by art. 1.535, par. 1 according to which if an amount of money is not paid on the due date, the creditor is entitled to moratory interests, from the due date until the payment is made, in the amount agreed by the parties or, in absence, within the quantum provided by law, without needing to prove any damage.

We also observe that in this case, by not identifying the nature of the obligation assumed (respectively a professional or a non-professional one), the moratory interests are due from the due date regardless of the specificity of the obligation (meaning assumed during the enterprise’s activity or not). We point

---

<sup>5</sup> “Liquid commercial debts and paid in cash generate as of right interest from the day when they become due.”

out once again the broadening of the scope of applicability of the rule of art. 43 of the Commercial Code to all money (pecuniary) obligations assumed after the entry into force of the New Civil Code.

The current regime of legal interest is provided by the Government Ordinance no. 13/2011 regarding the legal remuneratory and penalizing interest for monetary obligations, as well as regulating financial-fiscal measures in the banking field<sup>6</sup>.

The parties are free to establish, in conventions, the interest rate both for refunding a loan of an amount of money and for the late payment of a monetary obligation (art. 1); establishing the interest is done only in writing, otherwise only the legal interest is due (art. 6).

Distinction is to be made between the remuneratory interest (art. 1 par. 2) and the penalizing interest (art. 1 par. 3).

The rate of the penalizing interest is set at the level of the reference interest rate of the National Bank of Romania, plus 4 percentage points (art. 3 par. 2) which is published in the Official Gazzete of Romania, Part 1, every time the level of the interest rate of monetary policy shall change (art. 3 par. 4).

In legal relations not arising from the exploitation of an enterprise with lucrative purpose, the interest cannot exceed the legal interest by more than 50% per year (art. 5 par. 1).

Concerning the **notice of default to the debtor**, art. 1.523 par. 1 stipulates that the debtor is rightfully put on delay when it has been stipulated that the mere fulfilment of the deadline set forth for the execution generates such an effect (therefore, without making a distinction between professionals and non-professionals) and par. 2 states the cases where the debtor is rightfully in delay, among which at letter d): “if the obligation to pay an amount of money, assumed in the exercise of an enterprise, has not been performed”.

An application of the as of right notice of default may also be found on the matter of sale in art. 1.725:

“In the case of selling movable goods, the purchaser is rightfully put on delay in regards with the fulfilment of its obligations if, upon the due date, he did not even pay the price nor did he take the goods”.

Regarding the **accumulation of the penalty with the execution in nature**, art. 1.539 establishes that a creditor cannot request both the execution in nature and the payment of the penalty, unless the penalty has been stipulated for the non-execution of the obligations in due time or at the established place. In this case, the creditor can request both the execution of the contract and the penalty, if he does not waive this right or if he does not accept the execution of the obligation, without reservations.

---

<sup>6</sup> Published in The Official Gazzete of Romania, Part 1, no. 607, of 30.08.11.

As for the **place of payment**<sup>7</sup>,

Art. 1.494 of the New Civil Code establishes that, in the absence of a contrary provision or if the place of payment cannot be established according to the nature of the service or under the contract, practices set forth between the parties or usages:

- a) the pecuniary obligations must be executed at the creditor's home or his headquarter on the date of payment;
- b) the obligation to submit an individually determined item must be executed at the location where the item is situated on the date of concluding the contract;
- c) the other obligations are performed at the debtor's home or his headquarter on the date of concluding the contract.

By comparing art. 1.494 of the New Civil Code with art. 59 of the Commercial Code, we note that these texts are similar, the only difference brought by the New Civil Code is on the execution of the monetary obligations, a difference that is in favour of the creditor, which reverses the presumption established by art. 1104 par. 3 of the Civil Code of 1864 which stipulated that the payment would be made at the debtor's home/headquarter (not portable); hence, this change is in the creditor's advantage.

In return, the institution of the **grace period** and that of the **litigious retraction** are no longer taken into account by the legislator in the New Civil Code. However, within the process of the notice of default of the debtor is regulated (art. 1522) the debtor's possibility to execute its obligation in a reasonable time, taking into account the nature of the obligation and the circumstances.

One reference may be identified on the grace period in art. 1.619 "The grace period granted to pay one of the debts does not prevent the realization of the compensation".

Art. 1101 par. 1 of the Civil Code of 1864 which governed the grace period was no longer taken into the New Civil Code.

**Determination of the price between professionals** is governed by art. 1.233:

"If a contract concluded between professionals does not settle the price, nor does it indicate a way to determine it, it is assumed that the parties took into account the price commonly practiced in that field for the same services achieved in comparable conditions or, in the absence of such a price, a reasonable price".

In conclusion, the special nature of the legal relations arising from the trade activity, compared to the civil legal relations is undeniable, and this remains a constant element regardless of their normative source.

---

<sup>7</sup> According to art. 1469 par. (2) of the new Civil Code: "The payment consists in the remission of an amount of money or, as applicable, in the execution of any other service that is itself the object of the obligation".



Undoubtedly, through many stipulations, the New Civil Code brings a plus of efficiency in legal relations in which take part professionals. We observed that the problem of interpreting the unity of private law is, in many aspects, just terminological.

Whether the unification of these two areas is formal or not, does not prevent us from observing the evolution of legal institutions (by comparison) and extract the benefits from the changes made so.

The specificity of commercial law cannot be impaired, and as evidence of its vitality stands the very experience of the states that formally achieved the unification of private law<sup>8</sup>.

Commercial law as a law branch and as a study subject in universities continues to exist in those countries that adopted a unique code, such as Italy despite adopting the Civil Code of 1942<sup>9</sup>. We must not forget that many of the legal institutions related to the science of commercial law shall continue to be governed by the special legislation.

---

<sup>8</sup> I.L. Georgescu, *op. cit.*, p. 73.

<sup>9</sup> Moreover, even the legislator can no longer get rid of the word “commercial”; for example, art. 945 par. 2 wherein reference is made to the “goods of commercial value”.

# THE COPYRIGHT AND ITS RELATIONSHIP WITH THE IMAGE RIGHT

*Professor Edmond Gabriel OLTEANU*  
*University of Craiova*  
*Faculty of Law*

## Summary

The Romanian Civil Code, in force since 2011, speaks about the rights of personality the regulation of rights that may intersect with copyright, such as the right to name and the right to one's own image. The meaning in mind in copyright regulation for the word portrait also creates problems: is it only the artistic or photographic image?

In case of regulatory conflict, the solution must be one based on use systemic interpretation.

**Keywords:** copyright, right to image, regulatory contest.

## 1. Context

The Romanian Civil Code, in force since 2011, governs personality rights<sup>1</sup> and, among them, certain rights that might intersect the area of copyright. I mainly refer here to the right to a name (art. 59) and the right to one's own image (art. 73).

Law on copyright and related rights (no. 8/1996) also regulates the right of authors to decide under what name they will bring their work to the public's notice (art. 10 letter c), portrait protection (art. 88) and the related right to respect for the quality of an interpreter's performance (art. 96).

In Section 3, respect for private life and human dignity, art. 73 provides:

"Every person has the right to his/her own image. (2) In the exercise of the right to his/her own image, a person may prohibit or prevent **reproduction, in any way, of his/her physical appearance or voice or, as the case may be, the use of such reproductions.** The provisions of art. 75 shall remain applicable".

---

<sup>1</sup> A se vedea Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, Sevastian Cercel. ș.a, *Noul Cod Civil. Comentarii pe articole*, Ed. CH. Beck, București, 2012 p. 77.

In Chapter XI, "Protection of the portrait, mail addressee and secrecy of the information source", the Law on copyright and related rights (art. 88), provides:

"(1) **The use of a work containing a portrait shall require the permission of the person represented in that portrait**, as provided by art. 73, 74 and 79 of the Civil Code. Its author, owner or possessor shall not have the right to reproduce or use it without the permission of that person's successors for a period of 20 years after his/her death, in compliance with the provisions of art. 79 of the Civil Code.

(2) Unless otherwise agreed, permission shall not be required if the person represented in the portrait is a professional model or has received remuneration for the sitting. Permission is presumed under art. 76 of the Civil Code".

From the point of view of the regulatory purpose, the difference is clear: the Civil Code aims at protecting human dignity, whereas the text of the law on copyright covers the use of a work protected by copyright.

The purpose appears to be the same: the reproduction of physical appearance or a work containing the image of a person cannot be reproduced. The article of the Law on copyright and related rights was amended by the very law implementing the Civil Code because there was a lack of correlation between a general law and a special law, prior to the former.

## 2. Conflict or identity of rules?

Two questions are crucial:

a) do the rules on portrait have their place and role in the Law on copyright and related rights?

b) is there an identity of rules?

The law on copyright regulates in the same chapter, which is weird, I would say, the protection of the portrait, mail addressee and secrecy of the information source. These are three different things related only tangentially to copyright protection<sup>2</sup>.

On the other hand, as shown by one of the drafters of the Code<sup>3</sup>, in case of internal concurrence or conflict of rules of the same system, decisions involve the use of the systematic interpretation principles: *specialia generalibus derogant*, *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori*.

In our case, any conflict has been settled by changing, through the law implementing the Civil Code, the Law on copyright which now makes reference to the corresponding texts of the Civil Code (73,74,79).

---

<sup>2</sup> Viorel Roş, *Dreptul proprietăţii intelectuale*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2016, p. 496

<sup>3</sup> Marian Nicolae, *Noul Cod civil între dreptul comun şi dreptul privat comun*, in *In Honorem Corneliu Bîrsan*, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2013, p. 90.

It remains to discuss a possible concurrence in case the represented person invokes both the Civil Code and the Law on copyright. Applying the last two aforementioned principles we believe that the ordinary regulatory framework, the Civil Code, will be taken into account.

I think that the text of article 88, mentioned above, no longer finds its place in the Law on copyright and related rights, making reference only to the situation of using a work which contains a portrait. The provisions of the Civil Code, those in the matter of assignment of copyright and those pertaining to artworks are sufficient. Moreover, a key issue is the definition of the portrait, in the context of art. 87 of the Law on copyright and related rights, which regulates the situation of a photograph of a person, based on the principle of contractual freedom:

*“(1) A photograph of a person, when made to order, may be published or reproduced by the person photographed or his successors without the author’s consent, unless otherwise agreed.*

*(2) If the name of the author appears on the original photograph, it shall also be shown on the reproduction.”*

In other words, when talking about portraits, we should exclude the case of the physical image detained in the form of a photograph<sup>4</sup>. In the world of art, a portrait is considered the representation of a person’s image through painting, sculpture or graphics. Instead, the dictionary of the Romanian language mentions the photograph among the possibilities of graphic representation of the person.

Under these circumstances on the one hand, the Civil Code regulates the situation of reproducing an image in any form, whereas the Law on copyright regulates distinctly the work which was ordered, works of art and photographic works and the case under analysis, the portrait.

While answering the second question, the texts we examined do not have the same purpose, so there are no identical rules, the 2011 modification (the New Civil Code) achieving a correlation. Article 88 of the Law on copyright becomes useless considering that, as mentioned above, the same law has enough provisions on the work of art and its assignment. In the worst case, the provision should have been where the law governs the situation of works of art.

### **3. Regulating the related right of the performer and the right to one’s image**

In regulating the moral rights of performers there is a provision aimed at protecting both the performance and the honour or reputation of the performer. This comes again to intersect the rules of the Civil Code. But this time the

---

<sup>4</sup> For a contrary opinion, see Viorel Roş, *op. cit.*, p. 500.

drafters of the Code made no correlations with the right to dignity governed by art. 72 of the Civil Code. ("Every person has the right to respect for his/her dignity. Any prejudice to the honour and reputation of a person shall be prohibited, without his/her consent or by infringing the law".)

Article 96 of the Law on copyright provides: "The performer shall have the following moral rights:

c) the right to demand respect for the quality of his rendering and to oppose any distortion, falsification or other substantial modification of his performance or any infringement of his rights that might seriously prejudice his honour or reputation"

As there is no question of any conflict of rules, in this particular situation the special law details and protects honour and reputation in case of distortion or substantial changes to performance.

The moral right to respect for the integrity of performance brought an essential jurisprudential solution in matters of transitory law. Related rights were not regulated before the current law (1996) and hence a possible inability of protection of certain interpretations prior to the current law. In this context, the daughter of a great actor sued a political party and its presidential candidate for using sequences from a historical movie in an electoral film clip<sup>5</sup>.

"The premise of deciding on the request, given the lack in the previous law (Decree no. 321/1956) of the protection of the rights of performers as holders of rights related to copyright consists, as correctly established by the Court, in deciding whether the artist performer whose performance was captured in a cinematographic work that was created before the entry into force of Law no. 8/1996 (June 26, 1996), such as the film "Michael the Brave", has the right to sue for violation of patrimonial rights and/or moral rights, either personally or through his heirs (as in this case) and to claim compensation for damage caused by these violations". Considering a transitional provision, the court held that the performance of artists captured in a cinematographic work before the entry into force of the law benefited from the provisions of Law no. 8/1996.

#### 4. Conclusion

The ordinary regulatory framework, the Civil Code, intersects copyright in many situations while regulating personality rights or real rights. In case of conflict of rules, the solution must be one based on the use of systemic interpretation.

From the point of view of legal practice, is possible to request to cease the unlawful use of an image based on both legal texts (Civil Code and Law on copyright).

---

<sup>5</sup> See Adrian B. Ilie, *Capacitatea persoanei fizice în dreptul civil român*, Ed. Universitaria, Craiova, p. 90-91.

# AUSWIRKUNGEN DES ABSTRAKTIONSPRINZIPIES AUF DIE FORMVORSCHRIFTEN DES SCHENKUNGSRECHTS

Professor *Tiziana CHIUSI*  
University of Saarland  
Faculty of Law and Economics



## II. Das Wesen der Schenkung

Schon das römische Recht hat die Schenkung als Rechtsgeschäft geprägt, das bestimmte Eigenschaften in sich vereinigte: Es musste ein Geschäft unter Lebenden sein; es musste das Vermögen des Beschenkten durch Verminderung des Vermögens des Schenkers vermehren und zumindest der Wille des Schenkers musste auf diese Bereicherung gerichtet sein, was die Forderung einer Gegenleistung ausschließt und die Schenkung zu einem unentgeltlichen Geschäft macht.

Dieses grundlegende Verständnis von der Schenkung ist auch heute rechtsübergreifend in den verschiedenen Rechtsordnungen anzutreffen. Gleichwohl haben sich aus unterschiedlichen Gründen spezifische Besonderheiten innerhalb der verschiedenen Rechtsordnungen herausgebildet. Unter diesem Aspekt befasst sich der vorliegende Beitrag mit den Formvorschriften der Schenkung und insbesondere mit der Frage, ob eine Verletzung der jeweils erforderlichen Form nachträglich geheilt werden kann.

## III. Die Entwicklung der Schenkung im Römischen Recht bis in die Pandektistik

Die Schenkung des klassischen römischen Rechts war kein selbstständiges Rechtsgeschäft, sondern stellte vielmehr den Rechtsgrund bestimmter Zuwendungen dar.<sup>1</sup> So konnte sie als *iusta causa* der *traditio* unmittelbar bonitarisches Eigentum verschaffen, als Titel eine Ersitzung begründen oder als *causa* eine obligatorische Bereicherung „kondiktionsfest“ machen usw.

Die in der Klassik einsetzende und in der Spätclassik zunehmende Reglementierung durch verschiedene Schenkungsverbote z.B. durch die *lex Cincia*

---

<sup>1</sup> CHIUSI, Archaismen und „Wiederkehrungen“ im Schenkungsrecht, IVRA 60 (2012) 234, 236.

und die Einführung von Formvorschriften, konkret Schriftform und Insinuation<sup>2</sup>, machten eine Abgrenzbarkeit erforderlich, was zu einer Durchbildung des Schenkungsbegriffs führte. Die Reglementierungen in ihrer Gesamtheit zeigen rechtspolitisches Misstrauen gegenüber der Schenkung. Erst das karitative Gedankengut des Christentums begünstigt die Schenkung wieder und prägt möglicherweise die gesetzgeberische Tätigkeit Justinians auf diesem Gebiet, der im Namen der *humanitas* die Schenkung fördert.<sup>3</sup> Sie ist, solange sie einen bestimmten Wert nicht übersteigt, von dem Erfordernis der behördlichen Registrierung (*insinuatio*) befreit und wird als ein auf dem Willen basierender Vertrag angesehen.<sup>4</sup> Dadurch verliert sich die Charakterisierung der Schenkung als Realvertrag, so dass sie wieder auch als bloßes Versprechen – ohne die Form der Stipulation – verbindlich sein.<sup>5</sup>

SAVIGNY entwickelt daraus die beiden Begriffe der *donatio* im engeren und im weiteren Sinne.<sup>6</sup> Die Trennung dieser Begriffe beschäftigt die gemeinrechtliche Doktrin vor allem deshalb, weil nur die *donatio* im engeren Sinne den besonderen schenkungsrechtlichen Regelungen – Form, Verbot unter Ehegatten, Einschränkung der Haftung bei Mängeln, Widerruf – unterliegen soll. Auf die *donatio* im weiteren Sinne hingegen, bei der jemand, ohne dazu verpflichtet zu sein, einem anderem einen Vermögensvorteil verschafft, seien die spezifischen Regeln der Schenkung nicht anzuwenden.<sup>7</sup>

Im Rahmen der Fortbildung der Doktrin kristallisierten sich zwei Meinungen über die Natur der Schenkung heraus. Der wichtigste Vertreter der einen ist SAVIGNY, der die Schenkung nicht als Vertrag, sondern als bloße *causa* des Erwerbs des Beschenkten sieht und somit zu der ursprünglichen Auffassung des klassischen römischen Rechts zurückkehrte. Da die Schenkung dann nicht ein spezifischer Vertrag, sondern im Allgemeinen ein Charakterzug sei, den jedes Rechtsgeschäft annehmen kann,<sup>8</sup> stellt er sie in den allgemeinen Teil seines Systems<sup>9</sup>

<sup>2</sup> CTh.8.12.1.1-2; C.8.53.(54.)25-26.

<sup>3</sup> Vgl. C.5.16.27.1 und C.8.53.35.3-3a.

<sup>4</sup> Inst. 2.7.2.

<sup>5</sup> C.8.53.35.5b-5c; s. KASER, Das Römische Privatrecht Band II, 2. Auflage, München 1975, S. 306 m.w.N.; vgl. ARCHI, in: Enciclopedia del diritto XIII, Milano 1964, sv donazione (dir. rom.), S. 953.

<sup>6</sup> SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts Band IV, Berlin 1841, S. 14 f.

<sup>7</sup> Vgl. VKÜBEL/BÖRNER, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Recht der Schulverhältnisse Band II, Berlin 1980, S. 146 f.

<sup>8</sup> SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts Band IV, Berlin 1841, S. 3; in dieselbe Richtung MEYERFELD, Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht Band I, Marburg 1835, S. 34; KELLER, Pandekten Band I, 2. Auflage, Leipzig 1866, S. 157.

<sup>9</sup> So schon vor ihm PUCHTA, System des gemeinen Civilrechts zum Gebrauch bey Pandektenvorlesungen, München 1832, § 35.

und zwar an die Seite des Vertrags, der ebenfalls die verschiedensten Erscheinungsformen aufweisen kann.<sup>10</sup> Er gibt zwar zu, dass in vielen und wichtigen Fällen, wenn sie nämlich „durch Tradition, Versprechen oder Erlassvertrag bewirkt wird“, der Schenkung der Vertragscharakter nicht zu verkennen ist.<sup>11</sup> Doch gebe es andere Fälle, in denen das Bewusstsein der Bereicherung seitens des Beschenkten und seine Einwilligung nicht notwendig seien, und das bedeutet, dass, auch wenn „die Schenkung als Vertrag erscheint, diese Eigenschaft nicht in ihrem Wesen als Schenkung begründet sein kann, sondern vielmehr in der besonderen Natur derjenigen Rechtsgeschäfte, wodurch sie gerade bewirkt wird.“<sup>12</sup> Die Annahme einer Schenkungserklärung durch den Beschenkten sei daher nur dann notwendig, wenn ohne sie die Schenkung vollziehende Vermögenszuwendung nicht zustande kommen könnte.<sup>13</sup> Aus diesem Grund bedarf es der Annahme etwa bei schenkweiser Begründung einer Obligation, nicht aber bei einer schenkweisen Tilgung einer fremden Schuld.

Dagegen stellte sich WINDSCHEID,<sup>14</sup> demzufolge die Schenkung ein Vertrag sei, zu dessen Zustandekommen die entsprechende Willenseinigung des Gebers und des Empfängers und daher die Annahme durch den Empfänger notwendig sind. Dementsprechend stellt WINDSCHEID die Schenkung in den speziellen Teil des Obligationenrechts.<sup>15</sup>

Hinter dieser Diskussion verbirgt sich der Umstand, dass die Regelung der Schenkung nicht auf die zweifellos zum Obligationenrecht gehörende, abstrakte Begründung einer Pflicht zur Bereicherung i.S.e. bloßen Schenkungsversprechen beschränkt bleiben kann. Sie soll vielmehr auch diejenigen Geschäfte erfassen, bei denen die beabsichtigte Zuwendung, also z.B. die Verschaffung des Eigentums an einer geschenkten Sache sofort erfolgt. Diese sog. Handschenkungen sind einzig darauf gerichtet, einen Rechtsgrund für den Erwerb bereit zu stellen und so die Kondiktion zu verhindern. Da sie mit der Erbringung der Leistung einen realen Aspekt beinhaltet, der über den bloßen Konsens hinausgeht, kann die Handschenkung als Realvertrag bezeichnet werden. Damit stellt sich aber

---

<sup>10</sup> SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts Band IV, Berlin 1841, S. 3.

<sup>11</sup> Ders., a.a.O., S. 145.

<sup>12</sup> Ders., a.a.O., S. 146.

<sup>13</sup> Vgl. WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, Frankfurt a.M. 1906, S. 545

Fn. 5.

<sup>14</sup> WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, Frankfurt a.M. 1906, S. 545 f.; in die gleiche Richtung PUCHTA, Pandekten, 12. Auflage, Leipzig 1877, § 68; VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten Band I, 7. Auflage, Marburg 1876, § 121 Fn. 3; BRINZ, Lehrbuch der Pandekten Band IV, 2. Auflage, Erlangen 1892, S. 245 ff., bes. 249.

<sup>15</sup> WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, Frankfurt a.M. 1906, S. 545 f. Fn. 18.



unweigerlich die Frage, auf welche Weise ganz allgemein das Eigentum übertragen wird, um dann beurteilen zu können, ob eine wirksame Schenkung die Kondiktion ausschließt.

#### IV. Folgen für die Formvorschriften der modernen Kodifikationen

##### a) *im deutschen Recht*

Das deutsche BGB regelt die Schenkung im besonderen Teil des Schuldrechts neben den anderen Konsensualverträgen. Wird der Schenkungsgegenstand sogleich aus dem Vermögen des Schenkers in das des Beschenkten überführt, so sagt § 516 BGB, dass diese Zuwendung Schenkung ist, wenn beide Parteien darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Da mit der Zuwendung ein realer Aspekt erforderlich ist, kann man auch hier von einem Realvertrag sprechen.<sup>16</sup> Vorbild dessen ist natürlich die Handschenkung, auch wenn das Gesetz sie nicht ausdrücklich so bezeichnet. Ihre Wirkung liegt in der Bereitstellung einer die Kondiktion ausschließenden *causa* für die erfolgte Zuwendung.<sup>17</sup> Das Schenkungsversprechen hingegen begründet eine Verpflichtung zur – zukünftigen – Bereicherung. Das ist die logische Folge der konsequenten Umsetzung des in Deutschland geltenden Trennungs- und Abstraktionsprinzips.

Die schenkungsrechtlichen Regelungen des BGB ordnen nur für das Schenkungsversprechen in § 518 Abs. 1 BGB die notarielle Form an. Sie dient dem Schutz des Schenkers, der davor geschützt werden soll, sich vorschnell unter Verzicht auf eine Gegenleistung zu einer Verfügung über sein Vermögen zu verpflichten. Wird gegen diese Form verstoßen, ist das schuldrechtliche Schenkungsversprechen nichtig. Das dingliche Verfügungsgeschäft, d.h. die Übereignung, ist davon nach deutscher Dogmatik strikt zu trennen. Das Übereignungsgeschäft wird nach dem

---

<sup>16</sup> RG Urt. v. 25. 6. 1926 Az. IV 39/25 = RGZ III, 151, 152 f.; gegen eine Einordnung als Realvertrag s. ECKSTEIN, Das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur Realschenkung, AcP 107 (1911) 384, 387 ff., der darin einen von dem mit ihm nur zeitlich zusammenfallenden Erfüllungsvertrag zu trennenden Konsensualvertrag sieht; a.A. ERMAN, Aus dem Rechtsleben. Zur *dando*- und *promittendo*-Schenkung, AcP 137 (1933) 335 ff.; für einen Realvertrag auch SCHNAUDER, Die Rechtsnatur der Anweisung, JZ 2009, 1092, 1098.

<sup>17</sup> ERMAN/HERRMANN, 14. Auflage, Köln 2014, § 516 BGB Rn. 3; KUPISCH, Leistungskondiktion bei Zweckverfehlung, JZ 1985, 101, 106; den Vertragscharakter betonen energisch OERTMANN, Schenkung und Vertrag, DJR 1937, 177 f. und ECKSTEIN, Das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur Realschenkung, AcP 107 (1911) 384, 387 ff.; gegen eine Versprechensschenkung bei § 516 ERMAN, Aus dem Rechtsleben. Zur *dando*- und *promittendo*-Schenkung, AcP 137 (1933) 335 ff.; HAYMANN, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und unentgeltlichem Geschäft, JherJb 56 (1910) 86, 99 ff., 102 ff., spricht der *causa donandi* – S. 107, 109 – den Charakter als Rechtsgeschäft ab, weil sie anders als bei den entgeltlichen Verträgen gerade nicht auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet sei.

Trennungsprinzip klar vom Kausalgeschäft unterschieden und nach dem Abstraktionsprinzip von den Mängeln des Kausalgeschäfts nicht berührt. Trotz Verstoßes gegen die Formvorschriften des Schenkungsrechts wird der Beschenkte bei anschließender Übereignung Eigentümer des Schenkungsgegenstandes, der Schenker kann das Eigentum aber kondizieren, weil mangels wirksamen Schenkungsversprechens der rechtliche Grund für die Bereicherung fehlt.

Das deutsche Recht geht indes davon aus, dass man den Schenker nur vor dem Eingehen der Verpflichtung schützen muss. Wenn er über die Sache tatsächlich verfügt, also das Eigentum an der Sache überträgt, so weiß er, dass er die Sache verliert und ist durch die die Übereignung regelnden Vorschriften hinlänglich gewarnt. Aus diesem Grund ordnet § 518 Abs. 2 BGB an, dass der Formmangel des Schenkungsversprechens nachträglich geheilt wird, sobald die versprochene Leistung bewirkt ist.<sup>18</sup>

Für die Handschenkung trifft das Gesetz keine ausdrückliche Formvorschrift. Bezieht man sich allein § 516 BGB, so wird man die Formfreiheit aus der Abwesenheit einer spezifischen Formvorschrift folgern. Spätestens aus der Heilungsvorschrift ergibt sich aber die Gültigkeit jeder Handschenkung, da die Schenkung wegen der sofortigen Leistung in jedem Fall auf der Stelle von jedem Formfehler geheilt wird und deshalb im Ergebnis ein Formmangel nicht auftreten kann.

Problematisch sind indes diejenigen Fälle, in denen die Schenkung zunächst unter Verletzung der Form geschlossen und dann erst einige Zeit später die versprochene Sache geleistet wird. Nach deutschem Recht überträgt der Schenkungsvertrag nicht das Eigentum, so dass eine Bereicherung und damit eine Kondiktion nicht in Betracht kommen. Das Verlangen nach Übereignung scheitert an der Formnichtigkeit des Schenkungsvertrages. Wird die Sache nun übereignet, was wegen des Abstraktionsprinzips auch ohne den Schenkungsvertrag wirksam möglich ist, so wäre der Eigentumserwerb an sich kondizierbar. Diese Konditionsmöglichkeit ist indes nicht mehr sachgerecht, weil der Schutzzweck des Formerfordernisses durch die Leistung beseitigt ist. Diese Lücke schließt § 518 Abs. 2 BGB, indem sie durch die Leistung die Formnichtigkeit des Schenkungsversprechens rückwirkend beseitigt. Es steht nun wieder als rechtlicher Grund, der die Kondiktion ausschließt, zur Verfügung.

### ***b) im französischen Recht***

Für den Code Civil hingegen stellt sich das Problem wegen des Konsensualprinzips auf eine ganz andere Weise. Systematisch ist die Schenkung hier im

---

<sup>18</sup> STAUDINGER/CHIUSI, Neubearb. Berlin 2013, § 518 BGB Rn. 14, anders noch STAUDINGER/WIMMER-LEONHARDT, Neubearb. Berlin 2005, § 518 Rn. 17, die unzutreffend von einem Realvertrag als *causa donandi* ausgehen will.

Abschnitt über die Arten des Erwerbs des Eigentums geregelt. Diese Systematik unterscheidet sich grundlegend von der des BGB, das die Schenkung als eigenen obligatorischen Vertrag in das besondere Schuldrecht stellt. Der Titel der *libéralités* umfasst die Schenkung und das Testament. Er enthält sowohl eine Art allgemeinen Teil der freigiebigen Zuwendungen<sup>19</sup> als auch besondere Vorschriften für beide Unterarten von Rechtsgeschäften. Diese Regulationsstruktur schafft eine enge Verknüpfung zwischen den unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden und den Verfügungen von Todes wegen,<sup>20</sup> die durch historische Entwicklungen des französischen Rechtskreises in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts bedingt sind.<sup>21</sup> Der Code Civil scheint damit an sich auf der Seite von SAVIGNY zu stehen, da er nicht von einem Vertrag, sondern allgemein von einem Rechtsgeschäft spricht.

Das französische Recht definiert die Schenkung in Art. 894 Cciv als ein Rechtsgeschäft, durch das sich der Schenker gegenwärtig und unwiderruflich der geschenkten Sache zugunsten des Beschenkten begibt, der diese annimmt. Hier zeigt sich indes, dass trotz der Verwendung der allgemeinen Bezeichnung als Rechtsgeschäft die Schenkung jedenfalls doch den Charakter eines Vertrages hat.<sup>22</sup> Er steht zumindest insoweit auf einer Linie mit WINDSCHEID und dem deutschen BGB.

Anders als im deutschen Recht liegt die wesentliche Wirkung des formgemäßen Schenkungsvertrages indes darin, dass sie nach Artt. 711, 938 Cciv das Eigentum an dem Schenkungsgegenstand überträgt, ohne dass es dazu einer Übergabe der geschenkten Sache bedarf. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zum deutschen Recht, der sich direkt in den geltenden Formvorschriften niederschlägt.

Hinsichtlich der Form verlangt das französische Recht zunächst ebenso wie das deutsche Recht für Schenkungsversprechen die notarielle Form.<sup>23</sup> Handschenkungen hingegen, in denen der Schenker dem Beschenkten die geschenkte Sache sogleich übergibt, sind von diesem Formerfordernis ausdrücklich und ohne Beschränkung auf

---

<sup>19</sup> FERID/SONNENBERGER, Das französische Zivilrecht Band II, 2. Auflage, Heidelberg 1986, 2 H 6.

<sup>20</sup> Diese Verbindung ist für die kontinentalen Rechtsordnungen im Allgemeinen nicht untypisch vgl. dazu KÖTZ/FLESSNER, Europäisches Vertragsrecht Band I, Tübingen 1996, S. 85 f.; vgl. auch schon DOMAT, Les loix civiles I.X in: REMY (Hrsg.), Oeuvres complètes de J. Domat Band I, Paris 1835, S. 299.

<sup>21</sup> Vgl. POTHIER, Traité des donations entre-vifs, Oeuvres de Pothier Band XI, Paris 1819, S. 1.

<sup>22</sup> So auch FERID/SONNENBERGER, Das französische Zivilrecht Band II, 2. Auflage, Heidelberg 1986, 2 H 5; dies war bereits vor dem Code civil anerkannt und den Schenkungen von Todes wegen gegenübergestellt, DOMAT, Les loix civiles I.X, in: REMY (Hrsg.), Oeuvres complètes de J. Domat Band I, Paris 1835, S. 298; POTHIER, Traité des donations entre-vifs, Oeuvres de Pothier Band XI, Paris 1819, S. 1, 28 ff.; vgl. dazu ABEL, Die Qualifikation der Schenkung, Frankfurt a.M. 1997, S. 78; MALAURIE/AYNÈS, Cours de droit civil Band V, 4. Auflage, Paris 2010, vor Nr. 300, 380, die die Willensübereinkunft als Kernstück des *acte juridique* sehen.

<sup>23</sup> WACKE AcP 201 (2001) 256, 260 f.; vgl. zu dem Zweck auch schon zuvor DOMAT, Les loix civiles I.X, in: REMY (Hrsg.), Oeuvres complètes de J. Domat Band I, Paris 1835, S. 299

einen bestimmten Wert des geschenkten Gegenstandes befreit.<sup>24</sup> Da in diesen Fällen erst die Übergabe die Schenkung wirksam macht<sup>25</sup> und die Wirksamkeit für den Eigentumserwerb unverzichtbar ist, kann man von einem echten Realvertrag sprechen.

Für ein formnichtiges Schenkungsversprechen hingegen kommt anders als nach deutschem Recht eine nachträgliche Heilung „durch Vollzug“ nicht in Betracht, da obligatorischer Schenkungsvertrag und die dingliche Wirkung des Eigentumserwerbs infolge des Konsensualprinzips ein und dasselbe sind. Es liegen keine zwei verschiedenen Akte vor, von denen einer den anderen heilen könnte. Übergibt der Schenker die Sache nach fehlgeschlagenem Schenkungsvertrag dem Beschenkten, bleibt allenfalls zu prüfen, ob in diesem Akt eine neu geschlossene, dann formfrei mögliche Handschenkung liegt.<sup>26</sup> Das scheitert in aller Regel daran, dass eine an einen nichtigen Schenkungsvertrag anschließende Übergabe nach der Vorstellung der Parteien auf die vorangegangene Schenkung bezogen ist und dem Schenker deshalb das Bewusstsein der Freiwilligkeit fehlt.<sup>27</sup>

Dieses typisch pandektistische Problem, ob der Schenker das nichtige Schenkungsversprechen in Kenntnis der Nichtigkeit *animo donandi* auf der Grundlage eines neuen eigenständigen Schenkungsversprechens formlos oder in Unkenntnis der Nichtigkeit irrig *animo solvendi* mit der Konsequenz eines Rückforderungsanspruchs erfüllt, hat sich im deutschen Recht durch die Fassung des § 518 BGB erledigt.<sup>28</sup>

Da das französische Recht keine Heilungsmöglichkeit für formnichtige Verträge kennt, scheint es vor einem Paradoxon zu stehen: Man könnte nämlich sagen, dass aufgrund der Übergabe der Sache das Bedürfnis für die Schutzfunktion des Formerfordernisses entfallen ist. Die Warnfunktion des Formerfordernisses ist schließlich beseitigt, wenn der Schenker die Sache aus der Hand gibt. Das aber

---

<sup>24</sup> FERID/SONNENBERGER, Das französische Zivilrecht Band II, 2. Auflage, Heidelberg, 1986, 2 H 128; vgl. dazu MALAURIE/AYNÈS, Cours de droit civil Band V, 4. Auflage, Paris 2010, Nr. 397 ff.; ABEL, Die Qualifikation der Schenkung: zur Methode der Qualifikation im Internationalen Schuldvertragsrecht, Frankfurt a.M. 1997, S. 83 f. sieht in ihnen eine Schenkung, bei der die notarielle Form durch die Übergabe ersetzt wird; das ist allerdings nicht unproblematisch, da zumindest eine Heilung einer formnichtigen Schenkung durch die Übergabe nicht erfolgen kann, vgl. dazu sogleich.

<sup>25</sup> FERID/SONNENBERGER, Das französische Zivilrecht Band II, 2. Auflage, Heidelberg 1986, 2 H 124; MALAURIE/AYNÈS, Cours de droit civil Band V, 4. Auflage Paris, 2010, vor Nr. 398.

<sup>26</sup> MALAURIE/AYNÈS, Cours de droit civil Band V, 4. Auflage, Paris 2010, Nr. 393; Cass. civ. 1<sup>re</sup> 12. 6. 1967 = Bull. civ. I 1967 Nr. 208.

<sup>27</sup> FERID/SONNENBERGER, Das französische Zivilrecht Band II, 2. Auflage, Heidelberg 1986, 2 H 127; MALAURIE/AYNÈS, Cours de droit civil Band V, 4. Auflage, Paris 2010, Nr. 402.

<sup>28</sup> Vgl. MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Band II, Berlin 1899, Mot. II 164; Prot. II 741; BEKKER, System des heutigen Pandektenrechts Band II, Weimar 1889, S. 192 Fn. aa).

greift zu kurz, und zwar wieder aufgrund des Konsensualprinzips. Denn die Warnfunktion schützt vor unüberlegtem Eigentumsverlust, der nach französischem Recht aber in der Übergabe der Sache allein nicht liegen kann.

Im Ergebnis stimmen deutsches und französisches Schenkungsrecht darin überein, dass eine Handschenkung ohne Ansehung des Wertes der geschenkten Sache formfrei möglich ist, wenn die Sache sofort übergeben wird. Ein Unterschied zeigt sich aber in Fällen, in denen der Schenkungsvertrag nichtig ist. Hier ermöglichte die Trennung des obligatorischen Verpflichtungs- vom dinglichen Verfügungsgeschäft es dem deutschen Recht, an letzteres eine Heilungsfiktion zu knüpfen und so der abstrakt wirksamen, aber kondizierbaren Übertragung des Eigentums durch Begründung einer *causa* kondiktionsfest zumachen. Das entbindet sowohl die Parteien als auch die Gerichte von der schwierigen Frage, ob bei der späteren Übergabe ein erneuter Schenkungswille vorlag oder der Schenker die Sache in der Meinung übergab, hierzu aus dem nichtigen Schenkungsvertrag verpflichtet zu sein.

### *c) im italienischen Recht*

Im Codice Civile ist die Schenkung wie im BGB und anders als Code civil als typisierter Vertrag im besonderen Schuldrecht geregelt, dessen Zweck die freigebige Zuwendung ist. Sie stellt das wichtigste Beispiel der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, *negozi a titolo gratuito*, dar. Anders als im Code civil wurde die Schenkung von den Regelungen des Testamentsrechts entkoppelt und als eigenständiges Institut zwischen den Rechtsgeschäften von Todes wegen einerseits und den Verträgen andererseits eingeordnet, wobei sie zu den letzteren verschiedene Schnittstellen aufweist. Im heutigen Codice wird die Schenkung klar als Vertrag definiert und gleichwohl in einigen Bereichen an das Erbrecht angelehnt. Hintergrund für die dogmatische Abgrenzung zum Erbrecht dürfte letztlich auch sein, dass die Erbeinsetzung trotz eines meist dahingehenden Willens des Erblassers nicht zwingend zu einer Bereicherung des Erben führen muss, sondern diesen im Gegenteil sogar erheblich belasten kann, zumal der Eintritt des Erbfalls gerade nicht auf dem freien Willen des Schenkers beruht. Auch die Abgrenzung zwischen Schenkung und sonstigen unentgeltlichen Verträgen bzw. Rechtsgeschäften beschäftigt traditionell die italienische Doktrin. So wird betont, dass nicht jedes unentgeltliche Rechtsgeschäft eine Schenkung darstellt, da die Unentgeltlichkeit zwar das Fehlen einer Gegenleistung, nicht aber die Bereicherung der anderen Partei impliziert, während gerade Letzteres typisch für die Schenkung ist.

Gemäß ihrer Natur als Konsensualvertrag kommt die Schenkung durch eine Willensübereinstimmung zwischen Schenker und Beschenktem zustande, so dass

auch das italienische Recht dem Standpunkt Windscheidts und des deutschen Rechts folgt. Auch hier bedarf es folglich der Annahme durch den Beschenkten. Art 769 CC definiert die Schenkung als einen Vertrag, durch welchen eine Partei die andere in freigiebiger Absicht, *per spirito di liberalità*, bereichert. Die Voraussetzungen der Schenkung im italienischen Recht sind also zum einen der *animus donandi* als subjektives Merkmal, zum anderen die Bereicherung des Beschenkten als objektives Merkmal

Ebenso wie im französischen Recht liegt auch im italienischen und im Unterschied zum deutschen Recht die wesentliche Wirkung der Schenkung darin, dass sie das Eigentum an dem Schenkungsgegenstand überträgt. Danach wird die Schenkung schon durch die bloße Willensübereinstimmung perfekt; das Eigentum an dem Schenkungsgegenstand geht in diesem Moment über, ohne dass es einer Übergabe bedarf. Ähnlich wie im französischen Recht wird der Schenker durch die Schenkung lediglich zur Lieferung des Schenkungsgegenstandes verpflichtet, da das Eigentum bereits *ipso iure* übergeht.

Auch im italienischen Recht unterliegt die Schenkung einer besonderen Form; so erfordert die sog öffentliche Schenkung, Art 782 CC, die Abgabe der Erklärungen vor dem Notar oder einer anderen öffentlichen Stelle und vor zwei Zeugen. Bei Nichtbeachtung dieser Formvorschriften, denen eine Warnfunktion für den Schenker beigemessen wird, der ohne Gegenleistung auf einen Gegenstand seines Vermögens zu verzichten beabsichtigt, ist die Schenkung nichtig. Da das italienische Recht genauso wie das französische dem Konsensualprinzip folgt, führt die Nichtigkeit wegen Nichtbeachtung der Formvorschriften zur Erfolglosigkeit der Eigentumsübertragung.

Eine Besonderheit des italienischen Rechts liegt nun darin, dass die notarielle Form für Schenkungen kleineren Werts, *donazioni di modico valore*, nicht erforderlich ist. Hier sieht der Codice Civile vor, dass zur Gültigkeit des Vertrags nur die Übergabe der Sache notwendig ist. Da die bloße Erklärung, die Sache schenken zu wollen, nicht genügt, spricht man in diesen Fällen auch von einer *donazione manuale*, der Handschenkung, als einem echten Realvertrag, der nur zustande kommt, wenn spätestens bei Abschluss des Schenkungsvertrages die Sache übergeben wird. Die Geringfügigkeit der Schenkung ist relativ und wird im Hinblick auf die Vermögensverhältnisse des Schenkers beurteilt, wobei das Gesetz dem Tatrichter einen Ermessensspielraum einräumt.

Ist die Form verletzt, kommt aus den gleichen Gründen wie nach französischem Recht eine nachträgliche Heilung „durch Vollzug“ nicht in Betracht, da auch hier obligatorischer Schenkungsvertrag und die dingliche Wirkung des Eigentumserwerbs infolge des Konsensualprinzips ein und dasselbe sind. Es liegen keine zwei verschiedenen Akte vor, von denen einer den anderen heilen könnte. Übergibt der Schenker die Sache nach fehlgeschlagenem Schenkungsvertrag dem Beschenkten, bleibt allenfalls zu prüfen, ob in diesem Akt eine neu geschlossene, dann formfrei

mögliche Handschenkung liegt. Das scheitert in aller Regel daran, dass eine an einen nichtigen Schenkungsvertrag anschließende Übergabe nach der Vorstellung der Parteien auf die vorangegangene Schenkung bezogen ist und dem Schenker deshalb das Bewusstsein der Freiwilligkeit fehlt. Auch hier stellen sich die schon angesprochenen Probleme der Beweisbarkeit einer solchen inneren Tatsache.

Das italienische Recht weist aber eine Abweichung vom französischen und deutschen Recht auf. Es begrenzt die Möglichkeit formfreier Handschenkungen auf Gegenstände von moderatem Wert und ist damit ungeachtet der dogmatischen Unterschiede in der Frage der Eigentumsübertragung deutlich rigider.

#### *d) im schweizerischen Recht*

Auch das Schweizerische Recht behandelt die Schenkung als einen konsensualen Vertrag. Nach Art. 239 Abs. 1 OR gilt jede Zuwendung unter Lebenden als Schenkung, womit jemand aus seinem Vermögen einen anderen ohne entsprechende Gegenleistung bereichert. Systematisch ist die Schenkung im besonderen Teil des Obligationenrechts direkt im Anschluss an Kauf und Tausch geregelt.

Hinsichtlich der Formvorschriften regelt Art. 243 Abs. 1 OR eine deutlich liberalere Form als die übrigen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen: Unabhängig vom Wert der geschenkten Sache genügt bei beweglichen Sachen die Schriftform, ein Notar ist nicht erforderlich. Da das schweizerische Recht mit seinem Traditionsprinzip genauso wie das deutsche Recht mit seinem Trennungs- und Abstraktionsprinzip das obligatorische Schenkungsversprechen von der Übertragung des Eigentums trennt, können Schenkungsvertrag und Eigentumserwerb auseinanderfallen. Das eröffnet dem schweizerischen Recht die Gelegenheit, eine Möglichkeit der nachträglichen Heilung zu regeln. Es hat diese Möglichkeit auch genutzt, dabei aber eine andere Regelungstechnik gewählt als das deutsche Recht.

Das schweizerische Obligationenrecht regelt – anders das deutsche Recht – die Handschenkung ausdrücklich, in dem es bestimmt, dass eine Schenkung „von Hand zu Hand (...) durch Übergabe der Sache vom Schenker an den Beschenkten“ erfolgt. Erfolgt hingegen ein reines Schenkungsversprechen unter Verstoß gegen die Schriftform, so wird das Verhältnis als Schenkung von Hand zu Hand beurteilt, wenn das Schenkungsversprechen vollzogen wird. Die Regelungstechnik sieht also vor, dass zunächst die Handschenkung ausdrücklich geregelt wird und dann die Heilung eines formnichtigen Schenkungsversprechens in der Weise konstruiert wird, dass das Verhältnis nachträglich rechtlich anders beurteilt wird.

#### **V. Fazit:**

Im Ergebnis stellt sich heraus, dass alle drei europäischen Rechtsordnungen die Idee von der Schenkung als konsensualem Vertrag übernommen und sich damit

gegen die Ansicht SAVIGNYS entschieden haben. In der Folge befreien alle Rechtsordnungen die Handschenkung von den jeweiligen Formerfordernissen, wobei das deutsche Recht aufgrund seiner Regelungstechnik über die nachträgliche Heilung des Formmangels auf eine explizite Regelung verzichten konnte. Die Möglichkeit einer nachträglichen Heilung eines formnichtigen Schenkungsvertrages hingegen ist denjenigen Rechtsordnungen, die dem Konsensualprinzip folgen, versperrt.



# THE NATURAL PERSON: NOVELTY AND CONTINUITY IN THE ROMANIAN CIVIL CODE

*Prof. Sevastian CERCEL, PhD*  
*Faculty of Law*  
*University of Craiova*

## 1. Introduction

The Romanian Civil Code (Law no. 287/2009) in force since 1 October 2011 devotes an entire book to persons: Book I. “On persons” – art. 25 – 257.

This book establishes the general status (*ius generale*) and the ordinary legal status (*ius ordinarium*) of civil law subjects, natural persons and legal persons, by *reintroducing* this matter in the Romanian Civil Code.

Specifically, this Book of the Civil Code, consisting of 5 titles, governs the general legal regime of natural and legal persons by taking, improving and updating the relevant provisions of Decree no. 31/1954 on natural and legal persons, the 1954 Family Code, Law no. 119/1996 on civil status acts and other provisions of special laws (e.g. Law no. 31/1990 on trading companies).

For the subject-matter we analyze, the regulatory framework (*sedes materiae*) is Title II of this Book, entitled “The natural person” - art. 34-103, which is made up of 3 chapters dealing with civil status, *i.e.* the general regime of natural persons, as individual and natural subjects of civil law.

Chapter I is entitled “Civil capacity of the natural person” - art. 34-57 -, and contains rules on the capacity to have rights (capacity of use) and to exercise rights (capacity of exercise) of a natural person, including the “Judicial declaration of death” as a special case of termination of the natural person’s civil capacity.

Chapter II is entitled “Respect for the human being and his/her inherent rights”, art. 58-81, and contains rules on the “Right to life, health and physical integrity of the natural person” (art. 61-69), “Respect for private life and dignity of the human being” (art. 70-77), “Respect owed to the person after his/her death” (art. 78-81).

Chapter III covers the identification elements of natural persons in civil relations, art. 82-103: name, domicile and residence, civil status.

It should be noted that Title 1 of Book 1, entitled “General provisions” contains relevant rules in the matter under consideration.

“The natural person is man, seen individually, as a holder of civil rights and obligations” as provided in art. 25(2) of the Civil Code. “The legal person is any form of organization which, meeting the requirements provided by law, is a holder of civil rights and obligations”, as provided in art. 25(3) of the Civil Code.

The following are provisions for the protection and guarantee of civil rights and liberties (art. 26), the civil status of foreign citizens and stateless persons (art. 27), civil capacity - the general and abstract vocation to be a civil law subject (art. 28, 29, 30).

For the first time in Romania, the Civil Code establishes the principle of divisibility of the patrimony, conceived and defined as all the rights and obligations valued in money and belonging to a person (art. 31 par. 1).

The patrimony may be subject to division or appropriation, but “only in the cases and conditions provided by law” (art. 31 par. 2).

The special-purpose patrimony includes the fiduciary patrimony (art. 773), the patrimony for the exercise of an authorized profession (art. 33) - lawyers, doctors, notaries public etc., and other types of patrimony determined by law (legal or conventional common property of spouses etc.).

## 2. Civil capacity of the natural person

In this area, the Civil Code contains enshrined solutions, but there are also certain new aspects.

The capacity of use is “the aptitude of a person to have civil rights and obligations” (art. 34). It “begins at a person’s birth and ends upon his/her death” (art. 35). A child’s rights “are recognized since conception, but only if the child is born alive” (art. 36).

The capacity of exercise is “the aptitude of a person to conclude civil legal acts by himself/herself” (art. 37). It begins “at the age of 18” (art. 38). The minor who has turned 16 acquires, by marriage, full legal capacity to exercise rights (art. 39).

A novelty in this matter is “anticipated capacity of exercise” governed by art. 40.

For serious reasons, the guardianship court may recognize the full legal capacity of the minor who has reached the age of 16.

For this purpose, the court will hear the parents or guardian, consulting, where appropriate, the opinion of the family council. ANEXA A

The doctrine considers that serious reasons in this matter may be:

- establishing residence in another town, to complete high school;
- performance of artistic or sporting activities;
- becoming the parent of a child outside marriage.

Regarding the procedure of judicial declaration of death (art. 49-57), the Civil Code simplifies matters by *suppressing* this purely formal stage, that of judicial declaration of death.

If a person has been missing and there are indications that he/she died, he/she can be declared dead by a court order, at the request of any interested person, if at least 2 years have passed since information was last received indicating that the person was alive (art. 49).

The person missing under exceptional circumstances, such as flooding, earthquakes, shipwreck etc., which justify the death, can be declared dead if at least 6 months have passed since the event at the time of which he/she disappeared.

In the old Code, the general term was 4 years and the special term was 1 year.

### 3. Respect for the human being and his/her inherent rights

Among the new elements for Romania, we should note the provisions of the Civil Code relating to respect for the human being and his/her inherent rights (art. 58-81), which is the consecration of “personality rights” in the Romanian legal system: the right to life, health and physical and mental integrity, dignity, one’s own image, respect for private and intimate, family and individual life, the right to dispose of oneself and respect owed to a person after his/her death.

The Romanian Civil Code is a code of civil rights and liberties, where the supremacy and freedom of the human being is central to the whole philosophical view underpinning its development.

Art. 61(2) provides that “The interest and well-being of the human being shall prevail over the sole interest of society or science”.

The preeminence of the individual over the group or community to which he belongs and, *a fortiori*, over the state and public power, is a postulate of natural law.

Human rights are inherent to the human being, so that the public power must recognize them and commit to respect them, to ensure their reality and full effectiveness.

In accordance with the Romanian Civil Code - art. 58, 66, 2502 -, personality rights are fundamental, *extrapatrimonial*, *strictly personal*, enforceable *erga omnes*, *inalienable*, *non-transferrable* and *imprescriptible* rights.

Most of these rights *are not absolute rights*, as individuals cannot live in isolation, but only in society, so that every person’s rights collide with the rights of others. According to a classical, liberal formula “one person’s freedom ends where another’s freedom begins”. Consequently, personality rights must be exercised within the natural and legal limits and according to the purpose for which they were recognized.

This is what art. 75 provides, *in terminis*, with regard to the limits of the right to respect for private life and human dignity. Specifically, “the exercise of constitutional rights and liberties in good faith and in compliance with international conventions to which Romania is a signatory *is not a violation*” of these rights.

The respect owed to the deceased person is a notion pertaining to tradition, being yet consecrated in Romanian law by the provisions of the Civil Code.

Respect is owed to the deceased person, to his/her memory, as well as to his/her body (art. 78 CC). Thus, the respect owed to the deceased person concerns two great aspects: “memory” and “body”. First, the legal provisions govern the content of the obligation to respect the memory of the deceased person. On the other hand, the dead body, although not a natural person any longer, is “impregnated with the personality of the one who existed”.

The solutions of the New Civil Code bring forward the firmness and clarity of law in this matter. ANEXA B

#### 4. Identification elements of the natural person

The identification of the natural person is essential to determine and fulfil the actual civil legal relation.

Society is *generally* and *permanently* - from birth to death -, interested in identifying each individual.

The identification elements of the natural person are a species of non-patrimonial personal rights.

In this matter, the Civil Code maintains solutions consecrated over time, the novelty being, perhaps, their *reintroduction* in the Code.

The name of the natural person is governed by art. 82-85. There are provisions on the right to a name, structure of name, acquisition of name, change of name administratively.

The domicile and residence are regulated in art. 86-97.

The domicile of the natural person, in relation to the exercise of civil rights and liberties, is the place where he/she has the “main settlement”.

A person can only have, simultaneously, one domicile and one residence, even when he/she has several dwelling places (art. 86, which consecrates *single domicile*).

Finally, civil status is “the right of a person to distinguish himself/herself, in family and society, by strictly personal qualities arising from acts and facts of civil status”.

The Civil Code contains provisions of principle concerning the proof of civil status, as well as annulment, completion, modification or correction of civil status acts (art. 99-100).

Civil status acts drafted by an incompetent registrar, who has exercised legal powers publicly, are valid (art. 102), as an application of the principle *error communis facit ius*.

## 5. Protection of non-patrimonial rights

The Civil Code contains a comprehensive, detailed and effective regulatory framework on the protection of non-patrimonial rights - art. 252-257.

The text of art. 253 provides that the natural person whose non-patrimonial rights, primarily personality rights, have been violated or threatened may ask the court at any time:

- a) to prohibit the commission of the unlawful act, if it is imminent;
- b) to terminate the violation and prohibit it for the future, if it has not ceased;
- c) to find the unlawful nature of the act, if the disturbance it caused subsists.

There are provisions for the protection of the right to a name (art. 254), provisional measures (art. 255), the continuation of the action for the restoration of the non-patrimonial right violated after the death of the injured person (art. 256).

## Bibliography

Marian Nicolae (coordonator), *Drept civil. Persoanele*, Ed. Universul juridic, 2016, București, 2016;

Eugen Chelaru, *Drept civil. Persoanele în reglementarea NCC, ediția a 4-a*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, 251 pp, ISBN 978-606-18-0645- 4, pp. 16-89;

Flavius Baias, Eugen Chelaru, Rodica Constantinovici, Ioan Macovei (coordonatori), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, Editia a 2-a*, Ed. CH Beck, București, 2014, 2917 pp., ISBN 978-606-18-0414-6, pp. 48- 126;

Ovidiu Ungureanu, Cornelia Munteanu, *Drept civil. Persoanele (în reglementarea noului Cod civil)*, Ed. Hamangiu, București, 2011, 292 pp, ISBN 978-606-522-641-8, pp. 133-149;

Ion Dogaru, Sevastian Cercel, *Drept civil. Persoanele*, Ed. C.H.Beck, București, 2007, 353 pp., ISBN 978-973-115-153-3, pp. 80-105;

Marieta Avram, *Drept civil. Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2013, 515pp, ISBN 978-606-678-572-3, pp. 43-52;

Ilie Adrian Barbu, *Capacitatea persoanei fizice în dreptul civil român*, Ed. Universitaria, Craiova, 2003, 258 p. ISBN 973-8043-219-x, p. 57-104.

## DIENSTLEISTUNGSFREIHEIT: GENEHMIGUNGSREGELUNGEN FÜR DIENSTLEISTUNGEN\*

Anmerkung von Dr. Ionuț RĂDULEȚU

EWR-Abkommen Art. 31, 36; RL 2006/123/EG (Dienstleistungs-RL) Art. 9, 10, 13, 16

Der EFTA-Gerichtshof hatte in einem Rechtsstreit zwischender EFTA-Überwachungsbehörde und dem Fürstentum Liechtenstein zur Vereinbarkeit von Bestimmungen des liechtensteinischen Gewerbegesetzes mit dem EWR-Recht zuentscheiden. Diese Bestimmungen enthalten Vorabgenehmigungsregelungen zur Niederlassung und zu grenzüberschreitenden Dienstleistungen. Laut dem Gerichtshof sind die Genehmigungsregelungen für Dienstleistungen mit EWR-Recht unvereinbar.

*1. Die Genehmigungsregelungen Liechtensteins zur Niederlassung verstoßen gegen Art. 9 Dienstleistungs-RL. Sie können zwar zum Schutz von Dienstleistungsempfängern, unter dem Gesichtspunkt der Betrugsbekämpfung sowie zur Verhinderung von Steuerhinterziehung geeignet sein, die Genehmigungsregeln zu rechtfertigen. Allerdings sind die Regelungen unverhältnismäßig, da eine nachträgliche Kontrolle gleich wirksam ist.*

*2. Die Genehmigungsanforderungen des Gewerbegesetzes, das heißt über das „erforderliche Personal“ zu verfügen sowie die „notwendigen Kenntnisse“ der deutschen Sprache zu besitzen, sind nicht, wie von Art. 10 II Buchst. d Dienstleistungs-RL gefordert, klar und eindeutig. Es verletzt Art. 10 III Dienstleistungs-RL, dass das Gewerbegesetz nicht gewährleistet, dass solche Anforderungen und Kontrollen nicht dupliziert werden, die ein Dienstleistungserbringer in einem anderen EWR-Staat bereits erfüllt hat. Ebenso verletzt die mangelnde Klarheit der Regelungen des Gewerbegesetzes für das Genehmigungsverfahren Art. 13 Dienstleistungs-RL.*

*3. Die Genehmigungsregelung zu grenzüberschreitenden Dienstleistungen kommt einer Anforderung gleich, die nach Art. 16 Dienstleistungs-RL nur*

---

\* Prezentul comentariu al hotărârii Curții de Justiție a EFTA din 10 mai 2016 în cauza E-19/15 a fost publicat inițial în revista germană "Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht – EuZW" nr. 17/2016 din 15 septembrie 2016, fiind ulterior prezentat în cadrul celui de-al șaselea Colocvii româno-german privind dreptul UE care a avut loc la Saarbrücken/Germania în Noiembrie 2016.

*rechters ist, wenn sie nicht diskriminierend, aus Gründen der öffentlichen Ordnung, öffentlichen Sicherheit und öffentlichen Gesundheit oder zum Schutz der Umwelt gerechtfertigt sowie verhältnismäßig ist. Ungeachtet dessen ob, wie von Liechtenstein vorgebracht, der Schutz von Dienstleistungsempfängern oder die Vermeidung von Sozialdumping diese Anforderung rechtfertigen könnten, hält die Anforderung nicht der Verhältnismäßigkeitsprüfung stand. Es hätten weniger restriktive Maßnahmen erlassen werden können, um das angestrebte Ziel zu erreichen.*

*4. Soweit sie auf Dienstleistungen Anwendung finden, die nicht von der Richtlinie erfasst werden, verstoßen die Genehmigungsregelungen gegen Art. 31 und 36 EWR-Abkommen. (Leitsätze der EuZW-Redaktion)*

*EFTA-Gerichtshof, Urt. v. 10.5.2016 – E-19/15 (EFTA-Überwachungsbehörde/Liechtenstein)*

*Anmerkung von Dr. Ionut Raduletu\*\**

## I. Hintergrund

Das Urteil betrifft einen Rechtsstreit zwischen der EFTA-Überwachungsbehörde und dem Fürstentum Liechtenstein zur Vereinbarkeit von Bestimmungen des liechtensteinischen Gewerbegesetzes vom 22.6.2006 (im Folgenden: GewG) mit dem EWR-Recht. Die strittigen liechtensteinischen Bestimmungen enthalten horizontale Vorabgenehmigungsregelungen zur Niederlassung und zu vorübergehenden grenzüberschreitenden Dienstleistungen in Liechtenstein. Der *EFTA-Gerichtshof* stellte in seinem Urteil einen Verstoß Liechtensteins gegen die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit fest, soweit diese Grundfreiheiten durch die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG (im Folgenden: DLRL) und das EWR-Abkommen bestimmt sind.

## II. Bewertung

Von Anfang an bezieht sich der *Gerichtshof* auf die Zielsetzung der DLRL, die Pflicht zur Vorabgenehmigung auf unerlässliche Fälle zu beschränken (ErwG 43). Zugleich verlangt Art. 15 DLRL, dass Genehmigungen im Rahmen der Niederlassungsfreiheit nicht-diskriminierend, erforderlich aus der Perspektive eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses und verhältnismäßig sind. Das

---

\*\*Autorul este funcționar în cadrul Comisiei Europene, Direcția Generală Stabilitate Financiară, Servicii Financiare și Uniunea Piețelor de Capital. Opiniile exprimate în prezentul comentariu aparțin autorului și nu reflectă în mod necesar poziția Comisiei Europene.

gleiche gilt für die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 16 DLRL, wobei die Prüfung der Erforderlichkeit anhand von vier Rechtfertigungsgründen zu erfolgen hat: der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit und des Umweltschutzes. Was den nicht-diskriminierenden Charakter der liechtensteinischen Vorschriften betrifft, wurde davon der EFTA-Überwachungsbehörde nicht in Frage gestellt. Dagegen beantragte sie die Feststellung ihrer mangelnden Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, da sie durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen ersetzt werden können.

Im Hinblick auf die Vorabgenehmigung in Niederlassungsfällen berief sich Liechtenstein auf die Notwendigkeit, die Dienstleistungsempfänger zu schützen, sowie darauf, Betrug und Steuerhinterziehung zu bekämpfen. Der *Gerichtshof* stellte fest, dass solche Gründe generell geeignet sind, eine Genehmigungsregelung zu rechtfertigen. Jedoch seien die einschlägigen liechtensteinischen Vorschriften unverhältnismäßig, da diese Genehmigungsregelung unterschiedslos auf alle Dienstleistungssektoren Anwendung findet. Stattdessen erscheine eine nachträgliche Kontrolle für viele Sektoren vorstellbar und könne ebenso effektiv sein. Ein weiterer von Liechtenstein vorgebrachter Grund, nämlich die Rechtssicherheit, wurde vom *Gerichtshof* abgelehnt. Die Rechtssicherheit könne nämlich nicht zur Rechtfertigung einer Beschränkung der Grundfreiheiten dienen; es sei eigentlich die Beseitigung von Beschränkungen, die zur Rechtssicherheit beitrage und nicht deren Einführung. Daher stellte der *Gerichtshof* einen Verstoß gegen Art. 9 I Buchst. c DLRL fest.

Darüber hinaus beanstandete die EFTA-Überwachungsbehörde die Genehmigungsvoraussetzungen, die das Erfordernis der Klarheit und Unzweideutigkeit nicht erfüllen. Dies betrifft die Anforderung bezüglich des „erforderlichen Personals“ sowie bezüglich der „notwendigen Kenntnisse der deutschen Sprache“. Selbst wenn solche Anforderungen nach liechtensteinischen Angaben in der Praxis nicht so strikt gehandhabt werden, ging der *Gerichtshof* von einem Verstoß gegen Art. 10 II Buchst. d DLRL aus, weil eine Verwaltungspraxis von einschlägigen Rechtsvorschriften abgedeckt sein müsse. Sei dies nicht der Fall, so werde die Rechtssicherheit zum Nachteil eines Dienstleistungserbringers gefährdet. Des Weiteren sieht das GewG, im Gegensatz zum liechtensteinischen Dienstleistungsgesetz vom 20.10.2010 (im Folgenden: DLG), keine Gleichwertigkeitsvorschrift zur Umsetzung des Artikels 10 III DLRL vor, die eine doppelte Kontrolle im Ursprungs- und im Zielmitgliedstaat zum Zweck der Genehmigung vermeiden würde. Ebenso wenig werden das Genehmigungsverfahren und die entsprechenden Fristen im GewG bestimmt oder ein Verweis auf die einschlägigen Vorschriften des DLG gemacht, was Art. 13 I DLRL zuwiderläuft. Der *Gerichtshof* sah darin Verstöße gegen diese Bestimmungen der DLRL, auch wenn sie in Liechtenstein durch das DLG umgesetzt wurden.



Die Vorabgenehmigungsregelung, die sich daraus ergab, dass ein Unternehmen vor der vorübergehenden grenzüberschreitenden Dienstleistung Informationen bereitstellen und eine ausdrückliche und ermessensabhängige Bestätigung abwarten muss, wurde am Maßstab des Art. 16 DLRL geprüft. In diesem Rahmen deutete der *Gerichtshof* an (Rn. 76), dass die möglichen Rechtfertigungsgründe abschließend in Art. 16 III S. 1 DLRL geregelt sind, das heißt eine solche Anforderung nur auf Grund der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit oder des Umweltschutzes auferlegt werden kann. Für eine solche Auslegung setzten sich sowohl die EFTA-Regulierungsbehörde als auch die Europäische Kommission in ihren Stellungnahmen ein. Darüber hinaus wies die Kommission darauf hin, dass diese Rechtfertigungsgründe nur im Rahmen einer tatsächlichen Begehung des Dienstleistungserbringers in den Zielmitgliedstaat zum Tragen kommen können; mangels einer solchen physischen Präsenz des Dienstleisters im Zielmitgliedstaat könne eine Genehmigungsanforderung nach Art. 16 DLRL kaum gerechtfertigt werden. Liechtenstein berief sich aber auf den Schutz von Dienstleistungsempfängern und die Vermeidung von Sozialdumping zur Begründung der betroffenen Genehmigungsregelung. Darin wurde es von Norwegen unterstützt, das für den nicht-abschließenden Charakter der Liste in Art. 16 III DLRL plädierte. Auch wenn der *Gerichtshof* auf den abschließenden Charakter dieser Vorschrift gewissermaßen hindeutet, spricht er sich dafür nicht ausdrücklich aus. Damit ließ er diese Frage letztendlich offen, so dass eine endgültige Klarstellung durch den *EuGH* abzuwarten bleibt. Stattdessen entschied der *Gerichtshof* (unter Verweis auf *EuGH*, ECLI:EU:C:2016:108 = *EuZW* 2016, 439 Ls. = *BeckRS* 2016, 80380 Rn. 116 – *Kommission/Ungarn* [Rs. C-179/14]), dass die betroffene liechtensteinische Anforderung auf jeden Fall unverhältnismäßig sei, da weniger restriktive Maßnahmen vorstellbar wären (zB nachträgliche Kontrollen und Sanktionen), um dasselbe Ziel zu erreichen. Ein Verweis Liechtensteins darauf, dass das ganze nationale Territorium ein Grenzgebiet sei (in dem grenzüberschreitende Dienstleistungen häufig stattfinden) und dass daher *a posteriori* Überprüfungen nicht effektiv wären, wurde vom *Gerichtshof* abgelehnt, weil eine Trennung zwischen Grenzgebiet und innerem Territorium bei der Feststellung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit keine Rolle spiele. Ein Verstoß gegen Art. 16 DLRL wurde daher festgestellt.

Da der Anwendungsbereich des GewG und der DLRL im Hinblick auf die betroffenen Dienstleistungssektoren nicht deckungsgleich ist, berief sich die EFTA-Überwachungsbehörde zusätzlich auf Art. 31 und 36 des EWR-Abkommens, um eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit für diejenigen Dienstleistungen des GewG geltend zu machen, die von der DLRL

nicht gedecktsind. Der beschränkende Charakter der liechtensteinischen Vorabgenehmigungsregelung für diese EWR-Grundfreiheitenwar unstreitig. Eine Rechtfertigung kann sich nur ausden in Art. 33 des EWR-Abkommens ernannten Gründenergeben, so wie diese durch die Rechtsprechung ausgelegt wurden. Unter Verweis auf seine Verhältnismäßigkeitsprüfungim Rahmen der Bewertung der anderen Klagegründestellte der *Gerichtshof* fest, dass das liechtensteinische Vorabgenehmigungssystemauch gegen Art. 31 und 36 des EWR-Abkommens verstößt.

### III. Praxisfolgen

Das Urteil bringt klar zum Ausdruck, dass Vorabgenehmigungsregelungenkeine horizontale Anwendung finden dürfen. Sie sollten höchstens für genau bestimmte Fälle/Sektorenund nur in Ausnahmefällen erlaubt sein. Soweit nachträgliche Kontrollen die Erreichung derselben zwingenden Gründedes Allgemeininteresses gewährleisten können, sollten sie bevorzugtwerden, um die Erfordernisse des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzeszu wahren. Das Genehmigungsverfahrensoll klar und transparent gestaltet und zweideutige Anforderungen sollen vermieden werden.

Was die vorübergehenden grenzüberschreitenden Dienstleistungenbetrifft, kommt der *EFTA-Gerichtshof* in diesem Urteileinen Schritt weiter in der Auslegung des Art. 16 III DLRL, indem er den abschließenden Charakter der Liste derdort erwähnten Rechtfertigungsgründe grundsätzlich andeutet (der Verbraucherschutz oder die Vermeidung des Sozialdumpingsgehören nämlich nicht dazu) und damit der möglichen Begrenzung dieser Grundfreiheit Schranken setzt (wobeider *Gerichtshof* Raum für eine weitere Klarstellungdurch den *EuGH* in dieser Frage ließ). Darüber hinaus erklärtder *Gerichtshof*, dass Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheitsich nicht durch besondere territoriale Kennzeichen (Besonderheiten bei einem Grenzgebiet) oder quantitative Überlegungen (Volumen der grenzüberschreitenden Tätigkeiten) rechtfertigen lassen.

Insgesamt betrachtet kann diesem Urteil eine wegweisende Rolle in der Fortentwicklung der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten und zur Auslegung der Dienstleistungsrichtlinieim EWR-Rahmen zukommen. Dies würde zur Erleichterungder grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeitenund zu einer weiteren Liberalisierung des EWR-Dienstleistungssektorsbeitragen.

# VIOLATIONS OF PERSONALITY RIGHTS THROUGH THE INTERNET: GERMAN, ROMANIAN AND EUROPEAN PERSPECTIVES

*Denisa-Lavinia DOBRE*, LL.M. (Saarbrücken)<sup>1</sup>  
*Höchstes Glück der Erdenkinder/  
sei nur die Persönlichkeit.*<sup>2</sup>

## Introduction

The poem above even in conjunctive form transposes the value and the respect for one's personality in interpersonal relations. The person, the personality and their freedoms occupy a central position in the legal order and represent a key concept of the constitutional legal thinking.<sup>3</sup> Even though not all the traits of one's personality have enjoyed the protection and the recognition of the law,<sup>4</sup> however the value of the personality belongs to the everlasting moral values and it is generally binding and obligatory for all the parties involved.<sup>5</sup>

The protection of personality rights has been developing through jurisprudence, which have given a whole new view of the protection of one's rights both in the analogue and digital spaces. Nevertheless, jurisdictional issues for the violations of personality rights on the internet were settled by the German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof, BGH) and by the European Court of Justice (ECJ) and have become an important point of many discussions in the legal circles. This paper aims to give an overview of the violations of personality rights, to present the ways to prevent and to find the proper legal solutions in

---

<sup>1</sup> PhD candidate at the Faculty of Law from Saarland University (Germany), research funded by the Friedrich Naumann Foundation for Freedom (2013-2016)

<sup>2</sup> The poem continues: „Kann wohl sein! so wird gemeinet;/ Doch ich bin auf andrer Spur: / Alles Erdenglück vereinet / Find ich in Suleika nur.“ in Goethe, J. W., Werke in Zehn Bänden, West-östlicher Divan, Suleika Nameh, Buch Suleika, Versepen, Köln 2003, 70. (my own translation: “The biggest luck of the earth's children would only be the personality./It may be! That's intended;/But I'm on another path: I find the happiness of the whole world only in Suleika.”)

<sup>3</sup> Further reading: Denninger, E., *Rechtsperson und Solidarität*, Frankfurt, Berlin, 1967, 13.

<sup>4</sup> A brief look of Germany's legal history proves the incapability to protect all the parts of the personality because of the expanding of the relations, acts, values. See more in Hubmann, H., *Das Persönlichkeitsrecht*, 2. Auflage, 1967, 68.

<sup>5</sup> See more in Hubmann, H., *Das Persönlichkeitsrecht*, 2. Auflage, 1967, 12.

accordance with the characteristics of three legal systems: the German, the Romanian and the European legal systems.

The legal protection of the various aspects of the personality rights and the form, but mainly the grounds of the judgements regarding the violations in the national laws reflect the social, cultural, philosophical and historic conditions as well as the moral expectations of each country.<sup>6</sup> The German and Romanian legal systems embody these aspects as well, but they are more prominent in the German jurisprudence and legislation. Moreover, there are several initiatives meant to assure European measures to protect the personality rights,<sup>7</sup> the latest being the proposal of a charter of digital fundamental rights of the European Union belonging to a group of German lawyers and other persons interested in digital topics.<sup>8</sup>

The legal analysis of the protection of personality rights in European legal systems may be considered unusual as a topic of comparative legal research,<sup>9</sup> but still privacy and self-determination have developed as European rights through the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) and of the European Court of Justice (ECJ).<sup>10</sup> Moreover, the personality features have had a difficult and lengthy path to their legal recognition as rights in Europe.<sup>11</sup> By comparing two legal systems, in our case the German and the Romanian one, with themselves and with the case law in the European law, can lead to a deeper

---

<sup>6</sup> Márton, E., *Violations of Personality Rights through the Internet: Jurisdictional Issues under European Law*, 1. Auflage 2016, Baden-Baden, Nomos, 37.

<sup>7</sup> Von Bar, C. (prepared by with advice from the Advisory Council and the Drafting Committee approved by the Co-ordinating Group): *Principles of European Law, Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, Study Group on a European Civil Code, Munich, sellier. European law publishers GmbH [Brussels] Bruylant, Stämpfli Publishers Ltd. Berne, Vol. 7, 2009, Chapter 2, Art. 2:203; Von Bar, Christian/Clive, Eric (eds.): *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law (Acquis Group)*, Munich, sellier.european law publishers GmbH, 2009, Full edn., Vol. 4, Book VI, Art. 2:203; EGTL, *Principles*, Chapter 2, Art. 2:102.

<sup>8</sup> The draft of the European Digital Charter text is originally written and published in German and was published by ZEIT-Stiftung Ebelin und Gerd Bucerius on 1<sup>st</sup> December 2016. It was already presented in front of the members of the Committee for Civil Liberties, Justice and Home Affairs of the European Parliament on a meeting on 5<sup>th</sup> December 2016. See the draft in English: <https://digitalcharta.eu/wp-content/uploads/2016/12/Digital-Charta-EN.pdf>. (accessed 17. January 2017)

<sup>9</sup> Brüggemeier, G./Colombi Ciacchi, A./O'Callaghan, P. (eds.), *The Common Core of European Private Law: Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge University Press 2010, 3.

<sup>10</sup> See extensively about this topic in Brüggemeier, G./ Colombi Ciacchi, A./Comandé, G. (eds.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Vols. I and II, Cambridge University Press, 2010.

<sup>11</sup> See more in Brüggemeier, G. in the chapter *"Protection of Personality Rights in the Law of Delict/Torts in Europe: Mapping out Paradigms"*, 5-37, belonging to the book Brüggemeier, G./Colombi Ciacchi, A./O'Callaghan, P. (eds.), *The Common Core of European Private Law: Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge University Press, 2010.

understanding of the topic of personality rights and to ideas for the development of both of them. There are several differences, but also many similarities between Germany and Romania, both countries having European continental legal systems, respecting and contributing to the case law of European Court of Human Rights and the jurisprudence of the European Court of Justice. The German judicial system has set many landmarks judgements in processes protecting the personality rights and German citizens have also brought cases in front of the ECJ and the ECtHR, contributing for example to the development of one's right to image, following the case of *von Hannover v. Germany*,<sup>12</sup> that determined, that in Germany the publication of pictures is allowed only if they are considered newsworthy.<sup>13</sup> ECtHR also set a landmark decision in the case of *Bărbulescu v. Romania* regarding the dismissal of an employee by a private company for using the company Internet for personal issues during working hours, breaching working internal regulations.<sup>14</sup>

## 1. Legal Basis

### A. German Law

German law contains general and specific rules without explicitly guaranteeing a general protection of the personality. The lack of an express provision on a general right of personality is the result of the denial of the theory of personality rights under Art. 823 (1) at the time the Civil Code of 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*)<sup>15</sup> was drafted, both by the case law<sup>16</sup> and by the doctrine<sup>17</sup>. The protection of the personality rights was given a constitutional

---

<sup>12</sup> ECtHR decision of 24 June 2004 – no. 59320/00.

<sup>13</sup> The newsworthiness is determined by the fact that the picture is showing the person acting in an official function or if the story behind the picture of the person is relevant to the public interest. BGHZ 171, 275; 158, 218, 222. The public interest may also be shown from a text added to the photo. BGH NJW 2008, 3141.

<sup>14</sup> ECtHR decision of 12 January 2016 – no. 61496/08. The decision of the ECtHR upholds the arguments given by the Romanian courts – the County Court and the Court of Appeal. See para. 57 of the decision. Moreover, the same decision would have been given according to the German law as well. See more in EGMR: Arbeitgeber können E-Mails der Arbeitnehmer bei Verbot der Privatnutzung überwachen, CCZ 2016, 285.

<sup>15</sup> The BGB entered into force on the 1<sup>st</sup> January 1900 in the time of the German Empire. See Art. 1 of the Introductory Act of the Civil Code RGBl. 1896, 195.

<sup>16</sup> RGZ 51, 369 (372 ff.).

<sup>17</sup> The prevailing opinion recognised the goods life, body, health and freedom as legally protected interests, but not as rights within the meaning of Art. 823 (1) BGB. See more in Enneccerus, L./Lehmann, H. O., *Das Bürgerliches Recht, Eine Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Band 1: Einzelne Schuldverhältnisse, Marburg 1900, 762; Planck, G., *Bürgerliches Recht nach Einführungsgesetz*, Band 2: Recht der Schuldverhältnisse, 3. Auflage, Berlin 1907, 1716.

foundation through Art. 2 (1)<sup>18</sup> (right to free development of one's personality) and Art. 1 (1)<sup>19</sup> (right to human dignity) of the German Basic Law for the Federal Republic of Germany (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, GG) according to the case law of the Federal Constitutional Court.<sup>20</sup>

Art. 823 (1) BGB enshrines various attributions of the person by stating that “a person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this”,<sup>21</sup> but several non-physical aspects of the personality are missing. In 1954 the BGH recognized the general personality right in the *Leserbrief* (“letter to editor case”)<sup>22</sup> case in accordance with Art. 1 (1) to the right to human dignity and Art. 2 (1) to the right to free development of one's personality of the German Basic Law. Due to this decision, the general right of personality was accepted as a constitutionally guaranteed subjective framework right under Art. 823 (1). It protects a wide range of different aspects of the personality, such as privacy, self-determination, reputation, honour, and personal information, as one's image.<sup>23</sup> Moreover, Art. 12 BGB assures explicitly the protection of the right to one's name and it also entails reference to injunctions.<sup>24</sup>

The victim who considers that their general right of personality has been violated intentionally or negligently is entitled to restitution claims, such as unjust enrichment within 812 (1)<sup>25</sup>, but also to compensation for their non-pecuniary

---

<sup>18</sup> Art. 2 Personal freedoms (1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.

<sup>19</sup> Art. 1 Human dignity – Human rights – Legally binding force of basic rights (1) Basic Law Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

<sup>20</sup> BVerfGE 35, 2012, 219; BVerfGE 72, 155, 170; BVerfGE 90, 263, 270.

<sup>21</sup> This last version is the result of the discussions of the second commission assigned with the wording of the text of the BGB. See more in Mugdan, B., *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Band 2: *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin 1899, CXXII f..

<sup>22</sup> Case *Leserbrief BGH*, 25.05.1954 - 1 ZR 211/53.

<sup>23</sup> See Sprau, H, § 823, in: Palandt, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, Band 7, 76. Aufl., Verlag C.H. Beck München 2017, 1396, para. 113 ff.; Fechner, F., *Medienrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 15. Aufl., 2014, 67, para. 17 ff.

<sup>24</sup> § 12 BGB Right to a name If the right of a person to use a name is disputed by another person, or if the interest of the person entitled to the name is injured by the unauthorized use of the same name by another person, the person entitled may require the other to remove the infringement. If further infringements are to be feared, the person entitled may seek a prohibitory injunction.

<sup>25</sup> § 812 BGB Claim for restitution (1) A person who obtains something as a result of the performance of another person or otherwise at his expense without legal grounds for doing so is under a duty to make restitution to him. This duty also exists if the legal grounds later lapse or if

harm (Geldentschädigung) causally linked to an unlawful act.<sup>26</sup> Injunctions can also be claimed on the basis of Art. 1004 (1). The right of reply (Gegendarstellung) is regulated as a possible measure regarding violations of one's personality rights in the German interstate treaties (Staatsverträge),<sup>27</sup> in the press law of each federal state, for example by Art. 10 in the Saarland Media law (Saarländisches Mediengesetz).

## ***B. Romanian Law***

Although the Romanian Civil Code from 1864 ignored the personality rights,<sup>28</sup> the new Romanian Civil Code from 2011 represents an important, modern, evolved and elaborate regulation covering the most significant personality rights<sup>29</sup>, a premiere for the Romanian legislation in this field. The regulation of the new Civil Code is welcomed: in Article 58 (1) it explicitly establishes the rights to life, health, the physical and mental integrity, the right to dignity, the right to image, the respect of private life and other rights recognised by the law, rights belonging to any person. Articles 252 to 257 from the V Title, I Book of the Civil Code established a mixed system of sanctions, settling repairing measures of non-pecuniary and economic nature, but also interim measures granted through the decision of a judge.<sup>30</sup> The natural persons are entitled to

---

the result intended to be achieved by those efforts in accordance with the contents of the legal transaction does not occur.

<sup>26</sup> The cases Herrenreiter ("gentleman rider") BGH, 14.02.1958, I ZR 151/56 and the case Ginsengwürzel ("ginseng root") BGH, 19.09.1961, VI ZR 259/60 have developed this practice.

<sup>27</sup> See for example Art. 56 on the right of reply of the Interstate Treaty on Broadcasting (Rundfunksstaatsvertrag).

<sup>28</sup> Ungureanu O./ Munteanu C., *Protecția drepturilor nepatrimoniale cu privire specială asupra drepturilor personalității în concepția Codului Civil*, RRDP 3/2016, II.

<sup>29</sup> For extensive discussions on the protection of the personality rights in the Romanian law, under the new legislation, see: Cristea B., *Respectul datorat ființei umane și drepturile ei inerente (drepturi ale personalității)*, teză de doctorat, București, 2015, 54 f.; Ungureanu O./ Munteanu C., *Drept civil. Persoanele – în reglementarea noului Cod Civil*, ed. a 3-a, revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2015, 46-120; Chelaru E., *Drepturile personalității în reglementarea noului Cod Civil*, în Dreptul no. 10/2011, 30-62.

<sup>30</sup> For analysis of the means of protection of the personality rights in the Romanian Law, see: B. Cristea, *Respectul datorat ființei umane și drepturile ei inerente (drepturi ale personalității)*, teză de doctorat, București, 2015, 252-296; Ungureanu O./ Munteanu C., *Protecția drepturilor nepatrimoniale cu privire specială asupra drepturilor personalității în concepția Codului Civil*, RRDP 3/2016, 13-27; Rădoi A., comments on the Art. 252-257 in Baias Fl., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coord.), *Noul Cod Civil. Comentarii pe articole. Art. 1-2664*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, 247-251; V. Bîcu, *Apărarea drepturilor personalității* in Nicolae M. (coord.), Bîcu V., Ilie G.-A., Rizoiu R., *Drept Civil. Persoanele*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, 68-75.

defensive actions (preventing action, ceasing action and the action of stating the infringement), but also repairing actions (action for damages, action for compensation of non-pecuniary damages). Nevertheless, the legislator omitted to include the right of reply in the list of actions to which the natural person is entitled, even though this action was part of the project of the code, but this should be remedied, in order to continue the development in accordance with other European provisions.<sup>31</sup>

### C. European Law

The violations of the personality rights result in non-pecuniary harm, such as injury to feelings, pain and suffering, loss of a good reputation, social discredit, mental distress and worry, or even physical discomfort.<sup>32</sup> ECJ stated in the decision Shevill that the harm in such cases is a loss other than physical and economic, and it affects the personal values of the person involved.<sup>33</sup> Therefore the aggrieved or threatened person is legally entitled to apply for other preventive and remedial measures, such as an interim injunction or the right to reply. The person is entitled to a rectification not only in the newspapers, but also on the website where the injurious information was published. But a remedial measure can entail an order to refrain from commencing or continuing the violation of one's personality rights.<sup>34</sup> Privacy issues can only effectively be protected by injunctions, since once the intimate details or photographs are made available on internet, the privacy is lost irremediably and for an unlimited time.<sup>35</sup> Hence the prevention of publishing intimate information or pictures on internet should play for the individuals and other interested parties, *i.e.* public authorities, companies, an important role for the protection of individuals' privacy.

---

<sup>31</sup> See more about the importance to include the right to reply in the Civil Code in Chelaru E., *Drepturile personalității în reglementarea noului Cod Civil* în Dreptul, no. 10/2011, 50.; The Code of regulating the Audiovisual Content of the National Audiovisual Council (Consiliul Național al Audiovizualului, CNA), has created a legal framework of the right to reply and rectification in the IV Title, Art. 49-63; Art. 144. But its regulation is considered ineffective, mostly because the appointments to the CNA are politicized. See more in the Report "Freedom of the Press" 2014, available online: <https://freedomhouse.org/report/freedom-press/2014/romania>.(accessed 17. January 2017)

<sup>32</sup> Marton, E., *Violations of Personality Rights through the Internet: Jurisdictional Issues under European Law*, Nomos, 2016, 38.

<sup>33</sup> Case C-68/93 - Shevill and others and Presse Alliance SA, 07.03.1995, para. 23.

<sup>34</sup> Marton, E., *Violations of Personality Rights through the Internet: Jurisdictional Issues under European Law*, Nomos, 2016, 39.

<sup>35</sup> Eady, D., *Injunctions and the protection of privacy*, C.J.Q., Vol. 29, no. 4, 2010, 411.



## II. Personality Rights on the Internet

### A. *The characteristics of the internet*

The global nature of the internet enables persons to have access to information worldwide easily, instantly, simultaneously, constantly, inexpensive.<sup>36</sup> In Lawrence Siry and Sandra Schmitz's words: "Nowhere is the world smaller than on the internet. Today with a click of a mouse, people from across the globe can re-acquaint themselves with the old friends, research the unknown, and read newspapers from faraway places and far away times."<sup>37</sup> The internet has steered different opinions among the scholars and some consider that there is a need for complex, technology-specific connection factors, while others insist that the traditional technology-neutral criteria formed by the geographical boundaries of states continue to be valid.<sup>38</sup>

### B. *Jurisdiction*

Courts from different countries around the world have established several connecting factors to set disputes in which the victim intends to establish the non-contractual liability of the publisher or brings an action to preclude the publication of the harming content.<sup>39</sup> Worth mentioning are the approaches of the German Federal Court of Justice in the New York Times case and of the ECJ in the eDate Advertising and Martinez joined cases.

In the New York Times case, the Court had to decide on a dispute regarding an article published by the New York Times, which violated the right to the name and the reputation of the plaintiff, a citizen residing in Germany and operating a business there.<sup>40</sup> After analysing multiple factors,<sup>41</sup> such as the subject matter of the complaint, the number of registered users of the website domiciled in

---

<sup>36</sup> Marton, E., *Violations of Personality Rights through the Internet: Jurisdictional Issues under European Law*, Nomos, 2016, 28.

<sup>37</sup> Siry, L./Schmitz, S.: *A Right to Be Forgotten? – How Recent Developments in Germany May Affect the Internet Publishers in the US*, EJLT, Vol. 3, No. 1, 2012, 1.

<sup>38</sup> Norris, E. F., *Why the Internet Isn't Special: Restoring Predictability to Personal Jurisdiction*, Arizona Law Review, Vol. 53, 2011, 1013, 1015-1016; Bigos, O., *Jurisdiction over Cross-Border Wrongs on the Internet*, ICLQ vol. 54, July 2005, 585, 601-603.

<sup>39</sup> For more cases and solutions on jurisdiction in different countries, see Svantesson, D.J.B., *Private International Law and the Internet*, Netherlands, Kluwer Law International, 2<sup>nd</sup> edition, 2012.

<sup>40</sup> Case *New York Times BGH*, 02.03.2010, VI ZR 23/09 (BGHZ 184, 313); for comments on this case, see Dittmayer, M., *Persönlichkeitsverletzungen durch Äußerungen im Internet*, DuD 12/2013, 780-781;

<sup>41</sup> Case *New York Times BGH VI ZR 23/09*, 02.03.2010 (BGHZ 184, 313), 21-24.

Germany, and the nature of the website, the BGH established its own jurisdiction and drew the conclusion that the article was of interest to the German Internet users, who could read the material and in this way, there would be a violation of the personality right of the plaintiff.<sup>42</sup>

The ECJ interpreted Art. 5 (3) of Brussel I<sup>43</sup> in the eDate and Martinez joined cases.<sup>44</sup> Mr. X, an individual domiciled in Germany, brought an action against a company based in Austria to refrain from using his full name when posting information on its internet portal about him and a crime he committed in the past. The other case refers to the interference with the private life and the infringement of the right to image of the French actor O. Martinez and of his father by MGN Limited, a company governed by English law, which published information and pictures of them on its website. The Court determined the following: The person who considers that their rights have been violated through an online content is entitled to two possibilities for bringing an action for liability. They can either bring an action in the courts of the Member State of the establishment of the publisher of the online content or in the courts of the Member State where they had the centre of their interests at the time when the content was published on Internet. The plaintiff has also the possibility to bring their action before the courts of each Member State in the territory of which content placed online is or has been accessible.

### *C. Data protection issues*

A main problem of the data protection on social networks which needs a rapid solution is the lack of the possibility to estimate the long-term consequences of the irresponsible use of personal data.<sup>45</sup> Moreover the absence of legal awareness and a stronger culture regarding the responsible use of the personal data are much needed.<sup>46</sup> There are still some discrepancies even in the European countries. Yet,

---

<sup>42</sup> Case *New York Times BGH VI ZR 23/09*, 02.03.2010 (BGHZ 184, 313), 21-25. At point 24 the BGH underlined that his rights are violated if only one person from the victim's social environment (Lebenskreis) get to the article. A contrary decision *Seven Days in Moscow BGH*, 29.03.2011, VI ZR 111/10 was given in the case of a blog entry in Russian and published in Cyrillic script about a plaintiff who was domiciled in Germany.

<sup>43</sup> Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters – Art. 5 A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued: (3) 3. in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred or may occur.

<sup>44</sup> Joined Cases C-509/09 *eDate Advertising GmbH v X and C-161/10 Oliver Martinez, Robert Martinez v MGN Limited ECJ*, 25.10.2011.

<sup>45</sup> Birk, D./Reimer, H./Wegener, C., *Soziale Netze – neue Impulse zum Datenschutz*, DuD 2010, 492.

<sup>46</sup> Birk, D./Reimer, H./Wegener, C., *Soziale Netze – neue Impulse zum Datenschutz*, DuD 2010, 492.

according to a recent report of Eurobarometer the gravity of such problems seems to draw more and more attention of European citizens, mostly the German citizens care more about their privacy, but the Romanian citizens have also made progress in this matter compared to previous years.<sup>47</sup>

Even though the personality rights have been explicitly laid down in the Civil Code since 2011, many aspects of them have been incorporated in other special laws. Worth mentioning is the law concerning the protection of personal data. The above-mentioned problems regarding the data protection issues are also present in Romania and they lie also at the beneficiaries of such rights, namely the data subjects, who seem not to be aware of the actions and measures they have at hand in this field and rarely dare to face institutions or companies in front of the court.

One of the first famous cases regarding the protection of personal data in Romania is from 2009.<sup>48</sup> The applicant sued the Bucharest town hall for publishing his name, surname, data of his ID and the degree of invalidity on its website. The infringement of the right to the protection of personal data was considered illegitimate by the court. This case could have been a landmark decision and should have had a stronger echo amongst Romanian citizens, but unfortunately this was not the case.

*a) Recent Romanian case: "shame lists"*

The protection of personality rights on internet still lies in the shadow. This is also highlighted by the recent so-called "shame lists".<sup>49</sup> Those lists published by the Romanian National Agency for Fiscal Administration (Agenția Națională de Administrare Fiscală, ANAF) on the Internet on 30<sup>th</sup> June 2016, contained personal data and information about debts of more than RON 1500 (almost €333) of more than 187,000 Romanian citizens.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> On this, see Flash Eurobarometer 443, Report ePrivacy, Fieldwork July 2016, Published in December 2016. Most the respondents are aware that, according to the law, personal information can only be accessed with their permission and that instant messaging and online voice conversations are confidential. Report ePrivacy, 4. For the majority of respondents, 9 in 10 respondents, the privacy of their personal information, their online communications and their online behaviour is very important. Report ePrivacy, 29.

<sup>48</sup> Court of First Instance, Sector 1, Bucharest, Civil Chamber, 16.03.2009, available online on: <http://www.juridice.ro/100724/judecatoria-sectorului-1-daune-morale-pentru-publicarea-pe-internet-a-datelor-personale.html>. (accessed 17. January 2017)

<sup>49</sup> The lists of debtors who are natural persons were removed from the open national portal, but they can still be accessed on ANAF's website.

<sup>50</sup> The datasets from 30<sup>th</sup> June 2016 were published on the website: <http://data.gov.ro/dataset/datoriile-catre-bugetul-de-stat> and deleted on 1<sup>st</sup> August 2016.

The 2015 amendments to the Romanian Fiscal Procedure Code allows the fiscal authorities to publish on their own webpages the name, address and other information regarding the registered amount of debt of the bad debtors. This legal obligation from Art. 162<sup>51</sup> of publishing was widely interpreted and datasets were excessively released on the national open data portal, which is against both provisions of the Fiscal Procedure Code and of the National Agency for Fiscal Administration Presidential Order no. 558/2016.<sup>52</sup> This publishing has raised some concerns regarding the balancing of personal data protection and public interest. Once the data is published on internet, measures should be taken that this is necessary, proportionate and that it fulfils the intended purpose.<sup>53</sup> Such data can be reused, not only because the information was made available online in an Excel Word format and could therefore be downloaded, but also because the data can be found in the search engines, and therefore anywhere and unlimited on the Internet.

The Romanian Data Protection Authority (Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal, ANSPDCP) examined the situation and sanctioned the fiscal authority with a RON 16,000 fine (almost €3,555), for violations of Law no. 677/2001<sup>54</sup>, more specifically of Art. 4 (1) (a) because of an unfairly processing of the data and for not complying with the existing legal provisions and of Art. 4 (1) (d) for not erasing and/or rectifying inaccurate or incomplete data and publishing inaccurate and outdated data.<sup>55</sup> The ANSPDCP also criticised the incompliance with Art. 12 of Law no. 677/2001 because the data subject was not properly informed of the purpose of the data collection, the recipients or the categories of recipients of the data, the existence

---

<sup>51</sup> Article 162 of the Fiscal Procedure Code: Publishing debtors lists (1) Fiscal bodies have the obligation to publish on their own Internet page the list of debtors, natural and legal persons which accumulated unpaid tax obligations, as well as the amount of the obligation. (...) (3) Before publication, unpaid taxes are notified to the debtors. Taxes of secondary registered offices which pay wages or income assimilated to wages are notified to the debtor at the structures where he/she operates.

The procedure for publishing the list of debtors is established by ANAF Presidential Order no 558 of 29 January 2016. The procedure mentions that the list will include the family name and surname of the debtor, address and the amount owed. The same procedure also mentions how the notification is made (Art 10) and what elements it contains (Annex no 1).

<sup>52</sup> The ANAF Presidential Order no 558 of 29 January 2016 was amended by Order no 2266/2016 of 27<sup>th</sup> July 2016 introducing insignificant changes concerning the table format of the datasets. Moreover, the databases with natural persons as debtors contain a field for observations about the state of the debtor for example insolvency, bankruptcy. See Annex no. 2, p. 3 of the Order.

<sup>53</sup> See more in Pavel Burloiu, V., Reports, Romania: *Publishing "Shame Lists" on the Internet: Respecting Data Protection Principles vs Public Interest*, EDPL 3/2016, 405.

<sup>54</sup> Law no. 677/2001 for the Protection of Persons concerning the Processing of Personal Data and Free Circulation of Such Data.

<sup>55</sup> See more in the press release of the ANSPDCP, 24.05.2016, available in Romanian online: [http://www.dataprotection.ro/?page=24.05.2016\\_Comunicat\\_de\\_presa&lang=ro](http://www.dataprotection.ro/?page=24.05.2016_Comunicat_de_presa&lang=ro). (accessed 17. January 2017)

of the data subject's rights, in this case the right to access, intervention and objection and the way they may be applied.

The ANSPDCP should have intervened when the proposal to modify the provisions of the Fiscal Procedure Code and the ANAF Presidential Order's provisions were discussed and should have given a written, detailed statement of the consequences on the personal data protection. The legal obligations are clearly not in accordance with the technological development, not adjusted to the current reality of the Internet. There is no requirement of obtaining the prior approval or notification of the data subject, that their personal data will be published by ANAF, because the data subject's consent is not required when the processing concerns data obtained from documents, which can be accessed publicly, according to Art. 5 (2).<sup>56</sup>

The ECJ's reasoning in the case *Bara v. CNAS* that public institutions can not transfer data merely based on inter-institutional protocols and without the data subject's consent,<sup>57</sup> is relevant for the "shame lists" because the excessive publication of data was made on ANAF's own website and on the Romanian open data portal (data.gov.ro) as well. Additionally, the Romanian Supreme Court for Cassation and Justice (Înalta Curte de Casație și Justiție, ICCJ) outlined in the decision no 37/2015 that the name and surname need to be anonymised when access to public information is granted.<sup>58</sup> Therefore, the mere publication of "shame lists" with personal data does not have a sufficient and justifiable basis and represent an infringement to private life.

The "shame lists" issue underlines the need of raising the awareness regarding the importance of the data protection principles, but it also shows the fact that the Romanian legal system has to adapt to the new upcoming European legislation, which will have a great impact especially on the public institutions and the legal persons. The General Data Protection Regulation 2016/679 will apply from 25<sup>th</sup> May 2018.<sup>59</sup> After the end of May 2018 data protection infringements such as in the shame lists' case could lead to fines up to 20 million Euros or

---

<sup>56</sup> See also Pavel Burloiu, V., Reports, *Romania: Publishing "Shame Lists" on the Internet: Respecting Data Protection Principles vs Public Interest*, EDPL 3/2016, 405.

<sup>57</sup> Case *C-201/14 Bara v CNAS ECJ*, 01.10. 2015, para. 43; for an analysis see the case note by van Schendel, S., 'Smaranda Bara & Others: Determining the Scope of Exemptions from Data Subject's Rights to Process Tax Data', EDPL 2/2016, 254.

<sup>58</sup> Supreme Court for Cassation and Justice decision no 37/2015, 07.12.2015, available online on: [http://www.scj.ro/1093/Detailii-jurisprudenta?customQuery\[0\].Key=id&customQuery\[0\].Value=125596](http://www.scj.ro/1093/Detailii-jurisprudenta?customQuery[0].Key=id&customQuery[0].Value=125596) (accessed 17. January 2017)

<sup>59</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

up to 4 % of the total worldwide annual turnover of the preceding financial year, whichever is higher.<sup>60</sup>

Romania has one of the fastest internet connections in the world, the internet infrastructure is modern and of a high quality, not least because the internet was introduced a little bit later than in countries like Germany.<sup>61</sup> Some consider that Romania could become Europe's Silicon Valley. It fulfils both the technical conditions – a fast internet connection – as well as the human resources – highly qualified IT specialists. However, these facts should also encourage people to be aware of the legal provisions and to comply with the national and European legislation and jurisprudence. The growing use of the internet can lead to more infringements of personality rights, for example through smart devices, such as smart TVs, smart watches, smart cars or mobile apps which gain access to our personal data, pictures and phone contacts and that can be or are sent to third parties.<sup>62</sup>

#### *b) Facebook as a public space*

In 2014, Facebook became the subject of a legal issue in Romania for the first time and the Romanian Supreme Court for Cassation and Justice decided, that a

---

<sup>60</sup> See the criteria for imposing the administrative fines for the companies in Art. 83 of the General Data Protection Regulation 2016/679:

(4) Infringements of the following provisions shall, in accordance with paragraph 2, be subject to administrative fines up to 10 000 000 EUR, or in the case of an undertaking, up to 2 % of the total worldwide annual turnover of the preceding financial year, whichever is higher: (a) the obligations of the controller and the processor pursuant to Articles 8, 11, 25 to 39 and 42 and 43; (b) the obligations of the certification body pursuant to Articles 42 and 43; (c) the obligations of the monitoring body pursuant to Article 41(4).

(5) Infringements of the following provisions shall, in accordance with paragraph 2, be subject to administrative fines up to 20 000 000 EUR, or in the case of an undertaking, up to 4 % of the total worldwide annual turnover of the preceding financial year, whichever is higher: (a) the basic principles for processing, including conditions for consent, pursuant to Articles 5, 6, 7 and 9; (b) the data subjects' rights pursuant to Articles 12 to 22; (c) the transfers of personal data to a recipient in a third country or an international organisation pursuant to Articles 44 to 49; (d) any obligations pursuant to Member State law adopted under Chapter IX; (e) non-compliance with an order or a temporary or definitive limitation on processing or the suspension of data flows by the supervisory authority pursuant to Article 58(2) or failure to provide access in violation of Article 58(1); L 119/82 EN Official Journal of the European Union 4.5.2016.

<sup>61</sup> According to a report of Akamai Technologies, Romania is on the 1<sup>st</sup> place in Europe and the 8<sup>th</sup> in the world with 72,9 Mbit/s speed of the internet. See the Report from 16. December 2015 (p. 13). Average Peak Connection Speed by EMEA Country. State of the Internet Report, available online: <https://www.akamai.com/cn/zh/multimedia/documents/state-of-the-internet/akamai-state-of-the-internet-report-q3-2015.pdf> .(accessed 17. January 2017)

<sup>62</sup> See more about Smart Life Technologies and their challenges with personal data protection in Heckmann, D. Smart Life – Smart Privacy Management, K&R 2011, 1.

Facebook profile shall be considered a public space and therefore each post on one's own Facebook wall can become an infringement.<sup>63</sup> There is no decision in German Law, which states, that Facebook is a public space, but this conclusion can be concluded from the arguments given by the German Aschaffenburg district Court in 2011 requiring a company to respect its obligation to provide extensive details in an "Impressum" on Facebook.<sup>64</sup> Facebook pages are also considered public spaces under the Swiss law, according to the decision<sup>65</sup> of the District Court of the Canton of Zürich from November 2013 in a case in which a young man had to face criminal charges after he had posted on his Facebook wall that he would exterminate everyone who wished him a happy birthday.<sup>66</sup>

*c) Facebook and the children's right to image*

Posting pictures of infants on Facebook is a common issue in Romania and France, because such a behaviour can threaten children's privacy and security. The Gendermerie wrote a post called "Well you can be a proud mum and proud dad to your magnificent children, but beware." This message was meant to draw the parents' attention to the risks they are putting their kids to, as a response to Facebook "chain" posts that encouraged them to become more active on Facebook, appealing to their pride. Facebook's message sounded: "Are you proud of your children? If so post three pictures of your beautiful children on Facebook and tag 10 of your friends to do the same."<sup>67</sup> This issue raises the question, if a protection of children's privacy is granted, when their own parents, without their children's consent publish pictures of them online. According to the French law art. 226-16-1 to 226-22-2<sup>68</sup> children can sue their parents and are entitled to demand compensation in such cases. Moreover, the parents could also face criminal charges and up to 5 years of imprisonment. The EU General Data Protection Regulation 2016/679 enshrines in Art. 8 a better protection for the

---

<sup>63</sup> Supreme Court for Cassation and Justice decision no. 4546/27.11.2014.

<sup>64</sup> LG Aschaffenburg, 19.08.2011, Az. 2 HK O 54/11; Impressum bei geschäftlichem Facebook-Profil.

<sup>65</sup> Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, 25.11.2013 SBI30371-O/U/jv.

<sup>66</sup> The threat of the defendant to annihilate all who congratulated him on his birthday was taken seriously. One of the arguments stated in the decision is that the Facebook post could be read and reposted (forwarded) at least by his 290 Facebook friends, which could have had a great impact. See 2.2.3. page 12, of the Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer. 25.11.2013 SBI30371-O/U/jv.

<sup>67</sup> See the article about the Facebook Post, available online: <http://www.thelocal.fr/20160301/french-parents-told-dont-put-photos-of-kids-on-facebook>.(accessed 17. January 2017).

<sup>68</sup> The provisions of the French Criminal Code on the protection of personal data, available online on the website of the French Data Protection Authority (Commission nationale de l'informatique et des libertés, CNIL): <https://www.cnil.fr/fr/les-sanctions-penales>. (accessed 17. January 2017)

children on the internet regarding their consent and the processing of their personal data,<sup>69</sup> but the provision will apply only after 2018. Users, *i.e.* natural persons, should be in control of their data according to the new Data Protection Regulation,<sup>70</sup> but posting pictures online means losing the control on them, because anyone can view, download and re-post them. Sanctions of the parents should be prevented, as it could affect the unity of a family but rather more efforts should be made to raise the awareness of the dangers of making Facebook a family photo album.<sup>71</sup>

#### *d) European law*

Data protection, authors' rights and personality rights give the answers to today's and tomorrow's legal questions on the internet. A high level of data protection thanks to a long effort to build the European data protection reform through the General Data Protection Regulation 2016/679 and Directive 2016/680,<sup>72</sup> the EU-US "Umbrella Agreement" (an agreement to protect personality rights in criminal prosecution) and the EU-US "Privacy Shield" help the European data protection law to suit the needs of recent cases of online infringements.

It needs to be recalled that the EU Directive on personal data protection 95/46/EC was adopted in 1995, at a time when the internet was still in its infancy. Due to the technological neutral text the directive 95/46/EC could answer many questions involving modern technological aspects and guarantee data protection.<sup>73</sup> The text of the directive has not been adjusted to the current

---

<sup>69</sup> Article 8 Conditions applicable to child's consent in relation to information society services 1. Where point (a) of Article 6 (1) applies, in relation to the offer of information society services directly to a child, the processing of the personal data of a child shall be lawful where the child is at least 16 years old. Where the child is below the age of 16 years, such processing shall be lawful only if and to the extent that consent is given or authorised by the holder of parental responsibility over the child. Member States may provide by law for a lower age for those purposes provided that such lower age is not below 13 years. 2. The controller shall make reasonable efforts to verify in such cases that consent is given or authorised by the holder of parental responsibility over the child, taking into consideration available technology. 3. Paragraph 1 shall not affect the general contract law of Member States such as the rules on the validity, formation or effect of a contract in relation to a child. 4.5.2016 EN Official Journal of the European Union L 119/37.

<sup>70</sup> See recital 9 of the General Data Protection Regulation 2016/679.

<sup>71</sup> See also a newspaper article about this topic, available online: <http://www.saarbruecker-zeitung.de/sz-spezial/internet/art371089,6354912>. (accessed 17. January 2017)

<sup>72</sup> Directive 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection.

<sup>73</sup> See more in art. 29 Data Protection Working Party, *The Future of Privacy*, WP 168, 1. December 2009, 14.



realities of the Internet, neither the Romanian law which closely follows the wording of the Directive's provisions. Thus, as Zanfir observes, the Romanian law introduces another legitimacy criteria which could be interpreted to be against the scope of the EU Directive as it is not in line with maximizing the protection of data subject's rights.<sup>74</sup> The issue of publishing personal data on the internet is only tangentially approached by the Romanian Data Protection Authorities.<sup>75</sup> Therefore, it should develop a consistent practice and intervene more promptly in such cases, taking the example of the German Data Protection Authorities, being strict when interpreting the data protection law, but also giving a great amount of fines, to have an impact and draw the attention on the importance of the infringements, but also by publishing guidelines meant to inform the public, i.e. the interested parties, about present topics.

### III. Conclusions

All in all, the protection of personality rights on the internet raises complex issues and is continuously developing. The Romanian and German laws, both as continental legal systems, recognise a framework right covering all manifestations of the personality and are developing long-standing practices for the protection of privacy and other personality rights. Both legal systems have numerous remedies and actions to assure the legal rules for the protection, even though there are considerable differences regarding the amount of monetary compensation for non-pecuniary damage - in Romania the fines are up to 3000 Euros and in Germany 20.000.

Germany has a long tradition concerning the protection of personality rights and its arguments, the fiercely fight of the German Data Protection Authorities for the personality rights against IT companies, the publishing of guidelines, the comments on decisions of German and European courts are worth following. Neither the Romanian nor the German laws could enshrine a catalogue with all the personality rights, because due to the continuous development of this legal field, that would be very difficult and always outdated, but the future will surely bring recognition to new aspects of the personality.

---

<sup>74</sup> Zanfir, G., 'Protecția datelor personale. Drepturile persoanei vizate', Praxis (2015) 68-69.

<sup>75</sup> According to the Romanian Data Protection Authority's annual report from 2010, available online in Romanian on: <http://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=763> and annual report from 2011, available online in Romanian on: <http://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=790>, public institutions were sanctioned for publishing personal data, i.e. name, surname and place of residence of tax payers. See also comments in Pavel Burloiu, V., Reports, *Romania: Publishing "Shame Lists" on the Internet: Respecting Data Protection Principles vs Public Interest*, EDPL 3/2016, 406.

The Romanian Data Protection Authority should strengthen its position in the law-making process and signalise more the importance of data protection provisions and their consequences and should publish guidelines for the companies, authorities and data subjects more often.

The jurisprudence develops the aspects of personality rights, which have to keep the pace with modern technologies. Nowadays everyone can become a victim of infringement through the dangers that lure on the internet, on social networks, blogs or review portals,<sup>76</sup> and suffer unforeseeable consequences for indefinite time. Prevention based on awareness raised through information on the legislation and the interpretation of legal decisions, can lead to fewer infringements. Hence, the public authorities have the duty to become more involved in the activities of prevention.

---

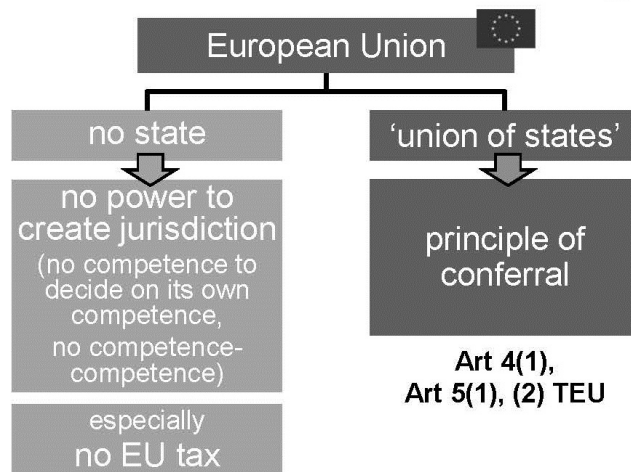
<sup>76</sup> Ehmann, E. (Hrsg.), Bruggmann, T., *Lexikon für das IT-Recht 2016/2017: die 150 wichtigsten Praxisthemen*, 7. Auflage, Heidelberg; Jehle, 2015, 322.

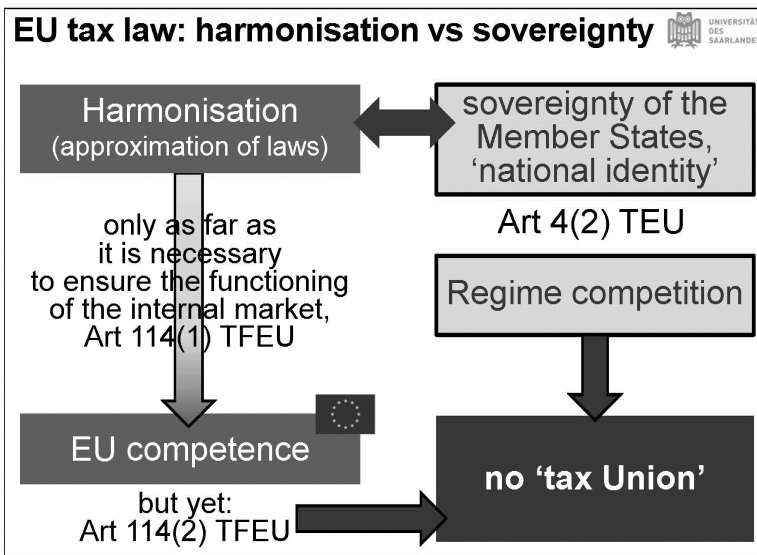
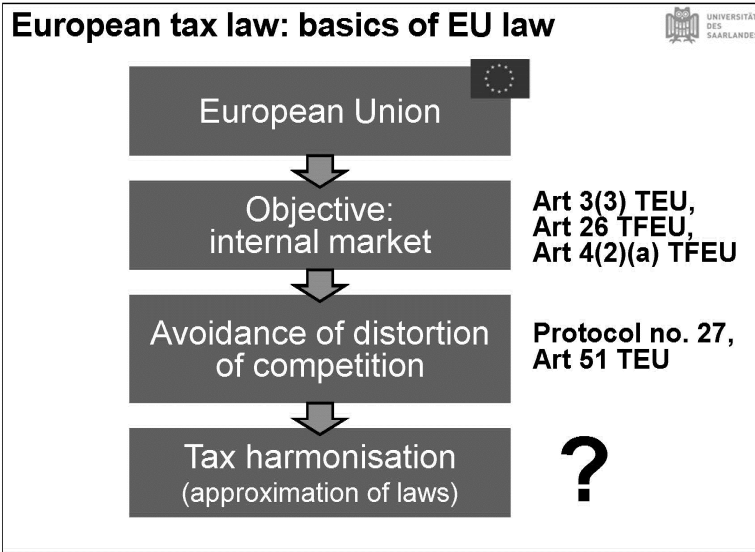
**Prof Dr Christoph Gröpl**  
Chair of Constitutional and Administrative Law,  
German and European Fiscal and Tax Law

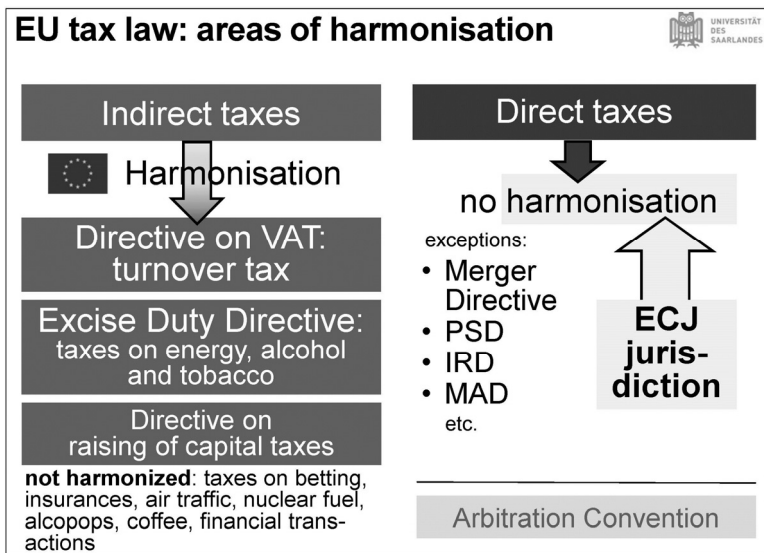
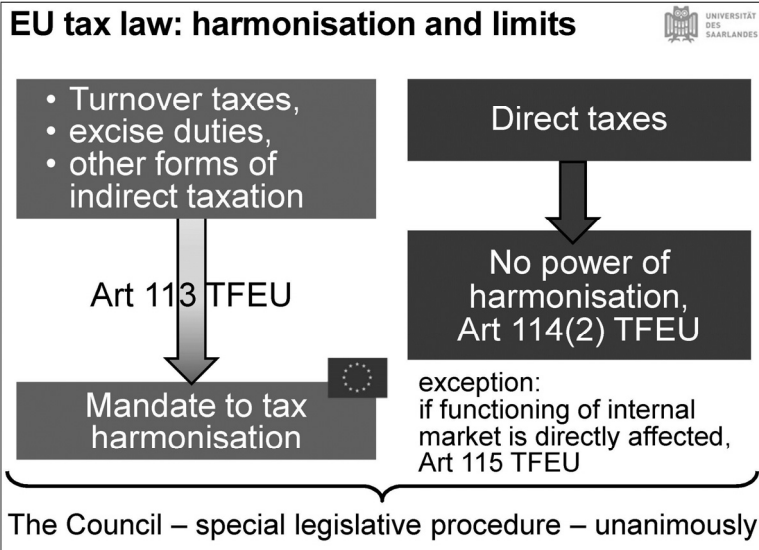
## **EU Law: The impact on national tax law**

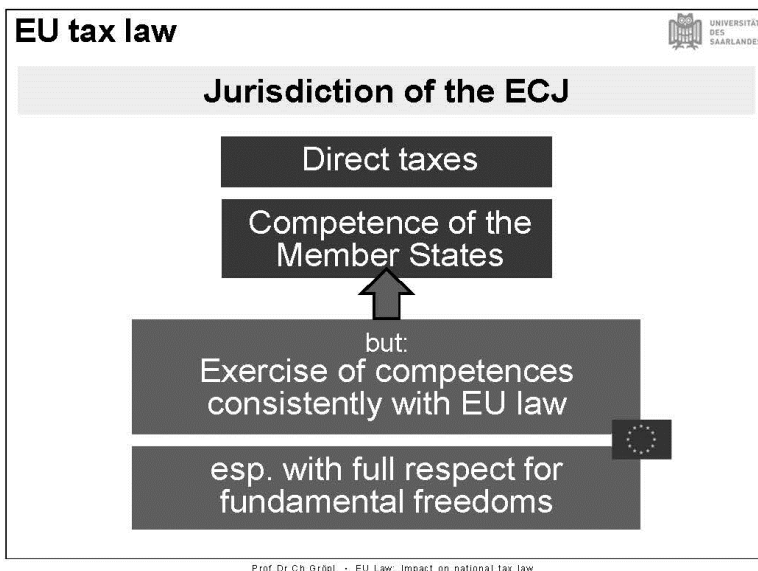
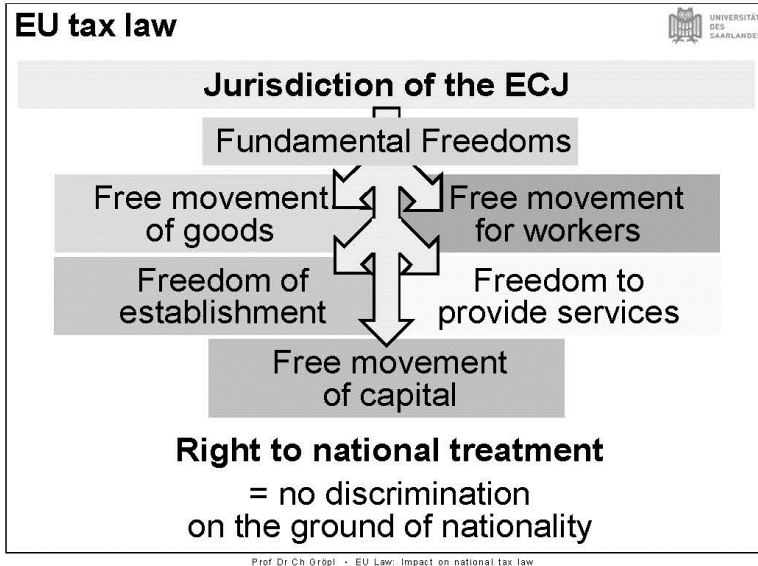
6<sup>th</sup> Public Romanian-German Colloquium on European Law  
“The Influence of European Law upon National Law –  
Experiences and Future Perspectives  
of Romania and Germany”,  
Saarbrücken, 3<sup>rd</sup> November 2016

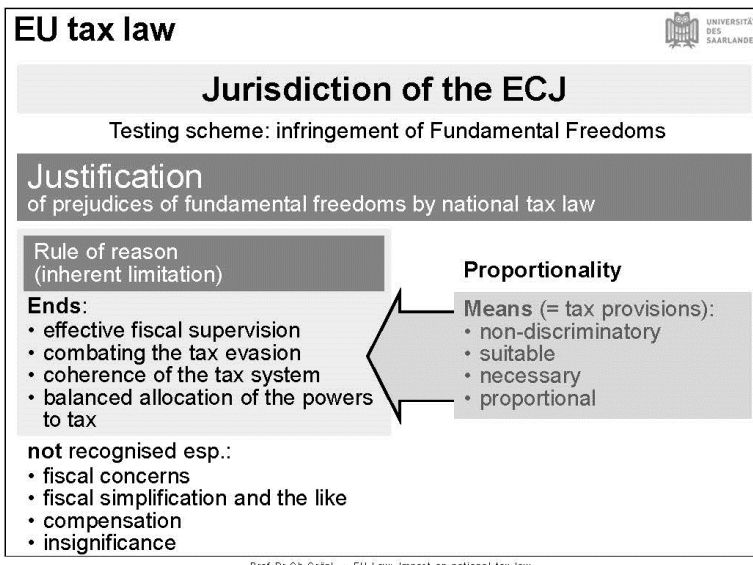
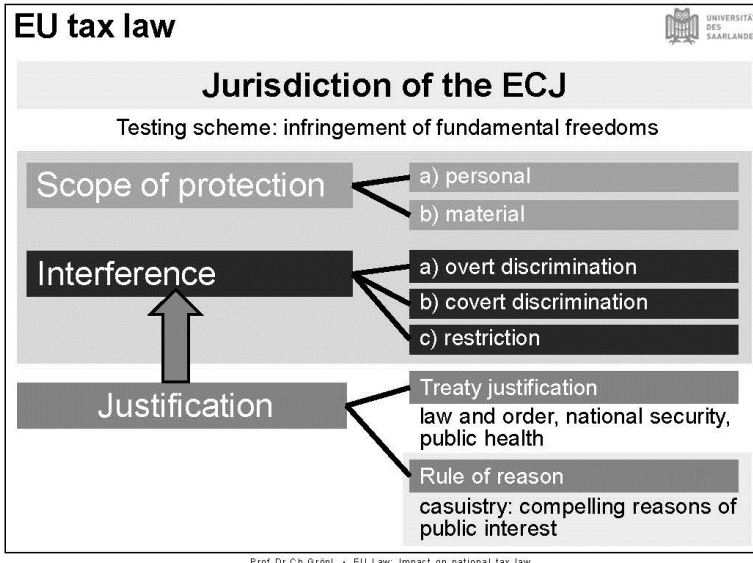
### **European tax law: basics of EU law**

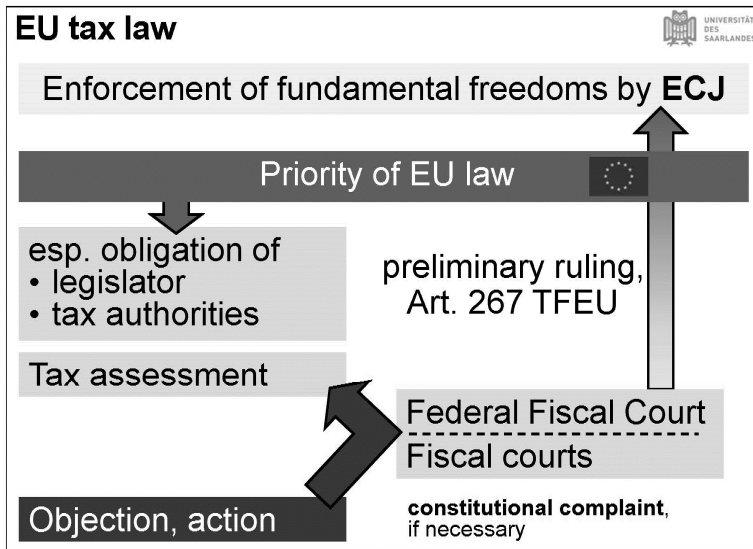














---

---

# "24/7 HOME CARE SERVICES" FOR THE GERMAN ELDERLY BY ROMANIAN AND EAST EUROPEAN WORKERS – NATIONAL STANDARDS AND EUROPEAN LAW INFLUENCES<sup>1</sup>

Michael ANTON<sup>2</sup>

---

## 1. Introduction

### 1.1 "Crisis in Care"

With the current health care crisis in the United States dominating the media, one would not assume that the German healthcare system is currently ranked in third place of the most expensive health care systems in the world.<sup>3</sup>

It is true that Germany is desperately lacking staff and resources to adequately treat people in need of care or medical services dispensed at home. As a consequence of this, it is sometimes referred to as a "crisis in care"<sup>4</sup>.

As a means to provide care by medically skilled carers for family members and people in need, German nationals have begun to rely on private nurses for domestic use. The services taken advantage of are not solely limited to specially trained nurses in the medical sense but also services such as: dressing the elderly,

---

<sup>1</sup> This contribution is a summary of a paper which was presented to the Sixth Romanian-German Symposium on European Law "The Influence of European Law upon National Law - Experiences and Future Perspectives of Romania and Germany", held at Saarbrücken, Germany, 31 October to 5 November 2016, in the framework of the friendship and cooperation agreement between the Law Faculties of Craiova University and Saarland University.

<sup>2</sup> Michael Anton ist Professor Extraordinarius at Saarland University, Saarbrücken, and attorney-at-law at Kanzlei für Wirtschafts- und Vermögensrecht, Saarbrücken. The author would like to thank Mr. Alexander Alsfasser for his research work in this topic and Ms. Helena McKenzie for proofreading the manuscript.

<sup>3</sup> Uschi Götz, Am Ende leiden die Patienten, Deutschlandfunk online, [http://www.deutschlandfunk.de/pflegenotstand-in-deutschland-am-ende-leiden-die-patienten.724.de.html?dram%3Aarticle\\_id=303633](http://www.deutschlandfunk.de/pflegenotstand-in-deutschland-am-ende-leiden-die-patienten.724.de.html?dram%3Aarticle_id=303633) (12.10.2016).

<sup>4</sup> Ärzteblatt vom 15.09.2016, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/70501/Saarland-soll-1-000-neue-Stellen-fuer-Pflege-bekommen> (12.10.2016); Knopp, Osteuropäische Pflegehilfen in der häuslichen Pflege - Dringender Handlungsbedarf, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2016, 445-449, 445 („beschönigend“).

body care, laundry, providing assistance when shopping, tending to housework, cleaning etc. and also being social with the elderly, paying attention to their emotional needs and listening to their problems.

Sadly, even “non medical” care services pose an immense “cost problem”. This is due to German labour law, especially the *German Working Time Act* (*Arbeitszeitgesetz*), which demands at least 3, probably 4 nurses to fulfil the task of a “real” 24/7 Homecare service. If tallied up, the support provided by *private* “real” 24/7 care services amount to a cost of a minimum of 10.000 - 12.000 Euros every month.<sup>5</sup>

### 1.2 “Low Cost” nurses from Central and Eastern Europe

As a consequence we are observing a growing market for (lower cost) nurses today, mostly originating from Central and Eastern Europe, but especially from Poland and Romania.

The German market for Homecare services supplied by East European nurses functions in practice like this: A German elderly person, or rather their children get in touch with a German Agency. In most instances this is accomplished via the Internet. The German Agency cooperates with East European companies, that provide a portfolio or prepare cards introducing their nurses and listing their skills and expertise such as the care with patients suffering from different degrees of dementia or Alzheimer’s. The people in need of care then choose one of the offered “nurse-options”, pay for their transport to Germany and welcome the nurses at their place of residence. The nurse usually lives in the house of the German elderly during her stay, which is usually 3 months in duration and provides the abovementioned services. This option offers a chance for many German families, as 24/7 care services can be financed in this manner for monthly costs averaging about 1300-1500 Euros.<sup>6</sup> After a 3-month stay, the nurse is then substituted by another nurse originating from an East European country.

The content and the administration of offering these services raise some serious legal difficulties. This is further demonstrated by the fact that the use of East European nurses in Germany is sometimes referred to as a “*grey care market*”<sup>7</sup>. Nonetheless this habit is very common and widespread. Potentially due to the fact that the extent of care provided by Central and East European agencies

---

<sup>5</sup> Fuchs, Der rechtliche Status von Pflegekräften aus den neuen EU-Staaten, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2010, 980-986, 980 (approximately 8.000 – 10.000 Euro per month).

<sup>6</sup> Fuchs, Der rechtliche Status von Pflegekräften aus den neuen EU-Staaten, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2010, 980-986.

<sup>7</sup> IAB Stellungnahme „Grauer Pflegemarkt“ und professioneller Pflegearbeitsmarkt in Bayern“ ([doku.iab.de/stellungnahme/2011/sn0711.pdf](http://doku.iab.de/stellungnahme/2011/sn0711.pdf) (12.10.2016)).

would not be affordable for most German households. *Academics* at the German Institute for Applied Nursing Research examined the care assistance market by their legal criteria and estimate that up to 400.000 East European nurses illegally worked in German households at that time.<sup>8</sup> The purpose of this contribution is to highlight these legal issues of 24-hour care services and to discuss possible solutions and admissible legal systems.

## *2. Illegal 24/7 home care services in the literal sense*

To set the record straight, “real” 24/7 home care services provided by one (!) nurse are not permitted due to the *German Working Time Law* (Arbeitszeitrecht). This is applicable in those instances where the nurse lives in the residence of the German person in need of care and s/he has to stay on standby during nights, even on Sundays and public holidays.

It is not clear, whether the *German Working Time Law* applies to the employment of a 24-hour nursing staff. Allow me to refer to Section 18 Subsection 1 Number 3: *The German Working Time Act is not applicable to an employee, that lives in a common household with the person cared for, so that a distinction between work and leisure time is in fact not possible.*

However, this exemption will not apply to the case at hand, due to the fact that it is possible to separate the time working and time available for leisure within the 24-hour care.<sup>9</sup> The idea behind the facet of this exemption is that of a SOS children’s village mother.<sup>10</sup> She cannot separate her leisure time from her work in educational and pedagogical terms.<sup>11</sup>

Merely relying on the fact that caregivers live in the house of the elderly does not mean, that a common everyday coordination and a shared economic activity or even regular life has to take place<sup>12</sup> as we have witnessed it in the case of the SOS childrens villages.<sup>13</sup> Thus, the *German Working Time Law* applies to the cases of

---

<sup>8</sup> Dowiedeit, Schwarzarbeit in der Pflege soll legalisiert werden, Die Welt vom 14.12.2013, <https://www.welt.de/wirtschaft/article122932487/Schwarzarbeit-in-der-Pflege-soll-legalisiert-werden.html> (14.10.2016).

<sup>9</sup> Legal background: BeckOK ArbR/Kock ArbZG, § 18 Rdnr. 5.

<sup>10</sup> Brors/Böning, Rechtliche Rahmenbedingungen für 24-Stunden-Pflegekräfte aus Polen in Deutschland, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2015, 846-850, 847.

<sup>11</sup> Scheiwe/Schwach, Das Arbeitszeitrecht für Hausangestellte nach Ratifizierung der ILO-Konvention 189, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2013, 1116-1120, 1118.

<sup>12</sup> Brors/Böning, Rechtliche Rahmenbedingungen für 24-Stunden-Pflegekräfte aus Polen in Deutschland, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2015, 846-850, 847.

<sup>13</sup> Scheiwe/Schwach, Das Arbeitszeitrecht für Hausangestellte nach Ratifizierung der ILO-Konvention 189, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2013, 1116-1120, 1118.

24-hour care<sup>14</sup> and this concludes that the average daily working time may not exceed 8 hours, § 3 ArbZG. In addition, it should be noted that even the emergency service of the nurse should be regarded as working time and is therefore to be remunerated with minimum wage.<sup>15</sup> This implies consequentially that from a legal perspective, a “real” 24-hour care cannot be legally achieved by a single nurse alone.

### 3. Die Modelle der 24-Stunden-Pflege und rechtliche Einordnung Models of 24/7 home care services

#### 3.1 “Freelancer Model” / Model of self-employed nurses

This model, which is often described on the market as the most cost-effective one, is applied when Romanian nurses are operating on a basis of self-employment for the German elderly.<sup>16</sup> This approach is most frequently based on Romanian law. The contracts in this case regularly provide, that a “true independence” is present and that the nurse has registered a business in Germany or Romania. At first glance the Freelancer Model offers the advantage, that no employee protection laws are applicable and there is no obligation to pay social security contributions.

Upon closer examination, it seems apparent, that this model of employing an “independent” Romanian nurse can in the least be termed a “*danger zone*” and cannot be recommended. In most cases the nurse is not “independent” and the parties in reality agreed to a so-called disguised employment (“*Scheinselbstständigkeit*”).<sup>17</sup> Disguised employment occurs when a person who is in fact an employee, is classified as a freelancer to disguise their true legal status and to avoid costs that may include taxes and social security contributions.

In the case of the Freelance Model, the nurse provides 24/7 home care services for only one recipient and is incorporated in the household of the beneficiary. Additionally, the Romanian nurse is subject to the authority of the beneficiary to

---

<sup>14</sup> Different opinion: Körner, Pflegekräfte aus Osteuropa - Licht ins Dunkel der Schwarzarbeit? - Zur sozialrechtlichen Bewertung der Tätigkeit von Pflegekräften in Privathaushalten im Hinblick auf die Erweiterung der Arbeitnehmer-Freizügigkeit zum 1.5.2011, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2011, 370-374, 372 (without explanatory statement); Fuchs, Der Einsatz ausländischer Pflegekräfte in der Bundesrepublik Deutschland – Eine Darstellung der aktuellen Rechtslage unter Berücksichtigung europarechtlicher Aspekte, in: SRa 2010, 143-151.

<sup>15</sup> BAG, Beschluss vom 18. Februar 2003 – 1 ABR 2/02 –, BAGE 105, 32-58.

<sup>16</sup> Cf. Brors/Böning, Rechtliche Rahmenbedingungen für 24-Stunden-Pflegekräfte aus Polen in Deutschland, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 846-850, 846; Knopp, Gesetzlicher Mindestlohn auch für osteuropäische Pflegehilfen - legale Modelle versus Schwarzmarkt, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 851-853, 852.

<sup>17</sup> Knopp, Gesetzlicher Mindestlohn auch für osteuropäische Pflegehilfen - legale Modelle versus Schwarzmarkt, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 851-853, 852.

give her/him directions and the nurse must address both the scope and the time of work according to the needs and desires of the person in need of care. As a matter of course, only a case-by-case investigation determines whether there is real self-employment or (illegal) disguised employment present, which will be sanctioned by law.<sup>18</sup> For this reason, the Freelancer Model will not portray an appropriate model for 24/7 home care services by Romanian nurses in most cases.

### ***3.2. Employment of the East European nurse in the German household***

Another way of forming a legal affiliation between the parties is to involve the caregiver in a relationship of direct employment with the person in need of care.<sup>19</sup> This has become an easy option for workers within the European Union, as there is no work permit required. This also applies to Romanian workers since 2014.<sup>20</sup> Concerning this constellation - even if agencies in Germany and in the East European Country are involved - we can talk of a “real” contract of employment immediately between the German person in need of care and the nurse.<sup>21</sup> The advantage of this model is, that due to the benefits supplied by the direct contractual relationship, the German elderly can determine time, scope and locations of the home care services and may dispense instruction immediately to the nurse.<sup>22</sup>

As the person in need of care is an employer, however, there are some disadvantages. These are namely, that the person in need of care is obliged to comply with all employer obligations, including social security contributions and the guarantee of health insurance and social security coverage.<sup>23</sup> In addition to this, the employee can also rely on the comforts of worker protection law and in the case of illness, payment of the salary would need to continue. Additionally the nurse is entitled to free time one day a week and to holiday time of 24 days per annum at least. Due to social security charges, this model will legally cost more

---

<sup>18</sup> AG München, Urteil vom 10. November 2008 – 1115 OWi 298 Js 43552/07 -, juris.

<sup>19</sup> Knopp, Gesetzlicher Mindestlohn auch für osteuropäische Pflegehilfen - legale Modelle versus Schwarzmarkt, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 851-853, 852.

<sup>20</sup> BT-Drucks. 17/7949. Körner, Pflegekräfte aus Osteuropa - Licht ins Dunkel der Schwarzarbeit? - Zur sozialrechtlichen Bewertung der Tätigkeit von Pflegekräften in Privathaushalten im Hinblick auf die Erweiterung der Arbeitnehmer-Freizügigkeit zum 1.5.2011, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2011, 370-374, 371; Bayreuther, Vollständige Arbeitnehmerfreizügigkeit zu Gunsten der MOE-Staaten - Auswirkungen auf das Arbeitsrecht und die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung -Der Betrieb (DB) 2011, 706-711, 706.

<sup>21</sup> Knopp, Gesetzlicher Mindestlohn auch für osteuropäische Pflegehilfen - legale Modelle versus Schwarzmarkt, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 851-853, 852.

<sup>22</sup> ErfK/Preis BGB § 611 Rdnr. 233.

<sup>23</sup> Knopp, Gesetzlicher Mindestlohn auch für osteuropäische Pflegehilfen - legale Modelle versus Schwarzmarkt, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 851-853, 852.

than the in the market offered 1.500 EUR per month, even if we were to take a minimum wage of 8.84 EUR / hour as a basis (since 2017).<sup>24</sup>

In practice employment on a minijob basis (450 EUR/month) would indicate illegality:<sup>25</sup> Attempts have occasionally been made to circumvent the duty to surrender social contributions by employing nurses on a so called „minijob basis“.<sup>26</sup> We discuss an occupation on the basis of mini job when the remuneration generally does not exceed 450 euros per month. The advantages for the employer are demonstrated in health- and social insurance, as s/he only has to pay a fixed amount of 32,59 % of the monthly salary of the nurse for social charges (13 % for public health insurance and 15% for public annuity assurance). Considering the fact that Mini-Jobbers are entitled to the statutory minimum wage of 8.84 EUR / hour, at a first glance, a 24-hour care worker would exceed the 450-euro limit after a few days and the employment would be financed by means of illegal earnings. Hence it is generally assumed that 24/7 home care services on a minijob basis are illegal and punishable by law.

A direct employment relationship is theoretically a legal model for home care services.<sup>27</sup> However, the German elderly person has to comply with all employer obligations, including social security contributions and the guarantee of insurance cover, which increases the total costs. They would also be bound to complying with all legal requirements. The costs will exceed the usually offered 1.500 EUR per month (which includes already fees for the agencies in Germany and in the Eastern European Country). In consideration of the *German Working Time Law* there are approximately a minimum of 60 days per year, which would suggest, that there is no 24/7 home care service contracting only with one worker.

### ***3.3 “Expatriation Model (“employee assignment”)***

Attempting to circumvent the disadvantages that the model of self-employment brings with it, the market developed the so-called “Expatriation Model”.<sup>28</sup> The

---

<sup>24</sup> Griese, in: Küttner, Personalbuch, Mindestlohn, Arbeitsrecht Rdnr. 6.

<sup>25</sup> Knopp, Osteuropäische Pflegehilfen in der häuslichen Pflege - Dringender Handlungsbedarf, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2016, 445-449, 445; Knopp, Gesetzlicher Mindestlohn auch für osteuropäische Pflegehilfen - legale Modelle versus Schwarzmarkt, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 851-853, 852.

<sup>26</sup> BeckOK SozR/Rittweger SGB IV, § 8 Rdnr. 6.

<sup>27</sup> Knopp, Gesetzlicher Mindestlohn auch für osteuropäische Pflegehilfen - legale Modelle versus Schwarzmarkt, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 851-853, 852.

<sup>28</sup> Knopp, Osteuropäische Pflegehilfen in der häuslichen Pflege - Dringender Handlungsbedarf, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2016, 445-449, 446; Knopp, Gesetzlicher Mindestlohn auch für osteuropäische Pflegehilfen - legale Modelle versus Schwarzmarkt, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 851-853, 852; Brors/Böning, Rechtliche Rahmenbedingungen für 24-Stunden-Pflegekräfte aus Polen in Deutschland, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 846-850, 850.

person requiring care concludes a service contract (*Dienstleistungsvertrag*) with a foreign home care service provider which, in turn, sends nursing staff, who are then employed by the service provider to fulfil the service contract for the final client. In practice, the parties are frequently mediated by German agencies. They establish and – in most of the cases – conclude the home care service contract between the client and the East European service provider acting as an agent or as a sales representative with power to finalise the legal liaison. They are responsible for the complaint management and act as the single contact person for the German client on behalf of the East European service provider during the contractual relationship.<sup>29</sup> The home care service contract between the German client and the Romanian service provider regularly includes the term, that the authority to give instructions to the nurse is only actionable by the East European Service provider and expressly not by the German client. It is also very common to incorporate the caption, that all social charges and taxes are to be paid to the Eastern European Countries tax office, which is certified by the so-called “A1 certificate”/“assignment certificate”.<sup>30</sup>

#### a) Advantages of the expatriation model

This approach brings with it numerous advantages. Much like a recipient of a service contract with an East European Company, the German person in need of care need not comply with German employer obligations and does not need to pay social security charges and taxes in Germany.<sup>31</sup> The legal basis is found in Section 12 of the EC Regulation 883/2004: “*A person who pursues an activity as an employed person in a Member State on behalf of an employer which normally carries out its activities there and who is posted by that employer to another Member State to perform work on that employer's behalf shall continue to be subject to the legislation of the first Member State, provided that the anticipated duration of such work does not exceed twenty-four months and that he is not sent to replace another person.*” The nurse, as an employee, is subject to the social security

---

<sup>29</sup> Brors/Böning, Rechtliche Rahmenbedingungen für 24-Stunden-Pflegekräfte aus Polen in Deutschland, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 846-850, 850; Knopp, Osteuropäische Pflegehilfen in der häuslichen Pflege - Dringender Handlungsbedarf, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2016, 445-449, 446; Knopp, Gesetzlicher Mindestlohn auch für osteuropäische Pflegehilfen - legale Modelle versus Schwarzmarkt, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 851-853, 852.

<sup>30</sup> Knopp, Gesetzlicher Mindestlohn auch für osteuropäische Pflegehilfen - legale Modelle versus Schwarzmarkt, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 851-853, 852.

<sup>31</sup> Wilde, Illegale Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland mit A-1 Bescheinigung, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2016, 48-52, 48; Körner, Pflegekräfte aus Osteuropa - Licht ins Dunkel der Schwarzarbeit? - Zur sozialrechtlichen Bewertung der Tätigkeit von Pflegekräften in Privathaushalten im Hinblick auf die Erweiterung der Arbeitnehmer-Freizügigkeit zum 1.5.2011, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2011, 370-374, 371.

legislation of the State in which the East European Company has its headquarters<sup>32</sup>, which simultaneously means, that the costs for social charges are reduced with regard to German fees.<sup>33</sup>

### **b) Requirements of Section 12 of the EC Regulation 883/2004**

In order for a caregiver to benefit from legal expatriation, the following requirements of Section 12 of the EC Regulation 883/2004 must be met:<sup>34</sup> the expatriation does not exceed 24 months, immediately before the start of the expatriation the nurse is subject to the legislation of the sending country, the nurse works on account of their employer (which means "in the name" of the East European home care service provider) and the nurse is not sent to replace a previously sent nurse (in exceptional circumstances, a replacement is permitted, when the maximum duration has not yet been reached, for example if a worker has to be replaced due to illness). If all abovementioned requirements are fulfilled, the East European Service provider receives a form titled "A1 certificate" (formerly E 101 certificate)<sup>35</sup> from the Romanian institution, whereby it is certified, that the nurse is only subject to the social security system of Romania.

### **c) Economic disadvantages**

At first glance, the model appears to be cost saving in the light of the cheaper social security charges in Romania when directly compared to Germany. However, since an amendment of the law only a few years ago, all German labour and

---

<sup>32</sup> Praktischer Leitfaden zum anwendbaren Recht in der Europäischen Union (EU), im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und in der Schweiz, European Commission, Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Dezember 2013, S. 5.

<sup>33</sup> Körner, Pflegekräfte aus Osteuropa - Licht ins Dunkel der Schwarzarbeit? - Zur sozialrechtlichen Bewertung der Tätigkeit von Pflegekräften in Privathaushalten im Hinblick auf die Erweiterung der Arbeitnehmer-Freizügigkeit zum 1.5.2011, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2011, 370-374, 371; Wilde, Illegale Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland mit A-1 Bescheinigung, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2016, 48-52, 48.

<sup>34</sup> Cf. Bayreuther, Vollständige Arbeitnehmerfreizügigkeit zu Gunsten der MOE-Staaten - Auswirkungen auf das Arbeitsrecht und die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung -Der Betrieb (DB) 2011, 706-711, 708; Buschermöhle, Grenzüberschreitende Beschäftigung in der EU - Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ab 1.5.2010, Deutsches Steuerrecht (DStR) 2010, 1845-1848, 1846; Schüren/Wilde, Die neue Entsendebescheinigung A-1 und die Voraussetzungen ihrer Erteilung, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2011, 121, 124 Praktischer Leitfaden zum anwendbaren Recht in der Europäischen Union (EU), im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und in der Schweiz, European Commission, Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Dezember 2013.

<sup>35</sup> Schüren/Wilde, Die neue Entsendebescheinigung A-1 und die Voraussetzungen ihrer Erteilung, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2011, 121, 124.



employment protection acts are nevertheless applicable with regard to the nurse.<sup>36</sup> This denotes, for example, that the East European Service Provider (as the employer of the nurse) is bound to pay the statutory minimum wage in Germany in the amount of 8.84 EUR/hour for a Romanian nurse; since 2017 the minimum wage in the “home care” sector is 9,50 EUR (new federal states of Germany) or 10,20 EUR (old federal states of Germany). This makes the expatriation model unattractive in monetary terms, due to the simple fact that the costs would hence unlikely fall below 2000 EUR.<sup>37</sup> Furthermore, the nursing staff is entitled to be paid annual leave to a minimum of 24 business days according to the German Federal Leave Act (*Bundesurlaubsgesetz*).<sup>38</sup>

It should also be mentioned that there are practical complications which one faces when adapting this model. Since the nurse is employed by the East European Service Provider, the German client may not give instructions to the nurse, even if this would be appropriate in individual cases.<sup>39</sup> That foretells that spontaneous changes (which are not unusual in home care services) cannot be resolved between the person in need for care and the nurse, but always and only by the foreign service provider which has to be consulted.

#### d) Legal disadvantages

From a legal point of view, it is questionable, whether 24/7 long-term home care services can be performed legally under an expatriation model.

The exemption of expatriation is only applicable, if the East European Company focuses its business in their East European home state. This status may be accepted, if at least 25% of its turnover is generated in their East European home country.<sup>40</sup> In practice however, numerous East European Service Provider

---

<sup>36</sup> Knopp, Gesetzlicher Mindestlohn auch für osteuropäische Pflegehilfen - legale Modelle versus Schwarzmarkt, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 851-853; Körner, Pflegekräfte aus Osteuropa - Licht ins Dunkel der Schwarzarbeit? - Zur sozialrechtlichen Bewertung der Tätigkeit von Pflegekräften in Privathaushalten im Hinblick auf die Erweiterung der Arbeitnehmer-Freizügigkeit zum 1.5.2011, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2011, 370-374, 372.

<sup>37</sup> Cf. <https://www.verbraucherzentrale.de/pflege-rund-um-die-uhr#kosten> (15.10.2016).

<sup>38</sup> Körner, Pflegekräfte aus Osteuropa - Licht ins Dunkel der Schwarzarbeit? - Zur sozialrechtlichen Bewertung der Tätigkeit von Pflegekräften in Privathaushalten im Hinblick auf die Erweiterung der Arbeitnehmer-Freizügigkeit zum 1.5.2011, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2011, 370-374, 372; Knopp, Gesetzlicher Mindestlohn auch für osteuropäische Pflegehilfen - legale Modelle versus Schwarzmarkt, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 851-853.

<sup>39</sup> Körner, Pflegekräfte aus Osteuropa - Licht ins Dunkel der Schwarzarbeit? - Zur sozialrechtlichen Bewertung der Tätigkeit von Pflegekräften in Privathaushalten im Hinblick auf die Erweiterung der Arbeitnehmer-Freizügigkeit zum 1.5.2011, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2011, 370-374, 372.

<sup>40</sup> Praktischer Leitfaden zum anwendbaren Recht in der Europäischen Union (EU), im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und in der Schweiz, European Commission, Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Dezember 2013, S. 9.

focus only (!) on the profitable German market.<sup>41</sup> This would suggest that an East European company that is solely and entirely focused on sending nurses to work in Germany, usually should not be awarded an AI certificate.<sup>42</sup>

Besides this the home care service in Germany may not exceed the expected duration of the activity for 24 months and the nursing staff may not replace another.<sup>43</sup> A single East European service provider cannot ensure a continuous care provision without temporary caesura. Furthermore, nurses work in practice for only a three-month maximum at the German household. After this time has ceased, they are replaced by another Romanian nurse and return to their families in Romania. This practice contravenes European Law, as it is not permitted to send a nurse to replace a previously sent nurse.

Finally and most importantly, 24/7 home care services usually do not function in practice without the right of the German client to give direct instructions to the nurse (and not to the Company in Romania, that advises the nurse in Germany).<sup>44</sup> Home care services are often dependent on specific and adjusting circumstances, especially in relation to the need and the requirements of the German client. It would be much too cumbersome in practice, if the client firstly had to contact the Romanian Service provider, which on their part relays instructions to the nurse in Germany during day-to-day business.<sup>45</sup> That's not how it works in practice.<sup>46</sup>

I would expect, that the model of expatriation exists in the field of 24/7 home care services by Romanian and East European nurses, but only in theory and only in the written contract between the East European service provider and the

---

<sup>41</sup> Körner, Pflegekräfte aus Osteuropa - Licht ins Dunkel der Schwarzarbeit? - Zur sozialrechtlichen Bewertung der Tätigkeit von Pflegekräften in Privathaushalten im Hinblick auf die Erweiterung der Arbeitnehmer-Freizügigkeit zum 1.5.2011, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2011, 370-374, 372.

<sup>42</sup> Körner, Pflegekräfte aus Osteuropa - Licht ins Dunkel der Schwarzarbeit? - Zur sozialrechtlichen Bewertung der Tätigkeit von Pflegekräften in Privathaushalten im Hinblick auf die Erweiterung der Arbeitnehmer-Freizügigkeit zum 1.5.2011, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2011, 370-374, 372.

<sup>43</sup> Praktischer Leitfaden zum anwendbaren Recht in der Europäischen Union (EU), im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und in der Schweiz, European Commission, Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Dezember 2013, S. 18.

<sup>44</sup> Cf. BAG, Urteil vom 13. August 2008 – 7 AZR 269/07 -, juris, Rz.14.

<sup>45</sup> Only in that case we assume „expatriation“, cf. Brors/Böning, Rechtliche Rahmenbedingungen für 24-Stunden-Pflegekräfte aus Polen in Deutschland, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 846-850, 850; Körner, Pflegekräfte aus Osteuropa - Licht ins Dunkel der Schwarzarbeit? - Zur sozialrechtlichen Bewertung der Tätigkeit von Pflegekräften in Privathaushalten im Hinblick auf die Erweiterung der Arbeitnehmer-Freizügigkeit zum 1.5.2011, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2011, 370-374, 372.

<sup>46</sup> Different opinion: Knopp, Gesetzlicher Mindestlohn auch für osteuropäische Pflegehilfen - legale Modelle versus Schwarzmarkt, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015, 851-853.

German client<sup>47</sup>, but not in practice. It is hardly conceivable, that a nurse can work effectively with the client, if the wishes of the customer cannot be considered. The characteristic feature of the service provided by the nurse is that the care is adapted to the specific needs of the client in an individual way, which can only be achieved if the customer also holds a right of direction aimed at the nursing staff.

### ***3.4 But what are the consequences? Labour Leasing!***

Considering the aforementioned objection in the harsh reality of the present circumstances we have to admit, that 24/7 home care services, applied to the elderly in Germany by nurses employed in Romania, are not an example of expatriation, employee assignment (“*Entsendung*”), but are an embodiment of supply of temporary workers (“*Arbeitnehmerüberlassung*”) or what is called labour leasing (“*Leiharbeit*”). A supply of temporary workers is to be assumed, if the German client is provided with nurses, who do their work according to the instructions of the client and in their interest.<sup>48</sup> This is the case in 24/7 home care service models.

#### **a) Consequences of illegal labour leasing**

Additionally, if we have a case of “labour leasing”, the applicable *German Law on Temporary Employment* (the so called “*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*”) requires the East European home care service company to grant a permission as the lending company, even if it is cross-border lending<sup>49</sup>. Without the existence of a permission, the employee is illegally employed<sup>50</sup> with the result, that the contract between the lending company and the borrower is void and simultaneously an employment relationship between the borrower and temporary workers is created.<sup>51</sup> This suggests that the German client is *eo ipso* transformed into the “employer” of the nurse in the legal sense of the word<sup>52</sup> and has to bear all obligations of an employer, as a consequence.<sup>53</sup> Furthermore this would conclude, that the German elderly has to carry all social charges of an employer by themselves, not only for the future, but also retroactively, no matter if s/he was in good faith with respect

---

<sup>47</sup> The written contract is irrelevant cf. BAG, Urteil vom 13. August 2008 – 7 AZR 269/07 –, juris, Rz. 15.

<sup>48</sup> Schüren/Hamann, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, § 1 Rdnr. 77 ff.

<sup>49</sup> BAG, Beschluss vom 22. März 2000 – 7 ABR 34/98 –, BAGE 94, 144-154.

<sup>50</sup> BeckOK ArbR/Kock, AÜG, § 1, Rdnr. 26.

<sup>51</sup> ErfK/Wank AÜG, § 10 Rdnr. 2 ff.

<sup>52</sup> Brors/Böning, *Rechtliche Rahmenbedingungen für 24-Stunden-Pflegekräfte aus Polen in Deutschland*, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2015, 846-850, 848.

<sup>53</sup> Wilde, *Illegale Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland mit A-1 Bescheinigung*, in: *Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS)* 2016, 48-52, 50.

to the legality or not.<sup>54</sup> Additionally, administrative fines (“Bußgelder”) and even criminal prosecution may be imminent.<sup>55</sup>

### b) Legalisation by means of the “AI-Certification”?

One last question arises: Must we change our conclusion, if the nurse is working under a so-called “AI-Certification”, that is officially issued by the Romanian authorities and proves that the care services are supplied as “expatriation”? The important question which is due to be answered is whether a legalisation has occurred by means of the “AI-Certificate-protective shield”.

It is partly believed, that the AI-Certificate is absolutely binding for all Member States. The European Court of Justice<sup>56</sup> for example has ruled on this and most scholars<sup>57</sup> conclude, that national authorities and courts are not permitted to review the status of the assigned worker, as long as an effective “AI-Certificate” is issued by an authority of a Member State. On the other hand, only in Sommer 2016 the *German Oberlandesgericht Bamberg*<sup>58</sup> has ruled in a penal trial, that an AI-certificate is only binding with regard to social security issues, but not in criminal proceedings - for example -. The judge explained, that the AI certificate does not portray a *carte blanche* for an illegal supply of temporary workers.

Today we have to acknowledge, that this question is not yet solved, which causes general legal uncertainty, especially for all participants in the 24/7 home care services market.<sup>59</sup> This is especially relevant if one highlights, that in practice most participants apply the “expatriation model” on the basis of an “AI-certificate”.

---

<sup>54</sup> Cf. § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV. Körner, *Pflegekräfte aus Osteuropa - Licht ins Dunkel der Schwarzarbeit? - Zur sozialrechtlichen Bewertung der Tätigkeit von Pflegekräften in Privathaushalten im Hinblick auf die Erweiterung der Arbeitnehmer-Freizügigkeit zum 1.5.2011*, in: *Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS)* 2011, 370-374, 373.

<sup>55</sup> Fuchs, *Der Einsatz ausländischer Pflegekräfte in der Bundesrepublik Deutschland – Eine Darstellung der aktuellen Rechtslage unter Berücksichtigung europarechtlicher Aspekte*, in: *SRa* 2010, 143-151; Wilde, *Illegale Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland mit A-1 Bescheinigung*, in: *Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS)* 2016, 48-52, 50.

<sup>56</sup> EuGH, BeckRS 2004, 74935; EuGH, BeckRS 2006, 70078.

<sup>57</sup> Cf. Körner, *Pflegekräfte aus Osteuropa - Licht ins Dunkel der Schwarzarbeit? - Zur sozialrechtlichen Bewertung der Tätigkeit von Pflegekräften in Privathaushalten im Hinblick auf die Erweiterung der Arbeitnehmer-Freizügigkeit zum 1.5.2011*, in: *Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS)* 2011, 370-374, 373; Brors/Böning, *Rechtliche Rahmenbedingungen für 24-Stunden-Pflegekräfte aus Polen in Deutschland*, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2015, 846-850, 849 et seq.; Wilde, *Illegale Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland mit A-1 Bescheinigung*, in: *Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS)* 2016, 48-52, 51;

<sup>58</sup> OLG Bamberg, Beschluss vom 09. August 2016 – 3 Ss OWi 494/16 –, juris. Cf. Stück, *AuA* 2016, 699 (Anmerkung); Ziegelmeier, *NZS* 2017, 36 (Anmerkung).

<sup>59</sup> Cf. Wilde, *Illegale Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland mit A-1 Bescheinigung*, in: *Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS)* 2016, 48-52, 48.

#### 4. Final Recommendations

What should a lawyer advise if a client asks for an appropriate model for 24/7 home care services by Romanian nurses?

(1) The “freelancer model” should usually not be recommended due to the proximity to the problem of *disguised employment* (“*Scheinselbstständigkeit*”).

(2) A “direct employment relationship” is a suitable *legal* model for home care services. However, the person in need of care has to bear all obligations of an employer, including and especially social security charges, and s/he has to comply with all employment protection laws. This deems the “employment model” in most cases too expensive. For a “real” 24/7 home care service, one must hire at least 3, or better 4 nurses with costs reaching an excess of 10.000 EUR per month. The employment model is too expensive for the market in order to be practical.

(3) In my opinion and contrary to all advertising messages of the German agencies in the 24/7 home care services market, the “expatriation model” is – from a legal point of view – not advisable to the full extent. The requirements of a legal expatriation are very strict and since we are facing an extensive legal uncertainty concerning the effect of legalization of an illegal employee assignment by the A1-Certificate, the people in power of 24/7 home care services by employee assignment have to be anxious of criminal proceedings as well, if they do not comply with all requirements of EU – expatriation.

(4) The most suitable way for 24/7 home care services seems to be the “labour leasing model”, even if a “real” 24/7 service - as a matter of course - is legally not possible with only one nurse. However, according to the German Law on Temporary Employment (“*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*”), the Romanian lending company requires a permission, which according to European Law should be issued also by German authorities, if and to the extent that the Romanian Company is entitled to a permission under Romanian Law. A permission in Romania alone is not sufficient. Lending companies have to comply with all German employment protection laws. That means for example, that the lending companies have to pay the German minimum wage and that nurses have to comply with the *German Working Time Law* (*Arbeitszeitrecht*).

(5) There is no market participant, that offers the “labour leasing model”. Why? One has to assume, that the stakeholders are unaware that for quite some time now, German employment protection laws are also applicable to the “expatriation model”. This was not the case before the amendment of law, whereas German employment protection laws were applicable to the “labour leasing model” beforehand.

(6) The legislator has to act and establish a legal model, at least in order to create legal certainty. Today, the illegal situation is more or less tolerated by the authorities, at least vis-à-vis to suit the elderly people in need for help.

---

## SOME EXAMPLES OF THE RECENT REFORM OF FRENCH CONTRACT LAW

6<sup>th</sup> Public Romanian-German-Colloquium on European Law  
Saarbrücken 31.10.2016 – 05.11.2016

Annie BOTTIAU  
*University Lille 2*



### Introductory Remarks

... The civil and commercial law of each Member State is built upon three pillars, the national legal systems, EU law and the ECHR. While our national experiences influence one another, the law of the EU is built upon these reciprocal influences. In turn, our national legal systems are influenced by EU law. ...

How will European law develop over the coming years of the 21st Century? This question was posed by Professor Raoul van Caenegem in 2002. His answer, based on history and comparative law, was that *a [...] truly European law ought to contain the most helpful elements of each one of the traditions across Europe*. He explained that different nations have traditionally approached this issue in different ways. Indeed, the age-old English instinct is to say, with Lord Denning, *trust the judges, for they are the true guardians of the law*. The German feeling, which also goes back several centuries, is to say, with Savigny, *trust the learned jurists, for they are the best guides through the thickets of the law*. The French instinct, on the other hand, is to say, in true Jacobin and Napoleonic vein, trust the legislator and beware of judges and jurists who pervert the codes.

Much has been written, notably in France, on the *dialogue des juges* which shows the way towards a constructive dialogue between national and European rules and principles. As European scholars, our role is primarily to train students to think comparatively, in order to build a common legal culture all over Europe and I am grateful to the organisers of this colloquium for contributing to the development of this European perspective. In the process of recodifying civil and

commercial law in Europe, it is also to help everybody to set up the theoretical foundations of national and European private law in a way that ensures the consolidation of our common heritage and our common efforts. Legal scholarship has played its role as a guide to the European legislator. The same phenomenon may be observed in those of our countries where the recodification of important parts of the law is envisaged. This notably occurs today in France as regard contract law, a key subject for comparatists and European scholars.

### History of the Reform

1) The French law of contract has been thoroughly reformed by an enactment/ordinance of February 2016, in force as from 1 October 2016. The reform entails comprehensive amendments of the French Code Civil of 1804. For over 200 years, the core provisions of the French civil code concerning contract and tort have remained essentially unchanged. Throughout more than two centuries, the Code Civil has had a strong influence on legal systems of countries on several continents and a reform of this magnitude is a historic event. A French civil lawyer from the immediate post-Napoleonic age, wielding his civil code from that time, would not feel out of place today arguing a claim for breach of contract or advancing a general tort claim. Today this putative Napoleonic lawyer will no longer be able to cite the long-trusted articles in the civil code fashioned by his peers. Even where the articles still exist, they will have a different number. Were he to return in October 2016, the Napoleonic lawyer would first need to return to school of law.

2) The articles on contract law and the general law of obligations now form a systematic, modern, readable, and still elegant codification which will be a source of knowledge and inspiration to both practitioners and scholars for years ahead. The reform has been explicitly inspired by recent European harmonisation projects of Contract Law. After a decade of discussion and the failure of several previous reform projects, French contract law has finally been reformed by way of an ordinance ("ordonnance") published on 11. February 2016. The new Code will innovate on major aspects of French contract law so as to reinforce its economic efficiency and its attractiveness. In fact, a large majority of the more than 300 new provisions will not surprise the legal community since they simply resume principles derived from case law over the years.

3) The objectives of the reform are notably the simplification, modernisation and, ultimately, attractiveness of French contract law. The reform codifies in particular a number of principles that have emerged in case law, thus stabilizing these solutions and improving legal certainty. At the same time, the reform does away with certain previous concepts (like the doctrine of *cause*, a key feature of

traditional French contract law), whilst introducing new ones that are often borrowed from other theories of law, such as *hardship* and the control of *unfair contract terms*. On certain aspects, the reform has been seen by some as an enhanced protection of the "weak" party and an increased interference by the courts in the life of the contract. This being said, the final version of the ordinance takes account of some of the comments and criticisms raised in this respect. For instance, as regards *unfair contract terms* and the notion of *significant imbalance* as further described below, the new regime introduced by the reform now applies to standard-form contracts only (*contrats d'adhésion*), a more limited scope than that envisaged in the preliminary draft of the ordinance of February 2015.

Although the reform continues to raise certain questions and concerns, it nonetheless makes various improvements and useful contributions to French contract law, many of which have been called for by scholars and practitioners. French contract law has not, of course, remained frozen for over 200 years and the French Supreme Court (Cour de cassation) has ensured the modernisation of the Civil Code by adopting innovative solutions.

The goal of the Reform is not fundamentally to modify French contract law, but rather to codify the changes introduced by case law. Some new provisions are nevertheless slightly different from the legislation in existence and may entail some important changes, which are detailed below.

Provisions relating to contractual liability have not been amended. The existing provisions are however entirely renumbered.

This article discusses some of the key aspects of the reform. The following developments in this area have broken down the provisions of the new civil code into three categories: innovations, enshrining of case law into statute law and maintaining of the status quo. We can highlight some examples of the innovations introduced by the new civil code.

## 1. The general lesson from the ordinance

The "Introductory Provisions" concern the freedom, the binding force of the contract and the good faith. The first three new articles incorporated into the Civil Code are intended to facilitate the interpretation of the rules as a whole, and to fill in gaps where necessary. The central aspect of the Reform is the freedom of parties to opt out of those new provisions that are not mandatory, subject to compliance with French public policy (new Article 1162). The "contractual freedom" is defined as freedom to enter into a contract, to choose a contracting party and also to determine the content of the contract. Relating to the binding force of the contract, the new Article 1103 reaffirms that that the contract



represents the “law between the parties” as was already provided by the previous Article 1134. Despite the absence of an express definition of the term “good faith” in the new Article 1103, the principle itself, which did exist in practice prior to the Reform, will continue to be a ground upon which parties can claim for contractual remedies. The reaffirmation of this principle is a main difference with English law, which does not recognise an implied duty of good faith even though there has been some case law which might suggest a shift towards recognising the principle in long-term contracts.

### *A. The Ordinance sets in stone some of the existing case law.*

A number of contractual duties “discovered” and detailed by French courts over the past two hundred years have now been expressly codified. For example, under a literal reading of the Napoleonic Code, the duty of good faith should merely apply during the contractual performance phase. However, French courts have long ruled that this duty also applies during the negotiation, formation, and termination phases. This jurisprudential approach has now been expressly codified in the Ordinance (new Articles 1104 and 1112). Under the old civil code, good faith was always an obligation imposed on contracting parties in the performance of their contract. Under article 1104, contracts must now be *negotiated, concluded and performed in good faith*. The requirement of good faith in the formation of contracts is new. Article 1104 is also one of the relatively few provisions that is specifically stated to be mandatory (*d’ordre public*). It cannot be contracted out of.

New Article 1103 of the French Civil Code reproduces, with virtually no change, the wording of Article 1134 §1 that it is designed to replace: *Contracts lawfully entered into have the force of law for those who have made them*. However, Article 1134 §2, according to which *[Agreements] may be revoked only by mutual consent, or for grounds authorized by law*, is deleted.

New Article 1104 of the French Civil Code provides that *Contracts must be negotiated, formed and performed in good faith*” and specifies that this provision is a “public policy provision, while Article 1134 §3 merely provided that *[Agreements] must be performed in good faith*. Such a provision should give the judge a stronger role in the resolution of disputes between contracting parties. This is all the more true since the requirement of good faith is repeatedly recalled in the new wording of the French Civil Code chapters that are devoted to the sources of obligations, the general regime of obligations and the proof of obligations.

Pursuant to new Article 1112-1 of the French Civil Code: *If one of the parties knows information which is of decisive importance for the consent of the other party, he must inform him thereof wherever it is legitimate that the other party does not know the information or relies on his contracting party*. In other words,

the new wording of the French Civil Code imposes on the parties a duty to provide information, a duty that the parties *may neither restrict nor exclude* by way of a contractual provision. All of these represent opportunities for the judge to set aside the law of contract by rescuing the weaker or less informed party, in line with the French legal tradition.

Similarly, the duty to provide information to the other party when entering into a contract (*devoir d'information*) imposed by French case law will now be found in the Code Civil (new Articles 1112-1 et seq.) - as is the general prohibition to enter into perpetual commitments (*engagements perpétuels*) (new Articles 1210 et seq.).

The Ordinance also clarifies the circumstances - previously set out in case law - under which a creditor may suspend the performance of his/her own obligations (new Articles 1219 et seq.), seek specific performance of the obligations owed to him/her (new Articles 1221, 1222)<sup>7</sup>, seek a price reduction (new Article 1223), terminate the contract (Articles 1224 et seq.), and/or seek damages (new Articles 1231 et seq.).

### ***B. The Ordinance introduces new legal tools.***

1) The new civil code defines the notion of a *standard form* contract (article 1110). It is defined as a contract where the *general conditions, removed from negotiations, are determined in advance by one of the parties*. Any clause in such a contract that creates a *significant imbalance* between the rights and obligations of the contractual parties shall be deemed to be of no effect (article 1171).

Thus where a contract is found to be a *contrat d'adhésion*, individual clauses in that contract are vulnerable to censure by the courts where they are found to create a *significant imbalance*.

The power of the court to censure clauses already exists and continues to exist for consumer contracts. In the consumer context, the law is derived from EC Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts.

The innovation here is that the court's right to censure individual clauses, where such clauses create a "significant imbalance", will now extend to business-to-business *contrats d'adhésion*.

2) The Ordinance creates three examination tools (*actions interrogatoires*), the purpose of which is to enable a party to put an end to an ambiguous situation by forcing the other party to take a position. For example, the new Article 1158 provides that a third party contracting via an agent can formally request the principal to confirm, within a reasonable period of time, if the agent has the power to bind the principal. Failure to respond to such request will make the agent's decisions automatically binding on the principal.

3) One innovation of the reform which has led to some controversy stems from the new Article 1195. This Article provides that if *a change of circumstances*,

*unpredictable at the time the contract was signed, makes the performance of the contract excessively onerous for one party who did not accept at the time to bear the risk associated to this change of circumstances, this party (A) can request the other (B) to renegotiate the contract. The party A remains obliged to perform his/her obligations during the renegotiation phase. Should Party B refuse to renegotiate the contract, or should the renegotiation fail, Party A can seek the revision or termination of the contract in court. Another one concerns the concept of *significant imbalance*.*

## **II. The contribution of the ordinance to the contract law**

### ***A. The Acknowledgement of the Concept of Significant Imbalance***

The notion of significant imbalance was only admitted for commercial and consumer contracts. Through the reform, the French legislator wants to extend this notion to all private contracts, whatever the quality of the contracting parties. Accordingly, a new article 1169 will sanction the clauses that create significant imbalance between the parties to a contract. This article will provide both indications relating to the appreciation of the notion (1) and the sanction to be applied by the judge to any provision creating a significant imbalance (2).

#### **1. The appreciation of significant imbalance**

Under French consumer law (L 132-1 Consumer Code), the provisions leading to a significant imbalance to the detriment of the consumer or the non-professional are already deemed abusive. With respect to French commercial law, article L 442-6 of the Commercial Code sanctions business partners who subject their business counterparts to obligations creating a significant imbalance.

Article 1169 § 2 will state instructions regarding the object of this appreciation. It will focus on neither the object of the contract nor the adequacy of the price with the performance. In this sense, article 1169 of the project will be quite similar to article L 312-1 of the French Consumer Code. However, it must be distinguished from article L 442-6 of the Commercial Code, which allows the appreciation of the significant imbalance relating to the price.

#### **2. The sanction of significant imbalance**

Article 1169 will provide for the removal of the clause containing the abusive terms. The request will have to be introduced before a court by the contracting party suffering from these abusive terms. However, the judge will not have the obligation to remove the abusive clause; he will only have a possibility to do so.

Thus, article 1169 will differ from article L132-1 of the French Consumer Code providing that the abusive clause is deemed null and void.

## ***B. The Force majeure***

Force majeure plays a central part in the structure of contractual law in French contract legal system. It derives from the Roman law term *vis maior*.

The function of force majeure is essentially the same as it was in Roman law. It sets a limit to strict liability. French law inherited from Roman law the premise that contractual liability was, apart from some exceptional cases of strict liability, based on fault. It was only in those exceptional cases that force majeure could be relevant, since in the ordinary situation all that was necessary to exclude liability was absence of fault. What has changed in the modern law is the range of the situations in which strict liability occurs.

As far as the old Civil Code concerned, the law of Force majeure has been founded on two articles which occur in the section entitled "Of damages for non-performance of the obligation": "art. 1147. *The debtor is condemned, where appropriate, to the payment of damages, whether for non-performance of the obligation or for delay in its performance, whenever he does not show that the failure to perform derives from an extraneous cause which cannot be imputed to him, even though there is no bad faith on his part.* And Art. 1148: *there is no place for any damages when, as a result of a force majeure or an accident, the debtor has been prevented from conveying or doing that to which he was obliged or has done what was forbidden to him.*"

The central principles which have been recognized by the courts are that in order to constitute force majeure an event must have been irresistible, unforeseeable, and external to the debtor, and must have made performance impossible and not merely more onerous or difficult.

Article 1147 and 1148 of the Civil Code say that force majeure exempts the debtor from damages; this exemption may be only partial or temporary. Such a plea for exemption from damages has no effect on the continuing existence of the contract. Moreover, the question whether the effect of the force majeure is partial or temporary is one of fact and therefore not subject to review by the Court of Cassation. This introduces a considerable element of flexibility into the apparent rigour or rigidity of the rules of force majeure.

The new texts confirm the definition and the circumstances of Force majeure.

## ***C. Imprévision and Recognition of the Unforeseeability Doctrine***

The statement that French law has nothing to correspond to frustration or impracticability or economic hardship needs a limited qualification. It is strictly true only of private law contracts.

French law makes a fundamental distinction between public law and private law. In general the administrative courts apply to public contracts the law of the

Civil Code, as applied by the ordinary courts, though with special rules to take account, for example of the need for public contracts to be duly authorized. The most important differentiating features derive from the need to secure the overriding purpose of all administrative law, which is to ensure the supremacy of the public interest. In the contractual context this means that the rights of the private party, even if they are embodied in the terms of the contract, may not stand in the way of the public interest. The administration may unilaterally modify or abrogate the contract if that is necessary to protect the public interest (and the power to do so will in fact often be expressly stated in the contract). The administration must, however, compensate the private party for any loss which he suffers by the overriding of his rights. Finally, it is a characteristic of the whole of administrative law that the administration has the privilege of enforcement by executive act, without recourse to the courts. It can take whatever steps are necessary to enforce or supervise the contract, without invoking the assistance of the courts. The private party can take the matter to the administrative courts (which, however, lack the power to grant an interlocutory injunction), but the administration is never the plaintiff.

It is against this background that the principle of *Imprévision* was developed.: If supervening circumstances make performance of the contract seriously uneconomic for the private party and the administration insists on continuing performance, the private party may go to the administrative court. If the court decides that it is necessary in the public interest that the contract should continue to be performed, it will order that the party be indemnified against the additional cost which he incurs. The principle was finally established by a decision in 1916. the facts were that in 1904 the City of Bordeaux had contracted with a company for the provision of gas-lighting in the streets, the price to be paid for the gas being fixed in the contract. as a result of the overrunning by the Germans in 1914 of a large part of the French coalfields, the price of coal rose steeply (by the time of the hearing it had increased fourfold in 20 months). The company there fore faced collapse, with the consequence that the streets would be unlit. The court took the view that it was not in the public interest that this should happen and ruled therefore that the company should continue to perform the contract and that an appropriate indemnity should be paid. The question to be asked was not whether performance had become impossible, but whether the "economy of the contract" had been overthrown.

French law has long been held up as an example of an exceptional civil law country that adheres to strict application of contracts. No quarter is given for unforeseen events that might render performance of a contract significantly more onerous for one party. Thus, unless contractual provision is made through use of a hardship clause, or performance becomes impossible in circumstances where

force majeure applies, the parties are bound to perform, irrespective of any hardship caused.

This feature of French law, some argue, is evidence that *hardship* is not a general principle of international law, despite it featuring in the UNIDROIT Principles of International Contracts.

That argument will now be weakened. In a complete break with past tradition, the new code introduces the notion of *imprévision* into civil law (article 1195).

Under the new *imprévision* approach, if circumstances that were unforeseeable at the time of the contract make performance of the contract *excessively onerous* for a party, that party had not assumed risk for the same and the judge may revise or terminate the contract at the request of that party.

There was considerable debate as to whether the notion of *imprévision* should be allowed into the new civil code and, if so, in what form. The wording which was finally adopted changed from the final draft. In the final draft, the contract could be terminated upon demand of a party, but not revised. Article 1195, as enacted, provides not only for termination but also for judge-ordered revision of the contract, upon demand of a single party, and only after an obligatory (and necessarily failed) negotiation stage.

It should be noted that the new *imprévision* provisions are not mandatory rules. Parties can therefore agree to exclude them.

Unforeseen circumstances may affect the economic equilibrium of contracts of successive performance and make the performance of the obligation excessively onerous or expensive for one of the contracting parties. Under a *rebus sic stantibus* regime, this may call for the revision of the contract. French private law used to reject this theory, called *théorie de l'imprévision* and also known as the *unforeseeability doctrine* in English.

The reform will provide an article relating to the notion of unforeseeability which will bring some substantial changes by recognizing the possibility to adapt the contract. However the impact of the reform may not be that important in practice.

### **1. The possibility to adapt the contract under the unforeseeability doctrine**

Yet, what attracted the most attention is the introduction in the French Civil Code of a new ground for which a party may be released from contractual liability, i.e. unforeseeability, in addition to force majeure.

Pursuant to new Article 1195 of the French Civil Code: *If a change of circumstances that was unforeseeable at the time of the conclusion of the contract renders performance excessively onerous for a party who had not accepted to assume the risk of such a change, that party may ask the other contracting party to renegotiate the contract. It must continue to perform his obligations during renegotiation.*

*If renegotiation is refused or falls through, the parties may by common agreement decide to have the contract rescinded on such date and subject to such terms and conditions as they shall determine, or ask the court to set about the adaptation of the contract. If they cannot reach an agreement within a reasonable period of time, either party may ask the court to revise or terminate the contract, on such date and subject to such terms and conditions as it shall determine.*

With few limited exceptions, the Cour de cassation has so far refused to adapt, revise or terminate a contract because of an imbalance resulting from a sudden change – not foreseen by the parties – in the economic conditions that existed at the time of conclusion of the contract (collapse of a currency, considerable rise in the price of raw materials etc.), on the ground that the unforeseeability doctrine conflicts with the principle enshrined in Article 1134 of the French Civil Code according to which agreements lawfully entered into have the force of law for those who have made them. The vast majority of common law judges also refuse to apply the commercial impracticability doctrine on the ground that the parties may anticipate the occurrence of an economic event likely to affect the balance of the contract by incorporating a so-called hardship clause aimed at limiting or sharing the risks. Time and case will tell how French judges will take on a new role for which they have not been prepared under the principles that prevailed so far.

The new article 1196 will provide the following three-step mechanism:

- The contracting party estimating that the performance of the contract has become excessively expensive, as a result of an external event strongly affecting the contract, may ask for the renegotiation of the contract with the other contracting party, if it has not accepted such risks at the time of the contract conclusion.
- In case of failure of the negotiation or refusal from the other contracting party to renegotiate, both parties may ask the judge to adapt the contract to the new economic or financial situation by mutual agreement.
- Failing a mutual agreement, one of the contracting parties may ask the judge to terminate the contract.

## **2. The impact of the unforeseeability doctrine in practice**

Article 1196 of the reform will reflect an important evolution in French contract law through the submission of the binding force of a contract to the judge's power, under certain circumstances. However, the concrete impact of this article needs to be put into perspective with regard to the existing mechanisms that may circumvent its application.

In order to circumvent the application of future article 1196, two solutions can be considered.

Firstly, the parties can provide for clauses that will allow them to control the adaptation of the contract and thus prevent the intervention of the judge. Among others, these clauses may be hardship clauses, material adverse change clauses and gross up clauses. Secondly, the parties may also provide a clause allocating to one of them the burden of a specific risk and then depriving it from its right to ask for a judicial adaptation or termination of the contract.

### ***C. Installation of a New Legal Regime Regarding the Price***

The reform will contemplate rules regarding the fixation of the price (1), the revision of the price (2) and the reduction of the price as a remedy (3).

#### **1. The fixation of the price under the new legal regime**

In a sub-section, entitled *Content of the contract*, the reform will authorize the unilateral determination of the price by one of the contracting parties in different types of contracts. Article 1163 will offer this possibility for framework contracts and for contracts of successive performance, upon condition that the party who determined the price gives justification in case of dispute. Furthermore, article 1164 will provide for a similar solution for service contracts: the creditor may fix the price, failing agreement between the parties before the contract performance. Here also, the creditor will have to be able to justify the unilaterally fixed price.

#### **2. The revision of the price under the new legal regime**

Upon demand of one of the contracting parties, the judge will have the right to review the price in certain types of contracts.

According to article 1163, the parties will have the right to ask the judge to review the price in framework contracts and contracts of successive performance, in case of unfair price unilaterally fixed by one of the parties.

As for service contracts, the judge may be asked by the debtor to fix the price himself, in case of disagreement with the creditor on the price issue, after the performance of the contract.

In both cases, this judicial review of the price will have to be made in accordance with usages, market prices or the parties' legitimate expectations.

#### **3. The reduction of the price as a remedy under the new legal regime**

The reform will also provide for a power of unilateral modification of the contract as a remedy in case of partial non-performance of a contract. Article 1223 will provide that the creditor may accept an incomplete performance of the contract and proportionally reduce the price. In this sense, it is a form of



unilateral partial resolution by the creditor, when he is not satisfied with an item or a service, or that it does not comply with the contractual dispositions.

This article will confer an important power to the creditor over the debtor. Indeed, if the price has not been fully paid yet, the creditor may decide by himself whether the performance of the contract is correct, without any judicial supervision, and unilaterally decide not to pay the price originally agreed between the parties. Furthermore, as there are no specified ways and means of evaluating a reduction of the price proportionate to the incomplete performance, article 1223 will give a wide power of estimation to the aggrieved party.

### Conclusion

The Reform does not drastically modify French contract law: three-quarters of it codifies preexisting case law. Only a quarter implements changes from which the parties may mostly derogate. The Reform simply appears to bring the Civil Code up to date with the current practice of the courts and therefore provides an easier access to the applicable rules. However, parties contemplating French law as the governing law of their contract should carefully address the Reform – for example, as to whether any new derogation wording is required, or as to any imbalanced clauses in standard form contracts. Many new European trends have inspired the work of the French Direction des affaires civiles et du sceau, the division of the Ministry of Justice in charge of the reform. It is to be hoped that France will soon have a new law of contracts, tort and evidence. A new, modern and more *European théorie générale of contracts* is set out in the new rules.

Texte de l'ordonnance:

version française de l'ordonnance:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>

version anglaise de l'ordonnance: [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf)

# CÂTEVA ASPECTE PRIVIND REFORMA ȘI CONTINUITATEA ÎN MATERIA INFRACTIUNILOR CONTRA PATRIMONIULUI ÎN NOUL COD PENAL

Prof. univ. dr. Ruxandra RĂDUCANU

## Abstract

This study aims to capture how the objectives of the new Criminal Code in the field of crimes against patrimony, which are the elements of reform and continuity in this Code, have been reflected, to highlight some problems of the solved practice through the new regulations and to what extent it has made the printing of a less repressive tendency in the matter of the sanctioning regime, the elimination of regulatory overlaps and their systematization in the field of offenses against the patrimony, and in the case of the theft crime that was subject to the analysis.

**Key words:** sanctioning treatment, aggravating circumstances, use theft, theft by home violence, social value.

## Necesitatea adoptării unui nou Cod penal

Transformările politice, sociale și economice care au avut loc în România anilor 90 era firesc să fie urmate de o legislație care să răspundă necesităților noilor realități. Cu toate acestea, un nou Cod penal a întârziat să apară 20 de ani, aplicându-se în această perioadă tot Codul penal adoptat în 1968.

Sigur că acest Cod penal a suferit numeroase modificări în încercarea de a-l adapta cu reglementările celorlalte state europene. Aceste modificări făcute parțial și succesiv nu au condus însă decât la o dezechilibrare și la o lipsă de coerență a reglementărilor penale. Principalele modificări au vizat pedepsele (în sensul creșterii/agravării lor) pe măsură ce se observa o mai mare frecvență a săvârșirii unor fapte.

Astfel, mai ales în materia infracțiunilor contra patrimoniului sancțiunile au fost majorate deseori și au fost prevăzute o serie de circumstanțe agravante noi. Rezultatul a constat în sancțiuni care se apropiau sau chiar erau identice cu sancțiunile prevăzute pentru infracțiuni contra vieții. Spre exemplu, furtul calificat cu consecințe deosebit de grave (cu o valoare mare a pagubei rezultate din infracțiune) era sancționat cu pedeapsa închisorii de la 10 la 20 de ani la fel ca omorul. Evident că majorarea pedepselor nu este nicidecum o soluție eficientă pentru combaterea criminalității. Cu atât mai mult cu cât ea aduce o disproporționalizare între sancțiunile prevăzute pentru diferitele categorii de infracțiuni. Nerespectarea ierarhiei valorilor sociale prevăzute în legea penală reflectată în pedepsele exagerat de mari în raport cu valoarea socială protejată de lege avea grave repercusiuni asupra eficienței și finalității actului de justiție.

Un alt rezultat al deselor modificări a fost suprapunerea unor texte de lege, mai ales în materia circumstanțelor agravante care erau prevăzute atât pentru unele infracțiuni din partea specială, dar, de asemenea, și ca circumstanțe generale în partea generală a Codului penal.

Un alt neajuns al legislației penale erau numeroasele legi speciale în care erau incriminate diferite infracțiuni ce făcea dificilă cunoașterea acestora.

Toate acestea au fost motive care impuneau adoptarea unui nou Cod penal. Această necesitate a fost observată și de Comisia Europeană care, în procesul de monitorizare a făcut referire la adoptarea unui nou Cod penal care să aibă ca bază vechea reglementare completată în mod unitar cu elemente de referință din reglementările adoptate la nivelul Uniunii Europene.

## Obiectivele noului Cod penal

Autorii noului Cod penal și-au propus<sup>1</sup>:

- reșezarea în limite normale a tratamentului sancționator
- eliminarea suprapunerilor inutile între normele în vigoare (Așa se explică faptul că, în condițiile prevederii în partea generală a agravantei comiterii faptei de trei sau mai multe persoane, s-a renunțat la elementul circumstanțial agravant conținând în săvârșirea infracțiunii de două sau mai multe persoane, diferențierea între unul și doi făptuitori putând fi făcută cu suficientă acuratețe în planul individualizării judiciare).
- armonizarea dreptului penal român cu reglementările din celelalte state membre ale Uniunii Europene
- sistematizarea părții speciale a Codului penal în sensul preluării unor infracțiuni des săvârșite care erau incriminate în legi speciale.

---

<sup>1</sup> Expunere de motive la noul Cod penal publicată pe site-ul Camerei Deputaților – <http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/4/em304.pdf>.

Urmărirea acestor obiective era necesară pentru a asigura previzibilitatea normei penale și creșterea încrederii în actul de justiție<sup>2</sup>.

Proiectul Codului penal prevede un regim sancționator sensibil mai blând pentru majoritatea infracțiunilor. Adoptarea principiilor care stau la baza politicii penale a statului este responsabilitatea autorității legislative, care trebuie să se raporteze la nevoile societății dintr-un anumit moment. Din această perspectivă, legislativul trebuie să își asume o decizie apreciind dacă societatea românească este pregătită pentru adoptarea unei politici penale mai puțin ferme, prin preluarea unor principii adaptate realităților sociale din alte state, sau dacă, în contextul unei criminalități în creștere și al deteriorării condițiilor economice, o asemenea politică penală nu ridică riscul de a transmite un semnal greșit organelor judiciare sau persoanelor predispuse să săvârșească infracțiuni. Spre exemplu, reducerea limitelor de pedeapsă pentru infracțiunile de corupție poate conduce la situația ca sancțiunile aplicate să nu mai aibă caracter descurajator, în condițiile unei tendințe evidente în practică de a aplica pedeapsa minimă prevăzută de lege pentru aceste infracțiuni.

Pe de altă parte, dacă în partea specială a Codului penal sunt prevăzute pedepse cu închisoarea mult mai blânde, justificându-se astfel politica preventivă, în cazul comiterii mai multor infracțiuni sancționate cu pedeapsa închisorii, situația infractorului se agravează semnificativ, întrucât noua reglementare prevede obligatoriu aplicarea, pe lângă pedeapsa cea mai gravă, a unui spor în quantum de o treime din suma celorlalte pedepse care intră în concurs.

În condițiile în care autorii noului Cod penal și-au propus, printre altele, sistematizarea părții speciale a Codului penal, acest lucru nu a fost posibil prin preluarea tuturor infracțiunilor din legi speciale, ci doar a acelor infracțiuni comise în mod frecvent (cum ar fi, de exemplu, infracțiunile rutiere, infracțiunile informatice etc.). Iar politica preventivă a legiuitorului penal român privită în sensul reducerii sancțiunilor cu închisoarea se evidențiază doar în cazul infracțiunilor reglementate în partea specială a Codului penal. Pentru celelalte infracțiuni, limitele de pedeapsă nu au fost modificate, s-au menținut, în cea mai mare parte, între aceleași limite ridicate. Evident că în astfel de situații, modificarea regulilor privind stabilirea pedepsei în cazul concursului de infracțiuni va conduce, în cazul în care în concurs intră infracțiuni din legi speciale ale căror pedepse nu au fost modificate, la o pedeapsă rezultantă în quantum ridicat.

În ceea ce privește reșezarea în limite normale a tratamentului sancționator, noul Cod penal a încercat să asigure o corespondență între gravitatea faptei și pedeapsa prevăzută, ținând cont, în același timp, de ierarhia valorilor sociale protejate de legea penală. În acest fel s-a urmărit evitarea dezechilibrelor din vechea reglementare în care o infracțiune contra patrimoniului era sancționată la fel ca o infracțiune contra vieții.

---

<sup>2</sup> *Idem.*

Ca să-și atingă obiectivul propus cu privire la eliminarea suprapunerilor inutile între normele în vigoare, autorii noului Cod penal au simplificat reglementarea anumitor infracțiuni, renunțând la circumstanțe agravante speciale care se regăseau sau se vor regăsi ca circumstanțe agravante generale. Modificările succesive ale Codului penal din 1968 au generat și un astfel de dezechilibru, pentru că în cazul anumitor infracțiuni erau prevăzute numeroase circumstanțe care agravau pedeapsa, deja extrem de severă. Simplificarea reglementării s-a realizat prin preluarea unor astfel de circumstanțe în partea generală sau prin eliminarea lor în cazul în care circumstanțe cu conținut identic sau asemănător erau prevăzute în partea generală.

Cât privește armonizarea dreptului penal român cu reglementările din celelalte state membre ale Uniunii Europene, valorificând tradiția legislativă românească a Codului penal din 1936, de inspirație italo-germană, noul Cod penal a menținut aceeași orientare, dar adaptând reglementarea nevoilor societății românești.

### **Elemente de reformă și continuitate în materia infracțiunii de furt**

În general, grupa infracțiunilor contra patrimoniului este caracterizată prin prevederea în noul Cod penal a unor pedepse mai blânde. Regimul sancționator mai puțin sever care reprezintă principala diferență față de vechea reglementare în partea specială a Codului penal este cel mai bine evidențiat în materia infracțiunilor contra patrimoniului, materie în care în vechiul Cod penal se ajunsese la niște pedepse exagerate. Astfel, pentru infracțiunea de furt simplu noul Cod prevede pedeapsa închisorii de la 6 luni la 3 alternativ cu amenda, spre deosebire de vechea reglementare care sancționa furtul cu închisoarea de la unu la 5 ani. Pentru furtul calificat, de la pedeapsa închisorii de la 3 la 15 ani se ajunge la pedeapsa închisorii de la 2 la 7 ani. Pe de altă parte, noul Cod penal elimină furtul cu consecințe deosebit de grave care era sancționat cu pedeapsa închisorii de la 10 la 20 de ani, legiuitorul apreciind, în mod corect, că, indiferent cât de mare este valoarea pagubei, aceasta nu imprimă faptei o gravitate care să justifice o asemenea pedeapsă.

Principala diferență în cazul furtului, de exemplu, pe lângă reducerea limitelor pedepsei închisorii, este posibilitatea sancționării acestor fapte cu amenda penală, prevăzută, alternativ lângă pedeapsa închisorii. Sancțiunea mai puțin gravă, pedeapsa amenzii este considerată de legiuitor ca fiind suficientă pentru pedepsirea infractorului care comite furt.

### ***Circumstanțe agravante generale care nu au mai fost reluate în conținutul constitutiv al infracțiunii de furt***

Săvârșirea faptei de trei sau mai multe persoane împreună (art. 77 lit. a). Codul penal din 1969 prevedea agravarea furtului în cazul în care acesta era

comis de două sau mai multe persoane împreună (art. 209 lit. a). Cum și în Codul penal anterior exista circumstanța agravantă generală a săvârșirii faptei de trei sau mai multe persoane împreună (art. 75 lit. a Codul penal din 1969) se pune problema concursului de agravante. Într-o astfel de situație agravanta specială avea prioritate față de agravanta generală și, ori de câte ori fapta era comisă de două sau mai multe persoane împreună se reținea forma agravată a furtului, înlăturându-se aplicarea agravantei generale.

În noul Cod penal nu mai există prevăzută agravanta săvârșirii faptei de două sau mai multe persoane împreună, ceea ce înseamnă că, din punct de vedere al legii mai favorabile, noul Cod conține reglementări mai favorabile, furtul comis de două persoane împreună fiind calificat ca un furt simplu, iar furtul comis de trei sau mai multe persoane împreună este, de asemenea, un furt simplu la care se aplică agravanta generală prevăzută de art. 77 lit. a) Cod penal. Efectul aplicării acestei circumstanțe agravante conduce, din punct de vedere al regimului sancționator, de asemenea, la o sancțiune mai blândă (6 luni la 3 ani sau amenda, pedeapsa aplicată putând ajunge până la maximumul special, sau, dacă acesta este neîndestulător, în cazul închisorii se poate aplica un spor de până la 2 ani, care nu poate depăși o treime din acest maxim, iar în cazul amenzii se poate aplica un spor de cel mult o treime din maximumul special) decât cea care era prevăzută în Codul penal din 1969 pentru furtul calificat (închisoarea de la 3 la 15 ani).

***Săvârșirea infracțiunii profitând de starea de vădită vulnerabilitate a persoanei vătămate, datorată vârstei, stării de sănătate, infirmității sau altor cauze.***

În Codul penal din 1969 era prevăzut furtul calificat asupra unei persoane aflate în imposibilitatea de a-și exprima voința sau de a se apăra (art. 209 lit. d). Noul Cod penal nu mai prevede o astfel de calificare a furtului, dar include, printre circumstanțele generale - săvârșirea infracțiunii profitând de starea de vădită vulnerabilitate a persoanei vătămate, datorată vârstei, stării de sănătate, infirmității sau altor cauze (art. 77 lit. e). În ambele situații considerăm că legiuitorul a avut în vedere același subiect pasiv al infracțiunii, deoarece starea de vulnerabilitate a persoanei poate privi fie imposibilitatea acesteia de a conștientiza ce se întâmplă în jurul său și a-și manifesta voința, fie incapacitatea acesteia de a opune rezistență fizică pentru a respinge acțiunea făptuitorului. Mai mult, legiuitorul enumeră, exemplificativ, fără a limita, cauzele care pot produce victimei starea de vulnerabilitate, cum ar fi vârsta, starea de sănătate, infirmitatea, dar precizează că această stare de vulnerabilitate poate fi datorată oricăror cauze.

Din punct de vedere al aplicabilității agravantei generale în materia infracțiunii de furt, exprimarea legiuitorului care condiționează acțiunea făptuitorului de profitarea de starea de vulnerabilitate a victimei este corectă și ajută la deducerea condițiilor necesare pentru aplicarea agravantei. Codul penal din 1969 prevedea că furtul

trebuie săvârșit **asupra** unei persoane aflate în imposibilitatea de a-și exprima voința sau de a se apăra, fără a preciza condiția **profitării** de către făptuitor de această stare a victimei. În cazul în care făptuitorul profită de starea victimei este necesar, pe de o parte, ca acesta să aibă cunoștință de această stare și, pe de altă parte, făptuitorul să ia hotărârea de a se folosi de această stare a victimei pentru a comite infracțiunea.

Eliminarea din noua reglementare a furtului calificat comis asupra unei persoane aflate în imposibilitatea de a-și exprima voința sau de a se apăra imprimă noii reglementări un caracter mai favorabil și din punct de vedere al condițiilor de incriminare, dar și în ceea ce privește regimul sancționator. Furtul comis asupra unei persoane aflate în imposibilitatea de a-și exprima voința sau de a se apăra va fi calificat ca un furt simplu, dar numai în cazul în care se dovedește că făptuitorul a profitat de această stare pentru a comite infracțiunea cu aplicarea agravantei generale prevăzute de art. 77 lit. e din noul Cod penal. Sancțiunea prevăzută de noul Cod penal pentru furtul simplu este închisoarea de la 6 luni la 3 ani sau amenda, iar prin reținerea circumstanței agravante generale pedeapsa aplicată poate ajunge până la maximumul special, sau, dacă acesta este neîndesulător, în cazul închisorii se poate aplica un spor de până la 2 ani, care nu poate depăși o treime din acest maxim, iar în cazul amenzii se poate aplica un spor de cel mult o treime din maximumul special, pe când Codul penal din 1969 prevedea pentru furtul calificat numai pedeapsa închisorii de la 3 la 15 ani.

***Săvârșirea infracțiunii de către o persoană care a profitat de situația prilejuită de o calamitate, de starea de asediu sau de starea de urgență (art. 77 lit. g).***

Codul penal din 1969 prevedea ca furt calificat furtul comis în timpul unei calamități (art. 209 lit. h). Noul Cod penal nu a mai menținut această circumstanță agravantă specială, ceea ce înseamnă că furtul comis în timpul unei calamități este considerat un furt simplu la care se va aplica circumstanța agravantă prevăzută de art. 77 lit. g dar numai în situația în care se dovedește împrejurarea că făptuitorului i-a profitat situația prilejuită de starea de calamitate. În plus, noul Cod penal prevede, pentru aplicarea circumstanței agravante, și alte situații care îi pot fi favorabile făptuitorului pentru comiterea infracțiunii cum ar fi, cele ocazionate de starea de asediu sau de starea de urgență.

***Furtul în scop de folosință (art. 228).***

Reglementarea distinctă a furtului în scop de folosință este tot un element de noutate, realizându-se o reglementare completă, dar, în același timp, prevăzându-se un regim sancționator mult mai blând.

Ceea ce imprimă faptei caracterul atenuat care se reflectă și în regimul sancționator este scopul urmărit de făptuitor care nu este acela al însușirii bunului, ci doar al folosirii acestuia (în cazul furtului care are ca obiect un vehicul). Având în vedere acest scop există posibilitatea și șanse mai mari ca bunul să fie recuperat mai repede de posesorul legitim, iar legiuitorul a ținut cont de toate aceste aspecte stabilind o sancțiune distinctă, mai blândă față de cea prevăzută pentru infracțiunea de furt.

Un alt aspect de noutate este incriminarea expresă a folosirii fără drept a unui terminal de comunicații al altuia sau folosirii unui terminal de comunicații racordat fără drept la o rețea. Prin această incriminare se pune capăt controverselor doctrinare și soluțiilor din practica judiciară care, fie au considerat că fapta de instalare a unui post telefonic la cablul de alimentare a altui abonat nu constituie furt, fie, dimpotrivă, că sunt întrunite elementele constitutive ale infracțiunii, obiectul material al acesteia fiind constituit impulsurile electromagnetice sustrate.

Existența infracțiunii în această modalitate este condiționată însă de producerea unei pagube, iar, în cazul neproduserii acesteia, nu sunt întrunite toate elementele constitutive necesare pentru a atrage răspunderea penală.

Terminal de comunicații – produs sau dispozitiv electronic ce permite comunicarea sau o componentă relevantă a unui produs destinat să fie conectat direct sau indirect, printr-un mijloc oarecare, la interfețele rețelelor publice de comunicații electronice destinate publicului

Pe de altă parte, întrucât furtul în scop de folosință se sancționează cu o pedeapsă ale cărei limite sunt reduse cu o treime față de cele prevăzute pentru furtul simplu sau calificat, după caz, noua incriminare este mult mai blândă (mai puțin severă) decât vechea reglementare care nu făcea nicio diferență între furtul simplu și furtul în scop de folosință.

## Probleme de practică rezolvate de noul Cod penal

Furtul săvârșit prin violare de domiciliu sau sediu profesional prevăzut de art. 229 alin. (2) lit. b) din noul Cod penal constituie o circumstanță agravantă nouă care se aplică în situația în care făptuitorul, pentru a ajunge la bunul pe care urmează să-l sustragă, pătrunde în domiciliul sau sediul profesional al unei persoane.

Reglementarea expresă a acestei circumstanțe agravante reprezintă o soluționare pe cale legislativă a controverselor și soluțiilor judiciare diferite care au existat, de-a lungul timpului, în materia furtului săvârșit dintr-o locuință. Prin această reglementare, furtul săvârșit în această modalitate agravată devine o infracțiune complexă care absoarbe în conținutul său fie infracțiunea de violare de domiciliu, fie infracțiunea de violarea a sediului profesional, după caz. Reglementarea circumstanței agravate are în vedere și incriminarea în noul Cod penal a



infracțiunii de violare a sediului profesional pentru a acoperi toate situațiile în care, pentru săvârșirea furtului, are loc pătrunderea în domiciliul unei persoane fizice sau în sediul unei persoane juridice sau fizice.

Prin prevederea acestei circumstanțe agravante se urmărește și unificarea practicii în materie care a cunoscut soluții potrivit cărora numai furtul săvârșit prin efracție absorbea violarea de domiciliu sau, dimpotrivă, intra în concurs cu această infracțiune.

## Concluzii

În concluzie, obiectivele propuse în momentul redactării noului Cod penal, în sensul imprimării unei tendințe mai puțin represive în materia regimului sancționator, al eliminării suprapunerilor de reglementare și al sistematizării sunt ilustrate și în materia infracțiunilor contra patrimoniului, și în cazul infracțiunii de furt ce a fost supusă analizei.

Deși este doar de 3 ani în vigoare, noul Cod penal a suferit deja modificări în iulie 2016, iar legea de modificare a vizat tocmai creșterea sancțiunilor. Astfel, în materia furtului a fost reintrodusă agravanta furtului care produce consecințe deosebit de grave, situație în care limitele speciale ale pedepsei se majorează cu jumătate. Acesta este deja un semnal că legiuitorul român rămâne fidel soluției prin care a fost modificat succesiv vechiul Cod penal, iar creșterea sancțiunilor făcute separat pentru anumite infracțiuni sau grupuri de infracțiuni nu va face altceva decât să creeze aceleași dezechilibre întâlnite și în vechea reglementare. Astfel de intervenții vor anula în final orientarea inițială a noului Cod penal către o politică penală mai blândă.

# SISTEMUL PROCEDURAL AL EVALUĂRII ȘI AUTORIZĂRII ACTIVITĂȚILOR CU IMPACT ASUPRA MEDIULUI

Lect. univ. dr. **Adrian-Barbu ILIE** (drd)\*  
Universitatea din Craiova  
Facultatea de drept

## Summary

The purpose of environmental protection strategies, concepts and tools used are aimed at maintaining the quality of human health and quality across all specific values of nature. In a society that develops technologically with giant strides, it is a challenge to be able to keep a balance between economic development, human society and the environment. One way of maintaining it are the regulatory acts on environmental protection which establish a number of technical and technological parameters of operation, controls the activity impact on the environment and ensure compliance with rules on environmental protection.

**Keywords:** regulatory acts, environmental agreement, environmental permit, integrated environmental permit, environmental approvals, environmental balance sheet.

## 1. Privire generală asupra sistemului procedural

Ideea de drept al omului la un mediu sănătos face parte din acele drepturi care alcătuiesc a treia generație de drepturi ale omului și nu este diferit de dreptul la pace, dreptul la o dezvoltare armonioasă a culturilor sau alte drepturi care, deși cu un conținut oarecum abstract și complex, contribuie la ceea ce poate fi numit „statul de drept”.

Nu este de ajuns, însă, ca acest drept să fie cuprins în normele cardinale ale unei țări, pentru că o Constituție<sup>2</sup> cuprinde norme-principii cu caracter diriguitor,

<sup>1</sup> M.S. Ticu, *Repere ale unei filosofii juridice a statului de drept*, vol. „Administrația publică și statul de drept”, Ed. Universul Juridic, București, anul 2016, p. 87.

<sup>2</sup> Pentru o privire generală asupra regimului juridic al dreptului omului la un mediu sănătos, a se vedea M. Diaconu, *Dreptul la mediu sănătos în constituțiile unor țări ale Uniunii Europene*, Revista de Științe Juridice nr. 4/2006, Ed. Themis, Craiova, pp. 96-102 și A.B. Ilie, *The*

ci acesta trebuie să se regăsească transpus în norme de aplicare care definesc procedurile prin care impactul asupra mediului să fie limitat.

Așa cum se arată în doctrină<sup>3</sup>, pentru a preveni sau limita impactul adus mediului de activitățile umane, una dintre tehnicile moderne este aceea de a obține o autorizare specială prealabilă pentru anumite activități care pot prezenta un risc de poluare pentru mediu.

Conform legislației în vigoare, activitățile economice și sociale cu impact asupra mediului sunt supuse unei proceduri tehnico-administrative de verificare a efectelor acestor activități asupra mediului înconjurător și a respectării dreptului constituțional la un mediu sănătos și echilibrat ecologic.

Cadrul general legislativ în România este asigurat de O.U.G. nr. 195/2005 (Legea-cadru a mediului) cu modificările ulterioare, Legea nr. 278 din 24 octombrie 2013 privind emisiile industriale, H.G. nr. 445 din 8 aprilie 2009 privind evaluarea impactului anumitor proiecte publice și private asupra mediului, Ordinul nr. 135 din 10 februarie 2010 privind aprobarea Metodologiei de aplicare a evaluării impactului asupra mediului pentru proiecte publice și private, Ordinul nr. 1798 din 19 noiembrie 2007 pentru aprobarea Procedurii de emitere a autorizației de mediu și Ordinul nr. 818 din 17 octombrie 2003 pentru aprobarea Procedurii de emitere a autorizației integrate de mediu.

Publicul trebuie să fie parte a acestor procese decizionale, acesta trebuind atât informat, cât și invitat să participe la procesul decizional prin prezentarea unor eventuale puncte de vedere/observații. Mai mult, publicul are dreptul de a contesta și ataca prin procedura administrativ-contencioasă acele decizii pe care le consideră nelegale sau ca nefiind în avantajul populației și al mediului.

## **2. Mijloacele procedurale de constatare a conformității activităților cu dispozițiile legale**

### **Mijloacele procedurale de constatare a conformității activităților cu dispozițiile legale privind protecția mediului sunt avizele, autorizațiile și acordurile de mediu.**

**§1. Acordul de mediu.** Proiectele care pot avea efecte semnificative asupra mediului fac obiectul unei *solicitări de aprobare de dezvoltare* și a unei *evaluări a impactului lor asupra mediului*<sup>4</sup> înaintea emiterii acestei aprobări, aceasta

---

*Right to a Healthy Environment – between a Basic Human Right and a Policy of Form without Substance*, Revista de Științe Politice nr. 52/2016, pp. 14-24.

<sup>3</sup> M. Dușu, A. Dușu, *Dreptul Mediului*, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 178.

<sup>4</sup> Anexa I a H.G. nr. 455/2009 cuprinde Lista proiectelor supuse evaluării impactului asupra mediului, iar Anexa II cuprinde Lista proiectelor pentru care trebuie stabilită necesitatea efectuării

realizându-se conform *H.G. nr. 445 din 8 aprilie 2009 privind evaluarea impactului anumitor proiecte publice și private asupra mediului*<sup>5</sup> și *Ordinului nr. 135 din 10 februarie 2010 privind aprobarea Metodologiei de aplicare a evaluării impactului asupra mediului pentru proiecte publice și private*<sup>6</sup>.

**Acordul de mediu** este decizia autorității competente care dă dreptul titularului de proiect să realizeze proiectul<sup>7</sup>, fiind actul administrativ emis de autoritatea competentă pentru protecția mediului (ACPM), prin care sunt stabilite condițiile și, după caz, măsurile pentru protecția mediului care trebuie respectate în cazul realizării unui proiect.

**Titularul de proiect**, care poate fi atât persoană fizică, cât și persoană juridică, este solicitantul aprobării de dezvoltare pentru un proiect privat sau autoritatea publică care inițiază un proiect.

**Autoritățile competente pentru aplicarea procedurilor** sunt, după caz, autoritățile publice care emit, potrivit competențelor legale, aprobări de dezvoltare, precum și autoritățile publice pentru protecția mediului, respectiv autoritatea publică centrală, Agenția Națională pentru Protecția Mediului, cele teritoriale pentru protecția mediului și Administrația Rezervației Biosferei „Delta Dunării”.

Evaluarea impactului asupra mediului și evaluarea adecvată stabilesc cadrul unei abordări integrate prin informarea și consultarea tuturor autorităților cu responsabilități în domeniul protecției mediului și participarea acestora în cadrul unei **comisii de analiză tehnică (CAT)** organizate la nivelul județului unde se află amplasamentul proiectului sau, după caz, la nivel central pentru proiectele aflate în competența autorității publice centrale pentru protecția mediului [art. 2 alin. (2) - Metodologia cuprinsă în *Ordinul nr. 135/2010*].

**Evaluarea impactului asupra mediului** identifică, descrie și evaluează în mod corespunzător și pentru fiecare caz, în conformitate cu prevederile *H.G. nr. 445/2009*, efectele directe și indirecte ale unui proiect asupra următorilor factori: a) ființe umane, faună și floră; b) sol, apă, aer, climă și peisaj; c) bunuri materiale și patrimoniu cultural; d) interacțiunea dintre factorii prevăzuți la lit. a), b) și c) ale art. 5 din *H.G. nr. 445/2009*.

---

evaluării impactului asupra mediului. De asemenea, sunt prevăzute expres, la art. 8, acele proiecte care sunt exceptate de la această procedură.

<sup>5</sup> Publicată în *M. Of. nr. 481 din 13 iulie 2009* și modificată prin *H.G. nr. 17 din 11 ianuarie 2012* pentru modificarea și completarea *H.G. nr. 445/2009* privind evaluarea impactului anumitor proiecte publice și private asupra mediului (*M. Of. nr. 48 din 20 ianuarie 2012*).

<sup>6</sup> Publicat în *M. Of. nr. 274 din 27 aprilie 2010*.

<sup>7</sup> Proiectul reprezintă - în înțelesul art. 2 din *H.G. nr. 445/2009* - executarea lucrărilor de construcții sau a altor instalații ori lucrări; alte intervenții asupra cadrului natural și peisajului, inclusiv cele care implică exploatarea resurselor minerale.

Procedura de evaluare a impactului asupra mediului este parte integrantă din procedura de emitere a aprobării de dezvoltare<sup>8</sup>.

Această procedură se realizează în etape, după cum urmează: a) *etapa de încadrare a proiectului* în procedura de evaluare a impactului asupra mediului; b) *etapa de definire a domeniului evaluării și de realizare a raportului* privind impactul asupra mediului; c) *etapa de analiză a calității raportului* privind impactul asupra mediului.

Debutul procedurii are loc prin depunerea de către titular a unei **notificări** adresată autorităților publice pentru protecția mediului<sup>9</sup> privind intenția de realizare a proiectului. Acestea pot decide că este necesar ca titularul să depună un **memoriu de prezentare**, caz în care acesta va conține o descriere mai detaliată a proiectului<sup>10</sup>.

Cu privire la *etapa de încadrare a proiectului*, titularului i se solicită informații privind proiectul și impactul acestuia asupra mediului, acesta având obligația de a furniza un **raport privind impactul asupra mediului**, care va cuprinde informațiile prevăzute în Anexa IV din H.G. nr. 445/2009.

În urma parcurgerii acestei etape în procedurile de evaluare a impactului asupra mediului și ale evaluării adecvate, ACPM decide, după caz: a) efectuarea evaluării impactului asupra mediului cu/fără realizarea evaluării adecvate; b) efectuarea evaluării adecvate; c) continuarea procedurii privind emiterea aprobării de dezvoltare. Publicul interesat poate înainta comentarii/observații la proiectul deciziei etapei de încadrare în termen de 5 zile de la data publicării anunțului.

Ulterior, *în etapa de definire a domeniului evaluării și de realizare a raportului privind impactul asupra mediului*, în cazul primelor două variante de mai sus, ACPM transmite titularului un **îndrumar** (care este public spre informare) **privind problemele de mediu** care trebuie analizate în **raportul privind impactul asupra mediului** și în studiul de evaluare adecvată, după caz, ținând cont și de propunerile justificate ale publicului. Titularul proiectului depune la ACPM raportul privind impactul asupra mediului, care, împreună cu studiul de evaluare adecvată și raportul de securitate, sunt realizate doar de către persoane fizice sau juridice care au acest drept conform legii.

Ultima *etapă, de analiză a calității raportului privind impactul asupra mediului*, privește participarea publicului și finalizarea procedurii. Raportul

---

<sup>8</sup> Pentru analiza unui caz practic privind procedurile necesare de protecția mediului, a se vedea A.B. Ilie, *Mining Procedures and Environmental Protection in Romania. Between Economical Benefits and Sustainable Development*, Journal of Advanced Research in Law and Economics nr. 2/2011, ISSN: 2068-696X, <http://www.asers.eu/journals/jarle.html>, București, România, vol. 1, pp. 115-119.

<sup>9</sup> Competențele pentru parcurgerea etapelor evaluării impactului asupra mediului sunt stabilite diferitelor autorități în funcție de importanța și impactul proiectului, conform art. 6 din Metodologie.

<sup>10</sup> Conținutul-cadru al memoriului de prezentare a proiectului este stabilit de metodologia de aplicare a evaluării impactului asupra mediului, prevăzută la art. 30, în cadrul procedurilor de evaluare adecvată specifică pentru ariile naturale protejate și alte proiecte prevăzute expres.

trebuie supus comentariilor publicului<sup>11</sup> în ședință publică. Ca urmare a acestei proceduri, dacă în 60 de minute de la ora anunțată pentru începerea ședinței cu publicul nu se prezintă nimeni, aceasta se declară închisă; dacă există public interesat, acesta poate depune comentarii/opinii/observații. Ambele situații se consemnează de către ACPM într-un proces-verbal/minută.

În termen de 20 de zile de la ședință, ACPM analizează poziția publicului interesat și, dacă este cazul, transmite titularului un *formular pentru prezentarea soluțiilor de rezolvare a problemelor semnalate de publicul interesat*. Conform art. 23 din Metodologie, după primirea de la titularul proiectului a răspunsurilor la observațiile publicului, ACPM desfășoară activitățile de analiză a documentației și comunică, în scris, titularului proiectului fie *necesitatea completării/modificării* raportului privind impactul asupra mediului și/sau a raportului de securitate sau, după caz, *respingerea motivată* a acestuia/acestora, fie *decide emiterea acordului de mediu sau respingerea solicitării acestuia*.

Titularul proiectului are obligația să informeze publicul asupra emiterii acordului de mediu sau a deciziei de respingere a acestuia. Observațiile se primesc în termen de 5 zile de la informare, iar dacă sunt pertinente și se justifică aprofundarea evaluării și solicitarea de noi informații sau investigații suplimentare, ACPM decide reluarea procedurii de la etapa solicitării acestor informații.

**§.2 Autorizația de mediu** este actul administrativ emis de autoritatea competentă pentru protecția mediului prin care sunt stabilite condițiile și/sau parametrii de funcționare a unei activități existente sau a unei activități noi cu posibil impact semnificativ asupra mediului, obligatoriu la punerea în funcțiune<sup>12</sup>. Conform O.U.G. nr. 195/2005, desfășurarea activităților existente, precum și începerea activităților noi cu posibil impact semnificativ asupra mediului, se realizează numai în baza autorizației/autorizației integrate de mediu, funcționarea fără autorizație de mediu fiind interzisă pentru aceste activități.

Procedura privind autorizația de mediu este prevăzută în *Ordinul nr. 1798 din 19 noiembrie 2007 pentru aprobarea Procedurii de emitere a autorizației de mediu*<sup>13</sup>, aceasta reglementând condițiile de solicitare, de emitere și de revizuire a

---

<sup>11</sup> Public - una sau mai multe persoane fizice sau juridice și, în concordanță cu legislația ori cu practica națională, asociațiile, organizațiile sau grupurile acestora (O.U.G. nr. 195/2005); orice persoană fizică sau juridică, indiferent de forma de constituire a acesteia (Legea nr. 278/2013); organizațiile guvernamentale care promovează protecția mediului și care îndeplinesc condițiile cerute de legislația națională sunt și ele considerate ca fiind public interesat.

<sup>12</sup> Pentru un punct de vedere privind categoriile de autorizații de mediu și diferențele între ele, a se vedea M. Duțu, A. Duțu, *Dreptul Mediului*, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 183.

<sup>13</sup> Ordinul 1789/2007 conținând procedura a fost publicat în M. Of. nr. 808 din 27 noiembrie 2007, procedura fiind modificată de Ordinul nr. 3839 din 9 noiembrie 2012 pentru modificarea și completarea Procedurii de emitere a autorizației de mediu, aprobată prin Ordinul ministrului mediului și dezvoltării durabile nr. 1798/2007.

autorizației de mediu. Activitățile pentru care se aplică prevederile procedurii sunt prevăzute în Anexa nr. 1 a acesteia.

Autoritatea competentă pentru derularea procedurii de emitere a autorizației de mediu (ACPM) este, după caz, autoritatea publică centrală pentru protecția mediului (APCPM), Agenția Națională pentru Protecția Mediului (ANPM) sau autoritatea publică teritorială pentru protecția mediului (ATPM<sup>14</sup>).

Când se solicită o autorizație de mediu sau, după caz, o nouă autorizație, cu minimum 45 de zile înainte de expirarea unei autorizații de mediu existente, titularul activității (solicitantul) este obligat să depună la ACPM un dosar cuprinzând documentația-cadru specifică procedurii.

În cazul în care e vorba de **activități noi**, pentru care a fost emis acordul de mediu, ACPM, după derularea etapelor procedurale, face publică decizia de emitere a autorizației de mediu, precum și programul de consultare a documentelor care au stat la baza acesteia, prin afișare la sediul propriu și postare pe pagina proprie de internet.

Pentru **activitățile existente**, în termen de 20 de zile lucrătoare de la data depunerii solicitării, ACPM întocmește un îndrumar cu problemele rezultate din analiza inițială a documentației, lista autorizațiilor/avizelor necesare emise de alte autorități, și stabilește necesitatea efectuării **bilanțului de mediu**. Conform art. 11, raportul cu concluziile bilanțului de mediu se supune dezbaterii publice<sup>15</sup>. ACPM, împreună cu titularul activității și cu CAT, analizează raportul cu concluziile bilanțului de mediu și concluziile dezbaterii publice și stabilește dacă emite autorizația de mediu cu sau fără respectarea unui **program pentru conformare**. Termenul de eliberare a acesteia este de maximum 90 de zile lucrătoare de la data depunerii documentației complete [art. 10 alin. (1) din Procedură].

ACPM face publică decizia de emitere a autorizației de mediu, la sediul propriu și postare pe pagina proprie de internet, aceasta putând fi contestată în termen de 30 de zile lucrătoare de la data afișării. La expirarea termenului, ACPM eliberează autorizația de mediu dacă nu sunt contestații.

Ori de câte ori există o schimbare de fond a datelor care au stat la baza emiterii, este necesară **revizuirea autorizației de mediu**. ACPM *emite o autorizație de mediu revizuită*, pe baza notificării titularului activității, incluzând acele date care s-au modificat, sau *decide reluarea procedurii de emitere* a unei noi autorizații de mediu. În cazul în care se realizează revizuirea, se păstrează numărul și data autorizației de mediu supuse revizuirii. Termenul de valabilitate al acesteia este până la expirarea duratei de valabilitate a autorizației de mediu inițiale supuse revizuirii.

---

<sup>14</sup> ATPM este agenția județeană pentru protecția mediului sau Administrația Rezervației Biosferei „Delta Dunării”.

<sup>15</sup> Dezbaterea publică se realizează în conformitate cu procedura prevăzută în Anexa nr. 3.

Dacă *se schimbă titularul activității*, conținutul programului pentru conformare se reface, specificându-se sursa de finanțare și responsabilitatea, dacă este necesar, iar în cazul în care *titularul autorizației își schimbă denumirea și/sau forma juridică de organizare*, autorizația de mediu se transferă pentru noul titular sau pentru noua denumire a societății dacă se face dovada că activitățile se desfășoară în aceleași condiții pentru care aceasta a fost emisă.

**§.3 Autorizația integrată de mediu.** Cadrul legal privind această autorizație este asigurat de *Ordinul nr. 818 din 17 octombrie 2003 pentru aprobarea Procedurii de emiteră a autorizației integrate de mediu*<sup>16</sup> și *Legea nr. 278 din 24 octombrie 2013 privind emisiile industriale*.

Aceasta este actul administrativ emis de ACPM, cu informarea prealabilă a Agenției Naționale pentru Protecția Mediului, care acordă dreptul de a exploata în totalitate sau în parte o instalație, în anumite condiții, care să garanteze că instalația corespunde prevederilor privind prevenirea și controlul integrat al poluării<sup>17</sup>.

Funcționarea fără autorizație integrată de mediu este interzisă pentru activitățile supuse legislației privind prevenirea și controlul integrat al poluării, iar autorizația poate fi emisă pentru una sau mai multe instalații ori părți ale acesteia situate pe același amplasament și exploatate de același operator.

Autoritatea județeană pentru protecția mediului (AJPM) stabilește măsurile și condițiile de emiteră a autorizației integrate de mediu pentru activitățile/instalațiile existente, după evaluarea condițiilor de operare care nu respectă prevederile Legii nr. 278/2013, pe baza proiectului de plan de acțiuni aprobat. Pentru activitățile/instalațiile noi sau pentru cele existente care au suferit modificări substanțiale, titularul activității/instalației are obligația să obțină, încă din etapa de proiectare, acordul de mediu pentru toate activitățile/instalațiile prevăzute în Legea nr. 278/2013, punerea în funcțiune a acestora având loc numai după obținerea autorizației integrate de mediu.

---

<sup>16</sup> Ordinul nr. 818/2003 a fost publicat în M. Of. nr. 800 din 13 noiembrie 2003, iar Procedura de emiteră a autorizației integrate de mediu a fost modificată prin Ordinul nr. 3970 din 3 decembrie 2012 pentru modificarea și completarea Procedurii de emiteră a autorizației integrate de mediu, aprobată prin Ordinul ministrului agriculturii, pădurilor, apelor și mediului nr. 818/2003, Ordinul nr. 1158 din 15 noiembrie 2005 pentru modificarea și completarea anexei la Ordinul ministrului agriculturii, pădurilor, apelor și mediului nr. 818/2003 pentru aprobarea Procedurii de emiteră a autorizației integrate de mediu și Legea nr. 278 din 24 octombrie 2013 privind emisiile industriale.

<sup>17</sup> În Legea nr. 278/2013 se definește autorizația - actul administrativ emis de autoritățile competente de mediu care permite unei instalații, unei instalații de ardere, unei instalații de incinerare a deșeurilor sau unei instalații de coincinerare a deșeurilor să funcționeze în totalitate sau în parte, în condiții care să garanteze că instalația respectă prevederile legii, și se precizează că autorizația integrată de mediu este necesară pentru activitățile prevăzute în Anexa 1.



Implicarea autorităților la procedura de emitere a autorizației integrate de mediu se realizează în cadrul Colectivului de analiză tehnică (CAT), organizat la nivelul județului unde se află amplasamentul activității/installației.

Pentru a obține autorizația integrată de mediu, titularii activităților/operatorii<sup>18</sup> au obligația să depună la sediul AJPM documentele necesare, conform legii. Toate documentele de susținere a solicitării trec printr-o analiză preliminară și, ulterior, se supun analizei detaliate a autorității județene pentru protecția mediului, în cadrul CAT. În situația în care analiza documentației necesită evaluarea unui expert, CAT poate solicita un punct de vedere al grupului de experți în domeniul de activitate supus analizei.

Conform art. 15 din Procedură, AJPM, în urma analizei detaliate, stabilește: a) fie continuarea procedurii; b) fie respingerea solicitării, în cazul în care documentele de susținere a solicitării nu sunt corect întocmite – în acest caz, autoritatea este obligată, în termen de 10 zile lucrătoare, să înștiințeze în scris titularul de activitate/operatorul despre motivația respingerii solicitării, odată cu returnarea documentelor depuse; c) fie completări pe baza raportului de analiză CAT, în cazul în care nu se furnizează datele și informațiile necesare pentru luarea deciziei – în această situație, titularul de activitate/operatorul este obligat să transmită informațiile și datele în termen de 30 de zile, în vederea continuării procedurii, neîncadrarea în acest termen atrăgând respingerea documentației.

Depunerea solicitării în vederea obținerii autorizației integrate de mediu pentru funcționarea instalațiilor existente se realizează în conformitate cu prevederile Legii nr. 278/2013, titularul de activitate/operatorul trebuind să întocmească **un proiect de plan de acțiuni**, care se atașează la documentele pentru solicitarea autorizației integrate de mediu, în vederea aprobării de către ACPM, perioada de valabilitate a autorizației integrate de mediu fiind cea de realizare a planului de acțiuni.

În termen de 15 zile lucrătoare de la data acceptării solicitării, AJPM stabilește componența CAT, finalizează analiza și transmite titularului de activitate/operatorului raportul analizei, în termen de 10 zile de la data evaluării solicitării (art. 26 din Procedură).

Conform art. 24 din Legea nr. 278/2013, ACPM, responsabilă cu emiterea autorizației integrate de mediu, asigură cadrul necesar pentru participarea din timp și în mod efectiv a publicului interesat la procedurile specifice privind emiterea autorizațiilor integrate de mediu pentru instalații noi sau pentru orice

---

<sup>18</sup> Operator – orice persoană fizică sau juridică care exploatează ori deține controlul total sau parțial asupra instalației ori a instalației de ardere sau a instalației de incinerare a deșeurilor ori a instalației de coincinerare a deșeurilor sau, așa cum este prevăzut în legislația națională, căreia i s-a delegat puterea economică decisivă asupra funcționării tehnice a instalației.

modificare substanțială, precum și pentru actualizarea unei autorizații integrate de mediu sau a condițiilor de autorizare pentru o instalație, potrivit prevederilor art. 21 alin. (7) lit. a) din lege.

Astfel, cu aplicarea art. 46 din Procedură (cuprinsă în Ordinul nr. 818/2003), ACPM asigură și garantează **accesul liber la informație al publicului**<sup>19</sup> și participarea acestuia la luarea deciziilor prin aducerea la cunoștință publică a tuturor cererilor de autorizare; încunoștințarea despre decizia luată și publicarea de copii de pe autorizația eliberată.

Dacă în termen de 30 de zile de la anunțul public de emiteră a unei autorizații integrate de mediu nu apar observații fundamentate din partea publicului, AJPM **emite autorizația integrată de mediu**. Dacă observațiile primite din partea publicului justifică aprofundarea evaluării, AJPM decide reluarea procedurii de la etapa solicitării acestor informații.

ACPM are obligația de a reexamina periodic și de a actualiza, dacă este necesar, condițiile de acordare a autorizației integrate de mediu.

Schimbarea modului de exploatare a instalației, prevăzută de titularul activității/operator, nu poate fi întreprinsă fără a se cere eliberarea acordului și/sau autorizației integrate de mediu.

**§4. Avizele de mediu.** În legislația noastră, există diferite tipuri de avize, de principiu ele fiind actul administrativ emis de autoritatea competentă pentru protecția mediului, care confirmă integrarea aspectelor privind protecția mediului în planul sau programul supus adoptării. În afară de *avizul de mediu* obișnuit, mai avem *avizul de mediu pentru produse de protecție a plantelor, respectiv pentru autorizarea îngrășămintelor, și avizul „Natura 2000”*.

Solicitarea și obținerea avizului de mediu sunt obligatorii pentru adoptarea planurilor și programelor care pot avea efecte semnificative asupra mediului. Planurile de urbanism și amenajarea teritoriului<sup>20</sup> se supun, de asemenea, procedurii de evaluare de mediu, conform legislației în vigoare.

---

<sup>19</sup> Informațiile disponibile publicului sunt informații fără caracter confidențial, prevăzute de Convenția privind accesul la informație, participarea publicului la luarea deciziei și accesul la justiție în probleme de mediu, semnată la Aarhus la 25 iunie 1998, ratificată prin Legea nr. 86/2000 (art. 30 din Procedură). Documentația pentru susținerea autorizației integrate de mediu, împreună cu toate datele relevante, cu excepția celor care reprezintă secret de stat și informații comerciale pentru care se cere confidențialitate, trebuie să fie disponibile publicului pentru consultare la sediul autorității competente pentru protecția mediului sau la sediul primăriei locale din zona în care se află instalația (art. 49 din Procedură).

<sup>20</sup> Pentru o privire detaliată asupra etapelor necesare eliberării certificatului de urbanism, a se vedea R. Bischin, *Procedura eliberării certificatului de urbanism*, Revista de Științe Juridice nr. 3/2008, Ed. Universul Juridic, pp. 80-83.

Cadrul legislativ general este asigurat de *O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului*, iar cel specific, de *H.G. nr. 1076 din 8 iulie 2004 privind stabilirea procedurii de realizare a evaluării de mediu pentru planuri și programe*<sup>21</sup>.

Conform art. 7 din H.G. nr. 1076/2004, procedura de evaluare de mediu se aplică de autoritățile titulare de plan sau program în colaborare cu autoritățile competente pentru protecția mediului, cu consultarea autorităților publice centrale sau locale de sănătate și cele interesate de efectele implementării planurilor și programelor, după caz, precum și a publicului, și **se finalizează cu emiterea avizului de mediu** pentru planuri sau programe. Planurile și programele care nu necesită evaluare de mediu se supun procedurii de adoptare fără aviz de mediu.

Rezultatele evaluării de mediu se prezintă într-un **raport de mediu**<sup>22</sup> elaborat de persoane autorizate. Acesta prezintă potențialele efecte semnificative asupra mediului ale implementării planului sau programului, precum și posibilele alternative rezonabile. Publicul își poate exprima opinia asupra proiectului de plan sau de program și asupra raportului de mediu. În termen de 5 zile de la finalizarea raportului de mediu, titularul transmite proiectul de plan sau de program și raportul de mediu ACPM, precum și altor autorități competente în condițiile legii.

Decizia de emitere a avizului de mediu se ia în termen de 15 zile de la data dezbaterii publice. Titularul este încunoștințat în scris de decizie, care este publică, iar în termen de 3 zile, acesta are obligația de a o anunța în mass-media.

Avizul de mediu și acordul de mediu își păstrează valabilitatea pe toată perioada punerii în aplicare a planului sau programului, respectiv proiectului<sup>23</sup>.

**§5. Bilanțul de mediu (BM)** este lucrare elaborată de persoane fizice sau juridice care au acest drept, potrivit legii, în scopul obținerii autorizației de mediu, reînnoirii acesteia, fie pentru stabilirea obligațiilor de mediu, fie pentru situațiile care implică schimbarea titularului activității, încetarea activității, lichidarea etc. Acesta conține elementele analizei tehnice prin care se obțin informații asupra cauzelor și consecințelor efectelor negative cumulate, anterioare, prezente și anticipate ale activității, în vederea cuantificării impactului de mediu efectiv de pe un amplasament; în cazul în care se identifică un impact semnificativ, bilanțul se completează cu un studiu de evaluare a riscului.

---

<sup>21</sup> Aceasta transpune în legislația noastră Directiva 2001/42/CE.

<sup>22</sup> Raport de mediu - parte a documentației planurilor sau programelor care identifică, descrie și evaluează efectele posibile semnificative asupra mediului, ale aplicării acestora și alternativele sale raționale, luând în considerare obiectivele și aria geografică aferentă, conform legislației în vigoare.

<sup>23</sup> Despre emiterea avizelor de mediu și procedura administrativ-contencioasă, a se vedea R. Bischin, *Aviz de mediu. Zonă costieră. Construcții. Anulare act administrativ. Recurs*, Pandectele Române nr. 3/2011, Ed. Wolters Kluwer, București, pp. 197-203.

Cadrul legal general este stabilit de prevederile *O.U.G. nr. 195/2005*, iar cel specific, de *Ordinul nr. 184 din 21 septembrie 1997 pentru aprobarea Procedurii de realizare a bilanțurilor de mediu*.

Conform art. 2 din Procedură, există trei tipuri de BM:

a) **Bilanț de mediu nivel 0** – fișă de verificare conținând elemente caracteristice activității și care ajută la identificarea și stabilirea necesității efectuării unui bilanț de mediu nivel I sau nivel II sau a unei evaluări a riscului. Acesta reprezintă cerința minimă pentru situațiile în care, prin lege, este prevăzută necesitatea prezentării unui bilanț de mediu.

b) **Bilanț de mediu nivel I** – studiu de mediu constând din culegere de date și documentare (fără prelevare de probe și fără analize de laborator privind factorii de mediu), care include toate elementele analizei tehnice a aspectelor de mediu pentru luarea unei decizii privind dimensionarea impactului de mediu potențial sau efectiv de pe un amplasament. Acesta trebuie să includă o analiză tehnică a impactului de mediu, după cum se precizează în anexa A.2 a Procedurii cuprinse în Ordinul nr. 184/1997.

c) **Bilanț de mediu nivel II** – investigații asupra unui amplasament, efectuate în cadrul unui bilanț de mediu, pentru a cuantifica dimensiunea poluării prin prelevări de probe și analize fizice, chimice sau biologice ale factorilor de mediu. Se realizează dacă un bilanț de mediu nivel I relevă o poluare potențial semnificativă a unui amplasament, putând fi executat în același timp cu bilanțul de mediu nivel I, dacă amplasamentul prezintă o poluare potențial semnificativă.

Cele trei tipuri de BM (nivel 0, I și II) nu se exclud reciproc și pot fi efectuate consecutiv sau concomitent, conform prevederilor legale.

Cu privire la angajarea **evaluării riscului**<sup>24</sup>, aceasta se realizează în următoarele condiții: a) evaluarea riscului va fi solicitată de către autoritatea de mediu competentă atunci când s-a dovedit că există o poluare semnificativă pe un amplasament; b) când este necesară o evaluare a riscului, autoritatea de mediu competentă va informa în scris titularul asupra acestei necesități și va stabili domeniul specific și detaliile evaluării riscului.

**§6. Alte proceduri și termene privind actele de reglementare.** Autorizația de mediu este, ca regulă, valabilă 5 ani, iar autorizația integrată de mediu este valabilă 10 ani<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Evaluarea riscului – lucrare elaborată de persoane fizice sau juridice care au acest drept, potrivit legii, prin care se realizează analiza probabilității și gravității principalelor componente ale impactului asupra mediului și se stabilește necesitatea măsurilor de prevenire, intervenție și/sau remediere.

<sup>25</sup> Prin excepție de la aceste prevederi, autorizațiile de mediu emise cu program pentru conformare sunt valabile pe toată perioada derulării programului, dar nu mai mult de 60 de zile de la data scadentă de realizare a ultimei măsuri din programul respectiv.

Acordul de mediu, autorizația de mediu și autorizația integrată de mediu se suspendă de către autoritatea emitentă pentru nerespectarea prevederilor acestora, după o notificare prealabilă prin care se poate acorda un termen de cel mult 60 de zile pentru îndeplinirea obligațiilor. Suspendarea se menține până la eliminarea cauzelor, dar nu mai mult de 6 luni. Pe perioada suspendării, desfășurarea proiectului sau a activității este interzisă [art. 17 alin. (3) din O.U.G. nr. 195/2005]. În cazul în care nu s-au îndeplinit condițiile stabilite prin actul de suspendare, ACPM va dispune, după expirarea termenului de suspendare, anularea acordului de mediu sau autorizației/autorizației integrate de mediu, după caz. Dispozițiile de suspendare și, implicit, de încetare a desfășurării proiectului sau activității sunt executorii de drept.

Litigiile generate de emiterea, revizuirea, suspendarea sau anularea actelor de reglementare se soluționează de instanțele de contencios administrativ competente.

Accesul publicului la informație se realizează cu respectarea prevederilor din H.G. nr. 878/2005 privind accesul publicului la informația privind mediul<sup>26</sup>. Orice solicitant care consideră că cererea sa pentru furnizarea unor informații privind mediul a fost respinsă nejustificat, parțial sau în totalitate, a fost ignorată ori rezolvată cu un răspuns necorespunzător din partea unei autorități publice sau că nu au fost respectate prevederile privind solicitarea și furnizarea informației privind mediul, se poate adresa cu plângere prealabilă conducătorului respectivei autorități publice, solicitând reconsiderarea actelor sau omisiunilor. Plângerea prealabilă se soluționează potrivit dispozițiilor din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 cu modificările și completările ulterioare și este scutită de plata taxei de timbru. Solicitantul care se consideră lezat într-un drept al său prevăzut de H.G. nr. 878/2005 sau care nu a primit răspuns la plângerea sa prealabilă în termenul legal stabilit poate depune o cerere la instanța de contencios administrativ competentă, unde sunt examinate actele sau omisiunile autorității publice în cauză, soluționarea cererii făcându-se tot în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 554/2004. Hotărârile judecătorești definitive și irevocabile prin care s-au admis acțiunile formulate potrivit dispozițiilor Legii nr. 554/2004 constituie titluri executorii împotriva autorității publice care deține informația privind mediul.

De asemenea, Legea nr. 278/2013 privind emisiile industriale prevede la art. 25 că orice persoană care face parte din publicul interesat și care are un interes legitim sau se consideră lezată într-un drept al său se poate adresa instanței de contencios administrativ competente pentru a contesta, din punct de vedere procedural sau substanțial, deciziile, actele sau omisiunile care fac obiectul participării

---

<sup>26</sup> Cadrul general privind accesul publicului este stabilit de Legea nr. 86 din 10 mai 2000 pentru ratificarea Convenției privind accesul la informație, participarea publicului la luarea deciziei și accesul la justiție în probleme de mediu, semnată la Aarhus la 25 iunie 1998.

publicului prevăzute de această lege, cu respectarea prevederilor Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, și fără a aduce atingere altor prevederi legale. Aceste prevederi nu exclud căile de atac prealabile în fața unei autorități administrative, printr-o procedură gratuită, rapidă, echitabilă și corectă. Este obligatoriu ca deciziile autorității competente pentru protecția mediului responsabile cu emiterea autorizației integrate de mediu/autorizației de mediu să cuprindă prevederi referitoare la căile de atac administrative și judiciare.

### 3. Concluzii

Așa cum reiese din textele legii, decizia autorității competente în ceea ce privește actele de reglementare trebuie să fie întotdeauna expresă, neputând fi tacită. În România este în vigoare un act normativ privind aprobarea tacită, *O.U.G. nr. 27/2003 privind procedura aprobării tacite*<sup>27</sup>, care se aplică tuturor autorizațiilor emise de autoritățile administrației publice, cu excepția celor din domeniul activităților nucleare, a celor privind regimul armelor de foc, munițiilor și explozibililor, regimul drogurilor, precum și a autorizațiilor din domeniul siguranței naționale, astfel că actele de reglementare din domeniul protecției mediului ar trebui să cadă, teoretic, sub incidența normelor acesteia. Totuși, deși nu sunt exceptate expres, reiese fără tăgadă din specificul procedurii de emitere că decizia trebuie să fie expresă. În primul rând, informarea și implicarea publicului în toate etapele procedurale este un element indispensabil legalității acestor acte. În al doilea rând, studiul de impact asupra mediului, bilanțul de mediu, raportul de amplasament ș.a. sunt realizate numai de către persoane fizice sau juridice independente, și nu de autoritățile administrative, lipsa lor ducând la imposibilitatea de a emite actul de reglementare respectiv.

Deși formularea din actele normative anterioare actualei legislații cu privire la actele de reglementare era de acte tehnico-juridice, actualele norme le definesc ca fiind acte administrative. Această catalogare este evident corectă și prin prisma conținutului lor, deoarece ele cuprind condiții, parametri și norme tehnice care sunt supuse sistemului de verificare și sancționare juridico-administrativ<sup>28</sup>. Ele nu constituie o simplă înșiruire de norme tehnice care trebuie bifate, ci au la bază o procedură complexă, care include mai multe aspecte: tehnice – privind procedurile de evaluare a impactului asupra mediului, de publicitate – privind informarea, consultarea și participarea publicului la luarea deciziilor și de justiție – privind accesul publicului la justiție, inclusiv al organizațiilor neguvernamentale.

<sup>27</sup> Aceasta a fost modificată și aprobată de Legea nr. 486/2003.

<sup>28</sup> M. Duțu, *Tratat de dreptul mediului*, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 435.

Nu putem să nu observăm, la final, tendința de uniformizare care are loc la nivelul U.E. prin transpunerea în legislația internă a normelor europene, asigurându-se astfel un cadru concurențial egal între state și o protecție eficientă comună la nivelul Uniunii Europene. Din nefericire, lipsa unei codificări de mediu în România îngreunează procesul de prevenție ecologică, titularii de proiect și operatorii având de respectat o legislație complexă și neunitară, statul trebuind să își asume un rol mai activ, atât în procesul de informare a publicului interesat, cât și în încurajarea și sprijinirea organizațiilor neguvernamentale cu rol în protecția mediului.

# TERMENI JURIDICI ARHAICI NEINCLUȘI ÎN DICȚIONARUL LIMBII ROMÂNE. LITERELE G – M

*Prof. univ. dr. Teodor SÂMBRIAN  
Universitatea din Craiova  
Facultatea de Drept*

## Summary

The first part of the paper presents 7 to 9 archaic legal terms that could be identified in 43 legal papers. Each word is explained through a brief definition, followed by a citation containing it. In the second part, the words are analysed according to the date of their first historical mention and to the etymology.

**Keywords:** juridical terminology, juridical linguistic, french etymologies, italian etymologies, greek etymologies, turkish etymologies.

## 1. Precizări prealabile

Într-un articol precedent<sup>1</sup> am prezentat 77 de termeni juridici arhaici neincluși în Dicționarul – tezaur al limbii române. Continuăm studiul nostru prin prezentarea altor 79 de termeni, după o metodologie schimbată, mai adecvată profilului juridic al revistei. În acest sens, fiecare cuvânt este explicat printr-un sinonim modern sau printr-o definiție scurtă, urmată de un citat în care se regăsește respectivul cuvânt și, în paranteză, indicarea sursei din care a fost excerptat cuvântul. În partea a doua, am clasificat cuvintele, după criteriul primei atestări, în patru grupe [a) cuvinte atestate în a doua jumătate a secolului al XVIII-lea; b) cuvinte atestate în prima jumătate a secolului al XIX-lea; c) cuvinte atestate în a doua jumătate a secolului al XIX-lea; d) cuvinte atestate în prima jumătate a secolului al XX-lea] și le-am comentat în funcție de etimologia fiecărui cuvânt. În final este expusă bibliografia din care au fost excerptați cei 79 de termeni juridici arhaici, bibliografie ce cuprinde 43 de titluri, din care 30 lucrări de doctrină (drept civil, drept comercial, drept penal, drept roman, teoria dreptului, inclusiv istorie a dreptului), 7 culegeri de jurisprudență și acte juridice și 6 culegeri de legislație.

<sup>1</sup> T. Sâmbrian, *Arhaisme juridice neincluse în Dicționarul Limbii Române Literele A – F*, în Arhivele Olteniei nr. 29/2015, pp. 291-306.



## 2. Termeni juridici arhaici

**Geremetisit** (*adj.*) 1. Amendat. 2. Siluit, oprimat. *Dar apoi în anii trecuți... geremetisiți de cătră zapcii[i] lor, cu chip ca să-i scape să nu dea danie, au rămas cu totul fără de nădejde și temându-se ca nu cumva să cadă și ei în robie pe la boieri, au fugit de aici în Cordonul Nemțesc... și din pricina aceasta pre puțin țigani au remas aici în țară* (PERETZ. 1931:71). **Ghedic** (*subst. neut. s. n.*) Drept real de folosință îndelungată asupra unui imobil. *Exploatarea rurală se face mai mult cu țărani dependenți și cu robi, iar cea urbană... prin embatic sau bezman (superficie, iar în secolul al XVIII-lea prin ghedic)* - (CRONȚ, FLOCA, GEORGESCU et. al. 1980:538). *Cunoscut sub această denumire (var. batic), iar în secolul al XVIII-lea și sub aceea de ghedic, mai ales în Ț. Rom., unde i se spunea și sădire (emfiteuză) și clădire (superficie)* - (CONSTANTINESCU, CONSTANTINIU, GEORGESCU et. al. 1988:183). **Girarisi** (*vb. tranz.*) A gira. *Cambiile proprii, care se girarisesc de la piață în piață* (COD CALIMACH 1958:671). **Gratuitamente** (*adv.*). Cu titlu gratuit. *Atât membrii în activitate, cât și suplininții vor lucra gratuitamente* (Decretul nr. 576 din 10 aprilie 1868, ap. BUJOREANU, 1873:1930). **Așadar, eredele beneficiar este ținut a administra gratuitamente succesiunea sau partea sa de moștenire** (ERACLIDE, II 1873:126). **Grefierie** (*s. f.*). Serviciu al unei instanțe judecătorești în care lucrează grefierii. *Apelul se va introduce printr-o simplă cerere înscrisă la grefieria tribunalului și făcută de apelant în persoană sau prin procurator* (art. 11 alin. 2, Lege pentru alegerea consiliilor comunale din 15 iunie 1886, ap. HAMANGIU, I, 1907:796). **Hiclenit** (*s. m.*). Trădător. *Inițial, era prădalic... bunul imobil asupra căruia s-a exercitat pedeapsa distrugerii materiale a mijloacelor de împotrivire la rezistență, întrucât aparținuse unui hiclenit față de domnie* (CRONȚ, FLOCA, GEORGESCU et. al. 1980:520). **Homagiu** (*s. n.*). Pedeapsă pecuniară aplicată în evul mediu în Transilvania pentru omucidere. *Homagiul cetățenilor orașelor libere era echivalent cu al nobililor* (CRONȚ, FLOCA, GEORGESCU et. al. 1980:482). **Hrisis** (*subst. neut.*) 1. Drept de uzufruct. 2. Drept de folosire. 3. Întrebuintare. *Dar pentru analogon... are dreptate a avea numai tin hrisis în câtă vreme vor sădea împreună în case* (POTRA 1982:300). **Ibovnicie** (*subst. fem.*) Concubinaj. *Cuscria nu poate să resulte decât din căsătorie, ear niciodată din ibovnicie* (ALEXANDRESCO, I/2, 1886:22). **Ihdar** (*subst. neut.*). Apel sau recurs împotriva unei hotărâri judecătorești. *Nimeni din pământeni să nu facă ihdar la Țarigrad*. (GEORGESCU, STRIHAN 1981:36). **Improtocolat** (*adj.*). Înscris într-un protocol. Sinonim: *autentificat. Contractul aci anexat..., improtocolat la resortul cultelor și instrucțiunii publice... și aprobat de consiliul dirigent al Transilvaniei... face parte din prezenta lege* (art. 4, Legea pentru crearea unui institut de speologie la Cluj, M. Of. nr. 86 din 20 iulie 1920, ap. HAMANGIU 1922:392). **Informăluit** (*adj.*).

Care a primit o formă. *Art. 335 din Regulament legiuște că o foaie de zestre nu se poate ține în seamă dacă nu este informăluită după rostirea acestui articol...* (BAROZZI 1906:158). **Interjecta** (vb. tranz.) A introduce apel. *Oatare ratificare însă nu poate fi făcută valabilă decât dacă a fost făcută în mod expres și înlăuntrul termenului în care se putea interjecta apelul* (HAMANGIU, 1926:9). **Interjectare** (subst. fem.). Atacare a unei hotărâri judecătorești cu apel. *Persoana care face apel în numele alteia cată să aibă o procură specială din parte-i, mandatul tacit în interjectarea apelului nefiind admisibil* (HAMANGIU, 1926:7). **Interjeta** (vb. tranz.). A introduce apel. *El poate să interjeteze apel în calitate de persoană aptă a moșteni* (ERACLIDE, II 1873:87). *Apelul se va putea interjeta atât de reclamant, cât și de pârât* (ALEXANDRESCO, 1888:315). *Partea civilă care se desistă de la recursul ce a interjetat va putea fi condamnată la indemnitate către partea cealaltă pentru cheltuelile ce dânsa a făcut în casațiune* (DEGRÉ, IV, 1901:211). **Interjetare** (subst. fem.). Atacare a unei hotărâri judecătorești cu apel. *Dânsul a făcut apel... fără să fi avut procură... pentru interjetarea aceluia apel* (DUMITRESCU, II, 1926:282). **Interjetat** (adj.). Care a fost atacat cu apel. *Părțile nu vor putea renunța la apel, nici să se desiste de la un apel valabil interjetat* (ALEXANDRESCO 1888:316). *Apelul interjetat de unul din cointeresați profită și celorlalți* (RĂDOI 1900:207). **Ipotecarmente** (adv.). Prin ipotecă. *Eretele nu este ținut a indemniza pe legatarul care ar fi ipotecarmente constrâns a plăti datoria* (ERACLIDE, II, 1873:355). **Ipovol** (subst. neut.). Parte moștenită de femeie din averea soțului decedat, dacă se căsătorise cu zestre, fără să fi primit contrazestre. *Dacă rămasa avere a bărbatului celui mort, lăsând copii, nu va ajunge sau de-abia va ajunge spre darea ipovolului, atunci femeia, mama copiilor, va lua parte cât un copil cu proprietă din întregul ipovolului convenit ei, iar pentru rămășiță are numai întrebuințarea și rodurile* (COD CALIMACH 1958:575). **Ipovolon** (subst. neut.) Ipovol. *Ipovolonul, care, la început nu era decât un present de nuntă... și apoi, în dreptul bisantin, un câștig pentru soția supraviețuitoare... datează din cele mai depărtate timpuri ale antichității grecești* (ALEXANDRESCO 1905:111). *Pe când teoretium îl avea numai femeia care nu fusese căsătorită, hipovolonul îl avea atât fata, cât și văduva* (PLASTARA, III, 1925-1928:344). **Izbrănitor** (adj.). (Despre un raport, o dare de seamă). Care clarifică în mod definitiv o chestiune. *Dacă izbrănitoarea samă va da pricină de gâlcevire, apoi, acea pricină se va cerceta ca și alte pricini de judecați* (ap. ALEXANDRESCO 1888:233). **Împosesuit** (adj.). Arendat. *Când pădurea sau parte dintrânsa ar fi arendată (împosesuită)... acea pădure nu va fi evaluată deosebit* (ap. BUJOREANU 1873:1254). **Împreună-părtaș** (subst. masc.) Copărtaș. *Dacă lucrul de părtașie din însuși a sa fire va fi nedespărțit sau nu se va putea împărți fără mare scădere a prețului său, atunci trebuie să se vândă prin lițitație și să se împărtaşcă după analogon prețul lui între împreună-părtașii, măcar de va*

cere aceasta și numai unul dintr-înșii (COD CALIMACH 1958:423). **Încărdoși** (vb. refl.) 1. A se înhăita. 2. A intra în relație de concubinaj. *Ștefana țiganca, roaba casii sfintii Mitropolii... s-au încărdoșit cu un țigan al mieu, anume Radu* (ap. POTRA 1975:384). **Încărdoșire** (subst. fem.). Închitare. *Pentru care a țiganilor încărdoșire, spre a să deosebi unul de către altul, au întrebuințat iconomiia sfintii Mitropolii îndestule mijloace, dar nu s-a putut* (ap. POTRA 1975:384). **Încărdoși** (vb. refl.) 1. A se întovărăși. *Cu ajutoriul multora ce s-au încărdoșit și adunat spre ajutoriul lui au luat o parte a Capadochiei* (BOȚULESCU 2013:77). 2. A se înhăita. 3. A intra în relații de concubinaj. *Un țigan, anume Tudor, s-au încărdoșit cu o țigancă a dumnealui Ștefan postelnicel Macoveiu...* (ap. CRONȚ, CONSTANTINESCU, POPESCU et. al. 1973:685). **Închizășluire** (subs. fem.). Garanție. *Primiți dară cu încredere starea voastră cea nouă, supuindu-vă legilor ce sunt menite a vă cărmui și a se ocroti sub suzeranitatea înaltei Porți și închizășluirea marelor puteri a Europei* (4 februarie 1857, ap. BUJOREANU 1873:734). **Încotropit** (adj.). (Despre un imobil) A cărui posesie a fost tulburată prin cotropire. *Să rânduiască trei boieri să meargă în fața locului să cerceteze să vază, iaste acel codru de pământ încotropit de către Pietrari, sau nu este* (a. 1776, ap. CRONȚ, CONSTANTINESCU, POPESCU et. al. 1973:104). **Îndatorator** (subs. masc. și fem.). Persoană care împrumută pe cineva cu ceva. Sinonim: *împrumutător, îndatoritor. Chezașul atuncia se trage de către îndatorator, când nu este chip ca să iasă datoria de la îndatorit* (a. 1814, COD DONICI, XX, 1, ap. HAMANGIU, 1, 1907). **Îndăuna** (vb. intrans.). A suferi o daună. *Dar în același timp credem că acest drept explicit va putea fi înlocuit printr-o probare ... și prin care s-ar dovedi că debitorul nu a fost întru nimic îndăunat* (FINȚESCU 1921:167). **Înleguire** (subs. fem.) Legitimare. *Înleguirea copiilor celor nelegiuți* (COD CALIMACH 1958:133). **Înleguit** (adj.) Legitimat. *Driturile cele date copiilor înlegiuți...* (a. 1833, COD CALIMACH 1958:367). **Înleguitor** (adj.) Care legitimează un copil. *Părinții înleguitori vor avea... aceleași drepturi pe care le ar avea asupra copiilor născuți în urma căsătoriei* (ALEXANDRESCO, 1/2, 1886:288). **Înmoșteni** (vb. tranz.) A desemna o persoană ca moștenitor. *Obligația acestuia de a înmoșteni sau de a desmoșteni pe aceste persoane este o piedică psihologică destul de puternică* (LONGINESCU 1929:885). **Înmoștenire** (subs. fem.) (În dreptul roman). Desemnare prin testament a unui moștenitor. *Codicilii neputând cuprinde numiri de moștenitori (înmoșteniri), nu pot cuprinde nici substituții de moștenitori* (LONGINESCU 1929:811). **Înmoștenit** (subs. masc., fem. și adj.) (Persoană) care a fost desemnată moștenitor. *Înmoștenirile și desmoștenirile nu pot să atârne de niciun fel de condiție, afară de o condiție potestativă din partea înmoștenitului, ori a desmoștenitului* (LONGINESCU 1929:886). **Înstrâmbătățit** (adj.) Nedreptățit. *Pe robul sau pe roaba împreună cu copiii lor să-i câștige înstrâmbătățitul stăpân* (a. 1833, COD CALIMACH 1958:121). **Jâlbi** (vb. intrans.) A face plângere, a

reclama. *Oricine va jălbi de stricăciuni la bucate sau vite pierdute să arate la dumnealui velvornic* (a. 1776, ap. CRONȚ, CONSTANTINESCU, POPESCU et. al. 1973:124). **Jitnicerie** (*subs. fem.*) Dregătorie de jitnicer. *Jigniceria mare și pităria mare vor lua din pârclăbia Gălașilor o mie de lei pe an* (a. 1755, ap. PERETZ 1931:113). **Jivotic** (*adj.*) Referitor la jivotie. *Beneficiul jivotic era retractabil la moartea titularului* (CONSTANTINESCU, CONSTANTINIU, GEORGESCU et. al. 1988:138). **Jivotie** (*subs. fem.*) Donație cu caracter viager. *Jivotia constituie deci prima etapă de relativă consolidare a beneficiului feudal cu sarcini viagere, care sub formă inițială, pură, era revocabil oricând* (CONSTANTINESCU, CONSTANTINIU, GEORGESCU et. al. 1988:138). **Judiciabil** (*subs. masc., fem. și adj.*) Justițiabil. *Ar fi absurd a ameliora condițiunea judiciabilului prin unica rațiune că a făcut un pas mai mult în cariera infracțiunii* (TANOVICEANU, I, 1912:247). **Judiciarmente** (*adv.*) Pe cale judiciară. *Legea nu declară nedemn pe orice autor al omuciderii defunctului, ci numai pe acela care a fost declarat judiciarmente culpabil și condamnat ca atare* (ERACLIDE, II, 1873:33). *Tribunalul condamna-va el pe comptabilul fundațiunei să dea administrativmente... socoteli de gestiunea sa, ca în Belgia, sau judiciarmente?* (DEGRÉ 1900:30). **Jurătoresc** (*adj.*) Referitor la jurători. *Inversarea probei în sarcina pârâtului sau acuzatului, pentru dezvinovățire, se producea mai ales în procedurile jurătorești* (GEORGESCU, SACHELARIE 1982:27). **Jurătorie** (*subs. fem.*) Sistem de soluționare a unui proces prin apelare la jurători. *Jurătoria românească, avea însă o sferă de aplicare mai vastă și diferită de cea occidentală* (GEORGESCU, SACHELARIE 1982:69). **Juridicamente** (*adv.*) În conformitate cu normele juridice. *Autorul unei dispozițiuni sub titlu gratuit trebuie să fie și juridicamente capabil de a dispune* (ERACLIDE, II, 1873:219). *Această posesiune rămâne juridicamente legitimă* (ALEXANDRESCO 1898:456). *Interesele unei persoane morale capabile, juridicamente vorbind* (ANTONESCU 1912:271). *Puterile comanditaților nu trec dincolo de administrarea societății și este juridicamente inadmisibil ca comanditarii să delege comanditaților în mod preventiv și irevocabil facultatea de a face schimbări la contractul social* (DUMITRESCU, I, 1926:309). **Justițiat** (*adj.*). Judecat. *În Franța... jurisprudența s-a pronunțat în sensul că... o persoană care nu e comerciantă nu poate fi justițiată de tribunale comerciale* (CRISTOFORIANU 1925:320). **Kanun** (*subst. neut.*) Lege aplicabilă în imperiul otoman. *Țările române n-au fost niciodată «țări ale kanunului», neintrând în administrația otomană* (BERCEANU, DVORACEK, FIROIU et. al. 1984:227). **Kudümiyi** (*subst. neut. pl.*) Daruri făcute de domnitorii români anumitor domnitori din imperiul otoman la desemnarea acestora în noile funcții. *Plafonul kudümiyilor este fixat la 100.000 guruși (taleri) pentru 12 demnitari ai Porții, în frunte cu marele vizir* (CONSTANTINESCU, CONSTANTINIU, GEORGESCU et. al. 1988:215). **Lamentat** (*adj.*). Care face obiectul unei plângeri. *Mă mângâie ideea că*

*dispozițiunile mai riguroase pe cari eu le propun vor contribui să remedieze la abuzurile lamentate până acum* (DUMITRESCU 1916:392). **Laudum** (*subst. neut.*). Hotărâre pronunțată într-un arbitraj sau compromis. *Iar dacă nu s-au lepădat anume de dritul jeluirei, are voe acel nemulțămīt cu hotărârea arbitrilor (care se numește laudum) să tragă pricina la cuviincioasa judecătorie, însă în terminul de zece zile numărate din ziua când au dat laudum* (a. 1833, COD CALIMACH 1958:619). **Legatarisi** (*vb. tranz.*). A lăsa un legat. *Acel ce are dritul protimisirei din tocmală, ca să răscumpere lucrul vândut, atunci numai poate să-l întrebuințeze, când cumpărătorul va voi să-l vînză, iar nu și când el va voi să-l dăruiască sau să-l legatarisască sau să-l schimbe* (1833, COD CALIMACH 1958:513). **Legedătătoriu** (*subst. masc.*). Legislator, legiuitor. *Când această hotărâre nu este scrisă în literile legii, ci se află în duhul legedătătorului, este aceea ce se numește chiar duhul egii* (a. 1833, COD CALIMACH 1958:848). **Legislativmente** (*adv.*). Pe cale legislativă. *Separățiunea de bunuri ar trebui să fie organizată legislativmente, pentru ca să se poată numi regim matrimonial* (a. 1874, DEGRÉ 1900:419). **Legislatoric** (*adj.*). Care se referă la legi. Sinonim: *legislativ*. *Consiliul va înainta opiniunea sa motivată... de câte ori se va ivi necesitatea unor noi dispoziții fie legislative, fie administrative* (art. 13 alin. 9, Decret – Lege nr. 3911 pentru reforma agrară în Transilvania, Banat și țările ungurene, M. Of. nr. 117 din 12 septembrie 1919, ap. HAMANGIU 1922:194). **Legislatrice** (*subst. fem., adj. fem.*) (Persoană) care elaborează legi. *Lucrează așa ca în fiecare clipă să socotești că voința ta este legislatrice universală* (a. 1930, DJUVARA 1999:460). **Licitativ** (*adj. și adv.*). Prin licitație. *Cumpărăturile pentru îndestularea osebitelor servicii... se îndeplinesc... prin contractări licitative în regulile prescrise prin regulamentul financiar public* (11 aug. 1862, ap. BUJOREANU 1873:843). *Nudul proprietar poate... să provoace vinderea licitativă a bunurilor până la concurența sumei datoriiilor și sarcinilor* (ERACLIDE, II, 1873:353). *În principiu, toate aceste produse se vor desface licitativ și în bani* (art. 16 alin. 19, Regulament pentru aplicarea legii corpului de ingineri silvici din 21 aprilie 1906, ap. HAMANGIU 1907:3826). **Linșător** (*subst. masc.*). Persoană care ucide pe cineva prin linșare. *Jurații au achitat pe linșător* (TANOVICIANU, II, 1912:241). **Litigiozitate** (*subst. fem.*) Caracter a ceea ce prezintă un aspect litigios. *Acel dubius eventus litis indicat de recurent ca un element constitutiv al litigiozității este într-atâta adevărat încât cesiunea oricărui drept sau lucru litigios implică în sine ceva aleatoriu* (19 mart. 1875, ap. DUMITRESCU 1908:191). *Această publicitate i-a dat posibilitate să fie informat asupra litigiozității drepturilor ce voia să dobândească* (GEORGESCU 1937:180). **Liticonsort** (*subst. masc.*) Fiecare membru al unui grup sau comunități care are aceeași calitate procesuală într-un litigiu. *Fiecare liticonsort e îndrituit să susțină procesul; însă e dator dacă chiamă la înfățișare pe adversar, să citeze și pe ceilalți liticonsorți* (a. 1892, DEGRÉ, II, 1901:27). **Litisdecizoriu** (*adj.*).

(În sintagma Jurământ litisdecizoriu). Jurământ care, în lipsa altor probe, decidea soluția într-un litigiu soluționat de o instanță judecătorească. *Delațiunea jurământului litisdecizoriu este mai mult o transacțiune, un apel la conștiința adversarului, o resursă extremă, când toate aparențele se întâmplă a fi în contra noastră, decât o probă ordinară* (DEGRÉ 1900:384). *De notat este însă că procedura germană n-a eliminat elementul religios... nici din jurământul litisdecizoriu* (ALEXANDRESCO 1901:298). *Această oferire poate fi primită și în acest caz jurământul „litisdecizoriu” tranșează contestațiunea* (PLASTARA, IV, 1925-1928:846). *Jurământul se păstrează, inclusiv sub forma jurământului litisdecizoriu* (CERNEA 1976:330).

**Lombardabil** (adj.). Care poate fi depus în gaj ca garanție pentru un împrumut. *Jumătate din rezervele astfel constituite... vor fi plasate în titluri de stat, garantate de stat, sau în titluri lombardabile la Banca Națională a României* (art. 13 alin. ult., Lege pentru organizarea și reglementarea comerțului de bancă, M. Of. nr. 105 din 8 mai 1934, ap. HAMANGIU 1935:273).

**Mandatariat** (subst. neut.). Instituție administrativă care a funcționat în Bucovina sub ocupația austriacă. *Îmi stau boii miei de vro patru săptămâni... arestuiți la mândătarieatul de Dorna* (5 oct. 1835, ap. ȘTEFANELLI 1915:407).

**Maritalmente** (adv.). Ca soț și soție. *Se întâmplă uneori ca viitorii soți, mai înainte de căsătorie, trăind maritalmente, să fi dat naștere la unul sau mai mulți copii, sau să fi conceput numai vreun copil* (RĂDOI 1900:373).

**Marșandabil** (adj.). Care poate fi comercializat. *Se poate recurge și la o expertiză spre a se constata dacă... marfa este de conivența și clienței cumpărătorului (este marșandabilă)* - (RĂDOI 1900:918).

**Matrapagiu** (subst. masc.) Speculant. *În Țara Românească, matrapagiu a avut numai sensul peiorativ de speculant* (CONSTANTINESCU, CONSTANTINIU, GEORGESCU et. al. 1988:285).

**Menburnie** (subst. fem.). În evul mediu în Franța, protecție legală asupra unei persoane. Sinonim: *tutelă*. *Autori vechi, ca Beaumanoir, descriu această instituțiune a menburniei* (PLASTARA, I, 1925:289).

**Metaiaj** (subst. neut.). Contract de arendă în care plata se face cu o parte din recoltă. *Metaiajul... pune zilnic față în față pe proprietar și pe cultivator* (a. 1891, DEGRÉ, III, 1901:443).

**Metricesc** (adj.). Referitor la starea civilă a unei persoane. *Actele de poziție civilă a coloniștilor sunt următoarele: 1. Catagraficeasca prescriere. 2. Conđici metricești* (30 apr. 1857, ap. BUJOREANU 1873:741).

**Misionat** (adj.). Care este însărcinat cu îndeplinirea unei misiuni. Sinonim: *delegat*. *Niciuna din părți nu se va interesa a înlesni transportarea în fața locului a judecătorului misionat* (art. 8, Regulament de cheltuieli pentru experți, martori și cercetări în fața locului prin judecători misionați de tribunale și curți în materii civile, Decret nr. 491 din 22 martie 1868, ap. BUJOREANU 1873:247).

**Mitent** (subst. masc. și fem.). Expeditor. *Singura deosebire între transportul în general și cel al corespondențelor este aceea... că statul este acela care se învestește cu atribuțiunile de mitent* (CRISTOFORIANU 1925:33).

**Mitric** (adj.). Care se

referă la starea civilă. Sinonime: **mitricesc**, **mitrical**. *Sub imperiul vechiului Regulament organic al Moldovei nașterile nu se puteau dovedi decât prin actele mitrice* (a. 1872, ap. CHRISTESCU 1894:53). **Mitrical** (*adj.*). Referitor la starea civilă a unei persoane. Sinonime: **metricesc**, **mitric**. *Copilul născut în afară de căsătorie, dacă nu i s-a arătat numele patronimic la facerea înscrierii mitricale despre nașterea lui, va lua numele patronimic al nașului* (COD CIV. RUS 1918 art. 132). **Mohatra** (*subst. inv.*). Contract fraudulos prin care o persoană vinde pe credit o marfă la un preț foarte ridicat și pe care o răscumpăra la un preț derizoriu. *Pothier citează ca exemplu contractul numit mohatra* (ALEXANDRESCO 1905:553). *O variantă de vânzare cu răscumpărare... era operațiunea numită mohatra* (DUMITRESCU 1908:596). **Moratoriat** (*adj.*). Care a fost amânat. *Banca, în lipsă de încasare a unui efect moratoriat, n-are contra clientului care i-a remis acest efect nicio creanță pe care să o poată opune în compensațiune* (DUMITRESCU, I, 1926:35). **Moratorist** (*subst. masc.*). Persoană care solicită acordarea unui moratoriu. *Solicitarea celui de al doilea moratoriu trebuie făcută mai înainte de expirarea primului moratoriu – moratoristul având în grijă a cere aceasta din vreme* (a. 1922, ap. IONESCU, PREUTESCU 1933:682). **Moșiaș** (*subst. masc.*). Moșnean. *Osebit fiind că asemenea pricini de gâlcevi între moșiașii... să nasc și din pricina vânzărilor de moșii ce să vând* (a. 1785, ap. PERETZ 1931:329). **Mulk** (*subst. neut.*). Drept deplin de proprietate în imperiul otoman. *Drepturile de proprietate absolută (mulk)... dobândite conform legilor existente în Dobrogea până la promulgarea legii de față sunt și rămân respectate* (art. 3, Lege pentru regularea proprietății imobiliare în Dobrogea din 3 aprilie 1881, ap. HAMANGIU, II, 1907:659). **Mușterică** (*subst. fem.*). Cumpărătoare la licitație. *Dumneai numita mușterică au cumpărat aceste case de la sultan – mezat* (a. 1826, ap. POTRA 1975:252).

## 2. Comentariu

Am clasificat cei 79 de termeni juridici în funcție de prima atestare pe care am putut să o stabilim în următoarele grupe:

a) cuvinte atestate în a doua jumătate a secolului al XVIII-lea: *geremetisit* (a. 1793),

*hrisis* (a. 1782), *ihdar* (a. 1774), *încârdoși* (a. 1763), *încotropit* (a. 1776), *jâlbi* (a. 1776), *jitnicerie* (a. 1755), *moșiaș* (a. 1785). Am inclus în această grupă și termeni atestați în sec. al XVIII-lea excerptați din lucrări de istorie a dreptului românesc: *ghedic*, *hiclenit*, *homagiu*, *jivotic*, *jivotie*, *jurătoresc*, *jurătorie*, *kanun*, *kudümiyi*, *matrapagiu*;

b) cuvinte atestate în prima jumătate a secolului al XIX-lea: *girarisi* (a. 1833), *ipovol*

(a. 1833), *ipovolon* (a. 1833<sup>2</sup>), *izbrănitor* (a. 1840), *împreună-părtaş* (a. 1833), *încărdoși* (a. 1833), *încărdoșire* (a. 1833), *îndatorator* (a. 1814), *înlegiuire* (a. 1833), *înlegiuit* (a. 1833), *înlegiuitor* (a. 1833), *înstrâmbătățit* (a. 1833), *laudum* (a. 1833), *legatarisi* (a. 1833), *legedătătoriu* (a. 1833), *mandatariat* (a. 1835), *metricesc* (a. 1857), *mușterică* (a. 1826);

c) cuvinte atestate în a doua jumătate a secolului al XIX-lea: *gratuitamente* (a. 1868), *grefierie* (a. 1886), *ibovnicie* (a. 1886), *informăluit* (a. 1868), *interjecta* (a. 1893), *interjectare* (a. 1879), *interjeta* (a. 1873), *interjetare* (a. 1892), *interjetat* (a. 1888), *ipotecarmente* (a. 1873), *legislativmente* (a. 1874), *licitativ* (a. 1862), *litigiozitate* (a. 1875), *litisconsort* (a. 1892), *litisdecizoriu* (a. 1881), *maritalmente* (a. 1900), *marșandabil* (a. 1900), *metaiaj* (a. 1891), *misionat* (a. 1868), *mitric* (a. 1872), *mulk* (a. 1882);

d) cuvinte atestate în prima jumătate a sec. al XX-lea: *îndăuna* (a. 1921), *înmoșteni* (a. 1929), *înmoștenire* (a. 1929), *înmoștenit* (a. 1929), *judiciabil* (a. 1912), *justițiat* (a. 1925), *lamentat* (a. 1916), *legislatoric* (a. 1919), *legislatrice* (a. 1930), *linșător* (a. 1912), *lombardabil* (a. 1934), *menburnie* (a. 1925), *mitent* (a. 1925), *mitrical* (a. 1918), *mohatra* (a. 1905), *moratoriat* (a. 1926), *moratorist* (a. 1922).

Examinând din punct de vedere etimologic fiecare din cele 79 de cuvinte, situația pe cele patru grupe se prezintă astfel:

a) Grupa cuvintelor atestate în sec. al XVIII-lea: **geremetisit** - din turcescul *gereme*; **ghedic** - etimologie necunoscută, probabil turcească; **hiclenit** - din *hiclean* (cu etimologie maghiarul *hitlen*) + sufixul **it**; **homagiu** - din latina medievală *homagium*; **hrisis** - din grecescul *chrisi*; **ihdar** - din turcescul *ihdar*; **încărdoși** - din prefixul *în* + sârbescul *krd* + sufixul *oși*; **încotropit** - din prefixul *în* + *cotropit* (cu etimologie necunoscută); **jâlbi** - din *jalbă* (cu etimologie slavonul *jalba*); **jitnicerie** - din *jitnicer* (cu etimologie slavonul *jitnița*); **jivotic** - din *jivotie*; **jivotie** - cu etimologie probabilă slavonă; **jurătoresc** - din *jurător* (moștenit din latinescul *jurō, -are*) + sufixul **esc**; **jurătorie** - din *jurător* (moștenit din latinescul *jurō, jurare*) + sufix *ie*; **kanun** - din turcescul *kanun*; **kudümiyi**: din turcescul *kudümiyi*; **matrapagiu** - din turcescul *matrabaz*; **moșiaș** - din *moșie* (cu etimologie albanezul *moshe*) + sufixul **aș**.

Așadar, din cele 18 cuvinte atestate în secolul al XVIII-lea, cinci sunt cu etimologie turcească și unul probabil turcească, două cu etimologie slavonă și alte două cu etimologie probabil slavonă, două sunt cuvinte compuse pe baza unor cuvinte moștenite din latină, câte un cuvânt are etimologie greacă, sârbă, albaneză, respectiv maghiară, iar unul are etimologie necunoscută.

<sup>2</sup> Am inclus acest cuvânt (inclusiv varianta sa lexicală *hipovolon*) în prima jumătate a sec. al XIX-lea deoarece, deși a fost identificat în 2 lucrări din prima jumătate a sec. XX, în realitate, autorii se referă, indubitabil, la instituția juridică reglementată numai de Codul Calimach.



b) Grupa cuvintelor atestate în prima jumătate a secolului al XIX-lea: **girarisi** - din *gira* (cu etimologie germanul *girieren*) + sufixul *risi*; **ipovol** și **ipovolon** - din grecescul *ipovolon*; **izbrănit** - din *izbrăni* (cu etimologie vechiul slav *izbiranti*) + sufixul *tor*; **împreună-părtaș** - din compunerea cuvintelor *împreună* + *părtaș*; **încărdoși** - variantă lexicală a lui *încărdoși*; **încărdoșire** - din *încărdoși* + sufixul *ire*; **îndatorator** - din *îndatora* (cuvânt compus din prefixul *în* + cuvântul moștenit din latină *dator*) + sufixul *tor*; **înleguire**, **înleguit**, **înlegiuit** - din *înlegiui* (compus din prefixul *în* și *legiui*, provenit din cuvântul moștenit din latină *lege*) + sufixele *ire*, *it*, *itor*; **înstrâmbătățit** - din prefixul *în* + *strâmbătățit* (moștenit din latina populară *strambus*); **laudum** - din latinescul *laudum*; **legatarisi** - din *legat* (etimologie latinescul *legatum*) + sufixul *arisi*; **legedătoriu** - compus din două cuvinte moștenite din limba latină: *lege* + *dătoriu*; este un calc după germanul *Gesetzgeber*; **mandatariat** - din germanul *Das Mandat* + sufixul *ariat*; **metricesc** - din polonezul *metric* + sufixul *icesc*; **mușterică** - din turcescul *müsteri* + sufixul *ică*;

Remarcăm că, din cele 18 cuvinte atestate în prima jumătate a secolului al XIX-lea, șapte cunt cuvinte compuse moștenite din latină, câte două sunt cuvinte cu etimologie latină, greacă, sârbă și germană și câte unul cu etimologie slavonă, poloneză și turcească.

c) Grupa cuvintelor atestate în a doua jumătate a secolului al XIX-lea: **gratuitamente** - din franțuzescul *gratuitement*; **grefierie** - din *grefier* (cu etimologie franțuzescul *greffier*) + sufixul *ie*<sup>3</sup>; **ibovnicie** - din vechiul slav *liubovnik* + sufixul *ie*; **informăluit** - din *informa* (cu etimologia franțuzescul *informer*) + sufixul *luit*; **interjecta** - din franțuzescul *interjecter*; **interjectare** - din *interjecta* + sufixul *re*; **interjeta** - din franțuzescul *interjeter*; **interjetare** - din *interjeta* + sufixul *re*; **interjetat** - din franțuzescul *interjeté*; **ipotecarmente** - din franțuzescul *hypothécairement*; **împosesuit** din *împosesui* (compus din prefixul *în* și *posesie*, cu etimologie franțuzescul *possession* sau latinescul *possessio*, *-onis*); **închizășluire** - din prefixul *în* și *chezășlui* (din maghiarul *kezes*) + sufixul *ire*; **judicialmente** - din franțuzescul *judiciairement*; **juridicamente** - din franțuzescul *juridiquement*; **legislativmente** - din franțuzescul *legislativement*; **licitativ** - din franțuzescul *licitatif*; **litigiozitate** - din franțuzescul *litigiosité*; **litisconsort** - din italianescul *litisconsorte*; **litisdecizoriu** - din franțuzescul *litisdecisoire*; **maritalmente** - din franțuzescul *maritalement*; **marșandabil** - din franțuzescul *marchandable*; **metaiaj** - din franțuzescul *métayage*; **misionat** - din franțuzescul *missionné*; **mitric** - din polonezul *metric*; **mulk** - din turcescul *mülk*.

Structura din punct de vedere etimologic a celor 25 de cuvinte exprimă destul de fidel transformările profunde ce aveau să ducă în scurt timp la

<sup>3</sup> Credem că arhaicul *grefierie* ar fi mai potrivit pentru a desemna și în prezent serviciul deservit de grefieri decât actualul *grefă*, care poate crea confuzii cu omonimul ce are ca sinonim termenul *transplant*.

modernizarea societății românești în a doua jumătate a secolului al XIX-lea pe plan politic și legislativ, reflectate, pe de o parte, în începutul constituirii Statului Român unitar (1859) și ruperea totală de Imperiul Otoman (1877) și, pe de altă parte, în adoptarea, sub influență occidentală, în special franceză, a codurilor civil (1864), de procedură civilă (1865), penal (1865) și de procedură penală (1865). Astfel, se poate constata că, din cele 25 de cuvinte, 20 au etimologie franceză și câte unul etimologie italiană, slavonă, maghiară, poloneză și turcească. Este probabil ca termenii cu etimologie slavonă (*ibovnicie*) și maghiară (*închizășluire*) să fie mult mai vechi decât data primei atestări pe care am putut să o stabilim pe baza corpusului de care am dispus (anul 1886, respectiv 1857). În ceea ce privește termenii cu etimologie poloneză (*mitric*) și turcească (*mulk*), prezența lor este restrânsă la regiunea Moldovei și, respectiv, a Dobrogei.

d) Grupa cuvintelor atestate în prima jumătate a secolului al XX-lea: **îndăuna** - din prefixul *în* + *daună* (cu etimologie latinescul *damnum* sau pluralul *damna*); **înmoșteni** - din prefixul *în* + *moșteni*; **înmoștenire** - din *înmoșteni*; **înmoștenit** - din *înmoșteni*; **judiciabil** - din italianescul *giudiziabile*; **justițiat** - din italianescul *giustiziato*; **lamentat** - din italianescul *lamentato*; **legislatoric** - din latinescul *legislator* + sufixul *ic*; **legislatrice** - din francezescul *législatrice*; **linșător** - din *linșa* (cu etimologie francezescul *lyncher*) + sufixul *tor*; **lombardabil** - din *lombarda* (cu etimologie germanul *lombardieren*); **menburnie** - din francezescul *mainbournie*; **mitent** - din italianescul *mittente*; **mitrical** - din polonezul *metric* + sufixul *al*; **mohatra** - din francezescul *mohatra*; **moratoriat** - din francezescul *moratorié*; **moratorist** - din *moratoriu* (cu etimologie italianescul *moratorio*, latinescul *moratorium*) + sufixul *ist*.

Din cele arătate mai sus, rezultă că cei 17 termeni juridici atestați în prima jumătate a secolului al XX-lea prezintă următoarea structură: câte cinci cu etimologie franceză, respectiv italiană, trei sunt cuvinte compuse pe baza verbului *a moșteni*, două sunt cuvinte compuse pe baza unor termeni receptați din latina savantă și câte unul au etimologie germană, respectiv poloneză. În ceea ce privește termenul cu etimologie poloneză (*mitrical*), credem că prezența sa este, practic, accidentală, fiind excerptat dintr-o traducere în limba română a codului civil rusesc aplicabil în Basarabia. Rezultă, de asemenea, continuarea prezenței consistente a termenilor cu etimologie franceză și, ca noutate, prezența, statistic la fel de consistentă cu etimologiile franceze, în realitate, ceva mai modestă, a termenilor juridici cu etimologie italiană. Explicația este dată de influența pe care a exercitat-o în această perioadă doctrina italiană, în special cea de drept comercial și de drept penal. În sfârșit, remarcăm absența etimologiilor slavone, grecești și turcești.

## Bibliografie

Alexandresco, Dimitrie. 1886. *Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, tomul întâi, partea a II-a. Iassy: Tipografia Lucrătorilor Români Asociați.

Alexandresco, Dimitrie. 1888. *Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, tomul al doile. Iassy: Tipografia Lucrătorilor Români Asociați.

Alexandresco, Dimitrie. 1898. *Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, tomul al cincile. Iași: Tipografia Națională.

Alexandresco, Dimitrie. 1901. *Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, tomul al șaptelea. Iași: Tipografia Națională.

Alexandresco, Dimitrie. 1905. *Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, tomul al optulea. Iași: Tipografia Națională.

Antonescu, Eftimie. 1912. *Codul comercial adnotat*, vol. II. București: Institut de Arte Grafice și Editură „Minerva”.

Barozzi, Ioan C. 1906. *Repertoriul general de jurisprudență română a Înaltei Curți de Casație și Justiție coprinzând toate principiile, toate soluțiile și toate interpretările de legi date asupra tuturor legiuirilor Țării Românești cu începere de la 1 ianuarie 1862 și până la 1 ianuarie 1906*, vol. II. București: Ed. Ziarului „Curierul Judiciar”.

Berceanu, Barbu B., Dvoracek, Maria, Firoiu, Dumitru et. al. 1984. *Istoria dreptului românesc*, vol. II, partea întâi. București: Ed. Academiei Republicii Socialiste România.

Boțulescu de Mălăiești, Vlad. 2013. *Scrieri, III, Istoria Universală. Asia*, ediție critică, studii, glosar și indice de Emanuela Timotin și Andrei Timotin. București: Univers Enciclopedic Gold.

Bujoreanu, Ioan. 1873. *Colecțiune de legiuirile României vechi și noi câte s-au promulgat până la finele anului 1870*. Bucuresci: Noua Tipographie a Laboratorilor Români.

Cernea, Emil. 1976. *Istoria statului și dreptului român*, I. București: f. e.

Christescu, C. 1894. *Codicele civil adnotat cu jurisprudența română urmat de un tabel indicativ pe articole de hotărârile pronunțate asupra vechilor legiuiri Caragea și Calimach și asupra Regulamentelor Organice ale Munteniei și Moldovei*, partea I. Bucuresci: Tipo – Litografia Ed. Wiegand & C. Săvoiu.

Constantinescu, Alexandru, Constantiniu, Florin, Georgescu, Valentin, Al. et al. 1988. *Instituții feudale din țările române. Dicționar*. București: Ed. Academiei Republicii Socialiste România.

Cristoforeanu, E. 1925. *Despre contractul de transport*, Cartea I. București: Tipografia „Curierul Judiciar” S.A.

Cronț, Gheorghe, Constantinescu, Alexandru, Popescu Anicuța et al. 1973. *Acte judiciare din Țara Românească 1775-1781*. București: Ed. Academiei Republicii Socialiste România.

Cronț, Gheorghe, Flocă, Ioan, Georgescu, Valentin, Al. et al. 1980. *Istoria dreptului românesc*, vol. I. București. Ed. Academiei Republicii Socialiste România.

Degré, Alexandru. 1900. *Scrieri juridice*, vol. I. Bucuresci: Ed. Tip. Gutenberg, Joseph Göbl.

Degré, Alexandru. 1901. *Scrieri juridice*, vol. II, III, IV. Bucuresci: Ed. Tip. Gutenberg, Joseph Göbl.

Djuvara, Mircea. 1999. *Teoria generală a dreptului (Enciclopedia juridică). Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*. București: Ed. All Beck.

Dumitrescu, M.A. 1908. *Codul de Comerț Comentat*, vol. II. Bucuresci: Ed. Librăriei Leon Alcalay.

Dumitrescu, M.A. 1916. *Codul de Comerț Comentat*, vol. VI. Bucuresci: Ed. Librăriei Leon Alcalay.

Dumitrescu, M.A. 1926. *Codul de comerț adnotat cu jurisprudența până la zi a Curții de Casație, a curților de apel și a tribunalelor române dimpreună cu jurisprudența italiană, franceză, belgiană, austriacă*, vol. I, II. București: Ed. „Cugețarea”.

Eraclide, Constantin. 1873. *Explicațiune teoretică și practică a codicelui civile*, vol. II. Bucuresci: Typographia Curții (Lucrătorii Asociați).

Fințescu, I.N. 1921. *Cambia după legile în vigoare în vechiul Regat, Bucovina și Transilvania*, vol. I. București: Ed. Librăriei Socec & Co.

Georgescu, Mircea. 1937. *Proprietatea agrară în dreptul tabular. Studiu de drept comparat cu referire specială la structura și funcțiunile dreptului agrar*. Cluj: Imprimeria Fondului Cărților Funduare.

Georgescu, Valentin, Al. și Strihan, Petre. 1981. *Judecata domnească în Țara Românească și Moldova* vol. II (1740-1831). București: Ed. Academiei Republicii Socialiste România.

Georgescu, Valentin, Al. și Sachelarie, Ovid. 1982. *Judecata domnească în Țara Românească și Moldova (1611-1831). Partea a II-a. Procedura de judecată*. București. Ed. Academiei Republicii Socialiste România.

Hamangiu, C. 1907. *Codul General al României*, vol. I și II. București: Ed. Librăriei Leon Alcalay.

Hamangiu, C. 1922. *Codul General al României*, vol. IX. și X. București: Ed. Librăriei „Viața Românească”.

Hamangiu, C. 1926. *Codul civil adnotat*, volumul IV. București: Ed. Librăriei „Universala” Alcalay & Co.

Hamangiu, C. 1935. *Codul General al României*, volumul XXII. București: Imprimeria Centrală.

Ionescu, Stelian și Preutescu, Laurențiu. 1933. *Codul comercial adnotat cu jurisprudența română la zi cuprinzând și toate legile, regulamentele și convențiunile comerciale adnotate*. București: Imprimeria Națională.

Longinescu, S.G. 1929. *Elemente de drept roman. Curs pentru licența în drept*, vol. II. București: Tipografia Soc. Anonime „Curierul Judiciar”.

Peretz, Ion. 1931. *Curs de istoria dreptului român*, vol. IV. Hrisoavele domnești. București: Tipografia „Carageale”.

Plastara, George. 1925, *Curs de drept civil român*, vol. I, București: Tipografia „Curierul Judiciar” S.A.

Plastara, George. 1925-1928. *Curs de drept civil român*, vol. III, București: Tipografia „Curierul Judiciar” S.A.

Potra, George. 1975. *Documente privitoare la istoria orașului București (1821-1848)*. București: Ed. Academiei Republicii Socialiste România.

Potra, George. 1982. *Documente referitoare la istoria orașului București (1634-1800)*. București: Ed. Academiei Republicii Socialiste România.

Rădoi, Ioan. 1900. *Călăuza cetățianului în materie judiciară. Manual teoretico-practic*. București: Ed. Librăriei Leon Alcalay.

Ștefanelli, T.V. 1915. *Documente din vechiul ocol al Câmpulungului Moldovenesc*. București: Librăriile Socec&Comp. și C. Sfetea.

Tanoviceanu, I. 1912. *Curs de drept penal*, vol. I și II. București: Atelierele Grafice Socec&Co.

*Codul Calimach*. 1958. Ediție critică. București: Ed. Academiei Republicii Populare Române.

*Codul civil rusesc*. 1918. Tradus de Ioan Nădejde, revizuit și colaționat de Vespasian Erbiceanu. București: Institutul de Arte Grafice CarolGöbl.

*Mic Dicționar Academic (MDA)*, 2 vol. 2010. București: Ed. Univers Enciclopedic Gold.

# CHILDREN'S RIGHTS IN THE ROMANIAN CIVIL LAW SYSTEM

*Assist. Prof. Mădălin SAVU-TICU*  
*Craiova University*  
*Law school*

## Summary

The Romanian civil law system, based on the Romanian Civil Code which entered into force on 1<sup>st</sup> October 2011, the text of Law no. 272/2004 on the protection and promotion of the child's rights and other regulations which focus on affirming and protecting children's rights and freedoms in Romania, provides, at least at the regulatory level, the landmarks of an appropriate protection of children.

Starting with civil rights and freedoms, then rights regarding family environment and alternative care, rights relating to the health and welfare of children, or more "modern" rights of European and international inspiration, regarding education, recreational and cultural activities, an overview of children's rights in the Romanian civil law system appears to be complete and well-defined. The issue in this matter is not the sufficient existence of regulations, but their effective application so that one can make a relevant approach to children's rights in Romania.

**Keywords:** rights of the child; minor; legal representative; legal acts concluded by the minor

## I. Preliminary issues

In order to legally shape a fair image of children's rights in the Romanian civil law system, we must first make some terminological and conceptual delimitations, underlying several categories of children's rights, as expressed and protected by the Romanian legislation.

Thus, the definition of "*child*" in the sense of the Romanian Civil Code entered into force on 1 October 2011, is provided in art. 263(5) of the Civil Code:

*"In the sense of the legal provisions on child protection, a child is a person who has not attained the age of 18 and has not acquired full legal capacity to exercise rights, as provided by law".*

The same definition can be found in another law, essential in terms of child protection in Romania, namely *Law no.272/2004 on the protection and promotion of the child's rights*, in accordance with which, in art. 4 letter a, "child" is "a person who has not attained the age of 18 and has not acquired full legal capacity to exercise rights, as provided by law".

Analyzing the texts of the two regulations we understand that, within the legal scope, a child is:

1. always an individual who has a factual, material existence, in other words *a child who was born*, and not an unborn child (in the sense that the legal fiction<sup>1</sup> coming from Roman law recognizes anticipated capacity of use/capacity to have rights<sup>2</sup> to a child who was conceived, but was unborn, whenever it is in the child's interest, provided that the latter is born alive and the issue concerns the acquisition of rights - *Infans conceptus pro nato habetur quotiens de commodis eius agitur*<sup>3</sup>);

2. a person who has not attained the age of 18 because this is the age of majority<sup>4</sup> (i.e. a child becomes an adult) when he/she acquires, as a rule, full legal capacity to exercise rights. If by the age of 14 the child was unable in terms of capacity to exercise rights, a child's rights and duties being exercised by (and through) the legal representative (parent/parents or guardian), considering that the former totally lacks discernment; if, between 14 and 18 years of age, the law assigns the minor limited legal capacity to exercise rights, meaning that minors may conclude by themselves certain categories of legal acts<sup>5</sup>, without fully developed discernment, but requiring prior consent of the legal representative<sup>6</sup>,

<sup>1</sup> For details, see Ion Deleanu, *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005, pp. 411-418.

<sup>2</sup> Thus, pursuant to art. 36 of the Civil Code: "The child's rights shall be recognized from the very conception, but only if it is born alive. The provisions of art.412 on the legal time of conception shall be applicable".

<sup>3</sup> See, in detail, Ion Dogaru, Sevastian Cercel, *Drept civil. Persoanele*, Ed C.H. Beck, Bucuresti, 2007, pp. 33-40; see also Adrian Barbu Ilie, *Capacitatea persoanei fizice în dreptul civil român*, Ed. Universitaria, Craiova, 2003, pp. 7-56

<sup>4</sup> In the case of natural persons, the rule establishes that the beginning of full legal capacity to exercise rights is the age of majority, pursuant to art. 38 of the Civil Code:

"(1) Full legal capacity to exercise rights shall begin when a person has attained the age of majority.

(2) A person has attained the age of majority when he/she has turned 18 years of age".

<sup>5</sup> The legal acts concluded by a minor have a special regime, as provided in art. 42 of the Civil Code: "(1) Minors may conclude legal acts on their work, artistic and sporting pursuits or on their profession, with the consent of their parents or guardian, and in compliance with the special legal provisions, if applicable. (2) In this case, the minor alone shall exercise such rights and perform the obligations arising from these acts and may dispose alone of the income acquired".

<sup>6</sup> Pursuant to art. 41 of the Civil Code, "(1) A minor who has attained the age of 14 has limited legal capacity to exercise rights. (2) The legal acts of a minor with limited capacity to exercise rights shall be concluded by himself/herself, with the consent of the parents and, where

emancipation is reached along with the age of 18, when it is considered that discernment is fully crystallized. In other words, adults can exercise rights alone and assume obligations by their own legal engagements (or, in accordance with the text of the law, *“The capacity to exercise rights is a person’s aptitude to conclude civil legal acts by himself/herself”*. - art. 37 of the Civil Code);

3. a person who has not attained the age of 18, but neither has he/she acquired, by exception, full legal capacity to exercise rights, in other words he/she has not become emancipated. So that we can assume the notion of *“child”* as defined by law, the three conditions must be met cumulatively. Therefore, whenever we are in the situation of a natural person who has not come of age, but by exception, has acquired full legal capacity, that is no longer a child, but an adult.

The law provides two exceptional situations in which a minor who has turned 16 years of age (but who is less than 18), may acquire full legal capacity (anticipated legal capacity) to exercise rights, namely:

a) - the situation in which the minor concludes, as provided by law, a valid marriage - art. 39 of the Civil Code: *“(1) A minor shall acquire, by marriage, full legal capacity to exercise rights. (2) If the marriage is annulled, the minor who was in good faith at the time of concluding the marriage shall retain full legal capacity”*;

b) - anticipated capacity to exercise rights, granted by the guardianship court for serious reasons, other than marriage - art. 40 of the Civil Code: *“For serious reasons, the guardianship court may recognize the full legal capacity of a minor who has attained the age of 16. For this purpose, the court shall hear the minor’s parents or guardian, also requiring, where appropriate, the opinion of the family council”*.

So we have here a direct correlation between age, presence of discernment<sup>7</sup> and the acquisition of full legal capacity to exercise rights<sup>8</sup> (that “changes” a child into an adult, with all the legal consequences arising here), which lies on the

---

*applicable, legal guardian, and in the cases stipulated by law, with the authorization of the guardianship court. The consent or authorization may be given at the latest, at the time of concluding the act. (3) However, a minor with limited capacity to exercise rights may perform alone acts of preservation or administration which are not prejudicial, as well as acts of disposal of small value, of current nature and which are executed at the time of their conclusion”*.

<sup>7</sup> Discernment is a matter of fact that is deemed from one person to another depending on the psychological and intellectual strength and aptitude to deem and distinguish between right and wrong, moral and immoral, etc., the court deciding whether in a given situation a person had discernment or not. Pursuant to art.1205 of the Civil Code: *“(1) A contract shall be voidable if it was concluded by a person who, at the time of its conclusion, was, if only temporarily, in a state that rendered him/her unable to realize the consequences of his/her act. (2) The contract concluded by a person subsequently placed under interdiction may be canceled if, at the time of concluding the act, the causes of interdiction existed and were commonly known”*.

<sup>8</sup> See, in detail, Adrian Barbu Ilie, *Capacitatea persoanei fizice în dreptul civil român*, Ed. Universitaria, Craiova, 2003, pp. 57-93



premise of the existence of the capacity of use (capacity to have rights), and also the presence of discernment.

In this way, whenever we talk about children's rights in the Romanian civil law system, we must consider who the subjects protected by the legal text are in order to correct the scope of the notion.

## II . Principles for respecting and guaranteeing children's rights

The legal status of the child, understood as "the set of legal rules on personal property rights and economic rights of the child whose filiation has been legally established"<sup>9</sup> finds legislative enshrinement in the Civil Code, art. 448-450<sup>10</sup>, but also in Law no. 272/2004 on the protection and promotion of the child's rights, or in the articles of the Civil Code on succession, or in employment legislation, when it is about rights of survivorship, or in constitutional law, in regulations on citizenship.

The special law on the protection and promotion of the child's rights (Law no. 272/2004<sup>11</sup>) delineates a principled regulatory framework which is a landmark for the protection of certain categories of children's rights.

Thus, the principles that guide the legislature when it envisages the protection and guarantee of children's rights are stipulated in art. 6 of Law no. 272/2004:

- respecting and primarily promoting the best interests of the child is the most important principle according to which the protection and promotion of children's rights are carried out. The other principles set forth in art. 6 of Law no. 272/2004 derive from this principle<sup>12</sup> in an axiomatic manner;
- equal opportunities and non-discrimination;
- making parents responsible in the exercise of parental rights and obligations;
- primordial responsibility of the parents to observe and guarantee their children's rights;

---

<sup>9</sup> Dan Lupașcu, Cristina Mihaela Crăciunescu, *Dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 301 sqq.

<sup>10</sup> Art. 448 of the Civil Code establishes the principle of equality of rights between children born outside marriage and those in marriage; art. 449 sets out criteria for giving the name of the child resulted from a marriage, while art. 450 of the Civil Code provides the rules for determining the name of the child born outside marriage.

<sup>11</sup> Law no. 272/2004 on the protection and promotion of the child's rights was republished in the Official Gazette, Part 1, no. 159 of 5 March 2014.

<sup>12</sup> We find the same principle in art. 263(1) of the Civil Code, in accordance with which: "*Any measures regarding the child, regardless of their author, shall be taken in compliance with the best interest of the child*".

- decentralization of services for child protection, multisectoral intervention and partnership between public institutions and authorized private bodies;
- ensuring individualized and personalized care for every child;
- respecting children's dignity;
- hearing and considering the child's opinion, taking into account the age and maturity of the child;
- ensuring stability and continuity in children's care, upbringing and educating children while considering their ethnic, religious, cultural and linguistic origin, in the case of undertaking a protection measure;
- celerity in making all decisions concerning the child;
- ensuring protection against abuse, neglect, exploitation and all forms of violence against children;
- interpreting each legal rule on children's rights in relation to the overall regulations in this matter.

According to the principles mentioned above, the legislature distinguishes several categories of children's rights presented in detail in Chapter II - *Rights of the Child* - of Law no. 272/2004 (art. 9-53).

These categories of children's rights could be subdivided as follows:

- Civil rights and freedoms;
- Rights regarding family environment and alternative care;
- Rights concerning the health and welfare of the child;
- Rights relating to education, recreational and cultural activities.

In what follows we will attempt to make an overview of these categories of children's rights, while highlighting those rights which, in our opinion, have an increased importance for the protection and promotion of the rights and interests of the child.

### III. Children's rights in the Romanian legislation – an overview

#### *III.1. Civil rights and freedoms*

Among the categories of civil rights and freedoms<sup>13</sup> provided by the Romanian law, we will mention the most important:

- the right to identity;

---

<sup>13</sup> For an in-depth analysis of this category of children's rights, see Dan Lupașcu, Cristina Mihaela Crăciunescu, *Dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, pp. 303-311; Doina Balahur, *Protectia drepturilor copilului ca principiu al asistentei sociale*, Ed. All Beck, Bucuresti, 2001, pp.123-177; Emese Florian, *Protectia drepturilor copilului*, ediția a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007, pp.32-52

- the right to maintain family relationships;
- the right to maintain personal relations and direct contact with certain persons;
- the right to maintenance of a child temporarily deprived of care or protection;
- the right to move internally and internationally;
- the right to protect one's public image and intimate, private and family life;
- the right to freedom of expression;
- the right to freely express one's opinion and to be heard;
- the right to freedom of opinion, conscience and religion;
- the right to free association and freedom of peaceful assembly;
- the right to respect for personality and individuality;
- the impossibility of subjecting the child to physical punishment or any other humiliating or degrading treatment;
- the right to information;
- the right to petition;
- the rights of children belonging to a minority.

III.1.a. As for the *right to identity*, which is one of the most important civil rights, the text of art. 9 of Law no. 272/2004 republished provides:

*“(1) Every child has the right to establish and preserve his/her identity.*

*(2) Every child shall be registered immediately after birth and shall have further on the right to a name, the right to acquire citizenship and, if possible, to know his/her parents and be cared for, raised and educated by them.*

*(3) The parents shall choose the child's surname and first name, as provided by law.*

*(4) Every child has the right to preserve his/her citizenship, name and family relationships, as provided by law, without any interference.*

*(5) If it appears that a child is illegally deprived of the constituent elements of his/her identity or some of these, public authorities and institutions shall take all urgent measures in order to restore the child's identity”.*

A first step in establishing the identity of the child is registration, which must take place immediately after birth. After registering the child's birth, he/she has three categories of rights, namely:

- the right to a name<sup>14</sup>;
- the right to acquire citizenship;
- and, if possible, the right to know his/her parents and be cared for, raised and educated by them.

---

<sup>14</sup> For details, see Emese Florian, *Protecția drepturilor copilului*, ediția a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007, pp. 32-38.

III.1.a.1. Concerning *birth registration*, in modern law the proof of the date of birth is usually the act of civil status which is “the birth certificate” issued under the law, which has a section entitled “date of birth”, recording year, month and day of the child’s birth.

Law no. 119/1996 on civil status acts provides in detail the procedure of drawing up the birth certificate (in Chapter II – “Drafting civil status acts”, section 1 – “Drafting the birth certificate”, art. 17-26).

The law imposes the obligation to make the declaration of birth, first, on the part of the parents, then on the part of: the doctor and medical staff in the unit where the birth took place, as well as relatives or neighbours who learned about the child’s birth.

The declaration of birth is made within 15 days (from the date of birth) for a child born alive and within 3 days for a child who was born dead, and if the child who was born alive died within 15 days, the declaration of birth is within 24 hours from the time of death.

When the declaration of birth was made after the expiry of the 15-day time limit, but within *a year of birth*, the drafting of the birth certificate is done with the *approval* of the mayor.

If the declaration of birth was made after one year from the date of birth, the drafting of the birth certificate is done *based on a final judgment*, which will contain all information required for the act. The action is brought to the court within the jurisdiction of which the person concerned is resident, and the prosecutor’s participation is mandatory. To settle the case, the court requires the police to establish the identity, based on verifications, as well as the opinion of the forensic examiner regarding the age and sex of the person whose birth certificate is required to be issued.

To resolve late birth registration, establishing the date of birth may become difficult. A forensic examination may determine the approximate date (year, month), and it is very difficult, if not impossible, to also mention, exactly, the day of birth.

III.1.a.2. Regarding *the right to a name*, one must mention that “*Everyone has the right to an established or acquired name, as provided by law*” (pursuant to art. 83 of the Civil Code) and the structure of the name is provided by art. 1 of G.O. no. 41/2003 and art. 83 of the Civil Code: “*The name shall include the surname and first name*”.

Art. 84 of the Civil Code regulates the acquisition of the name as follows:

“(i) *The surname shall be acquired by filiation effect and may be modified by the effect of changing marital status, as provided by law.*

(2) *The first name shall be established on the date of registration of birth, based on the declaration of birth. Registration by the civil registrar of indecent, ridiculous first names and similar others, likely to affect public order and morals or interests of the child, shall be prohibited, as applicable.*

(3) *The surname and first name of a foundling, born of unknown parents, as well as of the child who has been abandoned by his/her mother in hospital, and her identity has not been established within the period provided by law, shall be established by order of the mayor of the commune, city, municipality or sector of Bucharest municipality within the jurisdiction of which the child was found or, if applicable, his/her abandonment was discovered, as provided by the special law”.*

The surname is acquired by filiation effect, understood as the descentance relation between a child and each of his/her parents. We therefore encounter:

- A) Natural filiation - filiation towards the mother (maternity);  
- filiation towards the father (paternity);
- B) Civil filiation: that established by adoption.
- C) Filiation resulting from medically assisted human reproduction with third party donor or surrogate mother (which is not yet regulated in the Romanian legislation).

Depending on the legal situation of the child at birth, there are three ways of acquiring the surname:

- 1.1. Situation of the child born in marriage;
- 1.2. Situation of the child born outside marriage;
- 1.3. Situation of the child born of unknown parents.

#### *1.1. Surname and first name of the child born in marriage*

Among parental rights and obligations there are some referring to the choice of the child's name, as provided by art. 492 of the Civil Code: *“The parents shall choose the first name and, where appropriate, the surname of the child, as provided by law”* (related legislation: art. 8(3) of Law no. 272/2004 on the protection and promotion of the child's rights).

Pursuant to art. 449 of the Civil Code (see also art. 15(3) of Law no. 119/1996) the surname of the child born in marriage is established as follows:

*“(1) The child born in marriage shall take the common surname of his/her parents.*

*(2) If the parents do not have a common name, the child shall take the name of one parent or both names. In this case the surname of the child shall be established by mutual agreement of the parents and shall be declared, with the birth of the child, at the Civil Register Office.*

*(3) In the absence of the parents' agreement, the guardianship court shall decide and communicate immediately the final decision to the Civil Register Office where the birth was registered".*

If there are several children resulting from marriage and the parents do not have a common surname, the children may have different surnames (for instance, a child may have the surname of the father, another child may take the surname of the mother and a third child could have both surnames), although such a situation should be avoided.

The first name of the child born in marriage is determined based on the declaration of birth on the date of birth registration; the number of words forming the first name is not limited by law.

The only prohibition regarding the first name is imposed by art. 84(2), thesis II of the Civil Code:

*"The first name shall be established on the date of registration of birth, based on the declaration of birth. Registration by the civil registrar of indecent, ridiculous first names and similar others, likely to affect public order and morals or interests of the child, shall be prohibited, as applicable".*

### *1.2. Surname and first name of the child born outside marriage*

Pursuant to art. 450 of the Civil Code, the surname of the child born outside marriage is determined as follows:

*"(1) The child born outside marriage shall take the surname of the parent towards whom filiation was first established.*

*(2) If filiation has been subsequently established towards the other parent as well, the child, by mutual agreement of the parents, may take the surname of the parent towards whom filiation has been subsequently established or both surnames. The new surname of the child shall be declared by the parents, together, at the Civil Register Office where the birth was registered. In the absence of the parents' agreement, the provisions of art. 449(3) shall be applicable.*

*(3) If the child's filiation was established simultaneously towards both parents, the provisions of art. 449(2) and (3) shall be applicable".*

Unlike the new provisions of art. 450(2) of the Civil Code, in the previous regulation (article 64(2) of the Family Code), if filiation was subsequently determined towards the other parent as well, **only** the court could allow the child to bear the name of the latter parent. The court could not agree that he/she would take both parents' names.

If at the time of declaring the date of birth, filiation is established only towards one parent, this parent will also decide the first name of the child born outside marriage. If filiation is established towards both parents, the rules on the establishment of the first name of the child born in marriage are applicable.

### *1.3. Surname and first name of the child born of unknown parents*

As provided by art. 84(3) of the Civil Code, *“The surname and first name of the foundling, born of unknown parents, and of the child who has been abandoned by his/her mother in hospital, and her identity has not been determined within the period stipulated by law, shall be established by order of the mayor of the commune, city, municipality or sector of Bucharest municipality within the jurisdiction of which the child was found or, if applicable, his/her abandonment was declared, as provided by the special law”.*

The time limit within which the identity of the mother who abandoned the child in hospital must be determined is 30 days from the date of abandonment, in accordance with art. 2 (3) of G.O. no. 41/2003.

Art. 85 of the Civil Code also provides for the possibility of changing the surname and/or first name administratively:

*“Romanian citizens may obtain administratively, as provided by law, the change of the surname and first name or only one of them”.*

The replacement on request, of the surname/first name with another surname/first name is made through an administrative decision, which follows the rules established by G.O. no. 41/2003 on acquiring and administratively changing the names of individuals.

III.1.a.3. Regarding *the child's right to acquire citizenship*<sup>15</sup> one should note that all children who are born either in Romania or abroad and who have at least one parent who is a Romanian citizen, are entitled to Romanian citizenship. If a child is found on Romanian territory and neither of his/her parents is known, the child is considered a Romanian citizen until proven otherwise.

III.1.a.4. *The child's right to know his/her parents and be cared for, raised and educated by them*, whenever possible, is another component of the child's right to identity.

## ***III.2. Rights relating to family environment and alternative care***

As for children's rights related to family environment and alternative care<sup>16</sup>, we will mention the most important ones, provided by art. 35-45 of Law no. 272/2004:

---

<sup>15</sup> Aspects related to citizenship are governed by Law no.21/1991 on Romanian citizenship.

<sup>16</sup> For details, see Doina Balahur, *Protecția drepturilor copilului ca principiu al asistentei sociale*, Ed. All Beck, Bucuresti, 2001, pp.178-297; Emese Florian, *Protecția drepturilor copilului*, ediția a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2007, pp.53-61

- the right to grow up with their parents, stipulated by art. 35 of Law no. 272/2004, which is likely to ensure the harmonious development of children, in an appropriate educational and emotional environment;

- the right to be raised by both parents, which envisages the obligation of both parents to care for their minor child, in terms of both economic and personality rights, i.e. the exercise and fulfilment of parental rights and obligations;

- the right to be raised in conditions that would allow the child's physical, mental, spiritual, moral and social development, stipulated by art. 37 of Law no. 272/2004. This right of the child concerns some correlative obligations of the parents, who must: *"a) supervise the child; b) cooperate with the child and respect his/her private life and dignity; c) inform the child of all acts and actions which could affect him/her and consider his/her opinion; d) take all necessary measures to achieve the rights of their child; e) cooperate with natural and legal persons exercising responsibilities in the field of care, education and training of children"*;

- the right not to be separated from parents, in accordance with which *"The child cannot be separated from his/her parents or one of them, against his/her will, except as expressly and exhaustively provided by law, subject to court review and only if it is required by the best interests of the child"* (art. 38 of Law no. 272/2004);

- the right to alternative care involves those situations in which the child is deprived of parental support either temporarily or permanently, or cannot be left in the care of the parents in order to protect his/her interests<sup>17</sup>. Alternative means of protection are: 1) establishing guardianship of the minor; 2) special protection measures stipulated by Law no. 272/2004; 3) adoption of the child.

### ***III.3. Rights relating to children's health and welfare***

This category of children's rights contains:

- the right to health<sup>18</sup>, widely dealt with in art. 46 of Law no. 272/2004 which establishes in the first paragraph: *"The child has the right to enjoy the highest attainable standard of health and to benefit from medical treatment and rehabilitation services necessary to ensure the effective fulfilment of this right"*.

---

<sup>17</sup> Dan Lupașcu, Cristina Mihaela Crăciunescu, *Dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 312.

<sup>18</sup> The right to health includes the right to a healthy environment, seen as a fundamental human right. For details see Adrian Barbu Ilie, *The Right to a Healthy Environment – between a Basic Human Right and a Policy of Form without Substance*, in *Revista de Științe Politice*, nr. 52/2016, pp.14-24



- the right to enjoy a standard of living meant to foster the child's development in all its physical, mental, spiritual, moral and social aspects. The primary obligation lies with the parents, who have *"the responsibility to ensure the best conditions of living necessary for the growth and development of children; parents shall provide their children with housing, as well as the necessary conditions for growth, education, learning, training and a healthy living environment"*. (art. 47(2) of Law no. 272/2004);
- the right to benefit from social assistance and social insurance (art. 48 of Law no. 272/2004);
- the right to special care of handicapped or disabled children (art. 49-50 of Law no. 272/2004).

### ***III.4. Rights relating to education, recreational and cultural activities***

They represent a range of rights which focuses on the right to education, jointly with the right to rest and leisure (art. 53 of Law no. 272/2004), equally as recreational and cultural activities.

The most important law in this category is the right to education stipulated in the text of art. 51 of Law no. 272/2004:

*"(1) The child has the right to receive education enabling the development, in non-discriminatory conditions, of his/her aptitudes and personality.*

*(2) The child's parents have a priority right to choose the kind of education that their children will receive and shall enrol their children in school and ensure their regular attendance of school courses.*

*(3) The child who has attained the age of 14 may ask the court for permission to change the kind of learning and training"*.

The scope of the right to education is broader than that of the right to learn and it has rightly been stated that "The right to education is aimed at preparing a person to fit, depending on his/her skills and competences, in society"<sup>19</sup>.

## **IV. Conclusions**

In terms of legislative enshrinement we can say that, at present, Romanian legislation protects the rights of the child sufficiently, either through the special law no. 272/2004 on the protection and promotion of the child's rights, or by the

---

<sup>19</sup> Oana Ghita, *Comparative on the child's right to education located to midway between parental choice, state system and their needs and skills*, in the collective volume *Discourse as a form of multiculturalism in literature and communication*, Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mures, 2015, p. 622, <http://www.upm.ro/ldmd/LDMD-03/Ssc/Ssc%2003%2054.pdf>

Civil Code or the Constitution, or even by other categories of acts<sup>20</sup> which adjacently provide children's rights.

The range of children's rights in the Romanian civil law system is quite extensive and enshrines in a first phase civil rights and freedoms, then protects the best interests of children through rights regarding family environment and alternative care, emphasizes the need to protect and guarantee children's right to health, together with the right to welfare, and highlights the need to protect children's rights relating to education, recreational and cultural activities.

Many of these rights are of European<sup>21</sup> or international inspiration and show that, at least at the programmatic and legislative level, the rights of this special category of persons are well protected in Romanian civil legislation. But sometimes, for economic reasons or due to the extensive bureaucracy of the Romanian system of child protection, the effectiveness of applying these rights<sup>22</sup> and their transition from potentiality to act are slow, which sometimes generates a low real protection of children, especially of those in the institutionalized environment.

---

<sup>20</sup> For a complete overview on documents regarding universal, regional and national child protection see work published under Institutul român pentru drepturile omului, *Drepturile copilului*, Ed. I.R.D.O., București, 2008 and *Drepturile copilului și tânărului*, Ed. I.R.D.O., București, 1998

<sup>21</sup> For details about the system of protection of children's rights in France see, in detail, Jean-Pierre Rosenczveig, *Le dispositif français de protection de l'enfance*, Éditions Jeunesse et droit, Liège, Paris, 1998

<sup>22</sup> Gabriela Alexandrescu (coord.), Ana Bălan (coord.), *Situația respectării drepturilor copilului în România: raport realizat în cadrul Grupului de monitorizare privind drepturile copilului*, București, Model M, 2006

# ROLUL EDUCAȚIEI ȘI AL ISTORIEI ÎN MENTALITATEA ROMÂNEASCĂ

*Conf. univ. dr. Elena Tereza DANCIU (drd)  
Universitatea din Craiova  
Facultatea de Drept*

## Summary

I have often wondered: Why in the ancient and early medieval period did we have an unwritten culture, while in the ancient Greco-Roman world there were schools, there were historians, philosophers, sculptors, architects, jurists, or in the Western medieval society there were universities and an entire cultural edifice

realized that education was the key which could open the doors of our social, cultural, economic development, were we always several steps behind everyone, even behind neighboring countries?

And why have we never been able to protect our cultural heritage which we should be so proud of?

I think a possible answer starts from the place that education, in general, and history, in particular, occupy in the Romanian mentality.

**Keywords:** ancient, education, history, Romanian, society.

M-am întrebat adesea: De ce în perioada antică și medievală timpurie am avut o cultură nescrisă, când în lumea antică greco-romană existau școli, existau istorici, filosofi, scriitori, sculptori, arhitecți, juriști, când în societatea medievală apuseană au existat universități și un întreg edificiu cultural a fost creat în Europa Occidentală?

De ce în momentul modernizării societății românești, când mulți conștientizau că educația este cheia care poate să deschidă ușile dezvoltării noastre sociale, economice, culturale am fost mereu cu mulți pași în urma tuturor, chiar în urma țărilor vecine?

Și de ce niciodată nu am fost și nu suntem în stare să ne protejăm patrimoniul cultural cu care ar trebui să ne mândrim?

Sunt întrebări la care voi încerca să răspund.

## *De ce în perioada antică geto-dacii și, în perioada medievală timpurie, românii nu au avut o cultură scrisă?*

Trebuie precizat că lipsa culturii scrise nu echivalează cu absența scrierii și nici cu absența unui mediu educațional. Există dovezi care vin să argumenteze faptul că atât geto-dacii, cât și românii cunoșteau scrierea.

De exemplu, pe vasele de lut sau pe blocurile de piatră ale cetăților dacice erau gravate litere sau grupuri de litere. Istoricul Constantin Daicoviciu este de părere că literele săpate pe blocurile de piatră ale cetăților ar reprezenta nume de zei, regi sau preoți daci. Distrugerea cetăților, mai ales în urma cuceririi Daciei de către romani, împiedică reconstituirea acestor nume.

De asemenea, Dio Cassius, în *Istoria Romană*, amintește de o scrisoare trimisă de Decebal împăratului Domițian<sup>1</sup>. Și tot Decebal îi trimite lui Traian un mesaj scris pe o ciupercă mare.

Referindu-se la legile geto-dacilor, Iordanes arăta că acestea erau scrise. Se pare că în secolul al V-lea d. Hr., când a trăit autorul, textul legilor încă se păstrase. Tot de la Iordanes aflăm că Deceneu, mare preot în timpul regelui Burebista, i-a instruit pe daci „în aproape toate ramurile filosofiei, căci el era în aceasta un maestru priceput. El i-a învățat morala, dezbărându-i de moravurile lor cele barbare; i-a instruit în științele fizicii, făcându-i să trăiască potrivit legilor naturii...; i-a învățat logica, făcându-i cu mintea superiori altor popoare; arătându-le practica i-a îndemnat să petreacă în fapte bune; demonstrându-le teoria celor douăsprezece semne ale zodiacului le-a arătat mersul planetelor și toate secretele astronomice...”<sup>2</sup>.

Foarte mult s-a scris în literatura greco-romană despre Zamolxis, care ar fi fost rege și mare preot la geto-daci, ulterior zeificat. El ar fi introdus, după părerea lui Origene, „druidismul la celți” și i-a învățat pe aceștia „divinațiunea prin fișe și numere”<sup>3</sup>. Pe compatrioții săi i-a învățat semnele cerești și să trăiască fără să mănânce carne. În acest scop, a pus să i se construiască o sală unde îi primea pe cetățenii de frunte. Legile, despre care amintea Iordanes, au fost întocmite, așa cum scria Iamblichos, tot de către Zamolxis. Prin aceste legi Zamolxis „a îndemnat la bărbăție pe concetățenii săi, convingându-i că sufletul este nemuritor [...] și, pentru că a învățat pe geți aceste lucruri și le-a scris legile, este socotit de ei drept cel mai mare dintre zei”<sup>4</sup>. Observăm că strămoșii noștri daci nu erau atât de barbari, atât de neinstruiți pe cât i-am fi putut crede. Ei foloseau scrierea, ei au avut cunoștințe de matematică, fizică, astronomie, medicină, filozofie. Mai mult chiar,

<sup>1</sup> Dio Cassius, *Istoria romană*, LXVII, 7.

<sup>2</sup> Iordanes, *Getica*, 69-70.

<sup>3</sup> Origene, *Philosophumena*, 1, 2, 22.

<sup>4</sup> Iamblichos, *Fontes*, II, 9.

medicina traco-dacă era renumită la acea vreme, și voi reveni asupra acestui aspect. Au avut școli și un sistem de legi care erau scrise. Atunci de ce vorbim despre o cultură nescrisă? Există două posibile explicații. Ceea ce a fost scris s-a pierdut, a fost deteriorat sau a fost distrus. O a doua explicație ne-o oferă Mircea Eliade prin asemănarea clasei religioase geto-dace cu druzii celți, care, potrivit însemnărilor lui Iulius Cezar, aveau atribuții specifice legate de cultul religios, dar care, în egală măsură, aveau atribuții judecătorești. În plus, exista o școală a druzilor unde instruirea dura aproximativ douăzeci de ani. Interesant este faptul că religia interzicea ca această învățătură „să fie destinată scrisului” așa cum era „cazul cu toate celelalte lucruri publice sau private pe care le consemnează în alfabet grecesc. Acest obicei ar fi fost stabilit de druzi întrucât nu doreau ca doctrina lor să se răspândească printre oamenii de rând”<sup>5</sup>.

Deci scrierea era folosită de meșteșugari, probabil și de negustori, era folosită la cancelaria regilor daci și de către preoți. Învățătura era răspândită tot de către preoți, în cadrul unor școli. Dar la aceste școli nu puteau veni decât „cetățenii de frunte” care primeau cunoștințele prin viu grai și erau obligați să le memoreze. În acest fel se poate explica absența unor creații literare, filosofice sau istorice scrise. Legile, însă, se pare că au fost scrise, dar textul lor nu s-a păstrat.

Legătura aceasta între divinitate și reprezentanții săi pe pământ, fie că vorbim despre preoți, fie că vorbim despre conducători de state, s-a menținut și în perioada medievală. În ceea ce ne privește, sunt două etape distincte: prima, cuprinsă între retragerea trupelor și administrației romane din provincia Dacia și formarea statelor românești, și cea de-a doua, după întemeierea statelor medievale.

Perioada migrațiilor este o perioadă vitregită în privința surselor narrative. Informațiile despre noi încep să apară odată cu existența formațiunilor prestatale românești. Dintre toate aceste texte găsim unul care menționează despre scriere. Îi aparține lui Simon de Keza, care, folosind ca sursă de inspirație „Gesta Hungarorum”, arată că secuii nu trăiau în Câmpia Pannoniei, ci împreună cu românii în munții de margine, unde, fiind amestecați cu românii, secuii au învățat scrierea acestora. Deci românii scriau la acea vreme, dar condițiile tulburi ale acelei epoci au împiedicat crearea unei culturi scrise. Tot ce s-a transmis urmașilor a fost prin viu grai, din cele auzite de la bătrâni. Abia mai târziu, după întemeierea statelor medievale, apar și primele școli pe lângă curtea domnească sau pe lângă biserici.

Interesant de observat ar fi faptul că nevoia de cunoaștere pornește atât în perioada antică, cât și în cea medievală de la aceleași medii: preoțime și rege sau domn. Cu alte cuvinte, practicarea scrierii și răspândirea cunoașterii a fost datorată unui cadru instituționalizat, bazat pe o ierarhie și pe tendința de centralizare politică, unde actul scris și răspândirea acestuia poate să fie un instrument al puterii. Chiar și așa,

<sup>5</sup> Iulius Cezar, *De Bello Gallico*, VI; 13.

tot constatăm un decalaj între noi și cei din Apus. Care ar fi explicația? Oare putem constata tot o motivație religioasă determinată de sciziunea dintre lumea catolică și cea creștin-ortodoxă?

Din cartea preotului Dumitru Bălașa aflăm că „papistașii au declanșat toate cruciadele mai întâi împotriva ereticilor și apoi a musulmanilor”. Astfel, lupta împotriva ortodoxiei ar fi începută de papa Formos (891-896). Papa Urban al II-lea a declanșat prima cruciadă împotriva ortodocșilor și musulmanilor, continuată de papa Inocențiu al III-lea (1198-1216). După cruciada a IV-a, condusă de Baldwin de Flandra, Constantinopolul este cucerit. Cucerirea Constantinopolului de către cruciați ar fi fost urmată, potrivit cronicilor, de un mare jaf în urma căruia au fost prădate biserica Sf. Sofia, Arhiva și Biblioteca cea Mare. Caii antici, aflați în Veneția, în Piața Sf. Marco, au fost aduși de la Constantinopol. Tot la Veneția, la Biblioteca Sf. Marco au fost depozitate o parte din volumele și manuscrisele cărate de la Constantinopol, o altă parte aflându-se în Arhivele Secrete ale Vaticanului. Cu alte cuvinte, „în anul 1204 [Constantinopolul] a fost cuprins, sfărâmat, despuiat de cruciați, care s-au purtat mai barbar decât Saracini și Turcii”.

Concluzia preotului Dumitru Bălașa ar fi că: „De abia după anii 1330, când a avut loc lupta de la Posada, când Basarab Voievod a învins iremediabil armatele Apusului papal, avem și noi documente istorice”<sup>6</sup>.

Este o istorie pe care noi nu am învățat-o și nu o învățăm la școală și este o posibilă explicație a celor aproximativ 1000 de ani de tăcere. Este, de asemenea, un posibil răspuns privind caracterul nescris al culturii noastre antice și medievale timpurii.

***De ce în momentul modernizării societății românești, când mulți conștientizau că educația este cheia care poate să deschidă ușile dezvoltării noastre sociale, economice, culturale, am fost mereu cu mulți pași în urma tuturor, chiar în urma țărilor vecine?***

Secolul al XIX-lea, cu marile sale evenimente, a reprezentat pentru națiunea română o perioadă de transformări profunde. Încercări de transformare și de modernizare a societății noastre, precum și orientarea spre cultura occidentală se prefigurau chiar din perioada fanariotă, însă cei mai importanți pași s-au făcut abia după Revoluția de la 1848 și după Unirea Principatelor Române de la 1859.

Modernizarea societății românești a adus cu sine și problema modernizării învățământului prin înființarea de școli în mediul rural, creșterea numărului de școli de la oraș, diferențierea între învățământul primar și gimnazial, înființarea de școli speciale, dezvoltarea învățământului superior, accesul gratuit al elevilor de școală

<sup>6</sup> Dumitru Bălașa, *Dacii de-a lungul mileniilor*, Ed. Cuget Românesc, Bârda, 2009, pp. 261-264.

primară, învățământ mixt, atât pentru fete, cât și pentru băieți, modernizarea programelor școlare, salarizarea profesorilor etc<sup>7</sup>.

În perioada fanariotă, în ciuda deschiderii multor școli cu limba de predare greacă, a existat o atenție sporită extinderii acestora într-un plan mai larg destinat tuturor iubitorilor de carte. În acest sens, printr-o serie de hrisoave ale domnilor din familiile Ghica, Racoviță, Mavrocordat, Calimachi și prin acte ale unor înalți ierarhi ai celor două țări, Iacov Putineanu, Gavriil Calimachi, Neofit I sau Grigorie al Mirelor, se dezvăluie interesul și străduința pentru înființarea și buna funcționare a școlilor, pentru verificarea de către Epitropia Mitropoliei a derulării programelor de studiu, a capacității dascălilor ca și a asigurării banilor pentru plata profesorilor<sup>8</sup>.

Demersurile începute în secolul al VIII-lea vor fi continuate în secolul următor, căci, așa cum evidențiază Petrache Poenaru, „educația este prima mare nevoie a unui popor; ea este baza și garanția oricărei instituții publice”<sup>9</sup>.

Distingem două perioade: cea a Regulamentelor Organice și cea ulterioară Unirii Principatelor. Prin Regulamentele Organice, acte cu valoare constituțională, se face „din școală o instituție permanentă de stat, când până atunci ea fusese numai o binefacere și o milă domnească, fiecare «oraș de căpetenie» trebuia să aibă o «școală obștească», națională, una de același caracter, înlocuind formele variate de până atunci, așa cum porniseră din inițiativa câte unui boier sau negustor, dorind să-și facă pomană și prin luminarea sufletelor”<sup>10</sup>.

Se puna tot mai mult accentul pe învățământ în limba română, pe generalizarea acestuia, la care să fie primiți și fii ai „norodului, măcar și robi, pământeni sau străini”, precum și pe înființarea școlilor de fete. Învățământul în limba română ridică problema îmbogățirii și modernizării vocabularului științific, a definitivării gramaticii, mai ales în scopul întocmirii de manuale. În această luptă întâlnim ca figuri centrale pe Gheorghe Lazăr, Gheorghe Asachi, Ion Heliade Rădulescu, Petrache Poenaru, Eufrosin Poteca etc.

În general, se poate aprecia că învățământul a înregistrat progrese însemnate în această perioadă, care au avut ca efect creșterea numărului de școli și de elevi care urmau școlile publice.

Evident, ne aflăm într-o perioadă de concentrare a preocupărilor și eforturilor privind dezvoltarea învățământului românesc al cărei maxim îl constatăm după Unirea Principatelor din 1859. Astfel, după unirea Moldovei cu Țara Românească, „au luat ființă noi gimnaziile, licee și școli normale. S-au pus bazele Universităților din Iași și din București”<sup>11</sup>. Prin eforturile lui Ioan Maiorescu, în perioada în care s-a aflat la

<sup>7</sup> *Istoria românilor*, Ed. Enciclopedică, București, 2003, vol. VII, pp. 813-824.

<sup>8</sup> *Istoria Românilor*, Ed. Enciclopedică, București, 2002, vol. VII, pp. 742-743.

<sup>9</sup> *Istoria literaturii române*, București, 1968, vol. II, p. 296.

<sup>10</sup> N. Iorga, *Istoria învățământului românesc*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1971, p. 98.

<sup>11</sup> N.A. Andrei, *Istoria învățământului din Craiova*, Ed. Alma, Craiova, 2005, vol. II, p. 12.

conducerea Eforiei Instrucțiunii Publice, a sporit simțitor și numărul școlilor sătești. Dorința sa era aceea ca fiecare localitate rurală să aibă propria școală și, de aceea, își exprima nemulțumirea că mai existau, în acel timp, 888 de comune, din totalul de 3017, fără școli. La 29 iunie 1860, adresându-se domnitorului, susținea că era necesară dublarea bugetului alocat pentru învățământ național și îmbunătățirea salarizării personalului didactic. Aceste idei își vor găsi cadrul normativ în Legea Instrucțiunii Publice din 1864, care reprezintă „cea dintâi legiuire școlară a statului român modern”<sup>12</sup>.

În mesajul domnesc din 6 decembrie 1864 se arăta că: „Instrucția primară, plătită din fondurile de binefacere ale statului, este obligatorie și gratuită pentru copiii de ambele sexe”. Obligativitatea și gratuitatea s-au numărat printre obiectivele principale ale acestei legi. Din păcate însă, în ciuda intențiilor sale generoase, condițiile socio-economice neprielnice au limitat posibilitatea punerii în practică a acestor dispoziții. „Țara era săracă, bugetele județelor și ale comunelor deficitare, autoritatea comunală și cea județeană – fără inițiative, fără putere și fără resurse”<sup>13</sup>. Iată o realitate pe care parcă o retrăim și astăzi, în secolul al XXI-lea, după 26 de ani de tranziție post-decembriștă. Și iată o explicație pentru care, în ciuda unor proiecte, a unor eforturi, am rămas mereu în urmă.

Pe de altă parte, am constatat și constatăm o lipsă de originalitate a legiuitorului român, o incapacitate a acestuia de a crea un text de lege care să se adapteze unei situații reale. Tendința a fost și este aceea de a transpune modele străine care nu s-au potrivit și nu se potrivesc societății românești. Rezultatul este un lung șir de experimente nereușite. Gh. Costaforu, primul rector al Universității din București, aprecia la un moment dat: „Cea mai mare nenorocire pentru noi ar fi adoptarea sistemului școlastic al cutărui sau al cutărui stat, fără control și fără examenul serios al veritabilelor noastre trebuințe”, pentru că „imixtiunea exclusivă și servilă a instrucțiunii cutărui sau cutărui stat ar tinde spre tăgăduirea chiar a ființei noastre”.

Istoria se repetă. După decembrie 1989, trecerea de la regimul comunist către o societate democratică a fost un proces destul de complicat, presupunând transformări profunde în toate domeniile și, mai ales, în mentalul colectiv. Bineînțeles că școala românească, ale cărei rezultate erau totuși apreciate, trebuia și ea reformată. Însă fiecare cabinet ministerial a venit cu propria viziune, apelând, bineînțeles, la modele de împrumut. De la un cabinet la celălalt, de la o lege la alta, completate cu o serie de ordonanțe de urgență, școala noastră a avut mai mult de suferit decât de câștigat. În învățământul preuniversitar, manualele și programele școlare au fost modificate de la o zi la alta. Au apărut manualele alternative, dar a dispărut rigurozitatea științifică cu care se realizau în perioada anterioară. Liceele profesionale au

<sup>12</sup> N.A. Andrei, *op. cit.*, p. 16.

<sup>13</sup> N.A. Andrei, *op. cit.*, p. 23.



devenit treptat licee teoretice. În învățământul universitar au fost înființate o serie de facultăți, învățământul de stat fiind dublat de cel particular. În acest fel, majoritatea absolvenților de liceu s-au orientat către facultăți, iar problema cu care se confruntă societatea noastră în prezent este absorbția tinerilor absolvenți de licee și de facultăți pe piața muncii. Învățământul liceal-profesional era și ar trebui să fie o alternativă viabilă. În locul unui șomer cu diplomă de facultate ar fi de dorit un absolvent de liceu instruit într-un anumit domeniu și cu loc de muncă. În ceea ce îi privește pe profesori, aceștia au devenit o categorie profesională de rang inferior, care și-a pierdut rolul și autoritatea în societate. De aceea, a dispărut probabil și motivația unei munci de calitate.

Confrunțați cu o astfel de realitate, ne amintim vorbele profetice ale poetului nostru, Mihai Eminescu: „Școalele noastre sunt rele – scria el în vara anului 1882 – iată o temă deseori repetată în ziarele politice și literare. Cauza decadenței școlilor e dar declasarea generală care se răsfrânge asupra corpului profesoral ca asupra întregii țări”... Și „când nu se mai află oameni onești în țară... nu este nebun acela care, în ciuda lumii și pentru ca să râdă toți de el, încearcă a fi onest? Când cu patru clase primare și violoncel ajungi prim-redactor, deputat, director de bancă, răscumpărător de drum de fier, milionar – apoi nu e nebun acela care-nvață însuși și-nvață și pe alții, pentru ce? Pentru 200-300 de franci pe lună?

Nu, să fim drepti. Ceea ce nu se cere de la nimeni nu se cere nici de la profesori. Și ei sunt oameni ca toți oamenii; când unul plagiază nu face decât să urmeze exemplul ministrului său; când e neglijent urmează pe cei mai iluștri dintre concetățenii săi, c-un cuvânt sunt ca toți și toți sunt ca dâșii. Dacă există decepții să nu ne mire. E câte unul care a prins dragoste de știința lui, care, în sfera ei senină, găsește un adevărat liman de scăpare pentru putreziciunea și mizeria care-l înconjoară; pentru care iubirea adevărului pentru el însuși e echivalent moral suficient al muncii lui”<sup>14</sup>.

Oare ne-am întors în timp sau timpul s-a oprit în loc pentru noi, cei care, în condiții asemănătoare, ne comportăm la fel și nu suntem capabili să învățăm din greșelile trecutului? Nu suntem capabili să învățăm din trecut pentru că nu ne apreciem istoria și dorim, mai nou, să transformăm „Istoria românilor” în „Educație pentru societate”. A cui educație și care societate? Nu vom ști de unde am venit și încotro ne îndreptăm.

Procesul de globalizare, apartenența noastră la comunitatea europeană, nu ar trebui să excludă propria identitate și propriile valori. Europa comunitară nu poate fi decât o unitate în diversitate. Țările membre ale acestei comunități nu s-au format, nu au evoluat împreună, nu au aceeași istorie, aceeași limbă și aceeași civilizație. Modelul politic și economic european care ar veni probabil să-l

<sup>14</sup> M. Eminescu, *Școalele noastre sunt rele...*, în *Timpul*, 13 august 1882.

contrabalanseze pe cel american nu pornește de la aceleași premise, chiar dacă, probabil, se urmărește același rezultat.

Fiecare țară din această comunitate trebuie să aibă propriile repere, iar în ceea ce ne privește, nu avem nevoie de modele și valori străine ca să înțelegem că am avut și avem valorile noastre cu care ne putem mândri.

Trist este faptul că am pierdut măsura cu care putem să ne apreciem valorile. Cum să punem accentul pe educație, cum să învățăm să ne apreciem și să ne respectăm dascălii dacă în filmele americane pentru adolescenți mesajul este următorul: elevii care învață sunt catalogați „ciudați” și sunt marginalizați, în timp ce elevii bogați sau cei care reușesc să se impună sunt considerați „populari”. Modelul de succes nu este al celui care învață, ci al celui care este bogat sau al celui care, indiferent cum, reușește să se descurce. Și atunci care este soarta celui care educă și care este rolul său în societate? Rămâne același individ modest, prost plătit într-un stat care nu are buget pentru învățământ și într-o societate care nu pune accentul pe educație? Este o întrebare la care nu știu *dacă* și *cum* vom găsi răspuns.

Singurul răspuns care ar putea fi oferit ar fi acela că, în general, în legislație este nevoie de stabilitate și de adaptabilitate la realitățile interne. Copierea unor modele străine nu reprezintă cheia unei societăți care dorește să se dezvolte.

***De ce niciodată nu am fost și nu suntem în stare să ne protejăm patrimoniul spiritual cu care ar trebui să ne mândrim?***

Răspunsul pornește tot de la accentul pe care îl punem pe cultură, pe educație, pe capacitatea noastră de a ne aprecia valorile. Există un exemplu pe care îl consider edificator. În anul 1998, în ziarul România Liberă, poeta Ana Blandiana publica un articol intitulat sugestiv „Prin ochii celorlalți”. În acest articol descria o excursie de la București la Târgu-Mureș și apoi la Oradea „într-un autobuz plin de scriitori români și englezi, cărora Consiliul Britanic le-a oferit posibilitatea de a se cunoaște, de a se împrieteni și de a încerca să arunce o privire comună asupra lumii prin care trec”. Și ajunși la un muzeu, notează Ana Blandiana mai departe, s-au oprit în fața unei inscripții romane din marmură pe care erau scrise cuvintele medicului trac citat de Platon: „*Zamolxis, regele nostru este și zeu...*”. Li se spune oaspeților englezi că este vorba de unul dintre strămoșii noștri și sunt în mod vădit impresionați de înalta referință... „Dacă Platon ar fi scris despre scoțieni, glumește un coleg din Edinburgh, noi ne-am pune fraza pe drapel”. Și adaugă Ana Blandiana: „Zâmbesc flatată confuz, gândindu-mă că noi nu o punem nici în manuale și continui să privesc cu emoție cum ne vedem în ochii celorlalți”.

Încerc să-mi imaginez ce reacție ar avea fiecare dintre noi citind acest articol. Probabil mirare în cazul unora, revoltă în cazul altora și indiferență în cazul multora dintre noi. Mentalitatea particularizează popoarele, religia și cultura acestora, gradul lor de dezvoltare și felul în care știu să prețuiască tot ceea ce au realizat. Mentalitatea face deosebirea dintre societatea de ieri și cea de astăzi. De la mentalitate cred că pornește totul.

După destrămarea Imperiului Roman, după separarea bisericii creștine, s-au creat două lumi: cea Occidentală, guvernată spiritual de Papa de la Roma, și cea Răsăriteană, legată multă vreme de Patriarhul Bizanțului. Apusul papal a avut nevoie de catedrale monumentale cu cupole înalte pentru ca spiritul să urce către Dumnezeu. Răsăritul bizantin a construit biserici în formă de pătrat sau de navă cu cupole în formă de semicerc pentru ca Sfântul Duh să coboare pe pământ. Cu alte cuvinte, catolicii, mai ambițioși, și-au dorit să urce către cer, în timp ce ortodocșii, mai smeriți, au așteptat ca Divinitatea să-și îndrepte atenția, grija, bunăvoința, harul său către pământ.

Între Apus și Răsărit, românii și-au clădit bisericile lor din lemn, din piatră sau cărămidă, care, chiar dacă nu au grandoarea unei catedrale, au sigur intimitatea locului care așteaptă întâlnirea cu Dumnezeu.

Cruciații din Apus, într-o permanentă luptă cu ereticii și cu musulmanii, au pornit în căutarea Sfântului Graal, dar și în căutarea comorilor din răsărit. Cei aflați la răsărit a trebuit, mai ales după cucerirea Constantinopolului, să ducă o permanentă luptă cu Imperiul Otoman. Într-o astfel de luptă ne-am aflat și noi pentru a păstra neocupate pământurile noastre.

Multe dintre popoarele migratoare așezate fie în apus, fie la răsărit, s-au dezvoltat, au devenit mari puteri, pentru că, nativ, au avut ambiția și forța cuceritorilor. Noi am fost un popor statornic, ale cărui războaie au fost de apărare, și nu de cucerire. În repetate rânduri am obținut independența și suveranitatea plătind „dări”. Dar poate că fi trebuit să avem mentalitatea cuceritorilor, și nu pe cea a cuceriiților. Ne-am mândrit mereu cu originea noastră romană. Dar nu am pus problema că această origine este cea a cuceritorilor noștri. Nu ne-am întrebat cum ne-am fi dezvoltat dacă nu am fi fost cuceriiți.

Înainte de a fi cuceriiți, dacii au fost organizați politic într-un stat unitar. După cucerire, o parte din teritoriul Daciei a devenit provincie romană. După retragerea aureliană am rămas în aceeași matcă, numai că această matcă nu avea granițe politice. Drumul către o formațiune statală a fost lung, iar cel spre unitate teritorială a fost și mai lung.

În tot acest timp, singura formă de organizare administrativă a fost obștea sătească. Obștea a creat obiceiurile noastre juridice sau nejuridice, obștea a creat o parte însemnată din tezaurul nostru cultural, dar nu a înființat școli.

Școlile au apărut mai târziu pe lângă curțile domnești. Școli au existat și înainte de cucerire, la curtea regilor daci. Așa cum arătam în paginile anterioare, constatăm că și înainte de cucerirea Daciei și după întemeierea statelor medievale românești un rol important în educație l-au avut sacerdoții și, mai târziu, reprezentanții bisericii. În vremea dacilor, accesul către educație era permis unui grup restrâns, se pare că dintr-o motivație religioasă. La școală veneau doar inițiații, iar transmiterea cunoștințelor era făcută oral. La școlile medievale românești venea tot un număr restrâns de cursanți. Nu știm dacă motivația era aceeași. Dar până să intuim rolul educației în dezvoltarea unei țări a mai trecut ceva timp. Și, în acest timp, cei din Apus construiseră deja universități la care au învățat, mai ales în perioada modernă, și români de-ai noștri.

Ne întrebăm de ce această diferență? Din lipsă de creativitate? Nu, românii sunt creativi, dar tot mentalitatea și lipsa de ambiție ne separă de toți cei pe care am încercat să-i copiem. Întorși de la școlile din Occident, am încercat să aducem în țară tot ce am învățat acolo. În paralel, am dezvoltat un complex de inferioritate care s-a amplificat în zilele noastre. Și în acest fel am căpătat tendința de a critica tot ceea ce ne aparține și de a ignora propriile valori. Din ignoranță derivă și indiferența cu care azi lăsăm să moară ușor-ușor tot ce am realizat până acum. De aceea, nu introducem în manuale texte care ne-ar putea determina să fim mândri de noi. De aceea, fugim de istorie și de lecțiile de viață pe care aceasta ni le poate oferi. De aceea, nu ne cunoaștem suficient și nu învățăm niciodată din greșelile trecutului.

Pe de altă parte, multora nu le place istoria pentru că o consideră o înșiruire de date și evenimente. Dar datele ne ajută să ne plasăm în timp, iar evenimentele ne ajută să știm ce am făcut. Fără trecut, am fi ca niște copiii orfani care trăiesc toată viața cu durerea în suflet că nu și-au cunoscut părinții sau ca niște amnezici care se simt dezorientați pentru că nu mai știu nimic din ce făcuseră înainte, pentru că nu-și mai recunosc ființele dragi și prietenii.

Istoria noastră trebuie să rămână istorie, nealterată și nemodificată, iar noi, chiar dacă nu putem cunoaște totul, măcar marile evenimente, marile personalități, deschizătorii de drumuri, transformările prin care am trecut, ar fi de dorit și ar fi util să le cunoaștem.

În cartea de istorie găsim și cartea sufletului nostru. Aflăm calitățile și defectele noastre, ce trăsături caracteristice am păstrat de la strămoșii noștri și ce am împrumutat pe parcurs de la alții.

Sunt texte care ne arată cum erau strămoșii noștri daci, de la care ar fi trebuit întotdeauna să ne scriem istoria, pentru că acolo citim reale pagini care ar putea fi sursa mândriei noastre, și nu a spiritului de inferioritate. Sunt alte texte din care aflăm cum era românul de altă dată în comparație cu cel de acum.

În privința dacilor, un exemplu cunoscut ni-l oferă textul lui Herodot, care amintește despre o expediție a lui Darius, regele perșilor, contra sciților, în jurul anului 514 î. Chr. Din relatările lui Herodot, geții sunt înfățișați ca un popor de oameni drepți și viteji.

Aceleași trăsături, definitorii pentru strămoșii noștri, le descoperim și din relatările ulterioare ale istoricilor greci și romani. Semnificativă este, în acest sens, istoria luptelor dintre Lisimach, succesorul lui Alexandru Macedon, și regele get Dromichaites. În prima etapă, expediția la nord de Dunăre este condusă de Agatocle, fiul lui Lisimach, care este prins și luat prizonier. Ulterior, în speranța că Lisimach, impresionat, va ceda teritoriile ocupate, geții îl eliberează și îl trimit încărcat de daruri la tatăl său. Are loc, însă, a doua expediție condusă de Lisimach. Folosind o strategie, întâlnită mai târziu la români, geții se vor retrage din fața armatei macedonene, pustiind totul în calea lor. Slăbiți din cauza foamei, macedonenii vor fi învinși, capturați și duși la Helis, cetatea de scaun a lui Dromichaites. Este cerută pedeapsa pentru regele Lisimach, dar Dromichaites reușește să-și convingă poporul că este mult mai bine să-l țină în viață pe regele macedonean. În plus, organizează o masă, unde Lisimach și sfetnicii săi sunt serviți cu fastul cunoscut la curțile elenistice, în timp ce fruntașilor geți le erau aduse mâncăruri sărăcăcioase în vase simple. Diferența, destul de elocventă dintre două lumi, cu două moduri de viață diferite, evidențiază aceleași trăsături caracteristice ale poporului get, remarcate de către Herodot, și anume vitejia și spiritul de dreptate. În plus, Dromichaites era nu numai un bun comandant de oaste, ci și un politician diplomat care reușea să se facă ascultat de către neamul său. Mai târziu Burebista, Decebal se vor remarca prin aceleași calități.

De la Platon, despre care am amintit ceva mai devreme, aflăm că traco-dacii erau medici pricepuți. Iată textul la care făcea referire și Ana Blandiana: „Medicii traci sunt superiori medicilor noștri greci, căci ei înainte de a vindeca trupul, caută să îngrijească sufletul... Tot așa stau lucrurile, Carmide, și cu acest descântec. Eu l-am învățat acolo în oaste, de la un medic trac, unul din ucenicii lui Zamolxe, despre care se zice că îi face pe oameni nemuritori. Spunea tracul acesta că medicii greci aveau dreptate să cuvânteze așa cum v-am arătat adineauri. Dar Zamolxis, adaugă el, regele nostru, care este un zeu, ne spune că, după cum nu trebuie să căutăm a îngriji ochii fără a ține seama de cap, nici capul nu poate fi îngrijit neținându-se seama de corp. Tot astfel trebuie să dăm îngrijire trupului dimpreună cu sufletul. Iată de ce, medicii greci nu se pricep la cele mai multe boli: pentru că ei nu cunosc întregul pe care îl au de îngrijit. Dacă întregul e bolnav, partea nu poate fi sănătoasă. Căci, ziceau ei, toate lucrurile bune și rele – pentru corp și pentru om în întregul său – vin de la suflet și de acolo curg ca de la cap la ochi, prietene, zicea el, sufletul se vindecă cu descântece. Aceste descântece sunt vorbele frumoase care fac să se nască în suflete înțelepciunea”.

Cetățile dacice și zona sacră de la Sarmisegetusa atestă cunoștințele matematice și de astronomie ale strămoșilor noștri și faptul că dacii erau un popor în plină ascensiune.

Ce am păstrat de la geto-daci? Probabil vitejia în momente cruciale. În ceea ce privește spiritul de dreptate, dacă l-am fi moștenit, nu ne-am mai confrunța cu atâta corupție în societatea românească actuală. După atâtea secole de transformări și de influențe este greu să-ți păstrezi nealterat felul de a fi. Se observă deosebiri de la o generație la alta, dar după aproximativ două milenii! În general, omul este o ființă coruptibilă. De aceea, dacă vorbim despre moștenirea genetică a unui popor, probabil că defectele se transmit mai ușor decât calitățile. Românul de astăzi nu se mai aseamănă nici măcar cu cel de acum un secol. Cum ar putea să se mai asemene cu strămoșul său geto-dac de acum două mii de ani?

Dar cum era românul nostru de odinioară, cel care, după retragerea aureliană, trăia organizat în obști, unele menținute până în perioada regimului comunist.

În primul rând obștea reprezenta un nucleu care își crease propriile legi. Nu era necesară forța coercitivă pentru respectarea lor. Exista respectul, buna-credință și rușinea față de ceilalți. Fiecare își cunoștea locul în comunitate, fiecare știa ce are de făcut. Funcționau, de asemenea, principiul egalității și al solidarității între membrii obștii. Erau solidari la necaz, în momentele de cumpănă, dar și la bucurie. La evenimentele fericite, nuntă, botez, participa întreaga comunitate.

Transpusă juridic, solidaritatea a funcționat, mai ales după formarea statelor feudale, în cazul în care unul dintre membrii obștii nu și-a achitat birul sau dacă a săvârșit o infracțiune.

Regulile obștii erau și de natură juridică, dar vizau și aspecte ale vieții cotidiene. De exemplu, erau norme care reglementau munca în comun: împărțirea terenurilor pe loturi, împărțirea loturilor pe familii care le munceau de la un an la altul, rotația câmpurilor de cultură, timpul de muncă, împărțirea producției.

Legătura profundă pe care românul a avut-o cu pământul său a determinat o reglementare amănunțită a instituției proprietății. Aceasta era împărțită, ca și la strămoșii geto-daci, în proprietate comună sau devălmașă și proprietate individuală.

Dreptul de proprietate devălmașă se exercita asupra pădurilor, pășunilor sau apelor, în timp ce dreptul de stăpânire personală revenea fiecărui membru al obștii pe anumite porțiuni de teren desprinse, cu aprobarea tuturor, din stăpânirea devălmașă.

Aș vrea să mă opresc doar asupra modului în care era reglementată stăpânirea comună sau individuală asupra pădurilor.

Dreptul de folosință devălmașă consta în posibilitatea de a vâna animale sălbatice, a tăia lemne pentru casă, a introduce vite pentru pășunat sau porci pentru jir, a cosi fân, a tăia frunze pentru oi și capre, a culege fructe de pădure și plante de leac.

Cu aprobarea membrilor obștii puteau fi scoase porțiuni de pădure din folosința comună. Aceste porțiuni purtau numele de „braniști”, iar în Legea țării sau dreptul cutumiar românesc s-a constituit un ansamblu de norme care reglementa regimul acestora, numit „Legea braniștii”. În virtutea acesteia, stăpânul folosea braniștea în exclusivitate și o apăra de străini. Orice încălcare a acestui drept era pedepsit<sup>15</sup>.

Cu alte cuvinte, fie că era vorba de proprietatea devălmașă, fie că era vorba de stăpânirea personală, exista un set de reguli care stabilea în mod amănunțit modul în care proprietarul sau proprietarii puteau să se folosească de păduri. Străinilor nu le era permis să se folosească de pădure și orice încălcare atrăgea sancțiuni. Românul știa la acea vreme cum să ocrotească codrul pe care-l considera „frate”. Astăzi, în goana exacerbată după venituri, românul a uitat de frăția de odinioară și taie fără limite aurul nostru verde, transformând pădurea în deșert. Și mai are și puterea de a se mira de schimbările de climă, de alunecările de teren, de poluare și de bolile necruțătoare. Dacă s-ar uita un pic în urmă ar putea să-și aducă aminte cum trebuie și de ce trebuie ocrotită natura.

Am dorit să mă opresc asupra acestui aspect evidențind, totodată, anumite trăsături de caracter ale noastre, pe care unii dintre noi le-au pierdut. Solidaritatea, respectul față de semenii, dar și față de mediul înconjurător, crearea și aprecierea valorilor autentice, spiritul de dreptate, curajul ar trebui conservate. În caz contrar, vom deveni o societate stearpă care și-a pierdut spiritul, pentru că a uitat de unde a plecat, iar viitorul unei astfel de societăți devine incert.

O mentalitate înrădăcinată greșit se poate schimba prin educație, iar istoria unui popor este una dintre pietrele de temelie ale acestei educații. De aceea, nu putem și nu avem voie să uităm sau să ne ignorăm trecutul!

---

<sup>15</sup> E. Cernea, E. Molcuț, *Istoria statului și dreptului românesc*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, pp. 129-133.

---

# C.J.U.E. CAUZA FLORESCU ȘI ALȚII

## PRINCIPIILE, OBIECTIVELE ȘI MISIUNILE TRATATELOR

### MEMORANDUM PRIVIND CRIZA ECONOMICĂ

*Drd. Lavinia DEFTA*  
*Facultatea de Drept*  
*Universitatea din Craiova*

#### Summary

The European Court of Justice is asked to state if the Memorandum of Agreement signed by the European Commission and Romania and to verify the relation between the European Union law and a legislation aiming to ensure the compliance with the objectives established by the Memorandum.

**Keywords:** Financial agreement, financial crisis, cumulus of pension and salary.

În cauza *Florescu și alții*, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (de aici înainte Curtea) a fost chemată de către Curtea de Apel Alba Iulia să răspundă dacă Memorandumul de înțelegere din 23 iunie 2009, încheiat între Comunitatea Europeană și România, poate fi considerat un act, decizie, comunicare etc. cu valoare juridică în sensul stabilit de Curtea de Justiție (Hotărârea din 3 februarie 1976, [59/75], Flavia Manghera, și Hotărârea din 20 martie 1997, C-[57/95], Franța/Comisia) și poate fi supus interpretării Curții de Justiție a Uniunii Europene?

În partea I a acestei lucrări vom rezuma pe scurt situația de fapt, iar în partea a II-a vom analiza Concluziile Avocatului General, pentru ca, în final, să creionăm felul în care Curtea va putea răspunde celor două întrebări, precum și impactul pe care îl va avea decizia acesteia (partea a III-a), cu scopul de a valorifica potențialul acestei hotărâri cu privire la protecția drepturilor omului (în cazul de față dreptul la muncă și dreptul la pensie) în contextul crizei economice.

#### Starea de fapt

În fapt, reclamantii au dobândit pensia de serviciu pentru limită de vârstă și vechime de peste 34 de ani în magistratură în 2009. Începând cu anul 1994,

---

<sup>1</sup> C.J.U.E., cauza C-258/14.



reclamanții au debutat în activitatea didactică universitară, activitate compatibilă cu profesia de magistrat, prin ocuparea postului ca urmare a promovării unui concurs organizat de Facultatea de Drept a Universității „Lucian Blaga” din Sibiu<sup>2</sup>.

Cadrul normativ de la momentul dobândirii dreptului la pensie a fost Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor. Astfel, pensia reclamanților a fost stabilită pe baza contribuției la asigurările sociale și a îndeplinirii condițiilor de vechime în magistratură, precum și condițiilor legate de vârsta legală de pensionare.

Ca urmare a apariției crizei economice și a propagării efectelor sale la nivel național și european, guvernul român a încheiat cu Comunitatea Europeană un Memorandum de înțelegere<sup>3</sup> și un Acord de împrumut de până la 5.000.000.000 euro în care România avea calitatea de Împrumutat și Comunitatea Europeană calitatea de Împrumutător<sup>4</sup>.

Statul român a ales să transpună Memorandumul de mai sus în ordinea juridică națională prin O.U.G. nr. 82 din 30 iunie 2009<sup>5</sup>, urmată de Legea de aprobare 164 din 25 noiembrie 2009 și Legea nr. 329 din 7 noiembrie 2009 privind reorganizarea unor autorități și instituții publice, raționalizarea cheltuielilor publice, susținerea mediului de afaceri și respectarea acordurilor cadru cu Comisia Europeană și Fondul Monetar Internațional (în prezent abrogată)<sup>6</sup>.

Articolul 2 din Legea 329/2009 (de aici înainte Legea) dispunea că: „*Măsurile instituite de prezenta lege au caracter excepțional și urmăresc reducerea efectelor crizei economice și îndeplinirea obligațiilor ce rezultă din Memorandumul de înțelegere dintre România și Comunitatea Europeană (...) și din Acordul stand-by încheiat între România și Fondul Monetar Internațional*”.

Mai precis, raportat la cauza noastră, Capitolul IV al Legii se referea expres la cummul dintre pensie și salariu, în scopul reducerii cheltuielilor bugetare, iar aceste dispoziții au fost interpretate de către Ministerul Muncii, Familiei și Protecției sociale.

Concret, Legea interzicea cummul pensiei cu veniturile din salarii, cu respectarea a două condiții cumulative: *beneficiarul pensiei era angajat în sectorul public și quantumul pensiei nete cuvenite sau încasate era mai mare decât salariul mediu brut pe țară utilizat cu ocazia fundamentării bugetului asigurărilor sociale de stat*.

<sup>2</sup> Observațiile reclamanților referitor la cauza C-258/14 Florescu ș.a. par. 5.

<sup>3</sup> Disponibil la adresa de internet [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/publication15409\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication15409_en.pdf), consultat ultima dată la 22 ianuarie 2017.

<sup>4</sup> Semnate la Luxemburg la 23 iunie 2009 și la București la 18 iunie 2009.

<sup>5</sup> Publicată în M. Of. nr. 455 din 1 iulie 2009.

<sup>6</sup> Publicată în M. Of. nr. 761 din 9 Noiembrie 2009, abrogată prin Legea 134/2014, publicată în M. Of. nr. 753 din 16 octombrie 2014.

Astfel, legea impunea persoanei aflate în acest caz să opteze între a-și menține dreptul la pensie, dar a renunța la locul de muncă, și a-și menține locul de muncă suspendând plata pensiei. Legea prevedea și un termen în care trebuia manifestată opțiunea: 15 zile lucrătoare de la intrarea în vigoare a legii sau de la survenirea situației ce a generat cumulul, sub sancțiunea încetării de drept a activității salariate sau a raporturilor de serviciu.

Reclamantii au fost nevoiți să își exprime opțiunea, alegând continuarea raporturilor de muncă și suspendarea dreptului la pensie și intentând o cerere de chemare în judecată, solicitând: înlăturarea Legii de la aplicare, invocând neconformitatea cu dreptul Uniunii Europene, anularea deciziilor de suspendare a plății pensiilor și plata efectivă a pensiei. La nivelul instanțelor naționale, pretențiile reclamantilor au fost respinse atât la fond, cât și în calea de atac. Acest lucru a generat introducerea unei cereri de revizuire, cerere ce se află pe rolul instanței naționale și care a determinat formularea întrebărilor preliminare.

Întrebările la care Curtea a fost chemată să răspundă sunt:

1) *[Memorandumul de înțelegere] poate fi considerat un act, decizie, comunicare etc. cu valoare juridică în sensul stabilit de Curtea de Justiție [Hotărârea din 3 februarie 1976, Manghera și alții (59/75, EU:C:1976:14), și Hotărârea din 20 martie 1997, Franța/Comisia (C-57/95, EU:C:1997:164)], și poate fi supus interpretării Curții?*

2) *În caz afirmativ, [memorandumul de înțelegere] trebuie interpretat în sensul că, în vederea reducerii efectelor crizei economice prin reducerea cheltuielilor de personal, Comisia Europeană poate în mod valabil să impună adoptarea unei legi naționale prin care să fie retras dreptul unei persoane de a încasa pensia contributivă de peste 30 de ani, stabilită legal și încasată anterior legii, pentru motivul că această persoană primește salariu pentru o activitate prestată în baza contractului de muncă, diferită de cea din care a fost pensionat?*

3) *[Memorandumul de înțelegere] trebuie interpretat în sensul că, în vederea reducerii crizei economice, Comisia Europeană poate în mod valabil să impună adoptarea unei legi naționale prin care să fie retras în totalitate și sine die dreptul unei persoane de a încasa pensia contributivă de peste 30 de ani, stabilită legal și încasată anterior legii, pentru motivul că această persoană primește salariu pentru o activitate prestată în baza contractului de muncă, diferită de cea din care a fost pensionat?*

4) *Memorandumul în întregum și cu precădere pct. 5 lit. d) din memorandum, care se referă la reorganizarea și eficientizarea administrației publice, trebuie interpretate în sensul că, în vederea reducerii crizei economice, Comisia Europeană a impus în mod valabil adoptarea unei legi naționale care instituie interdicția cumulului pensiei cu salariul în privința funcționarilor pensionați din instituțiile publice?*

5) Art. 17, art. 20, art. 21 și art. 47 din Cartă, art. 6 TUE, art. 110 TFUE, principiul securității juridice tras din dreptul comunitar și jurisprudența Curții pot fi interpretate ca opunându-se unei reglementări precum art. 21 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, care pre[vede], în ipoteza încălcării principiului priorității dreptului Uniunii Europene, posibilitatea revizuirii hotărârilor judecătorești interne pronunțate exclusiv în materia contenciosului administrativ și nu permit[e] posibilitatea revizuirii hotărârilor judecătorești interne pronunțate în alte materii (civil, penal, comercial etc.) în ipoteza încălcării aceluiași principiu al priorității dreptului Uniunii Europene prin aceste din urmă hotărâri?

6) Art. 6 TUE, în versiunea consolidată din 2010, se opune unei legislații a unui stat membru care condiționează plata pensiei magistraților de carieră, stabilită pe baza contribuției acestora timp de peste 30 de ani vechime în magistratură, de încetarea contractului de muncă al acestora în învățământul superior juridic?

7) Art. 6 TUE, în versiunea consolidată din 2010, art. 17 alin. (1) din Cartă și jurisprudența Curții se opun unei legislații care expropriează dreptul de proprietate asupra pensiei, deși a fost stabilit în baza contribuției de peste 30 de ani, iar separat, pentru activitatea universitară, magistrații au contribuit și contribuie la fondul de pensii?

8) Art. 6 TUE, în versiunea consolidată din 2010, precum și dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. b) din Directiva 2000/78, privind egalitatea de tratament între persoane, fără deosebire de rasă sau origine etnică și jurisprudența Curții se opun unei hotărâri date de Curtea Constituțională a unui stat membru, care, în controlul de constituționalitate a legii, stabilește că dreptul la cumulul pensiei cu salariul aparține doar persoanelor cu mandat, înlăturând astfel de la acest drept pe magistrații de carieră, cărora le este interzisă încasarea pensiei stabilite în baza contribuției personale timp de peste 30 de ani, pe motiv că au păstrat funcția didactică în învățământul superior juridic?

9) Art. 6 TUE, în versiunea consolidată din 2010, și jurisprudența Curții se opun unei legislații care condiționează sine die plata pensiei magistraților stabilit[e] în baza contribuției de peste 30 de ani de încetarea activității universitare?

10) Art. 6 TUE, în versiunea consolidată din 2010, și jurisprudența Curții se opun unei legislații care distruge justul echilibru ce trebuie păstrat între protecția proprietății indivizilor și cerințele interesului general, obligând doar o anumită categorie de persoane să suporte pierderea pensiei de magistrat sub cuvânt că „prestează activitate universitară”?

Data fiind apariția hotărârii Curții în cauza Târșia<sup>7</sup>, considerăm că nu mai este de actualitate să ne referim la întrebările legate de calea de atac a revizuirii. Curtea a statuat cu această ocazie că „dreptul Uniunii (...) nu trebuie interpretat

<sup>7</sup> C.J.U.E, hotărârea din 6 octombrie 2015 din cauza C-69/14.

în sensul că nu se opune, în împrejurări precum cele din litigiul principal, ca o instanță națională să nu aibă posibilitatea de a revizui o hotărâre judecătorească definitivă pronunțată în cadrul unei acțiuni de natură civilă, în cazul în care această hotărâre se dovedește a fi incompatibilă cu dreptul Uniunii reținută de Curtea de Justiție a Uniunii Europene ulterior datei la care hotărârea menționată a rămas definitivă, chiar dacă o astfel de posibilitate există în ceea ce privește hotărârile judecătorești definitive incompatibile cu dreptul Uniunii pronunțate în cadrul unor acțiuni de natură administrativă”<sup>8</sup>.

Din natura întrebărilor preliminare trimise observăm complexitatea problemelor de drept la care trebuie să răspundă Curtea de la Luxemburg: lăsând deoparte întrebarea la care s-a răspuns în cauza Târșia, putem împărți celelalte întrebări în funcție de problematica pe care o ridică.

În cele ce urmează, vom analiza întrebările, încercând să anticipăm ce va soluționa Curtea cu privire la întrebările preliminare, raportându-ne la susținerile părților și la analiza Avocatului General Bot.

În primul rând, *este Curtea competentă să se pronunțe cu privire la interpretarea Memorandumului de înțelegere?*

Pentru a răspunde acestei întrebări trebuie, mai întâi, să stabilim care este valoarea juridică a acestui Memorandum.

Memorandumul de înțelegere este un act al Uniunii Europene, dat fiind faptul că este un act adoptat de instituții. Art. 143 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (de aici înainte TFUE) atribuie Uniunii Europene competența de a asigura angajamente față de un stat membru. Acest articol a instituit un mecanism de ajutor reciproc, mecanism ce a fost dezvoltat de Regulamentul 332/2002. Art. 1 al Regulamentului dispune că autorizează Comisia să contracteze împrumuturi pe piețele de capital sau la instituții financiare pentru punerea în aplicare a mecanismului de asistență financiară pe termen mediu ce permite acordarea de împrumuturi unuia sau mai multor state membre care se află în dificultate ori se confruntă cu un risc major în ceea ce privește balanța de plăți curente sau mișcările de capital.

Din interpretarea acestui Regulament, rezultă că, dacă un stat membru are dificultăți sau cu privirea la care există pericolul de apariție a unor dificultăți grave pentru balanța de plăți, organul ce poate recomanda asistența este Comisia Europeană, recomandarea fiind supusă aprobării Consiliului prin decizie. Ulterior deciziei luate de Consiliu, Comisia este autorizată să contracteze în numele Comunității Europene pe piețele de capital sau de la instituții financiare. Cu această ocazie, Comisia și statul membru încheie un contract de înțelegere care prevede condițiile stabilite de Consiliu, în baza atribuțiilor conferite de Regulament.

---

<sup>8</sup> C.J.U.E, hotărârea din 6 octombrie 2015 din cauza C-69/14, par. 28-29 și par. 39.

Raportat la situația României, se disting două momente-cheie: acela al acordării asistenței financiare și acela al acordării unui împrumut financiar de până la 5 miliarde de euro.

Obiectivul memorandumul este asumarea de către statul membru a unor obiective de ordin economic în vederea obținerii unui sprijin financiar.

Raportat la posibilitatea acestui Memorandum de a impune adoptarea unei legislații naționale de natura celei prezente în litigiul principal - interzicerea cumulului salariu-pensie, trebuie menționat că art. 3 din Memorandum impunea limite ce trebuie respectate de statul român pentru obținerea tranșelor de împrumut: renunțarea la creșterile salariale din domeniul public, reducerea suplimentară a cheltuielilor cu bunurile și serviciile<sup>9</sup>, încoronate de aplicarea satisfăcătoare a programului economic de guvernare<sup>10</sup>. Obiectivele generale ale Memorandumului au fost stabilite cu privire la consolidare fiscală, guvernanta fiscală, politică monetară și a sectorului financiar, precum și la o reformă structurală ce se răsfârge asupra mai multor paliere. Enumerarea ce se referă la modul în care balanța bugetară poate fi reglată are caracter exemplificativ, nefiind exhaustivă. Astfel, este evident că nu este stabilit în sarcina statului român să reformeze sistemul în sensul interzicerii cumulului pensie-salariu.

Cu privire la întrebarea dacă Memorandumul poate impune statului să adopte o legislație precum cea care elimină posibilitatea cumulului pensiei cu salariul, considerăm că trebuie subliniate câteva aspecte. Așa cum am menționat mai sus, acordarea tranșelor de împrumut a fost condiționată de respectarea anumitor obiective fixate prin Memorandum. Reformarea sistemului de pensii s-a regăsit, grație importanței pe care o ocupă în construirea sistemului social al statului și raportat la proporția din bugetul de stat pe care o absoarbe, printre dezideratele Memorandumului. Acesta din urmă doar generează direcții și principii diriguitoare, fără a menționa în mod expres interzicerea cumulului dintre pensie și salariu și fără a impune statului semnatar să aleagă una dintre punctele de reformă enumerate cu titlu exemplificativ.

Observațiile depuse de Ministerul Afacerilor Externe în prezenta cauză subliniază acest aspect, considerând că măsura interzicerii cumulului dintre pensie și salariu cade în *marja de apreciere a statului* cu privire la mijloacele pe care le va utiliza, raportat la atingerea obiectivelor impuse de Memorandum<sup>11</sup>.

Avocatul General Bot consideră că se impune ca întrebările șase, șapte, nouă și zece să fie tratate împreună. Prin acestea, instanța națională dorește să se

<sup>9</sup> Art. 3 din Memorandumul de înțelegere între Comunitatea Europeană și România din 23 iunie 2009, în vigoare din 1 iulie 2009.

<sup>10</sup> Art. 4 din Memorandumul de înțelegere între Comunitatea Europeană și România din 23 iunie 2009, în vigoare din 1 iulie 2009.

<sup>11</sup> Observațiile Ministerului Afacerilor Externe, cauza *Florescu*, par. 52.

stabilească dacă art. 6 al Tratatului privind Uniunea Europeană și art. 17, art. 20 și art. 21 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene trebuie interpretate în sensul că se opun unei legislații naționale precum cea pusă în discuție în cadrul litigiului principal: interzicerea cumulului pensiei nete din sectorul public cu veniturile realizate din activități exercitate în cadrul instituțiilor publice dacă nivelul acestora depășește nivelul salariului mediu brut pe economie utilizat la fundamentarea bugetului asigurărilor sociale de stat.

Pentru a răspunde la aceste întrebări, se impune sublinierea faptului că cerințele ce rezultă din protecția drepturilor și libertăților fundamentale sunt obligatorii pentru statele membre în cazul în care este necesară punerea în aplicare a dreptului Uniunii, numai în condițiile în care nu încalcă cerințele respectivului act<sup>12</sup>.

În cazul de față, Concluziile Avocatului General<sup>13</sup> subliniază că legislația adoptată pentru a complini obiectivele de redresare economică marcate de Memorandumul de înțelegere poate face obiectul unei analize raportat la prevederile Cartei, dat fiind faptul că rolul acelei legislații constă în punerea în aplicare a prevederilor unui act ce face parte din dreptul Unional.

Avocatul General concluzionează că, deși Memorandumul lasă o marjă de apreciere statului pentru a decide cu privire la măsurile ce au eficiență maximă raportat la situația națională, aceasta nu are o înrâurire asupra competenței Curții de a verifica respectarea Cartei. Obiectivele fixate în cadrul Deciziei nr. 2009/459 și în Memorandum sunt suficient de explicite pentru a constitui o reglementare specifică a dreptului Uniunii<sup>14</sup> în domeniul supravegherii financiare, fiind parte declarată din programul întreprins în vederea contracarării efectelor crizei economice.

Avocatul General alege să se refere doar la art. 17 din Cartă, dat fiind faptul că, în redactarea întrebărilor preliminare, instanța de trimitere doar enumeră art. 20 și art. 21, fără a specifica, de fapt, care sunt motivele pentru care alege să le invoce<sup>15</sup>. Astfel, cu privire la art. 17 din Cartă, este necesară interpretarea sa coroborat cu art. 1 al Protocolului 1 la Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Curtea Europeană a drepturilor Omului a statuat în jurisprudența sa că „acest articol nu creează un drept de a dobândi bunuri” și „nu impune nicio restricție libertății statelor contractante de a decide cu privire la instituirea unui regim de protecție

---

<sup>12</sup> C.J.U.E., hotărârea din 11 octombrie 2007, *Möllendorf și Möllendorf-Niehuus*, C-117/06, EU:C:2007:596, pct. 78; C.J.U.E., ordonanța din 7 martie 2013, *Sindicato dos Bancários do Norte și alții* (C-128/12, nepublicată, EU:C:2013:149, pct. 10); C.J.U.E., hotărârea din 10 iulie 2003, *Booker Aquaculture și Hydro Seafood*, C-20/00 și C-64/00, Rec., p. I-7411, pct. 88.

<sup>13</sup> Concluziile Avocatului General Bot în cauza *Florescu c. României*, par. 63, disponibile online la <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186508&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=79111>, consultat la 28 ianuarie 2017.

<sup>14</sup> *Idem*, par. 69.

<sup>15</sup> Concluziile Avocatului General Bot în cauza *Florescu c. României*, par. 72.

socială sau de a alege tipul ori nivelul prestațiilor care trebuie acordate în temeiul unui astfel de regim. În schimb, în cazul în care un stat contractant adoptă o legislație care prevede plata automată a unei prestații sociale, indiferent dacă de acordarea acestei prestații depinde sau nu depinde de plata prealabilă a unei contribuții, trebuie să se considere că această legislație dă naștere pentru persoanele care îndeplinesc condițiile prevăzute de aceasta unui interes patrimonial care intră în câmpul de aplicare a art. 1 din Protocolul 1<sup>16</sup>.

Tot din jurisprudența constantă a Curții Europene a Drepturilor Omului știm că dreptul la pensie nu este garantat ca atare de Convenție, iar art. 1 nu poate fi interpretat în sensul că dă dreptul la o pensie<sup>17</sup>.

Art. 1 al Protocolului 1 dispune: *„Orice persoană fizică sau juridică are dreptul la respectarea bunurilor sale. Nimeni nu poate fi lipsit de proprietatea sa decât pentru cauză de utilitate publică și în condițiile prevăzute de lege și de principiile generale ale dreptului internațional”*.

Din interpretarea acestui articol rezultă că dreptul de proprietate poate fi violat fie prin eliminarea acestui drept, fie prin limitarea acestuia. Posibilitatea restrângerii unor drepturi sau libertăți poate fi impusă numai în condițiile expres prevăzute de art. 52 alin. (1) din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, anume: trebuie să fie prevăzută de lege și să respecte substanța acestor drepturi și libertăți. În virtutea respectării principiului proporționalității, restrângerile impuse trebuie să fie necesare și să răspundă efectiv obiectivelor de interes general recunoscute de Uniune sau necesității protejării drepturilor și libertăților celorlalți.

Referitor la întrebarea opt cu privire la interpretarea art. 2 alin. (2) lit. b) din Directiva nr. 2000/78, se solicită Curții să se pronunțe cu privire la raportul dintre această dispoziție și art. 17 din Legea nr. 329/2009. Acesta dispune încetarea de drept a raporturilor muncă sau a raporturilor de serviciu ale angajaților din domeniul public care beneficiază de o pensie mai mare decât salariul mediu brut în cazul în care aceștia nu au optat pentru continuarea raporturilor de muncă sau a raporturilor de serviciu. Astfel, ceea ce este pus în discuție este existența unei discriminări.

Dispozițiile în cauză arată că :

*„(1) În sensul prezentei directive, prin principiul egalității de tratament se înțelege absența oricărei discriminări directe sau indirecte, bazate pe unul din motivele menționate la art. 1.*

*(2) În sensul alin. (1):*

*(a) o discriminare directă se produce atunci când o persoană este tratată într-un mod mai puțin favorabil decât este, a fost sau va fi tratată într-o situație asemănătoare o altă persoană, pe baza unuia dintre motivele menționate la art. 1;*

<sup>16</sup> A se vedea C.E.D.O., *Stummer c. Austriei* [GC], din 7 iulie 2011, CE:ECHR:2011:0707 JUD003745202, par. 82.

<sup>17</sup> A se vedea C.E.D.O., cauza *Buchheit și Meinberg c. Germaniei*, din 2 februarie 2006, CE:ECHR:2006:0202DEC005146699, par. 10.

*(b) o discriminare indirectă se produce atunci când o dispoziție, un criteriu sau o practică aparent neutră poate avea drept consecință un dezavantaj special pentru persoane de o anumită religie sau cu anumite convingeri, cu un anumit handicap, de o anumită vârstă sau de o anumită orientare sexuală, în raport cu altă persoană [...].*

*5 Art. 3 alin. (1) din aceeași directivă prevede:*

*„În limitele competențelor conferite Comunității, prezenta directivă se aplică tuturor persoanelor, atât în sectorul public, cât și în cel privat, inclusiv organismelor publice, în ceea ce privește:*

*[...]*

*(c) condițiile de încadrare și de muncă, inclusiv condițiile de concediere și de remunerare;*

*[...].*

Așa cum se reține și în concluziile Avocatului General<sup>18</sup>, în cauza SCMD<sup>19</sup> Curtea opinează că „din moment ce reglementarea în discuție în litigiul principal nu împiedică și nici nu limitează participarea la viața activă a persoanelor pe care le vizează<sup>20</sup>, nu se poate considera că ea constrânge în mod automat aceste persoane să se retragă de pe piața muncii (a se vedea, prin analogie, hotărârea Rosenblatt, C-45/09, EU:C:2010:601, punctul 75)”.

Din moment ce așa-zisul tratament discriminatoriu din cauza pusă în discuție are la bază calitatea persoanei de angajat în domeniul public, această situație nu poate genera aplicarea art. 17 din Cartă.

### **De ce este importantă cauza Florescu contra României?**

Deși s-a subliniat că legislația ce face obiectul analizei în cauza Florescu a fost abrogată, hotărârea Curții rămâne încă de interes din multiple motive.

În primul rând, este important de știut dacă Memorandumul din cauza noastră și, mai apoi, restul Memorandumurilor încheiate în temeiul art. 143 TFUE pot fi considerate un act al Uniunii în sensul Tratatelor.

În al doilea rând, dat fiind faptul că, în urma crizei economice, la nivelul Uniunii Europene și la nivelul statelor membre au fost adoptate numeroase măsuri de austeritate care au avut un caracter controversat, este important să observăm dacă C.J.U.E va avea o schimbare de atitudine raportat la felul în care statele au ales să limiteze efectele crizei economice. Astfel, jurisprudența de până

<sup>18</sup> Concluziile Avocatului General Bot în cauza *Florescu c. României*, par. 88.

<sup>19</sup> C.J.U.E, hotărârea din 21 mai 2015, C-262/14.

<sup>20</sup> C.J.U.E, hotărârea *Palacios de la Villa*, C-411/05, par. 45; C.J.U.E, hotărârea *Age Concern England*, C-388/07, par. 27.



acum a mers într-o direcție în ceea ce privește presupusele încălcări ale dreptului Uniunii generate de măsurile de austeritate implementate la nivel național: Curtea a considerat că stă în marja de apreciere a statului să decidă cum va lupta împotriva efectelor crizei economice și cum va echilibra balanța bugetară.

Întrebarea principală este, de fapt, alta. Din moment ce criza economică a fost generată chiar de mutațiile suferite la nivelul Uniunii Europene în vederea construirii unei piețe unice<sup>21</sup>, care este granița dintre intervenția Statului și intervenția Uniunii în limitarea exercițiului unor drepturi și libertăți, sub aripa „securității naționale” sau „interesului public”, amenințate de efectele crizei economice? Măsurile de austeritate au avut un impact devastator asupra sistemului de protecție socială la nivelul statelor membre, fiind generate de presiunile aplicate de către Fondul Monetar Internațional sau organisme ale Uniunii Europene în vederea acordării unui ajutor financiar<sup>22</sup>.

Jurisprudența Curții a mers până acum în direcția în care explică faptul că programele de ajutorare financiară nu impun statelor să adopte un anumit program, ci doar să ajungă la un anumit rezultat, în cazul nostru redresarea financiară și echilibrarea balanței bugetare. La nivelul statelor membre, Curțile Constituționale au reacționat diferit la verificarea constituționalității legilor ce implementau programele de recuperare economică. Astfel, Curtea Constituțională a Portugaliei a statuat că suspendarea tichetelor de vacanță pentru angajații din sectorul public și pentru pensionari reprezintă o încălcare a dreptului la egalitate din moment ce numai o anumită categorie de angajați era atinsă de aceste prevederi<sup>23</sup>, pentru ca, ulterior, să considere că anumite prevederi privind salariile din sectorul public și impozitarea sunt incompatibile cu principiile egalității și proporționalității din moment ce doar o categorie anume a fost afectată de aceste măsuri, raportat la faptul că existau și alte măsuri ce puteau fi implementate pentru atingerea aceluiași scopuri<sup>24</sup>. Curtea Constituțională din Letonia a statuat în 2009 că reducerea pensiilor, ca urmare a programului de combatere a crizei economice, a reprezentat o măsură excesivă și că Guvernul a eșuat în a asigura prevederi potrivite perioadei de tranziție<sup>25</sup>.

Mai mult, Curtea Constituțională din Germania a statuat că statul german are obligația de a garanta indivizilor un minim de protecție care să garanteze demnitatea umană (Hartz IV and Asylum Seekers).

---

<sup>21</sup> Iris Goldenr Lang, *The EU financial and migration crises: Two Crises: Many facets of EU solidarity*, disponibil la [https://www.pravo.unizg.hr/images/50016423/Two%20EU%20Crises%20-%20Many%20Facets%20of%20EU%20Solidarity\\_Iris%20Goldner%20Lang.pdf](https://www.pravo.unizg.hr/images/50016423/Two%20EU%20Crises%20-%20Many%20Facets%20of%20EU%20Solidarity_Iris%20Goldner%20Lang.pdf), consultat la 25 ianuarie 2017.

<sup>22</sup> Anne Heise, Hanna Lierse, *Budget consolidation and the European Social Model: The Effects of the European Austerity Programme on Social Security Systems*, disponibil la <http://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/07891.pdf>, consultat la 29 ianuarie 2017.

<sup>23</sup> Curtea Constituțională a Portugaliei, hotărârea nr. 353/2012 (5 iulie 2012).

<sup>24</sup> Curtea Constituțională a Portugaliei, hotărârea nr. 187/2013 (5 aprilie 2013).

<sup>25</sup> Curtea Constituțională a Letoniei, cauza 2009-43-01 (21 decembrie 2009).

Tot jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene ne spune că, pentru a analiza efectele unui act al Uniunii Europene prin prisma protecției drepturilor și libertăților individului, se impune să ne raportăm la dreptul Uniunii cu o particularitate: anume interpretarea evolutivă, raportat la perioada în care acesta apare<sup>26</sup>.

Astfel, nu putem să evităm a ne pune întrebarea dacă este criza economică un motiv întemeiat ca, interpretând Memorandumul în cauză, raportat la Cartă și la dreptul Uniunii, Curtea să spună odată în plus că Uniunea Europeană nu a fixat obligații de mijloc statelor, ci doar de rezultat.

Asta tinde să fie și atitudinea Curții Europene a Drepturilor Omului, invocând faptul că Statului nu i s-a dat un mandat clar în acest context, construind în jurul statului un „zid” ce se traduce în marja largă de apreciere<sup>27</sup>.

Care vor fi efectele crizei economice reflectate în implementarea unor măsuri de austeritate asupra așa-zisului „model social european” și asupra *Europei sociale* este o întrebare la care timpul ne va răspunde.

---

<sup>26</sup> C.J.U.E., hotărârea din 30 iulie 1996, *Bosphorus* (C-84/95, Rec., p. I-3953, pct. 13 și 14).

<sup>27</sup> Cum este, de exemplu, cazul C.E.D.O., *Koufaki c. Greciei*, cauza 57675/12, hotărârea din 7 mai 2013.

# JURIDICIZAREA UNOR CONCEPTE MEDICALE FOLOSITE DE CODUL PENAL ROMAN

*Drd. Carmen-Diana CREȚU (OPREA)\*  
Facultatea de Drept  
Universitatea din Craiova*

## Summary

This study focuses on several medical concepts that the Romanian Penal Code uses. This analysis arises from the necessity of understanding certain legal concepts, a process that is fundamental in any rule of law. In order to obey the law, the legal language must be clear and accessible. Although the law uses in the legal constructions of some crimes terms like abortion, fetus, giving birth, the criminal law doesn't define them. Considering that these terms can not only lead to medical problems, but also ethic and religious disputes, I find it necessary to transfer these concepts from a medical perspective to a legal one. This operation is useful for every person in order to give him the possibility to adjust his conduct according to a legal standard and foresees the consequences of his actions.

**Keywords:** rule of law, concept, fetus, abortion, birth.

## 1. Despre necesitatea înțelegerii unor concepte

În art. 1 alin. (3) din Constituția României<sup>1</sup> se prevede că „România este stat de drept”, adică un stat supus dreptului, caracterizat de domnia unei legi certe, clare și previzibile. Rolul statului de drept este de a se asigura că toți termenii utilizați de textele legale sunt înțeleși de destinatarii normei, astfel încât fiecare individ să poată prevedea consecințele juridice ale nerespectării dispoziției legale.

Pentru ca maxima „*nemo censetur ignorare legem*” să nu rămână doar o expresie frumos formulată, trebuie ca limbajul legii să fie clar și accesibil<sup>2</sup>. Securitatea juridică,

---

\* E-mail: [opreadianac@gmail.com](mailto:opreadianac@gmail.com).

<sup>1</sup> Constituția României, actualizată și republicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003, disponibilă la <http://www.constitutiaromaniei.ro/art-1-statul-roman/>, accesat la 6 februarie 2017.

<sup>2</sup> D.C. Dănișor, I. Dogaru, Gh. Dănișor, *Teoria Generală a Dreptului*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 452.

precum și principiul legalității infracțiunilor și pedepselor impun un drept clar, care să nu suscite interpretări și aplicări diferite ale legii. De aceea, se remarcă, de cele mai multe ori, o defnire a conceptelor utilizate în chiar textele legale care le cuprind.

Așadar, preocuparea legiuitorului pentru explicarea noțiunilor vine din dorința acestuia de a nu se interpreta în mod eronat dispozițiile legale de către organele însărcinate cu aplicarea acestora. De asemenea, o defnire a termenilor nu doar previne abuzurile din partea organelor judiciare, dar restrânge și sfera de acțiune a destinatarilor normei, trasând în acest mod limitele participanților pe scena juridică.

Cu toate acestea, nu putem vorbi despre obligativitatea absolută a legiuitorului de a defni toate noțiunile folosite. În acest sens, există și un principiu potrivit căruia orice concept nedefinit va fi interpretat în sensul avut de acesta în limbajul comun<sup>3</sup>. Altfel spus, ori de câte ori termenul utilizat în norma legală nu are sensul comun, apare ca esențială o defnire a acestuia în chiar actul normativ care îl prevede. Această defniție se impune cu atât mai mult în dreptul penal, unde normele sunt restrictive de drepturi și individul căruia i se adresează norma legală trebuie să cunoască foarte bine conținutul acesteia.

În Partea generală a Codului penal, în Titlul X, legiuitorul a considerat ca fiind necesar să lămurească înțelesul unor termeni sau expresii folosite în legea penală. Pentru a vă convinge, aduc drept exemplu art. 175 C. pen.<sup>4</sup>, care definește noțiunea de „funcționar public” în sensul legii penale. Acest articol schimbă înțelesul noțiunii așa cum este ea percepută în dreptul administrativ<sup>5</sup> sau în limbajul comun.

Agresiunile îndreptate împotriva fătului, precum și infracțiunile care implică existența acestuia<sup>6</sup> au ca specificitate utilizarea unor concepte medicale precum

---

<sup>3</sup> D.C. Dănișor, *Constituția României comentată. Titlul 1 - Principii generale*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 39.

<sup>4</sup> Art. 175 C. pen. – alin. (1): „Funcționar public, în sensul legii penale, este persoana care, cu titlu permanent sau temporar, cu sau fără o remunerație: a) exercită atribuții și responsabilități, stabilite în temeiul legii, în scopul realizării prerogativelor puterii legislative, executive sau judecătorești; b) exercită o funcție de demnitate publică sau o funcție publică de orice natură; c) exercită, singură sau împreună cu alte persoane, în cadrul unei regii autonome, al altui operator economic sau al unei persoane juridice cu capital integral sau majoritar de stat, atribuții legate de realizarea obiectului de activitate al acesteia”; – alin. (2): „De asemenea, este considerată funcționar public, în sensul legii penale, persoana care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost investită de autoritățile publice sau care este supusă controlului sau supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public”.

<sup>5</sup> Potrivit art. 2 alin. (2) din Legea nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici, funcționarul public este „persoana numită, în condițiile legii, într-o funcție publică”. În art. 2 alin. (1) al aceluiași act normativ se prevede că funcția publică „reprezintă ansamblul atribuțiilor și responsabilităților, stabilite în temeiul legii, în scopul realizării prerogativelor de putere publică de către administrația publică centrală, administrația publică locală și autoritățile administrative autonome”.

<sup>6</sup> A se vedea art. 189 alin. (1) lit. f) C. pen. (omorul calificat asupra unei femei gravide), art. 194 alin. (1) lit. d) C. pen. (vătămarea corporală care a cauzat avortul).

„avort”, „sarcină”, „naștere”, „făt”. Acestea nu fac obiectul unor definiții în Partea generală a Codului penal, Titlul X, prin urmare am putea deduce că legiuitorul nu a înțeles să le atribuie un alt sens decât cel comun. Interesant este de stabilit cum se determină sensul uzual și dacă el diferă sau nu de sensul medical al termenului.

## 2. Sensul medical al conceptelor utilizate

Potrivit unui tratat de specialitate, **avortul** (din latinescul „ab”, care înseamnă separare, îndepărtare, și latinescul „ortus”, care semnifică naștere) reprezintă „*expulzia produsului de concepție înaintea atingerii viabilității fetale, estimată clasic la circa 180 zile de la ultima menstruație*”<sup>7</sup>.

Viabilitatea reprezintă „posibilitatea nou-născutului de a trăi autonom în condiții de viață extrauterină”<sup>8</sup>. În principiu, momentul de început al viabilității fătului a fost estimat ca fiind luna a șasea de sarcină<sup>9</sup>, dar au existat și voci<sup>10</sup> care plasează acest moment în luna a șaptea.

Alți autori definesc avortul ca fiind expulzarea produsului de concepție în primele 28 de săptămâni de gestație sau când greutatea acestuia este mai mică de 1000 g, iar lungimea nu atinge 35 cm<sup>11</sup>. Totuși, cu privire la criteriul ponderal au existat și opinii<sup>12</sup> în sensul că greutatea fătului trebuie să fie sub 500 g pentru a fi putea fi incident, din punct de vedere medical, un avort. Consider că medicina a preferat să dea relevanță criteriului ponderal și criteriului lungimii, deoarece vârsta sarcinii, de cele mai multe ori, nu este ușor de identificat. Prin comparație, aceste două criterii nu prezintă dificultăți, putând fi stabilite fără a comporta discuții.

Printr-o simplă lecturare, se poate observa că nu există o identitate perfectă între definițiile prezentate anterior, iar cum legea penală este de strictă interpretare, ne aflăm într-o imposibilitate de trimitere în mod indirect la noțiune astfel cum este ea înțeleasă în domeniul medical.

Sintetizând, am putea afirma că, din punct de vedere medical, avortul reprezintă întreruperea cursului sarcinii și expulzarea produsului de concepție fie înainte ca

---

<sup>7</sup> S. Berceanu și colab., *Obstetrică și Ginecologia (pentru studenți și medici rezidenți)*, Ed. Medicală Universitară, Craiova, 2009, p. 158.

<sup>8</sup> I.L. Groza, V. Astărăstoae, *Introducere în medicina legală pentru juriști*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 141.

<sup>9</sup> M. Georgescu-Brăila, S. Berceanu, *Obstetrică. Volumul I. Partea I*, Ed. Aius, Craiova, 1996, p. 141.

<sup>10</sup> I. Bararu, *Avortul*, disponibil la <http://www.medicalstudent.ro/publicatii/avortul.html>, accesat la 9 ianuarie 2017.

<sup>11</sup> N. Crișan, D. Nanu, *Obstetrică și ginecologie, teste pentru examene*, Societatea Știință și Tehnică, București, 1996, p. 25.

<sup>12</sup> Williams, (Coordonatorul în limba română Radu Vlădăreanu), *Obstetrică*, ed. a 24-a, Ed. Hipocrate, 2017, p. 3.

fătul să devină viabil, fie atunci când fătul are o anumită greutate (sub 500 g, după anumiți autori, sau sub 1000 g, după alți autori) sau o anumită lungime (35 cm). Deși nu este explicită în definiție, medicina arată în mod indirect faptul că avortul presupune expulzarea unui produs de concepție mort, întrucât toate criteriile utilizate arată imposibilitatea produsului de concepție de a avea o viață independentă de cea a mamei. Se impune a fi menționat faptul că aceste criterii au fost impuse pentru a delimita avortul de nașterea prematură.

În literatura de specialitate, **nașterea prematură** a fost definită ca fiind fie întreruperea sarcinii în săptămânile 28-36, fie expulzarea unui produs de concepție a cărui greutate este între 1000 g și 2500 g<sup>13</sup>. Dacă acceptăm opinia conform căreia criteriul ponderal care marchează momentul final al avortului este greutatea de 500 g, atunci, raportat la acest criteriu, nașterea prematură va fi definită ca fiind întreruperea cursului sarcinii dacă greutatea produsului de concepție este între 500 g și 2500 g.

**Nașterea** a fost înțeleasă în domeniul medical ca fiind totalitatea fenomenelor care au ca rezultat expulzarea produsului de concepție<sup>14</sup>. Dacă avortul înseamnă, din punct de vedere medical, expulzarea unui produs de concepție mort, nașterea nu înseamnă întotdeauna expulzarea unui produs de concepție în viață. În domeniul medical se vorbește despre nașterea fătului mort. Aceasta presupune că, după moartea fătului în uter, se declanșează travaliul în mod spontan, în decursul a două săptămâni<sup>15</sup>. Se observă că, deși în limbaj comun prin naștere înțelegem crearea unei vieți, în medicină conceptul este privit ușor diferit, nefiind întotdeauna echivalent cu sensul primit în limbajul uzual.

Un fenomen ce ține de procesul nașterii este și travaliul, definit ca fiind mai multe procese care conduc la expulzarea fătului, dar și a anexelor fetale în mediul exterior, implicând contracții uterine frecvente și dureroase<sup>16</sup>. Travaliul a fost împărțit în patru stadii: primele două stadii presupun dilatarea colului și expulzia produsului de concepție, iar al treilea stadiu presupune eliminarea placentei și a membranelor. Ultimul stadiu este reprezentant de orele subsecvente acestor procese. La rândul său, și nașterea a fost divizată în mai multe faze: faza 0 (corespunzătoare primelor 36-38 săptămâni), faza 1 (reprezentând sfârșitul perioadei de sarcină), faza 2 (travaliul) și faza 3 (în care se produce o involuție uterină)<sup>17</sup>.

Am dorit să nu mă rezum la expunerea unei simple definiții medicale a nașterii, ci am încercat să evidențiez, pe scurt, procesul nașterii din perspectivă

<sup>13</sup> N. Crișan, D. Nanu, *op. cit.*, p. 82.

<sup>14</sup> S. Berceanu și colab., *op. cit.*, p. 80.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 254.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>17</sup> V. Dobrinoiu, N. Neagu., *Drept penal. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 87.

medicală, întrucât acesta va fi util, ulterior, la înțelegerea din punct de vedere juridic a expresiilor „în timpul nașterii” și „în timpul sarcinii”.

De altfel, deși conceptul medical de „embrion” nu este folosit în mod expres în infracțiunile care alcătuiesc capitolul denumit „Agresiuni împotriva fătului”, consider totuși important și stabilirea sensului acestui termen, întrucât el este strâns legat de noțiunea de „făt” și poate avea implicații juridice în stabilirea încadrării faptelor.

Conform unui dicționar medical, **embrionul** reprezintă produsul de concepție în primele 3 luni de sarcină<sup>18</sup>. Același dicționar medical desemnează **fătul** ca fiind produsul de concepție care urmează fazei embrionare, din momentul în care va dobândi caracteristicile speciei în cauză<sup>19</sup>. Un alt dicționar medical desemnează embrionul ca fiind produsul de concepție în primele două luni de sarcină<sup>20</sup>. De asemenea, în tratatele de specialitate s-a susținut, pe de-o parte, că embrionul este produsul de concepție din săptămânile 3-8<sup>21</sup>, iar pe de altă parte, s-a afirmat că embrionul este produsul de concepție din primele 12 săptămâni<sup>22</sup>.

Rezultă cu evidență că, deși în ambele concepții perioada fetală urmează perioadei embrionare și durează până la sfârșitul sarcinii, totuși medicina nu a putut ajunge la un consens asupra momentului de început și de sfârșit a fazei embrionare. Cu toate acestea, conceptul de „făt” apare folosit în Codul penal fără a fi definit.

### 3. Sensul conceptelor conform Dicționarului explicativ al limbii române

În Dicționarul explicativ al limbii române termenul „avort” este utilizat pentru a desemna „întreruperea accidentală sau provocată a gravidității înainte ca fătul să poată trăi în afara organismului uman”<sup>23</sup>. Se constată că această definiție se apropie de definiția medicală. Prin urmare, în limbaj comun avortul reprezintă întreruperea cursului sarcinii înainte ca produsul de concepție să poată trăi independent.

În sensul aceluiași dicționar, nașterea reprezintă „aducerea sau venirea pe lume a unei ființe, act fiziologic prin care fătul, ajuns în stadiul de maturitate, este expulzat sau extras din cavitatea uterină”<sup>24</sup>. Deși această definiție folosește criteriul viabilității, al maturității fătului, pentru a descrie procesul nașterii,

---

<sup>18</sup> A. Plopeanu, *Dicționar de obstetrică-ginecologie și genetică*, Ed. Dacia Europa Nova, Lugoj, 1999, p. 165.

<sup>19</sup> A. Plopeanu, *op.cit.*, p. 184.

<sup>20</sup> S. Pană, S. Pană Jr., *Dicționar de obstetrică și ginecologie*, Ed. Univers Enciclopedic, București, 1995, p. 75.

<sup>21</sup> Williams, (Coordonatorul în limba română Radu Vlădăreanu), *op. cit.*, p. 127.

<sup>22</sup> M. Georgescu-Brăila, S. Berceanu, *op.cit.*, p. 135.

<sup>23</sup> Academia Română, *Dicționarul Explicativ al Limbii Române*, ed. a 2-a, Ed. Universul Enciclopedic, București, 1998, p. 78.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 669.

aceasta nu impune aducerea pe lume a unei ființe vii, așadar ea este compatibilă cu definiția medicală. În sens comun, totuși, prin „naștere” obișnuim să desemnăm aducerea pe lume a unei ființe vii.

Embrionul a fost definit ca un „nume dat oricărui organism din momentul fecundării ovulului și până în momentul când toate organele sunt deplin formate și organismul este capabil de viață independentă”<sup>25</sup>, iar fătul ca fiind „produsul de concepție din uterul mamiferelor, din momentul când începe a avea mișcări proprii și formele caracteristice speciei și până când se naște”<sup>26</sup>. Prin urmare, fătul urmează perioada embrionară și se caracterizează prin posibilitatea de a trăi în afara organismului matern. Definițiile oferite în acest dicționar, spre deosebire de cele medicale, sunt totuși reticente în a delimita cele două perioade în funcție de săptămâni.

#### 4. Despre juridicizarea conceptelor

În doctrină<sup>27</sup>, s-a arătat că un concept juridic este formal, fără un conținut valoric în sine, normativ, operațional și evolutiv. Aceleași trăsături se mențin și când vorbim despre o utilizare juridică a unui termen nejuridic. Când afirmăm că un concept nu are un conținut valoric în sine înseamnă că acesta este opozițional, neutru și nu se fundamentează pe nicio valoare. Altfel spus, conținutul conceptului nu este strict determinat, ci este privit doar prin opoziție față de un altul. De asemenea, conceptul juridic, neutru față de valori, este văzut ca o procedură, și nu ca o valoare<sup>28</sup>.

Caracterul evolutiv impune ca un concept să fie plasat în contextul istoric în care este utilizat<sup>29</sup>, iar caracterul operațional se referă la eficiența conceptului, la rolul pe care acesta îl joacă în cadrul normei, ajutând la previzibilitatea acesteia<sup>30</sup>. Un concept juridic este normativ atunci când nu descrie realitatea, ci o constrânge.

Plecând de la trăsăturile conceptului juridic enumerate anterior, în doctrină s-au conturat următoarele reguli de definire a noțiunilor juridice. În primul rând, definirea unui concept juridic trebuie să fie constructivă, iar nu explicativă. O atare definiție creează un concept nou, neputând fi apreciată nici ca fiind falsă, nici ca fiind adevărată, ci poate fi apreciată doar în termeni de relevanță. Această

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 339.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 370.

<sup>27</sup> D.C. Dănișor, *Juridicizarea conceptelor*, în revista Dreptul nr. 3/2011, pp. 54-62.

<sup>28</sup> D.C. Dănișor, *Libertatea în capcană. Aporii ale justiției constituționale*, Ed. Universul Juridic, București, și Ed. Universitaria, Craiova, 2014, p. 19.

<sup>29</sup> D.C. Dănișor, *Democrația deconstituționalizată*, Ed. Universul Juridic, București, și Ed. Universitaria, Craiova, 2013, p.73.

<sup>30</sup> D.C. Dănișor, *Juridicizarea conceptelor*, în revista Dreptul nr. 3/2011, Ed. Lumina Lex în colaborare cu Ed. Universul Juridic, 2011, p. 63.



definiție vine pentru a reinventa și a renunța la sensurile din limbajul uzual sau din limbajul tehnic de specialitate<sup>31</sup>.

În al doilea rând, o definiție juridică nu trebuie să fie aditivă, adică nu trebuie să descrie un concept prin atribuirea unui set de trăsături, ci trebuie să fie normativă, creată astfel încât să aibă aplicabilitate juridică. În plus, o definiție juridică trebuie să fie sistemică, întrucât juridicizarea unui concept echivalează cu introducerea unei norme în sistem. Nu putem restrânge printr-un concept conținutul normei superioare<sup>32</sup>.

Prin urmare, juridicizarea unui concept apare ca o operațiune complexă și importantă. Se remarcă obișnuința de a oferi definiții în domeniul juridic, dar se impune acordarea unei deosebite atenții în realizarea acestei proceduri pentru a nu sufoca doctrina cu definiții explicative.

În continuare, îmi propun să ofer definiții juridice pentru conceptele medicale analizate, dar prin definiții constructive, nu explicative, care să contribuie la previzibilitatea normelor penale.

În primul rând, termenul „avort” este folosit de legea penală în art. 194 alin. (1) lit. d) C. pen. (sub denumirea de vătămare corporală). Prin această reglementare sunt incriminate faptele de lovire sau alte violențe (în sensul art. 193 C. pen.) care au cauzat avortul.

Dacă aplicăm conceptul așa cum este el definit în Dicționarul explicativ al limbii române sau în domeniul medical, ar însemna că articolul în cauză se aplică doar dacă faptele de lovire sau alte violențe au determinat întreruperea cursului sarcinii înainte ca fătul să devină viabil. Așa cum am arătat, potrivit opiniei majoritare, viabilitatea acestuia este marcată de începutul lunii a șaptea. Prin urmare, în această accepțiune am putea vorbi de avort doar în situația expulzării produsului de concepție în primele 6 luni. Ulterior celor 6 luni, orice expulzare a produsului de concepție ar fi o naștere prematură sau normală, după caz.

Așadar, dacă făptuitorul acționează cu intenție în vederea lezării integrității corporale a mamei, însă, din culpă, produsul de concepție cu vârsta gestațională mai mare de 6 luni este expulzat decedat, atunci fapta va fi încadrată, după caz, fie ca loviri sau alte violențe, fie ca vătămare corporală, dar fără a putea reține lit. d), întrucât nu putem vorbi de un avort. Deși ipoteza vizează un produs de concepție aflat într-o stare avansată de dezvoltare intrauterină, se remarcă o lipsă de protecție a acestuia.

Fapta individului nu ar putea fi încadrată în infracțiunea de vătămare a fătului prevăzută de art. 202 alin. (3) teza a doua C. pen. (vătămarea fătului în timpul sarcinii care a avut ca urmare moartea copilului), întrucât latura subiectivă nu este întrunită, această infracțiune trebuind a fi comisă cu intenție directă sau indirectă.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 67.

De altfel, latura subiectivă nu este singurul impediment în încadrarea juridică a faptei. Astfel, nu ar putea fi reținută nici vătămarea fătului prevăzută de art. 202 alin. (4) raportat la art. 202 alin. (3) teza a doua C. pen. (vătămarea fătului în timpul sarcinii, din culpă, care a avut ca urmare moartea copilului), deoarece această infracțiune presupune nașterea unui copil viu, care decedează ulterior<sup>33</sup>.

Consider că avortul ar trebui să fie definit ca fiind „întreruperea cursului sarcinii, expulzarea produsului de concepție și împiedicarea acestuia de a-și începe viața extrauterină, indiferent de vârsta gestațională sau de viabilitatea sa”.

Conceptul astfel definit devine un termen medical utilizat juridic. El este un concept creat prin opoziție față de procesul aducerii pe lume a unei ființe vii. De asemenea, conceptul este neutru, el nu încorporează în sine o anumită valoare, ci reprezintă doar procedura prin care este protejată prin mijloacele dreptului penal viața în devenire. Conceptul nou creat nu descrie realitatea medicală, ci constrânge indivizii la reglarea unui anume comportament. Datorită definirii conceptului din punct de vedere juridic, fiecare individ poate cunoaște semnificația termenului și poate să prevadă consecințele faptelor sale.

Pe de altă parte, în cuprinsul art. 202 C. pen. sunt folosite expresiile „în timpul nașterii” și „în timpul sarcinii”, din nou, fără a fi definite. Am arătat că, deși din punct de vedere medical nașterea apare ca un proces și un complex de fenomene, în sensul Dicționarului explicativ al limbii române, prin „naștere” se înțelege un act fiziologic, iar nu un proces prin care fătul ajuns la maturitate este adus pe lume. În doctrina penală<sup>34</sup>, s-a susținut că expresia „în timpul sarcinii” ar trebui să corespundă fazei 0 și fazei 1 a nașterii, așa cum le-am explicat anterior, iar prin expresia „în timpul nașterii” ar trebui să se înțeleagă intervalul de timp caracteristic primelor două stadii ale travaliului, adică perioada dintre dilatarea colului și expulzia produsului de concepție.

Achiesez acestor definiții și apreciez că ele ar trebui să se regăsească în Codul penal, Titlul X, pentru că între infracțiunile care vizează fătul este o linie fină de demarcație și de aceste momente depinde încadrarea juridică a unui număr mare de fapte.

De asemenea, cu privire la noțiunea de „făt” utilizată în capitolul intitulat „Agresiuni împotriva fătului”, consider că s-ar impune următoarea definiție care să dea valoare unuia dintre sensurile medicale: „este considerat făt produsul de concepție care a depășit vârsta de 14 săptămâni”. Din infracțiunea prevăzută de art. 201 alin. (1) C. pen. reiese că legiuitorul a înțeles să incrimineze fapta de

<sup>33</sup> A se observa faptul că infracțiunea prevăzută de art. 202 alin. (3) C. pen. nu prezintă ca urmare imediată „împiedicarea instalării vieții extrauterine”.

<sup>34</sup> V. Dobrinoiu, N. Neagu, *op. cit.*, p. 87.

întrerupere a cursului sarcinii doar dacă vârsta sarcinii a depășit 14 săptămâni<sup>35</sup>, motiv pentru care această definiție apare ca fiind oportună.

## Concluzii

Consider că, prin sensul acordat noțiunilor medicale, am creat definiții care să nu poată fi considerate ca adevărate sau false prin raportare la sensurile medicale sau uzuale, întrucât scopul meu a fost de a mă îndepărta de acestea. Definițiile create sunt constructive, normative, cu aplicabilitate și eficiență juridică, ajutând la înțelegerea conceptelor de către individ și la o unitară încadrare a faptelor. Definiția ajută atât organul chemat să aplice legea, care poate realiza cu mai multă ușurință încadrarea juridică a faptei săvârșite, dar lămurește și, în același timp, constrânge și individul în comportamentul său.

Prin urmare, având în vedere că sensul medical al termenilor nu este accesibil fiecărui individ, iar sensul uzual, de cele mai multe ori, poate fi influențat de etică și de religie, consider că definirea acestor concepte medicale ar trebui să se regăsească în partea generală a Codului penal, în Titlul X, și să primească astfel o formulare juridică de strictă interpretare.

---

<sup>35</sup> În ipoteza prevăzută de art. 201 alin. (2) C. pen. se urmărește în principal o protecție a dreptului mamei de a-și continua sarcina, iar nu o protecție a fătului din moment ce nu este infracțiune întreruperea cursului sarcinii având consimțământul mamei, dacă vârsta sarcinii nu a depășit 14 săptămâni și dacă este realizată în instituții medicale și de persoane abilitate prin lege.

# OBLIGAȚIA DE INFORMARE A CONSUMATORILOR DIN PERSPECTIVA O.U.G. NR. 52/2016

*Dr. Răzvan SCAFEȘ  
Facultatea de Drept  
Universitatea din Craiova  
Avocat, Baroul Dolj*

## Abstract

*The legal obligation to inform the consumer is imposed on the merchant in order to restore the contractual equilibrium of the Consumer contract. It is essential that the consumer be presented with all the necessary information about the effects the contractual clauses can have. In the banking field, the borrower is in a clear detrimental position at the time of negotiating the contract, and thus the legislator must ensure that the representatives of the bank don't take advantage of their privileged position.*

*In this context, E.G.O. no. 52/2016 is a new regulation aimed at enhancing the consumer protection area by introducing new obligations or by strengthening legally the conduct that banks have to take in relation to them. The whole approach is part of a general European framework protecting consumer rights, which tends to become absolute, by constantly seeking a full contractual balance between them and economic agents.*

**Keywords:** Consumer, bank, loan contracts, the obligation to inform, contract risk, loan contracts in foreign currency.

## 1. Considerații cu privire la obligația de informare

Relațiile juridice dintre profesioniști și consumatori sunt caracterizate de un dezechilibru în special de natură informațională care se manifestă cu ocazia negocierii și semnării contractelor.

Formarea competențelor în domeniul protecției consumatorului trebuie realizată în cadrul programului de învățământ astfel că în programele de educare trebuie incluse aspecte privind legislația referitoare la protecția consumatorilor, riscurile

produselor, etichetarea produselor, practicile comerciale ale producătorilor și alte elemente specifice derulării relațiilor cu profesioniștii (potrivit art. 38-41 din Legea nr. 296/20 04 privind Codul consumului).

Astfel cum s-a stabilit în doctrină *“obligația de informare presupune comunicarea către contractant a tuturor cunoștințelor care sunt necesare exprimării unui consimțământ valabil la încheierea contractului dar și la executarea obligațiilor”*.

În contextul acestei obligații, profesionistul va trebui să comunice consumatorului toate informațiile necesare acestuia din urmă în vederea formării unui consimțământ valabil<sup>2</sup>, incluzându-le pe cele referitoare la identitatea comerciantului, clauze contractuale și efectele acestora, caracteristicile produselor și serviciilor sau riscurile contractuale.

În materie bancară, consumatorii trebuie să fie, de asemenea, informați și cu privire la riscurile specifice la care sunt supuși prin folosirea normală sau previzibilă a serviciilor bancare contractate.

Sediul materiei obligației de informare nu este încă unul expres prevăzut în legislația internă. Există texte de lege care fac referire la dreptul consumatorilor de a fi informați cu privire la caracteristicile bunurilor și serviciilor contractante, astfel cum sunt spre exemplu art. 47 din Codul consumului<sup>3</sup> sau art. 3 lit. b) din O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor<sup>4</sup>. Textele de lege prevăd informarea ca pe o obligație a profesioniștilor și, corelativ, ca pe un drept al consumatorilor, însă nu oferă o definiție exactă a acesteia, fiind exemplificate doar elementele pe care trebuie să le conțină informarea. Cu toate acestea, lipsa consacrării legislative a obligației de informare este suplinită de recunoașterea acesteia în baza principiului general al buneii-credințe<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Anca Nicoleta Gheorghe, Carmen Spasici, Dana Simona Arjoca, *Dreptul consumației*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 63.

<sup>2</sup> În cazul contractului de consumație, consimțământul se formează progresiv, pe o perioadă de timp cuprinsă între recepționarea primei oferte de a contracta, incluzând aici timpul de reflecție și până la împlinirea termenului legal de retractare. Pentru o analiză a formării progresive a consimțământului în cazul contractului de consumație, a se vedea Juanita Goicovici, *Formarea progresivă a contractului*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, pp. 279-310.

<sup>3</sup> Art. 47 din Codul consumului: *“Informarea consumatorilor despre produsele și serviciile oferite se realizează, în mod obligatoriu, prin elemente de identificare și caracterizare ale acestora, înscrise la vedere, în mod vizibil, lizibil și ușor de înțeles, după caz, pe produs, etichetă, ambalaj de vânzare sau în cartea tehnică, instrucțiunile de folosire ori altele asemenea, ce însoțesc produsul sau serviciul, în funcție de natura acestuia.”*

<sup>4</sup> Art. 3 lit. b) din O.G. nr. 21/1992: *“Principalele drepturi ale consumatorilor sunt: de a fi informați complet, corect și precis asupra caracteristicilor esențiale ale produselor și serviciilor; astfel încât decizia pe care o adoptă în legătură cu acestea să corespundă cât mai bine nevoilor lor; precum și de a fi educați în calitatea lor de consumatori;”*

<sup>5</sup> Potrivit art. 1.170 C. civ.: *“Părțile trebuie să acționeze cu bună-credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale. Ele nu pot înlătura sau limita această obligație.”*

Este așadar evident că și în materia contractelor de credit bancar, informarea împrumutatului consumator este *“piesa centrală a dispozitivului de protecție montat pentru faza formării contractului”*<sup>6</sup>.

Legiuitorul român și european a dovedit o permanentă preocupare pentru reglementarea cât mai exactă a activităților de acordare de credite, din perspectiva cerințelor pe care trebuie să le îndeplinească profesionistul în perioada precontractuală. În acest context OUG nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori a sporit măsurile de protecție a împrumutaților, inclusiv din perspectiva conștientizării acestora cu privire la condițiile contractuale. În linia acestui demers se înscriu și referirile la informarea consumatorilor inclusiv prin furnizarea unor *„Informații standard la nivel european privind creditul pentru consumatori”*.

Cu toate acestea, de protecția oferită de O.U.G. nr. 50/2010 nu mai pot beneficia consumatorii care deja contractaseră credite bancare anterior intrării în vigoare a actului normativ.

Jurisprudența a îmbrățișat viziunea privind necesitatea respectării dreptului la informare al consumatorilor din ce în ce mai puternic în anii de după criza economică, ca urmare a creșterii exponențiale a numărului de cereri de chemare în judecată având ca obiect constatarea caracterului abuziv al unor clauze contractuale, cu consecințe pecuniare favorabile consumatorului.

Informarea consumatorilor se înscrie în rândul unor măsuri cu o lungă aplicabilitate în dreptul bancar și al consumului. Este justă abordarea, odată ce teoria dreptului civil presupune existența unui echilibru contractual, acesta fiind însă mult diminuat de poziția părților în cazul contractelor de credit. În aceste condiții echilibrul contractual se restabilește la nivelul elementelor necesare pentru formarea consimțământului prin oferirea tuturor informațiilor necesare exprimării acestuia în deplină cunoștință de cauză.

## 2. O.U.G. nr. 52/2016. Noutate sau reafirmare?

Adoptarea O.U.G. nr. 52/2016 *privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile, precum și pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori* a fost fundamentată pe următoarele considerente principale:

- transpunerea în legislația națională a Directivei 2014/17/UE a Parlamentului European și a Consiliului<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Juanita Goicovici, *Dreptul consumației*, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2006, p. 103.

<sup>7</sup> Directiva 2014/17/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 4 februarie 2014 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile rezidențiale și de modificare a Directivelor 2008/48/CE și 2013/36/UE și a Regulamentului (UE) nr. 1093/2010 Text cu relevanță pentru SEE.

- eventualele dificultăți financiare întâmpinate de împrumutați pe parcursul derulării unui contract de credit garantat cu un bun imobil.

- completarea cadrului legislativ care să stabilească un echilibru în relația contractuală dintre consumatori și entitățile care desfășoară activitatea de recuperare creanțe.

- elaborarea de măsuri care să asigure conștientizarea de către consumatori a riscului pe care și-l asumă, precum și posibilitatea consumatorilor de a-și limita expunerea la riscul ratei de schimb valutar pe durata creditului.

Conform art. 1 al textului de lege, domeniul de aplicare al ordonanței cuprinde drepturile și obligațiile părților în ceea ce privește contractele de credit pentru consumatori privind vânzarea, respectiv cumpărarea unor bunuri imobile, contractele de credit garantate cu ipotecă asupra unor bunuri imobile, aspecte privind evaluarea bonității înainte de acordarea unui credit de către creditorii non-financiari, anumite cerințe prudentiale și de supraveghere, inclusiv pentru înființarea și supravegherea intermediarilor de credite și a entităților care desfășoară activitatea de recuperare creanțe, precum și aspecte cu privire la furnizarea de servicii accesorii.

Ordonanța de urgență se constituie într-o nouă reglementare care a scop sporirea ariei de protecție a consumatorilor, prin instituirea unor obligații noi sau prin întărirea din punct de vedere juridic a conduitei pe care trebuie s-o adopte instituțiile bancare în relația cu aceștia. Întregul demers se înscrie într-un cadru general la nivel european, de protecție a drepturilor consumatorilor, care tinde să devină absolută, prin căutarea permanentă a echilibrului contractual total între aceștia și agenții economici<sup>8</sup>.

Actul normativ reglementează astfel conceptul de „educație financiară”, prin introducerea a două articole (art. 4 și art. 5) care au ca scop responsabilizarea suplimentară a autorităților publice și creditorilor cu privire la practicile responsabile de împrumut și de gestionare a datoriilor, îndeosebi cu privire la contractele de credit pentru consumatori garantate cu ipotecă.

Practic, educarea consumatorilor reprezintă un melanj între informarea și consilierea acestora, în vederea recuperării decalajului informațional între aceștia și agenții economici care oferă servicii financiare.

De remarcat că legiuitorul a pus și în sarcina autorităților publice sau a organizațiilor nonguvernamentale obligația de a contribui la educarea financiară a consumatorilor din perspectiva gestionării propriului buget și a datoriilor contractate sau pe care doresc să le contracteze.

---

<sup>8</sup> Actul normativ se înscrie de asemenea în segmentul instrumentelor de protecție a consumatorului spre a evita suprîndatorarea acestuia, prin conștientizarea riscurilor contractuale. Pentru o analiză a condițiilor supraîndatorării consumatorului a se vedea Daniela Deteșan, *Insolvența persoanei fizice. Tratatul juridic al supraîndatorării consumatorului*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 25-41.

Cu toate acestea, se reglementează expres obligația creditorilor de a organiza **cel puțin anual**, activități de informare și educare a consumatorilor, punându-se accent în special pe specificul creditelor ipotecare și pe situația acelor consumatori care au în perspectivă contractarea pentru prima dată a unui astfel de credit.

Informarea corectă a consumatorilor fusese o preocupare a legiuitorului român chiar de la adoptarea O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor<sup>9</sup> și ulterior a fost reiterată prin Legea nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice<sup>10</sup>, sau ulterior prin prevederile O.U.G. nr. 50/2010.

Este deja general acceptat faptul că încheierea contractului presupune exprimarea unui consimțământ neviciat și liber, astfel că fiecare parte trebuie să cunoască toate împrejurările referitoare la actul juridic ce se dorește a fi încheiat. Pentru consumator, *profan* al cunoștințelor financiare extinse, exprimarea consimțământului în deplină cunoștință de cauză devine o provocare, pe care agenții economici nu trebuie să o transforme într-un deziderat iluzoriu.

Potrivit art. 38 din Legea nr. 289/2004, statul încurajează folosirea de programe menite să asigure consumatorilor o informare și o educare corespunzătoare în vederea unei alegeri corecte. Scopul urmărit este protejarea consumatorilor la achiziționarea de produse și servicii, precum și protejarea interesului public general împotriva publicității înșelătoare, a consecințelor negative ale publicității.

Așadar, noua reglementare nu reprezintă o inovație legislativă în materie, însă reluarea și întărirea obligației de informare și consiliere prin descrierea amănunțită a cadrului în care aceasta se manifestă este de natură a spori importanța pe care atât cei implicați în astfel de relații pre-contractuale, cât și instanțele de judecată

---

<sup>9</sup> Art. 18: „Consumatorii au dreptul de a fi informați, în mod complet, corect și precis, asupra caracteristicilor esențiale ale produselor și serviciilor oferite de către operatorii economici, astfel încât să aibă posibilitatea de a face o alegere rațională, în conformitate cu interesele lor, între produsele și serviciile oferite și să fie în măsură să le utilizeze, potrivit destinației acestora, în deplină securitate.”

<sup>10</sup> ”Înainte de încheierea contractului, creditorul are următoarele obligații:

a) să ofere gratuit consumatorului, pe hârtie sau pe alt suport durabil, un grafic de rambursare și un exemplar al proiectului contractului de credit, în momentul solicitării de către consumator a unei oferte de credit;

b) să prezinte consumatorului informațiile complete, corecte și precise privind contractul de credit avut în vedere;

c) să informeze consumatorul despre întreaga documentație de credit necesară acordării unui credit, documentație care trebuie să cuprindă cel puțin:

1. situațiile financiare curente ale solicitantului de credit și ale oricărui garant al acestuia, conform reglementărilor specifice;

2. o descriere a modalităților de garantare pentru plata integrală a datoriei și, după caz, o evaluare a bunurilor care fac obiectul garanției”.



chemate să se pronunțe asupra legalității modului de încheiere a contractului, nu le mai pot ignora sau trata cu superficialitate.

Néndeplinirea obligației de informare atrage deja în jurisprudență sancțiuni<sup>11</sup>, astfel cum sunt deja celebrele soluții de „stabilizare” a cursului de schimb valutar la valoarea de la data acordării creditului<sup>12</sup>. În aceste condiții devine deosebit de importantă pentru instituțiile de credit posibilitatea de a dovedi îndeplinirea efectivă a acestei obligații.

Directiva 2008/48/CE prevede că banca este obligată să furnizeze **informații precontractuale** unui client care intenționează să contracteze un credit, înainte ca acesta să semneze contractul, astfel încât clientul să poată lua o decizie în cunoștință de cauză. La fel ca și în cazul obligației de negociere, stabilită prin Legea nr. 193/2000, dovada informării consumatorului se va face tot de către creditor astfel cum a stabilit deja CJUE în cauza C-449/13 CA *Consumer Finance v Ingrid Bakkaus și alții*.

Ca un element de noutate, monitorizarea îndeplinirii activităților de informare a consumatorilor se face de către ANPC ca urmare a comunicărilor acestora direct de către creditori.

Obligația de informare a consumatorilor trebuie să se manifeste încă din faza ofertelor publice cu privire la un anumit produs bancar. Acestea trebuie să respecte și regulile generale trasate de interzicerea publicității înșelătoare, respectiv claritatea și corectitudinea mesajelor astfel încât acestea să nu inducă în eroare.

Ca și anterioara O.U.G. nr. 50/2010 (care se referea la informațiile standard la nivel european, care presupuneau oferirea către consumatori a acelor informații considerate esențiale anterior semnării contractului de credit), noua reglementare stabilește un set de informații standard care trebuie să se regăsească în orice formă de publicitate cu privire la contractele de credit. Acestea trebuie să fie ușor accesibile se referă la identitatea creditorului, garanții, felul ratei dobânzii, valoarea totală a creditului, DAE, durata contractului, valoarea ratelor, variația cursului de schimb valutar.

Modificarea adusă de O.U.G. nr. 52/2016 o reprezintă necesitatea prezentării informațiilor cu privire la efectele pe care le-ar produce asupra costului creditului variațiile cursului de schimb sau alte riscuri specifice, astfel cum sunt variația indicelui de referință sau scăderea propriilor venituri.

Informațiile oferite consumatorilor devin tot mai precise în cazul prevăzut de art. 8, respectiv acelea oferite pe hârtie sau în formă electronică.

---

<sup>11</sup> Sarcina stabilirii de către instanțe a sancțiunilor a fost cauzată de lipsa prevederii acestora în actele normative ce reglementează protecția consumatorilor. A se vedea, Anca Nicoleta Gheorghie, Carmen Spasici, Dana Simona Arjoca, *op. cit.*, p. 67.

<sup>12</sup> Decizia civilă nr. 240/04.04.2017 a Tribunalului Gorj, Decizia civilă nr. 172/08.03.2017 a Tribunalului Gorj, Decizia civilă nr. 2328/24.06.2016 a Tribunalului București, Decizia civilă nr. 787/27.10.2015 a Tribunalului Vâlcea, nepublicate.

Informațiile prealabile se constituie practic într-o ofertă de credit, pe care consumatorul trebuie să o evalueze exact, în vederea formării consimțământului său avizat. Pe lângă informarea, completă, creditorii trebuie să ofere și explicații detaliate cu privire la aspectele învederate consumatorilor, astfel încât să se substituie unor reali consultanți de credit, orientați spre satisfacerea nevoilor împrumutaților.

De asemenea, spre deosebire de obligația de negociere, care în opinia noastră rămâne la stadiul de acordare a posibilității de negociere, informarea trebuie să fie efectivă, să ofere consumatorului posibilitatea reală de a se găsi pe poziție de egalitate juridică față de creditor la momentul semnării contractului. Astfel, în cadrul posibilității de informare se regăsesc și cerințele de formă privind redactarea contractelor de credit.

De asemenea, actul normativ modifică art. 30 al O.U.G. nr. 50/2010 prin instituirea obligațiilor de evaluare a bonității consumatorului din perspectiva posibilității viitoare de rambursare raportată la **variația cursului de schimb și rata dobânzii**. Este o dovadă suplimentară că preocuparea legiuitorului se îndreaptă spre conștientizarea efectelor negative ale variației cursului valutar.

Practic prin recunoașterea specificului activității bancare, precum și a limbajului tehnic utilizat atât în oferte, cât și în contractele de credit, deși acesta este în cele mai multe cazuri preluat ca atare din reglementări, se afirmă o obligație suplimentară, de prestare a serviciilor de informare și consultanță a consumatorilor, provenită din obligația generală de executare a contractelor cu bună credință, prevăzută de art. 970 C. civ. 1864 (art. 1170 C. civ. actual).

Reafirmarea dreptului de informare completă a consumatorilor corespunde tendinței introdusă prin O.U.G. nr. 50/2010 cu privire la furnizarea informațiilor standard la nivel european (art. 11 și urm.), de a stabili un set de elemente determinante pentru consumator în vederea încheierii contractului de credit, care trebuie aduse la cunoștința acestuia.

Adoptarea și aplicarea O.U.G. nr. 52/2016 presupune însă conturarea unor răspunsuri clare la următoarele întrebări:

1. Există o tendință de suprainformare a consumatorilor?
2. Care va fi optica instanțelor în litigiile aflate în curs?
3. Odată cu îndeplinirea exactă de către instituțiile de credit a obligațiilor trasate, se va transfera riscul de credit în totalitate către împrumutat?

1. Cu privire la prima întrebare, apreciem că există într-adevăr o tendință de suprainformare, prin reducerea consumatorului, în toate cazurile, la o persoană total neavizată. Este adevărat că informarea trebuie să fie efectivă și să cuprindă toate elementele necesare pentru formarea avizată a consimțământului, însă aceasta nu trebuie să se extindă la elemente de notorietate, sau care au intrat deja în practica curentă a relațiilor contractuale.

Apreciem că această opinie este împărtășită și de CCR prin argumentele expuse în Decizia nr. 62/2017<sup>13</sup>: „*Opțiunea pentru un credit într-o monedă străină este făcută conștient și cu bună-știință de către debitor, în considerarea avantajelor pe care acest credit le oferea în comparație cu celelalte produse de creditare oferite atât de creditor, cât și de alți furnizori de produse bancare (cost mai redus, acces la o sumă mai mare de bani, posibilitatea de a-și realiza investiții mai substanțiale etc.) Concomitent cu identificarea avantajelor acestui tip de credit, împrumutatul are posibilitatea de a identifica și dezavantajele lui, printre care riscul de a angaja o sumă mai mare de lei pentru restituirea unui credit în valută comparativ cu cel în lei (dacă aceasta este moneda în care obține principalele venituri)*”.

Prin urmare, cel puțin în ceea ce privește împrumutul într-o anumită monedă, s-a apreciat că orice debitor a avut reprezentarea conștientă a beneficiilor și dezavantajelor pe care acesta le implică.

Prin urmare există o neconcordanță între optica legiuitorului și cea a instanței de contencios constituțional cu privire la limitele în care ar trebui informat consumatorul. Variația riscului valutar este un element de notorietate, odată ce consumatorul are cu ușurință acces la situația cursului valutar al RON față de mai multe monede, precum și la tranzacții cu acestea, care îi pot dovedi modificarea cursului de schimb.

Cu toate acestea, noua viziune a legiuitorului presupune îndeplinirea obligației de informare peste limitele pe care le apreciem echitabile.

2. Cea de-a doua întrebare are mai mult un caracter practic, în sensul că instanțele de judecată vor tinde să aplice raționamentul juridic expus în noul act normativ și litigiilor aflate în curs pentru contracte de credit încheiate încă din anii 2007-2008. Indiferent de normele de punere în aplicare și discuția asupra aplicării în timp, trebuie ținut cont de scopul reglementării, respectiv conștientizarea consumatorilor în contextul dificultăților economice cauzate de variația cursului de schimb.

Există un potențial negativ al soluțiilor pronunțate pentru litigiile aflate în curs, sau cele viitoare, ca urmare a expunerii argumentelor care țin de informarea (pe care noi o caracterizăm ca excesivă) a consumatorilor.

3. Un alt efect al reglementării pe care îl preconizăm este acela al transferării integrale a riscului creditului către împrumutat.

Astfel, criteriile impuse de legiuitor pentru îndeplinirea obligațiilor de informare și consiliere au tocmai scopul de a echilibra pozițiile contractuale și de a oferi

---

<sup>13</sup> Decizia nr. 62/07.02.2017 a Curții Constituționale a României, referitoare la admiterea obiecției de neconstituționalitate a dispozițiilor Legii pentru completarea O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, disponibilă pe [www.ccr.ro](http://www.ccr.ro).

toate elementele necesare pentru formare consimțământului. Odată îndeplinite integral și întocmai obligațiile, consumatorii nu ar mai putea invoca lipsa cunoștințelor de specialitate și astfel întreg riscul contractual se transferă în mod just către acesta, conform principiului general de drept *res perit debitori*. Rămâne de observat cum va fi apreciată această împrejurare de instanțele naționale, respectiv dacă va conduce la o schimbare a opticii acestora favorabilă consumatorilor.

### 3. Soluții legislative în sistemul de drept francez

Cu privire la creditele în monedă străină acordate consumatorilor, Legea de separare și regularizare a activităților bancare (Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de *séparation et de régulation des activités bancaires*<sup>14</sup>) interzice încheierea contractelor de împrumut în monedă străină în anumite situații, măsură aplicabilă în statul francez începând cu data de 01 octombrie 2014. În acest sens, Autoritatea de supraveghere prudencială a Băncii Franței (Autorité de contrôle prudentiel et de résolution – ACPR Banque du France), organ de regularizare a sectorului financiar, a reiterat recomandarea sa inițială, care data încă din anul 2012, cu privire la împrumuturile acordate de instituțiile bancare ce comportă un risc de schimb valutar, vizând în special creditele imobiliare acordate în franci elvețieni și rambursate în euro.

O astfel de recomandare a intervenit la nivelul anului 2012 pe fondul a două plângeri formulate în acest sens de către clienți ai instituțiilor bancare (BNP Paribas și Credit Agricole du Lorraine), ce au solicitat anularea creditelor acordate, invocând practici comerciale neloiale și manopere ilicite întreprinse de bănci cu ocazia acordării împrumuturilor în monedă străină. Recomandarea inițială privea definirea bunelor practici în materie de contracte de împrumut în monedă străină, chiar dacă, la acel moment, legiuitorul nu sesizase acest subiect spre reglementare.

Tocmai pentru aceste motive, Legea din 26 iulie 2013, de separare și regularizare a activităților bancare, a venit să ranforseze cadrul legal destinat creditelor cu risc valutar.

**Totodată, potrivit art. L 313-64 din Codul de consum francez, împrumutatul nu poate contracta credite denumite într-o altă monedă decât euro (...) decât în cazul în care declară că veniturile sale sunt percepute în respectiva monedă străină ori că deține în patrimoniu sume denumite în moneda ce face obiectul creditului solicitat.**

Astfel, revenind asupra Legii din 26 iulie 2013, începând cu data de 1 octombrie 2014, împrumutatul trebuie să furnizeze instituției de credit o **declarație pe proprie**

<sup>14</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027754539&categorieLien=id>

răspundere din care să reiasă fie că cel puțin jumătate din veniturile sale anuale sunt percepute în moneda a cărei denotație privește creditul solicitat, fie că deține active denominate în valuta creditului solicitat, a căror valoare să reprezinte un procent de cel puțin 20% din credit<sup>15</sup>.

Riscul de schimb valutar este considerat în astfel de condiții ca acceptat de către persoana împrumutatului în cazul în care, pe fondul unor schimbări la nivel economic ce pot surveni pe perioada derulării contractului de credit, valoarea sumei ce urmează a se restitui este influențată de fluctuația cursului valutar în dezavantajul consumatorului.

Legea impune, de asemenea, o obligație de informare a consumatorului de către instituțiile bancare cu privire la riscurile ce pot interveni odată cu eventualele fluctuații de schimb valutar.

În ceea ce privesc regulile de competență profesională, încă o modalitate de protecție a consumatorului este instituită și de către art. D313-10-2 din Codul consumului, care pune în sarcina instituțiilor de credit îndatorirea acestora de a veghea asupra personalului lor angajat cu privire la îndeplinirea condițiilor de competență profesională prevăzute de lege, necesare pentru a putea intermedia contracte de credit cu consumatorii<sup>16</sup>.

Prin urmare, sistemul de drept francez cuprinde o protecție suplimentară a împrumutaților, sub forma unei limitări – aceea a imposibilității contractării finanțării în anumite condiții. Este ceea ce s-a încercat și în legislația națională prin O.U.G. nr. 52/2016, în sensul conștientizării consumatorilor cu privire la riscurile reale la care se expun. Legislația noastră însă nu cuprinde limitările aduse în Franța și, astfel, expune în continuare atât consumatorul la riscul contractării unui credit cu o evoluție defavorabilă acestuia, cât și creditorul la eventuale litigii în care instanțele vor analiza modul de îndeplinire a obligațiilor de informare și consiliere.

---

<sup>15</sup> <http://www.cbanque.com/credit/recommandations-pret-deviser.php>

<sup>16</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565&idArticle=LEGIARTI000032549569&dateTexte=&categorieLien=cid>