

Executarea obligațiilor prin echivalent. Daunele interese. Clauza penală. Arvuna în viziunea Noului Cod Civil

Lector univ.dr. Florina Popa

Facultatea de Drept și Științe Administrative
Universitatea de Vest din Timișoara

Abstract: This study emphasizes that performing obligations by equivalent, according to the new Romanian Civil Code, imposed an own dynamics, ratified by the reconfiguration of legal mechanisms on damage assessment, damages invoking legitimacy, primacy of the dualistic theory on penal clause (reparatory civil penalty and punitive reparation) and the dichotomous structure of the earnest payment, which acts similarly to the penal clause, being a conventional estimate of damage incurred in case of unilateral termination.

Key-words: Romanian Civil Code, damage assessment, penal clause, termination of the contract.

1. EXECUTAREA OBLIGAȚIILOR PRIN ECHIVALENT. REGULI GENERALE

Executarea prin echivalent a obligației înseamnă „dreptul creditorului de a pretinde și a obține de la debitor echivalentul prejudiciului pe care l-a suferit, ca urmare a neexecutării, executării cu întârziere sau necorespunzătoare a obligației asumate.”¹

În raport cu definițiile date de doctrina juridică, noua reglementare, respectiv art.1530 din Codul civil, consacră principiul fundamental și definitiv care guvernează materia executării obligațiilor prin echivalent, în sensul în care creditorul are dreptul să ceară debitorului repararea integrală a prejudiciului pe care acesta i l-a cauzat ca o consecință directă și necesară a *neexecutării fără justificare*, sau, după caz, *culpabile* a obligației.

Ipsa logico, noua reglementare disciplinează cu maximă diligență sfera eticii contractuale pentru menținerea echilibrului contractual, întrucât nu numai neîndeplinirea *culpabilă* a obligației, ci și cea fără justificare impune în perimetrul relației contractuale plata daunelor-interese.

Pentru a opera în mod efectiv și eficient, executarea obligațiilor prin echivalent, trebuie îndeplinite *in concreto* condițiile răspunderii civile contractuale:

¹ Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ediția a IX-a, revizuită și adăugită, Editura Hamangiu, București, 2008, p.328.

a) existența unei fapte ilicite care constă în nerespectarea unei obligații contractuale, aducându-se prin aceasta atingere unui drept subiectiv patrimonial sau nepatrimonial al creditorului;

b) existența unui prejudiciu patrimonial sau nepatrimonial (conform art. 1531 alin.3 Cod civil);

c) raportul de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciul produs;

d) vinovăția celui care săvârșește fapta ilicită, cu mențiunea că dispozițiile art. 1548 Cod civil instituie *expressis verbis* prezumția relativă de culpă în seama debitorului unei obligații contractuale² prin simplul fapt al neexecutării.

Într-o altă exprimare³ „*condițiile acordării daunelor-interese sunt următoarele: să existe o neexecutare culpabilă / fără justificare; debitorul să se afle în întârziere; creditorul să fi suferit un prejudiciu / să fie cert; creditorul să probeze existența prejudiciului; prejudiciul să fie consecința directă și necesară a executării.*”

2. EVALUAREA PREJUDICIULUI. PREJUDICIUL NEPATRIMONIAL. PREJUDICIUL VIITOR DISTINCT DE PIERDEREA UNEI ȘANSE. MECANISME JURIDICE RECONFIGURATE

Pentru a beneficia de dreptul la repararea integrală a prejudiciului suferit din faptul neexecutării obligației debitorului, creditorul trebuie să obțină în prealabil o evaluare reală, adecvată, a prejudiciului.

Doar din perspectiva evaluării prejudiciului se va stabili quantumul daunelor-interese în acord cu *întinderea prejudiciului* și cu *natura sa juridică*, sub aspect material, dar și sub aspect nepatrimonial, conform art. 1531 alin. Cod civil.

Prejudiciul material sau patrimonial constă în diminuarea patrimoniului creditorului cu o anumită valoare economică asupra căreia are un drept sau ar fi avut dreptul sau posibilitatea să o dobândească. Acesta include în substanța sa paguba efectiv suferită (*damnum emergens*), adică valoarea prestației datorate de debitor și neexecutată, precum și câștigul nerealizat (*lucrum cessans*), în sensul beneficiului de care este privat creditorul.

Potrivit art. 1531 alin.2 teza a II-a Cod civil, „*la stabilirea întinderii prejudiciului se ține seama și de cheltuielile pe care creditorul le-a făcut, într-o limită rezonabilă, pentru evitarea sau limitarea prejudiciului*”, oferindu-se deplină autoritate principiului reparării integrale a prejudiciului.

Din perspectiva prejudiciului moral sau nepatrimonial, atingerile aduse reputației, onoarei, numelui, respectului vieții private, dreptului moral al autorului asupra operei sale, inviolabilității corespondenței, prejudiciul estetic, pot determina sfera de defnire a

² Potrivit dispozițiilor art. 1481 alin. 1 Cod civil, „*în cazul obligațiilor de rezultat debitorul este ținut să procure creditorului rezultatul promis*”, iar potrivit alin. 2 al aceluiași articol, „*în cazul obligațiilor de mijloace, debitorul este ținut să folosească toate mijloacele necesare pentru atingerea rezultatului promis.*”

³ *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații.* –Editura C.H. Beck, București, 2011, pag. 565.

prejudiciului moral *lato sensu*. Potrivit acestei interpretări *in extenso* chiar persoanele juridice pot suferi o daună morală,⁴ conform doctrinei și jurisprudenței franceze în materie.

Stricto sensu, prejudiciul moral trebuie înțeles ca o atingere adusă sentimentelor, putându-se concretiza în prejudiciul de afecțiune⁵, prejudiciu de decepție⁶ sau prejudiciu de stres.⁷

Prejudiciul corporal constă în atingerea adusă persoanei fizice. Acest tip de prejudiciu are o structură dihotomică: din perspectivă economică, se includ aici: costul îngrijirilor acordate în accidente de circulație, incapacități de muncă, ce determină o pierdere de câștig sau de speranță de câștig, având consecințe prin ricoșeu asupra persoanelor la acoperirea nevoilor cărora participă victima imediată; din perspectiva drepturilor nepatrimoniale, sunt cuprinse în sfera acestui tip de prejudiciu suferințele morale, prejudiciul de agrement, prejudiciul specific de contaminare (reducerea speranței de viață).

Potrivit art. 1532 alin. 1 Cod civil, „*la stabilirea daunelor-interese se ține seama de prejudiciile viitoare, atunci când acestea sunt certe.*” Astfel, certitudinea unui *prejudiciu viitor* se referă atât la existența, cât și la întinderea sa. Dacă un prejudiciu material sau corporal (având în vedere dimensiunea patrimonială) este sigur că se va produce, dar nu se cunoaște în prezent întreaga sa întindere, instanța de judecată va fi limitată procedural la obligarea debitorului numai la repararea prejudiciului evaluat cu certitudine. Repararea prejudiciilor viitoare și eventuale care vor deveni apoi certe după pronunțarea hotărârii judecătorești definitive de condamnare a debitorului va putea fi acordată numai în urma promovării de către creditor a unei acțiuni separate în justiție.⁸

Per a contrario, prejudiciile viitoare și eventuale, nu sunt certe, deoarece producerea lor nu este sigură. Aceste prejudicii vor deveni certe numai din momentul în care s-au produs sau este sigur că se vor produce. Până în acel moment ele sunt doar prejudicii virtuale, potențiale sau ipotetice.

În vădit contrast cu dimensiunea juridică și materială a prejudiciilor viitoare, prejudiciile constând în pierderea unei șanse se referă la pierderea posibilității unei persoane de a realiza un câștig sau de a evita o pierdere.

Astfel, uneori medicul care nu își îndeplinește obligația de informare a pacientului îl privează pe acesta de o șansă, care constă în evitarea, printr-o altă decizie mai judicioasă, a riscului

⁴ V.Wester – Ouisse, *Le préjudice moral des personnes morales*, JCP G, 2003, p. 145; Cass.com., 6 noiembrie, 1979, - în speță, s-a decis că o întreprindere de haine suferă un prejudiciu moral din cauza unui film indecent care utilizează frecvent și într-o manieră ostentativă, însemne publicitare ce poartă marca hainelor fabricate în acea întreprindere. Și totuși prejudiciul ce rezultă din această daună este pur economic, lovind în atractivitatea comercială a mărcii.

⁵ Philippe Malaurie, Laurent Aynés, Philippe Stoffel-Munck, *Drept civil.Obligațiile*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, p.147.

⁶ CJCE, 12 martie 2002, citată în Philippe Malaurie, Laurent Aynés, Philippe Stoffel-Munck, *Drept civil.Obligațiile*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, p.147: turistul victimă a unei defecțiuni desfășurări a voiajului său trebuie să fie indemnizat pentru prejudiciul moral ce rezultă ca efect al vacanței sale pierdute, chiar dacă legislația sa națională nu prevede că un astfel de prejudiciu este reparabil.

⁷ Cass.civ., 1re, 16 noiembrie 2004 : un agent de voiaj le impune turiștilor să-și continue croaziera pe Nil, în pofida unui atentat la Luxor; -speță citată în Philippe Malaurie, Laurent Aynés, Philippe Stoffel-Munck, *Drept civil.Obligațiile*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, p.147

⁸ Liviu Pop, *Tratat de drept civil.Obligațiile. Vol.II. Contractul*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p.655.

care s-a realizat. Pierderea acestei șanse constituie o daună distinctă de vătămările corporale suferite din cauza intervenției medicale.⁹

Din perspectiva dreptului bancar, în jurisprudența franceză s-a statuat faptul că, pentru clientul băncii, neîndeplinirea de către instituția de credit a obligației de avertizare a avut drept consecință pierderea șanse de a nu contracta.¹⁰

În esență, constituie o pierdere a unei șanse reparabile numai dispariția actuală și certă a unei eventualități favorabile.¹¹ Atunci când pierderea unei șanse este reparabilă, daunele-interese alocate victimei nu sunt decât o fracțiune din avantajul sperat, mai mult sau mai puțin puternic, în funcție de probabilitate. Indemnizația nu este deci egală cu totalitatea câștigului sperat, a cărui obținere, prin ipoteză, este aleatorie.¹²

Astfel, pierderea unei șanse are caracter cert și deci este indemnizabilă dacă acea șansă pierdută este *reală și serioasă*; dacă nu îndeplinește aceste condiții de fond, peremptorii, prejudiciul în cauză este calificat eventual sau ipotetic și este nereparabil.

Repararea prejudiciului constând în pierderea unei șanse, este în principiu, inferioară avantajelor pe care victima, respectiv creditorul contractual, le-ar putea obține din valorificarea acelei posibilități sau șanse. Această operațiune juridică se va realiza ținând cont de calculul probabilităților, adică de procentul în care acea șansă se putea realiza, iar stabilirea despăgubirii se face de către judecător, de la caz la caz, în funcție de circumstanțe.¹³

Daunele-interese includ numai prejudiciul care este o consecință directă și necesară a neexecutării obligației; condiție repetată și în art. 1533 Cod civil după ce a fost enunțată *expressis verbis* în art. 1530 al aceluiași act normativ. Noua reglementare păstrează principiul consacrat de dispozițiile art. 1082 și 1086 din Codul civil de la 1864, potrivit cu care debitorul nu va răspunde pentru repararea consecințelor indirecte care în mod firesc s-ar fi produs și fără fapta sa culpabilă.

Un concept nou introdus în această materie este „*prejudiciul imputabil creditorului*”, instituție reglementată expres de dispozițiile art. 1534 Cod civil. Astfel, despăgubirile datorate de debitor se vor diminua în mod corespunzător „*dacă, prin acțiunea sau omisiunea sa culpabilă, creditorul a contribuit la producerea prejudiciului*”, precum și în situația când „*prejudiciul este cauzat în parte de un eveniment al cărui risc a fost asumat de creditor*”. În fine, aliniatul al doilea al articolului 1534 îl exonerează pe debitor de repararea prejudiciului pe care creditorul „*l-ar fi putut evita cu o minimă diligență*”.

În materie de răspundere civilă delictuală, însă, Jurisprudența Curții de Casație Franceze a decis că autorul răspunzător de prejudiciul cauzat printr-un accident are obligația

⁹ Ion Turcu, *Dreptul sănătății. Frontul comun al medicului și juristului*. Editura Wolters Kluwer, București, 2010, p.208.

¹⁰ Cass.fr., sect.com., 20 octombrie 2009, citată în Ion Turcu, *Noul Cod Civil. Cartea a V-a. Despre obligații (art.1164-1649). Comentarii și explicații*, Editura C.H.Beck, București, 2011, p. 628.

¹¹ Philippe Malaurie, Laurent Aynés, Philippe Stoffel-Munck, *Drept civil. Obligațiile*, op.cit., p.141.

¹² Cass.Civ., 1re, 16 iulie 1998: în materie de răspundere contractuală, *reparația pierderii unei șanse trebuie să fie măsurată în funcție de șansa pierdută și nu poate fi egală cu avantajul pe care l-ar fi procurat această șansă dacă s-ar fi realizat*; citată în Philippe Malaurie, Laurent Aynés, Philippe Stoffel-Munck, *Drept civil. Obligațiile*, op.cit., p.141.

¹³ Liviu Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol.II. Contractul*, op.cit., p.657.

să repare toate consecințele păgubitoare decurgând, prin cauzalitate, direct din fapta autorului, iar victima nu este nicidecum obligată să limiteze prejudiciul în interesul autorului faptei.¹⁴

Mai este de reținut că, potrivit dispozițiilor art. 1533 Cod civil, „debitorul răspunde numai pentru prejudiciile pe care le-a prevăzut sau pe care putea să le prevadă ca urmare a neexecutării la momentul încheierii contractului, afară de cazul în care neexecutarea este intenționată ori se datorează culpei grave a acestuia”, acest text reluând soluția de principiu instituită de dispozițiile art. 1085 și 1086 din Codul civil de la 1864, cu precizarea că prejudiciul imprevizibil se acoperă și în caz de culpă gravă a debitorului, însă sub rezerva că „chiar și în acest din urmă caz, daunele – interese nu cuprind decât ceea ce este o consecință directă și necesară a neexecutării obligației.”

3. DAUNELE MORATORII ÎN CAZUL OBLIGAȚIILOR BĂNEȘTI ȘI A OBLIGAȚIILOR DE A FACE

Potrivit dispozițiilor art. 1535 Cod civil, în cazul în care debitorul nu plătește la scadență o sumă de bani, creditorul are dreptul la daune moratorii de la scadență până la executarea obligațiilor, în *quantum*ul convenit de părți, și doar în lipsa unei astfel de convenții, *quantum*ul va fi cel stabilit de lege. De observat că începând cu 1 septembrie 2011 avem o nouă reglementare în materia dobânzii legale, reprezentată de Ordonanța Guvernului nr. 13 / 2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiare - fiscale în domeniul bancar.¹⁵ Acest act normativ distinge între dobânda datorată de debitorul obligației de a da o sumă de bani la un anumit termen, calculată pentru perioada anterioară împlinirii termenului scadenței obligației (*dobânda remuneratorie*) și dobânda datorată de debitorul obligației bănești pentru neîndeplinirea obligației respective la scadență (*dobânda penalizatoare*). Dobânda penalizatoare aparține sferei daunelor moratorii, fiind corelată cu instituția răspunderii civile¹⁶, respectiv cu durata întârzierii în executare, în timp ce dobânda remuneratorie este predeterminată, operând independent de faptul neexecutării culpabile a obligației sau de existența unui prejudiciu, aparținând categoriei fructelor civile.

Posibilitatea creditorului de a pretinde daune moratorii în cazul întârzierii stingerii obligației la scadență este recunoscută de lege fără ca acesta să fie obligat să probeze existența prejudiciului, iar debitorului nu i se permite să facă dovada că prejudiciul suferit de creditor ca urmare a întârzierii plății ar fi inferior celui prevăzut de lege în materia dobânzii legale.

Se cuvine a fi subliniat faptul că în acord cu art.1535 alin.2 Cod civil, dacă înainte de scadență debitorul datora dobânzi mai mari decât dobânda legală, daunele moratorii vor fi la nivelul dobânzii convenționale aplicate înainte de scadență. Pe de altă parte, însă, respectând

¹⁴ Ion Turcu, Noul Cod Civil. Cartea a V-a. Despre obligații (art.1164-1649). Comentarii și explicații, Editura C.H.Beck, București, 2011, p.630.

¹⁵ Acest act normativ a fost publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 607, din 30 august 2011.

¹⁶ Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații. – *op cit*, , pag. 566

dispozițiile art. 1535 alin. 3 Cod civil, în cazul în care daunele moratorii nu au fost convenite de părți într-un quantum mai mare decât dobânda legală, creditorul are dreptul, în afara dobânzii legale, la daune-interese pentru repararea integrală a prejudiciului suferit. Având în vedere noua reglementare, în mod judicios s-a spus că dobânda legală datorată pentru întârzierea executării obligațiilor de a face nu reprezintă decât un prag minim (o veritabilă garanție acordată creditorului) sub care nu este permis să se coboare¹⁷.

Așa cum s-a arătat în mod constant în doctrina relevantă în materie, în cazul obligațiilor pecuniare nu este admisibilă o clauză penală cu privire la daunele-interese compensatorii, deoarece aceste obligații pot fi întotdeauna executate în natură, dar ar putea să-și revendice admisibilitatea o clauză penală având ca obiect daunele-interese moratorii pentru întârziere în executarea obligației.

În cazul obligațiilor de *a face*, care nu constau în plata unei sume de bani, întârzierea executării conferă creditorului dreptul la daune-interese egale cu dobânda legală, calculate de la data la care debitorul este în întârziere cu privire la echivalentul bănesc al obligației, potrivit art. 1536 Cod civil.

Situația de excepție se concretizează în existența unei clauze penale pentru acoperirea prejudiciului suferit de creditor. În absența unei astfel de clauze, se permite creditorului dovada unui prejudiciu superior celui rezultat din calculul dobânzii legale. Simpla dovadă că debitorul nu și-a executat obligația nu poate constitui o probă suficientă a prejudiciului suferit de creditor. Acesta din urmă este obligat să justifice atât existența prejudiciului, cât și întinderea acestuia, întrucât art. 1537 prevede în mod neechivoc că „*dovada neexecutării obligației nu îl scutește pe creditor de proba prejudiciului, cu excepția cazului când prin lege sau prin convenția părților se prevede astfel.*”

4. CLAUZA PENALĂ. PRIMATUL TEORIEI DUALISTE : PEDEAPSĂ CIVILĂ REPARATORIE ȘI REPARAȚIE SANȚIONATORIE

Clauza penală este definită prin art. 1538 Cod civil ca fiind o convenție prin care părțile prevăd că debitorul se obligă *la o anumită prestație* în cazul neexecutării obligației principale.

În caz de neexecutare, în acord cu art. 1538 alin. 2 Cod civil, creditorul poate cere fie executarea silită în natură a obligației principale, fie clauza penală. De subliniat că facultatea opțiunii se află la dispoziția creditorului, și nu la libera alegere a debitorului. Așadar, convenția prin care se stipulează clauza penală nu conferă debitorului opțiunea între obligația principală și cea accesorie, esențialmente subsecventă și condiționată de neexecutarea obligației primare, ci „repune” în sarcina lui o prestație unică și determinată. Literatura juridică recentă¹⁸ a subliniat că din prevederile legale anterior citate „*rezultă că, în concepția legiuitorului, faptul neexecutării obligației reprezintă un drept de exit al creditorului din*

¹⁷ Ibidem, pag. 567.

¹⁸ Ibidem, pag. 168.

vinculum juris la care era ținut în temeiul art. 1164 NCC, în sensul că are *posibilitatea, în măsura în care este interesat, să ceară nu executarea obligației principale ci executarea convenției accesorii, clauza penală*". Așadar, clauza penală este, în același timp, o fațetă a răspunderii civile contractuale, dar și o garanție a executării obligației principale, acordată creditorului de către debitorul însuși.

Prevederile art. 1539 Cod civil instituie interdicția cumulului celor două alternative, executarea în natură și penalitatea. Totuși, dacă părțile au stabilit un loc și un timp pentru executarea obligației principale, iar penalitatea s-a stipulat pentru neexecutarea obligației principale la timpul sau la locul stabilit, se permite creditorului să cumuleze executarea silită a obligației principale și executarea silită a penalității, dacă creditorul nu renunță voluntar la dreptul de a cumula executările sau dacă nu acceptă, fără rezerve, executarea obligației principale.¹⁹

Dacă obligația principală este sancționată cu nulitatea, va fi lipsită de efecte și obligația care cuprinde clauza penală, dar dacă nulitatea privește numai clauza penală, rămâne obligația principală neatinsă. De asemenea, dacă principala obligație a devenit imposibilă din motive neimputabile debitorului, nu poate fi cerută penalitatea, deoarece lipsește vinovăția debitorului, care justifică penalitatea.

Din perspectiva *naturii juridice a clauzei penale*, având ca reper definiția clauzei penale din alin.1 art.1538 Cod civil, se consideră că legiuitorul român a oferit prevalență teoriei dualiste, conform căreia clauza penală este o pedeapsă civilă reparatorie dar și o reparație sancționatorie, pentru ipoteza neexecutării ilicite a contractului principal de către debitor.

Privită astfel, clauza penală cuprinde sau regroupează într-o singură noțiune atât natura sa reparatorie, de stabilire anticipată a daunelor-interese, cât și aceea de pedeapsă privată, în sensul de sancțiune contractuală pentru neexecutarea ilicită a obligațiilor contractuale. Prin obligarea debitorului la plata clauzei penale se repară prejudiciul cauzat creditorului și, în același timp, se pedepsește comportamentul ilicit al debitorului care constă în neexecutarea obligațiilor sale contractuale.²⁰ Deși executarea clauzei penale nu este condiționată de dovedirea existenței și întinderii prejudiciului, acordarea ei are însă ca scop principal (și) repararea prejudiciului suferit de creditor.

Din perspectiva structurii mixte a clauzei penale, se consideră că acordarea clauzei penale are loc în principal și preponderent ca pedeapsă civilă pentru a se sancționa faptul neexecutării contractului și numai în subsidiar pentru repararea prejudiciului cauzat; în consecință, ea nu constituie în primul rând o despăgubire, ci, mai degrabă, o pedeapsă.²¹ Acesta este argumentul prin care se explică faptul că existența și întinderea prejudiciului nu reprezintă o condiție obligatorie pentru executarea clauzei penale, specificitate prin care ea se deosebește radical de daunele-interese care se acordă potrivit dreptului comun.

Pe cale de consecință, se derogă de la regula condiționării angajării răspunderii civile contractuale doar în situația în care victima unei fapte ilicite dovedește un prejudiciu cert;

¹⁹ Ion Turcu, *op. cit.* p. 633.

²⁰ Liviu Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol.II. Contractul*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p.684

²¹ Maria Dumitru, *Reevaluarea judiciară a clauzei penale*, în *Revista Dreptul* nr. 4/2008, p. 131

simpla neexecutare a prestațiilor datorate de debitor atragând, în prezența clauzei penale, condamnarea debitorului la plata sumei stabilite cu acest titlu.²²

Caracterul accesoriu al clauzei penale este explicat prin legătura de dependență care există între clauza penală și obligația născută din contractul principal. Clauza penală izolată va fi inexistentă; ea nu poate fi închipuită în afara unui context contractual, a unui raport obligațional preexistent. Clauza penală este – cum s-a susținut în doctrina franceză – „*un contract într-un contract*”, conform profesorului G.Paisant, sau „*un contract unilateral accesoriu și condițional, distinct de contractul care cuprinde angajamentul principal al debitorului*”, potrivit opiniei lui D. Mazeaud, de aceea trebuie recunoscută autoritatea principiului *accessorium sequitur principale*.

Se cuvine a fi subliniat faptul că sintagma „*contract într-un contract*” nu trebuie să inducă în eroare. Clauza penală poate fi într-adevăr stipulată în contractul principal, după cum nimic nu împiedică inserarea ei într-un înscris separat. Din punct de vedere formal, clauza penală nu este supusă respectării unor condiții de solemnitate deosebite.

Se impune a fi subliniat faptul că potrivit prevederilor art. 115 din Legea nr.71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul Civil, clauza penală convenită după intrarea în vigoare a Noului Cod Civil (de exemplu prin act adițional la un contract încheiat anterior) produce efectele prevăzute de Noul Cod Civil, indiferent de data nașterii obligației principale.

În privința mutabilității clauzei penale, conform art. 1541 Cod civil, se constată faptul că revizuirea judiciară este admisă numai pe calea reductibilității, în cazul în care este vădit excesivă față de prejudiciul previzibil cauzat creditorului prin neexecutarea ilicită a obligației născute din contractul principal. Cu toate acestea, instanța nu poate reduce penalitatea decât în două situații:

- când obligația principală a fost executată în parte și această executare a profitat creditorului²³;
- când penalitatea este vădit excesivă față de prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului; cu toate acestea, chiar și în acest din urmă caz, penalitatea astfel redusă trebuie să rămână superioară obligației principale, conform art. 1541 alin. 2 Cod civil.

Se acordă astfel prevalență funcției sancționatorii a clauzei penale, adică naturii de pedeapsă privată contractuală.²⁴

Mutabilitatea judiciară a clauzei penale doar în varianta reductibilității sale are ca fundament principal solidarismul contractual care presupune echilibrul relațiilor contractuale, bună-credință, coerență și proporționalitate. Conform art. 1541 alin. 3 Cod civil, toate clauzele contractuale care nu respectă aceste reguli de fond, peremptorii în raportul obligațional, sunt considerate ca fiind clauze nescrise.

Consecințele neexecutării obligației principale sunt prezentate în reglementarea Codului Civil din perspectiva a două ipoteze: a obligației principale indivizibile și a obligației principale divizibile.

²² Ion Deleanu, *Prolegomene juridice*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 529

²³ Sesizăm aici o reiterare a dispoziției cuprinsă în prevederile art. 1070 din Codul civil de la 1864.

²⁴ Liviu Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol.II. Contractul, op.cit.*, p.692

Atunci când nu s-a executat obligația principală indivizibilă, potrivit art. 1542 Cod civil, și fapta de neexecutare poate fi atribuită unuia dintre codebitori, acestuia i se poate stabili obligația de a plăti în întregime penalitatea sau, creditorul își poate fracționa penalitatea cerând fiecăruia dintre codebitori să plătească partea lui din penalitatea totală. Codebitorii plătitori au dreptul de regres contra aceluia care nu a executat obligația indivizibilă. Așa cum s-a arătat, art. 1542 Cod civil preia dispozițiile art. 1071 din Codul civil de la 1864, și „*într-o interpretare per a contrario la teza I din text, în cazul în care obligația principală este solidară, iar neexecutarea acesteia rezultă din fapta unui singur debitor, executarea clauzei penale poate fi cerută în întregime de la un singur debitor.*”²⁵

Divizibilitatea obligației, conform art. 1543 Cod civil, atrage și divizibilitatea penalității. Penalitatea va fi suportată numai de debitorul vinovat de neexecutare și numai de partea ce îi revine acestuia din ansamblul executării. Chiar și în acest caz, dacă motivul pentru care s-a stipulat clauza penală a fost de a împiedica fracționarea executării plății, iar unul dintre codebitori a împiedicat executarea în totalitate a principalei obligații, el va putea fi obligat să plătească întreaga penalitate și numai el va putea fi obligat în acest mod, adică la plata întregii penalități. Ceilalți codebitori care nu au împiedicat executarea în totalitate a obligației principale vor putea fi siliți să suporte numai o parte din penalitate, proporțională cu partea din datoria principală și, totodată, vor beneficia de acțiune în regres contra codebitorilor care a împiedicat executarea obligației în totalitate.

5. ARVUNA CONFIRMATORIE ȘI ARVUNA PENALIZATOARE

Prevederile art. 1544 Cod civil reglementează **arvuna confirmatorie**, constând în predarea de către una dintre părți celeilalte părți contractante, la momentul încheierii contractului, cu titlu de arvună, a unei sume de bani sau a unei cantități de bunuri fungibile pentru ca odată cu executarea obligației sale, arvuna să fie imputată asupra prestației datorate. Dacă prestația datorată se execută integral, arvuna este o suprasolvire, și se restituie părții care a predat-o la încheierea contractului.²⁶

În alternativa neexecutării obligației de către plătitorul arvunei, cealaltă parte contractantă poate cere rezoluțiunea contractului și poate reține arvuna, în mod legitim. Dimpotrivă, dacă cel ce a primit arvuna nu își execută obligația, plătitorul arvunei poate cere rezoluțiunea contractului și obligarea celeilalte părți contractante să îi restituie dublul arvunei. Partea contractantă căreia nu îi este imputată neexecutarea voluntară a contractului poate cere fie executarea silită în natură a obligației contractuale, fie rezoluțiunea, renunțând la posibilitățile oferite de prevederile art. 1544 Cod civil și cerând ca prejudiciul să fie reparat în conformitate cu dispozițiile aplicabile în cazul neprevederii arvunei.

Pe de altă parte, potrivit art. 1545 Cod civil, **arvuna penalizatoare** presupune existența unei clauze în contractul părților, prin care se acordă fiecăreia dintre părți sau uneia dintre

²⁵ *Noul Cod civil. Note. Corelații. Explicații.* – op cit, , pag. 569.

²⁶ Ion Turcu, *Noul Cod Civil. Cartea a V-a. Despre obligații (art.1164-1649). Comentarii și explicații, op.cit,* p.636

părți dreptul de a se dezice de contract. Partea contractantă care renunță la contract pierde arvuna pe care a dat-o celeilalte părți, sau îi plătește celeilalte părți dublul sumei primite, după caz.

Dacă niciuna dintre părți nu este răspunzătoare pentru încetarea contractului, arvuna primită se restituie plătitorului.

6. OBSERVAȚII CONCLUSIVE

Executarea obligațiilor prin echivalent în viziunea Noului Cod Civil a impus o dinamică proprie, petctluită de reconfigurarea mecanismelor juridice privind evaluarea prejudiciului, legitimitatea invocării daunelor-interese, primatul teoriei dualiste în privința clauzei penale și structura dihotomică a arvunei, care acționează similar clauzei penale, fiind o estimare a convențională a prejudiciului suferit în caz de denunțare unilaterală.