

Contractul standard în sistemul de drept american. Scurt studiu de doctrină

Standard form contracts in American law. A short study of legal doctrine

Asist. univ. cercet. dr. **Dan-Adrian CĂRĂMIDARIU***

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Centrul pentru Dreptul Afacerilor Timișoara

Abstract

The paper bases on a few premises which are specific to liberal paternalism theories, and analyzes the contributions of US private law doctrine to standard form contract theory. An indispensable legal instrument for most business relationships, the standard contract has recently advanced in the center of doctrinal concerns in our country, considering the worrying issue of abusive clauses and the legal and judicial interventions in private party contracts. The paper discusses the outstanding contributions of legal theorists such as Fr. Kessler, A. Leff, K. Llewellyn, W.D. Slawson, T. Rakoff, M. Meyerson or M. Trebilcock, who have reshaped the concept of contract in American law and have influenced both the doctrine and jurisprudence of European legal systems.

Keywords: *standard contracts, contractual freedom, contractual interventions, economic analysis of private law*

Rezumat

Lucrarea pleacă de la câteva premise specifice teoriilor despre paternalismul liberal, pentru a analiza apoi contribuțiile doctrinei de drept privat din Statele Unite ale Americii la conturarea unei teorii a contractului standard. Instrument juridic indispensabil pentru majoritatea relațiilor de afaceri, contractul standard a avansat recent și în centrul preocupărilor doctrinare din țara noastră, având în vedere problematica îngrijorătoare a clauzelor abuzive și intervențiile legislative și jurisprudențiale în contractele particularilor. Lucrarea dezbate contribuțiile remarcabile ale unor doctrinari precum Fr. Kessler, A. Leff, K. Llewellyn, W.D. Slawson, T. Rakoff, M. Meyerson sau M. Trebilcock, care au remodelat imaginea contractului în dreptul american și care au influențat atât doctrina, cât și jurisprudența sistemelor europene de drept.

Cuvinte-cheie: *contractul standard, libertatea contractuală, intervenția în contract, analiza economică a dreptului privat*

I. Standardizarea contractuală și paternalismul liberal¹

Contractele standard sunt un produs esențial al economiei de piață, fără de care relațiile economice în lumea contemporană nu s-ar putea desfășura, nici în ceea ce privește raporturile de tip „*business to business*” și nici în ceea ce privește satisfacerea nevoilor consumatorilor, respectiv raporturile de tip „*business to consumer*”. În circuitul comercial, clauzelor preformulate ale contractelor prin intermediul cărora resursele economice ajung să treacă dintr-o mână în alta, le revine un rol determinant. Marea majoritate a raporturilor juridice prin care se desfășoară viața economică se pot reduce neîndoind la

* dan.caramidariu@e-uvv.ro.

¹ Am tratat acest subiect din perspectiva evoluției conceptelor relevante în sistemul de drept european în D.-A. Cărmidariu, *Standardizarea contractuală. Paternalism liberal, libertatea de a contracta și evoluția conceptelor în sistemul de drept continental*, în vol. *Studii și cercetări juridice europene. Conferința internațională a doctoranzilor în drept*, ed. a 10-a, Editura Universul Juridic, București, 2018, pp. 358-373.

un set mai mult sau mai puțin consistent de clauze preformulate, de reguli cu caracter contractual redactate anterior nașterii raporturilor în discuție.

Printr-o asemenea operațiune, profesionistul, care propune un set de clauze contractuale celui cu care intră în afaceri sau consumatorului căruia îi vinde diverse produse ori îi prestează servicii, nu numai că își optimizează costurile, câștigând timp și bani, dar ajunge, prin calitatea clauzelor contractuale avansate, să intre în concurență cu ceilalți actori de pe piață. Astfel, profesionistul își creează propriul drept, care devine adesea un drept al unei anumite ramuri de activitate economică, al unui sector sau al unei industrii, aplicabil în toate afacerile desfășurate în acea ramură, acel sector sau acea industrie.

Într-adevăr, configurarea standardizată a clauzelor contractuale este un instrument prin care se realizează concurența pe piață, mai subtil decât calitatea intrinsecă și posibilitatea de comparare a produselor și serviciilor, reclama comercială și alte mijloace de diferențiere a ofertei pe piață și, de aceea, utilizat de către profesioniști la scară largă. Analiza din această perspectivă a standardizării contractuale implică, spre deosebire de studiul altor instrumente și modalități prin care profesioniștii intră în competiție în vederea atragerii clientelei și a maximizării profitului, o necesară perspectivă juridică, configurarea clauzelor unui contract fiind o operațiune care ține fără îndoială de regulile juridice, cel puțin în aceeași măsură în care este legată de finalitatea economică și de imperativul economic al eficienței de la care se revendică.

De aceea, orice analiză realistă a standardizării contractuale trebuie să se bazeze pe o dublă perspectivă, juridică și economică, pentru că altfel demersul analitic va fi în cel mai bun caz incomplet, dacă nu eronat. Abordarea specifică analizei economice a dreptului pare să corespundă cel mai bine nevoii de analiză a contractelor standardizate.

Dezbaterea se poartă astăzi în jurul unor concepte precum alegeri (raționale sau nu), piețe și suveranitatea consumatorilor. Economia comportamentală a elaborat o adevărată arhitectură a alegerilor consumatorilor, pentru a demonstra convingător că niciun consumator nu decide într-un mediu steril sau vid, ci întotdeauna sub influența informațiilor disponibile, a propriei inerții, a prejudecăților sau chiar a unui optimism exagerat, după cum au arătat Richard H. Thaler și Cass R. Sunstein, doi dintre cei mai importanți autori din domeniul „*behavioral economics*” și „*behavioral law and economics*”². Analizele acestora au conturat ceea ce se numește paternalismul liberal.³ Acest curent circumscrie un set de măsuri de politici publice care tind să îi orienteze pe consumatori cât mai subtil înspre un comportament care să le profite⁴.

Legiuitorul îmbunătățește arhitectura raporturilor dintre profesioniști și consumatori cu ajutorul unor instrumente precum obligațiile precontractuale ce îi revin ofertantului, instituirea posibilității consumatorului de a se retrage din contract sau diverse seturi de norme cu caracter dispozitiv, aplicabile când părțile nu au putut sau nu au vrut să prevadă altfel. În momentele de criză a contractului, legiuitorul oferă cadrul necesar restabilirii echilibrului acestuia și reprimă clauzele abuzive, cu consecințe inechitabile asupra consumatorului. Totodată, prin politici publice corespunzătoare, se încurajează verificarea *ex ante* a calității ofertei profesionistului prin diverse mijloace. În toate cazurile, însă, libertatea consumatorului de a alege trebuie să rămână intactă. Libertatea îi aparține în continuare consumatorului, însă legiuitorul încearcă să îi orienteze alegerile, pentru a-l ajuta să își maximizeze bunăstarea.

² Pentru un rezumat al teoriei, a se vedea C. R. Sunstein, *Behavioural Economics, Consumption and Environmental protection*, în L. A. Reisch, J. Thøgersen, *Handbook of Research on Sustainable Consumption*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2015, pp. 313-327. Pentru un studiu aprofundat, a se vedea R. H. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Penguin Books, London, 2009.

³ A se vedea R. Thaler, C. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, în *The American Economic Review* vol. 93, 2003, pp. 175-179; R. Thaler, C. Sunstein, *Libertarian Paternalism is not an Oxymoron*, în *The University of Chicago Law Review* vol. 70, nr. 4, 2003, pp. 1159-1202.

⁴ Relațiile paternalismului cu dreptul și, în special, cu dreptul contractelor, au fost evocate, încă de la începuturile curentului analizei economice a dreptului, spre exemplu, de R. Dworkin, *Paternalism*, în R. A. Wassenstrom, *Morality and the Law*, 1971; A. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, în *Yale Law Journal*, vol. 92, nr. 5, 1983, pp. 763-798; R. Dworkin, *Paternalism: Some Second Thoughts*, în R. Sartorius, *Paternalism*, 1982; D. Kennedy, *Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, în *Maryland Law Review*, vol. 41, nr. 4, 1982, pp. 563-658.

În concret, acolo unde paternalismul liberal acționează într-o formă sau alta, oferind părților unui contract fie un ghidaj *ex ante* (prin intervenția legiuitorului), fie procedând la reconfigurarea raporturilor contractuale (prin intervenția judecătorului), doctrina cere ca puterile legiuitorului și ale judecătorului să fie limitate la ceea ce este rezonabil, autolimitarea fiind necesară. De asemenea, nu trebuie niciodată pierdută din vedere distincția între preferințele actorilor economici (care devin părți ale contractului) rezultate din absența oportunităților și din lipsa de informare cu privire la alternativele existente, pe de o parte, și, pe de altă parte, preferințele care se formează ca urmare a existenței și recunoașterii unor numeroase oportunități. Instrumentele care trebuie aplicate de legiuitor și de judecător în cele două cazuri distincte sunt în mod necesar diferite, neputând fi niciodată aceleași, deși ambele implică un anumit grad de interferență a unui terț în raportul contractual⁵.

În acest context, ar trebui, deci, observat că nimeni nu mai privește astăzi libertatea contractuală ca pe un dat absolut, multiple voci solicitând abolirea libertății contractuale acolo unde se impune protejarea celui sărac în fața celui bogat, a celui slab în fața celui puternic, în vederea unei alocări mai echitabile a resurselor, veniturilor și averilor, precum și în vederea reprimării oricăror forme de discriminare⁶.

În orice caz, ordinea juridică specifică economiilor de piață acceptă în continuare principiul juridic al libertății contractuale, chiar dacă despre o veritabilă și absolută libertate economică a participanților la viața socială și economică nu a putut și nici nu poate fi vorba, iar principiul juridic a fost supus, la rândul lui, unui lung șir de critici doctrinare. Sub influența teoriilor statului bunăstării, populare în anii 1960-1970, atunci când statul-providență triumfa, juristul american Grant Gilmore⁷ ajungea să constate moartea contractului, întrebându-se, totuși, dacă în viitor nu se va asista la resurecția acestuia.

Într-o lucrare referențială din 1996, actualizată, completată și republicată în 2015, marele comparatist german H. Kötz⁸ afirmă că este în continuare valabilă afirmația judecătorului britanic G. Jessel din 1875, ocazionată de speța *Printing and Numerical Registering Co. v. Simpson*. Jessel considera că nu ar trebui extinse în mod arbitrar acele reguli care permit lipsirea de efecte a unui contract pentru motivul că ar contraveni ordinii publice, pentru că tocmai ordinea publică cere ca persoanele majore și care beneficiază de discernământ să se bucure de cea mai mare libertate de a contracta, de recunoașterea caracterului sacru al contractelor pe care le-au încheiat liber și prin voința lor, precum și de concursul instanțelor de judecată în executarea acelor contracte⁹.

Trebuie reținut că autorul german consideră pertinentă referința la considerentele judecătorului britanic din 1875 chiar dacă, în deceniile anterioare apariției primei ediții a tratatului său de drept european al contractelor (1996), conceptul libertății contractuale a fost puternic atacat, atât în doctrina franceză, cât și în spațiul anglo-saxon. În 1983, lordul Denning refuză în celebra speță *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd* să mai urmeze cu strictețe principiul libertății contractuale. Acesta a constatat că era chemat să analizeze un contract de adeziune în care puterea părții mai slabe („*the little man*”, în cuvintele judecătorului englez) era în realitate serios limitată, iar simplul fapt că

⁵ A se vedea M.J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1997, pp. 162-163. Lucrarea profesorului canadian de *law and economics*, apărută în primă ediție în 1993, este considerată seminală în materia libertății contractuale, ea indicând totodată o renaștere a principiului. În opinia lui Trebilcock, politicile publice trebuie conturate în așa fel încât oportunitatea accesului la mecanismele de piață să fie asigurată și extinsă pentru un număr cât mai mare de persoane cărora, fie din motive istorice de clasă, fie din considerente strict individuale, accesul la piață și, deci, la oportunitățile de natură contractuală, le-a fost restrâns (Trebilcock, *op. cit.*, p. 268).

⁶ A se vedea H. Unberath, *Vertragsfreiheit*, în J. Basedow, K. J. Hopt, R. Zimmermann, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, vol. 2, p. 1692.

⁷ A se vedea G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio University Press, 1974. A se vedea și P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford University Press, 1979. Mulți juriști de *common law* păreau convingși în anii 1970 că libertatea contractuală este un concept depășit, opiniile lor fiind preluate și în doctrina franceză, prin a cărei filieră au pătruns și în doctrina română.

⁸ A se vedea H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pp. 9-10.

⁹ Citat de Kötz în originalul englez: [It must not be forgotten that you are not] „*to extend arbitrarily those rules which say that a given contract is void as being against public policy, because if there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by Courts of Justice.*” A se vedea Kötz, *op. cit.*, p. 10.

instanțele îl obligaseră anterior pe cel puternic („*the big concern*”) să își redacteze condițiile generale de afaceri, inclusiv clauzele de exonerare de răspundere, în termeni cât mai clari, era lipsit de relevanță, pentru că cel puternic, conformându-se hotărârii judecătorești, știa foarte bine că cel slab nu va citi acel „*small print*” și oricum nu îl va înțelege niciodată¹⁰.

Prin urmare, paternalismul liberal acceptă libertatea contractuală, dar știe că partea slabă din punct de vedere economic va fi lipsită de apărare în fața celei puternice și, comportându-se rațional, nici măcar nu va depune eforturi pentru a înțelege termenii și condițiile pe care i le propune cel puternic, fiindcă nu le va putea schimba.

Aceasta și pentru că în lumea contemporană se manifestă tot mai pregnant un fenomen legat de tehnologizarea tot mai accentuată a vieții sociale și economice, așa-zisul „*deskilling*”, respectiv pierderea unor competențe, cunoștințe și abilități altă dată obișnuite, astfel încât consumatorul mediu se infantilizează. Iată ce scrie istoricul german Philipp Blom în anul 2017, cu referire la societățile contemporane, afirmațiile sale fiind fără îndoială relevante pentru o analiză juridico-economică a standardizării: „*Bunurile de consum sunt construite în considerarea unor competențe medii și țin cont de lenea consumatorilor. Trebuie să fie ușor de mânuit, să ofere opțiuni limitate, să nu suprasolicite pe nimeni. Trebuie să ușureze viața, să o facă mai comodă, să își asume decizii în locul posesorilor lor. Astfel, trăirile personale se transformă într-o navigare între opțiuni și butoane, într-o succesiune de gesturi standardizate, necesare pentru a avea acces la conținuturi predefinite. În timp ce lumea de basm a digital natives ne promite o explozie creativă, produsele acestei lumi tind să îi infantilizeze pe utilizatori*”¹¹.

Infantilizării consumatorilor i se răspunde, de cele mai multe ori, printr-o reglementare suplimentară, legiuitorul împingându-i pe aceștia, în maniera imaginată de Thaler și Sunstein, în direcția dorită (*nudging*)¹². În acest context se impune o precizare, în sensul că infantilizarea consumatorilor nu este numai una de ordin psihologic sau tehnic, ci și una de ordin juridic. Pierderea competențelor se manifestă și în plan juridic, abilitatea consumatorului de a înțelege consecințele juridice și economice ale contractului pe care i-l impune profesionistul fiind tot mai redusă¹³.

Dacă vedem în constatării lui Blom un punct de plecare, nu putem să nu ne întrebăm în ce măsură și prin ce modalități completează standardizarea contractuală oferta profesionistului, în ce măsură standardizarea bunurilor și serviciilor se transferă asupra standardizării contractului și care este sau ar trebui să fie reacția consumatorilor față de această dublă standardizare, a produsului ca atare și a contractului, cu toate sau aproape toate clauzele sale, prin care consumatorul își procură respectivul bun. În definitiv, libertatea destinatarului unei oferte standardizate, de care are în fond neapărată nevoie, este, în cel mai bun caz, o libertate controlată. O asemenea opinie s-a impus în doctrina juridică occidentală în a doua jumătate a ultimului secol, considerându-se că limitarea principiului libertății contractuale, dincolo de cauzele tradiționale (precum viciile de consimțământ), este necesară și firească atunci când contractele sunt de adeziune și se compun cu ajutorul unor clauze standard¹⁴.

¹⁰ În engleză: „*None of you nowadays will remember the trouble we had - when I was called to the Bar - with exemption clauses. They were printed in small print on the back of tickets and order forms and invoices. They were contained in catalogues or timetables. They were held to be binding on any person who took them without objection. No one ever did object. He never read them or knew what was in them. No matter how unreasonable they were, he was bound. All this was done in the name of 'freedom of contract.' But the freedom was all on the side of the big concern which had the use of the printing press. No freedom for the little man who took the ticket or order form or invoice. The big concern said, 'Take it or leave it.' The little man had no option but to take it. The big concern could and did exempt itself from liability in its own interest without regard to the little man. It got away with it time after time. When the courts said to the big concern, 'You must put it in clear words,' the big concern had no hesitation in doing so. It knew well that the little man would never read the exemption clauses or understand them*”. A se vedea, pentru un comentariu al acestei spețe, R. A. Hasson, *The Conflict Between Law And Commerce: George Mitchell (Chesterhall) Ltd. V. Finney Lock Seeds Ltd.*, Canadian Business Law Journal 8.2, 1983, pp. 218-286.

¹¹ A se vedea Ph. Blom, *Was auf dem Spiel steht*, Carl Hanser Verlag, München, 2017, p. 59. Traducerea în limba română îmi aparține.

¹² Pentru o critică succintă a paternalismului liberal, care contribuie la *deskilling*-ul constatat de Blom, a se vedea lucrarea filosofului vienez K.P. Liessmann, *Bildung als Provokation*, Paul Zsolnay Verlag, Wien, 2017, în special pp. 184-200.

¹³ A se vedea în acest sen jurisprudența recentă a CJUE, spre exemplu în Cauza C-186/16, *Roxana Paula Andriuciu și alții c. Banca Românească S.A.*

¹⁴ A se vedea E. D'Agostino, *Contracts of Adhesion Between Law and Economics*, Springer, Cham, 2015, p. 6.

Subliniez că, fără îndoială, prin sursele de inspirație și modalitatea reglementării, introducerea în noul Cod civil român a unor texte privind clauzele standard, contractele de adeziune sau interpretarea contractelor încheiate cu consumatorii este rodul aculturării de către legiuitorul român, chiar fără o recunoaștere expresă și prealabilă, a unor măsuri și norme inspirate de paternalismul liberal la care m-am referit *supra*. Acest fapt este unul dintre principalele motive pentru care am ales ca în continuare să studiez conceptul de contract standard, așa cum s-a cristalizat mai întâi în sistemul de drept american și cum a fost preluat ulterior în sistemele de drept din Europa, unde a inspirat, inclusiv din perspectiva concluziilor analizei economice a contractului, diversele reglementări naționale, dar și europene.

Nu trebuie omis faptul că în economia reală standardizarea contractuală nu se întâlnește numai în raporturile între profesioniști și consumatori, ci și în relațiile de afaceri între profesioniști. Totuși, rămâne de văzut dacă, reglementând contractul în general, dar lăsând părților care sunt, amândouă, profesioniști, un spațiu mult mai mare de manevră decât în cazul raporturilor „*business to consumer*”, legiuitorul intenționează să ofere cadrul necesar reconstrucției contractului complet și urmărește același obiectiv al maximizării bunăstării pe care îl are în vedere atunci când ghidează subtil, în maniera avansată de Thaler și Sunstein, alegerile consumatorului.

Însă, contractele de adeziune, construite cu ajutorul standardizării contractuale, caracterizează și majoritatea raporturilor care se stabilesc între profesioniști. Mulți comercianți acceptă pur și simplu clauzele contractuale pe care le propun partenerii lor de afaceri, chiar și atunci când activează în domenii puternic concurențiale, pentru simplul motiv că efortul pe care l-ar implica o negociere, cu necesara procurare și analiză de informații, precum și cu efectuarea de comparații și evaluarea unor riscuri, nu se justifică din punct de vedere economic, fiind prea mare în raport cu avantajul economic pe care îl procură respectivul contract.

În aceste condiții, voi efectua o analiză critică a evoluției conceptului de contract standard în dreptul american, având în vedere că, deși despre contracte de adeziune și clauze preformulate se vorbește pentru prima oară în doctrina juridică din Europa, dreptul american preia, extinde, dezvoltă și rafinează conceptul, fiind în ultimul secol în continuă căutare de răspunsuri la nenumăratele întrebări pe care problema standardizării în afaceri le-a pus. Noțiunile principale cu care se operează în jurisprudența și doctrina din Statele Unite ale Americii sunt următoarele: *standard form contract*, *contract of adhesion*, *unconscionability*, *reasonable expectations*, *battle of forms*. Mă voi referi în cele ce urmează la fiecare dintre acestea.

Cu alte cuvinte, în încercarea de a construi o veritabilă teorie a standardizării contractuale în dreptul român, am în vedere analiza economică a contractului și evoluțiile jurisprudențiale, doctrinare și legislative din sistemul de drept american. Acestea trebuie să fie punctele de plecare pentru orice încercare de construcție a unei teorii a contractului standard în dreptul român.

II. Conceptul de contract standard în sistemul de drept american

II.1. Apariția și evoluția conceptului în dreptul american

Sistemul de drept american are incontestabilul merit de a fi avansat problema standardizării contractuale în centrul preocupărilor doctrinare și jurisprudențiale, încă din perioada dintre cele două războaie mondiale. Atunci, doi dintre cei mai influenți autori americani din materia dreptului contractelor, Karl Llewellyn și Friedrich Kessler, și-au prefigurat teoriile asupra standardizării contractuale, acestea fiind ulterior de- și reconstruite de W.D. Slawson, Arthur Leff și Todd Rakoff. Contribuții importante aduc E. Allan Farnsworth și, la începutul anilor 1990, Michael Meyerson. Nu poate fi omisă analiza exhaustivă a lui Michael Trebilcock asupra libertății contractuale, după cum nu ar trebui ignorate nici preocupările recente ale juriștilor americani cu privire la efectele noilor tehnologii (spre exemplu, tehnologia *blockchain*) asupra standardizării contractuale.

Deși ar părea că noțiunile, conceptele și ideile cu care operează doctrina juridică americană, începând cu anii 1960 puternic influențată de analiza economică a dreptului, sunt mai degrabă străine

modului în care o problemă precum standardizarea contractuală este tratată atât în legislația, cât și în gândirea juridică a statelor Europei, este neîndoielnic că la baza reglementării raporturilor contractuale de tip „business to business” și „business to consumer” în sistemul de drept continental se regăsesc tocmai acele noțiuni, concepte și idei conturate în America.

II.2. Generalități. Noțiuni esențiale

II.2.1. Contractul de adeziune și contractul standard

În general, doctrina americană privește contractul ca pe un instrument de maximizare a utilității economice, individuale și sociale. De aceea, analiza contractului se concentrează pe minimizarea costurilor tranzacțiilor economice, iar miza oricărui demers analitic se referă la eficacitatea, respectiv executarea convenției părților, iar nu la formarea acesteia. Aceasta înseamnă că problema voinței părților, esențială pentru teoria contractului în sistemele de drept de inspirație franco-germană, trece în planul secund, în prim-plan regăsindu-se „efectele și scopurile pragmatice (economice) urmărite de și prin încheierea unui contract”¹⁵.

Așa fiind, dreptul american favorizează o concepție obiectivă asupra contractului¹⁶, așa cum a fost aceasta anunțată încă din secolul al XIX-lea și rezumată în 1911 de către judecătorul Billings Learned Hand, într-un text cu caracter seminal, foarte des citat în jurisprudența și doctrina din Statele Unite ale Americii. În hotărârea pe care a pronunțat-o în Cauza *Hotchkiss v. National City Bank*, acesta a scris despre contract următoarele: „A contract has, strictly speaking, nothing to do with the personal, or individual, intent of the parties. A contract is an obligation attached by the mere force of law to certain acts of the parties, usually words, which ordinarily accompany and represent a known intent”¹⁷.

În contradicție cu concepția obiectivă se găsește cea subiectivă, conform căreia contractul este un acord de voințe, născut în momentul în care voințele părților conordă¹⁸. Concepția, comună sistemului de drept din Europa continentală¹⁹, este considerată periculoasă de juriștii americani pentru că ar afecta iremediabil certitudinea și previzibilitatea juridică. A fundamenta obligația contractuală exclusiv pe concordanța voințelor ar însemna, în viziunea americană, investirea părților cu puterea completă de a rescrie legea. Prin urmare, nu e nevoie de ceea ce cheamă „meeting of minds”, mai ales că ceea ce gândește o persoană este necunoscut și va rămâne de necunoscut pentru toate celelalte²⁰.

În orice caz, influențată de analiza economică a dreptului, în varianta clasică, doctrina americană apără principiul conform căruia schimburile economice realizate cu ajutorul contractelor trebuie respectate și executate integral, pentru că numai părțile sunt în măsură să aprecieze utilitatea uneia sau alteia dintre variatele oportunități pe care piața le oferă, astfel încât vor alege întotdeauna conform unui calcul rațional, maximizator de utilitate.

Prin urmare, este suficient a considera că o tranzacție cu conținut economic, un contract („a bargain”) reprezintă o formă a schimbului în care fiecare parte își considera prestația a fi prețul prestației celeilalte părți. Sigur că acest concept de „bargain” trebuie legat de noțiunea fundamentală pentru dreptul american al contractelor de „consideration”, care diferențiază esențial dreptul american (și britanic, desigur) de sistemul de drept romano-germanic. Neputându-se pune un semn de egalitate

¹⁵ A se vedea P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații, op. cit.*, p. 249; P. Perju, *Contractul*, Editura C.H. Beck, București, 2010, pp. 5-6.

¹⁶ A se vedea B. A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Tenth Edition, Thomson Reuters, 2014, p. 1241: „The doctrine that a contract is not an agreement in the sense of a subjective meeting of the minds but is instead a series of external acts giving the objective semblance of agreement”.

¹⁷ A se vedea <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Objective+Theory+of+Contract>, consultat în 21.06.2018. În traducere: „Strict vorbind, un contract nu are nimic de a face cu intențiile personale sau individuale ale părților. Un contract este o obligație atașată prin simpla forță a legii anumitor fapte ale părților, de obicei cuvintelor, care în mod obișnuit însoțesc și reprezintă o intenție anume”.

¹⁸ Garner, *op. cit.*, p. 1652: „The doctrine (now largely outmoded) that a contract is an agreement in which the parties have a subjective meeting of the minds”.

¹⁹ Art. 1166 alin. (1) din noul Cod civil român: „Contractul este acordul de voințe dintre două sau mai multe persoane (...)”.

²⁰ A se vedea M. I. Meyerson, *The Reunification of Contract Law: The Objective Theory of Consumer Form Contracts*, în *University of Miami Law Review*, vol. 47, 1993, pp. 1263-1333, în special p. 1266.

deplină între „*consideration*” și cauza contractului din sistemele de drept din Europa continentală, cea mai bună explicație se găsește în jurisprudența britanică. Astfel, în celebra cauză *Currie v. Misa*, judecată de o instanță de apel în 1875 (*Court of Exchequer Chamber*), un judecător a definit „*consideration*” astfel: „*A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other*”²¹.

Însă, tot analiza economică a pus în lumină limitele principiului fundamentat pe teoria „*bargain*”, pe care le-a explicat foarte simplu prin aceea că, referindu-se la viitor, contractele se încheie întotdeauna în condiții de incertitudine²². Pusă, deci, sub semnul îndoielii în ceea ce privește contractele standardizate, teoria obiectivă a contractului a fost reevaluată în ultimele două decenii, făcând în continuare parte din *main-stream*-ul concepțiilor americane despre contract²³.

Fidele concepției obiective asupra contractului, instanțele de judecată care au aplicat această concepție unor contracte de adeziune, construite cu ajutorul clauzelor preformulate, au observat că, deși clauzele au fost tipărite pe un document care a fost semnat de ambele părți, nu există un „*objective agreement*”²⁴. Prin urmare, nu în toate situațiile în care contractul s-a exteriorizat, expresia exterioară a acestuia însoțește și reprezintă intenția care a stat la baza încheierii sale. În aceste condiții, instanțele ar trebui să stabilească cum a înțeles un profesionist acționând rezonabil acordul pe care și l-a dat cel care a primit oferta sa.

Setul de întrebări care preocupă, din acest punct de vedere, doctrina americană este următorul: (i) care sunt clauzele despre care profesionistul poate considera în mod rezonabil că au fost cunoscute și înțelese de cocontractantul său? (ii) care sunt clauzele secundare asupra cărora profesionistul a atras atenția și le-a explicat cocontractantului său? (iii) care este scopul despre care crede profesionistul că era urmărit de cocontractant prin încheierea contractului? (iv) este legitimă o clauză care îl favorizează pe cel care a propus-o, dacă a fost redactată de o manieră rezonabilă? (v) este informația pusă la dispoziție de profesionist, fie direct, prin agenții săi, fie indirect, prin reclamă, în măsură să trezească în destinatar așteptări rezonabile? (vi) i-a comunicat destinatarul ofertantului profesionist faptul că înțelege clauzele contractului într-un anumit sens? (vii) există vreo clauză în contract care să îl defavorizeze pe destinatar, care să nu fi fost cunoscută acestuia și care să aibă un efect dincolo de puterea de imaginație a unui consumator rezonabil de la momentul încheierii contractului?

Întrebările sunt formulate de Meyerson²⁵, într-o încercare de reconciliere a dreptului contractelor standard cu dreptul general al contractelor. Ele sunt fără îndoială utile și pentru demersul de față, urmând a fi reluate *infra*. Până atunci, însă, continui cu studiul elementelor esențiale ale problemei în discuție, respectiv contractul standardizat, contractul de adeziune, doctrina așteptărilor raționale, doctrina „*unconscionability*”, conflictul dintre clauzele standard ale unor părți care urmează să intre într-un contract („*battle of forms*”), precum și necesara distincție între raporturile de tip „*business-to-business*” și cele „*business-to-consumer*”, care imune în continuare o abordare diferită, cel puțin din perspectivă legală.

Doctrina americană înțelege prin contractul standard²⁶ acel contract de obicei pretipărit care conține un set de clauze utilizate în mod repetat de către o întreprindere sau de către o anumită industrie (un

²¹ În traducere: „O *consideration* evaluabilă în sens juridic poate consta într-un drept, un interes, un câștig sau un avantaj al unei părți sau într-o obligație de a nu face, un dezavantaj, o pierdere sau o asumare de răspundere oferită, încercată sau executată de cealaltă parte”. Pentru un rezumat al speței, a se vedea <https://www.lawteacher.net/cases/currie-v-misa.php>, consultat în 30.06.2018.

²² A se vedea M. E. Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, în *Stanford Law Review*, vol. 47, nr. 2, 1995, pp. 211-259, în special p. 213. Eisenberg opinează în favoarea unui punct de vedere care să integreze economia și psihologia, într-o perioadă în care teoriile școlii *behavioural law and economics* începeau să se contureze tot mai bine.

²³ A se vedea M. I. Meyerson, *op. cit.*; W. R. Barnes, *Toward a Fairer Model of Consumer Assent to Standard Form Contracts: In Defense of Restatement Subsection 211(3)*, în *Washington Law Review*, vol. 82, 2007, pp. 227-274.

²⁴ A se vedea Meyerson, *op. cit.*, p. 1265.

²⁵ A se vedea Meyerson, *op. cit.*, pp. 1265-1266.

²⁶ Trebuie remarcat că în literatura americană se folosește și termenul de „*boilerplate*”, prin care se înțelege un text standardizat, utilizabil în mod repetat, pentru proceduri, produse, servicii identice sau similare. Spre exemplu, Farnsworth

anumit sector de activitate economică), cu modificări sau completări minime, menite să corespundă unei situații concrete. Pentru că asemenea contracte tind, evident, să favorizeze pe cel care le-a redactat și le folosește în activitatea sa, instanțele americane le interpretează în maniera cea mai puțin favorabilă părții care le-a redactat²⁷.

Pentru doctrina din Statele Unite ale Americii, standardizarea contractuală, adică fenomenul „boilerplate”, reprezintă un efect al infiltrării juriștilor în viața comercială, aceștia ajungând să fixeze un limbaj contractual comun unei anumite industrii, respectiv unui anumit sector de activitate economică. Pe măsura extinderii utilizării clauzelor standard, ceea ce se cheamă „boilerplate” ajunge să semene tot mai mult cu un „public statute”, o normă legală, decât cu un acord între particulari²⁸. Astfel, doctrina americană vorbește despre „the common law of common boilerplate”²⁹. Asupra acestui aspect voi reveni atunci când voi pune în discuție problema interpretării condițiilor generale de afaceri, a clauzelor standard și a celor neuzuale în doctrina română.

Rămânând, deocamdată, la conceptele cu care se operează în doctrina americană, rețin că în viziunea acesteia un contract de adeziune ar fi un contract standard, pregătit de către una dintre părți, pentru a fi semnat de cealaltă parte, care se află într-o poziție mai slabă, de obicei, un consumator, care aderă la contract, având o posibilitate de opțiune limitată în ceea ce privește termenii și condițiile acestuia³⁰.

De remarcat că standardizarea contractuală a fost reținută și în *Restatement (Second) of Contracts* al American Law Institute (1979)³¹, unde, în paragraful 211, cu titlul marginal de *Standardized Agreements*, se prevăd următoarele: „(1) Except as stated in Subsection (3), where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing and has reason to believe that like writings are regularly used to embody terms of agreements of the same type, he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing. (2) Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing. (3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement”³². În comentariile cu privire la acest text din *Restatement (Second)*

definește „boilerplate” ca fiind clauze standard provenind din alte contracte sau din „form books”, cărți de formulare, utilizate în practica juridică din Statele Unite ale Americii. A se vedea E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Aspen Law & Business, 1999, p. 426.

²⁷ Garner, *op. cit.*, p. 397: „A usually preprinted contract containing set clauses, used repeatedly by a business or within a particular industry with only slight additions or modifications to meet the specific situation. Because standard-form contracts usually favor the drafting party, they can amount to adhesion contracts. As with contract interpretation generally, courts offset the drafting party’s advantage by construing ambiguities in the light least favorable to the drafting party”.

²⁸ Pentru o opinie conform căreia contractul standardizat între profesioniști ar trebui privit ca un set de norme aplicabil unei întregi industrii, respectiv unei ramuri sau unui sector de activitate economică, a se vedea St. J. Choi, G. Mitu Gulati, *Contract as Statute*, în O. Ben-Shahar, *Boilerplate. The Foundation of Market Contracts*, Cambridge University Press, 2007, pp. 145-162. În acest context, autorii observă că, în ceea ce privește interpretarea unor contracte standardizate, instanțele americane s-au simțit adesea legate de interpretarea unor clauze neclare pe care a sugerat-o jurisprudența anterioară, inclusiv pentru motivul că, dacă în piață s-ar fi întâmpinat probleme ca urmare a interpretării date într-o instanță judecătorească, actorii de pe piață și-ar fi reformulat contractele. Argumentul este ilustrativ pentru absorbția ideilor analizei economice a contractului de către judecătorii americani.

²⁹ A se vedea M.E. Boardman, *Contra proferentem: The Allure of Ambiguous Boilerplate*, în O. Ben-Shahar, *Boilerplate. The Foundation of Market Contracts*, Cambridge University Press, 2007, pp. 176-185.

³⁰ A se vedea Garner, *op. cit.*, p. 390: „A standard-form contract prepared by one party, to be signed by another party in a weaker position, usually a consumer, who adheres to the contract with little choice about the terms”.

³¹ *American Law Institute*, înființat în 1923, reunește profesioniști ai dreptului, având drept obiectiv clarificarea, simplificarea și uniformizarea *common law*-ului din S.U.A. A se vedea <https://www.ali.org/>.

³² Text disponibil la <https://www.nylitigationfirm.com/files/restat.pdf>. În traducere în limba română: (1) Cu excepția cazului prevăzut la alin. (3), atunci când o parte a unui acord semnează sau își manifestă în orice fel consimțământul și are motive să considere că înscrisuri asemănătoare sunt utilizate în mod obișnuit pentru a încorpora clauzele unor acorduri de același tip, ea va include înscrisul ca un acord integrat în ceea ce privește clauzele din acel înscris. (2) Un asemenea înscris se interpretează ori de câte ori este rezonabil ca tratând similar pe toți aceia aflați în situații similare, indiferent de cunoștințele lor despre ori de înțelegerea clauzelor standard din înscris. (3) Atunci când cealaltă parte are motive să creadă că partea care și-a manifestat astfel consimțământul nu ar fi făcut-o dacă ar fi știut că înscrisul conține o anumită clauză, acea clauză nu este parte a acordului.

of Contracts se arată că utilitatea contractelor standardizate rezidă în faptul că ele corespund nevoilor distribuției în masă și unor structuri organizaționale complexe³³.

II.2.2. Așteptările rezonabile și doctrina „unconscionability”

Un concept esențial în doctrina americană este reprezentat de doctrina așteptărilor rezonabile („reasonable expectations”). Aceasta a fost conturată în instanțele de judecată și rafinată de doctrină, remarcabilă fiind contribuția lui R. Keeton, care a studiat contractele de asigurări³⁴. Acesta a observat că instanțele de judecată tindeau să stabilească așteptările obiectiv rezonabile ale beneficiarului unui contract de asigurări, obligând partea adversă să-și execute obligațiile în funcție de aceste așteptări considerate rezonabile. Problema a fost larg dezbătută în doctrina americană, încercând să se răspundă la întrebarea dacă doctrina așteptărilor rezonabile trebuie restrânsă numai la clauzele echivoce ori neclare, sau ar putea fi aplicată generalizat.

Doctrina americană care a analizat contractele de asigurări și a evaluat critic teoria „reasonable expectations” vorbește atât despre varianta „puternică și agresivă” a doctrinei, în baza căreia așteptările rezonabile ale asiguratului vor fi validate în ciuda clauzelor contractuale, cât și despre o varianta slabă, în care teoria așteptărilor rezonabile este folosită numai ca o regulă de interpretare, pentru a înlătura ambiguitățile. Acestea vor fi interpretate în conformitate cu așteptările rezonabile ale asiguratului³⁵.

Evident că dacă s-ar restrânge numai la ceea ce este neclar într-un contract, așa-zisa doctrină s-ar reduce la regula de interpretare subsidiară *contra proferentem*. Criticând aplicarea doctrinei așteptărilor rezonabile de către instanțele de judecată din S.U.A., juristul W. D. Slawson arăta că, înțelegând contractul prin prisma așteptărilor rezonabile, acestea devin însuși contractul³⁶.

În aceste condiții, instanțele nu ar trebui să urmeze o asemenea abordare, fiindcă s-ar putea ca ulterior, în faza litigiului, reclamantii să-și inventeze așteptări așa-zis rezonabile, pe care la încheierea contractului nu le aveau în vedere, numai pentru a obține un beneficiu cu privire la care nu negociaseră. Critica este neîntemeiată, deoarece confundă așteptările subiective cu ceea ce este în mod obiectiv rezonabil, doctrina arătând că reclamantul trebuie totuși să dovedească faptul că așteptările sale puteau fi determinate în mod obiectiv și nu se bazează numai pe simpla lui credință³⁷. Reticența instanțelor de a aplica în totalitate doctrina așteptărilor rezonabile ar trebui, prin urmare, căutată în teama de a crea pe scară largă așteptări noi, zise rezonabile, care să se constituie în excepții de la principiile clasice ale dreptului contractelor și care să fie aplicabile unui număr mare de raporturi de consum³⁸.

Un alt concept esențial pentru doctrina americană a contractului, inclusiv a celui standard, îl reprezintă instituția „unconscionability”³⁹. În general, un contract poate fi „unconscionable” atunci când este inechitabil sau extrem de defavorabil părții mai slabe. Într-un asemenea contract o persoană rezonabilă și diligentă cu propriile afaceri nu ar intra, el neputând fi acceptat de nicio persoană onestă

³³ A se vedea T. D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, în *Harvard Law Review*, vol. 96, nr. 6, 1983, pp. 1176-1284, în special p. 1216.

³⁴ A se vedea R. E. Keeton, *Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions*, în *Harvard Law Review*, vol. 83, nr. 5, 1970, pp. 961-985. De observat că doctrina „reasonable expectations” rămâne legată de contractele de asigurări.

³⁵ A se vedea J. E. Thomas, *An Interdisciplinary Critique of the Reasonable Expectations Doctrine*, în *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 5, nr. 1, 1998, pp. 296-334, în special pp. 298-299.

³⁶ A se vedea W. D. Slawson, *The New Meaning of Contract: The Transformation of Contracts Law by Standard Forms*, în *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 46, 1984, pp. 21-74.

³⁷ A se vedea R. C. Henderson, *The Doctrine of Reasonable Expectations in Insurance Law after Two Decades*, în *Ohio State Law Journal*, vol. 51, nr. 4, 1990, pp. 823-854, în special p. 839.

³⁸ A se vedea M. I. Meyerson, *op. cit.*, pp. 1281-1282.

³⁹ A se vedea Garner, *op. cit.*, p. 1757. Cel mai utilizat dicționar juridic american definește termenul după cum urmează: „1. inechitate extremă. Evaluarea acesteia se face pe baza unui criteriu obiectiv: (1) lipsirea părții de alternative efective, și (2) clauze contractuale care o favorizează pe cealaltă parte în mod nerezonabil. 2. Principiul conform căruia o instanță poate refuza să dispună executarea unui contract care este inechitabil sau opresiv ca urmare a unor abuzuri procedurale în timpul formării contractului sau ca urmare a existenței unor clauze contractuale abuzive, care favorizează nerezonabil pe una dintre părți, lipsind-o pe cealaltă de alternative efective. Pentru că aplicarea principiului depinde de circumstanțele existente la momentul formării contractului, o creștere ulterioară a prețului pe piață este lipsită de relevanță.” Traducerea îmi aparține.

sau cinstită⁴⁰. Contracte de asemenea factură se impun consumatorilor, care sunt lipsiți de educație juridică și nu percep subtilitățile clauzelor cuprinse în asemenea contracte⁴¹.

Conform doctrinei „*unconscionability*”, semnătura părții pe un asemenea contract nu poate face dovada consimțământului acesteia⁴², de vreme ce nu a negociat contractul și nici nu i-a citit unele dintre clauze sau chiar niciuna. Prin urmare, instanțele de judecată ar putea refuza să recunoască asemenea contracte dezechilibrate, dar mai degrabă ar trebui să le interpreteze *contra proferentem*, în logica așteptărilor rezonabile ale consumatorilor față de respectivele raporturi juridice.

Potrivit unei opinii pe larg împărtășite în doctrina americană, această teorie nu tinde la anihilarea libertății contractuale, ci încearcă să ofere o garanție a faptului că toate contractele rezultă din negocierea reală a părților, care au avut libertatea de a alege, au înțeles consecințele actelor și faptelor lor și au putut negocia în mod efectiv⁴³.

Doctrina „*unconscionability*” se sprijină din punct de vedere teoretic pe trei elemente, pe care le voi enumera în cele ce urmează.

În primul rând, se are în vedere piața în care s-a încheiat contractul. Doctrina și instanțele americane au refuzat să recunoască clauze contractuale vădit dezechilibrate, atunci când cel care le impunea o făcea în virtutea unei poziții dominante pe piață. În al doilea rând, se are în vedere inabilitatea destinatarului ofertei profesionistului de a înțelege conținutul contractului, întinderea drepturilor și, mai ales, a obligațiilor sale, ca urmare a lipsei sale de pregătire și a caracterului complex al contractului ce i se propune⁴⁴. În al treilea rând, trebuie ținut seama de structura și limbajul contractului. Acesta fiind redactat integral de către partea mai puternică și mai bine pregătită și nefiind negociat, inabilitatea consumatorului de a percepe subtilitățile clauzelor inserate în contract trebuie legată de caracterul tehnic al limbajului folosit, de dificultatea de a-l citi și de a-l înțelege, care se manifestă chiar și în cazul persoanelor avizate, cu o pregătire peste medie.

Consacrarea legală în dreptul american⁴⁵ a doctrinei „*unconscionability*” se găsește în Secțiunea 2-302 din *Uniform Commercial Code* (în continuare, UCC)⁴⁶, dar și în paragraful 208 din *Restatement (Second) of Contracts*⁴⁷.

În comentariile la *Restatement (Second) of Contracts* se precizează cu privire la doctrina *unconscionability* că aceasta urmărește să prevină opresiunea contractuală și utilizarea unor clauze neuzuale, inechitabile („*prevention of oppression and unfair surprise*”), iar nu să tulbure mecanismele

⁴⁰ Cauza *Hume v. United States*, 132 U.S. 406 (1889), text disponibil la <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/132/406/>.

⁴¹ A se vedea D'Agostino, *op. cit.*, p. 7. A se vedea și W. R. Barnes, *op. cit.* Pentru o analiză detaliată a raportului dintre doctrina „*unconscionability*” și libertatea contractuală, în contextul paradigmei eficienței economice și a statului bunăstării, a se vedea E.A. Posner, *Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom of Contract*, The Journal of Legal Studies, vol. 24, 1995, pp. 283-319.

⁴² A se vedea *infra* teoria lui Llewellyn despre consimțământul în alb.

⁴³ A se vedea M. N. Browne, L. Biksacky, *Unconscionability and the contingent assumptions of contract theory*, în Michigan State Law Review, vol. 211, nr. 1, 2013, pp. 212-255, în special p. 214. Autorii citează opinia separată a judecătorului Hughes din Cauza *Morehead v. People of State of New York*, din 1936, în care acesta a arătat că, deși libertatea contractuală trebuie protejată, nu trebuie să se permită nici abuzul de libertate, fiindcă altfel ar fi folosită pentru a se aduce atingere intereselor publice, iar, în final, s-ar distruge chiar libertatea de a profita de oportunități, pe care este chemată de fapt să o protejeze. Textul hotărârii este disponibil la <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/298/587.html>.

⁴⁴ Lipsa de pregătire ar trebui privită prin prisma noțiunii ignoranței raționale, la care mă voi referi *infra*.

⁴⁵ Pentru o scurtă introducere în dreptul uniform din Statele Unite ale Americii, a se vedea R. David, C. Jauffret-Spinoși, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e édition, Dalloz, Paris, 2016, p. 363 și urm. Pentru câteva considerații asupra *common law*-ului, privit din perspectiva analizei economice a dreptului, a se vedea C. Veljanovski, *Economic Principles of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 9-18.

⁴⁶ Textul Secțiunii 2-302 din *Uniform Commercial Code* are următorul conținut: „(1) *If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result. (2) When it is claimed or appears to the court that the contractor any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination*”.

⁴⁷ A se vedea Barnes, *op. cit.*, pp. 246-247.

alocării riscurilor între părțile unui contract ca urmare a puterii superioare de negociere a uneia dintre părți⁴⁸.

În orice caz, Farnsworth atrage atenția asupra faptului că nu există o definiție legală a termenului, în *Uniform Commercial Code* neregăsindu-o asemenea definiție, Absența acesteia ar reprezenta, pentru doctrina „*unconscionability*”, atât o sursă de forță, cât și una de slăbiciune⁴⁹. În ceea ce privește contractele standard, s-a susținut că doctrina „*unconscionability*” este prea dură sau prea neclară pentru a putea fi utilizată la scară largă în vederea corectării comportamentelor eventual abuzive ale profesioniștilor, fiind dificil de stabilit de către instanțele judecătorești care este gradul de inechitate care să transforme contractul într-unul „*unconscionable*”⁵⁰.

Comparând doctrina „*unconscionability*” cu ceea ce se regăsește în sistemul de drept romano-german din Europa continentală, probabil că instituția care s-ar apropia cel mai mult de cea americană ar fi leziunea („*Wucher*” în dreptul german, „*la lésion*” în dreptul francez). În dreptul german, reglementarea se regăsește în art. 138 BGB⁵¹, care sancționează actul juridic contrar bunelor moravuri, precizând în alin. (2) că este nul actul juridic prin care o persoană procură sieși sau altuia un avantaj patrimonial în evidentă disproporție cu prestația sa, profitând de starea de nevoie, lipsa de experiență, de diligență sau de putere de apreciere a cocontractantului său⁵². În dreptul francez, leziunea nu este considerată în principiu o cauză de nulitate, unele excepții fiind prevăzute expres de lege⁵³. În dreptul român, reglementarea leziunii se găsește în art. 1221-1224 din noul Cod civil⁵⁴.

II.2.3. Conceptul de „*battle of forms*”

Revenind la dreptul american, un element important în teoria americană a standardizării contractuale este reprezentat de „*battle of forms*”⁵⁵, însemnând conflictul între clauzele standard cu care operează părțile unui contract. Prin Secțiunea 2-207 din *Uniform Commercial Code*⁵⁶ s-a prevăzut că există un contract (de vânzare, fiindcă în capitolul al doilea al textului este reglementată numai vânzarea) chiar și atunci când această concluzie se desprinde din comportamentul părților, fără ca o asemenea concluzie să se desprindă din documentele contractuale cu care operează părțile, adică din seturile de clauze standard pe care le propun una celeilalte. Într-un asemenea caz, contractul este constituit din

⁴⁸ A se vedea Garner, *op. cit.*, p. 1757.

⁴⁹ A se vedea Farnsworth, *op. cit.*, p. 310.

⁵⁰ A se vedea M. I. Meyerson, *op. cit.*, pp. 1285-1296, dar și Barnes, *op. cit.*, p. 246.

⁵¹ Autorii americani Browne și Biskacky atrag atenția asupra faptului că, spre deosebire de judecătorul american, cel german, atunci când recurge la art. 138 BGB, are la îndemână un remediu mai degrabă greoi, el neputând face altceva decât să constate nulitatea contractului. Judecătorul american îl poate păstra în ființă, poate modifica unele clauze, poate dispune diverse sancțiuni. Afirmatia rămâne valabilă în comparație cu oricare alt sistem de drept din familia franco-germană, inclusiv sistemul de drept român, cu toate că, sub reglementarea cuprinsă în art. 1221-1224 din noul Cod civil și în limitele principiului procesual-civil al disponibilității, judecătorul român ar putea lua măsuri de adaptare a contractului.

⁵² Art. 138 BGB: „(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen”. Text disponibil la https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_138.html, consultat la 21.06.2018. În traducere: „(1) Un act juridic care încalcă bunele moravuri este nul. (2) Este nul în special acel act juridic prin care cineva, profitând de starea de nevoie, lipsa de experiență, lipsa de putere de apreciere sau slăbiciunea de voință a altuia, stipulează în favoarea sa sau a unui terț sau își procură sieși sau aceluia terț o prestație de o valoare evident disproporționată în raport cu valoarea prestației celuilalt”.

⁵³ Art. 1168 din Codul civil francez: „Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.” Text disponibil la https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=54ED766BE64E0EB72B2ACC8B5B5AB2E3.tplgfr33s_3?idSectionTA=LEGISCTA000032008690&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180621. În traducere: „În contractele sinallagmatice, dezechilibrul prestațiilor nu este cauză de nulitate a contractului, cu excepția cazului în care legea prevede altfel”.

⁵⁴ A se vedea, pentru explicații, P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații, op. cit.*, pp. 350-354.

⁵⁵ A se vedea Garner, *op. cit.*, p. 182.

⁵⁶ Text disponibil la <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-207>.

clauzele comune, asupra cărora părțile au convenit, urmând să fie completat cu clauze suplimentare care ar rezulta din aplicarea *Uniform Commercial Code*.

În contextul a ceea ce se cheamă „*battle of forms*”, trebuie făcută o distincție importantă și evidentă. Despre „*battle of forms*” nu poate fi vorba decât în cazul raporturilor între profesioniști, acelea de tip *business to business*, întrucât, pentru ca ambele părți ale unui contract să propună un set de clauze contractuale standard și să negocieze cu privire la clauzele care ar putea fi comune și suficiente pentru a da naștere unui contract, ambele trebuie să dețină o anumită putere economică, pe care consumatorul nu o deține.

Este prin urmare sigur că analiza standardizării contractuale va fi diferită, în funcție de calitatea părților contractului și natura acestui contract. În ceea ce privește „*battle of forms*” problema pare mai ușor de rezolvat, în raporturile *business to business* găsindu-și aplicarea, în dreptul american, textul din *Uniform Commercial Code*, menționat *supra*, iar în dreptul român textul art. 1202 alin. (4) din noul Cod civil.

Trebuie reținut că nici atunci când părțile sunt ambele profesioniști, eventual companii de largi dimensiuni, și deci, beneficiare ale unei expertize sofisticate, contractele pe care acestea le vor încheia nu sunt întotdeauna complete în sensul contractului complet descris în analiza economică a dreptului⁵⁷, inclusiv pentru considerentul că, în caz de litigiu, un judecător, în calitate de terț imparțial, va stabili o soluție care să fie în beneficiul ambelor părți. Dacă negocierea contractului este costisitoare, iar profesioniștii au ambii încredere că instanța de judecată, atunci când interpretează contractul, va îndrepta lucrurile, probabil că vor lăsa unele clauze ambigue sau chiar neprecizate, minimizându-și astfel costurile, sub toate aspectele relevante: negociere, redactare, judecată în instanță⁵⁸.

Atunci când în discuție sunt însă clauze standard, incluse de părți în contract pentru că, spre exemplu, fac parte din practicile comune ale industriei sau ale pieței pe care activează, efortul instanțelor de judecată devine mai dificil, pentru că acel set de clauze standard nu este neapărat rodul intenției comune a părților, ci a devenit parte a contractului pentru că aceasta este practica pe piață, în aceeași manieră procedând toți competitorii. Prin urmare, în acest caz problema ține nu de decelarea intenției părților, ci de a stabili care este înțelesul general recunoscut și acceptat al unor asemenea clauze. Doctrina americană le aseamănă unor „*incantații*”.

Choi și Mitu Gulati trimit la opinii exprimate în anii 1980, în care se dau exemplele unor clauze precum F.O.B.⁵⁹, C.I.F.⁶⁰ sau „*as is*”⁶¹. Inițial s-a considerat că actorii de pe piață nu vor uita semnificația acestor termeni, însă cei doi autori opinează că utilizarea unor seturi de clauze standard concepute cu mai multe decenii în urmă nu înseamnă neapărat că sensul concret al acestora nu se poate altera. Acesta este motivul pentru care s-ar putea pretinde instanțelor judecătorești americane să trateze clauzele „*boilerplate*” ca pe lege, interpretându-le așa cum interpretează legea. Astfel, crește probabilitatea ca, intervenind în contract, judecătorul să reușească o maximizare a bunăstării părților.

În ceea ce privește raporturile de tip *business to consumer*, analiza se complică. În principiu, standardizarea contractuală ar trebui să fie în beneficiul ambelor părți, ea profitând atât profesionistului, cât și consumatorului, pentru că reduce costurile negocierii, inclusiv sub aspectul timpului pe care părțile l-ar afecta unor negocieri complicate. Însă, se presupune că, nefiind autorul clauzelor contractului ce urmează să se încheie, consumatorul va avea de pierdut, profesionistul fiind adesea tentat să le redacteze în favoarea sa.

⁵⁷ A se vedea cele arătate în cuprinsul subcapitolului III.2. din primul raport de cercetare.

⁵⁸ A se vedea R. A. Posner, *The Law and Economics of Contract Interpretation*, în *Texas Law Review*, vol. 83, 2004, pp. 1581-1614, în special p. 1583.

⁵⁹ *Free on board*, clauză specifică relațiilor comerciale internaționale.

⁶⁰ *Cost, insurance and freight*, altă clauză specifică relațiilor comerciale internaționale.

⁶¹ Clauza *as is* este specifică dreptului american al contractului, fiind o clauză prin care vânzătorul se poate exonera de răspundere pentru viciile bunului vândut, în anumite condiții.

Inabilitatea consumatorului în negocieri sau chiar imposibilitatea acestuia de a negocia nu ar trebui privită ca generatoare fără excepții de ineficiență și inechitate⁶². Eventuala ineficiență și tratamentul inechitabil pe care îl suferă consumatorul nu provin din faptul absenței negocierii, ci mai degrabă din acela că destinatarul ofertei profesionistului nu o citește sau, dacă o citește, nu o înțelege, aspect pe care ofertantul îl cunoaște foarte bine.

De regulă, s-a arătat în doctrina americană⁶³, consumatorul va citi și va înțelege clauzele principale sau esențiale, cum ar fi cea prin care se instituie prețul bunului sau serviciului de care are nevoie, și le va ignora pe celelalte, secundare, neesențiale sau subordonate. Asupra acestor aspecte voi reveni în detaliu în capitolele viitoare, în continuare încercând o retrospectivă a teoriei standardizării contractuale în doctrina americană.

Se impune o ultimă precizare cu privire la dreptul american al contractelor și, implicit, al contractelor standard. Doctrina americană este, predictibil, puternic influențată de ideologiile politice dominante în științele sociale din Statele Unite. Astfel, și în dreptul contractelor se fac simțite unele aspecte ce țin de confruntarea dintre neoliberalism și stânga intervenționistă. Spre exemplu, la mijlocul anilor 1990, când neoliberalismul deceniului anterior triumfase deja, juriștii americani constatau resurecția conservatorismului intelectual și politic în dreptul contractelor. Instanțele americane tind să îi favorizeze pe beneficiarii privilegiați ai dreptului clasic al contractelor, aplicându-l într-o manieră tot mai formală, inflexibilă, punând capăt expansiunii doctrinei „*unconscionability*” și refuzând să accepte teoria schimbării circumstanțelor (impreviziunea din dreptul european).

Astfel, profesorul de drept R. J. Mooney observă în 1995 că judecătorul american este tot mai înclinat să aplice reguli care consolidează și protejează elitele, refuzând tot mai mult să analizeze echitatea negocierii și a schimbului economic dintre părți, chiar în situațiile în care partea mai puternică și-a impus termenii și condițiile contractuale⁶⁴. Spre exemplu, instanțele au ajuns să considere că absența egalității în negociere sau absența oportunităților egale ori comparabile de a contracta nu mai atrage întotdeauna după sine existența „*unfair surprise*” (a clauzelor abuzive, neuzuale) sau a abuzului contractual⁶⁵.

Cu alte cuvinte, se observă că dreptul a fost conceput de o așa manieră încât să corespundă intereselor celor care se află pe poziții economice de forță și care se pot refugia în teorii și doctrine formaliste, care insistă în punerea în executare forțată a clauzelor scrise, ignorând acordul real al părților, care de multe ori se găsește în afara a ceea ce a impus în scris partea puternică și, deci, favorizată⁶⁶.

Pe de altă parte, R. A. Hillman susține în 1999 că nu poate fi neapărat vorba despre o înclinație a instanțelor americane înspre susținerea intereselor elitelor sociale și economice, în defavoarea celor slabi („*the underdogs*”), ci mai degrabă despre o schimbare de paradigmă în rândul societății și opiniei publice americane, care se reflectă și la nivelul instanțelor de judecată⁶⁷. În rezumat, Hillman constată că în anii 1980 și 1990 s-a ajuns, pe de o parte, la o reconsiderare critică a statului bunăstării (a statului providențial) și a rolului instanțelor în procedurile democratice, iar, pe de altă parte, a crescut importanța și puterea piețelor, care au fost apreciate tot mai mult, până în punctul în care, sub puternica influență a Școlii de la Chicago, au ajuns să fie considerate soluția (cvasi-) generală la toate problemele sociale și economice⁶⁸.

⁶² A se vedea M. I. Meyerson, *The Efficient Consumer Form Contract: Law and Economics Meets The Real World*, în *Georgia Law Review*, vol. 24, 1990, p. 595.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ A se vedea R. J. Mooney, *The New Conceptualism in Contract Law*, în *Oregon Law Review*, vol. 74, 1995, pp. 1131-1207.

⁶⁵ A se vedea R. E. Speidel, *Contract Theory and Securities Arbitration: Whither Consent?*, în *Brooklyn Law Review*, vol. 62, nr. 4, 1996, pp. 1335-1363, în special p. 1354.

⁶⁶ A se vedea J. A. Webster, *A Pound of Flesh: The Oregon Supreme Court Virtually Eliminates the Duty to Perform & Enforce Contracts in Good Faith*, în *Oregon Law Review*, vol. 75, nr. 2, 1996, pp. 493-560, în special p. 508.

⁶⁷ A se vedea R. A. Hillman, *The New Conservatism in Contract Law and the Process of Legal Change*, *Boston College Law Review* vol. 40, nr. 4, 1999, pp. 879-889. Autorul, profesor de drept la Cornell Law School, argumentează în esență evoluția dreptului contractelor în S.U.A. anilor 1990 nu este neapărat în favoarea celor privilegiați din punct de vedere economic, chiar dacă o serie de decizii importante favorizează comercianții, băncile, asiguratorii, angajatorii și îi defavorizează pe cumpărători, împrumutați, asigurați sau angajați.

⁶⁸ Pentru un punct de vedere contrar și recent, foarte bine receptat, atât în țara de origine, cât și în Europa, a se vedea cartea profesorului de filosofie politică de la Universitatea Harvard, Michael J. Sandel, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, Penguin Books, London, 2013.

Politicile economice și sociale ale administrației președintelui Ronald Reagan, sfârșitul Războiului Rece și prăbușirea comunismului au contribuit la scăderea încrederii populației în guvern și în instituții non-democratice, precum organele judiciare, conducând în același timp la valorizarea tot mai accentuată a piețelor și a schimbului de piață. Plecând de aici, Hillman susține că această schimbare de paradigmă se reflectă și în deciziile instanțelor de judecată, care nu pot rămâne imune la transformările cu caracter ideologic pe care le încearcă societatea și opinia publică⁶⁹.

Dacă acceptăm opiniile autorului american, ar trebui să avem în vedere că într-o problemă care în esență nu este una juridică, ci economică, precum standardizarea contractuală, norma adoptată de legiuitor și aplicarea acesteia de către judecător nu pot fi niciodată analizate corect și complet în absența unei perspective inter- și multidisciplinare. Doctrina americană a subliniat foarte bine această idee.

II.3. Teoria americană a standardizării contractuale în retrospectivă

Pentru doctrina juridică americană, contractul standard face parte din esența culturii americane. În pofida unei vaste literaturi care tratează tema standardizării contractuale, o teorie americană asupra contractului standard, veritabilă, sistematică și cuprinzătoare, este, în opinia unora, incompletă, nedevelopată suficient și destructurată, neorganizată⁷⁰. Acest fapt s-ar datora intervenției instanțelor judecătorești, care ar fi rămas foarte multă vreme ancorate în teoriile despre contract ale secolului al XIX-lea, fiind obsedate de principiul *pacta sunt servanda*.

Doctrina de *common law* din Statele Unite ale Americii preia conceptul contractelor de adeziune și al condițiilor generale de afaceri în jurul anilor 1920, primele lucrări cu caracter seminal de limbă engleză apărând în 1917, 1931 și 1943, sub semnătura lui Nathan Isaacs⁷¹, Karl Llewellyn⁷² și Friedrich Kessler⁷³. Accelerarea standardizării contractuale în raporturile de afaceri și, în special, în materia asigurărilor pare să fi fost cauzată pe continentul nord-american, printre altele, de cutremurul de la San Francisco (1906) și de urmările acestuia asupra industriei asigurărilor din S.U.A.⁷⁴.

Specifică dreptului american este analiza conceptelor relevante din perspectiva libertății contractuale și, în general, din perspectiva unui pragmatism economic care pune bazele analizelor viitoare de tip *law and economics*. Anterior lui Kessler, germanul Otto Prausnitz, emigrat în Marea Britanie, publicase o carte dedicată standardizării contractelor comerciale în dreptul englez și continental⁷⁵, iar juriști americani precum Nathan Isaacs și Karl Llewellyn analizaseră deja standardizarea contractuală, pornind, printre altele, de la scrierile germanului Ludwig Raiser.

Juriști precum Isaacs, Llewellyn, Kessler și, ulterior, A. Leff, W. D. Slawson, T. Rakoff și W. I. Meyerson au întemeiat în dreptul american o literatură amplă, care a cunoscut dezvoltări succesive și unghiuri diferite de abordare, având însă toate câteva puncte comune de referință⁷⁶. În toate cazurile, în doctrina

⁶⁹ A se vedea Hillman, *The New Conservatism...*, *op. cit.*, pp. 883-886.

⁷⁰ A se vedea E. Mills Holmes, D. Thürmann, *A New and Old Theory for Adjudicating Standardized Contracts*, în *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 17, nr. 3, 1987, pp. 323-429.

⁷¹ A se vedea N. Isaacs, *The Standardizing of Contracts*, în *The Yale Law Journal* vol. 27, nr. 1, 1917, pp. 34-48.

⁷² A se vedea K. N. Llewellyn, *What Price Contract? An Essay in Perspective*, în *The Yale Law Journal* vol. 40, nr. 5, 1931, pp. 704-751.

⁷³ A se vedea Fr. Kessler, *Contracts of Adhesion. Some Thoughts About Freedom of Contract*, în *Columbia Law Review* 43, 1943, p. 629 și urm.

⁷⁴ A se vedea T. J. Röder, *Rechtsbildung im wirtschaftlichen Weltverkehr. Das Erdbeben von San Francisco und die internationale Standardisierung von Vertragsbedingungen 1871-1914*, în M. Nec (Hrsg.), *Recht in der Industriellen Revolution*, Band 4, Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2006.

⁷⁵ A se vedea O. Prausnitz, *The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law*, Sweet & Maxwell, London, 1937.

⁷⁶ Pentru o analiză critică, a se vedea Rakoff, *op. cit.* Juristul american argumentează că viziunile exprimate inițial în doctrina americană sunt incomplete, chiar înguste, fiindcă premisa de la care pleacă nu este cea corectă. În realitate, standardizarea contractuală este intrinsec legată de organizarea și practicile unor companii mari și foarte mari, structurate ierarhic, precum și de dinamica raporturilor dintre acestea, pe de o parte, clientela lor și sistemul juridic, pe de altă parte (Rakoff, *op. cit.*, p. 1176). A se vedea, de asemenea, mult citatul articol al lui M. I. Meyerson din 1993, *The Reunification of Contract Law: The Objective Theory of Consumer Form Contracts*, în *University of Miami Law Review*, vol. 47, 1993, pp. 1263-1333, dar și

americană se poate vorbi despre o teorie încheată a contractelor standardizate, aceasta cunoscând o evoluție spectaculoasă în ultimul secol.

O bună sinteză a acestei evoluții se găsește la M. I. Meyerson⁷⁷ și la Rakoff, adepții teoriei obiective a contractului standardizat. Având în vedere că voi analiza *infra* câteva dintre ideile celor mai importanți autori americani în materie, voi reține aici numai elementele esențiale ale teoriei contractelor standardizate în doctrina americană, bazându-mă pe autorii menționați.

Meyerson arată că punctul de plecare al doctrinei americane în materie îl reprezintă receptarea teoriei contractului de adeziune a lui Raymond Saleilles, tradusă în engleză imediat după primul război mondial. Ulterior, Kessler, la care mă voi referi mai pe larg *infra*, construiește o veritabilă teorie a contractului de adeziune, conceptul fiind deja cunoscut instanțelor de judecată americane, în jurisprudența cărora apare pentru prima dată în 1940⁷⁸.

În aceeași perioadă din jurul celui de-al doilea război mondial, A. Corbin observă că, atunci când interpretează un contract, instanțele judecătorești nu ar trebui să acorde prevalență numai cluzelor scrise și sensului literal al termenilor folosiți de părți, ci ar trebui să țină cont de intenția părților, respectiv să nu interpreteze ceea ce s-a reținut în scris în contradicție cu intenția părților. Corbin arată că, mai ales atunci când contractele ar fi de adeziune, s-ar putea ca ceea ce s-a reținut în scris să nu corespundă adevărului, chiar dacă limbajul utilizat este clar. Spre exemplu, o clauză conform căreia contractul conține toate aspectele asupra cărora părțile au convenit, neexistând alte promisiuni, garanții sau clauze extrinseci, ar putea fi neadevărată⁷⁹.

Sistematizând opiniile doctrinare cu privire la standardizarea contractuală, juristul american T. D. Rakoff consideră că acestea pot fi împărțite în funcție de perspectiva folosită de primii autori care au tratat problema. Astfel, după Rakoff, K. Llewellyn încearcă să găsească soluția la posibilele pericole ale standardizării contractuale cu mijloacele dreptului privat, pe când Leff și Slawson abordează problema din perspectiva dreptului public⁸⁰. Kessler, al cărui demers se impune și în doctrina juridică europeană, urmărește o abordare dincolo de dihotomia dintre dreptul privat și cel public, acesta recurgând la o teorie instituționalistă.

Întrebarea la care doctrina americană a încercat să răspundă, indiferent de perspectiva din care a analizat contractul de adeziune și clauzele standard care îl compun, este aceea dacă un asemenea contract trebuie să se bucure de protecția legii, dacă trebuie să fie pus în executare cu ajutorul forței legii. Mă voi referi, pe scurt, la fiecare dintre autorii analizați de Rakoff, insistând puțin mai mult asupra opiniilor lui Kessler, fiindcă, așa cum am arătat, acesta a fost mai bine receptat în spațiul european.

În primul rând, Llewellyn subliniază avantajele standardizării contractuale din perspectiva profesionistului care se folosește de contracte preformulate⁸¹. Acestea nu reprezintă altceva decât expresia juridică a producției robotizate, fiind ușor de făcut, arhivat, completat și verificat. Distribuția devine mai ieftină, iar caracterului fungibil al bunurilor vândute i se adaugă ceea ce Llewellyn numește caracterul fungibil al tranzacțiilor („*a regime of fungible transactions*”⁸²), care devin (mai) simple. În ceea ce privește interpretarea unor asemenea contracte, clarificarea unei chestiuni îndoielnice într-o instanță de judecată conduce la clarificarea unui număr mare de alte contracte identice sau similare. Privite din perspectiva unei întreprinderi, contractele standardizate fac mai accesibilă expertiza angajaților bine pregătiți, de care se pot bucura și ceilalți, fără a mai fi nevoie să parcurgă o perioadă de școlarizare. Pur

M. I. Meyerson, *The Efficient Consumer Form Contract: Law and Economics Meets The Real World*, Georgia Law Review, vol. 24, 1990, pp. 583-627.

⁷⁷ A se vedea Meyerson, *The Reunification of Contract Law...*, op. cit., pp. 1274-1282.

⁷⁸ Idem, p. 1275, cu trimitere la Cauza *Bekken v. Equitable Life Assurance Society*.

⁷⁹ A se vedea A. L. Corbin, *The Parole Evidence Rule*, în *The Yale Law Journal*, vol. 53, nr. 4, 1944, pp. 603-663. În ceea ce privește sistemul de drept european, o regulă asemănătoare celei pretinse de Corbin se regăsește în art. 1188 din Codul civil francez, fiind preluată în art. 977 din vechiul Cod civil român, respectiv art. 1266 alin. (1) din noul Cod civil, ca normă principală de interpretare a contractului (după voința părților, iar nu după sensul literal al termenilor).

⁸⁰ Aceeași concluzie și la Meyerson, op. cit., p. 1279.

⁸¹ A se vedea Llewellyn, op. cit.

⁸² Idem, p. 731.

și simplu, se vor folosi și ei de procedurile standardizate elaborate de cei cu experiență, utilizarea acestora generalizându-se în raport cu toți clienții întreprinderii.

Analizând problema consimțământului destinatarului unei oferte standardizate, Llewellyn ajunge la concluzia că, de fapt, un asemenea consimțământ nu există. Cel care se vede în fața unui contract standardizat nu își va da în realitate consimțământul decât cu privire la natura contractului și la cele câteva clauze îngroșate⁸³, care ar privi, în limbajul nostru, obiectul principal al contractului. Dincolo de acestea, partea ar consimți *în alb*, adică fără a citi și a înțelege, la toate condițiile și toți termenii din contractul profesionistului care nu sunt nerezonabili sau indecenți și care nu alterează sau golesc de sens înțelesul rezonabil al clauzelor îngroșate. Acelea constituie expresia reală și dominantă a acordului părților, consideră Llewellyn.

Plecând de la distincția dintre consimțământul specific, cu privire la obiectul principal al contractului, și un consimțământ nespecific, eventual *în alb*, Llewellyn ajunge să concluzioneze că (i) instanțele judecătorești trebuie să interpreteze contractul prin prisma obiectivelor urmărite de părți și a contextului în care acestea au acționat; (ii) legiuitorul ar trebui să completeze contractul incomplet cu norme care să reflecte afacerea tipică pe care părțile ar fi realizat-o în circumstanțele date; (iii) o instanță nu ar trebui să își dea concursul în vederea executării unui contract fără a-i cerceta caracterul echitabil, în situația în care o parte și-a asumat obligații excesive, injuste, pe care nu ar fi putut să le aibă în vedere dacă ar fi citit/înțeles contractul în toate prevederile sale; (iv) legiuitorul ar trebui să ia măsuri privind reducerea costurilor tranzacțiilor⁸⁴.

Ultima concluzie ar fi, la prima vedere, în acord cu teoriile lui Ronald Coase. Amintesc totuși că Ronald Coase a fost un anti-intervenționist, încercând să arate că externalitățile negative nu trebuie neapărat corectate printr-o intervenție a forței publice, ci pot fi, în anumite condiții, internalizate, deci corectate, de către înșiși participanții la viața economică, prin negocieri. În ceea ce privește contractele standardizate, problema este însă exact aceea că nu există nicio negociere, părțile negociind eventual (de fapt, în foarte puține cazuri) cu privire la prețul bunului sau serviciului și nimic mai mult. Prin urmare, ultima concluzie a lui Llewellyn nu este deloc greșită, cel puțin o parte a contractului nefiind în măsură să negocieze.

Însă, dacă acceptăm corectitudinea acestei ultime concluzii, trebuie să acceptăm că demersul necesar ține mai degrabă de dreptul public decât de dreptul privat. A. Leff și W. D. Slawson, reputați juriști americani din a doua parte a ultimului secol, au plasat analiza contractelor standard pe tărâmul dreptului public, întrebarea cu privire la executarea unui contract standard impunând diverse opțiuni de politici publice⁸⁵.

Observând, pe de o parte, că, cel puțin în contractele de consum, consumatorul nu înțelege și nici măcar nu citește clauzele la care aderă, iar, pe de altă parte, că, în contextul dreptului tradițional al contractului, fie un asemenea contract este valabil (pentru că „*signing is binding*”⁸⁶), fie este nul pentru lipsa consimțământului, a sugerat un amplu program legislativ, urmat de proceduri administrative de executare silită a contractelor, urmărind o mai bună informare precontractuală și chiar interdicția legală a anumitor clauze în contractele de adeziune.

Argumentația avansată de Leff pentru propunerile sale este următoarea: Miza utilizării clauzelor standard este dată, în viziunea sa, de necesitatea administrării riscurilor tranzacțiilor pe piață. Scopul recurgerii la clauze standard, preformulate, este acela de a maximiza profitul prin prevenirea riscurilor, la un preț dat⁸⁷. Contractele de adeziune, construite cu ajutorul unor clauze standard, sunt, fără îndoială, o problemă socială, pentru că se „produc” în masă și tratează identic sau similar un număr foarte mare de persoane. Prin urmare, asemenea contracte trebuie privite ca bunuri, iar nu în calitate de contracte,

⁸³ În original: „*What has in fact been assented to, specifically, are the few dickered terms, and the broad type of the transaction, and but one thing more*” apud Rakoff, *op. cit.*, p. 1199.

⁸⁴ A se vedea A. Schwartz, *Karl Llewellyn and the Origins of Contract Theory*, Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper 4862, 2000.

⁸⁵ A se vedea Rakoff, *op. cit.*, p. 1206.

⁸⁶ *Idem*, p. 1207.

⁸⁷ A se vedea A.A. Leff, *Unconscionability and the Code – The Emperor’s New Clause*, în *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 115, nr. 4, 1967, pp. 485-559, în special pp. 543-546.

alegerea fiind între a-i permite producătorului (de contracte sau de clauze contractuale) să transfere un risc dat asupra consumatorului sau să îl internalizeze, măbind prețul în compensație. Leff vede problema contractelor standardizate asemănător problemei răspunderii pentru siguranța produselor, a garanțiilor pentru aceasta, și, deci, solicită intervenția forței publice⁸⁸.

Două concluzii se impun. În primul rând, Rakoff a observat în mod corect că argumentele lui Leff nu justifică intervenția corectivă a statului, ci mai degrabă justifică reglementarea legală a tuturor clauzelor pe care părțile nu le-au negociat, aceasta putând înlocui foarte bine întregul set de clauze standardizate elaborat de „producătorul” de clauze contractuale. În al doilea rând, este evident că perspectiva lui Leff întemeiază, desigur alături de doctrinele naționale, demersuri legislative europene, plecând de la legea germană a condițiilor generale de afaceri din 1976 și până la Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive sau Directiva 2008/48/CE privind contractele de credit pentru consumatori, în cazul cărora legile naționale de transpunere prevăd exact ce fel de clauze contractuale sunt permise, care sunt considerate abuzive și care trebuie, prin urmare, înlăturate etc.

În aceeași perioadă în care Leff solicita intervenția legiuitorului pentru rezolvarea problemei răspunderii „producătorului” de clauze contractuale, profesorul W. D. Slawson încerca să construiască un drept administrativ al contractelor („*an administrative law of contracts*”)⁸⁹, fiindcă, în opinia sa, contractul considerat de instanțe și de profesorii de drept ca fiind tipic, în sensul că ambele părți participă până la capăt la configurarea sa și la selecția limbajului (adică a termenilor acestuia), nu ar mai avea decât o importanță istorică. Aceasta înseamnă că marea majoritate a participanților la viața economică și socială trăiește sub imperiul unui drept privat, creat de producătorii de bunuri și servicii, care își impun contractele (adică legea), cu consecințe economice nefericite. Iată ce scrie Slawson în 1971: „*The effect of mass production and mass merchandising is to make all consumer forms standard, and the combined effect of economics and the present law is to make all standard forms unfair. Mass production and mass merchandising work to make all forms standard because a nonstandard form is characteristically just as expensive for a seller to make and sell as is a nonstandard tangible product*”⁹⁰.

În aceste condiții, un contract abuziv reprezintă un beneficiu gratuit pentru producător, de la care acesta nu va abdica decât cu prețul pieirii sale. Dacă nu va profita de el, competitorii vor profita cu siguranță, eliminându-l de pe piață. Caracterul abuziv, dezavantajos pentru client, al contractelor standardizate devine astfel insesizabil pentru majoritatea consumatorilor, presiunea pe care un mediu competitiv o exercită asupra concurenților fiind suficient de puternică pentru a-i convinge pe competitori să mascheze cât mai bine acest caracter abuziv al clauzelor pe care le utilizează în comerț⁹¹.

Pentru Slawson, este nerealist a sugera că un contract standard poate fi executat silit, cu ajutorul forței legii, dacă partea dezavantajată și-a dat consimțământul informat. Pur și simplu, cerințele vieții moderne nu permit niciunui participant la circuitele economice și sociale să investească atât de mult timp cât ar fi necesar pentru a se informa cu privire la fiecare contract și a negocia fiecare contract de care are nevoie în viața de zi cu zi. Chiar și dacă acest lucru ar fi posibil, afirmă Slawson, cealaltă parte nu va accepta să negocieze, pentru că nu are de ce să o facă, dispunând de suficientă putere pentru a-și impune condițiile contractuale.

La fel de nerealist ar fi să pretinzi instanțelor judecătorești să rescrie contractele standardizate, aducându-le într-un cadru echitabil. Într-o asemenea ipoteză, s-ar ajunge la un cadru de reglementare prin recursul la instanțe, controlat și inflexibil, ceea ce ar face imposibilă viața economică și socială modernă. În schimb, Slawson propune un set de norme legale care să concilieze interesul profesionistului

⁸⁸ A se vedea Rakoff, *op. cit.*, p. 1209.

⁸⁹ A se vedea W.D. Slawson, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, în *Harvard Law Review*, vol. 84, nr. 3, 1971, pp. 529-566.

⁹⁰ *Idem*, pp. 530-531. În traducere: „Efectul producției de masă și al comerțului de masă este acela de a standardiza toate contractele de consum, iar efectul combinat al economiei și al unei asemenea legi este de a face toate contractele standard abuzive. Producția de masă și comerțul de masă contribuie la standardizarea tuturor contractelor pentru că un contract nestandardizat este în mod obișnuit la fel de scump de a fi produs și vândut pentru vânzător pe cât este pentru acesta un produs nestandardizat”.

⁹¹ *Ibidem*.

de a redacta clauzele unui contract în funcție de propriile necesități și interesul consumatorului de a-și vedea îndeplinite așteptările.

Pentru a concepe un asemenea set de norme, juristul american se servește de dreptul administrativ, în sensul că părțile contractului nu vor mai conveni decât asupra unei anumite părți a contractului lor („*a very small part*”, spune Slawson⁹²), acceptând să se delege profesionistului sarcina de a completa contractul, respectiv de a redacta restul clauzelor (pe cele mai multe, evident, însă foarte probabil că nu pe acelea care privesc obiectul principal al contractului), așa după cum legiuitorul edictează norma pe care organele puterii executive o pun în aplicare.

Dreptul administrativ este, în opinia juristului citat, un instrument prin care organele puterii executive sunt ținute a acționa în conformitate cu intenția legiuitorului și cu interesul public. Asemănător, acele clauze dintr-un contract care au fost unilateral impuse de profesionist trebuie menținute în concordanță cu acordul inițial al părților (chiar dacă acesta privește numai unele dintre clauzele contractului) și, desigur, în concordanță cu ceea ce este echitabil pentru ambele, printr-un cadru legislativ adecvat. Dacă așa stau lucrurile, dreptul contractelor va furniza baza unui sistem democratic al dreptului privat („*a democratic system of private law*”⁹³) și, totodată, a unei economii competitive care lucrează în favoarea consumatorului.

Într-o asemenea economie, conform lui Slawson, se manifestă două fenomene, care trebuie avute în vedere. Pe de o parte, majoritatea contractelor se încheie rapid, părțile gândindu-se cel mult la obiectul principal, respectiv la clauzele esențiale („*major terms*”⁹⁴), una dintre părți neavând decât opțiunea de a accepta clauzele propuse de cealaltă parte. A ține cont de această realitate înseamnă, potrivit lui Slawson, a ne întoarce la principiul conform căruia într-un contract nu se pot regăsi decât acele clauze cu privire la care se poate considera în mod rezonabil că ambele părți le-au înțeles. Cu alte cuvinte, contractele contemporane trebuie să fie simple, iar cei care formulează și propun clauze standardizate trebuie să îi facă pe destinatarii acestora să le înțeleagă, în caz contrar documentele cu pricina neputând fi considerate contracte. Totuși, argumentează doctrinarul american, un asemenea formular sau document care conține clauze standardizate ar putea fi considerat contract dacă acele clauze conțin o referire la standarde care se regăsesc în contract (adică în acel set de clauze care reglementează obiectul principal al contractului și pe care părțile l-au agreat și, deci, înțeles) sau la standarde publice, impuse de legiuitor sau de instanțe.

Pe de altă parte, neexistând un consimțământ veritabil în cazul unui contract de adeziune, legitimitatea unui asemenea contract nu poate fi fundamentată decât pe concordanța acestuia cu interesul public. Astfel, Slawson crede că debitorul unor obligații rezultate dintr-un contract standardizat la care a aderat va fi, prin urmare, sigur că a consimțit la regulile cărora li se supune fie în mod direct, fie indirect, în sensul că acestea sunt conforme cu norme și standarde superioare, legale, edictate și puse în aplicare de instituțiile publice care îl guvernează în mod legitim.

În sfârșit, în ceea ce îl privește pe Kessler, autorul unui foarte citat studiu din 1943, cu privire la contractele de adeziune și libertatea contractuală, trebuie spus că acesta privește problema dincolo de raporturile dintre dreptul public și cel privat.

Kessler depășește viziunea conform căreia într-un tablou regăsim doi indivizi negociind afaceri pe o piață dată (o chestiune de drept privat, fără îndoială), iar, pe de altă parte, în celălalt tablou, guvernul edictează norme de aplicabilitate generală, urmărind binele comun. Kessler anticipează un al treilea tablou în care organizații neguvernamentale, deci de drept privat, organizate ierarhic, administrează viața economică modernă și se folosesc, în acest scop și printre altele, de formule contractuale standardizate, pe care le impun masei vaste de clienți cu care intră în contact. Această idee este reluată și de Rakoff, 40 de ani mai târziu, acesta arătând că întreprinderile recurg la contracte standardizate, pe de o parte, pentru a-și stabili relațiile de piață, iar, pe de altă parte, pentru a servi necesităților propriilor lor structuri organizate ierarhic și segmentate în interior⁹⁵.

⁹² *Idem*, p. 533.

⁹³ *Ibidem*, p. 565.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 566.

⁹⁵ A se vedea Rakoff, *op. cit.*, p. 1220.

Kessler scrie că dezvoltarea sistemului liberei inițiative bazat pe diviziunea muncii și însăși societatea capitalistă aveau nevoie de o instituție juridică foarte flexibilă („*a highly elastic legal institution*”) pentru a asigura schimbul de bunuri și servicii pe piață. Astfel, juriștii, răspunzând acestei nevoi sociale, au transformat contractul din instituția greoaie care era în secolul al XVI-lea într-un instrument cu o utilitate și o flexibilitate aproape nelimitate.

Pe de altă parte, autorul în discuție atrage atenția că forța superioară a comerciantului face inutil orice protest al clientului cu privire la conținutul dezavantajos al unor clauze contractuale, iar contractele standardizate ar putea deveni instrumente efective de dominație în mâna industriașilor și comercianților care intenționează să impună o nouă ordine feudală asupra unei mari mase de vasali⁹⁶.

În orice caz, juristul american pleacă de la două premise esențiale. Pe de o parte, așteptările rezonabile ale participanților la viața economică, bazate pe promisiunile celor cu care fac comerț, trebuie protejate prin lege. Pe de altă parte, legea nu poate anticipa natura și conținutul unor afaceri, pe care actorii economici le vor încheia la un moment dat, astfel încât este obligată să se restrângă la un set de norme cu caracter dispozitiv, delegând enunțarea în concret a regulilor unui contract chiar părților acestuia, legea contractului emanând de la acestea. Aceasta înseamnă că fundamentul libertății contractuale nu este numai unul de ordin moral, ci și unul eminentamente practic⁹⁷.

Atât timp cât contractul rămâne o afacere privată⁹⁸, un raport între particulari care își ajustează interesele în funcție de oferta și cererea de pe piață, Kessler opinează că reticența instanțelor de judecată de a interveni în contractele particularilor este pe deplin justificată. Însă, apariția contractului standardizat de masă înseamnă uniformizarea raporturilor contractuale, estomparea până la dispariție a individualității în contracte, absența negocierii. Contractul standardizat este, în opinia lui Kessler, o expresie a impersonalității piețelor, având însă marele avantaj de a permite întreprinderilor un calcul mai precis al riscurilor afacerii.

Exemplul utilizat în analiza lui Kessler este acela al companiilor de asigurări, care folosesc standardizarea în contracte pentru a selecta și controla riscurile pe care trebuie să și le asume, inclusiv ceea ce Kessler denumește riscul judiciar, adică riscul ca o instanță de judecată sau un juriu să încline, urmare a unor factori iraționali, în defavoarea unui părât puternic⁹⁹. Or, necesitatea evaluării și minimizării riscurilor îi face pe profesioniștii să recurgă, pe de o parte, la standardizare contractuală și, pe de altă parte, la utilizarea în contractele standard practicate a unor clauze ingenioase de excludere sau de control a factorilor iraționali în eventuale litigii. Pentru Kessler, contractele standard sunt o expresie a vremurilor sale, cu ostilitatea caracteristică față de orice factori iraționali în procesele judiciare.

Acceptând faptul că utilizarea formulelor contractuale standard este în beneficiul întregii societăți, fiindcă reduce costurile producției și distribuției de bunuri și servicii, juristul american atrage atenția asupra consecințelor negative pe care le suportă părțile slabe, care nu sunt în măsură să se opună modelelor contractuale impuse de întreprinderile cu o putere de negociere foarte mare. Nu numai că partea mai slabă nu poate să negocieze cu întreprinderea de ale cărei bunuri sau servicii are nevoie alți termeni contractuali, dar nici nu poate să se adreseze altui ofertant, fie pentru că acesta nu există (ofertantul inițial beneficiind de o poziție de monopol), fie pentru că concurenții se folosesc de aceleași clauze contractuale sau de unele similare.

În consecință, nu vom fi în prezența unui consimțământ veritabil față de o ofertă de a contracta, ci a unei supunerii mai mult sau mai puțin voluntare față de termeni și condiții impuse de cealaltă parte („*dictated by the stronger party*”) și ale căror consecințe sunt înțelese într-un mod vag, în cel mai bun caz. Așa fiind, standardizarea contractuală, devenită „*living law*” în opinia lui Kessler, nu este altceva decât un instrument pentru edificarea și consolidarea unor imperii industriale, fiind utilizată inclusiv

⁹⁶A se vedea Kessler, *op. cit.*, p. 640: „*effective instruments in the hands of powerful industrial and commercial overlords enabling them to impose a new feudal order of their own making upon a vast host of vassals*”.

⁹⁷ *Idem*, pp. 629-630.

⁹⁸ „*Contract – the language of the cases tells us – is a private affair and not a social institution*”. A se vedea Kessler, *op. cit.*, p. 630.

⁹⁹ A se vedea Kessler, *op. cit.*, p. 631: „*The insurance business probably deserves credit also for having first realized the full importance of the so-called juridical risk, the danger that a court or jury may be swayed by irrational factors to decide against a powerful defendant*”.

pentru controlul și reglementarea în detaliu a lanțului economic de producție și distribuție, de la producătorul de materii prime până la ultimul utilizator sau consumator de produse sau servicii finite.

Analizând apoi dificultățile întâmpinate de instanțele americane în soluționarea unor litigii legate de contracte standardizate în domeniul asigurărilor, Kessler ajunge la concluzia conform căreia libertatea contractuală capătă un sens diferit în funcție de tipul de contract cu privire la care este adusă în discuție și de puterea de fapt de care se bucură autorul contractului standardizat, respectiv cel care îl impune clienței sale.

După Kessler, contractul de adeziune se definește cu ajutorul a patru elemente. În primul rând, un asemenea contract este utilizat de profesioniști cu o mare putere de negociere. În al doilea rând, aceștia fie se bucură de un monopol, fie utilizează un contract identic cu cel folosit de concurenți. În al treilea rând, partea mai slabă, destinatară a ofertei profesionistului, înțelege consecințele juridice ale contractului foarte puțin sau chiar deloc. În sfârșit, destinatarul nu are de ales decât între a accepta contractul, așa cum i-a fost propus, sau a nu-l încheia (*take-it-or-leave-it*)¹⁰⁰.

Sintetizând aspectele prezentate *supra*, rețin că, în 1983, Rakoff evidențiază șapte caractere ale unui contract de adeziune, pe care îl echivala din punct de vedere stilistic cu contractul standard¹⁰¹. Cele șapte caractere sunt următoarele: (i) documentul care conține oferta de a contracta este un formular tipărit care încorporează mai multe clauze și care tinde la a fi un contract; (ii) formularul a fost redactat de către sau pentru una dintre părțile contractului; (iii) partea care l-a redactat sau pentru care a fost redactat participă la numeroase raporturi de aceeași natură precum cea avută în vedere la redactarea formularului și intră în aceste raporturi în mod obișnuit, încheierea lor fiind o chestiune de rutină; (iv) formularul este prezentat celeilalte părți (i.e., părții aderente) în ideea că, exceptate fiind câteva elemente (spre exemplu, clauza privind prețul), partea care îl propune nu va accepta încheierea contractului în alți termeni decât cei prevăzuți în formular. Această idee poate fi implicită sau explicită, dar este, în orice caz, înțeleasă de destinatar; (v) după ce părțile au stabilit asupra căror aspecte vor negocia, documentul este semnat de destinatarul ofertei contractuale; (vi) destinatarul intră în puține raporturi juridice de acest tip, cel puțin în comparație cu autorul ofertei de a contracta; (vii) obligația principală a părții care aderă la contractul propus este de a plăti o sumă de bani.

Un model contractual care implică toate cele șapte caractere evidențiate de Rakoff poate fi practicat pe orice piață, el nefiind specific numai monopolurilor, ci regăsindu-se chiar și pe piețele puternic competitive. Însă, într-un asemenea caz, e posibil ca destinatarul unei oferte contractuale să facă „shopping” de clauze contractuale, fiind, deci, evident că problematica unei oferte de tip *take-it-or-leave-it*, specifică contractului de adeziune, diferă în funcție de piața pe care este făcută. Aceasta pentru că răspunsul destinatarului va fi sau ar trebui să fie diferit în funcție de alternativele, chiar reduse, pe care le are la dispoziție în cazul unui oligopol sau al unei piețe concurențiale.

Indiferent de piața pe care s-ar regăsi destinatarul unei oferte, spre exemplu consumatorul, așa cum este el văzut în prezent, este foarte puțin probabil că acesta, înainte de a semna contractul, va citi și, dacă va fi citit, va înțelege clauzele standardizate pe care i le propune ofertantul. Rakoff afirmă că toți cercetătorii care s-au preocupat de această problemă au plecat de la prezumția respectivă, ea fiind confirmată de studii empirice¹⁰². A doua prezumție care se verifică aproape întotdeauna este aceea că profesioniștii care propun clauze standard clienților lor știu că aceștia nu le vor citi sau că, dacă le vor citi, nu le vor înțelege. În același timp, nici reprezentanții profesioniștilor, respectiv persoanele care intră în contact direct cu clienții și care le prezintă acestora documentele contractuale conținând condițiile generale de afaceri, nu înțeleg semnificația acestora decât în mod limitat și, prin ipoteză, nu le pot modifica în sensul pe care, eventual, l-ar dori un client sau altul.

¹⁰⁰ A se vedea Kessler, *op. cit.*, p. 632.

¹⁰¹ A se vedea Rakoff, *op. cit.*, p. 1177, nota de subsol nr. 10.

¹⁰² *Idem*, p. 1179. Rakoff, scriind în 1983, arată că și-a întrebato colegii avocați și profesori de drept, precum și studenții, dacă au citit documentele contractuale ce li s-au pus în față spre a fi semnate, spre exemplu contractele privind conturile curente bancare și cardurile de plată asociate acestora, constatând că marea majoritate a respondenților nu le-au citit. Fără pretenția unui demers științific riguros, am adresat întrebarea studenților anului al IV-lea al Facultății de Drept a Universității de Vest din Timișoara în anii universitari 2016/2017 și 2017/2018, primind același răspuns.

De asemenea, în siajul opiniilor enunțate de Kessler în 1943, juriștii americani au continuat să sublinieze motivele pentru care un subiect de drept acceptă să adere la un contract standardizat care îl dezavantajează.

În 1967, spre exemplu, Q. Johnstone și D. Hopson Jr. indică drept cauze ale aderenței la contractele elaborate de profesioniști slaba poziție pe care se situează contractantul la începutul negocierilor, ignoranța și indiferența¹⁰³. În 1999, E. Allan Farnsworth avansează următoarea enumerare a cauzelor pentru care profesionistul reușește să își impună modelul contractual în fața cocontractantului său: (i) avantajul strategic provenind din resursele de timp și din asistența de specialitate de care se bucură profesionistul, spre deosebire de cel care aderă la contractul propus; (ii) lipsa de cunoștințe a cocontractantului cu privire la contractul ce i se propune, acesta având în cel mai bun caz o imagine superficială a raportului juridic în care urmează să intre; (iii) lipsa sau restrângerea posibilității părții de a citi (și de a înțelege) documentele contractuale pe care profesionistul i le prezintă, uneori din cauza utilizării de către acesta a unor cuvinte sau sintagme dificile sau ambigue ori din cauza utilizării unui scris mult prea mic, care pune la încercare răbdarea și capacitatea de concentrare a destinatarului ofertei; (iv) pur și simplu, dezechilibrul major de putere economică, respectiv puterea pe care o are profesionistul de a-i impune clientului său fie aderarea la contract, așa cum l-a propus, fie de a nu contracta deloc¹⁰⁴.

În sfârșit, trebuie adus în discuție conceptul ignoranței raționale, provenit din microeconomie și psihologie, și circulat pe larg de către doctrina americană mai recentă în legătură cu contractele standardizate. Conceptul este anticipat de Rakoff încă din 1983. Acesta a arătat că nu trebuie căutată cauza pentru care marea majoritate a destinatarilor unei oferte nu citește amplele documente contractuale pe care trebuie să le semneze într-o posibilă indolență a acestora.

Având în vedere (i) numărul mare de clauze cu caracter neesențial care se regăsesc în fiecare contract; (ii) probabilitatea scăzută ca o asemenea clauză să fie invocată în viitor în cadrul unui litigiu; precum și (iii) miza relativ mică a multora dintre aceste contracte, concentrarea destinatarului ofertei pe acele câteva clauze esențiale, care sunt de interes imediat și se bucură de o bună publicitate din partea profesionistului, precum și ignorarea tuturor celorlalte clauze sunt expresia unui comportament pe deplin rațional¹⁰⁵.

Un ultim, dar important aspect trebuie luat în calcul. Analiza economică a introdus în ecuație conceptul raționalității limitate¹⁰⁶ și a pus în lumină eșecul de piață. Dacă piața ar funcționa conform paradigmei clasice, purtătorii ofertei, care concep și impun clientelei lor contracte standardizate, ar trebui să fie înclinați să utilizeze numai clauze eficiente din punct de vedere economic, care să contribuie la beneficiul colectiv. O piață pe care se manifestă concurența pură și perfectă i-ar determina atât pe purtătorii ofertei, cât și pe cei ai cererii, să prefere aceleași clauze contractuale, iar instanțele, în ipoteza puțin probabilă în care ar mai fi nevoie de intervenția lor, ar trebui să le pună *in integrum* și *ad litteram* în aplicare, chiar dacă nu au fost negociate, pentru că rezultatul va fi oricum unul optim din punct de vedere economic și social.

¹⁰³ A se vedea Q. Johnstone, D. Hopson Jr., *Lawyers and Their Work*, Bobbs-Merrill Co., New York, 1967, pp. 329-330: „Some sets of trade and professional forms are extremely one-sided, grossly favoring one interest group against others, and are commonly referred to as contracts of adhesion. From weakness in bargaining position, ignorance, or indifference, unfavored parties are willing to enter transactions controlled by these lopsided legal documents”.

¹⁰⁴ Farnsworth, *op. cit.*, pp. 296-297: „Dangers are inherent in standardization... for it affords a means by which one party may impose terms on another unwitting or even unwilling party. Several circumstances facilitate this imposition. First, the party that proffers the form has had the advantage of time and expert advice in preparing it, almost inevitably producing a form slanted in its favor. Second, the other party is usually completely or at least relatively unfamiliar with the form and has scant opportunity to read it – an opportunity often diminished by the use of fine print and convoluted clauses. Third, bargaining over terms of the form may not be between equals or, as is more often the case, there may be no possibility of bargaining at all. The form may be used by an enterprise with such disproportionately strong economic power that it simply dictates the terms. Or the form may be a take-it-or-leave-it proposition, often called a contract of adhesion, under which the only alternative to complete adherence is outright rejection”.

¹⁰⁵ A se vedea Rakoff, *op. cit.*, p. 1226. A se vedea și R. E. Barnett, *Consenting to Form Contracts*, în *Fordham Law Review*, vol. 71, 2002, pp. 627-645, în special pp. 630-632.

¹⁰⁶ A se vedea R. Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, în *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, nr. 4, 2003, pp. 1203-1295.

Or, realitatea este cu totul alta. Raționalitatea actorilor este limitată, iar atunci când clauzele contractuale devin parte integrantă a ofertei profesionistului, consumatorul nu va putea și nu va dori să se concentreze decât pe caracteristicile esențiale ale acesteia, respectiv caracteristicile tehnice și funcționale ale produsului și prețul acestuia. Din motivele enumerate de Rakoff, clientul consumator va face abstracție de celelalte atribute ale ofertei, adică de clauzele contractuale neesențiale, secundare sau subordonate. Numai teoria eșecului de piață explică faptul că profesioniștii sunt interesați să construiască și să impună contracte, în care unele clauze, acelea asupra cărora destinatarul ofertei nu se poate concentra, să le profite. Profesioniștii vor profita mai mult atunci când inserează în contracte clauze ineficiente, în urma cărora clasa consumatorilor va fi dezavantajată. Teoriile mai recente, care pleacă de la conceptul *market for lemons* al lui Akerlof, arată că, într-o asemenea situație, și clasa profesioniștilor va fi, în final prejudiciată, fiind forțată într-o competiție de tip „*race to the bottom*”.

Soluția se găsește la instanțele de judecată, doctrina americană arătând că acestea pot maximiza utilitatea ambelor părți ale unui contract, atunci când vor pune în aplicare clauzele eficiente ale unui contract standardizat și vor refuza să le aplice pe cele ineficiente. Un asemenea punct de vedere rafinează teoria „*unconscionability*” și impune instanțelor de judecată să ia în considerare eficiența ca un principiu veritabil în dreptul contractelor, fiindcă pleacă de la prezumția conform căreia ineficiența contractelor standardizate este cauzată de raționalitatea limitată a purtătorilor cererii, indiferent că sunt consumatori sau nu.

O precizare suplimentară este necesară. Raționalitatea limitată nu este identică iraționalității. Actorii economici, profesioniști sau consumatori, pot lua decizii raționale chiar și atunci când raționalitatea este limitată din cauza faptului că procurarea și prelucrarea unor informații complete este, uneori, imposibilă și, de cele mai multe ori, costisitoare¹⁰⁷. Altele sunt motivele pentru care în anumite condiții deciziile participanților la viața economică și socială sunt iraționale. Doctrina americană se referă mai ales la factorii psihologici, respectiv optimismul exagerat și vicierea capacităților decizionale ale actorilor economici.

Astfel, bazându-se pe studii ale economiștilor și psihologilor, Eisenberg arată, în primul rând, că un optimism exagerat, în contradicție evidentă cu realitățile, caracterizează majoritatea relațiilor interumane. Apoi, analizează multiplele erori și fracturi logice pe care cele mai multe persoane le fac atunci când trebuie să ia decizii pe baza informațiilor colectate și procesate. Eisenberg pune în discuție o veritabilă persistență în eroare, legând optimismul exagerat de subevaluarea constantă a riscurilor, care se află într-o stare de interdependență permanentă¹⁰⁸.

În doctrina americană, marea majoritate a preocupărilor legate de *standard form contracts* au în centru aceste aspecte, ele dominând dezbaterile doctrinare până la începutul secolului al XXI-lea¹⁰⁹. Valorificând ideile analizei economice a dreptului, în special teoriile lui Coase, dar, spre exemplu, și concepțiile unui economist precum G. Akerlof, cu celebra teorie „*market for lemons*”, juriștii americani împing dezbaterile cu privire la standardizarea contractuală într-o zonă care rămâne mai degrabă străină doctrinarilor europeni. Analiza concurenței prin clauze standard, alternativele consumatorului, eficiența alegerii acestuia și, desigur, deznodământul cunoscutei „*battle of forms*”, respectiv al conflictului dintre clauzele standard ale profesioniștilor care contractează unul cu celălalt, sunt apanajul doctrinei

¹⁰⁷ Doctrina americană a încercat să demonstreze în perioada anilor 1970 – 2000 că deși majoritatea consumatorilor nu citează și nu înțeleg clauzele standardizate care compun oferta profesionistului, este suficient ca puțini consumatori să le citească pentru ca eșecul de piață rezultând din asimetria informațională să fie corectat. În momentul în care se atinge un anumit număr de consumatori informați, profesionistul se va comporta ca și cum toți consumatorii ar fi informați, afirmație valabilă chiar și în cazul monopolului. Astfel, profesionistul va fi forțat să propună clauze contractuale eficiente și își va exercita puterea (în cazul unei piețe concurențiale, limitată prin prețul competitorilor, iar în cazul monopolului prin cantitatea cerută) numai în ceea ce privește prețul bunului sau serviciului. Juristul israelian O. Gazal-Ayal încearcă să demonstreze, cu ajutorul unui model matematic, că teoria este falsă, respectiv ea nu poate fi adevărată decât dacă toți consumatorii sunt în mod real informați. Altfel, profesioniștii vor impune întotdeauna clauze standardizate ineficiente, care tind la o alocare ineficientă a riscurilor între părțile contractului. A se vedea O. Gazal-Ayal, *Economic Analysis of Standard Form Contracts: The Monopoly Case*, în *European Journal of Law and Economics*, nr. 24, 2007, pp. 119-136, în special pp. 120-121.

¹⁰⁸ Eisenberg, *op. cit.*, pp. 216-225.

¹⁰⁹ A se vedea, pentru a cita numai un singur exemplu, vol. 104, nr. 5 din 2006 al *Michigan Law Review*, dedicat în întregime fenomenului „*boilerplate*”.

americane. Neîndoienic este însă faptul că opiniile exprimate în literatura americană și-au găsit ecoul în reglementările naționale din Europa și, evident, și în dreptul Uniunii Europene, inclusiv cele de dată recentă, expresie a paternalismului liberal la care m-am referit *supra*, în primul capitol al acestei părți.

După cum am arătat, ideile centrale ale preocupărilor doctrinei americane în materia standardizării contractuale sunt legate de raportul dintre dreptul contractelor și contractul privit ca lege a părților¹¹⁰, repartitia riscurilor, eficiența economică a rezultatului urmărit de părți, maniera în care se raportează partea mai slabă (de regulă, consumatorul) la oferta standardizată care i se propune și, în fine, intervenția instanțelor judecătorești în restabilirea caracterului complet al unui asemenea contract.

III. Concluzii

Am trecut în revistă în cele ce preced principalele concepte pe care doctrina americană le-a conturat în materia contractelor standard și care, sub influența curentului analizei economice a dreptului, au fost utilizate, uneori numai implicit, în sistemele juridice europene, contribuind decisiv la conturarea dreptului consumului și, în special, a dreptului clauzelor abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori. Influența dreptului american al contractelor și a analizei economice a dreptului privat nu poate fi tăgăduită, chiar dacă sistemele de drept continental favorizează, de principiu, un intervenționism contractual (legislativ și jurisprudențial) mult mai pronunțat decât par să accepte judecătorii și doctrinarii americani.

¹¹⁰ Kessler, *op. cit.*, p. 629: „[the law] has to delegate legislation to the contracting parties. As far as they are concerned, the law of contract has to be of their own making”.