

**UNIVERSITATEA DE VEST DIN TIMIȘOARA**

**FACULTATEA DE DREPT**

**ȘCOALA DOCTORALĂ**

**TEZĂ DE DOCTORAT**

**COORDONATOR ȘTIINȚIFIC**

**Prof. univ. dr. IRINA SFERDIAN**

**DOCTORAND**

**DAN-ADRIAN CĂRĂMIDARIU**

**Timișoara**

**2019**



**UNIVERSITATEA DE VEST DIN TIMIȘOARA**  
**FACULTATEA DE DREPT**  
**ȘCOALA DOCTORALĂ**

**CONTRACTUL STANDARD ÎN AFACERI**

**COORDONATOR ȘTIINȚIFIC**

**Prof. univ. dr. IRINA SFERDIAN**

**DOCTORAND**

**DAN-ADRIAN CĂRĂMIDARIU**



## CUPRINS

<b>INTRODUCERE</b> .....	11
<b>P A R T E A I. Analiza economică a dreptului și a contractului</b> .....	17
CAP. I. Introducere în analiza economică a dreptului .....	17
I.1. Fundamentele, programul și metodele analizei economice a dreptului .....	17
I.1.1. Fundamentele și programul analizei economice a dreptului .....	17
I.1.2. Metodele analizei economice a dreptului. Paradigma economică.....	31
I.2. Utilitatea analizei economice a dreptului. Critica mișcării de <i>law and economics</i> .....	39
I.2.1. Utilitatea analizei economice a dreptului .....	39
I.2.2. Critica analizei economice a dreptului .....	42
CAP. II. Analiza economică a contractului din perspectiva standardizării contractuale .....	46
II.1. Introducere în analiza economică a contractului .....	46
II.1.1. Fundamentele economice ale contractului. Noțiunea de contract.....	46
II.1.2. Libertate, risc, oportunism și funcțiile economice ale dreptului contractelor .....	52
II.2. Contractul complet și reconstrucția lui prin ordinea juridică.....	58
II.2.1. Contractul complet și necesitatea reconstrucției sale.....	58
II.2.2. Reconstrucția contractului complet prin cadrul normativ și instanțele judecătorești .....	62
II.2.3. Limitele dreptului contractelor din perspectiva analizei economice.....	73
II.3. Încrederea în contracte: nesiguranță, oportunism, eficiență alocativă.....	78
II.3.1. Problema încrederii din perspectivă economică.....	79
II.3.2. Costurile informării în condiții de incertitudine: preț și calitate .....	81
II.3.3. Remediile asimetriei informaționale. Oportunismul contractual .....	84
<b>P A R T E A A II-A. Contractul standard în sistemul de drept american și în sistemele juridice europene</b> .....	89
CAP. I. Paternalism liberal și libertate contractuală .....	89
CAP. II. Conceptul de contract standard în sistemul de drept american.....	99
II.1. Apariția și evoluția conceptului în dreptul american .....	99
II.2. Generalități. Noțiuni esențiale .....	100
II.2.1. Contractul de adeziune și contractul standard.....	100
II.2.2. Așteptările rezonabile și doctrina „ <i>unconscionability</i> ” .....	105

II.2.3. Conceptul de „ <i>battle of forms</i> ” .....	109
II.3. Teoria americană a standardizării contractuale în retrospectivă.....	114
CAP. III. Conceptul de contract standard în sistemele de drept european.....	130
III.1. Apariția conceptului în dreptul european .....	130
III.2. Unele soluții legislative naționale.....	134
III.3. Dreptul european al contractelor .....	146
<b>P A R T E A A III-A. Contractul standard în dreptul român .....</b>	<b>157</b>
CAP. I. Contractul standard, între lipsa unei teorii viabile și reglementarea în vigoare.....	157
I.1. Teoria contractului standard.....	157
I.1.1. Introducere. Stadiul actual al dezbaterii .....	157
I.1.2. Analiza economică a dreptului și a contractului în România .....	160
I.1.3. Necesitatea unei noi teorii a contractului standard.....	173
I.2. Alocarea riscurilor. Avantajele și dezavantajele standardizării .....	186
I.2.1. Starea de incertitudine și riscurile contractului standard.....	186
I.2.2. Avantajele și dezavantajele standardizării.....	190
I.3. Reglementarea în vigoare în dreptul român. Originea reglementării. Enumerarea și analiza textelor relevante .....	198
I.3.1. Preocupările doctrinare mai vechi și originea reglementării actuale.....	198
I.3.2. Enumerarea și analiza textelor relevante .....	203
I.3.2.1. Contractul de adeziune.....	203
I.3.2.2. Clauzele externe și clauzele standard .....	207
I.3.2.3. Clauzele neuzuale .....	212
I.3.2.4. Interpretarea contractului .....	237
CAP. II. Încheierea contractului standard .....	240
II.1. Câteva clarificări terminologice și conceptuale.....	240
II.1.1. Relația dintre clauză și contract .....	240
II.1.2. Relația dintre clauza contractuală și elementul contractual. Cazul contractului standard. Modularitate contractuală.....	247
II.1.3. Contractul standard și contractul de adeziune. Sintetizarea și fixarea conținutului contractual.....	255
II.1.4. Contractul standard și obiectul derivat al obligației.....	261
II.2. Libertatea contractuală, limitele acesteia și contractul standard.....	273

II.2.1. Contractul standard, informarea precontractuală și negocierea .....	273
II.2.2. Strategiile profesionistului și libertatea contractuală .....	281
II.2.3. Strategiile clientului aderent și libertatea contractuală .....	289
II.3. Contractul standard, un contract incomplet .....	302
II.3.1. Natura incompletă a contractului standard.....	302
II.3.2. Problema eșecului de piață și contractul standard.....	311
CAP. III. Interpretarea și efectele contractului standard.....	316
III.1. Interpretarea juridică. Generalități.....	316
III.2. Contractul standard și regula de interpretare <i>contra proferentem</i> .....	321
III.3. Gestiunea executării contractului standard.....	337
III.4. Standardizarea executării contractului. Câteva considerații despre <i>smart contracts</i> .	346
CAP. IV. Intervenții în contractul standard.....	359
IV.1. Generalități. Politici publice și instrumente legislative.....	359
IV.2. Dreptul de retragere din contract. Perspectiva de <i>law &amp; economics</i> .....	365
IV.3. Clauzele abuzive.....	378
IV.3.1. Precizări preliminare.....	378
IV.3.2. Analiza câtorva aspecte-cheie. Concepte autonome și standarde de evaluare ....	385
IV.3.3. Contractul standard, decizia de afaceri și clauzele abuzive .....	404
IV.4. Intervenția judiciară: din nou, o perspectivă de <i>law &amp; economics</i> .....	410
<b>CONCLUZII</b> .....	419
<b>BIBLIOGRAFIE</b> .....	423

## CONTRACTUL STANDARD ÎN AFACERI

### REZUMAT

În lumea de astăzi, mâna invizibilă a pieței este omniprezentă. Ea acționează asupra omului economic cu ajutorul unui instrument privilegiat, contractul. Mâna invizibilă, omul economic și contractul alcătuiesc un model economic de organizare socială care a stârnit atât de multe și atât de puternice reacții adverse, încât este greu a scrie astăzi despre piață și contract altfel decât de pe poziții critice. Negreșit, piața, contractul, omul economic împărtășesc aceeași proastă reputație. Într-un context marcat de imperialismul științelor economice și în care „*the economic approach to life*” rămâne un demers inevitabil în științele sociale, dar și în viața de zi cu zi, remodelată în funcție de paradigma pieței, cele trei elemente-cheie se află sub un puternic asediu.

Una dintre explicațiile pentru proasta reputație a contractului este aceea că, în prezent, el nu mai este, de fapt, un contract, ci, așa s-ar putea crede, cu totul altceva. Așa cum o știm, economia de piață nu mai este o economie a contractelor bazate pe autonomia de voință a unor părți raționale, informate și acționând întotdeauna în propriul interes. Contractele sunt, aproape întotdeauna, figuri juridice standard, pe care voința celui mai puternic le impune celui mai slab, pentru simplul motiv că, în absența lor, nici unul dintre ei nu ar putea să își satisfacă nevoile economice.

Contractele standard sunt un produs al economiei de tip capitalist, care au apărut și s-au dezvoltat, devenind recurente în viața economică, pe măsura dezvoltării relațiilor de tip capitalist o dată cu decolarea economică a unor state din Europa Occidentală, respectiv Țările de Jos și Anglia în secolul al XVII-lea.

Revoluția industrială din secolul al XVIII-lea, colonizarea și primul val al globalizării din secolul următor au încurajat, pe de o parte, apariția și dezvoltarea primelor companii active la nivelul unei întregi economii naționale și al dependențelor acesteia de pe alte continente, iar, pe de altă parte, au reprezentat punctul de plecare pentru dezvoltarea relațiilor sociale de consum, bazate pe producția în masă a unor bunuri standardizate, în vederea consumului de către pătri cât mai largi ale populației. Industrializarea economiilor avansate din Europa Occidentală și din America la cumpăna secolelor al XIX-lea și al XX-lea a fost însoțită de dezvoltarea fără precedent a consumului, componentă esențială a economiei capitaliste. Perioada de după 1945 și cea de după prăbușirea comunismului între 1989 și 1991 semnifică, în acest context, perioada victoriei decisive a pieței, ca instrument de coordonare a resurselor în societate, de realizare a schimbului de bunuri și servicii, schimb care este de esența oricărei economii de tip capitalist și fără de care finalitatea consumului nu poate fi atinsă.

Acest schimb nu poate să se desfășoare în condițiile de rapiditate impuse de progresul tehnologic sub nicio altă formă juridică decât aceea a contractului standardizat, construit cu ajutorul unor clauze preformulate, gândite pentru a își găsi utilizarea în mod repetat, atât în raporturile care se stabilesc în economia de tip capitalist între verigile lanțului de producție, cât și între ultima verigă a acestuia și consumatorul final. În aceste condiții, clauzele preformulate ale unui contract prin intermediul căruia resursele economice, prelucrate sau nu sub forma unor bunuri



sau servicii, trec dintr-o mână în alta, ajung să capete un rol determinant în circuitul comercial și, în definitiv, în configurarea vieții sociale și economice.

Această lucrare este despre contractul standard. Își propune să îl trateze din perspectiva sa de inevitabil instrument de afaceri, motiv pentru care punctul de plecare nu îl reprezintă dreptul pozitiv, ci analiza economică a dreptului. Primele două părți sunt dedicate fundamentelor teoretice ale curentului *law and economics* și analizei economice a contractului. În doctrina din România, un asemenea mod de abordare a fost privit mult timp cu reticență, însă în prezent analiza economică a dreptului pare să câștige teren și în sistemul nostru juridic. Prezintă teză se vrea *inter alia* o contribuție în acest sens.

Astfel, urmând introducerii, prezint, în sinteză, fundamentele, programul și metodele analizei economice a dreptului, pentru a discuta ulterior despre conceptul paradigmei economice, esențial pentru înțelegerea dreptului din perspectivă economică. În aceeași primă parte, încerc să formulez câteva considerente cu privire la utilitatea analizei economice a dreptului pentru jurist, indicând totodată câteva repere critice față de curentul *law and economics*. Analiza economică a contractului pornește de la fundamentele economice ale acestuia și de la enumerarea funcțiilor economice pe care le îndeplinește dreptul contractelor. În continuare, prezint conceptul contractului complet și necesitatea reconstrucției acestuia prin ordinea juridică, raportat la imperfecțiunile pieței, din care decurge caracterul incomplet al aproape tuturor figurilor contractuale utilizate în viața economică și socială. Din această perspectivă, prezintă interes întrebarea în ce măsură eficiența poate deveni un principiu util în dreptul contractelor. În finalul primei părți enumăr limitele dreptului contractelor din perspectiva analizei economice a acestuia și formulez câteva aprecieri cu privire la încrederea în contracte, referindu-mă, din nou, la concepte precum nesiguranța, oportunitismul contractual și eficiența alocativă, întrucât acestea sunt esențiale pentru studiul contractului standard.

Cea de-a doua parte a lucrării privește contractul standard în sistemele juridice american și european. Deși standardizarea contractuală a fost sintetizată doctrinar mai întâi în Franța (R. Saleilles) și Germania (L. Raiser), doctrina americană a elaborat, în decursul unui secol, cea mai cuprinzătoare teorie a contractului standard, integrând idei și opinii ale analizei economice a dreptului. Acestea au contribuit într-o măsură foarte mare la buna înțelegere a acestei figuri juridice și la formularea politicilor publice în domeniu. În cel de-al doilea capitol al părții a doua tratez soluțiile legislative din statele europene relevante, precum și legislațiile supranaționale.

A treia parte a tezei este cea mai consistentă, fiind dedicată contractului standard în dreptul român. Susțin că doctrina din țara noastră are nevoie de o (nouă) teorie a contractului standard care să integreze analiza economică a contractului și, în special, demersurile de tip *behavioral law and economics* sau, cel puțin, să nu le ignore. Receptarea analizei economice a dreptului în România se află încă într-o fază incipientă, dar cred că momentul este unul prielnic. Efectele explicite și implicite ale crizei economice și financiare de la începutul deceniului au condus la creșterea interesului pentru problemele de drept al consumului (care sunt, într-un fel sau altul, legate de contractele standard de adeziune), iar interdisciplinaritatea pare să penetreze și lumea conservatoare a dreptului.

Înainte, deci, de a analiza modalitatea în care se încheie și se execută un contract standard, încerc să răspund la câteva întrebări legate de avantajele și dezavantajele standardizării contractuale, precum și să ofer câteva clarificări terminologice. Subcapitolul II.1. din partea a treia a tezei tratează relația dintre clauză și contract, dintre clauză și elementul contractual, dintre contractul standard și cel de adeziune, precum și dintre contractul standard și obiectul derivat al obligației. În continuare, urmăresc raportul dintre libertatea contractuală și contractul standard, încercând să explic motivele pentru care cred că un asemenea contract nu trebuie înțeles cu ajutorul teoriilor clasice. Consimțământul clientului aderent este, fără îndoială, o ficțiune și trebuie tratat ca atare.

Analiza se concentrează apoi pe efectele contractului standard: interpretare, standardizarea executării și contractele *smart*, pentru ca în finalul părții a treia să mă refer la intervențiile de tip legislativ și judiciar în contractul standard. Fiindcă sistemul real al economiei de piață este departe de criteriile pieței cu concurență pură și perfectă, la rândul ei, o ficțiune, contractele particularilor sunt, în grade diferite, incomplete și dezechilibrate. De aceea, intervențiile pe care puterea publică le urmărește, controlând și limitând mâna invizibilă a pieței, vizează corectarea eșecurilor de piață. Dintr-un anumit punct de vedere, contractul standard este expresia unui eșec de piață.

Problema intervențiilor exterioare în contractul standard este, așa cum încerc să arăt, aceea că ele generează, la rândul lor, alte eșecuri de piață, ratându-și parțial obiectivele. Aceasta se poate afirma atât despre dreptul de retragere din contract, acordat consumatorului, cât și despre reprimarea clauzelor abuzive. Acolo unde se produce chiar și neintenționat o protecție excesivă, rezultatul acțiunii publice (legislative sau judiciare) se transformă în exact opusul a ceea ce s-a urmărit.

În final, câteva precizări suplimentare. Dacă pentru știința economică teoria consumului este o parte esențială, atât în microeconomie, cât și în macroeconomie, preocupările economiștilor în acest domeniu coborând până în epoca neoclasică, dreptul consumului este un drept tânăr. Acesta s-a cristalizat în ultimele decenii în principal în scopul de a-l proteja juridic pe consumatorul slab, aflat sub constanta presiune a profesionistului puternic, mai bine informat și mai atent, care dispune de resurse substanțiale în comparație cu potențiala sa victimă. Poate că așa se pot explica și unele excese în materie.

Fără a îmi propune cantonarea exclusivă a lucrării, din perspectivă juridică, în dreptul consumului, teza de față nu poate face totuși abstracție de criza dreptului civil clasic, subliniată în doctrina franceză încă de la începuturile industrializării și ale decolării relațiilor economice capitaliste, în sensul că locul actului juridic civil clasic a fost luat de contractul depersonalizat, nenegociat, automatizat, încheiat sub necesitatea, reală sau nu, dar cu siguranță percepută ca reală, de a procura rapid și la costuri cât mai mici bunuri și servicii pe care economia pare a le produce într-o cantitate mereu în creștere. Consecința este, printre altele, neîncrederea tot mai puternică a științelor sociale în rațiunea economiei de tip capitalist.

Nu îmi propun nici recircularea unor analize critice la modă cu privire la tarele sistemului economic capitalist, în sensul de a privi contractul (standard sau nu) doar ca pe principalul instrument prin care producătorii sau profesioniștii îi iau prizonieri pe consumatori, astfel încât

libertatea contractuală trebuie abolită, pentru a-l proteja pe săracul cel slab de bogatul cel puternic, care îi impune oferte de care acesta nu are nevoie, într-o perpetuă goană după profit. Ceea ce am în vedere, este analiza realistă, dintr-o dublă perspectivă, juridică și economică, a unui instrument utilizat la scară globală, în toate societățile organizate sub forma unei economii de piață, inclusiv prin prisma impactului asupra concurenței, ca ingredient indispensabil progresului economic și social.

Lucrarea se structurează în trei părți, prima având, după cum am arătat, caracter introductiv în analiza economică a dreptului și a contractului, iar celelalte două fiind dedicate contractului standard, atât într-o retrospectivă doctrinară, cât și într-o analiză funcțională, prin prisma formării, executării și modificării contractului standard.

Cvasi-absența analizei economice a dreptului și a contractului în doctrina de drept civil din România este motivul pentru care am considerat necesară, în economia unei teze de doctorat care își propune o teorie a standardizării contractuale, prima parte a lucrării. Aceasta servește unui triplu scop: (i) familiarizarea cu paleta de idei, noțiuni și concepte ale acestui curent de gândire, (ii) delimitarea conceptuală necesară studiului contractului standard și (iii) prefigurarea ideilor ce urmează a fi utilizate și analizate în cuprinsul lucrării, precum și în cercetările viitoare.

În debutul părții a treia a acestei teze arăt că niciun contract nu ar trebui analizat dintr-o perspectivă interdisciplinară, care integrează dreptul, economia și studiile comportamentale, decât cu referire la patru concepte majore: mediul contractual, instrumentul contractual, dreptul pozitiv al obligațiilor și contractelor și comportamentul persoanelor care intră în raporturi juridice contractuale.

Pentru contractul standard, această perspectivă conturează o altă imagine decât aceea care este în mod curent vehiculată în doctrina română. Contractul standard este mai mult decât un contract pe care un profesionist puternic îl impune unui client slab, profitând în mod nejustificat de slăbiciunile acestuia, pentru a-și procura avantaje care nu i se cuvin. Aparent, contractul standard este o construcție juridică simplă. Contractul standard există pentru că reduce costurile, accelerează tranzacțiile și contribuie decisiv la realitatea economică pe care o cunoaștem azi. Cu alte cuvinte, contractul standard este pentru profesionist o veritabilă decizie de afaceri.

Privit în profunzime, însă, contractul standard complică analiza și oferă în continuare suficiente motive de îngrijorare juriștilor ancorati în teoriile tradiționale ale acordului de voință și solidarismului contractual.

Ce este, deci, contractul standard? Contractul standard este un element calitativ al bunului sau serviciul tranzacționat prin intermediul său. Contractul standard este un set de reguli private, edictate de profesionist, expresie a deciziei de afaceri pe care acesta o adoptă în mod inevitabil, fiindcă, procedând altfel, profesionistul ar sacrifica eficiența. Impus prin voința profesionistului, contractul standard rămâne în proporție semnificativă necunoscut clientului aderent, ale cărui eforturi de cunoaștere și înțelegere a textului contractual sunt, de regulă, minime. Contractul standard însoțește operațiunea economică dintre profesionist și client, mijlocind întâlnirea cererii cu oferta, dar destinatarul său principal este judecătorul, un terț neinteresat de operațiunea respectivă. În momentul redactării / conceperii sale, contractul standard este rigid, dar prin voința

profesionistului se poate flexibiliza pe parcursul relației economice dintre acesta și clientela sa, din rațiuni ce țin de controlul clienței. Criticat la nivel doctrinar cu asprime, contractul standard apare ca un „rău necesar”, o opțiune „second best.” Profesiuniștii își standardizează contractele „faute de mieux”, neexistând nicio altă alternativă mai bună.

Câteva probleme rămân. În primul rând, deși noul Cod civil recunoaște existența contractelor de adeziune, a clauzelor standard și a clauzelor neuzuale, reglementarea cel puțin a celor din urmă este, pentru motivele pe care le-am dezvoltat în lucrare și care au fost subliniate de doctrină, una nefericită, legiuitorul român părând să nu cunoască realitățile economiei de piață din ultimele decenii. Din acest punct de vedere, legiuitorul se aseamănă cu juriștii sau cel puțin cu o parte a acestora, trădând, la treizeci de ani de la dispariția sistemului economiei planificate, o continuă neîncredere în mecanismele pieței, dublată de necunoașterea acestora.

În al doilea rând, problema consimțământului aderentului la clauzele pe care le propune profesionistul pare să dinamiteze ideile clare despre formarea contractului, iar afirmația este valabilă pentru orice contract asimetric, indiferent dacă el se va încheia între doi profesioniști sau între un profesionist și un consumator. Arareori contractele se mai încheie prin negocierea lor de către părți, dar dreptul privat insistă în continuare asupra acestei ficțiuni. Deci, despre un consimțământ veritabil nu prea mai poate fi vorba, teoria americană a lui „agreeing to the agreement” și distincția între consimțământul cu privire la condițiile speciale și cel cu privire la condițiile generale explică mai bine încheierea unui contract standard.

În al treilea rând, informarea precontractuală este o chestiune, de asemenea, discutabilă. Clientul nu este obligat nici să citească și nici să înțeleagă un text cu privire la a cărui redactare nu a avut nicio contribuție. Regula este aceea că aderenții nu citesc și nu se informează, decât în cazul în care apar incidente în executarea contractului.

În al patrulea rând, pentru ambele părți ale contractului standard, acesta își pierde din importanță atunci când clauzele sale se integrează în produsul sau serviciul care face obiectul tranzacției, devenind nimic mai mult decât una dintre caracteristicile, dintre calitățile acestora. Din această perspectivă se vor raporta atât profesionistul, cât și clientul său la contract, iar în această lumină trebuie înțelese și aspectele concurențiale legate de standardizarea contractuală.

Totodată, trebuie relevat faptul că profesionistul apare ca autor al contractului standard, dar nu este și nu rămâne unicul. Contractul standard se află în centrul interacțiunii unor forțe care îl remodelează permanent, fără ca profesionistul să știe ab initio care dintre ele vor acționa în favoarea lui și care nu. Întâlnirea cu judecătorul îi poate pricinui din această perspectivă cele mai mari temeri.

Contractul standard are avantaje certe, atât pentru profesionist, cât și pentru clientul său, doctrina de tip law & economics subliniindu-le cu claritate. Totuși, standardizarea contractuală, care pare să sacrifice echitatea în favoarea eficienței, nu este lipsită de probleme, în special atunci când, prin clauzele pe care le impune clientului, profesionistul se abate de la „default rules”, normele supletive ale dreptului privat, prezumate echitabile. Necontrolați, profesioniștii cu putere exorbitantă vor putea denatura concurența, consolidându-și oligopolurile sau chiar poziția de monopol. Piața nu produce întotdeauna rezultate pozitive, iar instanțelor le revine, din acest punct

de vedere, un rol dificil, de care nu par să fie întotdeauna conștiente. Derapajele profesioniștilor trebuie corectate, dar modul în care instanțele înțeleg să-și îndeplinească funcția rămâne problematic. Supralicitarea standardului de transparență de către CJUE poate conduce, în final, la costuri suplimentare pentru profesioniști, iar acestea se vor traduce, cel puțin parțial, în prețuri mai mari pentru consumatori. Un eșec de piață se pretinde a fi corectat printr-un alt eșec.

Apoi, standardizarea contractuală, împinsă cu ajutorul tehnologiilor digitale de tip blockchain și smart contracts dincolo de limitele pe care știința dreptului, în special cea străină, le-a cercetat în ultimul secol, poate aluneca pe o pantă periculoasă, în care actele juridice ale particularilor devin „self-enforcing” și ar putea pune serios sub semnul întrebării funcțiile economice fundamentale ale dreptului privat.

Contractele în general și contractele standard în particular ar trebui studiate interdisciplinar. Abordarea exclusiv juridică nu este folositoare, după cum nu mai par suficient de pertinente nici afirmațiile economiei clasice și neoclasice. Homo oeconomicus, așa cum și l-au imaginat economiștii, este o ficțiune. În realitate, abordarea cea mai utilă implică o importantă componentă de psihologie cognitivă.

Studiul interdisciplinar, de tip *law and economics*, al contractelor standard se concentrează asupra unor aspecte-cheie, respectiv costurile de tranzacție și asimetria informațională, însă acestea trebuie privite prin prisma psihologiei cognitive, care ne explică motivele pentru care există asimetrii informaționale, care sunt consecințele lor negative și care sunt soluțiile pe care le poate pune în aplicare legiuitorul. În general, cred că analiza economică a dreptului, în varianta ei de tip behavioral law and economics, îl poate proteja pe legiuitor de gafe legislative de proporții și îl poate ajuta pe judecător să înțeleagă mai bine resorturile psihologice, interesele economice și actele juridice ale particularilor care i se înfățișează.

De multe ori, particularii iau decizii greșite, chiar și atunci când au la dispoziție informații corecte. De aceea, obligația de informare precontractuală / de transparență nu poate asigura optimalitatea deciziilor clienților aderenți, indiferent că sunt consumatori sau nu. De aceea, cred că orice intervenție în modul în care se formează contractele standard, respectiv în modul în care se conturează consimțământul lui aderenș, trebuie să rămână expresia unui paternalism liberal. Soluțiile intervenționiste brutale pot restabili echilibre patrimoniale distruse în contextul unor fenomene macroeconomice negative, însă pe termen lung nu pot avea decât efectul unei continue și permanente infantilizări. Substituirea mâinii invizibile a pieței cu mâna vizibilă a legiuitorului este problematică și trebuie tratată cu precauție.

Analizele de tip *behavioral law and economics* confirmă faptul că limitele cognitive ale consumatorilor și modelele lor comportamentale sunt adesea evaluate eronat atât de legiuitor, cât și de către judecător. Subestimarea acestora îi poate prejudicia patrimonial și pe termen scurt pe consumatori, supraestimarea îi prejudiciază pe termen lung, crescându-le dependența atât de puterea publică, cât și de profesioniști. De aceea, orice acțiune care vizează intervenția în contractul standard trebuie să țină de cont de sugestiile analizei economice și trebuie să rămână precaută, minimalistă.

S-a spus despre piață că este ordinea spontană a cetățenilor liberi, cratima care leagă ordinea economică de ordinea juridică. Dreptului îi revine obligația de a plasa ordinea economică între limitele unor principii care reușesc să păstreze echilibrul între imperativul eficienței și necesitatea echității. Astfel, dreptul apără nu numai această ordine spontană a cetățenilor liberi, ci și pluralismul social, care poate fi cu greu imaginat în absența pieței.

Teoria contractului standard ne demonstrează convingător care este rolul dreptului în această ecuație: Pe de o parte, clienții profesionistului trebuie protejați de ei înșiși și de propriile lor limite. Pe de altă parte, cea mai bună protecție este aceea care le creează cadrul necesar pentru a-și identifica singuri erorile și limitele.

\*\*\*

Bibliografia avută în vedere este în cea mai mare parte de origine străină, în condițiile în care, astfel cum s-a arătat în doctrina juridică internă, analiza economică a contractului este un teren prea puțin explorat de către juriștii români, iar reglementarea clauzelor standard în dreptul român este de dată mai degrabă recentă, noul Cod civil român intrând în vigoare la 1 octombrie 2011. Am utilizat surse bibliografice disponibile până la data de 1 decembrie 2019.

Lucrarea are, bineînțeles, și o serie de limite. Din perspectivă tradițională, ea este foarte puțin pozitivistă, demersul urmărit fiind unul interdisciplinar. Norma în vigoare nu joacă rolul central, cu toate că am recurs la textele dreptului pozitiv în suficiente rânduri. Apoi, există aspecte pe care le-am ignorat cu bună-știință, considerând că depășesc tema abordată, spre exemplu atunci când am studiat dreptul de retragere din contract și clauzele abuzive. De asemenea, nu m-am referit prea mult la diverse mijloace specifice de intervenție în contractul standard, care au fost imaginate în sistemul nostru juridic, dar care nu au depășit în prezent stadiul unor propuneri legislative.

Anumite aspecte relevate în cuprinsul tezei au fost valorificate prin publicarea unor articole în volumele unor conferințe din România și din străinătate sau în reviste științifice, fiind menționate atât în notele de subsol, cât și în lista bibliografică din final.

## **CUVINTE-CHEIE**

analiza economică a dreptului; analiza economică a contractului; dreptul privat; dreptul civil; dreptul afacerilor; contractul standard; contractul de adeziune; clauze neuzuale; clauze abuzive.



**WEST UNIVERSITY OF TIMIȘOARA**  
**FACULTY OF LAW**  
**DOCTORAL SCHOOL**

**DOCTORAL THESIS**

**DOCTORAL ADVISOR**

**Professor IRINA SFERDIAN, PhD**

**DOCTORAL CANDIDATE**

**DAN-ADRIAN CĂRĂMIDARIU**

**Timișoara**

**2019**





**WEST UNIVERSITY OF TIMIȘOARA**

**FACULTY OF LAW**

**DOCTORAL SCHOOL**

**STANDARD FORM CONTRACTS IN BUSINESS**

**DOCTORAL ADVISOR**

**Professor IRINA SFERDIAN, PhD**

**DOCTORAL CANDIDATE**

**DAN-ADRIAN CĂRĂMIDARIU**



# CONTENTS

<b>INTRODUCTION</b> .....	11
<b>P A R T I. The economic analysis of law and of contracts</b> .....	17
I. Introduction to the economic analysis of law .....	17
I.1. The foundations, the program, and the methods of the economic analysis of law .....	17
I.1.1. The foundations and the program of the economic analysis of law .....	17
I.1.2. The methods of the economic analysis of law. The economic paradigm.....	31
I.2. The utility of the economic analysis of law. The criticism of the <i>law and economics</i> movement .....	39
I.2.1. The utility of the economic analysis of law.....	39
I.2.2. The criticism of the economic analysis of law .....	42
II. The economic analysis of contracts from the perspective of contractual standardization ...	46
II.1. Introduction to the economic analysis of contracts.....	46
II.1.1. The economic foundations of contracts. The notion of contract.....	46
II.1.2. Freedom, risks, opportunism and the economic functions of contract law.....	52
II.2. Complete contracts and their reconstruction by the legal order .....	58
II.2.1. Complete contracts and the necessity of reconstruction .....	58
II.2.2. The reconstruction of complete contracts by law and the judiciary.....	62
II.2.3. The limits of contract law from the perspective of economic analysis.....	73
II.3. Trust in contracts: uncertainty, opportunism, distributive efficiency .....	78
II.3.1. The problem of trust from an economic perspective.....	79
II.3.2. The cost of information under conditions of uncertainty: price and quality.....	81
II.3.3. Remedies to information asymmetry. Contractual opportunism .....	84
<b>P A R T II. Standard form contracts in American and European law</b> .....	89
I. Liberal paternalism and contractual freedom .....	89
II. Standard form contracts in American law .....	99
II.1. The emergence and evolution of the concept in American law .....	99
II.2. Generalities. Essential notions .....	100
II.2.1. Contracts of adhesion and standard form contracts .....	100
II.2.2. Reasonable expectations and the „ <i>unconscionability</i> ” doctrine.....	105
II.2.3. The „ <i>battle of forms</i> ” concept .....	109

II.3. The American theory of standard form contracts in retrospective .....	114
III. The concept of standard form contracts in European law .....	130
III.1. The emergence of the concept in European law .....	130
III.2. National approaches .....	134
III.3. European contract law .....	146
<b>P A R T III. Standard form contracts in Romanian law .....</b>	<b>157</b>
I. The standard form contract, between the lack of a viable theory and the regulation in force .....	157
I.1. The theory of standard form contracts .....	157
I.1.1. Introduction. The present stand of debates .....	157
I.1.2. The economic analysis of law and of contracts in Romania .....	160
I.1.3. The necessity for a new theory of standard form contracts .....	173
I.2. Risk allocation. Advantages and disadvantages of standardization .....	186
I.2.1. Uncertainty and the risks of standard form contracts .....	186
I.2.2. Advantages and disadvantages of standardization .....	190
I.3. The in-force-regulation in Romanian law. Origins. Analysis of relevant provisions ...	198
I.3.1. Older doctrinal concerns and the origins of the present regulation .....	198
I.3.2. Listing and analysis of relevant provisions .....	203
I.3.2.1. Contracts of adhesion .....	203
I.3.2.2. External and standard clauses .....	207
I.3.2.3. Unconscionable clauses .....	212
I.3.2.4. Contract interpretation .....	237
II. The formation of standard form contracts .....	240
II.1. Some terminological and conceptual clarifications .....	240
II.1.1. The relation between clause and contract .....	240
II.1.2. The relation between contractual clauses and contractual elements. The case of standard form contracts. Contractual modularity .....	247
II.1.3. Standard form contracts and contracts of adhesion. Synthesizing and fixation of contractual contents .....	255
II.1.4. Standard form contracts and the derived object of obligations .....	261
II.2. Contractual freedom, its limits, and standard form contracts .....	273
II.2.1. Standard form contracts, contractual disclosure and negotiations .....	273

II.2.2. The professional’s strategies and contractual freedom .....	281
II.2.3. The customer’s strategies and contractual freedom .....	289
II.3. Standard form contracts as incomplete contracts.....	302
II.3.1. The incomplete nature of standard form contracts.....	302
II.3.2. Market failures and standard form contracts.....	311
III. Interpretation and effects of standard form contracts .....	316
III.1. Legal interpretation. Generalities .....	316
III.2. Standard form contracts and the <i>contra proferentem</i> rule of interpretation .....	321
III.3. The management of standard form contracts .....	337
III.4. The standardization of contract enforcing. Some considerations on <i>smart contracts</i> .....	346
IV. Interventions in standard form contracts .....	359
IV.1. Generalities. Public policies and legal instruments.....	359
IV.2. Withdrawal rights. A <i>law &amp; economics</i> perspective .....	365
IV.3. Unfair clauses .....	378
IV.3.1. Preliminary explanations .....	378
IV.3.2. Analysis of certain key aspects. Autonomous concepts and valuation standards .....	385
IV.3.3. Standard form contracts, the business judgment rule and unfair clauses .....	404
IV.4. Judiciary interventions: again a <i>law &amp; economics</i> perspective.....	410
<b>CONCLUSION</b> .....	419
<b>BIBLIOGRAPHY</b> .....	423

## STANDARD FORM CONTRACTS IN BUSINESS

### SUMMARY

In today's world, the invisible hand of the market is ubiquitous. It acts on the *homo economicus* with the help of a privileged instrument, i.e. the contract. The invisible hand, the *homo economicus* and the contract make up an economic model of social organization that has aroused so many and so strongly adverse reactions that it is difficult to write today about the market and the contract from any other position, save the critical one. Undoubtedly, the market, the contract, and the *homo economicus* share the same bad reputation. In a context marked by the imperialism of the economic sciences and in which the "*economic approach to life*" remains an inevitable standing in social sciences, but also in daily life, which has been reshaped according to the market paradigm, the three key elements find themselves under an intense siege.

One of the explanations for the contract's bad reputation is that, presently at least, it is no longer actually a contract, but, as you might think, something else entirely. As we know, the market economy is no longer an economy of contracts based on the autonomy of will of rational, informed parties, who are always acting in their own best interest. Contracts are virtually always standard legal figures, in which the will of the strongest imposes on the weakest, for the simple reason that, in the absence of such contracts, neither of them could meet their economic needs.

Standard form contracts are a product of the capitalist economy. They have emerged and developed, becoming recurrent in economic life, as capitalist relations developed along with the economic take-off of some Western European countries, respectively the Netherlands and England in the seventeenth century.

The industrial revolution of the eighteenth century, the colonization and the first wave of globalization in the next century encouraged, on the one hand, the emergence and development of the first companies active at the level of an entire national economy and its dependence on other continents; on the other hand, they represented the starting point for the development of social relations of consumption, based on mass production of standardized goods, in order to be consumed by the widest number of people. The industrialization of advanced economies in Western Europe and America at the turn of the nineteenth to the twentieth century has been accompanied by the unprecedented development of consumption, an essential component of the capitalist economy. The period after 1945 and after the collapse of communism between 1989 and 1991 signifies, in this context, the period of the decisive victory of markets as tools for coordinating resources in society, for the exchange of goods and services, an exchange that is the essence of all economies of the capitalist type and without which the purpose of consumption cannot be met.

This exchange cannot take place under the conditions of rapidity imposed by the technological progress under any other legal form other than that of the standardized contract, constructed with the aid of preformulated clauses and designed to find its use repeatedly, both in the relations established in the capitalist type economy between the elements of the production chain, as well as between its last element and the final consumer. Under these conditions, the pre-

formulated clauses of a contract, by which economic resources, whether processed or not in the form of goods or services, pass from one hand to another, come to play a decisive role in the commercial circuit and, ultimately, in shaping social and economic life.

This work is about standard form contract. It aims to treat them from the perspective of inevitable business tools, which is why the starting point is not the existing law, but the economic analysis of the law. The first two parts are dedicated to the theoretical foundations of current law and economics and the economic analysis of the contract. In Romanian doctrine, such an approach has long been viewed with reluctance, but the economic analysis of law seems to be gaining ground in our legal system as well. This thesis is intended *inter alia* as a contribution to that approach.

Thus, following the introduction, I present, in summary, the foundations, the program and the methods of the economic analysis of law, in order to discuss the concept of the economic paradigm, which is essential for the understanding of law from an economic perspective. In the same first part, I try to formulate some considerations regarding the utility of the economic analysis of law for the lawyer, while also indicating some critical points in relation to the current law and economic movement. The economic analysis of the contract starts from its economic foundations and from the enumeration of the economic functions that the law of contracts performs. Next, I present the concept of the complete contract and the necessity of its reconstruction by the legal order, related to market failures, from which the incomplete character of almost all the contractual figures used in economic and social life arises.

From this perspective, it is of interest to question the extent to which efficiency can become a useful principle in contract law. At the end of the first part, I list the limits of contract law from the perspective of its economic analysis and I make some appraisals regarding the problem of trust in contracting, referring again to concepts such as uncertainty, contractual opportunism and allocation efficiency, as these are essential for the study of the standard form contracts.

The second part of the paper is concerned with standard form contracts in American and European legal theory. Although contractual standardization was first synthesized doctrinally in France (R. Saleilles) and Germany (L. Raiser), the American legal scholarship has developed, over a century, the most comprehensive theory of standard form contracts, integrating ideas and opinions of the law and economics movement. American legal scholars have contributed to a great extent to the good understanding of this legal figure and to the formulation of public policies in the field. In the second chapter of the second part, I deal with the corresponding legal approaches in some relevant European countries, as well as with the supranational approach of the European Union law.

The third part of the thesis is the most consistent, being dedicated to standard form contracts in Romanian law. I argue that Romanian legal scholarship is in need of a (new) standard form contract theory that integrates the economic analysis of contract and, especially, behavioral law and economics approaches; alternatively, one could claim the Romanian legal scholarship should not ignore them. Reception of economic analysis of law ideas in Romania is still in its infancy, but I think the present moment is an auspicious one. Explicit and implicit effects of the economic and financial crisis since the beginning of the decade have led to an increased interest in consumer law



issues (which are, one way or another, related to standard form contracts), and interdisciplinarity seems to penetrate the conservative world of legal scholars.

My analysis then focuses on the effects of standard form contract: interpretation, standardization of enforcement and smart contracts, so that at the end of the third part I can refer to the legal and judicial interventions in standard form contract. Because the real system of the market economy is far from the criteria of perfect competition markets, a competition which is itself fictitious, real individuals' contracts are, to varying degrees, incomplete and unbalanced. Therefore, the interventions that the public power seeks, namely controlling and limiting the invisible hand of the market, aim at correcting market failures. From a certain point of view, the standard form contract is the expression of a market failure.

The problem of external interventions in standard form contracts is, as I try to show, that they generate other market failures themselves, partially missing their objectives. This can be stated both about the right of withdrawal from the contract, granted to the consumer, and the repression of unfair clauses. Where excessive protection is unintentionally produced, the result of public action (legislative or judicial) turns into the exact opposite of what has been pursued.

If the theory of consumption is an essential part for the economic science, both in microeconomics and in macroeconomics, the concerns of economists in this field going back to the neoclassical era, consumer law is to be seen as a recent field of law. It has crystallized in recent decades mainly in order to legally protect the weak consumer, who is under the constant pressure of the powerful, better informed and more cautious professionally, and who has substantial resources compared to his potential victim. Maybe that is why some excesses in the matter can be explained.

Without proposing the exclusive footing of this paper in area of consumer law, the present thesis cannot, however, ignore the crisis of classical civil law, underlined in French legal theory from the beginning of industrialization and of the departure of capitalist economic relations, in the sense that the place of the classic civil legal relationship was taken by the depersonalized, non-negotiated, automated contract, concluded under necessity, real or not, but surely perceived as real, to procure quickly and at the lowest possible costs the goods and services that the economy seems to produce in ever increasing quantity. The consequence is, among other things, the growing distrust of social sciences in the reasonability of capitalism.

I also do not intend to recirculate the fashionable consumer criticism, in the sense of looking at contracts (standard forms or not) only as the main instrument by which producers "kidnap" consumers, so that contractual freedom should be abolished, in order to protect the poor from the powerful rich, imposing contracts to consumers who do not need them, in a perpetual pursuit of profit. What I envisage is the realistic analysis, from a double perspective, legal and economic, of a tool used on a global scale, in all market economies, including in terms of competition, as an indispensable ingredient for economic and social progress.

The thesis is structured, as I have shown, in three parts, the first having an introductory character to the economic analysis of law and of contract, and the other two being dedicated to

standard form contracts, both in doctrinal retrospective and in functional analysis, i.e. the formation, enforcement and modification of such contracts.

The quasi-absence of the economic analysis of law and of contract in the Romanian civil law doctrine is the reason why I considered the first part to be necessary. It serves a three-fold purpose: (i) familiarization with the range of ideas, notions and concepts of this current of thought, (ii) the conceptual delimitation necessary for the study of standard form contract and (iii) foreshadowing the ideas to be used and analyzed in this paper as well as in future research.

In the beginning of the third part I suggest that no contract should be analyzed from an interdisciplinary perspective, integrating law, economics and behavioral studies, except with reference to four major concepts: the contractual environment, the contractual instrument, the positive law of obligations and contracts and the behavior of persons entering into contractual legal relationships.

For standard form contracts, such a perspective outlines a different image than the one currently conveyed in Romanian legal theory. The standard form contract is more than a contract that a strong professional imposes on a weak client, unjustifiably taking advantage of his weaknesses, in order to obtain profits that are not appropriate to him. Apparently, the standard form contract is a simple legal construction. It exists because it reduces costs, speeds up transactions and contributes decisively to the economic reality we know today. In other words, the standard form contract is a real business decision for the professional.

Analyzed more closely, however, the standard contract complicates the analysis and still provides sufficient cause for concern to legal scholars anchored in traditional theories of will autonomy and contractual solidarity.

So what is the standard form contract? It is a qualitative feature of the good or service traded by its means. The standard contract is a set of private rules, conceived by the professional, an expression of the business decision that he inevitably adopts, because otherwise, the professional would (have to) sacrifice efficiency. Imposed through the intention of the professional, the standard form contract remains to a significant extent unknown to the adhering client, whose efforts to understand the contractual language are, as a rule, minimal. The standard form contract accompanies the economic transaction between the professional and the client, mediating the meeting points of the demand with the offer, but its main recipient is the judge, a third party not directly interested in the respective operation. At the time of writing / designing, the standard form contract is rigid, but by the professional's desire, it can be flexibilized during the economic relationship for reasons related to the control exercised by the professional over his customer. Criticized at doctrinal level, the standard form contract appears as a "necessary evil", a "second best" option. Professionals standardize their contracts "*faute de mieux*", with no other better alternative in sight.

Some issues remain. First, although the new Civil Code recognizes the existence of adhesion contracts, standard clauses and unconscionable clauses, the regulation of at least the latter is, for the reasons that I have developed in the paper and which were outlined by legal theorists, an unfortunate one. The Romanian legislator seems to be unaware of the realities of the market

economy of the last decades. From this point of view, the legislator resembles lawyers, or at least part of these, who keep showing, thirty years after the disappearance of the planned economy system, a continuous distrust in market mechanisms, doubled by poor knowledge.

Secondly, the problem regarding the adherent's consent to the clauses proposed by the professional seems to invigorate clear ideas about contract formation, the statement being valid for any asymmetrical contract, whether it will be concluded between two professionals or between a professional and a consumer. Contracts are rarely concluded by negotiation, but private law still insists on this fiction. So, one cannot speak anymore about a real consent; the American theory of "agreeing to the agreement" and the distinction between the consent on special terms and the one on general terms better explain the conclusion of a standard contract.

Thirdly, pre-contractual information is also a questionable issue. The client is neither obliged to read nor understand a text on which he himself has made no contribution. The rule is that the customers do not read and do not inform themselves, unless there are incidents in the execution of the contract.

Fourthly, for both parties of standard form contract, the contract itself becomes of lesser importance when its clauses are merged with the product or service that is being traded, becoming nothing more than one of its features. This is the perspective from which both the professional and his client shall relate to the contract, and it is in this light that aspects linking competition with contractual standardization must be understood.

At the same time, it should be noted that the professional appears as the author of the standard form contract, but he shall not remain the sole one. The standard contract is at the center of the interaction of forces that permanently reshape it, without the professional knowing *ab initio* which of them will act in his favor and which will not. An intersection with the judiciary can thus cause him the greatest fears.

The standard form contract has clear advantages, both for the professional and for his client, the law & economics doctrine clearly emphasizing them. However, contractual standardization, which seems to sacrifice equity in favor of efficiency, is not without problems, especially when, by the clauses it imposes on the client, the professional deviates from "default rules", the default provisions of private law, presumed fair. Uncontrolled, professionals with exorbitant power will be able to distort competition, strengthening their oligopolies or even their monopoly position. The market does not always produce positive results, and the courts have a difficult role to play from this point of view, which they do not always seem to be aware of. Transgressions of professionals need to be corrected, but how the courts understand to perform their function remains problematic. The oversight of the transparency standard by the CJEU may ultimately lead to additional costs for professionals, and these will result, at least in part, in higher prices for consumers. A market failure is supposed to be corrected by another failure.

Then, contractual standardization, pushed with the aid of digital blockchain technologies and smart contracts beyond the limits which have been researched in the last century, can descend on a dangerous slope, in which the individual contracts become "self-enforcing" and could thus seriously question the fundamental economic functions of private law.

Contracts in general and standard form contracts in particular should be studied interdisciplinarily. The exclusively legal approach is not useful, as the claims of the classical and neoclassical economy do not seem sufficiently relevant either. *Homo oeconomicus*, as economists have imagined him, is a fiction. In fact, the most useful approach involves an important component of cognitive psychology.

The interdisciplinary, law and economics type study of standard form contracts focuses on key aspects, respectively transaction costs and information asymmetry, but these must be viewed from the perspective of cognitive psychology, which explains the reasons why information asymmetries exist, what their negative consequences are and what viable legal solutions could be. In general, I think that the economic analysis of law, especially behavioral law and economics, can protect the legislator from legislative blunders of proportions and can help the judge to better understand the psychological springs, economic interests and legal acts of individuals.

Often, individuals make wrong decisions, even when correct information is available to them. Therefore, the obligation of pre-contractual information / transparency cannot ensure the optimality of decisions taken by adhering clients, whether they are consumers or not. Therefore, I think that any intervention in the way standard form contracts are drawn up, in the way in which the consent of the adherent is obtained, must remain the expression of liberal paternalism. Brutal interventionist solutions can restore damaged balances in the context of negative macroeconomic phenomena, but in the long run they can only have the effect of a continuous and permanent infantilization. Replacing the invisible hand of the market with the visible hand of the legislator is problematic and should be treated with caution.

Behavioral law and economics analyzes confirm that consumers' cognitive limits and their behavioral patterns are often mistakenly assessed by both the legislator and the judge. Their underestimation can harm the consumers in the short term, the overestimation prejudices them on the long run, increasing their dependence on both public authorities and the professionals. Therefore, any action aimed at interfering with standard form contracts must take into account the suggestions of the economic analysis and must remain cautious and minimalist.

It has been said about the market that it is the spontaneous order of free citizens, the hyphen that links the economic order with the legal order. It is the duty of the law to place the economic order between the limits of some principles that manage to maintain the balance between the imperative of efficiency and the necessity of equity. Thus, the law defends not only this spontaneous order of free citizens, but also social pluralism, which can hardly be imagined in the absence of the market.

The theory of the standard form contract shows convincingly what the role of law is in this equation: on the one hand, the professional's customers must be protected from themselves and their own limits; on the other hand, the best protection is the one that creates the necessary framework helping them to identify their own errors and limits.

\*\*\*

The bibliography which I have used is mostly of foreign origin, given that the economic analysis of contract is a field little explored by Romanian legal theorists, and the regulation of standard clauses in Romanian law is rather recent, the new Romanian Civil Code coming into force on October 1, 2011. I have used bibliographic sources available until December 1, 2019.

The thesis has, of course, certain limits. From a traditional perspective, it is very little positivist, the approach being an interdisciplinary one. Provisions in force do not play the central role, although I have also resorted to the texts of positive law. Additionally, there are aspects that I have knowingly ignored, considering that they exceed the scope of the paper, e.g. when I studied the right of withdrawal and unfair clauses. What is more, I did not refer extensively to various specific means of intervention in standard form contract, which were imagined in our legal system, but which have not yet passed the stage of some legislative proposals.

Some aspects highlighted in the thesis have been emphasised by publishing articles in the conference proceedings or in scientific journals in Romania and abroad, which has been mentioned both in the footnotes and in the bibliographic list at the end.

## **KEYWORDS**

Economic analysis of law; economic analysis of contract; private law; civil law; business law; standard form contracts; contracts of adhesion; unconscionable clauses; unfair clauses.

**UNIVERSITÉ DE L'OUEST DE TIMIȘOARA**  
**FACULTÉ DE DROIT**  
**ÉCOLE DOCTORALE**

**T H È S E D O C T O R A L E**

**DIRECTRICE DE THÈSE**

**Prof. univ. dr. IRINA SFERDIAN**

**DOCTORANT**

**DAN-ADRIAN CĂRĂMIDARIU**

**Timișoara**

**2019**



**UNIVERSITÉ DE L'OUEST DE TIMIȘOARA**  
**FACULTÉ DE DROIT**  
**ÉCOLE DOCTORALE**

**LE CONTRAT COMMERCIAL STANDARD**

**DIRECTRICE DE THÈSE**

**Prof. univ. dr. IRINA SFERDIAN**

**DOCTORANT**

**DAN-ADRIAN CĂRĂMIDARIU**





## TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION</b> .....	11
<b>PARTIE I. Analyse économique du droit et du contrat</b> .....	17
CAP. I. Introduction dans l'analyse économique du droit.....	17
I.1. Les fondements, le programme et les méthodes de l'analyse économique du droit .....	17
I.1.1. Les fondements et le programme de l'analyse économique du droit.....	17
I.1.2. Les méthodes de l'analyse économique du droit. Le paradigme économique.....	31
I.2. L'utilité de l'analyse économique du droit. La critique du mouvement <i>law and economics</i> .....	39
I.2.1. L'utilité de l'analyse économique du droit .....	39
I.2.2. La critique de l'analyse économique du droit .....	42
CAP. II. L'analyse économique de contrat dans la perspective de la standardisation contractuelle .....	46
II.1. Introduction dans l'analyse économique du contrat .....	46
II.1.1. Les fondements économiques du contrat. La notion de contrat .....	46
II.1.2. Liberté, risque, opportunisme et les fonctions économiques du droit des contrats..	52
II.2. Le contrat complet et sa reconstruction par l'ordre juridique .....	58
II.2.1. Le contrat complet et la nécessité de sa reconstruction .....	58
II.2.2. La reconstruction du contrat complet par le cadre normatif et les juridictions.....	62
II.2.3. Les limites du droit des contrats dans la perspective de l'analyse économique .....	73
II.3. La confiance dans les contrats: méfiance, opportunisme, efficacité distributive .....	78
II.3.1. La question de la confiance dans la perspective économique .....	79
II.3.2. Les coûts de l'information dans des conditions d'incertitude: prix et qualité.....	81
II.3.3. Les remèdes de l'asymétrie informationnelle. L'opportunisme contractuel .....	84
<b>PARTIE II. Le contrat standard dans le système de droit américain et dans les systèmes juridiques européens</b> .....	89
CAP. I. Paternalisme libéral et liberté contractuelle .....	89
CAP. II. Le concept de contrat standard dans le système de droit américain .....	99
II.1. L'apparition et l'avolution du concept dans le droit américain .....	99
II.2. Généralités. Notions essentielles .....	100
II.2.1. Le contrat d'adhésion et le contrat standard .....	100

II.2.2. Les attentes raisonnables et la doctrine de „ <i>unconscionability</i> ” .....	105
II.2.3. Le concept de „ <i>battle of forms</i> ” .....	109
II.3. La théorie américaine de la standardisation contractuelle en rétrospective.....	114
CAP. III. Le concept de contrat standard dans les systèmes de droit européen.....	130
III.1. L'apparition du concept dans le droit européen .....	130
III.2. Quelques solutions législatives nationales .....	134
III.3. Le droit européen des contrats.....	146
<b>P A R T I E III. Le contrat standard dans le droit roumain .....</b>	<b>157</b>
CAP. I. Le contrat standard, aux confins du manque d'une théorie viable et de la réglementation en vigueur.....	157
I.1. La théorie du contrat standard.....	157
I.1.1. Introduction. L'état actuel du débat .....	157
I.1.2. L'analyse économique du droit et du contrat en Roumanie.....	160
I.1.3. La nécessité d'une nouvelle théorie du contrat standard .....	173
I.2. L'allocation des risques. Les avantages et désavantages de la standardisation.....	186
I.2.1. L'état d'incertitude et les risques du contrat standard .....	186
I.2.2. Les avantages et désavantages de la standardisation.....	190
I.3. La réglementation en vigueur dans le droit roumain. ....	198
I.3.1. Les préoccupations doctrinales plus anciennes et l'origine de la réglementation actuelle .....	198
I.3.2. L'énumération et l'analyse des textes relevantes .....	203
I.3.2.1. Le contrat d'adhésion .....	203
I.3.2.2. Les clauses externes et les clauses standard .....	207
I.3.2.3. Les clauses non-usuelles .....	212
I.3.2.4. L'interprétation du contrat.....	237
CAP. II. La conclusion du contrat standard .....	240
II.1. Quelques clarifications terminologiques et conceptuelles.....	240
II.1.1. La relation entre clause et contrat .....	240
II.1.2. La relation entre la clause contractuelle et l'élément contractuel. Le cas du contrat standard. La modularité contractuelle.....	247

II.1.3. Le contrat standard et le contrat d'adhésion. La synthétisation et l'établissement du contenu contractuel .....	255
II.1.4. Le contrat standard et l'objet dérivé de l'obligation .....	261
II.2. La liberté contractuelle, ses limites et le contrat standard.....	273
II.2.1. Le contrat standard, l'information pré-contractuelle et la négociation.....	273
II.2.2. Les stratégies du professionnel et la liberté contractuelle.....	281
II.2.3. Les stratégies du client adhérent et la liberté contractuelle.....	289
II.3. Le contrat standard, un contrat incomplet.....	302
II.3.1. La nature incomplète du contrat standard .....	302
II.3.2. La question de l'échec du marché et le contrat standard .....	311
CAP. III. L'interprétation et les effets du contrat standard .....	316
III.1. L'interprétation juridique. Généralité .....	316
III.2. Le contrat standard et la règle d'interprétation <i>contra proferentem</i> .....	321
III.3. La gestion de l'exécution du contrat standard.....	337
III.4. La standardisation de l'exécution du contrat. Quelques considérations sur les <i>smart contracts</i> .....	346
CAP. IV. Interventions dans le contrat standard.....	359
IV.1. Généralités. Politiques publiques et instruments législatifs .....	359
IV.2. Le droit de se retirer du contrat. La perspective de <i>law &amp; economics</i> .....	365
IV.3. Les clauses abusives.....	378
IV.3.1. Observations préliminaires .....	378
IV.3.2. L'analyse de quelques aspects essentiels. Concepts autonomes et standards d'évaluation .....	385
IV.3.3. Le contrat standard, la décision d'affaires et les clauses abusives.....	404
IV.4. L'intervention judiciaire: encore une fois, une perspective de <i>law &amp; economics</i> .....	410
<b>CONCLUSIONS</b> .....	419
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	423

## LE CONTRAT COMMERCIAL STANDARD

### RÉSUMÉ

Dans le monde d'aujourd'hui la main invisible du marché est omniprésente. Elle agit sur l'homme économique à l'aide d'un instrument privilégié, le contrat. La main invisible, l'homme économique et le contrat constituent un modèle économique d'organisation sociale qui a suscité des réactions négatives tellement nombreuses et puissantes qu'il est difficile d'écrire aujourd'hui sur le marché et le contrat autrement que dans une perspective critique. Le marché, le contrat, l'homme économique partagent, évidemment, la même mauvaise réputation. Dans un contexte marqué par l'impérialisme des sciences économiques et dans lequel "l'approche économique de la vie" reste une étape incontournable dans les sciences sociales, tout comme dans la vie quotidienne, remodelée selon le paradigme du marché, les trois éléments clés se voient sous siége.

Une explication pour la mauvaise réputation du contrat est qu'à l'heure actuelle, il ne s'agit plus réellement d'un contrat, mais, comme vous pouvez le penser, tout à fait différent. Comme on le sait, l'économie de marché n'est plus une économie de contrats fondée sur l'autonomie de volonté de parties rationnelles et informées et agissant toujours dans leur propre intérêt. Les contrats sont presque toujours des figures juridiques standard, que la volonté des plus forts impose aux plus faibles, pour la simple raison qu'en leur absence, aucun d'entre eux ne pourrait répondre à leurs besoins économiques.

Les contrats standard sont un produit de l'économie capitaliste, qui ont émergé et se sont développés, en devenant récurrents dans la vie économique, à mesure que les relations capitalistes ont fleuri avec le décollage économique de certains États de l'Europe occidentale, respectivement les Pays-Bas et L'Angleterre au XVIIIe siècle.

D'une part, la révolution industrielle du XVIIIe siècle, la colonisation et la première vague de mondialisation du siècle suivant ont favorisé l'émergence et le développement des premières entreprises actives au niveau de toute une économie nationale et ses dépendances sur d'autres continents, et, d'autre part, ils ont représenté le point de départ du développement des relations sociales de consommation, basées sur la production de masse des biens standardisés, pour être consommées par les catégories les plus larges de la population. L'industrialisation des économies avancées de l'Europe occidentale et de l'Amérique au tournant des XIXe et XXe siècles s'est accompagnée d'un développement sans précédent de la consommation, composante essentielle de l'économie capitaliste. La période d'après 1945 et suivant l'effondrement du communisme entre 1989 et 1991 signifie, dans ce contexte, la période de victoire décisive pour le marché, en tant qu'outil de coordination des ressources dans la société et pour l'échange de biens et de services, un échange représentant l'essence de toutes économies capitalistes et sans lequel le but de la consommation ne saurait être atteint.

Or dans les conditions de rapidité imposées par le progrès technologique, cette échange ne peut avoir lieu sous une autre forme juridique que celle du contrat standardisé, construit à l'aide de

clauses pré-formulées, destinées à trouver son utilisation de manière répétée, dans les rapports établis dans l'économie de type capitaliste tant entre les maillons de la chaîne de production, qu'entre le dernier maillon de celle-ci et le consommateur final. Dans ces conditions, les clauses pré-formulées d'un contrat par lesquelles les ressources économiques, transformées ou non sous forme de biens ou de services, passent d'une main à l'autre, viennent jouer un rôle décisif dans le circuit commercial et, finalement, dans le façonnement de la vie sociale et économique.

Cette thèse concerne le contrat standard, entendu comme un outil commercial incontournable. C'est pourquoi le point de départ n'en est pas la loi positive, mais l'analyse économique de la loi. Les deux premières parties en sont consacrées aux fondements théoriques du mouvement actuel de « *law & economics* » et à l'analyse économique du contrat. Dans la doctrine roumaine, une telle approche a longtemps été considérée avec réticence, mais à l'heure actuelle, l'analyse économique du droit semble également gagner du terrain dans notre système juridique. Cette thèse est destinée entre autres à y contribuer.

Suivant l'introduction, je présente, en synthèse, les fondements, le programme et les méthodes de l'analyse économique du droit, pour par la suite analyser le concept de « paradigme économique », essentiel pour comprendre le droit dans une perspective économique. Dans la même section, je fais des considérations sur l'utilité de l'analyse économique du droit pour le juriste, indiquant quelques repères critiques envers le courant *law & economics*. L'analyse économique du contrat prend comme point de départ les fondements économiques de celui-ci et énumère les fonctions économiques que le droit des contrats remplit. Par la suite, j'analyse le concept de « contrat complet » et la nécessité que celui-ci soit reconstruit par l'ordre juridique, vues les imperfections du marché d'où découle le caractère incomplet de presque toutes les figures contractuelles utilisées dans la vie économique et sociale. Dans cette perspective, il est relevant de se poser la question de savoir dans quelle mesure l'efficacité peut s'avérer un principe utile dans le droit des contrats. En concluant sur la première partie, j'énumère les limites du droit des contrats dans la perspective de son analyse économique, mettent en jeu encore une fois des concepts tels la méfiance, l'opportunisme contractuel ou l'efficacité distributive, que j'estime essentiels pour l'étude du contrat standard.

La deuxième partie de la thèse décrit le contrat standard tel que réglementé dans les systèmes juridiques américain et européen. Même si la standardisation contractuelle a été synthétisée en doctrine d'abord en France (R. Saleilles) et en Allemagne (L. Raiser), c'est la doctrine américaine qui, pendant un siècle, a élaboré la théorie la plus compréhensive du contrat standard, intégrant les idées et opinions formulées dans l'analyse économique du droit. Celles-ci ont contribué dans une mesure significative à la bonne compréhension de cette figure juridique et aux politiques publiques menées en la matière. Dans le deuxième chapitre de cette deuxième partie je traite des solutions législatives proposées par les Etats européens relevant et par les législations supranationales.

La troisième partie de la thèse est la plus compréhensive, portant sur le contrat standard en droit roumain. J'avance la thèse que notre système a besoin d'une (nouvelle) théorie du contrat standard qui intègre l'analyse économique du contrat, en particulier les démarches du type

« *behavioral law and economics* », ou, au moins, qu'il n'ignore celle-ci. La réception de l'analyse économique du droit en Roumanie se trouve encore au début, mais j'estime que le moment y est favorable. Les effets explicites et implicites de la crise économique et financière du début de cette décennie ont déterminé l'accroissement de l'intérêt pour les problèmes soulevés par le droit de la consommation (qui sont, d'une manière ou d'une autre, liées aux contrats standard d'adhésion) et l'interdisciplinarité paraît pénétrer aussi le monde conservateur du droit.

Avant, donc, d'analyser la manière dont un contrat standard est conclu et exécuté, j'essaie de répondre à quelques questions portant sur les avantages et désavantages de la standardisation contractuelle et d'offrir quelques précisions terminologiques. Le sous-chapitre II.1. de la troisième partie de la thèse traite la relation entre la clause et le contrat, entre la clause et l'élément contractuel, entre le contrat standard et le contrat d'adhésion et entre le contrat standard et l'objet dérivé de l'obligation. Par la suite, je suis le rapport entre la liberté contractuelle et le contrat standard, essayant d'expliquer les raisons pour lesquelles j'estime qu'un tel contrat ne devrait être décrit à l'aide des théories classiques. En effet, le consentement du client adhérent est sans doute une fiction et doit être traité comme tel.

L'analyse porte ensuite sur les effets du contrat standard: l'interprétation, la standardisation de l'exécution et les contrats *smart* pour me référer, à la fin de la troisième partie, aux interventions de type législatif et judiciaire dans le contrat standard. Puisque le système réel de l'économie du marché est loin des critères d'un marché se caractérisant par une concurrence pure et parfaite, à son tour, donc, une fiction, les contrats des particuliers sont, à des degrés variables, incomplets et déséquilibrés. C'est pour cela que les interventions poursuivies par le pouvoir public, qui contrôle et limite la main invisible du marché, visent à corriger les échecs du marché. D'un certain point de vue, donc, le contrat standard représente l'expression d'un échec du marché.

La difficulté que posent les interventions extérieures dans le contrat standard est, comme j'ai essayé de montrer, que celles-ci engendrent d'autres échecs sur le marché, manquant en partie leurs buts. Cette affirmation est vraie aussi bien pour le droit de se retirer du contrat, reconnu au consommateur, que pour la répression des clauses abusives. Si une protection excessive, même sans intention, se produit, le résultat de l'action publique (législative ou judiciaire) se transforme dans son contraire.

A la fin, quelques observations supplémentaires: si la théorie de la consommation représente une partie essentielle de la science économique, les préoccupations des économistes dans ce domaine remontant à l'époque néo-classique, le droit de la consommation est un droit jeune. Il s'est cristallisé pendant les dernières décennies ayant comme but principal de protéger juridiquement le consommateur faible, se trouvant sous la pression constante du professionnel puissant, mieux informé et plus attentif, qui dispose des ressources substantielles par rapport à sa victime potentielle. Ceci explique peut-être certains excès en la matière.

Sans me proposer de cantonner, dans une perspective juridique, mon travail dans le droit de la consommation, ma thèse ne peut pourtant faire abstraction de la crise du droit civil classique, théorisée par la doctrine française déjà au début de l'industrialisation et de la décollation des relations économiques capitalistes, dans le sens que l'acte juridique civil classique a été remplacé

par le contrat dépersonnalisé, non-négocié, automatisé, conclu sous l'empire de la nécessité, réelle ou non, mais assurément perçue comme réelle de procurer rapidement et à des coûts bas des biens et services que l'économie produit en quantité toujours croissante. La conséquence en est, parmi autres, la méfiance de plus en plus grande des sciences sociales dans la raison d'être de l'économie de type capitaliste.

Je ne me propose pas non plus de recirculer des analyses critiques à la mode, relatives aux défauts du système économique capitaliste, dans le sens d'entendre le contrat (standard ou pas) seulement comme l'instrument principal par lequel les entrepreneurs ou professionnels prennent en captivité les consommateurs, si bien que la liberté contractuelle devrait être abolie, dans le but de protéger le pauvre faible du riche puissant qui impose des offres dont le premier n'a pas besoin, dans une perpétuelle quête pour le profit. Ce que j'ai en vue est l'analyse réaliste, réalisée dans une double perspective, juridique et économique, d'un instrument utilisé à une échelle globale, dans toutes les sociétés organisées comme économies du marché, y compris en ce qui concerne son impact sur la concurrence, ingrédient indispensable du progrès économique et social.

La thèse est structurée en trois parties, la première ayant, comme déjà mentionné, le caractère d'une introduction à l'analyse économique du droit et du contrat, alors que les deux autres sont dédiées au contrat standard, aussi bien dans une rétrospective doctrinale que dans une analyse fonctionnelle, sous l'angle de la formation, de l'exécution et de la modification de cette figure juridique.

La quasi-absence de l'analyse économique du droit et du contrat dans la doctrine de droit civil en Roumanie représente la raison pour laquelle j'ai considéré comme nécessaire la première partie de mon travail dans l'économie générale d'une thèse qui propose une théorie de la standardisation contractuelle. Cette partie poursuit un triple but: (i) introduire dans les idées notions et concepts propres à ce courant de pensée; (ii) accomplir la délimitation conceptuelle nécessaire pour l'étude du contrat standard; (iii) annoncer les idées qui vont être utilisées et analysées lors de ce travail et dans la recherche ultérieure.

En début de la troisième partie de cette thèse je montre que tout contrat doit être analysé dans une perspective interdisciplinaire qui intègre le droit, l'économie et les études comportementales uniquement par référence à quatre concepts majeurs: le milieu contractuel, l'instrument contractuel, le droit positif des obligations et contrats et le comportement des personnes qui entrent dans des rapports juridiques contractuels.

Pour le contrat standard, cette perspective esquisse une image différente par rapport à celle couramment véhiculée dans la doctrine roumaine. Le contrat standard est plus qu'un contrat qu'un professionnel puissant impose à un client faible, profitant à tort des faiblesses du dernier pour se procurer des avantages indus. En apparence, le contrat standard est une construction juridique simple. Le contrat standard existe parce qu'il réduit les coûts, accélère les transactions et contribue de manière décisive à la réalité économique que nous connaissons aujourd'hui. En d'autres mots, pour le professionnel, le contrat standard représente une véritable décision d'affaires.



En profondeur, le contrat standard complique l'analyse et continue d'offrir des raisons d'inquiétude aux juristes ancrés dans les théories traditionnelles de l'accord de volonté et du solidarisme contractuel.

Qu'est-ce, donc, le contrat standard? Le contrat standard est un élément qualitatif du bien ou du service transigé par son truchement. Le contrat standard est un set de règles privées édictées par le professionnel, expression de la décision d'affaires que celui-ci adopte inévitablement parce que, en procédant différemment, le professionnel sacrifierait l'efficacité. Imposé par la volonté du professionnel, le contrat standard reste en bonne mesure inconnu au client adhérent, dont les efforts de connaître et comprendre le texte contractuel sont, en règle générales, minimales. Le contrat standard accompagne l'opération économique entre professionnel et client, moyennant la rencontre de la demande et de l'offre, mais son destinataire principal est le juge, un tiers qui n'est pas intéressé par l'opération respective. Au moment où il est rédigé/conçu, le contrat standard est rigide, mais il peut devenir flexible, par la volonté du professionnel, lors de la relation économique entre celui-ci et sa clientèle, pour des raisons de contrôle de cette dernière. Critiqué sévèrement par la doctrine, le contrat standard apparaît comme un « mal nécessaire », une option « second nest ». Les professionnels standardisent leurs contrats « faute de mieux », aucune meilleure option n'étant disponible.

Néanmoins, quelques problèmes restent. D'abord, même si le nouveau Code civil reconnaît l'existence des contrats d'adhésion, des clauses standard et des clauses non-usuelles, au moins la réglementation des dernière a été maladroite, pour les raisons soulignées par la doctrine et développées dans mon travail, le législateur roumain ne connaissant apparemment pas les réalités de l'économie du marché des dernières décennies. De ce point de vue, le législateur ressemble aux juristes ou au moins à certains d'entre eux, témoignant, trente ans après la disparition du système de l'économie planifiée, d'une perpétuelle méfiance dans les mécanismes du marché, doublé par son ignorance à leurs égard.

Deuxièmement, la question du consentement de l'adhérent aux clauses proposées par le professionnel semble déconstruire les idées claires sur la formation du contrat, l'affirmation valant pour tout contrat asymétrique, qu'il soit conclu entre deux professionnels ou entre un professionnel et un consommateur. Ce n'est que rarement que les contrats sont conclus par la négociation entre les parties, mais le droit privé continue d'insister sur cette fiction. Il ne saurait plus, donc, être question d'un consentement véritable, puisque la théorie américaine de « agreeing to agreement » et la distinction entre le consentement portant sur les conditions spéciales respectivement générales expliquent mieux la conclusion d'un contrat standard.

Troisièmement, l'information pré-contractuelle est une question à son tour discutable. Le client n'est obligé ni de lire ni de comprendre un texte à la rédaction duquel il n'a eu aucune contribution. La règle en est que les adhérents ne lisent ni ne s'informent sauf si des incident apparaissent lors de l'exécution du contrat.

Quatrièmement, pour les deux parties du contrat standard, ce dernier perd son importance lorsque les clauses sont intégrées dans le produit ou le service faisant l'objet de la transaction, devenant rien que l'une de leurs caractéristiques ou qualités. C'est dans cette perspective que se

rapporteront au contrat aussi bien le professionnel que son client et c'est également dans cette perspective que doivent être comprises les aspects concurrentiels découlant de la standardisation contractuelle.

Il faut également mentionner que le professionnel apparaît comme l'auteur du contrat standard, même si, en réalité, il n'est ni ne reste l'unique auteur. Le contrat standard se trouve au centre de l'interaction des forces qui le modèlent en permanence, sans que le professionnel sache *ab initio* laquelle agira dans son bénéfice et laquelle lui nuira. Dans ce sens, c'est la rencontre avec le juge qui occasionnera les craintes les plus grandes.

Le contrat standard présente aussi bien pour le professionnel que pour son client des avantages certains que la doctrine *law & economics* souligne clairement. Pourtant, la standardisation contractuelle, qui paraît sacrifier l'équité en faveur de l'efficacité n'est pas dépourvue de soucis, en particulier lorsque, par les clauses qu'il impose au client, le professionnel contourne les « default rules », normes supplétives du droit privé, présumées équitables. En l'absence du contrôle, les professionnels, doués d'un pouvoir exorbitant, pourront dénaturer la concurrence, consolidant les oligopoles, voire leur position de monopole. Le marché ne détermine pas toujours des résultats positifs, les juridictions ayant à cet égard une mission difficile, dont elles ne semblent pas être toujours conscientes. En effet, les dérapages des professionnels doivent être corrigés, mais la manière dont les juridictions entendent accomplir cette mission reste problématique. L'exagération du standard de la transparence par la CJUE peut mener, finalement, à des coûts supplémentaires pour les professionnels, traduits, ne fût-ce que partiellement, dans des prix plus élevés pour les consommateurs. Un échec du marché prétend être corrigé par un autre échec.

Ensuite, la standardisation contractuelle entreprise à l'aide des technologies digitales de type « blockchain » et « smart contracts » au-delà des limites que la science du droit, en particulier étrangère, a recherchées lors du dernier siècle, peut glisser dangereusement, dans la mesure où les actes juridiques des particuliers deviendraient « self-enforcing » et mettraient sérieusement en doute les fonctions économiques fondamentales du droit privé.

Les contrats en général et les contrats standard en particulier devraient être étudiés de manière interdisciplinaire. Une approche exclusivement juridique n'est pas utile; mais ne sont pas pertinentes non plus les affirmations de l'économie classique et néo-classique. *Homo oeconomicus* tel qu'imaginé par les économistes est une fiction. En réalité, l'approche la plus utile implique une composante significative de psychologie cognitive.

L'étude interdisciplinaire, du type *law and economics*, des contrats standards est concentrée sur quelques aspects clé, à savoir les coûts de transaction et l'asymétrie informationnelle, mais ceux-ci doivent être regardés dans la perspective de la psychologie cognitive, qui nous explique les raisons de l'asymétrie informationnelle, ses conséquences négatives et les solutions que le législateurs pourrait appliquer. En général, je crois que l'analyse économique du droit, dans sa version *behavioral law and economics*, peut protéger le législateur des erreurs législatives et peut aider le juge à mieux comprendre les ressorts psychologiques, les intérêts économiques et les actes juridiques des particuliers qui le saisissent.

Très souvent, les particuliers prennent de mauvaises décisions, même lorsqu'ils ont à leur dispositions des informations correctes. C'est pourquoi l'obligation d'information précontractuelle / de transparence ne peut assurer l'adéquation des décisions des clients adhérents, qu'ils soient consommateurs ou pas. J'estime, donc, que toute intervention dans la manière dont se forment les contrats standards, respectivement le consentement de *aderens*, doit rester l'expression d'un paternalisme libéral. Les solutions interventionnistes brutales peuvent rétablir des équilibres patrimoniaux détruits par des phénomènes macro-économiques négatives, mais, à long terme ne peuvent avoir que l'effet d'une continue et permanente infantilisation. La substitution de la main invisible du marché par la main visible du législateur est problématique et doit être traitée prudemment.

Les analyses du type *behavioral law and economics* confirment que les limites cognitives des consommateurs et leurs modèles comportementaux sont très souvent mal évalués aussi bien par le législateur que par le juge. Leur sous-estimation peut préjudicier le consommateur à court terme, alors que leur estimation exagérée les préjudicent à long terme, augmentant leur dépendance aussi bien par rapport au pouvoir public que par rapport aux professionnels. Voici pourquoi toute action visant l'intervention dans le contrat standard doit tenir compte des suggestions de l'analyse économique et doit rester prudente et minimaliste.

Le marché a été décrit comme l'ordre spontané des citoyens libres, le lien entre l'ordre juridique et l'ordre économique. Le droit se voit assigner la tâche de limiter l'ordre économique par des principes censés garder l'équilibre entre l'impératif de l'efficacité et la nécessité de l'équité. Dans ce sens, le droit protège non seulement cet ordre spontané des citoyens libres, mais aussi le pluralisme social, qui peut difficilement être imaginé en l'absence du marché.

La théorie du contrat standard nous montre quel est le rôle du droit dans cette équation. D'une part, les clients du professionnel doivent être protégés par rapport à eux-mêmes et à leurs propres limites. D'autre part, la meilleure protection est celle qui leur offre le cadre nécessaire pour qu'ils identifient seuls les erreurs et limites.

\*\*\*

La bibliographie utilisée est en grande mesure d'origine étrangère, puisque, tel qu'admis par la doctrine juridique roumaine, l'analyse économique du contrat représente un terrain très peu exploré par les juristes roumains et la réglementation des clauses standard dans le droit roumain est plutôt récente, le nouveau Code civil roumain entrant en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2011. J'ai utilisé les ressources bibliographiques disponibles le 1<sup>er</sup> décembre 2019.

La thèse a, bien entendu, toute une série de limites. Dans une perspective traditionnelle, elle est très peu positiviste, la démarche poursuivie étant interdisciplinaire. La norme en vigueur n'a pas un rôle central, même si j'ai souvent eu recours aux textes de droit positif. Ensuite, il existe des aspects que j'ai sciemment ignorés, considérant qu'ils excèdent le sujet, par exemple lorsque j'ai analysé le droit de se retirer du contrat et les clauses abusives. De même, je n'ai pas réservé une place importante aux moyens spécifiques d'intervention dans le contrat standard, imaginés

dans notre système juridique, mais qui n'ont pas dépassé à présent le stade de propositions législatives.

Certains aspects traités dans la thèse ont été valorisés par la publication des articles dans les volumes des conférences organisées en Roumanie ou à l'étranger ou dans des revues scientifiques, références mentionnées aussi bien dans les notes et la liste bibliographique finale.

### **MOTS-CLÉS**

analyse économique du droit; analyse économique du contrat; droit privé; droit civil; droit des affaires; contrat standard; contrat d'adhésion; clauses non-usuelles; clauses abusives.