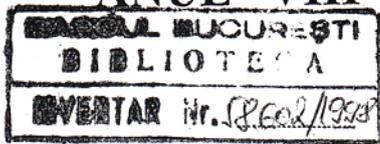


Revista de Drept Comercial

SERIE NOUĂ

ANUL VIII



Nr. 2 - 1998

LUMINA LEX
București

DESPRE EXCLUDEREA IMOBILELOR DIN DOMENIUL DREPTULUI COMERCIAL

George PAPU

Student anul IV, Facultatea de Drept
Universitatea „Babeş-Bolyai”, Cluj-Napoca

*Studiul a obținut Premiul I la Sesiunea de comunicări științifice a studenților –
Secțiunea de drept privat*

În orice studiu de drept comercial consacrat actelor și faptelor de comerț, cu câteva excepții, găsim enunțată teza potrivit căreia operațiunile asupra imobilelor¹ nu sunt încadrate în această categorie.

Pentru că în unele studii nu se prezenta și justificarea acestei teze, am căutat un text de lege care să excludă în mod expres tranzacțiile cu imobile din domeniul dreptului comercial, dar nu l-am găsit. De aceea am considerat util să analizăm doctrina și jurisprudența, atât română, cât și străină, pentru a formula răspunsuri la următoarele întrebări: pot fi considerate operațiunile asupra imobilelor drept fapte de comerț? Dar intermedierea acestor tranzacții sau construirea de imobile?

Articolul 3, în punctele 1 și 2 din Codul comercial român prevede ca fapte de comerț:

- 1) cumpărările de produse sau de mărfuri spre a se revinde, fie în natură, fie după ce se vor fi lucrat sau pus în lucru...;
- 2) vânzările de produse, vânzările și închirierile de mărfuri, în natură sau luate.

Formularea este asemănătoare celei din art. 632 din Codul comercial francez din 1807, deosebindu-se de dispozițiile Codului Comercial italian, ce a servit drept model Codului român și care cuprinde dispoziții exprese privitoare la imobile.

Dreptul francez și operațiunile asupra imobilelor

După adoptarea Codului comercial francez, în doctrină s-au conturat două puncte de vedere în această problemă:

Primul², minoritar, consideră că imobilele, obiect al unei tranzacții au un preț curent, care le face veritabile mărfuri. Aceste tranzacții n-au fost reglementate în legea comercială datorită faptului că nu se practicau în perioada redactării Codului Comercial, fiind necunoscute redactorilor Codului.

Aceste tranzacții sunt comerciale pentru că legea nu se opune categoric la acordarea acestui caracter.

¹ Prin „operațiuni asupra imobilelor”, vom înțelege, atât cumpărarea-vânzarea, cât și locațiunea acestora.

² Opinia aparține autorilor M. Garsonnet (*Revue critique* de 1869) și M. Georges Dreyfus (*De l'exclusion des immeubles du domain du Droit commercial*, Paris, 1905) citați de Edmond Thaller în „*Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*”, ed. a VIII-a, Librairie Arthur Rousseau 1931 vol. I, pag. 20; de asemenea și autorii citați de Vasile Gr. Iamandi în „*Lecțiuni asupra dreptului comercial – actele de comerț*” fascicula I, Tip. I.C. Aberman, Iași, 1939, la pag. 71.

Al doilea punct de vedere³, majoritar refuză caracterul comercial al operațiunilor referitoare la imobile pentru următoarele considerente:

1. Termenii art. 632 din Cod „*produces sau mărfuri*” (*denrées ou marchandises*) se referă la bunuri care se deplasează, se transmit cu mare ușurință, deci la bunuri mobile, așa cum fac și texte din Codul penal în vigoare (articolele 387, 400, 423, 440).

În cumpărările-vânzările de imobile, chiar dacă se regăsește primul element al cumpărării comerciale (achiziționarea) și cel de-al treilea (intenția de revânzare), nu se regăsește cel de-al doilea element, și anume obiectul cumpărării să fie format din produse sau mărfuri.

2. Operațiunile cu imobile ridică probleme cu privire la garanție, transcripție, ipotecă, privilegiu, prescripție achizitivă. Incluzând aceste operațiuni în sfera faptelor de comerț s-ar ivi probleme cu privire la mijloacele de probă, deoarece comerțianții încheie de multe ori convenții verbale guvernate de uzuri, ceea ce contravine regimului juridic stabilit imobilelor. Pentru acestea este necesară întocmirea de înscrisuri pentru a stabili originea proprietății.

3. Textele legale care determină în ce cazuri hotărârile tribunalelor comerciale sunt susceptibile de apel nu fac nici o referire la cazurile în care aceste tribunale statuează în materie imobiliară. Legea (art. 639 din Codul comercial francez, Legea din 11 aprilie 1838) adoptă fără distincție regula ce servește la determinarea taxelor în competența tribunalelor civile în cazul în care acestea judecă în materie personală sau mobilă.

4. Operațiunile cu imobile erau răspândite în perioada redactării Codului comercial, dar și anterior acestuia, cumpărătorii achiziționând cu preț redus pământurile țaranilor pentru a le revinde. Obiect al speculațiilor au constituit și bunurile emigranților, în perioada Revoluției Franceze, dar, chiar dacă erau răspândite, legiuitorul cunoscând situația a preferat să nu le reglementeze în Codul comercial.

5. Voința legiuitorului francez a fost de a exclude aceste operațiuni din sfera dreptului comercial, preluând concepția lui Portalis din „Discursuri preliminare asupra Codului civil”. Acesta afirma că „distincția dintre imobile și valori mobiliare ne dă o idee despre bunuri exclusiv civile și bunuri comerciale. Valorile mobiliare sunt de domeniul comerțului, imobilele sunt absolut de resortul legii civile”.

„În 1807, imobilele, în categoria acestora intrând pământurile, casele și construcțiile, păreau prea nobile și prea esențiale pentru a intra în domeniul dreptului comercial. Agricultură se confunda cu noblețea solului și casa oricărui era considerată ca fiind castelul său”⁴.

Această concepție își are originea în negura timpurilor. Încă din Antichitate proprietățile agricole împreună cu uneltele agricole formau bogăția de bază. În

³ E. Thaller în „*Traité...*” pag. 20 – 22; Charles Lyon – Caen & L. Renault, „*Manuel de droit commercial*”, ed. a III-a, Paris, 1922 – Librairie générale de droit et de jurisprudence, pag. 30 – 31; Albert Wahl, „*Répétitions écrites de droit commercial*”, 1924-1925, pag. 25-28; H.-F. Rivière, „*Répétitions écrites sur le Code de commerce*”, Paris, 1868, pag. 737; Léon Lacour, „*Précis de droit commercial*”, 6-ème édition Paris, Librairie Dalloz, 1936, pag. 13.

⁴ Guy Horsmans, „*Cours de droit commercial – généralités*”, tome I, année 1990-1991, Université Catholique de Louvain – Faculté de droit, pag. 155.

evul mediu era consacrată expresia „*viliūm mobilium possessio*” (posesiunea mobilelor este o posesie fără importanță). Industria și comerțul nefiind foarte bine dezvoltate, principala bogăție o formau imobilele. Ele erau protejate pentru a fi menținute în familie, transmisiunea acestora făcându-se greu și prin acte civile; de aceea era de neconceput ca ele să facă obiect al comerțului⁵.

Acest punct de vedere se regăsea și în dreptul belgian⁶, ungar, brazilian, chilian și peruvian ce au preluat dispozițiile articolelor 632 și 633 din Codul comercial francez⁷.

În doctrina și jurisprudența franceză au fost calificate drept comerciale următoarele operațiuni cu privire la imobile: cumpărarea de construcții pentru a le demola și revinde materialele, pentru că speculația se poartă asupra materialelor, cu alte cuvinte asupra unui bun mobil, în consecință comercial; vânzarea unui fond de comerț, ca și cesiunea închirierii localurilor servind la exploatarea lui ca accesoriu, soluție contestată de profesorul Albert Wahl, deoarece acesta susținea că teoria accesoriului nu se aplică în privința imobilului⁸.

S-a conchis că achiziționarea de imobile, chiar cu intenția (scopul) de a le revinde nu este act de comerț⁹. De asemenea pentru ca achiziționarea să poată fi făcută asupra unui bun mobil, și prin urmare comercială, este de ajuns ca lucrul cumpărat să constituie un lucru mobil pentru cumpărător, chiar dacă față de alții el ar fi imobil, ca de exemplu cumpărarea unei păduri spre a o tăia. Aceste acte sunt comerciale dacă sunt făcute pentru a specula asupra vânzării materialelor provenite din tăierea pădurilor¹⁰.

Legea din 25 aprilie 1810, în articolul 32 declara întreprinderile de exploatare minieră ca fiind civile, ca de altfel și operațiunile asupra zăcămintelor cuprinse în aceste mine¹¹.

Această prevedere a provocat mari incidente. Societatea canalului Panama era una civilă și fiind lichidată, acționarii au trebuit să plătească datoriile societății din patrimoniul propriu, mulți ruinându-se.

Prin legea din 1 august 1893, societățile civile având ca obiect exploatarea imobilelor, dacă luau formă comercială se considera că sunt societăți comerciale¹²,

⁵ Mircea Djuvara, „*Teoria generală a dreptului (Enciclopedia juridică). Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*”, reeditare în Editura All, București, 1995, pag. 199.

⁶ Este vorba de Legea din 15 decembrie 1872, în „*Le lois commerciales du monde – Le droit commercial, le droit du change, le droit de faillites et le droit maritime de la Belgique et de l'état du Congo*”, traites et traduits par L. Hennebicq, W. Coermann, F. Wieland – R.v. Decker's Verlag, Berlin, 1909 pag. 26. Doctrina a conchis că locațiunea și cumpărarea de imobile, chiar cu scop industrial nu sunt cuprinse în categoria actelor de comerț, chiar atunci când sunt efectuate de un comerciant (nota 4).

⁷ A. Wahl în traducerea tratatului de drept comercial al profesorului Césare Vivante, *Traite du droit commercial*, vol. I, pag. 151, nota 11.

⁸ Chiar dacă un comerciant efectuează asemenea operațiuni cu imobile cu privire la exploatarea comerțului său, ca de exemplu, achiziționează odată cu fondul de comerț și imobilul în care acesta este exploatat, plătind un preț unic, acesta nu poate fi acționat în fața tribunalului comercial pentru plata prețului imobilului, ci separat în fața instanței civile (A. Wahl, *op. cit.* pag. 27).

⁹ Cass, 4 iunie 1850 citată de Eftimie Antonescu în „*Codul comercial adnotat cu jurisprudența, doctrina română și străină*”, vol. I, ed. a II-a, Ed. „Tiparul românesc”, București, 1925, pag. 132.

¹⁰ Opinia aparține autorilor Lyon-Caen, Pardessus, Bedarride, citați de E. Antonescu la pag. 151.

¹¹ A. Wahl, *op. cit.* pag. 26.

¹² *Idem*.

iar printr-o altă lege (Legea din 9 septembrie 1919) întreprinderile miniere (prin esență civile) erau considerate ca fiind comerciale. Doar carierele mai rămăneau civile.

Operațiunile asupra imobilelor rămăneau încă sub imperiul legilor civile și a celei fiscale (Legea din 13 iulie 1925), ce stabileau obligația persoanelor ce desfășurau operațiuni asupra acestora de a ține repertorii și registre, de a plăti impozit pentru aceste operațiuni¹³.

După 160 de ani de la adoptarea Codului Comercial francez, în Legea din 13 iulie 1967 privind reorganizarea și falimentul, în articolul 151-II s-au socotit a fi acte de comerț „toate cumpărările de bunuri mobile pentru a se revinde fie în natură, fie după ce se vor fi prelucrat” și „toate cumpărările de bunuri imobile în vederea revânzării”.

Doctrina ulterioară a statuat că revinderea nu este comercială decât atunci când este precedată de o cumpărare¹⁴, ca de exemplu în situația cumpărării unui teren pentru a construi și revinde apartamentele.

Sunt excluse în continuare din domeniul dreptului comercial vinderea produselor sau materialelor extrase din sol (ca apele minerale ori produsele de carieră) cu excepția exploatărilor miniere¹⁵. Rămân civile și întreprinderile de închiriere a imobilelor, de exemplu închirierea de către proprietarul unui imobil a unor apartamente, camere mobilate, boutique-uri, garaje pentru mașini¹⁶.

În dreptul italian, german (Codul comercial din 1897 în art. 2), portughez (art. 493 din Codul comercial din 1888) și în cel spaniol soluția includerii între actele obiective de comerț a operațiunilor asupra imobilelor se impusese mult mai devreme.

Inovația legiuitorului italian de la 1882

Codul comercial italian a fost primul cod comercial european ce a reglementat în art. 3 la punctul 3 ca „*atti di commercio*” – „cumpărarea și revânzarea de bunuri imobile când sunt făcute în scop de speculație comercială”.

Rățiunea acestui text a fost, prin acordarea caracterului comercial și acestor întreprinderi, să protejeze în primul rând economia națională împotriva crizelor ei și în special împotriva falimentelor¹⁷.

Această dispoziție legală, menținută și de Codul din 1942 nu schimba cu nimic organizarea proprietății imobiliare, a formelor și a publicității cumpărărilor-vânzărilor și nu avea nici o consecință asupra prescripției achizitive¹⁸. În raportul Mancini (asupra proiectului de Cod comercial) se preciza: „Codul comercial n-a avut intenția de a goli de conținut garanțiile de formă și probele prescrise de Codul civil, ce sunt în mod sigur compatibile cu natura actului comercial; există și alte

¹³ E. Thaller, *op. cit.*, pag. 14.

¹⁴ Roger Houin, René Rodière, „*Droit commercial*”, Sirey, 1970, pag. 25.

¹⁵ *Idem*, pag. 26.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Césaire Vivante, „*Traité de droit commercial*” – traducere din limba italiană după ediția 1907-1909 de A. Wahl, pag. 151.

¹⁸ *Idem*; de asemenea articolul 44 din Codul din 1882 prevedea că, în ce privește proba cu martori, de câte ori este vorba de imobile trebuie a se raporta la regulile cuprinse în Codul civil (cf. E. Antonescu *op. cit.*, pag. 110).

dispoziții puțin diferite ce guvernează înstrăinarea navelor, înregistrarea și transcrierea contractului la care se raportează¹⁹, aceasta neavând consecințe asupra caracterului comercial al acestor operațiuni.

Caracteristic operațiunilor cu privire la imobile, pentru a fi comerciale este intenția de a face o speculație comercială. Această intenție sau scop trebuie să existe în momentul încheierii contractului și trebuie să fie recunoscută de către ambii contractanți. Elementele ce conduc la învederea intenției speculative ar fi: prețul, situația imobilului, destinația sa, momentul operațiunii, importanța sa, conexitatea sa cu alte afaceri de același fel. Acestea creează aparența scopului speculativ pe care judecătorul îl va aprecia de la caz la caz²⁰, raportul Mancini precizând că, prin operațiune trebuie să se realizeze beneficiul unei adevărate și notorii speculații comerciale.

Ar avea acest caracter actele de locațiune făcute cu intenția și de proporția unei speculații, ca de exemplu: închirierea unor camere călătorilor, închirierea prin care se începe o speculație comercială, cum este închirierea unui teatru, a unui atelier, a unui magazin²¹.

Jurisprudența italiană a considerat că închirierea și ocuparea de imobile, chiar când intervine între necomercianți e act de comerț, când s-a făcut în scop de speculație²²; tot astfel este considerată și cumpărarea unui imobil fără intenția de speculație, dar pentru a înființa în el o întreprindere²³; cumpărarea unui teren pentru a clădi pe el un edificiu pentru a închiria locuințe, prăvălii sau magazine²⁴. În schimb este act civil cumpărarea și închirierea dacă cea mai mare parte a imobilului este destinată locuirii²⁵.

Poziția doctrinei române vechi

În literatura de specialitate mai veche era unanimă părerea potrivit căreia operațiunile asupra imobilelor nu sunt comerciale²⁶.

Art. 262 din Codul comercial în vigoare în Transilvania (Legea ungară XXXVII din 1875) și art. 275 din Codul comercial ce se aplica în Bucovina stipulau acest lucru în mod expres. Comerciaștii din Vechiul Regat au preluat justificarea acestei soluții din doctrina franceză.

S-a adăugat că, urmând modelul Codului comercial francez, legiuitorul român de la 1887 a dorit să excludă tranzacțiile cu imobile din sfera de aplicare a dreptului comercial. Dacă n-ar fi dorit acest lucru, ar fi reprodus prevederile Codului comercial italian ce i-a servit drept model.

¹⁹ Césaire Vivante, *op. cit.*, pag. 152.

²⁰ *Idem*, pag. 153.

²¹ *Idem*, pag. 154; pentru o soluție contrară vezi C. A. Roma, 25 august 1892, C.A. Veneția, 29 oct. 1896 în E. Antonescu, *op. cit.*, pag. 106 și C.A. Milano, 10 martie 1885, 15 mai, 4 nov. 1885, C.A. Torino, 2 iunie 1886 în E. Antonescu la pag. 110.

²² C.A. Veneția, 17 iulie 1896 în E. Antonescu la pag. 92.

²³ C.A. Torino, 18 aprilie 1916 în E. Antonescu la pag. 7, 135.

²⁴ C.A. Milano, 23 februarie 1916 în E. Antonescu la pag. 135.

²⁵ C.A. Torino, 8 aprilie 1895, citată în Césaire Vivante, „*Traite...*” în nota 37 la pag. 153.

²⁶ Ion Luca Georgescu, „*Drept comercial român*”, vol. I, Ed. Socec & co. București, 1974, pag. 206, 208; Petre Poruțiu, „*Tratat de drept comercial*”, vol. I, Ed. Universității, Cluj, 1946, pag. 95; Constantin Petrescu-Ercea, „*Curs de drept comercial*”, vol. I, ed. a III-a, Cluj, 1948, pag. 36; Vasile Gr. Iamandi, *op. cit.*, pag. 64-71.

Soluția se impunea deci pe calea interpretării istorice²⁷. Totuși în doctrină s-au purtat câteva discuții și anume:

– opinia potrivit căreia imobilele nu pot face obiectul circulației²⁸, neputându-se remite din mână în mână, ele fiind fixe, era combătută. Imobilitatea materială nu se confunda cu imobilitatea economică deoarece titlurile de proprietate circulă cu cea mai mare ușurință²⁹;

– rațiunea acestei excluderi, și anume mai buna protecție a avutiei imobiliare, considerată în vremea redactării codurilor civile o „*vilis possessio*”, era învechită datorită creșterii valorii bunurilor mobiliare³⁰. Imobilele nu mai erau totdeauna mai valoroase decât mobilele.

Pe baza acestor argumente în literatura de specialitate se propunea reglementarea tranzacțiilor cu imobile în legislația comercială³¹.

În jurisprudență au fost totuși soluții care au consacrat comercialitatea unor operațiuni cu privire la imobile, ca de exemplu: furnizarea de către un hotelier sau hangiu de camere de locuit și alimente pentru pasageri, ori închirierea unui magazin pentru exercitarea comerțului, fiind primul act comercial pe care îl face un comerciant în viața sa comercială³².

Fapte de comerț erau socotite și cumpărarea de mobile și alte lucruri ce au servit la mobilarea unui club spre a-l închiria și închirierea acestui club ce avea în construcție un hotel și un restaurant pentru exploatare³³.

Alte instanțe, printre care cea supremă au considerat aceste acte ca fiind civile, așa cum era socotită și construirea unui imobil destinat comerțului³⁴. Tot civile erau reputate și închirierile și subînchirierile de apartamente pentru locuință³⁵, arendările de imobile, chiar făcute între comercianți³⁶, cumpărările de imobile spre a le revinde în parcele³⁷ și intermediarile în închirierile de imobile³⁸.

Preponderent era însă punctul de vedere conform căruia aceste închirieri, chiar făcute între comercianți și în scop speculativ, sunt civile³⁹.

²⁷ S-a afirmat că „legiutorul nostru a făcut-o din considerațiuni de un ordin mai înalt, din cauza organizării noastre politice care se bazează pe ideea că între sol și naționalitate e o legătură ce nu fără pericol s-ar putea rupe” în V.Gr. Iamandi, *op. cit.*, pag. 66.

²⁸ V.Gr. Iamandi considera că termenul „mărfuri” desemnează și imobile, pentru comercianți acestea fiind considerate tot o „marfă” („*Lecțiuni...*”, pag. 65).

²⁹ Constantin Petrescu-Ercea, „*Curs...*”, pag. 36.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*, pag. 31.

³² Trib. com. Ilfov 987/2 oct. 1891 în E. Antonescu pag. 121; Trib. Ilfov SII no 409/4 sept. 1895 în E. Antonescu pag. 122; alte soluții în acest sens sunt citate de E. Antonescu la pag. 123-125.

³³ C.A. Galați SI, 6, 19 ian. 1900, E. Antonescu pag. 127-128.

³⁴ I.L. Georgescu, *op. cit.*, pag. 211.

³⁵ Trib. com. Ilfov no 319/18 febr. 1893 în E. Antonescu pag. 108.

³⁶ Al. Lesvioidax, „*Jurisprudența Înaltei Curți de Casație și Justiție a Secțiunii Unite în materie penală, civilă și comercială de la înființare și până la zi (1862-1947)*”, Imprim. „Penit. Văcărești” 1947, pag. 17.

³⁷ Cas. 23 febr. 1890 în E. Antonescu pag. 136.

³⁸ Cas. I no 289/22 iunie 1891 în E. Antonescu pag. 108; George N. Fratostiteanu, „*Noul codice de comerț și diferite legiuiri comerciale adnotate cu jurisprudența română*”, Ed. Tipogr. Gutenberg, București, 1892, pag. 19.

³⁹ C.A. București, dec. no 434/20 nov. 1925, în „*Practica judiciară în materie comercială*”, vol. I, Ed. Lumina Lex, 1993 pag. 33; „*Pandectele Române*” – Tabla de materii pe 1929 pag. 23, partea I, pag. 100; Stelian Ionescu, Laurențiu Preuțescu, „*Codul comercial adnotat cu jurisprudența română*”

Soluțiile Înaltei Curți de Casație și Justiție

Printr-o decizie a Înaltei Curți de Casație și Justiție în Secțiuni Unite⁴⁰ era reputată drept comercială cumpărarea-vânzarea unui fond de comerț, vândut în totalitatea sa, independent de persoanele între care a intervenit. Fondul de comerț trebuie să cuprindă pe lângă imobilele în care se execută comerțul sau industria respectivă, totalul elementelor ce servesc acestui scop, cum sunt firma, marfa, clientela⁴¹ etc. Așadar, dacă imobilul făcea parte din fondul de comerț, acțiunile civile cu privire la acesta erau de competența instanței comerciale. În speță fiind vorba despre o fabrică de cherestea ce a fost incendiată, ceea ce rămăsese din ea fiind vândut împreună cu locul, cu toate construcțiile, plantațiile și împrejurimile aflate pe acel loc, deci o serie de bunuri imobiliare, parte prin natura lor, parte prin destinație, iar nu un fond de comerț, vânzarea era una civilă.

Această soluție se întemeia pe aprecierea unanimă că achiziționarea⁴² sau închirierea⁴³ unui fond de comerț, ca universalitate de fapt nu poate fi decât o tranzacție cu un bun mobil și deci comercială⁴⁴.

Suprema instanță a hotărât⁴⁵ că închirierea unei întreprinderi, chiar atunci când conține și imobile este comercială. În speță era vorba de închirierea unui etaj al unui imobil, pentru a se exploata ca hotel, așa cum fusese mai înainte exploatat de chiriașul anterior, cu dependențele și mobilierul aflat în imobil, toate acestea destinate a servi ca hotel și considerate de instanță ca o întreprindere comercială de hotel. „Grație acestei interpretări, fondul sau întreprinderea, începând cu debutul și până la sfârșitul existenței sale va rămâne sub imperiul aceleiași legi comerciale”⁴⁶.

Înalta Curte de Casație în Secțiuni Unite a conchis că o fabrică de spirt compusă din terenuri, construcții, case, magazine, beciuri, mașinării, aparate, nu reprezintă o întreprindere comercială, obiectul contractului constituindu-l mai multe imobile prin natura lor și altele ce devin astfel prin destinație conform art. 468 C. civil, locațiunea acestora fiind una civilă⁴⁷.

Și închirierea unei prăvălii de către un comerciant pentru propriul său comerț era, în viziunea aceleiași instanțe, un act civil⁴⁸.

Vânzarea recoltelor prinse în rădăcini era comercială datorită faptului că părțile socotesc bunurile mobile prin anticipație⁴⁹. Soluția era identică în cazul

la zi”, pag. 13; M.O. Imprimeria Națională, București, 1933; E. Antonescu pag. 108-109, 111-113, 115-116, 129-130.

⁴⁰ Dec. 183/27, apr. 1939 în „Înalta Curte de Casație și Justiție – Buletinul deciziunilor pronunțate în anul 1939”, vol. LXXVI, partea I, pag. 93-95.

⁴¹ C.A. Galați II, 39 din 3 dec. 1902 în E. Antonescu, *op. cit.*, pag. 126.

⁴² C.C. Arion, „Elemente de drept comercial”, pag. 70, citat din „Codul comercial adnotat” – Institutul de arte grafice „Tiparul Românesc”, București, 1944, pag. 8 (ediția Ministerului Justiției).

⁴³ Trib. comm. Marseille, 26 iunie 1876 în E. Antonescu, *op. cit.*, pag. 96.

⁴⁴ Cas. II, 13 iunie 1885 în E. Antonescu, *op. cit.*, pag. 96.

⁴⁵ Cas. S. Unite, dec. 14 din 1939 în „Practica judiciară în materie comercială”, pag. 31.

⁴⁶ Césaré Vivante, *op. cit.*, pag. 154.

⁴⁷ Cas. S.U. dec. 3/1934 în „Practica judiciară...”, pag. 31.

⁴⁸ Cas. S.U. dec. 3/1934 – „Pandectele Săptămânale”, 1934, pag. 297 – citată în „Codul Comercial adnotat”, reeditat după ediția Ministerului Justiției – Ed. Tribuna, Craiova 1994, pag. 56.

⁴⁹ I.L. Georgescu, *op. cit.*, pag. 208; Tribunalul Olt în E. Antonescu pag. 164.

vânzării unei păduri spre a fi exploatată⁵⁰.

Legea aplicabilă industriei miniere. Comercialitatea construirii de imobile

Industria minieră era scoasă de sub regimul legii comerciale. Această soluție s-a impus prin coroborarea unor texte din Codul comercial (art. 1, 2, 46 alin. 2, 5) și art. 104 alin. 1 din Legea minelor, art. 66 din Legea consolidării petrolifere⁵¹. Dreptul de explorare minieră era socotit că este un drept real mobilier indiferent dacă era exercitat personal de proprietar sau de către un concesionar. Jurisprudența a dedus că operațiunea nu va putea fi comercială nici datorită calității de comercianți a subiecților⁵², soluție extinsă și în privința carierelor⁵³.

Au existat și soluții contrare justificate de argumentul conform căruia „scopul principal al concesiunii unei mine nu este nici transferarea dreptului asupra minei care este încorporată solului și nici transferarea posesiei asupra minei, aceasta nefiind decât o consecință necesară pentru exploatarea dreptului de concesiune, ci de a transfera în patrimoniul concesionarului dreptul de proprietate asupra minereului din mină, mobil prin anticipație”. Dobândind un bun mobil spre a-l revinde; în stare naturală sau prelucrat, concesionarul săvârșește prin însuși actul de concesiune un act unilateral obiectiv de comerț în sensul art. 3 pct. 1 din Cod, de la care își împrumută calitatea de comerciant⁵⁴.

Construirea de imobile pentru a fi revândute era considerată comercială, chiar atunci când proprietarul terenului era cel ce făcea această operațiune. Această soluție se întemeia pe faptul că se cumpără materiale ce sunt revândute sub formă imobiliară (potrivit art. 3 alin. 1, 2 C. com.)⁵⁵, dar și pe temeiul că se întrunesc elementele întreprinderii de construcții.

Codul comercial Carol al II-lea și includerea speculațiilor asupra imobilelor în sfera actelor obiective de comerț

Codul comercial Carol al II-lea a cărui intrare în vigoare a fost suspendată *sine die*, a reglementat în art. 2 pct. 5 ca fiind comerciale „operațiunile asupra imobilelor în scop de speculațiune”.

În raportul Consiliului Legislativ această prevedere era justificată de „neconținuta dezvoltare a avuției imobiliare, care poate forma obiect de interpunere în schimbul bunurilor”⁵⁶.

Condiția esențială pentru stabilirea naturii actului era aceea a speculației⁵⁷ ce

⁵⁰ Cas. I dec. 1994/15 sept. 1925, Cas. I dec. 364/4 iulie 1894, C.A. București III, 28 octombrie 1891; art. 258 din Codul comercial din Transilvania prevedea că achiziționarea spre revânzare a materialului lemnos din pădure este act comercial – vezi S. Ionescu, L. Preușescu, *op. cit.*, pag. 12.

⁵¹ I.L. Georgescu, *op. cit.*, pag. 210.

⁵² *Idem*.

⁵³ C.A. Iași în 26/19 dec. 1898, Cas. III dec. 340/1915 CAB II no. 22 din 18 febr. 1899 în E. Antonescu pag. 152-154.

⁵⁴ C. C.A.B. III no 3/17 ian. 1909 în E. Antonescu pag. 155-156.

⁵⁵ E. Antonescu pag. 133-134, critica E. Thaller, *op. cit.*, pag. 22.

⁵⁶ Paul I. Demetrescu, I.L. Georgescu, „Codul comercial Carol al II-lea”, Ed. Cartea Românească, pag. 11.

⁵⁷ *Idem*, pag. 15.

trebuia verificată la momentul încheierii operațiunii.

Datorită acestei prevederi dobândeau caracter comercial nu numai cumpărările-vânzările, ci și actele de locațiune a imobilelor⁵⁸.

Condițiile istorice au făcut ca acest Cod comercial să nu intre în vigoare. A continuat să fie în vigoare vechiul cod din 1887. În perioada comunistă ce a urmat, acesta rămâne în vigoare, fiind însă inaplicabil noilor relații economico-sociale.

Nefiind abrogat expres, după decembrie 1989, Codul comercial redevine aplicabil raporturilor juridice specifice economiei de piață. Controversele asupra prevederilor sale au revenit în actualitate, calificarea operațiunilor cu imobile fiind una din aceste controverse.

Doctrina comercialistă contemporană

În literatura de specialitate sunt excluse în continuare dintre faptele de comerț cumpărarea-vânzarea imobilelor⁵⁹, închirierea sau concesiunea imobilelor⁶⁰, considerându-se că aceste operațiuni au un caracter civil. Totuși, reglementarea Codului comercial este considerată vetustă⁶¹ și ar trebui abandonată în favoarea unei concepții moderne⁶².

Contractul de locație a gestiunii⁶³ este considerat ca fiind unul comercial, pentru că locatorul dorește, de obicei, închirierea unei întreprinderi comerciale⁶⁴ sau, cel puțin închirierea unui fond de comerț⁶⁵.

Decizia nr. 1 din 4 ianuarie 1994 a Curtii de Apel Cluj. Reconsiderarea problemei

Prin această decizie⁶⁶ s-a considerat că închirierea de către o societate de turism a unui imobil cu destinația de birou către o societate bancară este un act de comerț. De aceea, acțiunile legate de acest contract sunt comerciale, cu toate con-

⁵⁸ *Idem*, pag. 21.

⁵⁹ I.L. Georgescu, Ion Băcanu, „*Drept comercial român*”, vol. III. Ed. Lumina Lex, București, 1994, pag. 125; Ion Turcu, „*Dreptul afacerilor*”, Ed. Fundației „Chemarea”, Iași, 1992, pag. 16; Stanciu Cârpenaru, „*Drept comercial român*”, Ed. All, București, 1995, pag. 29; Dorin Clocotici, „*Actele și faptele de comerț*”, în „*Dreptul*” nr. 7/1995, pag. 24; Sorin David, „*Contractul de închiriere și contractul de locație a gestiunii*”, în „*Dreptul*” nr. 10-11/1991; Dan Chirică, „*Regimul juridic aplicabil închirierii suprafețelor locative cu altă destinație decât aceea de locuință*”, în „*Dreptul*” nr. 4/1993, pag. 33.

⁶⁰ D. Clocotici, *op. cit.*, pag. 24. Arendarea terenurilor este exclusiv civilă, fiind reglementată de Legea 16/1994. Pentru amănunte vezi, D. Chirică, „*Contracte civile speciale*”, Ed. Lumina Lex, 1997, pag. 199-205 și Fr. Deak, „*Contracte civile și asigurări*”, vol. 2, Ed. Actami, 1995, pag. 137-155.

⁶¹ S. David, *op. cit.*, pag. 35.

⁶² St. Cârpenaru, *op. cit.*, pag. 29.

⁶³ S. David, *op. cit.*, pag. 35 și Dorin Clocotici, Gheorghe Gheorghiu, „*Contractul de locație a gestiunii în contextul legislației privatizării*”, în *Revista de drept comercial*, (R.D.C.), nr. 6/1994, pag. 36.

⁶⁴ S. David, *op. cit.*, pag. 37, nota 24. (R.D.C.), nr. 6/1994 pag. 36.

⁶⁵ Contractul de locație a gestiunii este considerat o varietate a locațiunii fondului de comerț (St. Cârpenaru, *op. cit.*, pag. 110, nota 2).

⁶⁶ Decizia face obiectul unui comentariu al d-lui profesor dr. Ion Deleanu intitulat „*Natura juridică a contractului de locațiune încheiat între două societăți comerciale precum și a acțiunilor care derivă dintr-un asemenea contract*”, în „*Dreptul*” nr. 7/1994, pag. 37-44.

secințele ce decurg din acest fapt.

Soluționând apelul împotriva hotărârii tribunalului de declinare a competenței, Curtea de Apel a hotărât următoarele:

a. Chiar dacă art. 3 Cod. com. nu enumeră închirierile de imobile printre faptele de comerț, caracterul comercial al acestora este dat de art. 4.

b. Cauza actului, motivul determinant care a stat la baza hotărârii locatarului de a încheia actul de închiriere a fost acela de a obține un sediu pentru a-și desfășura comerțul. Contractul de locațiune dobândește caracterul unui act comercial atunci când este în legătură cu comerțul pe care locatarul îl desfășoară.

c. Închirierea sediului de către o societate bancară este un fapt de comerț, în virtutea principiului accesoriului, închirierea fiind făcută cu scopul de a face posibil comerțul pe care îl desfășoară pentru a realiza un câștig.

d. În speță a avut loc închirierea unui fond de comerț, elementul definitoriu al acestuia fiind clientela.

Într-un comentariu al acestei spețe se întărește concluzia instanței datorită următoarelor considerente:

1. Faptele de comerț obiective sunt prevăzute enunțativ, astfel încât și alte acte ar fi comerciale; faptele de comerț subiective cuprind celelalte contracte și obligații ale comerciantului dacă nu sunt de natură civilă, sau dacă contrariul nu rezultă din acel act. Locațiunea este un fapt de comerț și datorită faptului că este cuprinsă în alte texte legale din materia comercială, altele decât art. 3.

Astfel, locațiunea unui imobil este cuprinsă în art. 721 Cod comercial (în vigoare la data soluției instanței și a comentariului), care a dat judecătorului sindic dreptul de a cere desființarea unui imobil semnat de falit în calitate de locatar. De asemenea, potrivit art. 1 din Legea 33/1991 privind activitatea bancară, societățile bancare se constituie și funcționează ca societăți comerciale și, în această calitate, conform art. 25 alin. 1 lit. a „fac tranzacții cu imobile necesare desfășurării activității societății bancare”. În fine, art. 21 alin. 1 lit. a din Legea 29/1990 privind registrul comerțului, prevede că în acest registru se menționează și locațiunea fondului de comerț.

2. Potrivit art. 4, pe temeiul criteriului subiectiv se asimilează faptelor de comerț toate contractele și obligațiile unui comerciant, dar calitatea de comerciant nu este suficientă pentru a atribui celorlalte contracte și obligații decât celor prevăzute la art. 3 Cod comercial o natură comercială. Trebuie ca, aceste contracte sau obligații să nu fie de natură civilă sau părțile să nu le fi stabilit ca atare.

Un act este de natură comercială atunci când privește fondul de comerț, iar dacă actul are ca obiect numai locațiunea unui imobil el poate fi calificat drept comercial, deoarece dreptul de folosință asupra imobilului este în toate cazurile un drept de creanță cu caracter mobilier. Acesta poate fi transmis potrivit regulilor de la cesiunea de creanță, obiectul cesiunii formându-i un fond de comerț ce cuprinde și acest drept de folosință.

De asemenea, se consideră că pentru aprecierea naturii juridice a unui act încheiat de un comerciant, instanța nu poate face abstracție de cauza acestuia, care, în situația dată este una comercială. Actul de închiriere formează materia unei speculații accesorii și este un act de comerț.

Noi ne vom permite să facem câteva obiecții cu privire la argumentele instanței și ale prestigiosului autor:

1. Chiar dacă enumerarea făcută de art. 3 nu are caracter limitativ, suntem de părere că locațiunea unui imobil nu este un fapt obiectiv de comerț chiar dacă este menționată în alte texte de lege aplicabile materiei comerciale.

Sustinem că, prin menționarea actului de locațiune a imobilului semnat de falit în art. 721 din Codul comercial nu i s-a atribuit acestuia o natură comercială. De altfel, în același context, art. 703 în alin. 3, referitor la bilanț preciza că acesta trebuie să cuprindă estimarea aproximativă a tuturor bunurilor falitului, starea datoriiilor și cheltuielilor personale ale falitului și ale familiei sale din tot timpul exercițiului comerțului său. Se transformă oare aceste cheltuieli personale ale falitului și toate datoriile sale în obligații comerciale?

Răspunsul este evident negativ. Simpla menționare într-o lege comercială a unui act nu-i dă acestuia o natură comercială așa cum vom demonstra în continuare referindu-ne și la art. 25 din Legea 33/1991.

Conform acestuia, băncile nu se pot angaja în tranzacții cu bunuri mobile și imobile, cu excepția tranzacțiilor cu imobilele necesare desfășurării activității bancare și pentru folosința salariaților, precum și tranzacții cu bunuri mobile și imobile în executarea creanțelor.

Așadar legea interzice băncilor desfășurarea de operațiuni comerciale, altele decât operațiunile bancare. Aceste excepții ce privesc operațiunile cu imobile se referă la operațiuni civile, pentru că nu vedem cum ar putea fi comercială o tranzacție cu imobile pentru folosința salariaților băncii, or, legea nu a instituit în același context două excepții dintre care una s-ar referi la operațiuni civile și alta la operațiuni comerciale.

Acest act normativ, credem, nu a făcut decât să se ralieze la concepția privitoare la excluderea imobilelor din domeniul dreptului comercial.

2. Pentru a se încadra în sfera actelor subiective de comerț un act trebuie să nu aibe o natură exclusiv civilă. Cu alte cuvinte, respectivului act ar trebui să-i fie incidente atât normele de drept civil, cât și cele de drept comercial (este vorba de ceea ce se numește „natură dublă” a actului).

În cazul în care normele de drept comercial nu pot fi aplicate, nefiind incidente într-un anumit caz, actul nu va putea fi calificat drept act subiectiv de comerț, ci ca act civil.

Actele juridice privitoare la imobile fiind scoase de sub regimul legii comerciale *ab initio*, acestea își păstrează natura civilă. În jurisprudența interbelică s-a decis acest lucru chiar în privința împrumutului contractat de un comerciant pentru efectuarea unor operațiuni cu imobile⁶⁷, acesta fiind accesoriu operațiunii, care era exclusiv civilă.

În privința cauzei, care, în opinia enunțată este speculativă, deci comercială, dând acest caracter și actului respectiv, suntem de părere că o cauză poate fi speculativă fără a fi neapărat comercială. Aceasta se întâmplă atunci când actul care o conține este exclusiv civil. Așa se întâmplă în cazul agricultorului ce-și vinde

⁶⁷ Cas. I Dec. 1363 din 22 sept. 1937 în „*Pandectele Române*”, 1938, III pag. 119; Cas. II dec. 775 din 31 oct. 1931 în P.R. 1934, I pag. 112; Alte decizii sunt citate în „*Codul comercial adnotat*”, Ed. Tribuna, pag. 53 – 56.

propriile produse naturale. El desfășoară operațiuni de vânzare-cumpărare în vederea obținerii de profit, fără ca acestea să fie comerciale.

3. Închirierea unui fond de comerț este într-adevăr un act de comerț. Prin fond de comerț se înțelege ansamblul bunurilor pe care comerciantul sau industriașul le grupează sau le afectează în cadrul întreprinderii proprii în scopul desfășurării activității ei specifice, în condiții de competitivitate și rentabilitate⁶⁸. În fondul de comerț intră bunuri corporale și bunuri incorporale (clientela, dreptul la emblemă, firmă, marca de fabrică, comerț și serviciu etc.). Dreptul de folosință asupra imobilului, care este inclus în fondul de comerț⁶⁹, este supus însă reglementărilor civile⁷⁰ în materie de locațiune a imobilelor. Totuși contractul va avea un caracter comercial pentru că privește un fond de comerț în ansamblul său⁷¹.

Noi vom demonstra în continuare că locațiunea, intervenită în speță nu privește un fond de comerț.

S-a arătat că fondul de comerț închiriat cuprinde dreptul de folosință asupra imobilului și clientela. În speță se folosește noțiunea de clientelă pentru a desemna atât clientela propriu-zisă, cât și vadul comercial. Vom trece la prezentarea acestor noțiuni, fără a le aprofunda, pentru a nu ne îndepărta de la tema pe care o abordăm⁷².

Clientela fondului de comerț este compusă din ansamblul de persoane fizice și juridice care intră în relații cu întreprinderea sau cu un comerciant oarecare⁷³ apelând în mod obișnuit la fondul de comerț al acestuia, pentru procurarea unor mărfuri și servicii⁷⁴.

⁶⁸ Octavian Căpățînă, *Societățile comerciale*, Ed. Lumina Lex, 1996, pag. 283 și autorii citați la pag.

⁶⁹ În literatura de specialitate există o controversă asupra includerii imobilului în care își desfășoară activitatea comerciantul în fondul de comerț. În opinia unor autori (I.L. Georgescu, *Drept comercial român*, vol. III, pag. 163; St. Cârpenaru, *op. cit.*, pag. 101) acesta face parte din fondul de comerț. Alți autori (Octavian Căpățînă în „*Societățile comerciale*”, la pag. 283 sau Smaranda Angheni într-un articol publicat în revista „*Studii de drept românesc*”, nr. 3-4/1996 la pag. 250, 258) consideră că doar dreptul de folosință asupra imobilului face parte din acesta.

Consecința adoptării primei opinii este că se va încheia un singur contract (de exemplu atunci când un comerciant vinde un magazin, cu terenul aferent și celelalte elemente ale fondului de comerț) aplicându-se în privința bunurilor imobile regulile dreptului comun referitoare la forma transmisiunii, inclusiv cele privind publicitatea imobiliară (I.L. Georgescu, vol. III, pag. 165, Stanciu Cârpenaru pag. 109). Adoptând cea de-a doua opinie, în situația în care comerciantul dorește să vândă în același timp atât fondul de comerț, cât și imobilul în care se exploatează acesta, operațiunile juridice vor fi diferite și cu un regim juridic distinct (Smaranda Angheni la pag. 250). Astfel, chiar dacă se plătește un preț unitar pentru imobil și fond de comerț acțiunile privitoare la plata prețului vor fi de competența instanței civile.

⁷⁰ Smaranda Angheni, „*Câteva aspecte privind fondul de comerț în dreptul francez și român comparat*”, în „*Studii de drept românesc*” nr. 3-4/1996 la pag. 258.

⁷¹ Vor fi incidente deci, prevederile articolelor 42, 43, 44, 45 din Codul comercial, competența de soluționare a litigiului aparținând instanței comerciale etc.

⁷² Pentru dezvoltări vezi, I.L. Georgescu, vol. III, pag. 163, 165, 166 și autorii citați la pag. 305-307; O. Căpățînă, „*Dreptul concurenței comerciale – Concurența onestă*”, Ed. Lumina Lex, București, 1994, pag. 163 – 166; Stanciu Cârpenaru, *op. cit.*, pag. 105-106; Ion Turcu, „*Clientela (Vadul comercial)*”, în R.D.C. nr. 3/1992, pag. 29-30.

⁷³ S. Angheni, *op. cit.*, pag. 252.

⁷⁴ Șt. Cârpenaru, *op. cit.*, pag. 105.

Vadul comercial este definit ca o aptitudine, capacitate a fondului de comerț de a atrage publicul⁷⁵, determinată de factori precum amplasarea localului, calitatea mărfurilor oferite clienților, prețurile practicate de comerciant, comportarea personalului comerciantului în raporturile cu clienții, abilitatea în realizarea reclamei comerciale, influența modei⁷⁶.

În doctrina modernă această distincție între clientela propriu-zisă și vadul comercial este considerată artificială, pur teoretică⁷⁷, folosindu-se doar noțiunea de clientelă, care, pentru a fi inclusă într-un fond de comerț trebuie să aibe anumite trăsături⁷⁸. Ea trebuie să fie comercială, personală a celui ce exploatează fondul, să existe în realitate și să fie actuală.

Acceptând că, în speță clientela comercială exista și era personală a societății de turism, vom observa că societatea bancară nu a dorit această clientelă personală a societății de turism, reprezentată probabil de persoane ce doreau să călătorească, ci o alta interesată de a efectua operațiuni bancare.

Acest fapt ne determină să afirmăm că clientela nu a fost cedată, ceea ce s-a închiriat în speță fiind un simplu imobil. Acest imobil, chiar situat într-o zonă propice dezvoltării afacerilor (de exemplu lângă un stadion sau în centrul unui oraș), nu credem că ar avea capacitatea de a atrage clienții. Clienții sunt atrași de firmă, de fondul de comerț în totalitatea lui și nu de un imobil, care în speță presupunem că nu a fost amenajat de locator pentru a servi comerțului locatarului.

Pentru a întări punctul nostru de vedere mai putem spune că fondul de comerț cuprinde totalitatea bunurilor folosite de comerciant pentru desfășurarea comerțului său, adică acele bunuri care sunt necesare și suficiente pentru desfășurarea activității comerciale. După cum am afirmat, în speță, imobilul închiriat nu era suficient pentru desfășurarea activității bancare în complexitatea ei. De aceea concluzia noastră este că obiectul locațiunii nu îl constituie un fond de comerț, ci un simplu imobil, contractul având o natură civilă, ca de altfel și acțiunile ce derivă din acesta.

Poziția Curții Supreme de Justiție

În litigiile legate de contracte de locație a gestiunii această instanță a calificat acest contract drept unul comercial chiar și atunci când printre bunurile închiriate se află și imobile⁷⁹. Acest contract are o natură comercială pentru că intervine între comercianți și are ca obiect o întreprindere comercială⁸⁰.

În speța din care am preluat această justificare, o societate comercială a închiriat altelea mai multe imobile (o clădire – garaj, spații portuare situate în incinta portului Constanța), obligându-se să-i asigure acesteia și energia termică, electrică, apa potabilă, serviciile telefonice și radio și alte servicii.

⁷⁵ O. Căpățînă, „Dreptul concurenței comerciale...”, pag. 164, Ion Turcu, „Clientela (Vadul comercial)”, pag. 29; Șt. Cârpenaru, *op. cit.*, pag. 105; S. Angheni, *op. cit.*, pag. 255.

⁷⁶ Șt. Cârpenaru, pag. 105.

⁷⁷ I. Turcu, *op. cit.*, pag. 29; O. Căpățînă, *op. cit.*, pag. 64 și autorii citați acolo.

⁷⁸ I. Turcu, pag. 29; S. Angheni, pag. 225.

⁷⁹ C.S.J., dec. Secției Comerciale nr. 822/30 mai 1996 în „Curtea Supremă de Justiție – Buletinul jurisprudenței anul 1996”, Ed. Proema SRL, Baia Mare, 1997, pag. 259.

⁸⁰ Curtea Supremă de Justiție, decizia Secției Comerciale nr. 481/29 iunie 1995 publicată în „Curtea Supremă de Justiție – Buletinul jurisprudenței pe anul 1995”, Ed. Proema SRL, Baia Mare, 1996, pag. 301.

Prin decizia citată s-a stipulat că respectivul contract de închiriere are ca obiect o „adevărată întreprindere comercială de exploatare portuară”, tot ceea ce cuprinde obiectul contractului dintre părți inclusiv dreptul asupra imobilelor făcând parte dintr-un fond de comerț, întregul raport juridic dintre părți fiind comercial.

Considerăm soluția instanței criticabilă, deoarece pornește de la o falsă apreciere a realității prin calificarea obiectului contractului ca fiind o întreprindere sau un fond de comerț.

Fără a aborda pe larg această problemă, vom face câteva precizări în legătură cu aceste noțiuni și legătura dintre ele.

Întreprinderea este denumirea generică dată oricărui organism economic și social, ce se analizează ca fiind o structură organizatorică menită să desfășoare o activitate cu ajutorul factorilor de producție (forțele naturii, capitalul și munca) de către întreprinzători pe riscul acestora, cu finalitatea de a produce bunuri și servicii destinate schimbului în vederea obținerii unui profit⁸¹.

După cum am afirmat în prezentul studiu, fondul de comerț desemnează „ansamblul bunurilor pe care comerciantul sau industriașul le grupează sau le afectează în cadrul întreprinderii proprii în scopul desfășurării activității ei specifice⁸²...”

În concepția actuală⁸³, fondul de comerț este considerat un agregat amorf de bunuri, fără coeziune internă, fără prezența factorului uman. Întreprinderea este un tot unitar și dinamic, se analizează ca un „fenomen de organizare” pentru că atribuie o valoare funcțională bunurilor și drepturilor din fondul de comerț⁸⁴. Caracteristica fondului de comerț și legătura lui cu întreprinderea rezidă în dependența, integrarea lui într-o întreprindere comercială⁸⁵.

Acceptându-se punctul de vedere potrivit căruia vânzarea sau închirierea fondului de comerț este comercială, va avea același caracter și vânzarea sau închirierea unei întreprinderi comerciale care înglobează fondul de comerț.

Noi considerăm că întreprinderea nu poate face obiectul unui contract, ci doar fondul de comerț, pentru că aceasta este o formă de organizare, nu are o valoare economică. Ceea ce se poate vinde sau închiria este fondul de comerț compus din bunuri corporale și incorporale ce au o valoare economică, și care este inclus într-o întreprindere⁸⁶.

⁸¹ Mircea N. Costin, „Dicționar de drept internațional al afacerilor”, vol. II, Ed. Lumina Lex, București, pag. 194. Pentru amănunte vezi, M.N. Costin la pag. 194, Octavian Căpățînă în „Societățile comerciale”, op. cit., pag. 293-296; Ion Turcu în „Dreptul afacerilor”, op. cit. pag. 25.

Întreprinderea poate căpăta și o formă juridică, dobândind personalitate juridică, dar această formă juridică nu este de esența ei, pentru că întreprinderea poate fi analizată și ca o subunitate economică. (S. David, op. cit., pag.). De aceea este important ca acest termen să nu fie folosit ca sinonim al termenului de „manufactură”, „societate comercială”, „fabrică” pentru că societatea comercială, manufactura sau fabrica sunt numai forme în care ea poate apărea câte o dată, nefiind necesar ca să existe într-una din aceste forme. În sensul opiniei noastre și pentru dezvoltări vezi și Șt. Cărpănu, op. cit., pag. 33-34.

⁸² O. Căpățînă, pag. 283.

⁸³ O. Căpățînă, pag. 296.

⁸⁴ O. Căpățînă, pag. 296 și autorii citați la pag. 308.

⁸⁵ S. David, op. cit., pag. 36.

⁸⁶ Concluzia noastră se bazează pe faptul că întreprinderea are două componente (laturi): fondul de comerț – latura materială, patrimonială și „elementele umane” – latura subiectivă (conform opiniei

Concluzionând că în speță nu s-a închiriat o „întreprindere portuară” mai rămâne de văzut dacă s-a închiriat un fond de comerț.

Se observă că în speță s-au închiriat mai multe imobile, locatorul obligându-se să presteze locatarului și alte servicii.

Aceste prestări de servicii nu sunt cuprinse în fondul de comerț, ele făcând obiectul unuia sau mai multor contracte de furnitură⁸⁷.

În speță „fondul de comerț” cuprinde deci doar dreptul de folosință asupra imobilelor. Credem că instanța s-a folosit de un artificiu juridic pentru a considera că locațiunea are un caracter comercial. Este evident că în speță s-au închiriat niște imobile a căror locațiune este supusă în totalitate legii civile.

Într-o altă speță⁸⁸, în legătură cu acest contract de locație a gestiunii s-a apreciat că „fondul de comerț nu include și imobilul; în cazul în care locatorul fondului de comerț nu este și proprietarul imobilului, în conformitate cu H.G. nr. 140/1991 e necesară încheierea unui contract separat de închiriere cu obiect distinct de cel al contractului de locație a gestiunii și natură juridică specifică, drepturile și obligațiile părților fiind de asemenea diferite”.

Din analiza acestor spețe se impune următoarea concluzie: un contract de locație a gestiunii este comercial doar atunci când are ca obiect un fond de comerț. Dacă dreptul de folosință asupra imobilului este cuprins într-un fond de comerț contractul este comercial. Simpla locație a unui imobil cu destinație comercială, pentru a dobândi acel drept de folosință asupra imobilului (acesta nefiind inclus într-un fond de comerț) nu este guvernată de legea comercială.

Natura juridică a agențiilor imobiliare

În legătură cu operațiunile privitoare la imobile s-ar mai putea discuta cu privire la natura juridică a acestor agenții, ce sunt prezente obișnuite în peisajul postdecembrist.

Suntem de părere că acestea nu au calitatea de comercianți chiar dacă în practică funcționează ca societăți comerciale. Ele nu comit fapte de comerț, întrucât activitatea de intermediere pe care o desfășoară nu este comercială. Soluția se impune pentru că una din condițiile pentru ca intermedierea să fie comercială este ca actul intermediat să fie comercial⁸⁹ (fapt obiectiv de comerț).

Considerăm că agențiile imobiliare n-ar trebui să funcționeze ca societăți comerciale, deoarece ele intermediază încheierea de acte juridice civile (cele privitoare la imobile) și ca atare nu desfășoară acte de comerț. Ele ar putea funcționa ca societăți civile dobândind personalitate juridică în condițiile Decretului nr. 31/1954.

profesorilor O. Căpățînă, *op. cit.*, pag. 269. și Șt. Cârpenaru și a autorilor citați la pag. 32). Dintre acestea, doar cu privire la elementul material se pot face operațiuni juridice. Și profesorul I.L. Georgescu, *op. cit.*, pag. 162-165, când vorbește de vânzarea întreprinderii comerciale, se referă de fapt la vânzarea fondului de comerț.

⁸⁷ S. Angheni, pag. 249. Autoarea face distincție între aceste contracte și fondul de comerț.

⁸⁸ C.S.J. decizia secției comerciale nr. 330/23 mai 1995 în „Curtea Supremă de Justiție – Buletinul jurisprudenței pe anul 1995”, Ed. Proema SRL, Baia Mare, 1996, pag. 299.

⁸⁹ I.L. Georgescu, *op. cit.*, vol. I, pag. 268; Șt. Cârpenaru, *op. cit.*, pag. 44. Același autor consideră că operațiunile de intermediere realizate în cadrul unei întreprinderi, în condițiile art. 3 pct. 7 din Codul comercial, sunt fapte de comerț, indiferent dacă tranzacțiile la care se referă aceste operațiuni sunt comerciale sau civile (pag. 38), opinie cu care nu putem fi de acord.

Schimbarea opticii pe plan legislativ. Includerea leasing-ului imobiliar printre actele de comerț

Cea mai importantă reglementare legală, care include operațiunile cu imobile în domeniul dreptului comercial este O.U.G. nr. 51 din 30 august 1997⁹⁰ cu privire la *leasing*⁹¹.

Contractul comercial de *leasing* poate avea ca obiect utilizarea unor bunuri imobile cu destinație comercială și industrială achiziționate sau construite de o societate de *leasing* sau utilizarea bunurilor de folosință îndelungată și a imobilelor cu destinație de locuință pentru persoane fizice cu respectarea condițiilor privind protecția consumatorului. În aceste situații *leasing*-ul este imobiliar și se poate confunda în practică cu închirierea propriu-zisă de imobile, cu consecința acordării caracterului comercial și acesteia din urmă.

Pentru a evita această confuzie, menționăm că, acest contract de *leasing*, prin esență comercial, se deosebește de închirierea de drept comun în primul rând prin faptul că acesta a fost conceput ca un instrument de creditare și nu doar ca o pură speculație cum este închirierea.

De asemenea *leasing*-ul imobiliar se deosebește de închirierea unui imobil și prin promisiunea unilaterală a locatorului de a vinde imobilul închiriat locatarului, la o dată care de obicei coincide cu data expirării contractului.

Dar părțile pot conveni ca, la expirarea duratei pentru care contractul a fost încheiat, locatarul să opteze între a cumpăra bunul, a-l reînchiria sau pur și simplu se poate prevedea că respectivul contract încetează.

Datorită acestor trei posibilități, poate apărea în practică următoarea situație: o societate de *leasing* imobiliar, la solicitarea viitorului locatar, cumpără imobilul dorit de acesta și i-l închiriază acestuia cu posibilitatea de a-l reînchiria la expirarea duratei contractului, fără a exista o promisiune unilaterală de vânzare. Care va fi natura contractului încheiat între părți? Cărei legi îi va fi supus contractul de cumpărare-vânzare încheiat între furnizor și societatea de *leasing*?

Opinăm că, în această situație nu se încheie un contract de locațiune cu locatarul, ci un contract de *leasing*. Absența promisiunii unilaterale de vânzare, specifică *leasing*-ului operațional nu transformă contractul din unul de *leasing* într-unul de închiriere propriu-zisă.

În asemenea situație, trebuie însă să se stabilească, de către instanță dacă respectivul contract a reprezentat un instrument de creditare (și atunci va fi *leasing*) sau nu.

Suntem de părere că primul contract din „triunghiul” *leasing*-ului (cel de cumpărare-vânzare) va fi unul civil, pentru că legea comercială (O.U.G. 51/1997) este aplicabilă doar contractului propriu-zis de *leasing* (cel dintre locator și locatar) și nu întregii operațiuni ce cuprinde și cumpărarea-vânzarea.

⁹⁰ Publicată în M.Of. nr. 224 din 30 aug. 1997.

⁹¹ Pentru amănunte cu privire la *leasing*, vezi în doctrina recentă: Cernăianu Ion, „Contractul comercial internațional de *leasing*”, în R.D.C. nr. 3/1993 la pag. 109; Valentin M. Ionescu, „Aspecte generale privind *leasing*-ul – cadrul de reglementare, aplicații”, în R.D.C. nr. 9/1996, pag. 59-73. De asemenea, amplul articol dedicat *leasing*-ului al autorilor Dorin Clocotici și Gheorghe Gheorghiu, publicat în Revista de drept comercial nr. 1/1997 (pag. 24-41); 2/1997 (pag. 18-22); 3/1997 (pag. 21-29); 5/1997 (pag. 14-20); 7-8/1997 (pag. 23-26).

Concluzii

Absența unui text legal, care să excludă în mod imperativ operațiunile cu imobile din orbita dreptului comercial, poate duce la concluzia că acestea sunt guvernate și de legea comercială.

La începutul elaborării prezentului studiu, autorul credea că această excludere este o creație a doctrinei și jurisprudenței, neîntemeiată legal, care era tributară ideii seculare potrivit căreia imobilele sunt de resortul exclusiv al legii civile. Ne-am propus ca acest studiu să combată această teză. Pe măsură ce lucram la el raționamentele iluștrilor comercialiști începeau să mă convingă. N-am avut curajul și argumentele necesare să-mi urmez ideea. Înlăturarea acestei opinii ar fi fost un act de contestare, de negare, a întregii jurisprudențe, precum și a valoroasei literaturi de specialitate. N-am putut decât să prezint această teză, cu obiecțiile asupra ei, considerând că se impune *de lege lata*.

În contextul continuei dezvoltări a comerțului, această excludere nu este o soluție benefică. Legiuitorul nostru începe să o contrazică prin recenta Ordonanță de Urgență a Guvernului nr. 51/1997.

Pentru a include imobilele în domeniul dreptului comercial este nevoie de o reglementare legală expresă. Raportul Mancini, ce a comentat această includere a tranzacțiilor cu imobilele în arealul dreptului comercial, o justifică în mod convingător. Era nevoie de o argumentare, pentru că, în mod tradițional această rețineră în acordarea caracterului comercial operațiunilor cu privire la imobile exista, era unanimă și trebuia înlăturată.

Distincția între valorile mobiliare și cele imobiliare, având repercursiuni asupra legii aplicabile, nu se mai justifică.

Valoarea economică nu mai este determinată de caracterul mobil sau imobil al bunului, așa cum s-a apreciat în 1887. Acea rațiune nu mai există. Există însă o multitudine de operațiuni asupra imobilelor ce trebuie reglementate de legea comercială, așa cum o fac legislațiile europene moderne.

Dacă, *de lege lata* excluderea are un suport, propunem, *de lege ferenda* ca și operațiunile speculative asupra imobilelor să fie incluse printre faptele obiective de comerț.