

BECK HANDBOOK

Drept comercial român
Teoria generală, întreprinderea și insolvența

PIPEREA, Gheorghe

Studii: Facultatea de Drept, Universitatea din București (1990-1994); masterat în dreptul afacerilor, Facultatea de Drept, Universitatea din București (1994-1995); doctor în drept, Universitatea Sorbona I, Paris, Pantheon (1998-2005) și Facultatea de Drept, Universitatea din București (1998-2005); Institutul Franco-Român de Dreptul Afacerilor Nicolae Titulescu – Henri Capitant, Universitatea din București și Universitatea Sorbona I, Paris, Pantheon (1994-1995); Institutul Național de Magistratură (1994-1995); Școala de Avocați din Paris (1999).

Activitate: profesor universitar doctor, Facultatea de Drept, Universitatea din București; judecător, Jud. Sect. 1, București (1994-1996); avocat, Baroul București (din 1996); practician în insolvență (din 2001); Prim-vicepreședinte al Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență (UNPIR) între anii 2009-2016; director al Colegiului de redacție al Revistei Române de Drept al Afacerilor (2006-2014); membru în comisia de elaborare a numeroase acte normative (Legea de modificare a Legii nr. 64/1995 privind reorganizarea judiciară și falimentul; Legea insolvenței; Legea de modificare a Legii societăților comerciale; Statutul profesiei de avocat – 2004; Legea dării în plată – 2016); Președinte al Institutului Român de Drept Comercial.

Publicații: Obligațiile și răspunderea administratorilor societăților comerciale (1998); Societățile comerciale, piața de capital, acquis comunitar (2005); Dreptul transporturilor, ed. a 2-a (2005); Insolvența: legea, regulile, realitatea (2008); Drept comercial, vol. I (2008) și vol. II (2009); Legea concordatului (2010); Introducere în dreptul contractelor profesionale (2011); Drept comercial. Întreprinderea (2012); Codul civil. Comentariu pe articole (2012); Noul Cod de procedură civilă. Note. Corelații. Explicații (2012); Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole, ed. 5 (2014); Parakletos (2015); Cap, câștig eu, pajură, pierzi tu (2016); Codul insolvenței. Note. Corelații. Explicații (2017); Protecția consumatorilor în contractele comerciale (2018); autor a numeroase articole în materia dreptului comercial, dreptului transportului și insolvenței în reviste de specialitate (Revista de Drept Comercial, Revista Română de Drept al Afacerilor, Pandectele Române, Curierul Judiciar, Curierul fiscal, Revista Phoenix, Revista Română de Drept Privat).

Gheorghe Piperea

Drept comercial român

Teoria generală, întreprinderea și insolvența



**Editura C.H. Beck
București 2020**



AVERTISMENT!

Având în vedere amploarea luată de fenomenul fotocopierii lucrărilor de specialitate, mai ales în domeniul Dreptului, atragem atenția că, potrivit art. 14 și 196 din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, republicată, reproducerea operelor sau a produselor purtătoare de drepturi conexe, dacă respectiva reproducere a fost efectuată fără autorizarea sau consimțământul titularului drepturilor recunoscute de legea menționată, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare sau cu amendă. Prin reproducere, conform legii, se înțelege realizarea, integrală sau parțială, a uneia ori a mai multor copii ale unei opere, direct sau indirect, temporar ori permanent, prin orice mijloace și sub orice formă.

Nu vă faceți părtași la distrugerea cărții!

Editura C.H. Beck este acreditată CNATDCU și este considerată editură cu prestigiu recunoscut.

Drept comercial român. Teoria generală, întreprinderea și insolvența Gheorghe Piperea

Copyright © 2020 – Editura C.H. Beck

Toate drepturile rezervate Editurii C.H. Beck.

Nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată fără acordul scris al Editurii C.H. Beck.
Drepturile de distribuție în străinătate aparțin în exclusivitate editurii.

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României PIPEREA, GHEORGHE

Drept comercial român : teoria generală, întreprinderea și insolvența /
Gheorghe Piperea. - București : Editura C.H. Beck, 2020

Conține bibliografie

Index

ISBN 978-606-18-0981-3

34

Editura C.H. Beck

Calea Plevnei, nr. 172, et. 3-4, Sector 6, București

Tel.: 021.410.08.47; 021.410.08.73

Fax: 021.410.08.48

E-mail: comenzi@beck.ro

Redactor: Oana Dobrițescu
Tehnoredactor: Cătălin Mantu

Cuprins

Abrevieri.....	XI
Titlul I. Teoria generală a Dreptului comercial	1
Introducere în Dreptul comercial	1
<i>Legislație relevantă</i>	<i>1</i>
§1. Conceptul și necesitatea Dreptului comercial	1
§2. Izvoarele Dreptului comercial	8
§3. Caracteristicile esențiale ale faptului economic și principiile fundamentale ale Dreptului comercial	16
§4. Criteriile comercialității și domeniul Dreptului comercial.....	25
§5. Scurt istoric al Dreptului comercial.....	30
<i>Teme facultative de reflecție</i>	<i>35</i>
Capitolul I. Comerciantul și întreprinderea sa	51
<i>Legislație relevantă</i>	<i>51</i>
Secțiunea 1. Elementele esențiale ale conceptului de întreprindere	52
Secțiunea a 2-a. Calitatea de comerciant	57
Secțiunea a 3-a. Patrimoniul de afecțiune comercială	62
Secțiunea a 4-a. Fondul de comerț	75
Secțiunea a 5-a. Obligațiile profesionale ale comercianților	80
<i>Teme facultative de reflecție</i>	<i>95</i>
Capitolul II. Comerciantul persoană fizică	101
<i>Legislație relevantă</i>	<i>101</i>
Capitolul III. Comerciantul persoană juridică	124
<i>Legislație relevantă</i>	<i>124</i>
Preambul.....	124
Secțiunea 1. Premisele personalității juridice a comerciantului	124
Secțiunea a 2-a. Înființarea comerciantului persoană juridică.....	129
Secțiunea a 3-a. Efectele personalității juridice.....	132
Secțiunea a 4-a. Capacitatea civilă a persoanei juridice	143
Secțiunea a 5-a. Funcționarea persoanei juridice	151
Secțiunea a 6-a. Reorganizarea persoanei juridice	171
Secțiunea a 7-a. Încetarea persoanei juridice.....	174
Capitolul IV. Entitățile colective fără personalitate juridică care organizează întreprinderi și entitățile asimilate comercianților	178
<i>Legislație relevantă</i>	<i>178</i>
Preambul.....	178
Secțiunea 1. Societățile „simple” pentru comerț	180

Secțiunea a 2-a. Societăți neregulat constituite, societăți nule, societăți <i>de facto</i>	185
Secțiunea a 3-a. Entitățile asimilate comercianților	190
Capitolul V. Întreprinderile publice	194
<i>Legislație relevantă</i>	194
Titlul II. Societățile comerciale	197
Capitolul I. Teoria generală a societății comerciale	197
<i>Legislație relevantă</i>	197
Secțiunea 1. Caracteristicile definatorii ale societății comerciale	197
§1. Definiția și sediul materiei	197
§2. Natura juridică a societății comerciale	200
§3. Formarea contractului de societate și obligațiile specifice ale asociațiilor	202
Secțiunea a 2-a. Personalitatea juridică a societății comerciale	214
§1. Premisele personalității juridice ale societății comerciale.....	214
§2. Scopul societății comerciale și obiectul său de activitate.....	216
§3. Capacitatea juridică a societății comerciale	223
§4. Răspunderea limitată	223
§5. Societatea simulată și societatea fictivă	227
Capitolul II. Constituirea societății comerciale	239
<i>Legislație relevantă</i>	239
§1. Formele obișnuite de organizare și societatea comercială unipersonală	239
§2. Semnatarii actelor constitutive	245
§3. Forma obligatorie și conținutul actelor constitutive	250
§4. Clauze comune și clauze specifice în funcție de forma societății	259
§5. Formalități de constituire și de opozabilitate față de terți	267
§6. Constituirea societăților pe acțiuni prin subscripție publică.....	274
§7. Filiale, sucursale și alte sedii secundare	275
§8. Societatea neregulat constituită	277
§9. Nulitatea societății	280
§10. Opozabilitatea față de terți a actelor societății	282
§11. Căi de atac	284
Capitolul III. Funcționarea societăților comerciale.....	291
<i>Legislație relevantă</i>	291
Preambul.....	291
Secțiunea 1. Adunările generale ale acționarilor	292
§1. Caracteristici și natură juridică.....	292
§2. Cvorum și majoritate	294
§3. Convocarea și organizarea adunărilor generale.....	298
§4. Identificarea acționarilor cu drept de vot	303
§5. Ședințe și deliberări	306

§6. Valabilitatea și lipsirea de efecte a hotărârilor adunărilor generale ale acționarilor	313
§7. Adunările generale ale asociațiilor în societățile cu răspundere limitată	317
Secțiunea a 2-a. Administratorii societăților comerciale	323
§1. Conceptul juridic de administrator	323
§2. Natura juridică a funcției de administrator	325
§3. Condițiile și modalitățile de numire a administratorilor	326
§4. Atribuțiile administratorilor	334
§5. Sisteme concurente de administrare a societăților pe acțiuni	338
§6. Încetarea funcției de administrator	344
§7. Răspunderea administratorilor	349
§8. Administratorii societăților cu răspundere limitată	365
§9. Administrarea societăților „simple” pentru comerț	369
§10. Managementul întreprinderilor publice	374
<i>Teme facultative de reflecție</i>	385
Secțiunea a 3-a. Cenzorii și auditorii interni	388
Capitolul IV. Acțiuni, acționari și asociați	392
<i>Legislație relevantă</i>	392
Secțiunea 1. Acțiuni și acționari	392
§1. Noțiunea de acțiune emisă de societățile comerciale	392
§2. Drepturile individuale aferente acțiunilor	401
§3. Obligațiile care decurg din deținerea de acțiuni	406
§4. Transferul dreptului de proprietate asupra acțiunilor	407
§5. Retragera acționarilor din societate	415
§6. Pacte societare extrastatutare	416
§7. Obligațiuni și obligațiuni convertibile în acțiuni	426
Secțiunea a 2-a. Asociați	430
§1. Părți sociale	430
§2. Drepturile și obligațiile aferente calității de asociat	433
§3. Retragera asociaților din societate	436
§3. Excluderea asociaților din societate	438
Capitolul V. Modificarea actelor constitutive	442
<i>Legislație relevantă</i>	442
Secțiunea 1. Condițiile generale ale modificării actelor constitutive	442
§1. Conceptul de modificare a actelor constitutive	442
§2. Condițiile generale de fond și formalitățile modificării actelor constitutive	443
Secțiunea a 2-a. Modificările capitalului social	446
§1. Aspecte comune	446
§2. Reducerea capitalului social	446
§3. Majorarea capitalului social	449
Secțiunea a 3-a. Fuziunea și divizarea societăților comerciale	455
§1. Aspecte comune al fuziunii și divizării	455
§2. Aspectele particulare ale fuziunii	464

§3. Aspectele particulare ale divizării	465
§3. Nulitatea fuziunii și a divizării	466
Capitolul VI. Dizolvarea și lichidarea societăților comerciale.....	468
<i>Legislație relevantă</i>	468
Preambul.....	468
Secțiunea 1. Dizolvarea societăților comerciale.....	468
§1. Cazurile generale de dizolvare	469
§2. Cazuri speciale de dizolvare.....	476
§3. Efectele dizolvării	479
Secțiunea a 2-a. Lichidarea societăților comerciale	480
Secțiunea a 3-a. Dizolvarea și lichidarea societăților în reglementarea Codului civil	493
Titlul III. Insolvența întreprinderii.....	500
Preambul	500
Capitolul I. Domeniul și scopul procedurii insolvenței	502
<i>Legislație relevantă</i>	502
Secțiunea 1. Domeniul procedurii insolvenței.....	502
Secțiunea a 2-a. Scopul procedurii insolvenței.....	512
<i>Temă facultativă de reflecție</i>	519
Capitolul II. Principiile fundamentale ale procedurii insolvenței	525
<i>Legislație relevantă</i>	525
Preambul.....	525
Secțiunea 1. Insolvența este o procedură judiciară.....	526
§1. Ajutor de stat versus insolvență	527
§2. Rezoluția bancară și rezoluția societăților de asigurări	532
§3. Insolvabilitatea și răspunderea solidară în procedura fiscală	533
§4. Proceduri de prevenție și proceduri prefabricate sau accelerate de insolvență	537
Secțiunea a 2-a. Procedura insolvenței este o procedură sacrificială	545
Secțiunea a 3-a. Procedura insolvenței este o procedură colectivă și concursuală.....	547
Secțiunea a 4-a. Procedura insolvenței este o procedură concursuală.....	550
Secțiunea a 5-a. Procedura insolvenței este o procedură necesară	551
Secțiunea a 6-a. Principiile scriptice ale procedurii insolvenței	553
<i>Temă facultativă de reflecție</i>	565
Capitolul III. Subiectele procedurii insolvenței	576
<i>Legislație relevantă</i>	576
Capitolul IV. Participanții la procedura insolvenței	581
<i>Legislație relevantă</i>	581
Preambul.....	581
Secțiunea 1. Debitorul și administratorul special	583
Secțiunea a 2-a. Creditorii	587
Secțiunea a 3-a. Organele procedurii și auxiliarii.....	593

Capitolul V. Creanțele în procedura insolvenței.....	597
<i>Legislație relevantă.....</i>	597
Secțiunea 1. Creanțe, obligații și datorii.....	597
Secțiunea a 2-a. Creanțe chirografare, creanțe care beneficiază de o cauză de preferință și creanțe subordonate.....	600
Secțiunea a 3-a. Creanțe salariale.....	606
Secțiunea a 4-a. Creanțe bugetare.....	610
Secțiunea a 5-a. Creanțe super-privilegiate.....	612
Secțiunea a 6-a. Creanțele creditorilor indispensabili.....	614
Secțiunea a 7-a. Creanțele curente.....	616
Secțiunea a 8-a. Concursul între creanțele curente și creanțele garantate.....	624
Capitolul VI. Deschiderea procedurii insolvenței.....	626
<i>Legislație relevantă.....</i>	626
Secțiunea 1. Periodizarea procedurii insolvenței.....	626
Secțiunea a 2-a. Titularii cererii de deschidere a procedurii.....	630
Secțiunea a 3-a. Deschiderea procedurii la cererea debitorului.....	632
Secțiunea a 4-a. Deschiderea procedurii la cererea creditorilor.....	637
Capitolul VII. Efectele deschiderii procedurii insolvenței.....	644
<i>Legislație relevantă.....</i>	644
Secțiunea 1. Principiul celerității procedurii.....	644
Secțiunea a 2-a. Încetarea acțiunilor judiciare sau extrajudiciare individuale de realizare a creanțelor asupra debitorului.....	647
Secțiunea a 3-a. Înghețarea valorii creanței la valoarea sa nominală din data deschiderii procedurii insolvenței.....	655
Secțiunea a 4-a. Principiul continuității afacerilor debitorului și limitele sale.....	659
Secțiunea a 5-a. Înregistrarea, verificarea și admiterea creanțelor.....	664
Secțiunea a 6-a. Acțiunea în reîntregirea patrimoniului debitorului.....	666
Capitolul VIII. Reorganizarea judiciară.....	679
<i>Legislație relevantă.....</i>	679
Capitolul IX. Falimentul.....	684
<i>Legislație relevantă.....</i>	684
Capitolul X. Răspunderea pentru insolvență.....	687
<i>Legislație relevantă.....</i>	687
Secțiunea 1. Răspunderea civilă.....	687
Secțiunea a 2-a. Răspunderea penală.....	692
§1. Răspunderea penală a persoanei juridice care este debitor într-o procedură de insolvență.....	694
§2. Confiscarea specială și confiscarea extinsă.....	698
§3. Acțiunea civilă în procesul penal și acțiunea civilă concurrentă/ paralelă cu procesul penal.....	703
§4. Infrațiuni care sunt și temeuri ale acțiunii în răspundere pentru contribuția la apariția stării de insolvență.....	707
Secțiunea a 3-a. Răspunderea pentru datoriile societăților din grup.....	709

Capitolul XI. Închiderea procedurii insolvenței	713
<i>Legislație relevantă</i>	<i>713</i>
Capitolul XII. Insolvența grupului de societăți.....	717
<i>Legislație relevantă</i>	<i>717</i>
Bibliografie	729
Index alfabetic.....	735

Abrevieri

alin.	- alineat(ul)
apud	- citat după
art.	- articol(ul)
BNR	- Banca Națională a României
<i>c.</i>	- contra
C.civ.	- Codul civil (Legea nr. 287/2009, republicată)
C.pen.	- Codul penal (Legea nr. 286/2009)
C.proc.civ.	- Codul de procedură civilă (Legea nr. 134/2010, republicată)
CEDO	- Curtea Europeană a Drepturilor Omului
CEO	- Chief executive officer (Director General)
CJUE	- Curtea de Justiție a Uniunii Europene
Dreptul	- revista „Dreptul”
Ed.	- Editura
ed.	- ediția
H.G.	- hotărârea Guvernului României
I.C.C.J.	- Înalta Curte de Casație și Justiție
IMM	- întreprinderi mici și mijlocii
<i>infra</i>	- mai jos
IT	- information technology
JO C	- Jurnalul Oficial al Uniunii Europene / Comunităților Europene, seria Comunicări
JO L	- Jurnalul Oficial al Uniunii Europene / Comunităților Europene, seria Legislație
L.G.D.J.	- Librairie générale de droit et de jurisprudence
LBO	- leveraged buyout
lit.	- litera
M.Of.	- Monitorul Oficial al României, Partea I
<i>n.n.</i>	- nota noastră
nr.	- număr(ul)
O.G.	- ordonanța Guvernului României
O.U.G.	- ordonanța de urgență a Guvernului României
ONG	- organizație neguvernamentală
op. cit.	- opera citată
p.	- pagina
parag.	- paragraf(ul)

XII *Drept comercial român. Teoria generală, întreprinderea și insolvența*

pct.	- punct(ul)
PIB	- Produsul intern brut
RDC	- Revista de Drept Comercial
RRDA	- Revista Română de Drept al Afacerilor
<i>s.n.</i>	- sublinierea noastră
SPV	- Special Purpose Vehicle (vehicul cu scop special)
<i>supra</i>	- mai sus
TFUE	- Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene
TVA	- taxa pe valoarea adăugată

Titlul I

Teoria generală a Dreptului comercial

Introducere în Dreptul comercial

Legislație relevantă

► **Constituția României**, republicată (M.Of. nr. 767/31.10.2003); ► **Legea nr. 287/2009** privind Codul civil, republicată (M.Of. nr. 505/15.07.2011); ► **Legea nr. 71/2011** pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (M.Of. nr. 409/10.06.2011); ► **Legea nr. 134/2010** privind Codul de procedură civilă, republicată (M.Of. nr. 247/10.04.2015); ► **Legea nr. 193/2000** privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, republicată (M.Of. nr. 543/03.08.2012); ► **Legea nr. 363/2007** privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor (M.Of. nr. 899/28.12.2007); ► **Legea societăților nr. 31/1990**, republicată (M.Of. nr. 1066/17.11.2004); ► **Legea nr. 85/2014** privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență (M.Of. nr. 466/25.06. 2014)

§1. Conceptul și necesitatea Dreptului comercial

1. Etimologic, *comerțul* este înțeles ca schimb de valori economice, reciproc avantajos. Din punctul de vedere al teoriei economice, comerțul înseamnă circulația mărfurilor și a serviciilor de la producător (industrie, agricultură, IT) la consumatorul final. În schimb, din punctul de vedere al teoriei generale a dreptului, conotația cuvântului „comerț” acoperă toate relațiile sociale generate de extracția, recoltarea, fabricarea și circulația materiilor prime și a materialelor, producția de mărfuri și prestarea de servicii, valorificarea „resurselor” umane în aceste procese, circulația mărfurilor și a serviciilor către consumatorul final, crearea, stocarea și exploatarea informațiilor, inclusiv a bazelor de date (IT) și, mai ales, intermedierea în toate aceste procese. Pe scurt, din punct de vedere juridic, comerțul înseamnă întregul itinerariu al mărfurilor de la producător la consumator.

Comerțul, indiferent de accepțiunea care i se dă, este esențial pentru societate¹. Fără comerț, care înseamnă încredere reciprocă între cei care participă la schimbul economic, cooperarea între oameni nu ar fi posibilă, iar fără cooperare, lumea în sine, umanitatea, așa cum o cunoaștem, nu ar mai putea exista².

¹ Pe frontonul Colegiului Național Economic „Nicolae Kretzulescu” din București scrie „comerțul stimulează producția” și „comerțul sufletele națiunii”, iar în holul de onoare stă scris „*labor improbus omnia vincit*”.

² Unii futurologi, cum ar fi *Yuval Noah Harari* (Sapiens. Scurtă istorie a omenirii, ediția în limba română publicată de Editura Polirno, București, 2017) se întrebă chiar dacă va mai

Dreptul comercial înseamnă totalitatea raporturilor juridice dintre comercianți și a obligațiilor rezultate din exercițiul comerțului. Având în vedere importanța comerțului pentru societate, dreptul comercial se impune ca reglementare într-un stat democratic.

2. Marfa, care este un bun cu valoare economică, destinat schimbului, este făcută să circule, iar serviciile, să fie prestate beneficiarilor. Bani sunt instrumente ale schimbului, ale cuantificării valorii economice și ale teaurizării, fiind destinați, de asemenea, să circule. Mișcarea economică a mărfurilor, a serviciilor și a banilor este perenă.

În timp ce comerțul se desfășoară într-un flux continuu, dreptul civil este un agregator al unor reglementări statice, oferind o fotografie a momentului, centrată pe raportul juridic singular, insularizat. Dreptul civil reglementează persoane, bunuri (averi) și contracte ocazionale care, dată fiind raritatea lor, permit negocierea liberă (și, în principiu, conștientă), de pe poziții de egalitate a părților (cel puțin teoretic), ceea ce în raporturile juridice comerciale este cvasi-inexistent. Dreptul civil nu poate oferi comerțului o imagine tridimensională, aflată în mișcare, un tipar legal adecvat nevoii de echilibru și de predictibilitate necesare volumului enorm de raporturi juridice generate de activitatea comercială.

Spre deosebire de dreptul civil, care reglementează persoane, averi și contracte, dintr-o perspectivă statică și centrată pe raportul juridic singular, dreptul comercial are ca ținte ale reglementării producția și (re)distribuția bogățiilor și a valorilor¹, având o perspectivă dinamică și adaptată mișcării economice perene și structurii matriceale, tridimensionale a comerțului.

Dreptul comercial este menit a oferi instrumente legale adaptate activității economice continue, dependenței reciproce a participanților la piață și nevoii de echilibru juridic și de stabilitate sistemică. Dreptul comercial este apt să ofere soluții chiar și în cazurile de inegalitate a părților raporturilor juridice și de lipsă a libertății de alegere sau de lipsă a negocierii, tot mai frecvente în comerțul contemporan, dar irelevante din perspectiva conceptelor clasice ale teoriei generale a obligațiilor civile.

exista un viitor al omului, care va trebui să intre în competiție cu trans-humanii, cu ultra-omul și cu inteligența artificială. În lipsa încrederii într-un viitor mai bun, ar trebui să înțelegem că trăim epoca ultimilor oameni din profeția lui Nietzsche, cei care trăiesc un prezent continuu, fără legături cu trecutul și fără idealuri și planuri de viitor. Conform lui Yuval Noah Harari, socializarea și cooperarea sunt exact ceea ce a permis și a asigurat succesul speciei umane. Spiritul social, înclinația către cooperare și împărtășirea scopurilor, a idealurilor și a miturilor comune, sunt explicațiile exacte ale faptului că suntem, în prezent, singura specie de hominide care mai există pe planetă (dintre nenumărate alte specii hominide cu care, în cursul evoluției sale, omul a coexistat).

¹ Y. Guyon, *Droit des affaires*, Tome I (*Droit commercial général et sociétés*), Ed. Economica, Paris, 1994, p. 2. Autorul, reamintind butada *les affaires sont l'argent de l'autrui* (afacerile sunt banii altora) a susținut și că „am putea susține, de altfel, că tot așa afacerile sunt munca altora sau *suferința* altora; dreptul intervine în special pentru a stabili un minim de ordine, onestitate și securitate în relațiile dintre profesioniștii comerțului și ai industriei; dreptul este singura contra-ponderă la atotputernicia banului corupător”.

3. Dreptul comercial este un drept existențialist, întrucât esența sa este precedată de existența sa¹. Faptul economic precede instrumentul juridic și norma juridică. Faptul economic emerge din activitatea comercială, după care apar cu necesitate haina contractuală și tiparul legal adecvate, norma juridică fiind o esență a „lucrurilor juridice”. În acest fel, dreptul comercial devine un adevărat laborator al dreptului (nu numai al dreptului civil, ci și al dreptului public), unde sunt forjate și adaptate faptului economic pre-existent contractele, uzanțele comerciale, cutumele locale, normele legale, precedentele judiciare și toate instrumentele juridice necesare și adecvate. Nu va fi nicio surpriză să constatăm că banii, dobânzile, băncile, efectele de comerț, bursele de valori și de mărfuri, persoana juridică, societățile comerciale, încheierea contractelor între persoane depărtate, creditele ipotecare sau banii-datorie sunt creații ale dreptului comercial care au fost precedate de faptul economic corespunzător, ce se cerea reglementat.

Faptul economic se poate concretiza juridic sub formă de contracte „civile”. Comercianții chiar încheie contracte „civile” în exercițiul comerțului lor. De fapt, majoritatea covârșitoare a contractelor „civile” se încheie de către comercianți, fiind nimic altceva decât exercițiul întreprinderii lor. Dar, dată fiind calitatea de comerciant a contractantului, contractele sale „civile” sunt, de fapt, contracte comerciale. Codul civil însuși (r)atașează unor astfel de contracte „civile” caracteristici specifice comerțului, cum ar fi onerozitatea prezumată, severitatea răspunderii, determinarea prețului prin referința la indicii piețelor sau la uzurile comerciale, echilibrul contractual endogen sau exogen (cu referire la conjuncturi externe, la grupul de contracte sau la grupul de entități din care face parte contractantul) etc. Apartenența unor bunuri la un fond de comerț (bunurile proprii ale unuia dintre soți devine bun comun al soților dacă este integrat unui fond de comerț care face parte din comunitatea de bunuri a soților) sau la o universalitate „de fapt” (care nu poate exista decât ca parte sau ca extensie a unei întreprinderi) este evocată chiar de Codul civil, în categoriile de norme privitoare la bunuri și persoane, adică, în „zona clasică” a dreptului civil. Unele contracte „civile” ale comercianților au variante (normative sau uzuale) care nici măcar nu ar putea fi calificate altfel decât comerciale. Vânzarea cu plata în rate, vânzarea on-line, vânzarea unei afaceri etc., spre exemplu, nici nu ar putea fi concepute ca acte juridice strict civile, încheiate între simpli particulari. Pe de altă parte, există contracte cărora Codul civil le atribuie implicit, dar indubitabil, caracteristici evident comerciale, cel puțin din perspectiva calității *sine qua non* a uneia dintre părți. Spre exemplu, contractul de report, contractul de cont curent, contractul de comision, administrarea bunurilor altora, fiducia etc. sunt contracte care nu pot fi perfectate decât de profesioniști (comercianți). Încheierea actelor juridice în formă simplificată a ofertei urmată de acceptare sau a comenzii urmată de executare, tipică raporturilor juridice comerciale, unde s-a și edificat ca instituție juridică, a fost ridicată la „rangul” de regulă a dreptului civil aplicabilă tuturor subiectelor de drept, inclusiv simplilor particulari, în relațiile dintre ei. Mai mult chiar, există situații paradoxale în care Codul civil trimite la așa-numitele condiții la „comercial rezonabile”; este cazul ipotecii mobiliare, care poate fi executată nu numai prin intermediul

¹ Idem, p. 2.

executorului judecătoresc, ci și direct de creditorul însuși, care poate lua în posesie și vinde ulterior bunul ipotecat, dar numai în condiții *comercial* rezonabile. În fine, indiferent de intenția vădită sau absconsă a legiuitorului Codului civil, de a extermina dreptul comercial, există încă în circuitul juridic o multitudine de contracte comerciale reglementate sau evocate de legi speciale, cum ar fi leasingul, franciza, efectele de comerț, contractele privind activitatea bancară și cea de asigurări, instrumentele financiare etc., așa cum există încă o varietate enormă de contracte comerciale nenumite, care sunt supuse Codului civil numai prin analogie cu contracte tipice asemănătoare. Confirmând caracteristica dreptului comercial de „laborator al dreptului”, unele operațiuni juridice care încep prin a fi „nenumite”, continuă prin a deveni cutume, uzuri comerciale sau clauze contractuale-tip, și sfârșesc prin a deveni norme legale. Astfel de exemple sunt contractul de leasing, contractul de franciză sau contractul de cont bancar curent.

În orice caz, numai dreptul comercial poate reglementa și oferi soluții comprehensive situațiilor practice insolubile cu mijloacele dreptului civil, generate de volumul uriaș de contracte de adeziune și de contracte perfectate în formă simplificată care circulă ca atare pe piață, sau de așa-numitele „contracte de dependență”. Niciunul dintre aceste contracte nu este negociabil și, cu toate acestea, reprezintă figuri juridice emblematice ale fenomenului „contractării în masă”.

4. Faptul economic este nu numai în continuă mișcare, dar este și peren. Comercianții își asigură continuitatea și stabilitatea afacerii prin contracte *relaționale*, integrate întreprinderii lor și pieței pe care activează, în ansamblu. Contractele comercianților, care se încheie în număr mare (în special în cazul contractării în masă, când aria de adresabilitate față de consumatori este foarte mare), nu pot fi singularizate și tratate după metoda Codului civil. Aceste contracte sunt pre-formulate, non-negotiabile, și sunt repetabile practic la infinit, iar gestionarea lor, inclusiv sub raportul eventualelor dispute cu co-contractanții, necesită soluții care să vizeze portofoliul (ansamblul) de parteneri de afaceri. Aceste soluții trebuie să se integreze în întregul sistem de raporturi juridice în care este parte comerciantul, raporturi juridice în care acesta are, simultan sau succesiv, atât poziția de creditor, cât și poziția de debitor. A trata aceste contracte în mod singular, în afara rețelei de alte contracte în care este parte comerciantul, nu numai că este nepractic, dar ar fi și contrar principiului continuității afacerii, esențială pentru orice întreprindere. Metoda dreptului civil ar putea determina ruperea acestei continuități, ceea ce ar conduce la riscul de aneantizare a întregii întreprinderi și la pierderea locului comerciantului în cadrul matricei funcționale în care activează. Pentru acționarii săi indirecti (*stakeholders*) o asemenea consecință ar fi catastrofală.

Tehnica de reglementare în dreptul civil este incompatibilă cu viziunea integratoare, matriceală, a dreptului comercial, care privilegiază continuitatea afacerilor și stabilitatea sistemică.

În dreptul civil, raportul juridic este insularizat și supus analizei (prin disecare) sau observării (la microscop), ca și când ar fi o celulă, și nu o parte dintr-un ansamblu. Soluțiile juridice oferite de Codul civil sunt distructive pentru comerț:

(i) fie întrucât absolutizează (până la transformarea în *terrorism* contractual) principiul forței obligatorii a contractului, chiar și când revizuirea convențională sau judiciară ar fi în interesul creditorului, prin păstrarea rezilienței contractului și a capacității debitorului de a-și plăti pe termen mediu și lung datoriile,

(ii) fie întrucât favorizează soluția nulității sau a rezilierii (cu daune-interese teoretic nelimitate, dar practic imposibil de achitat de un debitor supra-îndatorat sau ruinat) în dauna confirmării și continuării contractului, în condiții echitabile și echilibrate.

Pe de altă parte, Codul civil trimite în mod repetat și excesiv la instanța de judecată pentru orice neînțelegere sau dispută între părți, ceea ce determină o contra-productivă juridicizare a raporturilor juridice de drept privat. Or, juridicizarea nu este conformă cu principiile dreptului comercial, care reclamă continuitate și încredere. Comerciantul nu este în mod primordial interesat să obțină, după ani de zile de proces, o hotărâre judecătorească devenită inutilă între timp, întrucât debitorul se va fi ruinat sau va fi ajuns în insolvență, stare care îl „apără” inclusiv de titlul executoriu obținut anterior de creditorul litigant, iar un comerciant cu prea multe procese este un comerciant de evitat și un comerciant cu imagine negativă pe piață.

De aceea, participanții la piață, co-autorii faptului economic, nu se pot lipsi de un instrument juridic amplu, comprehensiv, flexibil și apt să ofere soluții acestei mișcări permanente și acestei perenității, adică de un Cod comercial, chiar dacă acesta este ascuns în interiorul unui „nou” Cod civil inadecvat comerțului.

5. Jocul economic al concurenței se derulează în interiorul unei rețele juridice de tip *matriceal*, în care fiecare comerciant depinde de lichiditatea și de credibilitatea celorlalți comercianți și, în final, de solvabilitatea consumatorilor. Comercianții sunt atât de dependenți unii de alții și toți laolaltă de consumatori, încât pot fi asimilați cu pasagerii unui avion care, pentru a decola și a ajunge la destinație în condiții de siguranță, trebuie menținut în echilibru, în ciuda turbulențelor, a erorilor tehnice sau umane ori a deturnării. Raporturile juridice comerciale nu sunt jocuri de sumă nulă, în care ceea ce câștigă o parte, pierde cealaltă, ci „jocuri” de sumă non-nulă, de tip *win-win* (sau *lose-lose*), în cadrul cărora fiecare parte se așteaptă la un oarecare emolument, ceea ce face ca echilibrul contractual să fie esențial.

Noțiunea de *echilibru* contractual este, însă, marginal evocată în Codul civil, care este o reglementare a creditorilor și a proprietarilor. Cu formule anacronice și, uneori, cinice, Codul civil favorizează *dezechilibrul* raporturilor juridice, în defavoarea debitorului. Metoda dreptului civil pune accentul aproape exclusiv pe „virtuțile” principiului forței obligatorii a contractului (de la care se admit foarte rar excepții, care sunt foarte restrictiv reglementate) și pe caracterul nelimitat al răspunderii, indiferent de starea de dificultate financiară sau de ruină a debitorului.

În schimb, în dreptul comercial echilibrul contractual este crucial. Nu doar că din contract trebuie să câștige (să își atingă emolumentul vizat) ambele părți, dar creditorul este în pierdere dacă debitorul se ruinează din cauza unui contract, în aparență foarte profitabil creditorului, dar, în realitate, dezechilibrat și generator de pierderi ce decurg din supra-îndatorarea sau ruina debitorului.

Un comerciant care, de pe poziția unui deținător al puterii economice, se bazează pe iluzia libertății discreționare de a stabili unilateral conținutul raportului juridic, pe amăgirea dată de forța obligatorie a contractelor și pe speranța irațională a câștigului rapid și supradimensionat pe seama supra-îndatorării sau a ruinei co-contractanților, se înscrie rapid pe panta fatală a eșecului propriei afaceri, întrucât un debitor insolubil este un debitor *lipsă*, iar un co-contractant captiv este un viitor opozant, ostil comerciantului. Echilibrul contractual înseamnă dozarea beneficiilor și partajarea riscurilor de pierdere, în căutarea stabilității poziției pe piață a comerciantului și a credibilității sale personale, esențială pentru continuitatea afacerii sale.

6. Codul civil tratează și echitatea tot marginal. În limbaj comun, *echitatea* este echivalentă cu dreptatea și cu nepărtinirea, fiind înțeleasă și ca cinste, omenie sau respect al drepturilor fiecăruia (*suum quique tribuere*). Din punct de vedere juridic, echitatea este sensul dreptului, temeiul pe care dreptul construiește pacea și ordinea socială. Dacă dreptul pozitiv, contractele și precedentul judiciar sunt efemere, dreptul fundat pe echitate, dreptul natural, este nepieritor¹. Echitatea este spiritul realist și social al dreptului.

În sistemul Codului civil, echitatea și buna-credință pot fi, pe de o parte, limite, pe de altă parte, extensii implicite ale efectelor contractului. Cel puțin la nivel declarativ, din Codul civil rezultă că efectele actelor juridice, chiar expres prevăzute în contract, sunt *limitate* de echitate și de bună-credință. Astfel, conform art. 11 C.civ., nu se poate deroga nici prin convenții, nici prin acte juridice unilaterale, de la legile care *interesează* (*s.n. - Gh.P.*) ordinea publică sau bunele moravuri, iar art. 14 alin. (1) C.civ. obligă orice persoană fizică sau juridică (inclusiv persoanele juridice de drept public, *n.n. - Gh.P.*) să își exercite drepturile și să își execute obligațiile cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și cu bunele moravuri. Echitatea, în sens de dreptate și nepărtinire, ar putea fi considerată integrată în noțiunea de „ordine publică”, întrucât dreptatea este, conform art. 1 alin. (3) din Constituție, o valoare supremă pe care se întemeiază Statul român și întregul nostru sistem de drept. Nicio lege nu poate fi considerată conformă cu Constituția dacă nu respectă imperativul dreptății, ca valoare constituțională fundamentală. Dar echitatea ține și de bunele moravuri. Ceea ce nu este echitabil și drept, nu este etic și, deci, nu este conform cu bunele moravuri, în sensul art. 11 C.civ. Pe de altă parte, din interpretarea *per a contrario* a

¹ Echitatea este: (a) sensul dreptului: o lege este legitimă dacă este echitabilă, un contract este „legea” părților dacă este echilibrat și întemeiat pe bună-credință, adică echitabil, iar o hotărâre judecătorească este credibilă dacă este nepărtinitoare și dreaptă, adică echitabilă; (b) motivația dreptului pozitiv; (c) corectivul abuzului de putere economică, administrativă sau politică; (d) motivația încrederii în justiție. Este important de reținut că legile nu sunt făcute (doar) pentru a înspăimânta, ci (și) pentru a impune egalitatea de șanse și a permite realizarea fiecărui individ în interiorul comunității sale și în societate, la adăpost de samavolniciile sau *bullying*-ul celor puternici. Boris Starck spunea (*Droit des obligations*, 1972): „cei presați de nevoi sunt *obligați să vrea* ceea ce puternicii economiei *sunt liberi să le impună*”. Sensul expresiei *fiat justitia, pereat mundi* este, de fapt acela că o lume fără dreptate nu merită să existe. Dacă legea se îndepărtează de la echitate, dreptul pozitiv devine un ambalaj inutil al abuzului de putere economică.

art. 14 alin. (1) C.civ., rezultă că exercițiul cu rea-credință și în dezacord cu ordinea publică sau cu bunele moravuri al drepturilor poate fi refuzat, fie ca abuz de drept sau de putere economică, fie ca încălcare a obligației de asigurare a echilibrului contractual care incumbă titularului dreptului. De aceea, nicio convenție și niciun act juridic unilateral nu poate produce efecte care să se îndepărteze de la cerințele echității și ale bunei-credințe. Problema gravă care se ridică în demersul aplicării acestor limite ale efectelor contractului, în interesul continuității și al stabilității sistemice necesare comerțului, este aceea că regulile care le consacră sunt ambigui, putând scăpa interpretului legii la o analiză superficială, analiză dominată de prejudecățile dreptului civil clasic, în rândul cărora la „loc de cinste” se situează principiul *pacta sunt servanda*. Judecătorul sau executorul, având de ales între a aplica dispozițiile art. 1270 C.civ. din care rezultă că o convenție legal făcută are putere de lege între părțile contractante, și dispozițiile ambigue mai sus analizate, va sfârși prin a alege soluția expres prevăzută în Codul civil. Din comoditate sau din tentația de a reduce cât mai mult din efortul necesar emiterii unei soluții, interpretul, cel mai probabil, va ignora precizarea din art. 1270 C.civ. din care rezultă că numai convențiile *legal* făcute au putere de lege între părțile contractante, și va omite consecințele art. 11 și art. 14 C.civ., de unde rezultă (indirect, dar indubitabil) că *nu* au putere de lege între părți convențiile care încalcă legile care *interesează* ordinea publică¹ și bunele moravuri sau principiul bunei-credințe.

Tot la nivel declarativ, Codul civil permite *extensia* efectelor actelor juridice, suplimentar și suprapus pe efectele expres stipulate, făcând din echitate o clauză contractuală implicită, *naturală*, a actului juridic². În înțelesul art. 1272 alin. (1) C.civ., convențiile nu obligă numai la ceea ce este expres stipulat, ci și la toate urmările pe care echitatea le dă convenției *după natura sa*. Completarea contractului cu efecte suplimentare antrenate de echitate, conform cu natura contractului, ar trebui să fie considerată o excepție de la principiul forței obligatorii a contractelor (care nu permite efecte suplimentare ale contractului, dincolo de clauzele sale exprese, o astfel de situație fiind rezultatul exclusiv al modificării prin consimțământ mutual a contractului). Cu toate acestea, Codul civil menține o poziție ambiguă relativă la înțelesul exact al art. 1272 C.civ.: pare a fi vorba, mai degrabă, de o metodă de interpretare a contractului decât o excepție de la principiul forței obligatorii a contractului. În aceste condiții, în practică vom întâlni rar (sau nu vom întâlni deloc) situații în care un contract să fie completat cu efecte ale echității, ceea ce face, practic, imposibilă revizuirea judiciară a contractelor comerciale în baza cerinței echității.

¹ A se observa că textul legal nu se referă la legile *de* ordine publică, ci la legile *care interesează* ordinea publică, ceea ce dă noțiunii de ordine publică o extensie foarte largă și cuprinzătoare. Normele legale care reglementează protecția consumatorilor, protecția salariaților și concurența loială și normală, chiar dacă nu ar fi considerate norme *de* ordine publică, sunt cu siguranță norme *care interesează* ordinea publică.

² Nu numai echitatea are acest rol de clauză implicită a contractului, ci și legea, uzanțele și practicile statornicite ale părților, așa cum rezultă din art. 1272 C.civ.

În dreptul comercial, în schimb, echitatea înseamnă justiție contractuală¹ și uzanțe comerciale cinstite. Echitatea este un instrument de realizare a cerinței echilibrului contractual și a rezilienței contractului, cerință care nu este un cadou făcut debitorului, ci urmărește, în principal, interesele creditorului și ale creditorilor săi, întrucât un contract dezechilibrat și non-rezilient, în loc să fie un mijloc de asigurare a unor plăți din partea debitorului și, implicit, a lichidității creditorului, devine o cauză generatoare de supra-îndatorare și de ruină a debitorului, precum și a protestului (inclusiv judiciar) al acestuia, adică o problemă de insolvabilitate sau de imagine a creditorului.

Raporturile juridice dintre marii comercianți, pe de o parte, și comercianții medii sau mici ori consumatori, pe de altă parte, sunt raporturi juridice de putere, întrucât se fundează pe inegalitatea economică, juridică și tehnică a părților. În special din acest punct de vedere, echitatea nu se confundă cu egalitatea. Pentru că inegalitatea este inevitabilă în economie, echitatea este corectivul necesar al dezechilibrului contractual cauzat de inegalitate. Un contract (re)echilibrat este mai apt să conducă la atingerea scopurilor ambelor părți și, mai ales, mai adecvat interesului creditorului de a-și vedea creanța achitată, condiție a capacității sale de a-și achita propriile datorii. Echitatea nu elimină inegalitatea, ci îi face mai ușor suportabile consecințele negative. Mai mult chiar, echitatea poate înlătura captivitatea contractuală, reinstaurând libertatea comerțului (concept cu valoare de principiu constituțional) acolo unde inegalitatea și abuzul de putere economică a instaurat monopolul și dependența tuturor de cel ce deține, fără alternativă, resursele vitale ale comunității.

Normele de ordine publică economică pot aduce corecții exceselor economiei concentrate în mâinile unor actori majori și exercitate în defavoarea majorității spectatorilor și a participanților la „jocul” economic, corecții care nu fac parte din sfera preocupărilor legiuitorului Codului civil și nici din spiritul acestui Cod.

§2. Izvoarele Dreptului comercial

7. În domeniile reglementate prin reguli normative speciale, se aplică în mod prioritar aceste reguli. În caz de lacună de reglementare, se aplică în completare dreptul comun. Pentru toate domeniile la care se referă litera și spiritul său, Codul civil *este* dreptul comun [art. 2 alin. (2) C.civ.]. Aplicabilitatea Codului civil în astfel de cazuri este indirectă și subsidiară.

În mod declarativ și doar teoretic, raporturile juridice în care sunt parte profesioniștii, Codul civil are aplicabilitate *directă*. Într-adevăr, conform art. 3 alin. (1) C.civ., „prezentul cod” se aplică și în raporturile juridice dintre profesioniști și, respectiv, în raporturile juridice dintre profesioniști și celelalte subiecte de drept. Cum comercianții reprezintă categoria cea mai consistentă și largă de profesioniști, s-ar putea extrage concluzia comodă că și raporturile juridice în care sunt parte comercianții sunt în mod nemijlocit reglementate de Codul civil².

¹ Justiția contractuală, bazată pe echitate, înseamnă capitalism *high road*, meritoriu și rezilient.

² Intenția legiuitorului Codului civil pare a fi fost nu numai aceea de a desființa vechiul Cod comercial (ca lege specială derogatorie de la Codul civil, dar care se completează, în caz