

CUPRINS

DOCTRINĂ

A. SOCIETĂȚI ȘI ALTE GRUPURI

Din nou, despre fondul de comerț
IOAN SCHIAU 15

Aspecte noi privind cadrul legislativ național aferent operațiunilor
transfrontaliere
FLORENTINA-CAMELIA STOICA..... 24

Semnificația juridică a *voturilor exprimate* în cadrul adunării generale a
acționarilor
MANOLE CIPRIAN POPA..... 31

Elemente de drept comparat în privința răspunderii persoanei fizice cu funcție
de conducere/administrare într-o societate
PETRE-ANDREI ȚĂRU 44

B. SOCIETĂȚI ÎN DIFICULTATE ȘI ÎN INSOLVENȚĂ

Protocolul transfrontalier în insolvența grupului de societăți
NICOLETA MIRELA NĂSTASIE..... 52

Impreviziunea, la confluența dintre norma generală și norma specială din
materia insolvenței
ALEXANDRA ZODIANU-FRÎNCULESCU 72

C. CONTRACTE ȘI OBLIGAȚII COMERCIALE

Considerații asupra clauzei penale abuzive
ȘTEFAN IOAN LUCACIUC 98

Neuromarketingul și liberul arbitru al consumatorului
NONI-EMIL IORDACHE.....115

Cesiunea de creanță vs cesiunea de contract. Aspecte practice
EMILIA MĂDULARESCU, CRISTINA NICOLETA IACHIM.....135

Soluționarea litigiilor privind responsabilitatea socială a întreprinderilor prin
arbitraj și mediere internațională
RADU STANCU149

doctrină

A. SOCIETĂȚI ȘI ALTE GRUPURI

Din nou, despre fondul de comerț*

On the goodwill, again

Prof. univ. dr. IOAN SCHIAU¹

□ Rezumat

Fondul de comerț reprezintă o componentă indispensabilă a patrimoniului și activității comercianților, dar reglementarea sa legală este una pauperă. De aici, o serie întreagă de discuții și dileme privind regimul juridic al acestei instituții. Prezentul studiu se concentrează doar asupra unora dintre chestiunile de drept care interesează în clarificarea acestui regim juridic.

Cuvinte-cheie: *Fond de comerț, masă patrimonială, patrimoniu de afectatiune, bun mobil incorporeal, clientelă.*

□ Abstract

While goodwill² is an indispensable component of the patrimony and activity of traders, its legal regulation is, yet, inadequate. From here, a whole series of discussions and dilemmas regarding the legal regime of this institution. This study focuses only on some of the legal issues that are of interest for clarifying the legal regime of goodwill.

Keywords: *Goodwill, property assets, intangible movable property, clientele.*

* Materialul de față reprezintă dezvoltarea prezentării susținute de autor în cadrul Conferinței Naționale de Drept Comercial Stanciu D. Cârpenaru, Ediția a III-a, București, 16 noiembrie 2023. <https://www.ujmag.ro/drept/conferina-naional-de-drept-comercial-stanciu-d-crpenaru-ediia-a-iii-a-16-noiembrie-2023>.

¹ Dr. Ioan Schiau este profesor asociat al Facultății de Drept a Universității „Transilvania” din Brașov și este co-fondator al Societății civile de avocați SCHIAU PRESCURE TEODORESCU.

² În dreptul englez, conceptul de „goodwill” are, mai degrabă, înțelesul pe care vadul comercial și/sau clientela îl au în dreptul comercial român; potrivit definiției Oxford Languages, goodwill este „reputația stabilită a unei afaceri, considerată ca un activ cuantificabil și calculată ca parte a valorii acesteia atunci când este vândută”.

(I) Recuperarea fondului de comerț

În perioada post-decembristă³, în afara insistenței de a emite, din când în când, definiții ale fondului de comerț, legiuitorul nu a făcut decât trimiteri sporadice la această instituție. Pe acest fond de insuficientă reglementare, tratarea doctrinară a instituției a rămas, în mare măsură, tributară unor abordări proprii doctrinei interbelice, oglinda unei realități juridice perimate.

Scopul acestei prezentări nu este acela de a critica aceste abordări, ci acela de a încerca să determine în ce măsură dispozițiile în vigoare configurează o fizionomie proprie instituției fondului de comerț și, mai ales, dacă ceea ce s-a scris despre fondul de comerț în doctrina ultimilor 30 de ani este întemeiat în actualul context legislativ.

De aceea, am lăsat – deliberat – deoparte teoriile clasice privind natura fondului de comerț sau calificarea juridică a acestei instituții, afirmate în secolul trecut, fundamentate pe doctrina și jurisprudența, îndeosebi, interbelică. Și aceasta nu pentru a încerca o conceptualizare modernă a instituției, ci pentru a respecta cerința de a ne raporta, în primul rând, la reglementarea actuală a fondului de comerț. Doar astfel am putea vedea în ce măsură imaginea desprinsă din reglementarea actuală este concordantă cu aceste teorii interbelice, promovate și după 1990, în ciuda absenței unui suport legislativ care să permită menținerea acestor teorii.

Trecând, așadar, și peste istoricul discret al reglementării sale în legislația post-decembristă (prima definiție legală a fondului de comerț a apărut abia în 2001), reținem că, în ziua de astăzi, definiția fondul de comerț este oferită, cvasi identic, în două texte recente.

Astfel, potrivit art. 5 pct. 73 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență (pct. 73 fiind introdus prin O.U.G. nr. 88/2018⁴) și potrivit art. 3 alin. (1) lit. r) din Legea nr. 265/2022 privind registrul comerțului⁵, fondul de comerț reprezintă:

„[...] ansamblul bunurilor mobile și imobile, corporale și necorporale – mărci, firme, embleme, brevete de invenții, vad comercial –, utilizate de un operator economic în vederea desfășurării activității sale”,

cu mențiunea remarcabilă că definiția, mai recentă, oferită de art. 3 alin. (1) lit. r) din Legea nr. 265/2022 arată, în plus, că această utilizare este destinată (1) nu numai desfășurării activității operatorului economic, ci și (2) atragerii și menținerii clientelei.

Din examinarea elementelor structurale ale definițiilor mai sus citate, se pot desprinde câteva concluzii; unele sunt simple adnotări ale textului legal, altele sunt interpretări prin care mă despart de o parte din doctrina modernă a fondului de comerț.

(II) Titularii fondului de comerț

Potrivit definiției legale, fondul de comerț este un ansamblu de bunuri utilizate de un operator economic. Noțiunea de operator economic este utilizată, cu predilecție, în

³ Mă refer, desigur, la perioada ulterioară lunii decembrie 1989, care a marcat deschiderea unei noi etape în evoluția legislației române.

⁴ O.U.G. nr. 88/2018 pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul insolvenței și a altor acte normative a fost publicată în M. Of. nr. 840 din 2 octombrie 2018.

⁵ Legea nr. 265/2022 privind registrul comerțului și pentru modificarea și completarea altor acte normative cu incidență asupra înregistrării în registrul comerțului a fost publicată în M. Of. nr. 750 din 26 iulie 2022.

cadrul legislației privind protecția consumatorilor. Astfel, prevederile Legii nr. 296/2004⁶ definesc operatorul economic drept persoana fizică sau juridică, autorizată, care în cadrul activității sale profesionale fabrică, importă, depozitează, transportă sau comercializează produse ori părți din acestea sau prestează servicii.

Este necesar să menționez că, în considerarea dispozițiilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 71/2011, categoria operatorilor economici este inclusă în noțiunea de profesionist, definită de art. 3 C. civ. Noțiunea de profesionist este, deci, genul proxim pentru categoria operatorilor economici, care reprezintă o specie a profesioniștilor. Cu alte cuvinte, toți operatorii economici sunt profesioniști, dar nu toți profesioniștii sunt operatori economici, ci doar cei care exploatează o întreprindere cu scop lucrativ.

Mai mult, orice profesionist/operator economic, indiferent că este o persoană fizică sau o persoană juridică, poate fi titularul unui fond de comerț. În acest sens, dispozițiile art. 340 alin. (1) lit. c) C. civ. arată că nu sunt bunuri comune bunurile destinate exercitării profesiei unuia dintre soți, dacă nu sunt elemente ale unui fond de comerț care face parte din comunitatea de bunuri; astfel, acest text indică, în mod expres, că și o persoană fizică poate fi titularul unui fond de comerț.

Astfel, examinând definiția îmbunătățită oferită de prevederile art. 3 alin. (1) lit. r) din Legea nr. 265/2022, prin raportare la definiția operatorului economic cuprinsă în Legea nr. 296/2004 și la textul art. 340 C. civ. mai sus menționat, se pot reține următoarele caracteristici ale titularilor unui fond de comerț:

- aceștia sunt numai acei profesioniști identificați drept operatori economici, care desfășoară activități având ca obiect producerea, cumpărarea și înstrăinarea mărfurilor sau prestarea de servicii;
- aceștia pot, fi, deopotrivă, atât persoane fizice, cât și persoane juridice;
- aceștia au constituit sau au dobândit un fond de comerț, în vederea desfășurării activității lor;
- aceștia utilizează fondul de comerț al cărui titulari sunt pentru atragerea și menținerii clientelei.

În consecință, nu pot fi titulari ai unui fond de comerț acei profesioniști, persoane fizice sau juridice, care nu au calitatea de operatori economici (nu sunt autorizați, în cadrul activității lor profesionale, să fabrice, importe, depoziteze, transporte sau comercializeze produse ori părți din acestea sau să presteze servicii). Aceasta nu înseamnă că acei profesioniști, în limitele legii, nu pot constitui sau dobândi un patrimoniu profesional sau un patrimoniu de afecțaiune, concepte enunțate de prevederile art. 31 C. civ.

(III) Natura juridică a fondului de comerț

Fondul de comerț prezintă anumite caracteristici proprii, ce pot fi desprinse atât din definițiile legale evocate mai sus, cât și din alte dispoziții legale ce fac trimitere la fondul de comerț sau la instituții cu care fondul de comerț se intersectează.

(a) Fondul de comerț este o universalitate de fapt.

Pentru a susține această teză, este necesar să fie examinate prevederile art. 541 C. civ., potrivit cărora: „*Constituie o universalitate de fapt ansamblul bunurilor care aparțin aceleiași persoane și au o destinație comună stabilită prin voința acesteia sau prin lege*”.

⁶ Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului a fost republicată în M. Of. nr. 224 din 24 martie 2008; definiția mai sus menționată se regăsește în Anexa Legii, pct. 1.

De altfel, ca o paranteză, este de menționat că, în mod riguros, universalitatea de fapt nu ar trebui definită ca un ansamblu de bunuri, ci ca un ansamblu de drepturi patrimoniale care poartă asupra acelor bunuri realitate juridică doar sugerată de legiuitor, prin menționarea legăturii de apartenență dintre acele bunuri și titularul universalității de fapt; dar apartenența este o legătură juridică ce exprimă apropierea unor lucruri, care astfel devin bunuri. Așa fiind, întrucât patrimoniul nu este constituit din obiecte (lucruri sau bunuri), ci din drepturi și obligații care poartă asupra acestora, universalitatea de fapt trebuie privită ca o diviziune a patrimoniului, cuprinzând o parte dintre drepturile ce pot fi evaluate în bani, care privesc anumite bunuri și care aparțin titularului patrimoniului⁷.

Definind fondul de comerț drept un ansamblu de bunuri, legiuitorul transmite informația că acesta este o universalitate de fapt, întrucât este ușor de observat că fondul de comerț îndeplinește, cu prisosință, ambele criterii cerute de textul de mai sus:

- este un ansamblu de bunuri aparținând aceleiași persoane (sau utilizate de aceeași persoană) și
- aceste bunuri au o destinație comună stabilită prin voința titularului, fiind utilizate de acesta în vederea desfășurării activității sale.

De asemenea, fondul de comerț îndeplinește și criteriile de calificare drept o universalitate de bunuri, această sintagmă, nedefinită în Codul civil, dar sinonimă cu universalitatea de fapt, fiind mai dragă legiuitorului, care o folosește în Codul civil de opt ori, în detrimentul noțiunii de universalitate de fapt (utilizată doar de două ori, în cadrul art. 541 C. civ., cu prilejul definirii sale).

În concluzie, fondului de comerț îi sunt aplicabile toate dispozițiile Codului civil care guvernează regimul juridic al universalității de bunuri privind, în special, administrarea, uzufructul, ipotecarea și transmiterea, pe cale succesorală sau convențională, a acesteia⁸.

(b) Fondul de comerț este un bun mobil incorporeal.

Fondul de comerț este un ansamblu de bunuri. Potrivit definiției bunurilor cuprinsă în art. 535 C. civ.:

„Sunt bunuri lucrurile, corporale sau necorporale, care constituie obiectul unui drept patrimonial”.

Acest text împarte lucrurile în două categorii: corporale și necorporale, ambele fiind obiectul unui drept patrimonial. Într-o recentă interpretare doctrinară a conceptului:

„Lucrurile sunt orice elemente materiale/corporale sau imateriale/necorporale ale realității obiective, care au o configurație proprie, stabilă și autonomă”.

Aceste lucruri devin bunuri prin apropiere, devenind obiectul unui drept patrimonial, pentru că:

⁷ În acest sens, V. Stoica, *Noțiunea de bun incorporeal în dreptul civil român*, în RRDP nr. 3/2017, studiu disponibil și la <https://www.juridice.ro/essentials/1646/notiunea-de-bun-incorporeal-in-dreptul-civil-roman>, 4 septembrie 2017, care afirmă:

„În legătură cu definiția legală a universalității de fapt, mai trebuie precizat că, deși legiuitorul a folosit în ambele aliniate ale art. 541 (C. civ. – n.a.) termenul bunuri, sensul lui nu este acela de obiect al drepturilor reale, ci de drepturi patrimoniale [...] Așa fiind, sintagma «ansamblul bunurilor» din primul alineat al art. 541 C. civ. trebuie să fie citită «ansamblul drepturilor patrimoniale», iar termenul «Bunurile» din al doilea alineat al aceluiași articol trebuie să fie citit «Drepturile patrimoniale»”.

⁸ Chestiuni pe care nu le abordez în acest studiu, ele urmând regimul de drept comun reglementat de Codul civil sau legislația secundară.

⁹ V. Stoica, *op. cit.*

„Bunul în sens juridic este lucrul corporal sau necorporal care dobândește valoare economică prin apropiere, adică în măsura în care este obiect al dreptului de proprietate sau al altui drept real¹⁰”.

În cazul lucrurilor necorporale, devin bunuri numai:

„acele drepturi patrimoniale care sunt apropiate, adică formează ele însele obiectul unui drept de proprietate sau al altui drept real, distinct de simpla apartenență la patrimoniul unei anumite persoane. Mai exact, drepturile patrimoniale, privite ut singuli sau în cadrul unor mase patrimoniale (ca universalități juridice) ori al unor universalități de fapt – care există într-un anumit patrimoniu, aparținând unei anumite persoane – devin obiectul dreptului de proprietate sau al altui drept real care aparține aceleiași persoane sau altei persoane care este titularul unui patrimoniu distinct¹¹”.

Sunt, deci, bunuri, și acele lucruri necorporale care au o configurație proprie, stabilă și autonomă și constituie obiectul unui drept patrimonial. În principal, aceste bunuri necorporale sunt creații intelectuale sau drepturi patrimoniale, dar și universalități juridice sau de fapt, structurate în elemente cu o configurație proprie, stabilă și autonomă.

Rezultă că, în patrimoniul titularului unor mase patrimoniale sau de afectațiune sau a unui fond de comerț, sunt incluse atât drepturi patrimoniale care poartă asupra fiecărui bun, fie el privit *ut singuli* sau inclus într-o universalitate, precum și drepturi patrimoniale care poartă direct asupra acestor universalități, privite ca bunuri unitare; din perspectiva tratării lor unitare, aceste universalități, de fapt sau de drept, constituie bunuri mobile incorporale ce fac obiectul unui drept patrimonial propriu și distinct de drepturile patrimoniale ce poartă asupra fiecărui bun din structura respectivei universalități.

Fondul de comerț, care este definit ca un ansamblu de bunuri imobile și mobile, corporale și necorporale, constituie, așadar, o colecție de drepturi patrimoniale care poartă asupra unor bunuri corporale sau necorporale. Privit ca o universalitate de fapt, asupra căreia titularul exercită drepturi patrimoniale, fondul de comerț este, ca orice universalitate, un întreg sau o parte dintr-un întreg, care constituie un bun mobil necorporal.

Astfel, fondul de comerț este un bun mobil incorporal nu pentru că bunurile din cuprinderea sa sunt destinate desfășurării activității unui operator economic, nu pentru că formarea sa ar constitui un act de creație intelectuală și nici pentru că în structura sa domină prezența bunurilor mobile necorporale, ci pentru simplul motiv că orice universalitate de drept sau de fapt, privită ca un întreg, constituie un bun mobil necorporal, chiar dacă în structura sa am regăsi doar bunuri corporale.

Consecința faptului că universalitățile de fapt – inclusiv fondul de comerț – sunt bunuri mobile corporale este aceea că ele pot fi tratate ca un bun unitar, autonom, și pot face obiectul unor acte juridice, privite ca întreg. Asupra acestui din urmă aspect, doctrina recentă converge în a privi fondul de comerț drept un bun unitar, autonom, dar pentru rațiuni diferite¹².

(c) Fondul de comerț nu este un patrimoniu de afectațiune.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² A se vedea, de exemplu, V. Nemeș, *Drept comercial*, ed. a 5-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2023, pp. 60 și urm.; Gh. Piperea, *Drept comercial român. Teoria generală, întreprinderea și insolvența*, Ed. C.H. Beck, București, 2020, pp. 75 și urm.

Potrivit dispozițiilor art. 31 alin. (2) și (3) C. civ., patrimoniul poate face obiectul unei diviziuni sau unei afectățiuni numai în cazurile și condițiile prevăzute de lege; patrimoniile de afectățiune sunt masele patrimoniale fiduciare, cele afectate exercitării unei profesii autorizate, precum și alte patrimonii determinate potrivit legii. Potrivit dispozițiilor art. 33 alin. (1) C. civ. (cu denumirea marginală: *Patrimoniul profesional individual*), constituirea masei patrimoniale afectate exercitării în mod individual a unei profesii autorizate se stabilește prin actul încheiat de titular, cu respectarea condițiilor de formă și de publicitate prevăzute de lege.

Rezultă că patrimoniul profesional, potrivit prevederilor art. 31 și 33 C. civ., constituie o masă patrimonială alcătuită din drepturi și obligații, rezultată din diviziunea unui patrimoniu și afectată exercițiului unei profesii autorizate. Atunci când se referă la patrimoniul afectat exercitării unei profesii autorizate (art. 31 C. civ.) și, în special, când face trimitere la patrimoniul profesional individual (art. 33 C. civ.), care este o masă patrimonială cuprinzând drepturi și obligații, legiuitorul are în vedere, fără îndoială, patrimoniul de afectățiune reglementat prin prevederile art. 2 lit. j) din O.U.G. nr. 44/2008¹³, care, la rândul său, este o masă patrimonială în cadrul patrimoniului întreprinzătorului, reprezentând totalitatea drepturilor și obligațiilor afectate, prin declarație scrisă ori, după caz, prin acordul de constituire sau printr-un act adițional la acesta, exercitării unei activități economice.

Între conceptul de masă patrimonială și noțiunile de patrimoniu de afectățiune sau patrimoniu profesional individual există un raport de la gen la specie; altfel spus, genul proxim al patrimoniilor la care fac referire prevederile art. 31 și 33 C. civ., precum și prevederile art. 2 lit. j) din O.U.G. nr. 44/2008, este conceptul de masă patrimonială.

Legiuitorul folosește conceptul de masă patrimonială ca o expresie a universalității de drept, chiar dacă masele patrimoniale nu sunt decât fracțiuni ale unui întreg, care este patrimoniul; aceste mase patrimoniale, cuprinzând un ansamblu de drepturi și obligații, păstrează fiecare un anumit grad de generalitate, beneficiind de un regim juridic unitar, în considerarea afectățiunii lor comune¹⁴. De altfel, *stricto sensu*, doar patrimoniul este o adevărată universalitate juridică, întrucât, potrivit prevederilor art. 31 alin. (1) C. civ., acesta include toate drepturile și datoriile ce pot fi evaluate în bani și care aparțin persoanei titulare a patrimoniului.

Spre deosebire de universalitatea de fapt, universalitatea juridică sau universalitatea de drept conține nu numai drepturi, ci și datorii, exprimate economic prin categoriile de activ și pasiv. Astfel, masa patrimonială, o universalitate de drept, conține în structura sa și obligațiile ce iau naștere în legătură cu activul patrimonial ce constituie substanța obiectivă a masei patrimoniale. În acest sens, reglementările Codului civil (care se referă de aproximativ 40 de ori la acest concept) sunt elocvente, menționând abundent datoriile, pasivul sau obligațiile născute cu privire la masa patrimonială.

Astfel, patrimoniul de afectățiune, o diviziune a patrimoniului, constituie și trebuie privit ca o masă patrimonială, o universalitate de drept, un ansamblu de drepturi și obligații, distinct de orice universalitate de fapt, cum ar fi fondul de comerț. De altfel, pentru a întări această distincție, Codul civil menționează distinct universalitatea de

¹³ O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale a fost publicată în M. Of. nr. 328 din 25 aprilie 2008.

¹⁴ De altfel, în Codul civil nici nu întâlnim noțiunile de universalitate juridică sau de drept, legiuitorul referindu-se doar la conceptele de patrimoniu sau masă patrimonială, forme ale universalității juridice.

bunuri și masele patrimoniale, în cursul unor enumerări cuprinse în același text (spre exemplu, art. 706 C. civ.).

Rezultă că legiuitorul face o distincție între cele două instituții, care rezidă în structura diferită a celor două instituții juridice: masa patrimonială, respectiv patrimoniul de afectare, este o universalitate juridică ce poate cuprinde atât drepturi, cât și obligații, în timp ce universalitatea de fapt este doar un ansamblu de bunuri, deci de elemente de activ patrimonial (bunuri în sensul de drepturi patrimoniale), care nu cuprinde elementele de pasiv, respectiv obligațiile corelative.

În plus, ca un element de distincție suplimentar este de reținut că masele patrimoniale sunt determinate prin lege [art. 31 alin. (2) C. civ.], în timp ce universalitatea de fapt se constituie fie prin voința legiuitorului, fie prin voința titularului patrimoniului [art. 541 alin. (1) C. civ.].

Pe de altă parte, între patrimoniul profesional individual sau patrimoniul de afectare (ca reprezentare a unei mase patrimoniale) și fondul de comerț (expresie a universalității de fapt) există și asemănări, constând în faptul că în componența ambelor intră drepturi patrimoniale și nu bunurile asupra cărora poartă aceste drepturi, precum și faptul că au o destinație comună (privind exercitarea unei profesii autorizate, respectiv desfășurarea activității operatorului economic).

Toate aceste considerente, fundamentate pe texte de lege, sunt puse, însă, sub semnul incertitudinii atunci când dihotomia fond de comerț – patrimoniu de afectare este examinată prin raportare la prevederile art. 340 alin. (1) lit. c) C. civ. mai sus menționate, potrivit cărora și o persoană fizică poate fi titularul unui fond de comerț.

Pentru a putea fi titular ale unui fond de comerț, persoanele fizice trebuie să fie autorizate ca operatori economici, care desfășoară activități de producere, importare, depozitare, transportare sau comercializare de produse ori părți din acestea sau de prestare servicii; dar, în înțelesul prevederilor O.U.G. nr. 44/2008, acești operatori economici sunt analogi întreprinzătorilor (persoane fizice cu activitate independentă, titularii întreprinderii individuale sau reprezentanții întreprinderilor familiale) care desfășoară activități cu scop lucrativ, constând în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii [art. 2 lit. a) din O.U.G. nr. 44/2008]¹⁵.

Rezultă că un întreprinzător persoană fizică, organizat ca PFA sau întreprindere individuală, a cărui constituire și autorizare sunt guvernate de prevederile O.U.G. nr. 44/2008 poate constitui atât un patrimoniu de afectare (potrivit dispozițiilor legii speciale), cât și un fond de comerț (potrivit dispozițiilor Codului civil, care constituie dreptul privat comun). În sine, această posibilitate este un non-sens: care ar fi justificarea juridică și economică pentru ca aceeași persoană să fie titulara atât a unui patrimoniu de afectare, cât și a unui fond de comerț, universalități cu afectare identică și cu o structură aproape identică?

Suntem sau în prezența unei necorelări tranzitorii a unor dispoziții succesive, sau a unei confuzii pe care legiuitorul o întreține printr-o formulare imprecisă și incompletă atunci când se referă, în art. 340 alin. (1) lit. c) C. civ., la bunurile destinate exercitării profesiei unuia dintre soți, ca fiind elemente ale unui fond de comerț (când în realitate ar trebui să aibă în vedere și/sau bunurile ce constituie elemente ale unui patrimoniu de afectare).

(d) Ipoteza singulară a identității fondului de comerț cu un patrimoniu de afectare.

¹⁵ De altfel, potrivit dispozițiilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 71/2011, și categoria terminologică a întreprinzătorilor este inclusă în noțiunea de profesionist, definită de art. 3 C. civ.

O asemenea ipoteză se poate construi mai degrabă pe o inadvertență a textului legii decât pe o interpretare sistematică a dispozițiilor care reglementează regimul juridic al universalității juridice.

Astfel, potrivit prevederilor art. 703 C. civ., uzufructul este dreptul de a folosi bunul altei persoane și de a culege fructele acestuia, întocmai ca proprietarul, însă cu îndatorirea de a-i conserva substanța, iar potrivit prevederilor art. 706 C. civ. pot fi date în uzufruct orice bunuri mobile sau imobile, corporale ori incorporale, inclusiv o masă patrimonială, o universalitate de fapt ori o cotă-parte din acestea. Mai mult, art. 745 C. civ. reglementează, în mod direct, efectele uzufructului unui fond de comerț, arătând că, în lipsă de stipulație contrară, uzufructuarul unui fond de comerț nu poate să dispună de bunurile ce îl compun.

Deși enumerarea cuprinsă în art. 706 C. civ. se referă, în mod distinct, la mase patrimoniale și la universalități de fapt, este neclar cum obligațiile din cadrul unei universalități juridice ar putea face obiectul unui uzufruct (drept real care poartă numai asupra bunurilor, respectiv asupra drepturilor patrimoniale al căror obiect sunt bunurile).

De aceea, pentru a nu lipsi de conținut trimiterea art. 706 la noțiunea de masă patrimonială și pentru a da valoare permisiunii legale ca o masă patrimonială să fie dată în uzufruct, ar trebui să admitem că o masă patrimonială poate fi constituită, într-un anumit moment, numai din bunuri, respectiv din drepturile patrimoniale asupra bunurilor supuse uzufructului; atunci, în această ipoteză particulară, masa patrimonială s-ar suprapune perfect, în fapt, dar nu și conceptual, peste cuprinsul universalității de fapt și, implicit, peste structura particulară a fondului de comerț.

Una dintre consecințe ar fi că, dând curs unei asemenea interpretări și extrapolând o asemenea concluzie în materia garanțiilor reale, rezultă că nu numai o universalitate de fapt poate fi grevată de o ipotecă, ci și o masă patrimonială constituită doar din bunuri determinate sau determinabile (art. 2.350 C. civ.).

În sprijinul acestei teze speculative sunt și prevederile art. 773 C. civ., care definesc fiducia ca fiind:

„operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constituitori transferă drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, către unul sau mai mulți fiduciar care le exercită cu un scop determinat, în folosul unuia sau mai multor beneficiari. Aceste drepturi alcătuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi și obligații din patrimoniile fiduciarilor”.

Este, deci, evident și incontestabil că prin contractul de fiducie se transferă doar drepturi și nu și obligații. Cu toate acestea, acest ansamblu de drepturi patrimoniale purtând asupra unor bunuri este calificat de art. 31 alin. (3) C. civ. drept o masă patrimonială fiduciară, respectiv ca un patrimoniu de afectațiune, deci ca o universalitate juridică sau de drept. Întrucât această masă patrimonială este compusă exclusiv din drepturi, rezultă că ea are, structural, o configurație identică fondului de comerț, care este compus doar din bunuri (în sensul de drepturi patrimoniale asupra unor lucruri) și care constituie o universalitate de fapt.

O asemenea explicație ar concilia și dubla ipostaza în care se află întreprinzătorii – persoane fizice independente, titularii întreprinderilor individuale sau membrii întreprinderilor familiale, care, potrivit legii, pot constitui și fonduri de comerț și patrimoniul de afectațiune.

Concluzia ce s-ar putea desprinde, dintr-o perspectivă ce speculează enumerarea cuprinsă în art. 706 C. civ., este că, în anumite condiții, patrimoniul profesional și

universalitatea de fapt sau de bunuri (fondul de comerț) sunt concepte care se întrepătrund sau care se suprapun și că toate dispozițiile aplicabile patrimoniului profesional, prin extrapolare, sunt incidente și în materia fondului de comerț. Această concluzie este importantă pentru definirea regimului juridic al fondului de comerț, întrucât, pe lângă dispozițiile Codului civil, care mai fac referire la fondul de comerț [în art. 340 lit. c) privind bunurile comune și în art. 2.368 privind ipoteca asupra unei universalități de bunuri], legislația specială menționează această instituție într-un număr impresionant de acte normative.

(e) Structura fondului de comerț. Clientela nu este parte a fondului de comerț.

În structura fondului de comerț este cuprins un număr de bunuri mobile și imobile, corporale și necorporale sau, altfel spus, un ansamblu de bunuri asupra cărora poartă anumite drepturi patrimoniale. Potrivit definiției oferite de prevederile art. 3 alin. (1) lit. r) din Legea nr. 265/2022, ansamblul bunurilor care constituie fondul de comerț este utilizat de operatorul economic „în vederea desfășurării activității sale și a atragerii și menținerii clientelei”.

Acest enunț pare a consemna voința legiuitorului de a distinge între structura elementelor interne ale fondului de comerț și clientelă, privit ca un factor exogen, care constituie rațiunea constituirii/organizării fondului de comerț.

În plan doctrinar, chestiunea delimitării clientelei de fondul de comerț a suscitat discuții îndelungate. În planul dreptului comparat, în dreptul francez, definiția fondului de comerț pare a fi inspirat și definiția oferită de Legea nr. 265/2022, fondul de comerț fiind destinat atragerii clientelei. În dreptul spaniol, clientela constituie un element esențial al fondului de comerț, alături de vadul comercial.

Se poate afirma că cele două definiții ale fondului de comerț cuprind o enumerare enunțiativă, nelimitativă a bunurilor imobile și mobile corporale ce fac parte din fondul de comerț și una limitativă cu privire la bunurile necorporale ce fac parte din fondul de comerț – mărci, firme, embleme, brevete de invenții, vad comercial¹⁶.

În structura fondului de comerț nu este inclusă clientela¹⁷, întrucât fondul de comerț este organizat în vederea atragerii clientelei, care este un factor exogen fondului de comerț, asupra căruia titularul nu exercită un drept de proprietate, astfel cum este cazul cu celelalte bunuri care constituie structura fondului.

Dacă fondul de comerț ar cuprinde și clientela, care este un element volatil, ce se constituie și se destramă după reguli care încă sunt cercetate și care nu poate fi apropiată prin căile tradiționale de dobândire a proprietății, atunci fondul nu ar mai fi un bun mobil incorporeal unitar și nu ar mai fi o universalitate de fapt. Asta nu înseamnă că între fondul de comerț și clientelă nu există o legătură indisolubilă și că titularul fondului de comerț nu ar dezvolta cu clientela raporturi juridice sau economice care se bucură de o anumită protecție legală, pentru a stăvili o competiție neloială între cei care concurează pentru atragerea aceleiași categorii de clienți.

Dar relația dintre fondul de comerț și clientelă necesită și merită o analiză dedicată, mult mai dezvoltată decât ar permite limitele acestui studiu.

¹⁶ Din perspectiva acestui studiu, regimul juridic individual al bunurilor ce fac parte din fondul de comerț nu prezintă relevanță, fiind, de altfel, bine cunoscut.

¹⁷ A se vedea O. Căpățână, *Clientela comercială*, în Revista de drept comercial nr. 5/1998, pp. 10-12. În acest studiu, admirabilul și regretatul profesor Căpățână explică, în detaliu, motivele pentru care clientela nu este un element intrinsec al fondului de comerț.

Aspecte noi privind cadrul legislativ național aferent operațiunilor transfrontaliere*

New Issues Regarding the National Legislative Framework on Cross-border Operations

Prof. univ. dr. FLORENTINA-CAMELIA STOICA

Facultatea de Drept, Academia de Studii Economice din București

□ Rezumat

Operațiunile transfrontaliere reprezintă în ultima perioadă o preocupare a legislatorului european, ceea ce a dus la modificări semnificative și în planul legislației naționale. Așadar, în acest context Legea societăților nr. 31/1990 a suferit modificări importante. Fără a avea pretenția unei analize exhaustive a subiectului, ne propunem să subliniem câteva aspecte considerate de noi relevante, atât pentru teoreticieni, dar mai ales pentru principalii destinatari ai noilor prevederi, respectiv pentru mediul de afaceri.

Cuvinte-cheie: operațiuni transfrontaliere, fuziune transfrontalieră, divizare transfrontalieră, legea societăților.

□ Abstract

The cross-border operations represent lately a concern for the European legislator, which brought significant changes of the domestic legislation as well. Therefore, in this context, the Companies Law no. 31/1990 has been considerably amended. Without claiming an exhaustive analyse of the subject, the article aims at underlying certain aspects, considered by us relevant for both theoreticians and mostly the beneficiaries of the new provisions, the business environment respectively.

Keywords: cross-border operations, cross-border merger, cross-border divisions, Companies Law.

Introducere

Legea societăților nr. 31/1990 (denumită în continuare „Legea nr. 31/1990” sau „Legea”) a suferit numeroase modificări în ultimii ani¹, motivate în primul rând de

* Materialul de față reprezintă dezvoltarea prezentării susținute de autor în cadrul Conferinței Naționale de Drept Comercial Stanciu D. Cărpenaru, Ediția a III-a, București, 16 noiembrie 2023. <https://www.ujmag.ro/drept/conferina-naional-de-drept-comercial-stanciu-d-crpenaru-ediia-a-iii-a-16-noiembrie-2023>.

¹ Printre cele mai importante modificări se numără Legea nr. 265/2022; a se vedea S. Angheni, *Provocări teoretice și practice privind noua lege a registrului comerțului nr. 265/2022*, în RDC nr. 2/2022; M.C. Popa, *Scurte considerații referitoare la unele modificări aduse Legii societăților prin noua lege privind registrul comerțului*, în RDC nr. 2/2022; A. Deac, *The Limited Liability Company from the Perspective of the Latest Legislative Changes in Romania*, *Adapting to Change Business Law Insights from Today's International Legal Landscape*, Adjuris International Academic Publisher, 2024 p. 31; C. Cojocaru, *Considerations about Romanian companies and the harmonisation with the European regulations*, 8th Academic International Conference on Interdisciplinary Legal Studies (AICILS 2018) Conference Proceedings, 2018, 5-7 martie 2018, Oxford, ISBN 978-1-911185-59-8 (online), pp. 119-125.

aplicarea deciziilor adoptate la nivel european². În ceea ce privește operațiunile transfrontaliere, remarcăm Legea nr. 222/2023 pentru modificarea și completarea Legii societăților nr. 31/1990, precum și a Legii nr. 265/2022 privind registrul comerțului și pentru modificarea și completarea altor acte normative cu incidență asupra înregistrării în registrul comerțului (denumită în continuare „Legea nr. 222/2023”).

Subliniem faptul că și în varianta anterioară a Legii societăților existau dispoziții privind fuziunea transfrontalieră, însă actuala versiune a Legii oferă un cadru mult mai riguros detaliat și introduce capitole importante, precum diviziunea transfrontalieră și transformarea transfrontalieră.

1. Scurt istoric al operațiunilor transfrontaliere pe plan mondial

Ca un scurt rezumat la nivel mondial, fuziunile au apărut în anii 1960 în SUA, urmate la scurt timp de Marea Britanie, ca o opțiune strategică semnificativă de diversificare prin dezvoltare externă. Operațiunile de fuziuni s-au dezvoltat în mod continuu până la începutul anilor 1970, când au cunoscut o perioadă de stagnare, determinată de criza petrolului. La sfârșitul anilor 1970 și începutul anilor 1980 a avut loc a doua etapă de creștere semnificativă. O intensificare și o creștere rapidă a operațiunilor de fuziuni și achiziții la nivel mondial a avut loc între 1991 și 2000, astfel încât numărul lor s-a triplat. În ciuda acestei creșteri, după anul 2000 se constată o reducere rapidă la nivel mondial a acestor operațiuni, evoluție neuniformă care ne îndreptățește să considerăm că, de-a lungul ultimelor decenii, fuziunile au avut loc în valuri.

Pentru sectoarele industriale care au ajuns la maturitate sau care sunt în declin (ca de exemplu industria tutunului, automobilelor, industria petrolieră), fuziunile de societăți comerciale au fost întotdeauna modalități uzuale de restructurare.

Pe măsură ce concurența a traversat un proces tot mai intens de globalizare, societățile din aceste sectoare și-au sporit cercetările pentru a găsi noi metode de scădere a costurilor, printre modalitățile cele mai utilizate fiind fuziunile. Chiar dacă fuziunile și achizițiile la nivel mondial au fost numeroase, majoritatea nu a creat valoare, în special din cauza lipsei unor proceduri adecvate pentru reglementarea acestui proces.

În prezent, conform Expunerii de motive la Legea nr. 222/2023³, referitor la fuziunile transfrontaliere la nivelul Uniunii Europene s-au adoptat:

Directiva 2005/56/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind fuziunile transfrontaliere ale S.A. a reglementat doar fuziunea transfrontalieră din dorința de a ajuta societățile care doreau să realizeze o fuziune transfrontalieră. Principiul acestei directive a fost unul de armonizare minimală, în timp ce procedurile de fuziune erau guvernate de legislația internă privind fuziunile interne în fiecare stat membru.

Prin adoptarea Directivei 2005/56/CE, numărul fuziunilor transfrontaliere, de exemplu, a fost mai mare cu 173% în perioada 2008-2012, înregistrându-se un total de

² Precizăm exemplificativ doar modificările ultimului an, *i.e.* Legea nr. 222/2023 pentru modificarea și completarea Legii societăților nr. 31/1990, precum și a Legii nr. 265/2022 privind registrul comerțului și pentru modificarea și completarea altor acte normative cu incidență asupra înregistrării în registrul comerțului; Rectificarea nr. 222/2023 referitoare la cuprinsul Legii nr. 222/2023 pentru modificarea și completarea Legii societăților nr. 31/1990; Legea nr. 296/2023 privind unele măsuri fiscal-bugetare pentru asigurarea sustenabilității financiare a României pe termen lung.

³ https://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?idp=21049; https://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htp_act?ida=196005&frame=0.