

CONSIDERAȚII GENERALE. INTRODUCERE ÎN STUDIUL PROBLEMEI

Realitatea economică și juridică a dovedit de multă vreme că procesul încheierii contractului de vânzare-cumpărare nu este întotdeauna unul instantaneu ori quasi-instantaneu, fiind precedat deseori de discuții preparatorii, materializate inclusiv prin încheierea unor acte premergătoare eventualei vânzări finale, definitive.

Părțile care urmăresc încheierea unui contract de vânzare-cumpărare privind un bun de o importanță deosebită, apelează la numeroase acorduri sau contracte provizorii (negocieri, acorduri-cadru, scrisori de informare, protocoale de acord), care se multiplică și se diversifică în dreptul nostru contemporan. Este o practică des utilizată, prin care, deși părțile nu încheie contractul final proiectat, totuși se leagă juridic între dânsele în sensul de a-l încheia în viitor, creând astfel o certitudine relativă cu privire la încheierea acestuia.

În cuprinsul acestei monografii am realizat un studiu doar al acelor contracte preparatorii ale vânzării finale mai apropiate ca și conținut de aceasta: pactul de preferință, pactul de opțiune în vederea vânzării, promisiunile unilaterale și bilaterale de vânzare.

Demersul nostru ne-a făcut să asistăm la o transformare progresivă a acestor instituții din contracte nenumite al căror regim și natură juridică au fost acerb discutate în doctrină, în contracte autonome, cu un regim juridic și efecte bine determinate de legiuitor.

Intervenția legiuitorului prin reglementarea acestor contracte preparatorii în noul Cod Civil era absolut necesară în ceea ce privește stabilirea regimului juridic, a conținutului și a publicității antecontractelor de vânzare, formalismul avându-și utilitatea sa și mai mult decât atât, nefiind incompatibil cu consensualismul.^[1]

[1] Profesorul François Geny scria în lucrarea sa *Science et technique en droit privé positif* că „*formalismul juridic nu este un monopol de legislații arhaice care ar fi în mod fatal destinat să dispară cu progresul civilizației ... Dacă el a variat în manifestările sale, se pare că suntem obligați să-l considerăm printre instrumentele unei bune tehnici juridice*”, arătând că legiuitorul trebuie să concilieze regulile pe care le edictează cu respectarea consensualismului, lucru care nu este întotdeauna ușor. În replică, M. Carbonnier arăta că: „*legiuitorul răspândește angoasa în jurul lui și orice lege, chiar excelentă în conținutul său, este un rău prin tulburarea care o aduce în psihicul și mentalitatea subiecților*”.

Fără a avea pretenția că am tratat toate aspectele legate de aceste convenții, am încercat să evidențiem schimbările și elementele de nouitate conferite de noul Cod civil instituțiilor analizate, precum și problemele care se pot ivi din interpretarea normelor juridice aplicabile.

Cu privire la pactul de preferință, am tratat dreptul convențional de preempțiune așa cum se înfățișează în cuprinsul art. 1730-1740 C. civ. Referitor la această problemă, notabile sunt următoarele aspecte: procedeul substituirii preemtorului în persoana terțului achizitor, cu consecința întotdeauna a desființării contractului de vânzare încheiat de promitent cu terțul, indiferent de reaua sau buna-credință a acestuia, durata dreptului de preempțiune și consecința decesului preemtorului înaintea împlinirii termenului de 5 ani de la constituirea sa, în cazul în care părțile nu au stipulat un termen de valabilitate al acestuia.

Am remarcat că soluția adoptată de legiuitorul român cu privire la substituirea preemtorului conferă acestuia certitudinea încheierii contractului final previzionat, mai mult decât tuturor celorlalți beneficiari ai oricăror promisiuni de contract, în ciuda faptului că prezintă în conținutul său cele mai puține elemente (alegerea dobânditorului și a bunului) ale vânzării definitive. În plus, deși se vorbește despre o substituie a preemtorului în contractul de vânzare încheiat de promitent cu terțul, legea dispune desființarea retroactivă a acestui contract, situație care ar face imposibilă o atare substituie. Considerăm că este vorba despre o ficțiune a legiuitorului, iar așa cum am arătat, oricum pentru încheierea vânzării finale în această modalitate, este nevoie de un nou consimțământ al părților, care ar putea fi suplinit în caz de refuz al uneia dintre părți, de o hotărâre judecătorească.

Studiul nostru cu privire la promisiunea unilaterală de vânzare a vizat, în mod esențial, elementele de formare ale acestui contract, evoluția și mai ales finalitatea sa. Situația temporară creată prin voința celor două părți a reținut întreaga noastră atenție și am lăsat cu bună știință de o parte ceea ce nu este caracteristic pentru această instituție. În lipsa unei practici judiciare și a unei consacări legislative a promisiunii unilaterale (până la intrarea în vigoare a noului Cod civil), demersul nostru a fost călăuzit preponderent de legislația, doctrina și jurisprudența franceză.

Am arătat că transformarea promisiunii unilaterale de vânzare este într-o strânsă relație cu evoluția economică și socială. Aceasta a provocat o schimbare în starea de spirit a contractanților. Există o psihologie a promisiunii unilaterale așa cum există și o psihologie a vânzării. În țările dezvoltate economic, în perioada anterioară celui de-al doilea război

mondial, terenurile erau numeroase și promisiunile de vânzare nu erau niște măsuri speculative, ci erau folosite fie ca niște clauze accesorii în contractele de închiriere, fie pentru a face oferta de vânzare irevocabilă cu singurul scop de a evita litigiile care ar fi provocate de retragerea culpabilă a ofertei. Imobilizarea capitalurilor exista, dar nu era încă o situație obișnuită. În plus, redactarea unor astfel de convenții nu era supusă niciunei reguli.

După cel de-al doilea război mondial, în special în țările vestice capitaliste, piața imobiliară a cunoscut schimbări dramatice, construcția de imobile a luat amploare și implicit numărul terenurilor a scăzut, tranzacțiile imobiliare s-au accelerat, iar proprietarii de imobile au fost asaltați cu oferte de cumpărare. Astfel, ideea de speculație imobiliară s-a instalat, iar promisiunile de vânzare asupra bunurilor al căror număr se diminuea constant, dar a căror cerere creștea, au început să procure prin cesiunea (înstrăinarea) lor câștiguri importante. Mentalitatea contractanților s-a transformat și ea, aceștia căutând eficacitate și profit personal, au văzut în mecanismul promisiunilor unilaterale mijlocul de a imobiliza în favoarea lor bunuri fără să aibă totuși capitalurile de a le dobândi. Această tehnică este complet adaptată scopului pe care îl urmăresc. Ea le asigură prin angajamentul promitentului o situație certă, deși provizorie, corespunzând scopului lor, fără însă a fi nevoiți să procedeze la încheierea însăși a contractului de vânzare.

De așteptat că această modalitate de procurare a unui profit imediat a adus, după sine, tendința contractanților de a utiliza această convenție ca instrument de fraudă. Ea reprezenta mijlocul ideal pentru a se sustrage textelor reglementare referitoare la contractul de vânzare și de a generaliza indemnizația de imobilizare care procura promitentului un câștig apreciabil și, de cele mai multe ori, nedeclarat.

Pentru a împiedica obținerea unor importante venituri neimpozabile, legiuitorul francez a adoptat în anul 1963 măsuri cu caracter fiscal supunând înregistrării fiscale toate promisiunile de vânzare, inclusiv cele sub semnătură privată, sub sancțiunea nulității absolute a acestora. Această lege fiscală a tradus voința fermă a legiuitorului francez de a controla câștigurile importante provenite din cesiunile de promisiuni și de a diminua speculațiile prin care niște intermediari abili negociau cumpărarea la cel mai bun preț a unor terenuri, pe care ulterior le ofereau unor dezvoltatori imobiliari, obținând în acest fel venituri deosebit de importante.

Cu timpul, datorită rigorilor fiscale și a diminuării numărului terenurilor cu amplasamente interesante pentru dezvoltatorii imobiliari,

promisiunea unilaterală a rămas doar procedeu prin care părțile pregătesc și stabilesc condițiile contractului de vânzare definitiv, acestea dorind să semneze contracte cât mai bine redactate, exprimând în mod clar și fidel clauzele pe care le-au negociat și asupra cărora au căzut de acord.

Și în dreptul român, evoluția acestei convenții a fost lentă, dar constantă. Deși o lungă perioadă de timp nu i s-a recunoscut autonomia, fiind calificată fie ca o promisiune sinalagmatică imperfectă, fie ca o vânzare condițională, fie ca o simplă policitațiune, în prezent și-a găsit consacrară și recunoașterea binemeritată în cuprinsul noului Cod Civil.

Am demonstrat că promisiunea unilaterală de vânzare este în actualul context economic un contract imperfect sinalagmatic și perfect autonom, prin recunoașterea forței obligatorii a ofertei de vânzare pe care o conține, precum și prin instituirea unei indisponibilizări legale a bunului promis pe durata termenului de opțiune. Originalitatea sa îl detașează total de contractul de vânzare și de celelalte contracte destinate a-l modula pe acesta.

Promisiunea unilaterală de vânzare a fost reglementată distinct de pactul de opțiune în vederea vânzării, deși aceste noțiuni au fost considerate sinonime atât în doctrina franceză, cât și în cea românească anterior intrării în vigoare a noului Cod civil. În noua viziune a legiuitorului român, pactul de opțiune are, cu excepția condițiilor de formă, a existenței consimțământului irevocabil al promitentului la contractul final și implicit a modalității de formare a vânzării, aceleași caractere și regim aplicabil ca și promisiunea unilaterală de vânzare, înfățișându-se ca o promisiune mult mai energică și cu efecte mai apropiate de contractul final pe care îl pregătește.

Pactele de opțiune în vederea vânzării, fiind o specie a pactelor de opțiune reglementate în art. 1278 C. civ., trebuie să conțină toate elementele obligatorii ale contractului preconizat, iar atunci când pregătesc vânzarea unor drepturi tabulare, trebuie în mod obligatoriu să fie notate în cartea funciară. În plus, atât pactul de opțiune, cât și declarația de acceptare din partea beneficiarului trebuie încheiate în forma cerută de lege pentru valabilitatea contractului proiectat.

Dispozițiile legale sus-citate imprimă pactului de opțiune, ca formă a promisiunii unilaterale, o structură și o formă specifică, prin acest formalism punând-o la adăpost de eventuale litigii, practicienii trebuind să redacteze contractul în funcție de soluțiile legislative, de dispozițiile legale și aducând la cunoștință părților anumite clauze care le oferă garanții suplimentare de natură a asigura securitatea tranzacției lor.

Dacă intervenția legiuitorului este în mod general interpretată ca o atingere la libertatea contractuală, se poate observa în cazul concret al promisiunii unilaterale de vânzare și al pactului de opțiune, ca formă mai avansată a sa pe drumul către contractul proiectat, că la baza legiferării acestor convenții stă nevoia de a asigura un real echilibru în contract și de a proteja partea considerată mai slabă sau mai vulnerabilă, în particular și disciplina contractuală în general.

În ceea ce privește promisiunea bilaterală de vânzare, noul Cod nu face altceva decât să reglementeze expres posibilitatea părții care și-a executat obligațiile de a obține o hotărâre judecătorească care să țină loc de contract de vânzare, posibilitate deja consacrată în materia vânzărilor de terenuri, indiferent de natura bunului obiect derivat al acestei convenții, posibilitate recunoscută și pentru cazul promisiunilor unilaterale de vânzare sau de cumpărare.

De remarcat că, pentru opozabilitatea față de terți, legiuitorul prevede expres obligativitatea notării tuturor acestor categorii de antecontracte, stabilind reguli proprii de înscriere și de radieră a acestora.

Așadar, promisiunile de vânzare nu mai reprezintă astăzi doar niște procedee ocazionale, comode și folosite doar de anumite categorii de proprietari care doresc să faciliteze vânzarea bunurilor lor, ci sunt adevărate tehnici, niște instrumente de care dispun toate categoriile de persoane, de la profesioniști la simplii particulari, prin care aceștia urmăresc să-și satisfacă dorințele și nevoile, favorizând circulația bunurilor și activitatea economică.

TITLUL I
PACTUL DE PREFERINȚĂ
(DREPTUL CONVENȚIONAL DE PREEMPTIUNE)

**Capitolul I. Introducere și problemele de formă
ale pactului de preferință**

Secțiunea 1. Considerații preliminare

1. Vânzările simple sunt în general instantanee. Vânzările importante ca, de exemplu, vânzările imobiliare, vânzările de bunuri mobile de mare valoare (echipamente industriale, acțiuni), sau fonduri de comerț, sunt precedate de negocieri a căror durată este variabilă în timp în funcție de interesele economice și de complexitatea contractului.

În cursul perioadei precontractuale, vânzătorul și cumpărătorul sunt liberi să poarte negocierile după bunul lor plac. Ei pot încheia avantcontracte, acorduri de principiu, acorduri de exclusivitate de negociere, acorduri de confidențialitate sau contracte-cadru în cazul în care au prevăzut niște vânzări repetate pe parcursul unei durate mai lungi sau mai scurte de timp.

De cele mai multe ori, în cuprinsul contractelor care pregătesc vânzarea, părțile conturează importante aspecte ale viitorului contract de vânzare-cumpărare (identificarea bunului care va fi vândut, prețul, persoana cumpărătorului, modalitățile de plată a prețului, termenul la care se va încheia contractul propriu-zis de vânzare-cumpărare etc.).

Aceste convenții preparatorii constituie tot atâtea formule contractuale ale negocierii contractului viitor de vânzare-cumpărare a cărui încheiere o pregătesc. Pregătirea vânzării poate fi realizată și în cadrul unor negocieri orale, ilustrând întâlnirea ofertei și a acceptării. Adesea însă, această negociere este minuțios pregătită din ambele părți; una dintre cele mai importante specii ale precontractelor, antecontractelor sau cum mai sunt numite, avantcontractelor, este pactul de preferință.

§1. Evoluție și terminologie

2. În vechiul **drept roman**, în limitele cetății, proprietatea apărea ca o confirmare a existenței drepturilor civile, a religiei și a clasei, iar teritoriul

Romei aparținea unui grup de familii care deținea atât puterea economică, cât și cea politică. Din nevoia menținerii acestei supremații, s-a instituit un fel de monopol al proprietății în favoarea membrilor săi.

Legătura spirituală între bunurile imobile și familie, datorată și cultului religios, se păstra și producea efecte ca idee de drept. Menținerea bunului în proprietatea anumitor persoane se impunea nu numai ca o obligație religioasă, economică sau politică, ci și ca idee care făcea parte din noțiunea justului sau injustului^[1].

Atunci când un imobil ieșea din patrimoniul familiei, membrilor acesteia le rămânea neatins dreptul de proprietate asupra mormintelor existente pe suprafața terenului respectiv, precum și un drept de servitute de trecere până la acestea. Noul proprietar comitea un sacrilegiu dacă aducea în vreun fel atingere mormintelor aparținând familiei fostului proprietar.

Cu privire la aceste bunuri imobile cu deosebită importanță pentru membrii familiei deținătoare și care ulterior ieșeau din patrimoniul acesteia, legea greacă veche consacra un drept de răscumpărare *in infinito* a acestora, posibilitate care însă nu a fost preluată și prevăzută de către dreptul roman clasic.

Un drept de preempțiune rudimentar^[2] se regăsea și în procedura *venditionis bonorum*, în cadrul căreia atunci când se vindeau bunurile debitorului, creditorul care deținea cea mai însemnată creanță avea prioritate față de ceilalți creditori.

Astfel, cu excepția cazului de vânzare silită, în dreptul roman nu exista niciun drept de preempțiune reglementat de lege, acesta putând însă să își aibă izvorul în voința părților și fiind o consecință directă a cultului familial, era prevăzut cu precădere în cazul partajelor și al vânzărilor subsecvente împărțelilor. Se convenea ca în cazul în care, în urma partajului, eredele în lotul căruia intră bunul imobil să fie obligat ca în eventualitatea în care se va decide să-l înstrăineze, să-l ofere mai întâi coerezilor săi. Încălcarea acestei obligații nu era sancționată decât cu condamnarea eredelui la plată de daune-interese, înstrăinarea făcută de acesta rămânând perfect valabilă.

3. Spre deosebire de dreptul roman care vedea deci în dreptul de protimis doar o cale de a se asigura păstrarea bunului în cadrul familiei proprietarului original, **dreptul bizantin** a consacrat dreptul de preemp-

[1] A. Cazacu, *Dreptul de protimis – originea și evoluția lui în dreptul românesc*, Chișinău, 1932, Tipografia Eparhială „Cartea Românească”, p. 14.

[2] I. Peretz, *Curs de istoria dreptului roman*, vol. I, *Ideea de drept la: sciți, daci, romani, bizantini, slavi, romani. Organizarea Daciei și năvălirile barbare. Influențele: rusă, polonă, ungară, iugoslavă, turcă și franceză asupra dreptului românesc*, București, 1926, p. 123.

țiune având însă la bază interese sociale, economice și mai ales politice, ținând de protejarea intereselor de stat.

Preluând ideile din dreptul bizantin, în dreptul românesc, preempțiunea sau dreptul de protimis a fost la origini caracteristic obștilor agrare sau sătești, care consacrau două tipuri de proprietate, cea privată și cea devălmașă. Proprietatea privată purta asupra vetrei satului, asupra terenurilor destinate agriculturii și asupra terenurilor dobândite prin muncă proprie, iar pășunile, podurile și apele se aflau în stăpânirea devălmașă, conform vechilor tradiții românești.

Pentru protejarea unității economice a obștei sătești care încorporea numeroase terenuri proprietate privată a membrilor săi, obștea sătească a păstrat și exercitat un drept superior de supraveghere și control mai ales asupra terenurilor limitrofe în încercarea de a opri înstrăinarea acestora către niște persoane străine obștei.

Procedul juridic care a conferit obștei sătești această posibilitate a fost numit drept de protimis care presupunea un drept de precumpărare și răscumpărare. Mecanismul era următorul: în cazul în care un membru al obștei intenționa să-și vândă proprietatea, în virtutea dreptului de precumpărare, rudele și vecinii acestuia, în primul rând, și apoi ceilalți membrii puteau cumpăra terenul respectiv. Intenția de vânzare trebuia adusă la cunoștința publicului fie la trei târguri succesive, fie trei duminici la rând, în biserică, după slujbă. Dacă se îndeplineau aceste forme de publicitate și niciun membru al obștei nu dorea să-și exercite dreptul de precumpărare (de preempțiune), atunci terenul putea fi înstrăinat unei persoane din afara obștei.

Protimisisul se exercita sub forma ofertei de preempțiune pentru ca cel îndreptățit (persoană aflată în raport de rudenie, devălmașie, vecinătate cu vânzătorul) să se poată decide, într-un anumit termen, dacă plătește prețul oferit de un potențial cumpărător străin de obște și dacă, astfel, înțelege să păstreze bunul pentru sine. Dacă însă terenul era vândut unui străin fără respectarea obiceiului de protimisis, se năștea o sancțiune specifică, și anume un drept de răscumpărare, în virtutea căruia, în termen de un an de la data vânzării, oricare persoană îndreptățită, membră a obștei, putea plăti dobânditorului prețul achitat, devenind astfel proprietarul imobilului respectiv.

Din punct de vedere juridic, *protimisisul* sau *preempțiunea* era un drept real în virtutea căruia anumite persoane, datorită legăturii în care se aflau cu înstrăinătorul bunului, puteau deveni proprietare ale acelui bun plătind prețul de vânzare și fiind preferate, în acest mod, oricărui alt dobânditor străin.

Dreptul de protimisii sau de preempțiune a fost riguros reglementat, iar potrivit atestărilor documentare, a fost utilizat și a funcționat până târziu în epoca modernă, spre mijlocul secolului al XIX-lea, atât în Transilvania, cât și în Țara Românească și în Moldova.

Cunoscând o evoluție deosebită și având o aplicabilitate preponderent în materia înstrăinării terenurilor, dar și în alte diverse domenii^[1], până la intrarea în vigoare a noului Cod civil român, denumirea de *drept de preempțiune* a fost folosită pentru a defini dreptul prioritar la dobândirea anumitor bunuri conferit anumitor persoane, de către lege. Pentru situația în care dreptul prioritar se naștea din convenția părților, era folosită terminologia de *drept de preferință*.

În studiu de față ne vom referi la acest din urmă drept, de sorginte contractuală și privitor la încheierea unui contract de vânzare-cumpărare, denumit în actuala reglementare *drept convențional de preempțiune*.

Problemele de terminologie sunt relevante în măsura în care doctrina distinge între actul juridic din care decurge dreptul de preferință și dreptul de preferință în sine. Vom prezenta ambele ipoteze:

1.1. Actul juridic

4. Actul juridic care dă naștere dreptului de preferință este denumit în doctrină și în jurisprudență *pact de preferință*, *acord de preferință* sau *convenție de preferință*. Privită cu scrupulozitate, această denumire nu este perfectă, căci pe de o parte nu înglobează ipotezele în care actul juridic care dă naștere preferinței are un caracter unilateral^[2] (această ipoteză fiind însă destul de rară) și, pe de altă parte, nici situațiile în care dreptul de preferință ia naștere în virtutea unui act juridic colectiv (această ipoteză nu este rară, noțiunea de statut de societate corespunde ideii unui pact, adesea vorbindu-se despre *pact social* și, în consecință, este unanim acceptat să se vorbească despre *pact de preferință* cu privire la o clauză de preferință inserată în statutul unei societăți).

Pe de altă parte, expresia *pact de preferință* nu acoperă larga diversitate pe care astfel de convenții o pot acoperi, un autor francez^[3] propu-

[1] Al proprietății intelectuale și industriale, al drepturilor de autor, al locațiunii, al societăților comerciale, al francizei, al privatizării, al patrimoniului cultural național mobil, al monumentelor istorice, al exproprierii etc.

[2] Ipoteza în care dreptul de preferință își are sursa într-un testament și, fără îndoială, ipoteza trebuie generalizată la toate actele unilaterale susceptibile de a genera un astfel de drept de preferință.

[3] V.G. Raffray, Les pactes de préférence, Publications du Cridon de Bordeaux-Toulouse, 1979, p. 14.

nând utilizarea expresiei la plural pentru a sublinia tocmai această diversitate.

Observația deși pertinentă, nu este la adăpost de critică, întrucât, din moment ce se desemnează un gen sau o specie, expresia acoperă realități diferite și s-ar putea spune același lucru despre cuvinte ca *vânzare* sau *donatie*. În mod cert ar fi lipsit de interes să se complice lucrurile folosindu-se în mod sistematic pluralul, fiind știut și unanim acceptat că expresia *pact de preferință* are un caracter generic și că este susceptibilă, în funcție de voința celor interesați, să acopere realități și conținuturi foarte diferite^[1].

1.2. Dreptul de preferință

5. Dacă luăm în discuție dreptul care se naște din actul juridic, în virtutea căruia titularul său va fi preferat la încheierea contractului previzionat unui terț, variațiunile sunt mai numeroase și mai importante.

Expresia cel mai des întâlnită în doctrină și în practică a fost aceea de *drept de preferință*, întâlnindu-se însă și aceea de *drept de prioritate* exprimând aceași idee.

Trebuie remarcat că, potrivit noilor reglementări ale Codului civil, în materia vânzării, dreptul care în mod tradițional a fost numit *drept de preferință* este denumit *drept convențional de preempțiune*. Deși această denotație nu este absolut deloc inedită, fiind întâlnită mai ales în dreptul francez, dar și în doctrina noastră^[2] anterioară adoptării noului Cod civil, care vorbea despre convenția din care se naștea un drept prioritar la cumpărare în favoarea unei anumite persoane, ca fiind o *convenție de preempțiune*, până în prezent, denumirea de drept de preempțiune era utilizată doar pentru a defini dreptul de prioritate la cumpărare instituit de lege.

Așadar, ori de câte ori dreptul de prioritate la cumpărare își avea izvorul în lege se folosea denumirea de *drept de preempțiune*, iar atunci când acesta provenea din convenția părților sau dintr-un act unilateral, se folosea denumirea de *drept de preferință*.

În lumina noului Cod civil, dreptul de preferință născut dintr-un pact de preferință încheiat în vederea vânzării poartă denumirea de *drept convențional de preempțiune*.

[1] Pactul de preferință poate fi inserat în cuprinsul unui contract de donație în favoarea donatorului, pentru situația în care donatarul s-ar hotărî să vândă bunul astfel dobândit. De asemenea, poate fi regăsit într-un contract de locațiune, în favoarea locatarului pentru cazul în care locatorul se decide să înstrăineze bunul închiriat.

[2] E. Safta-Romano, *Contractele civile*, Ed. Polirom, Iași, 1999, p. 27; D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Editura Științifică, București, 1969, p. 117.

§2. Definiție

6. Pactul de preferință, pentru o lungă perioadă de timp un contract nenumit, căruia legea nu i-a dat o definiție și nici nu i-a precizat regimul juridic, în ciuda importanței pe care o prezenta în practică, a fost reglementat pentru prima dată în noul Cod civil, ca fiind convenția generatoare a unui drept convențional de preempțiune.

Doctrina^[1] și jurisprudența propun o definiție fondată pe elementele caracteristice ale acestui contract preliminar. Într-o accepțiune largă, pactul de preferință a fost definit ca fiind convenția care generează un drept de prioritate la încheierea oricărui contract^[2], în timp ce, în accepțiunea restrânsă, acesta este plasat numai pe tărâmul contractului de vânzare-cumpărare^[3].

Dacă s-ar ține cont de accepțiunea extinsă, atunci pactul de preferință ar trebui definit ca o manifestare a voinței unei persoane care se angajează, în cazul în care se decide să contracteze, să acorde preferință pentru a se constitui cocontractant, unei anumite persoane determinate, beneficiară a manifestării de voință.

Aceasta înseamnă că noțiunea de *pact de preferință* este deosebit de largă în domeniul dreptului. Se poate într-adevăr considera că există preferință: oricare ar fi sursa dreptului de preferință, contractuală sau nu; oricare ar fi natura sau întinderea dreptului asupra căruia beneficiarul preferinței va putea să se declare titular; oricare ar fi natura bunului care face obiectul pactului, chiar și dacă preferința nu ar fi relativă la un bun propriu-zis^[4].

Aceasta nu este decât o abordare, deoarece, în anumite ipoteze, nu foarte frecvente, anumite elemente ale definiției nu se mai regăsesc, cu

[1] M. Dago, *Le pacte de préférence*, ed. Litec, 1988, p. 1; J. Schmidt-Szalewski, *Vente. Nature et forme. Pacte de préférence*, *Juris Classeur Civil Code*, cote: 02, 1997, p. 3; B. Gross, Ph. Bihl, *Contrats, 1/Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, ed. Presses Universitaires de France, 2000, p. 66; D. Mainguay, *Contrats spéciaux*, 4^e éd., Dalloz, 2004, p. 70; Fr. Collart-Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 7^e éd., 2004, p. 71; P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit Civil. Contrats spéciaux*, 4^e éd., Litec, Editions du Juris-Classeur, 2003, p. 47.

[2] I. Deleanu, *Părțile și terții. Relativitatea și opozabilitatea efectelor juridice*, Ed. Rosetti, 2002, p. 107-108; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, op. cit., p. 90.

[3] D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vol. I. Vânzarea și schimbul*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 162; D. Chirică, *Pactul de preferință*, în R.D.C. nr. 11/1999, p. 28; A. Samuilă Rusu, *Pactul de preferință*, în *Dreptul* nr. 1/2008, p. 140; I. Popa, *Contractul de vânzare-cumpărare. Studiu comparativ de doctrină și jurisprudență*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 249.

[4] De exemplu, în situația în care promitentul se obligă să-i ofere beneficiarului preferință în cazul unui contract de antrepriză de lucrări.

toate că mecanismul esențial este același, adică crearea unui drept de preferință, a unui drept de prioritate. Astfel, în anumite cazuri, nu există un contract, ci o simplă voință unilaterală; în alte cazuri, nu este vorba despre dreptul de a se constitui achizitor, ci de a realiza o operațiune juridică alta decât o cumpărare.

Având însă în vedere tema tezei de față, studiul pactului de preferință se va limita numai la pactul de preferință uzual, care prezintă următoarele caracteristici: este de origine contractuală, se referă la un bun determinat, își găsește aplicabilitatea numai în cazul vânzării aceluși bun, și se exercită la preț egal și în condiții identice cu cele oferite de un terț potențial cumpărător.

Precedând o vânzare, pactul de preferință este o convenție prin care proprietarul unui bun se angajează ca în cazul în care l-ar înstrăina, să acorde preferința beneficiarului, dacă acesta acceptă să contracteze în condiții identice și la un preț egal cu cel propus de către un terț.

§3. Natura juridică a pactului de preferință

7. Făcând parte din clasa antecontractelor, a convențiilor care pregătesc vânzarea finală, pactul de preferință se deosebește de aceasta prin faptul că nu comportă angajamentul de a vinde și nici de a cumpăra, se apropie de o promisiune de vânzare prin faptul că este preparatoriu vânzării prin determinarea dobânditorului eventual, dar este diferit de aceasta căci promitentul își conservă libertatea de a vinde sau nu.

Unii autori^[1] văd în pactul de preferință o promisiune de vânzare subordonată la o dublă condiție suspensivă, și anume aceea ca vânzătorul să decidă să vândă și aceea ca beneficiarul să-și manifeste intenția de a cumpăra la prețul și în condițiile fixate cu un terț. Alții^[2], dimpotrivă, consideră condiția ca un element esențial al contractului, pe care îl analizează ca pe o promisiune de preferință: preferința tranșează o rivalitate între doi candidați la cumpărare. Pactul care-l stabilește ar implica, deci, ca și condiție a executării, această rivalitate, care este trăsătura esențială distingând pactul de preferință de promisiunea de vânzare.

Ideea de concurență între beneficiarul preferinței și terț domină, de fapt, regimul juridic al pactului de preferință care reunește regulile relative la condițiile de validitate și efectele, precum și circulația sa.

[1] M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, L.G.D.J., tome X, Paris, 1932, p. 184.

[2] P. Voirin, *Le pacte de préférence*, *Juris-Classeur Périodique*, 1954, I, nr. 1192, p. 8.

Alți autori^[1] au afirmat că pactul de preferință este un antecontract la o promisiune unilaterală de vânzare, căci, ulterior luării de către promitent a deciziei de vânzare și formulării ofertei de vânzare, pactul se transformă într-o promisiune unilaterală de vânzare, având același regim juridic cu aceasta.

În situația particulară a conferirii unei priorități la cumpărare în favoarea fostului proprietar, în cazul în care noul dobânditor se hotărăște să vândă, pactul de preferință poate fi asemănat cu vânzarea cu opțiune de răscumpărare și cu vânzarea cu facultate de decizie.

Vânzarea cu opțiune de răscumpărare, prevăzută de noul Cod civil în art. 1758-1762, este o vânzare sub condiția rezolutorie a manifestării intenției de redobândire a bunului de către vânzător. Vânzătorul rămâne deci proprietar al bunului vândut, dar sub condiția suspensivă a exercitării dreptului de răscumpărare, iar cumpărătorul dobândește proprietatea bunului, sub condiție rezolutorie.

În virtutea opțiunii de răscumpărare, vânzătorul poate redeveni proprietarul bunului vândut dacă într-un termen fixat de părți, dar nu mai lung de 5 ani, își va manifesta această intenție însoțită de restituirea prețului primit și a cheltuielilor aferente vânzării inițiale și a formalităților de publicitate ale acesteia. Pentru a se asigura protecția împotriva eventualelor împrumuturi cămătărești, a fost instituită în cuprinsul art. 1762 alin. (1) C. civ. regula imperativă potrivit căreia, dacă diferența între prețul răscumpărării și prețul inițial depășește nivelul maxim stabilit de lege pentru dobânzi, prețul care va fi plătit la răscumpărare va fi redus la prețul plătit pentru vânzarea inițială.

Diferența între cele două instituții este evidentă. În primul rând, în cadrul convenției de preempțiune, proprietarul bunului nu este obligat să vândă bunul către beneficiarul preferinței, așa cum se întâmplă în cadrul vânzării cu pact de răscumpărare, când, la cererea înstrăinătorului inițial formulată cu respectarea termenului de opțiune și însoțită de plata prețului de răscumpărare, dobânditorul este obligat să-i revândă acestuia bunul. Așadar, în cadrul vânzării cu pact de răscumpărare, revânzarea bunului depinde în exclusivitate de voința beneficiarului opțiunii de răscumpărare, proprietarul inițial, pe când în cazul pactului de preferință, aceasta îi aparține promitentului, care nu este obligat să vândă bunul către beneficiarul priorității. Apoi, în timp ce în cazul convenției de preempțiune, prețul la care va putea achiziționa preemtorul depinde de voința unui terț, beneficiarul putând cumpăra numai dacă oferă același preț ca

[1] J. Goicovici, Sancționarea încălcării pactului de preferință, în P.R. nr. 4/2008, p. 19.

și cel oferit de către un terț, pe când în cazul vânzării cu opțiune de răscumpărare, prețul răscumpărării este predeterminat, fiind format din prețul vânzării inițiale și din sumele aferente acestei operațiuni și publicității sale. Pactul de răscumpărare presupune în anterioritatea sa încheierea unui contract de vânzare, în timp ce pactul de preferință pregătește o asemenea operațiune, fixând persoana dobânditorului eventual.

3.1. Se poate considera că pactul de preferință este, în lumina noului Cod civil, un contract numit

8. Potrivit art. 1730 alin. (1) C. civ.: „*în condițiile stabilite prin lege sau contract, titularul dreptului de preempțiune, numit preemptor, poate să cumpere cu prioritate un bun*”.

Astfel, deși nu definește expres convenția din care se naște dreptul de preferință, adică dreptul convențional de preempțiune, noul Cod civil face referire expresă la acest contract. În aceste condiții, apreciem că nu se mai poate vorbi așa cum s-a făcut până în prezent de caracterul de contract nenumit al pactului de preferință.

3.2. Pactul de preferință este o convenție care se circumscrie clasei antecontractelor

9. Așa cum am arătat, convenția de preempțiune asigură beneficiarului (preemptorului) întâietatea la cumpărarea bunului, iar deși nu cuprinde conținutul viitorului contract de vânzare și nici angajamentul părților de a consimți la vânzare, aceasta contribuie la formarea contractului final din perspectiva alegerii persoanei cumpărătorului.

3.3. Pactul de preferință este un contract nesusceptibil de a fi cesionat

10. Anterior intrării în vigoare a noului Cod civil, în literatura juridică de specialitate s-a acceptat unanim că, exceptând cazurile în care pactul de preferință a fost încheiat *intuitu personae*, în considerarea persoanei beneficiarului, atât dreptul de prioritate născut în virtutea sa, cât și contractul în sine puteau fi cesionate.^[1]

În prezent însă, potrivit dispozițiilor art. 1739 C. civ., „*Dreptul de preempțiune este indivizibil și nu se poate ceda*”. Aceasta înseamnă că nici convenția de preempțiune nu poate face obiectul unei cesiuni, având în vedere că o asemenea operațiune juridică presupune cedarea ansamblului format atât din drepturile, cât și din obligațiile născute din convenție.

^[1] Pentru detalii, a se vedea, *infra* nr. 56-62.

3.4. Caracterul oneros sau gratuit al pactului de preferință depinde de voința părților, legea neprevăzând obligativitatea plății unui preț în schimbul acordării preferinței la cumpărare

11. Convenția de preempțiune nefiind prin esența sa un contract oneros, nimic nu-l împiedică pe promitent să-și asume obligația de a-i acorda preferință la cumpărarea bunului său preemptorului, fără a urmări nimic în schimb. Așa cum am arătat, de regulă ceea ce-l animă pe promitent să consimtă la constituirea dreptului prioritar la cumpărare, este dorința de a păstra bunul în cadrul familiei sau în cadrul unor grupuri de persoane (asociați, colecționari, vecini, copartajați etc.), și nu obținerea unui avantaj patrimonial.

Însă, în virtutea libertății contractuale, evident că părțile convenției de preempțiune pot stabili un preț sau o altă contraprestație în schimbul acordării preferinței, caz în care contractul va avea caracter oneros.

3.5. Pactul de preferință este un contract unilateral prin esența sa

12. Cum am arătat mai sus, în principiu, numai promitentul se obligă să confere preemptorului un drept de prioritate la cumpărarea bunului său, pentru cazul în care se hotărăște să vândă, fără ca acesta din urmă să aibă vreo obligație corelativă și echivalentă, astfel încât putem afirma că pactul de preferință sau convenția de preempțiune este un contract unilateral.

§4. Reglementarea juridică

13. Anterior noului Cod civil, pactul de preferință sau convenția de preempțiune nu era reglementată de niciun text de lege în dreptul român, în niciuna dintre ramurile sale, iar ipotezele în care legiuitorul se referea totuși la *preferință* (dar niciodată la pactul de preferință) erau rarissime; ele existau totuși în domeniul dreptului comercial^[1], în legislația referitoare la procedura reorganizării judiciare și a falimentului^[2], în legislația privind cooperările^[3],

[1] Art. 216 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, republicată în M. Of. nr. 1066/17.11.2004, care se referă la dreptul de preferință al asociaților existenți la subscrierea acțiunilor emise pentru majorarea capitalului social a unei societăți comerciale.

[2] Art. 86 și art. 89 din Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, modificată și republicată în M. Of. nr. 1066/17.11.2004, care se referă la creanțe garantate de un drept de preferință sau la drepturi de preferință înscrise la masa credală a debitorului insolubil.

[3] Art. 65 și art. 107 din Legea nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea cooperărilor, publicată în M. Of. nr. 172/28.02.2005, care se referă la instituirea prin actul constitutiv al societății cooperative a unui drept de preempțiune sau de preferință

în legislația privind accelerarea privatizării^[1] sau în domeniul proprietății intelectuale^[2]. Deci, în epoca anterioară noilor prevederi ale Codului civil, pactul de preferință era un veritabil contract nenumit, a cărui naștere, executare și încetare erau expresia voinței libere a părților contractante.

În prezent, convenția de preempțiune are un regim juridic reglementat de legiuitor, mecanismul exercitării și efectele dreptului de preferință fiind stabilite în mod expres în noul Cod civil în cuprinsul art. 1730-1740, însă într-o modalitate permisivă, preponderent prin norme dispozitive, de la care părțile pot deroga în anumite cazuri.

Astfel, în art. 1730 alin. (2) se arată că: „dispozițiile prezentului cod privitoare la dreptul de preempțiune sunt aplicabile numai dacă prin lege sau contract nu se stabilește altfel”. Aceasta înseamnă că, așa cum vom vedea, cu excepția modalității de exercitare a dreptului convențional de preempțiune, a ordinii de prioritate în cazul concursului între preemptori, a caracterului indivizibil și netransmisibil în principiu, nici *mortis causa*, nici prin acte juridice *inter vivos* al dreptului de preferință și a modalității de exercitare a acestuia în cadrul executării silite, părțile pot deroga prin convenția lor de la normele cu caracter dispozitiv conținute în Codul civil.

Secțiunea a 2-a. Problemele de formă ale pactului de preferință

14. Atunci când se analizează forma pactului de preferință, trebuie avute în vedere două situații distincte, determinate de modalitatea în

în beneficiul membrilor cooperatori, la oferte egale, la cumpărarea sau preluarea în folosință a clădirilor și a terenurilor proprietatea societății cooperative, în cazul înstrăinării sau transmiterii folosinței acestora.

[1] Art. 50 din Legea nr. 137/2002 privind unele măsuri pentru accelerarea privatizării, publicată în M. Of. nr. 215/28.03.2002, modificată și completată, prevede în alin. (3) că: „Societatea comercială cu capital mixt nou-creată va avea drept de preferință la cumpărarea activelor, mijloacelor fixe și a imobilizărilor corporale și necorporale ale societății comerciale fondatoare, la care statul sau o autoritate a administrației publice locale este acționar majoritar, și care sunt necesare și concură în mod direct la realizarea obiectului principal de activitate al societății comerciale cu capital mixt”, stabilind un termen de 15 zile pentru valorificarea dreptului de preferință.

[2] Art. 5 din Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție, republicată în M. Of. nr. 541/08.08.1991, care instituie un drept de preferință în favoarea unității din care face parte salariatul care a realizat invenția (prin cunoașterea sau folosirea tehnicii ori mijloacelor specifice ale unității sau ale datelor existente în unitate, fie cu ajutorul material al acesteia, în lipsa unei prevederi contractuale contrare), la încheierea unui contract privind invenția salariatului său, ce trebuie exercitat în termen de 3 luni de la oferta salariatului.

care se prezintă acesta: ca o convenție distinctă și de sine stătătoare sau ca o clauză încorporată într-o convenție mai vastă.

Astfel, atunci când pactul de preferință este încorporat într-o altă convenție mai cuprinzătoare, problema formei sale se reglează în funcție de forma contractului principal.

Legiuitorul neprevăzând nimic cu privire la forma pe care trebuie să o îmbrace convenția de preempțiune, înseamnă că atunci când aceasta este încheiată separat, de sine stătător, acesteia i se va aplica, de principiu, regula consensualismului, nimic neîmpiedicând părțile să o încheie însă, în formă autentică.

§1. Principiul

15. Niciun text de drept civil sau dintr-o altă ramură de drept nu impune o formă anume pentru redactarea pactului de preferință.

Așa fiind, înseamnă că pactul de preferință poate să fie redactat atât sub forma **înscrisului sub semnătură privată**, cât și în **formă autentică**. Trebuie să menționăm aici că, potrivit art. 38 din Legea nr. 7/1996 a cadastrului și publicității imobiliare, *actele și faptele juridice, privitoare la drepturile personale, la starea și capacitatea persoanelor în legătură cu imobilele cuprinse în cartea funciară, vor putea fi înscrise, la cerere, cu efect de opozabilitate pentru terțe persoane, iar potrivit art. 902 alin. (2) pct. 13 și art. 1737 C. civ., dreptul convențional de preempțiune asupra unui imobil se notează în cartea funciară. Aceasta înseamnă că un pact de preferință care se referă la un bun imobil poate fi notat în evidențele de carte funciară pentru asigurarea opozabilității față de terți și, având în vedere că în virtutea sa nu se constituie, transmite sau stinge vreun drept real, pentru această finalitate, din interpretarea *per a contrario* a dispozițiilor art. 888 C. civ., convenția nu trebuie să îmbrace obligatoriu forma autentică.*

În lumina dispozițiilor art. 1179^[1] C. civ. 1864, atâta timp cât pactul de preferință nu prevede nicio obligație din partea beneficiarului (nefiind sinalagmatic în acest caz), nu este necesară îndeplinirea cerinței multiplului exemplar.

1.1. Situația pactului de preferință prevăzut într-o convenție de sine stătătoare

Lăsând la o parte ipoteza în care pactul de preferință este încorporat într-un alt contract bilateral mai vast, sunt posibile trei situații:

[1] Aplicabil în materie de probațiune în temeiul art. 230 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, până la data intrării în vigoare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă.

1.1.1. Pactul de preferință este un contract independent

16. Pactul de preferință este contractul care intervine între titularul dreptului susceptibil de a fi ulterior transferat și beneficiar, în favoarea căruia se constituie o prioritate de cumpărare în condiții și la un preț egal cu cel oferit de un terț.

Până când beneficiarul nu a acceptat oferta făcută de către promitent, trebuie să considerăm că avem de a face doar cu o policitațiune, promitentul oferind să se oblige printr-un pact de preferință, dar nefiind angajat prin oferta sa, decât în limitele acesteia.

Acceptarea de către beneficiar a ofertei astfel propuse nu trebuie făcută sub anumite forme particulare și din acest motiv se poate deduce în mod rezonabil că simpla manifestare de voință a beneficiarului în sensul acceptării conferirii dreptului de prioritate, îl transformă pe acesta în titularul dreptului de preferință.

Având în vedere că, potrivit dispozițiilor art. 1737 C. civ., dreptul convențional de preempțiune în legătură cu un imobil se notează în cartea funciară, înseamnă că forma pe care trebuie să o îmbrace convenția care îi dă naștere este cea scrisă.

1.1.2. Pactul de preferință poate fi un act unilateral?

17. Pactul de preferință ca act juridic unilateral nu poate fi conceput în afara ipotezei în care acesta ar fi înserat cu titlu de clauză particulară în cuprinsul testamentului lăsat de către proprietarul bunului, în această situație devenind o adăugire la o operațiune juridică mai importantă.

Dar, în calitatea sa de entitate independentă, pactul de preferință trebuie să fie în mod necesar o operațiune contractuală, fiind de neconceput ca act juridic unilateral. În situația în care s-ar înfățișa unilateral, în ceea ce privește formarea sa, nu poate fi vorba decât despre o ofertă de preferință^[1]. Oferta de preferință este frecvent încorporată într-o ofertă de contract mult mai vastă.

1.1.3. Pactul de preferință poate fi un act colectiv

18. Atunci când pactul de preferință este prevăzut într-un act colectiv, cel mai adesea, acest act este unul mult mai vast, având alt obiect decât crearea unui drept de preferință^[2].

^[1] M. Dagot, op. cit., p. 10.

^[2] Este situația înserării în statutul unei societăți a unui pact de preferință în favoarea asociaților în cazul înstrăinării acțiunilor sau a părților sociale de către unul dintre asociați.

Foarte izolat, s-ar putea concepe un pact de preferință reciproc^[1], însă în acest caz este discutabil dacă se poate vorbi despre un veritabil act colectiv.

În concluzie, putem spune că pactul de preferință este, prin natura sa, un contract, și nu prin esența sa, deoarece în anumite ipoteze limitate, poate deriva dintr-un act unilateral sau dintr-un act juridic colectiv.

1.2. Situația pactului de preferință prevăzut în cuprinsul unui alt contract mai vast

19. În practică, în mod frecvent, convenția de preempțiune poate fi încheiată ca un accesoriu la un alt contract mai vast încheiat între aceleași părți^[2].

Având în vedere evoluția pieței imobiliare și politica din ce în ce mai restrictivă de acordare a creditelor imobiliare, populația care nu dispune de resurse financiare suficiente achiziționării unui imobil, recurge tot mai des la închiriere pentru a-și satisface nevoile locative. Astfel, foarte rar în România, dar extrem de frecvent în țările occidentale, în cadrul unui contract de închiriere pe termen lung, părțile inserează, din rațiuni economice evidente, un pact de preferință în favoarea locatarului. Acesta, de exemplu, dorește să realizeze investiții importante în spațiul pe care îl folosește și este evident interesat ca în cazul în care locatorul intenționează să vândă imobilul, să se bucure de o prioritate la cumpărare^[3].

[1] De exemplu, mai mulți coindivizari care procedează la sistarea stării de indiviziune convin să instituie un pact de preferință reciproc în cazul vânzării ulterioare a lotului dobândit de către unul dintre ei, conferindu-le celorlalți prioritate la cumpărare, înaintea oricărui alt terț.

[2] Uneori nu este vorba de aceleași părți, în sens strict. De exemplu, promitentul încheie cu o persoană un contract de vânzare-cumpărare având ca obiect un lot de pământ asupra căruia primul este proprietar exclusiv. Vânzătorul deține în indiviziune cu alte persoane și loturile vecine de teren pentru care cumpărătorul și-a manifestat interesul de a le dobândi, nimic neputând interzice să se adauge un pact de preferință în contractul principal de vânzare-cumpărare, dacă se obține acordul tuturor coindivizărilor pentru acordarea preferinței.

[3] În situațiile în care nu își găsește aplicabilitate dreptul legal de preempțiune al chiriașului la dobândirea locuinței așa cum este reglementat în art. 18-22 din O.U.G. nr. 40/1999 privind protecția chiriașilor și stabilirea chiriei pentru spațiile cu destinația de locuințe, publicată în M. Of. nr. 148/08.04.1999, cu modificările și completările ulterioare. De remarcat însă, că acest act normativ este destinat mai mult asigurării unor măsuri de protecție pentru chiriașii din locuințele preluate abuziv de stat și restituite foștilor proprietari sau urmașilor acestora.