

PANDECTELE ROMÂNE

Nr. 5/2002

NOTĂ

1. Precizări prealabile. Decizia Curții de Apel Brașov ridică multe probleme juridice, însă ceea ce atrage atenția în mod deosebit este felul în care instanța a înțeles să analizeze și să aplice dispozițiile relative la exercitarea retractului litigios. Întrucât vânzarea de drepturi litigioase și retractul litigios sunt rar abordate în jurisprudența recentă iar Codul civil cuprinde o reglementare sumară a acestor instituții, se impune o analiză care, prin valorificarea celor statuate în jurisprudența mai veche și a lămuririlor aduse de doctrină, să determine condițiile de exercitare a retractului litigios și efectele acestuia și existența acestora în speța comentată.

2. Noțiune. Istoric. Vânzarea de drepturi litigioase este o vânzare obișnuită care prezintă particularitatea că obiectul ei consistă într-o pretenție a vânzătorului, întemeiată sau neîntemeiată (*venditur dubius litis eventus*), contra debitorului cedat¹⁾. Cel care vinde garantează numai existența procesului, iar nu și a dreptului ce face obiectul acelui proces (*tenetur tantum praestare bona fides*). Din acest motiv vânzarea de drepturi litigioase este un contract de natură aleatorie.

Retractul litigios este facultatea ce are acela în contra căruia un drept litigios a fost cedat de a se subroga în drepturile cesionarului și să stingă fără judecată pretenția formulată în contra sa, plătindu-i acestuia prețul cesiunii și celelalte accesorii prevăzute de art. 1402 C. civ. Unii autori²⁾ îl asemănau cu *dreptul de protimisis*, care dădea posibilitatea rudelor sau vecinilor vânzătorului unui imobil de a revendica imobilul vândut cu condiția de a plăti prețul cumpărătorului.

Instituția retractului litigios își are originea în dreptul roman. Prin constituțiile împăraților Grațian, Valentinian și Theodosiu vânzarea de drepturi litigioase era nulă și procesul continua între creditorul inițial și debitorul său ca și cum cesiunea nu ar fi avut loc (*tanquam nihil factum lite nihilominus peragenda*)³⁾. Împăratul Anastasiu, prin două constituții cunoscute sub numele de *Per diversas et ab Anastasio (Lex Anastasiana)*, a ordonat că cesionarul nu poate pretinde de la debitorul cedat decât suma ce plătitese drept preț pentru cumpărarea creanței. Împăratul Justinian a dezvoltat dispozițiile lui Anastasiu și le-a întărit printr-o nouă constituție denumită *Mandati vel contra*. Retractus a fost admis și în vechiul drept francez, fiind folosit în special în familiile nobiliare. Codul civil napoleonian a reglementat retractul litigios și cel succesoral, fără însă a le denumi astfel, pentru a nu aminti de feudalitatea instituțiilor. Codul nostru civil a primit numai retractul litigios, fără a reproduce și dispoziția din Codul civil francez privitoare la retractul succesoral.

Încă de la originile sale, care se găsesc în legea *ab Anastasio*, retractul litigios are rațiunea de a împiedica speculațiile ce se fac cu privire la drepturile litigioase, de a scurta durata proceselor și a reduce numărul lor. Totuși, de la legile *Per diversas et ab Anastasio* până astăzi, evoluția societății a impus o schimbare a mentalității care reclamă o reconsiderare a instituției retractului litigios. Schimbarea unei părți în timpul procesului nu este o rațiune suficientă pentru a interveni o restrângere a principiului libertății convențiilor cu repercusiuni grave asupra stabilității circuitului civil. Anacronismul acestei instituții care vede în cumpărătorul de drepturi litigioase un personaj negativ⁴⁾ trebuie îndreptat printr-o cât mai

¹⁾ A se vedea Grigore A. Basarabeanu, *Vânzarea de drepturi litigioase și retractul litigios*, Ed. Profit și Pierdere, București, 1938, p. 3.

²⁾ Dimitrie Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparație cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, Tipografia Națională, Iași, 1905, VIII, p. 866.

³⁾ *Les douze livres du Code de l'empereur Justinien*, 2^{eme} edition, P. A. Tissot, Metz, 1807, III, p. 390 - 391.

⁴⁾ Inițial, cumpărătorii de procese erau văzuți ca niște adevărați spoliatori: *emptores litium fortunae alienae inhiantes*, *Les douze livres du Code de l'empereur Justinien*, cit. supra, p. 390-391; „*odieux acheteurs de process*” (Pothier).

riguroasă apreciere a condițiilor în care poate fi opus, termenii susceptibili de a primi mai multe înțelesuri impunându-se a fi interpretați în sensul salvării vânzării de drepturi litigioase⁵⁾.

Precizăm că instituția retractului litigios a fost examinată recent, sub aspectul constituționalității sale, și de către Curtea Constituțională, care într-o decizie de speță⁶⁾ a statuat că retractul litigios nu numai că nu contravine dispozițiilor constituționale (art. 135 alin. 1 și 6), ci că dimpotrivă acesta a fost instituit de legiuitor spre a preveni specularea drepturilor litigioase și că, totodată, textul de lege criticat ocrotește, în realitate, drepturile cesionarului de vreme ce art. 1402 C. civ. prevede că acesta va primi pe lângă prețul real al cesiunii, cheltuielile și dobânzile din ziua în care a cumpărat dreptul litigios.

3. Condițiile de exercitare. Pentru a se exercita retractul trebuie ca *obiectul vânzării să fie un drept litigios*. Potrivit art. 1403 C. civ. *lucrul se socotește litigios când există proces sau contestație asupra fondului dreptului*. Practic însă, pentru ca dreptul să fie litigios se cere întrunirea următoarelor patru condiții (art. 1402 și 1403 C. civ.)⁷⁾:

– **să existe un proces înaintea unei instanțe judecătorești la momentul cesiunii cât și la cel al exercitării retractului.** Codul civil român vorbește despre existența unui proces sau contestații însă în doctrină⁸⁾ s-a format opinia potrivit căreia ar fi vorba numai de o greșită preluare a textului din Codul civil francez, care vorbește de *proces și contestație (proces et contestation)*, în realitate și legea română impunând pentru exercitarea retractului faptul ca pârâțul să fi depus întâmpinarea în care să invoce apărări prin care să tindă la contestarea dreptului opus de reclamant. Soluția este în deplin acord cu rațiunile ce stau la baza retractului, deoarece dacă debitorul nu contestă dreptul în cadrul procesului *pendente* atunci și speculația cesionarului nu există, cauza cesiunii putând fi eventuala nevoie de bani a cedentului, fapt ce nu poate fi de condamnat.

Procesul și contestația trebuie să poarte asupra fondului dreptului. Nu dau loc de exercitare a retractului litigios procesele în care prin natura lor nu pot pune în discuție fondul dreptului, cum ar fi ordonanțele președințiale⁹⁾, acțiunile posesorii sau cererea de validare a poprii. Contestația este relativă la fondul dreptului atunci când pârâțul contestă chiar existența dreptului, când el contestă numai întinderea dreptului astfel cum este pretins de reclamant sau, fără a contesta existența dreptului, consideră că a fost stins prin unul din modurile admise de lege (compensație, plată, remitere de datorie, dare în plată) sau a intervenit prescripția. În absența unei astfel de poziții a pârâțului în cadrul procesului nu sunt întrunite condițiile pentru exercitarea retractului deoarece legea cere cumulativ existența procesului și contestației¹⁰⁾.

Contestația asupra fondului dreptului trebuie să existe în momentul cesiunii¹¹⁾. Nu este suficient să existe numai o contestație posibilă sau un proces iminent, ci trebuie să

⁵⁾ Pentru critica instituției a se vedea D. Alexandrescu, *op. cit.*, p. 860; Gr. A. Basarabeanu, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁾ Decizia nr. 6/2001 privitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 1402 C. civ., publicată în M. Of. nr. 154 din 29 martie 2001.

⁷⁾ V. pe larg Tr. Alexandrescu, *Notă la dec. civ. nr. 1205/1925 a Secției I a Înaltei Curți de Casație și Justiție*, în P. R. 1926, I, p. 111-122.

⁸⁾ D. Alexandrescu, *op. cit.*, p. 863; C. Ap. Iași, Dreptul, 1914, p. 497. În contra acestei opinii, în general acceptată, a se vedea C. Ap. Focșani, Dreptul, 1885, p. 56.

⁹⁾ Cu privire la condiția de admisibilitate a ordonanței președințiale de a nu prejudica fondul a se vedea V. M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. II, Ed. Național, București, 1997, p. 494.

¹⁰⁾ Nu există contestație când prin apărățile sale pârâțul contestă numai modul de executare iar nu existența sau întinderea dreptului – C. Hamangiu, N. Georgean, *Codul civil adnotat*, vol. III, Ed. Universală & Alcalay Co, București, 1925, p. 518, nr. 14.

¹¹⁾ Jurisprudența (C. Ap. Galați, I, dec. nr. 191/1890, *apud* C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, p. 525, nr. 3) s-a pronunțat în sensul că *după art. 1403 lucrul se socotește litigios când există proces sau contestație asupra fondului dreptului, de unde rezultă că nu este destul ca la un moment oarecare să existe proces; trebuie*

existe o contestație efectivă, reală. Este adevărat că art. 1309 C. civ., care interzice cumpărarea de drepturi litigioase de către judecători, procurori și avocați, se referă în egală măsură și la drepturi care pot deveni obiectul unui proces viitor, dar această soluție este valabilă numai în privința drepturilor litigioase prevăzute acolo. Art. 1402 C. civ. reprezintă o dispoziție specială și o restrângere a libertății contractuale, motiv pentru care nu poate primi decât o interpretare strict limitativă, care exclude analogia.

Debitorul dreptului litigios care exercită retractul trebuie să restituie cesionarului prețul cesiunii, spezele și dobânda din ziua când cesionarul a plătit prețul cesiunii, deoarece cesionarul trebuie să fie integral despăgubit (*ita tamen, ut si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tandummodo solatarum pecuniarum quantitatem, et usurarum ejus actiones exercere permittatur*)¹²⁾. Potrivit opiniei exprimate de unii autori de prestigiu¹³⁾, debitorul trebuie să plătească cesionarului, deși art. 1402 nu o spune, cheltuielile instanței care a dat loc la exercitarea retractului litigios. S-a apreciat însă că, pe drept cuvânt, debitorul nu trebuie obligat să restituie cesionarului cheltuielile judiciare făcute în urma cesiunii dacă această operațiune a fost ținută ascunsă în mod fraudulos în scopul de a lipsi pe debitorul cedat de exercițiul retractului sau dacă cesiunea a fost deghizată sub forma unui mandat.

În legătură cu această condiție, în jurisprudență și în doctrină s-au concretizat mai multe reguli. S-a stabilit¹⁴⁾ că debitorul trebuie să plătească *prețul real* al cesiunii. Prețul înscris în contract este considerat real până la proba contrară. Dacă părțile, în mod fraudulos, au stipulat în contractul de cesiune un preț mai mare decât cel adevărat, în scopul de a face dificil exercițiul retractului, debitorul va putea, în calitate de terț, să dovedească simulația prin orice mijloc de probă, situație în care el nu va plăti decât *prețul numărat* în realitate. Dacă au intervenit două sau mai multe cesiuni succesive se ridică problema ce preț va plăti debitorul cedat, prețul primei cesiuni sau celei ulterioare. Deși chestiunea a fost controversată¹⁵⁾ s-a decis, pe bună dreptate, că „exercitarea retractului litigios constituie o adevărată expropriere în favoarea unui particular, deoarece răpește proprietatea unui drept în schimbul unei prealabile despăgubiri stabilite de lege”¹⁶⁾. Cum exproprierea nu se poate îndrepta decât față de persoana care este titularul dreptului în momentul exproprierii și care este în drept să obțină despăgubirea legală, urmează că, „în cazul unor cesiuni succesive, pentru a exercita retractul litigios, trebuie să plătească prețul ultimei cesiuni”¹⁷⁾.

4. Exercitarea retractului litigios. Art. 1402 C. civ. prevede că retractul se exercită de *cel în contra căruia există un drept litigios vândut*. Majoritatea doctrinei și jurisprudenței s-a pronunțat în sensul că numai pârâțul este în măsură să propună retractul, susținând că admitând contrariul ar însemna să se acorde o primă de încurajare tocmai celor contra

însă ca acest proces să fie anterior vânzării și fondul dreptului să fie contestat, adică ca defendorul (pârâțul) să tăgăduiască existența dreptului. Când aceste două condițiuni sunt îndeplinite retragerea litigiului este admisibilă, fără a mai cerceta meritul mijloacelor propuse de defendor; se poate ca dreptul să fie cert și necontestabil, aceasta nu împiedică dreptul să fie litigios îndată ce este contestat.

¹²⁾ *Les douze livres du Code de l'empereur Justinien, op. cit. supra*, p. 119.

¹³⁾ A se vedea: Dimitrie Alexandrescu, *op. cit.*, p. 872; C. Hamangiu, I. Rosetti – Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol II, Ed. All, 1998, p. 578.

¹⁴⁾ T. Gorj, în C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, nr. 19, p. 518.

¹⁵⁾ V., pentru amănunte, C. Nestorescu, *Notă la încheierea civ. nr. 948/1947 a Secției a IV-a a T. Prahova*, în P.R. 1948, II, p. 42-44.

¹⁶⁾ T. Prahova, *încheierea civ. nr. 948/1947 cit. supra*.

¹⁷⁾ *Ibidem*.

căroră legea a introdus instituția retractului¹⁸⁾. S-a arătat că în cazul în care sunt mai mulți debitori solidari, fiecare din ei poate exercita retractul chiar dacă ceilalți ar fi renunțat. Dacă unul din acești debitori exercită retractul, cesionarul – retractat pierde drepturile sale contra celorlalți debitori, drepturi pe care, însă, le are cedatul – retractant, pentru partea de datorie a fiecăruia¹⁹⁾.

Retractul litigios trebuie propus numai pe cale principală. Prin judecarea fondului, dreptul încetează a mai fi litigios astfel încât exercițiul retractului pe cale subsidiară ar fi lipsit de interes.

S-a arătat că este suficientă o simplă declarație a părții că înțelege să exercite retractul, fără să fie nevoie de oferta reală și de plata efectivă. Totuși, unii autori au susținut, pe bună dreptate că, pentru exercitarea retractului trebuie făcută plata efectivă, iar dacă se refuză, retractantul trebuie să facă oferta reală a sumelor cheltuite de cesionar²⁰⁾.

5. Efectele exercitării retractului litigios. În privința efectelor exercitării retractului litigios, acestea diferă în funcție după cum este vorba de raporturile dintre debitorul cedat și cesionar, dintre cesionar și cedent și, în fine, dintre cedent și debitorul cedat.

S-a considerat că între debitorul cedat (retractantul) și cesionar, retractul are efectul unei condiții rezolutorii în privința contractului de cesiune de drepturi litigioase²¹⁾. Dreptul ce a făcut obiectul cesiunii se consideră stins și, pe cale de consecință, acțiunea reclamantului se va respinge ca nefondată.

Dacă dreptul litigios este un drept real, toate drepturile reale constituite de cesionar sunt desființate ca urmare a aplicării principiului *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis* ²²⁾.

Efectele exercitării retractului nu pot fi înlăturate prin retrocedarea dreptului către cedent pe calea unei anulări amiabile a contractului de vânzare de drepturi litigioase, o astfel de convenție fiind inopozabilă celui care a exercitat retractul. S-a decis, de asemenea, că efectul propunerii retractului nu poate fi anulat nici chiar pe cale judecătorească printr-un proces de conivență cu cedentul, hotărârea neputând fi opusă cu autoritate de lucru judecat debitorului cedat care a propus retractul²³⁾. Totuși, legalitatea contractului de vânzare de drepturi litigioase va putea fi verificată pe cale incidentală de către instanța investită cu soluționarea fondului litigiului, care este și cea chemată a se pronunța asupra retractului. Astfel, este posibil ca cesiunea să fie lovită de vicii de fond sau de formă care o lipsesc de efecte juridice. În acest caz instanța va analiza excepția de ilegalitate a actului de cesiune, iar în măsura în care va ajunge la concluzia că acesta este nelegal, îl va înlătura din cauză

¹⁸⁾ C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, nr. 23, p. 519; E. Herovanu, *Notă* sub Jurnalul nr. 1872/1924 al Secției I a C. Ap. Iași, în P.R. 1926, II, p. 145-146; *idem*, *Pagini de practică judiciară și extrajudiciară*, Ed. Librăriei Juridice, București, 1944, p. 39-41; Tr. Alexandrescu, *op. cit.*, p. 119, precum și doctrina și jurisprudența acolo citate. În sensul că în cazul unei acțiuni în revendicarea unui imobil, pârâul vânzând dreptul său, reclamantul nu poate exercita retractul, Gr. Basarabeanu, *op. cit.*, p. 9; pentru opinia contrară, Fr. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. Universul Juridic, București, 2001, p. 108, nota 2. În schimb, Înalta Curte de Casație și Justiție a avut o poziție constantă asupra acestei din urmă probleme, hotărând, încă de la începutul secolului trecut, într-o decizie foarte bine motivată, că retractul litigios, prevăzut de art. 1402 C. civ. nu se poate exercita decât de acela contra căruia se află pornită o acțiune, căci numai dânsul se poate libera de pretențiunea cesionarului (Cas. I., dec. nr. 106/1901, p. 387 și C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, p. 519, nr. 22).

¹⁹⁾ Gr. Basarabeanu, *op. cit.*, p. 15.

²⁰⁾ Această opinie este în concordanță și cu textul art. 1402 C. civ., care cere numărarea de către cesionar a prețului real al cesiunii și celorlalte cheltuieli suportate de cesionar.

²¹⁾ C. Hamangiu, I. Rosetti – Bălănescu, Al Băicoianu, *op. cit.*, p. 579.

²²⁾ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 876.

²³⁾ În acest sens v. *ibidem*; Cas. I, dec. nr. 362/1893; *idem*, dec. nr. 403/1891 în C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, p. 518, nr. 9.

și va continua procesul între părțile inițiale, pronunțând o hotărâre asupra fondului dreptului, fără a mai lua act de retract²⁴⁾.

În ce privește raporturile dintre cedent și cesionar, retractul nu are nici un efect, obligațiile trebuind a fi executate întocmai, cu toate că exercitarea retractului a stins dreptul cesionarului asupra dreptului cedat. Cedentul poate pretinde plata prețului cesiunii, cesionarul neputând opune faptul exercitării retractului drept cauză de exonerare de la obligația de a plăti prețul cesiunii.

Cesonarul evins prin exercitarea retractului, nu are, în genere, acțiune în garanție contra cedentului, deoarece el, având cunoștință despre contestația care exista asupra dreptului cumpărat, a făcut un contract aleatoriu, știind că retractul litigios ar putea fi exercitat contra lui²⁵⁾. Totuși, dacă cedentul a vândut un drept contestat în justiție fără a preveni despre aceasta pe cesionar, acesta din urmă ar putea să cheme în garanție pe cedent fie în temeiul art. 1341 C. civ., dacă este vorba de transmiterea unui drept real, fie în temeiul art. 1392 C. civ., dacă cesiunea poartă asupra unor creanțe sau altor lucruri necorporale.

Între debitor și cedent, în principiu, nu se creează nici un raport juridic ca urmare a exercitării retractului. Autorii care admit că retractul poate fi exercitat chiar fără plata de către debitor a prețului cesiunii sau a ofertei de plată și consemnațiunii, în cazul refuzului cesionatului de a primi plata, admit cedentului neplătit acțiunea oblică (art. 974 C. civ.) împotriva retractantului²⁶⁾.

6. Problema valabilității retractului litigios exercitat de către S.C. „T.K.R.” S.R.L.

Revenind la speța care a prilejuit adnotarea de față, după părerea noastră, prima instanță a identificat corect principalele condiții necesare exercitării retractului: *să existe un proces început dar neterminat asupra fondului dreptului vândut, vânzarea drepturilor litigioase să se fi făcut pe un preț, plata efectivă de către retractant a sumei reprezentând prețul real al cesiunii, cheltuielile cesionarului legate de încheierea contractului și dobânzile din ziua plății prețului, exercitarea retractului litigios înaintea instanței de judecată la care se judecă fondul dreptului sau pe cale extrajudiciară, printr-o notificare*. Cu toate acestea, instanțele de fond au procedat la o verificare formală a condițiilor mai sus enumerate, fără a realiza o aprofundare a instituției retractului litigios, fapt care a condus în final la concluzia, vădit greșită, că retractul este operant în cauză. Așa cum rezultă din cuprinsul deciziei adnotate, o abordare cu adevărat profundă a condițiilor de exercitare a retractului a realizat numai instanța de recurs, care stabilind în mod corect situația de fapt a reușit să facă o aplicare corespunzătoare a textelor de lege care reglementează această instituție.

Astfel, în primul rând, așa cum am arătat, pentru a se exercita retractul trebuie să existe un drept litigios, adică asupra fondului dreptului să existe un proces sau o contestație (textul din Codul civil francez prevede proces și contestație, ceea ce a îndreptățit autori consacrați, precum D. Alexandresco²⁷⁾, să considere că diferența nu reprezintă decât o eroare de traducere; expresia „când există proces și contestație asupra fondului dreptului” este mult mai exactă).

²⁴⁾ La aceeași soluție poate ajunge instanța în temeiul art. 45¹ C. pr. civ., atunci când apreciază că prin contractul de cesiune de drepturi litigioase reprezentanții persoanelor prevăzute la art. 45 alin.1 C. pr. civ. au lucrat împotriva intereselor acelor persoane (cesiunea s-a făcut pe un preț, chiar dacă serios, mult sub valoarea dreptului înstrăinat, cu toate că procesul putea da câștig de cauză reclamantului, împrejurare care facilitează debitorului cedat posibilitatea exercitării retractului și, pe cale de consecință, stingerea dreptului dedus judecății).

²⁵⁾ V. în acest sens D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 877.

²⁶⁾ C. A. Stoianovici, *Observațiuni cu privire la chestiunea retractului litigios*, C. Jud. 7 din 1924, p.119.

²⁷⁾ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 864.

Prima instanță nu s-a preocupat de un aspect esențial, și anume acela al momentului în care trebuie verificată condiția existenței procesului sau contestației asupra fondului. Ceea ce trebuie avut în vedere este faptul că existența contestației asupra fondului dreptului trebuie să se verifice atât la momentul cesiunii cât și la cel al propunerii retractului²⁸⁾.

Acest lucru considerăm că nu a fost analizat de prima instanță atunci când, în mod greșit, a luat act de retractul litigios.

La momentul încheierii contractului autentificat sub nr. 3139/19.06.1998 între S.C. „B.T.T.” S.A. și S.C. „V.U.” S.R.L. nu există o contestațiune asupra dreptului în sensul în care cere art. 1403 C. civ., neexistând vreo cerere reconvențională depusă la dosar și nici măcar vreo întâmpinare.

Cererea reconvențională formulată de S.C. „B.T.T.” S.A. și S.C. „V.U.” S.R.L. în dosarul nr. 3722/1998 este mijlocul procedural prin care S.C. „T.K.R.” S.R.L. dobândește calitate de pârât în cauză și o dată cu aceasta calitatea de a exercita retractul.

Or, la momentul cesiunii, greșit denumită de drepturi litigioase, nu exista un proces îndreptat împotriva S.C. „T.K.R.” S.R.L. în care acesta să conteste dreptul ce i se opune. Cererea reconvențională a fost formulată în cauză de către S.C. „B.T.T.” S.A. la 22.06.1998 și de S.C. „V.U.” S.R.L. la 06.07.1998, așadar ulterior încheierii contractului de vânzare-cumpărare. Deoarece drepturile cesionate au fost deduse judecății în dosarul nr. 3722/1998 ulterior cesiunii înseamnă în mod logic că, la momentul vânzării, acestea nu erau litigioase, în sensul că asupra lor nu exista un proces sau o contestație.

Pe de altă parte, tot la momentul cesiunii – 19.06.1998, S.C. „T.K.R.” S.R.L. avea calitatea de *reclamant* în cauză, poziție ce nu justifică exercitarea retractului litigios. Pârâtul este singurul ce poate opune retractul. Aceasta rezultă din interpretarea literală a art. 1402 C. civ. – „*cel în contra căruia există un drept litigios...*”²⁹⁾ (s.n., – Tr. C. Briciu, M. Nicolae), singurul care „se va putea libera de cesionar” (art. 1402 C. civ.), respectiv de cel care ia locul reclamantului pentru a valorifica pretențiile acestuia contra pârâtului.

În sfârșit, s-ar putea replica că Codul civil român permite retractul chiar în situația unei contestații viitoare a dreptului ce a făcut obiectul cesiunii, prin drept litigios înțelegându-se și cel care ar putea da naștere unui proces în viitor, fapt care s-ar verifica în cauza de față.

Această interpretare a dreptului litigios, ca fiind și cel ce ar da naștere unui proces în viitor nu este aplicabilă decât în materia art. 1309 C. civ., care datorită caracterului special nu poate fi folosită într-un alt caz general prevăzut în art. 1403 C. civ.

Concluzia este că *la momentul cesiunii instanța nu era investită cu o cerere reconvențională și nici măcar cu întâmpinare care să dea calitate de drept litigios cererii îndreptate în contra retractantului* – S.C. „T.K.R.” S.R.L. În mod greșit contractul autentificat sub nr. 3139/19.06.1998 a fost numit vânzare-cumpărare de drepturi litigioase, iar instanța nu a verificat natura reală a contractului și și-a întemeiat soluția pe natura declarată de părți.

În al doilea rând, o altă condiție ca dreptul să fie litigios în sensul art. 1403 C. civ. și, deci, implicit, să poată fi exercitat retractul, este aceea potrivit căreia *procesul să aibă ca obiect fondul dreptului*. Aceasta presupune, la rândul ei, întrunirea cumulativă a două cerințe:

²⁸⁾ A se vedea D. Alexandrescu, *op. cit.*, p. 865; Gr. Basarabeanu, *op. cit.*, p. 865; Cas. I., dec. nr. 238/1892, în C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, p. 518.

²⁹⁾ Alte legi care au la origine Codul napoleonian sunt încă mai clare în acest sens. Spre exemplu, noul Cod civil al provinciei Québec din 1991 (și care a păstrat instituția retractului litigios) prevede la art. 1784 alin. 1 că: „Lorsqu’une vente de droits litigieux a lieu, celui de qui ils sont réclamés est entièrement déchargé en remboursant à l’acheteur de cette vente, les frais et des interet sur le prix, a compter du jour ou le paiement a ete fait” (s.n.). V. J.-L. Baudouin, *Code civil du Québec. Code de procedure civile*, Wilson & Lafleur Ltee, Montreal, 2001, p. 444.

(1) calea procedurală aleasă de reclamant să permită examinarea fondului dreptului (să nu fie o procedură necontencioasă, o acțiune posesorie, ordonanță președințială, pricina să nu fie deja perimată etc.) și (2) asupra fondului dreptului instanța să nu se fi pronunțat deja printr-o hotărâre definitivă.

În cauza pe care o analizăm această condiție nu era întrunită la momentul cesiunii.

Într-adevăr, la data cesiunii – 19.06.1998, între S.C. „T.K.R.” S.R.L. și S.C. „B.T.T.” S.A. nu exista un proces asupra fondului dreptului apt să asigure condițiile exercitării retractului. Dimpotrivă, abia la 06.07.1998, când a devenit evidentă participarea la proces a cesionarei S.C. „V.U.” S.R.L., reclamanta și-a modificat cererea din ordonanță președințială în cerere de drept comun, cu instanța vădită de a-și crea condițiile exercitării retractului. Or, așa cum corect a constatat și instanța de recurs, ordonanța președințială este o procedură care nu permite examinarea fondului dreptului, fiind deci inaptă de a crea un drept litigios și, pe cale de consecință, a da posibilitatea exercitării retractului³⁰⁾.

Totodată, asupra fondului dreptului invocat de reclamanta S.C. „T.K.R.” S.R.L. există deja o tranzacție de care instanța a luat act prin hotărâre de expedient, astfel în această privință nu mai există „drept litigios”³¹⁾.

Rezoluțiunea de drept invocată în cererea reconvențională opusă reclamantului după momentul cesiunii nu reprezintă o cerere la care să poată fi opus retractul, deoarece nu poartă asupra fondului dreptului, rezoluțiunea fiind numai un mijloc special de executare a contractului reprezentat în cauză de tranzacția intervenită între S.C. „T.K.R.” S.R.L. și S.C. „B.T.T.” S.A.

În concluzie, după părerea noastră, în speță nu era în discuție un drept litigios în sensul art. 1403 C. civ., adică un drept asupra căruia la momentul cesiunii să existe un proces sau o contestație din partea celui căruia i se opune și care ar putea, în acest context, să folosească retractul litigios. În realitate, contestațiunea despre care vorbește art. 1403 C. civ. a luat naștere o dată cu depunerea cererii reconvenționale, ulterior cesiunii, astfel încât la acest moment cedentul și cesionarul nu au avut reprezentarea transmiterii unor drepturi litigioase în sensul legii, drepturi care prin ipoteză fuseseră definitiv tranșate prin tranzacție judiciară³²⁾ intervenită între părți și nici aceea a posibilității exercitării retractului litigios.

TRAIAN CORNELIU BRICIU

Asistent univ. – Facultatea de Drept.
Universitatea din București

MARIAN NICOLAE

Lector univ. – Facultatea de Drept.
Universitatea din București

³⁰⁾ În acest sens D. D. Negulescu, *Tratat teoretic și practic despre ordonanțele președințiale de refere*, București, Tiparul Românesc, 1941, p. 387 și urm.

³¹⁾ V. în acest sens jurisprudența mai veche reprodusă de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, p. 520, nr. 31 (dacă asupra unui drept contestat și dus înaintea justiției a intervenit o hotărâre definitivă sau o declarațiune formală între părți de stingere a procesului ori dacă asupra unei contestațiuni cu sau fără proces s-a încheiat o tranzacție definitivă, lucrul nu mai poate fi considerat ca litigios, oricât una din părți ar căuta ulterior să redeschidă litigiul și să pună din nou lucrul în contestațiune - C. Ap. Iași, II, 11 iunie 1914; În același sens v. Cas. I, dec. nr. 407/1924, *ibidem*, p. 523, nr. 49; Trib. Gorj, s. I, dec. nr. 1/1923 și C. Ap. București, s. IV, dec. civ. nr. 210/1923; *ibidem*, p. 528, nr. 25 și 26.

³²⁾ Precizăm că în speță „fondul” litigiului nu privea apartenența dreptului de proprietate asupra spațiilor comerciale aflate în dispută, ci faptul dacă a existat sau nu o încălcare a obligațiilor asumate prin tranzacție de către reclamanta S.C. „T.K.R.” S.R.L. de natură să antreneze incidența și eficacitatea pactului comisoriu de gradul III privind desființarea de drept a contractelor încheiate de părți și repunerea părților în situația anterioară.