

**PROBLÈMES D'INTERPRÉTATION EN CE QUI CONCERNE  
L'APPLICABILITÉ DE LA LOI COMMERCIALE EN MATIÈRE DES  
CONTRATS COMMERCIAUX**

---

**Résumé**

*Les commerçants, pour éviter de tolérer le risque de l'érosion de la monnaie nationale à cause de la rate de l'inflation, surtout au cas du commerce extérieur, prévoient des clauses de protection contre le risque des devises étrangères par la fixation du prix du contrat en monnaie étrangère avec le paiement en monnaie nationale au cours officiel de BNR au jour du paiement effectif.*

**Notions introductives**

De plusieurs fois on apparaît des divergences en ce qui concerne l'applicabilité de la loi commerciale aux catégories originales des rapports juridiques commerciaux. Ces inconvenances apparaissent au moment où les participants aux opérations commerciales sont d'autres catégories de personnes que les commerçants : les personnes physiques, les institutions publiques, les fondations, les associations etc.

Une autre catégorie de problèmes qui peuvent apparaître dans le déroulement des opérations commerciales est liée avec la conclusion des contrats, la notion de contrat étant susceptible des significations spécifiques au droit commercial.

L'exécution des contrats, le moment de début des prestations des parties, la monnaie de paiement du prix mais aussi les modalités de demander des pénalités par la partie préjudiciée présentent également des caractéristiques controversées.

**La qualification des rapports juridiques comme étant commerciaux**

Les faits de commerce (objectives ou subjectives) peuvent être **bilatérales** (quand l'acte ou l'opération a le caractère d'un fait de commerce pour les deux

parties impliquées dans le rapport juridique) ou **unilatérales** ou **mixtes** (quand l'acte ou l'opération a le caractère d'un fait de commerce seulement pour une partie, pour l'autre étant un acte de nature civile ; par exemple, un contrat conclu entre un commerçant et un agriculteur pour acheter une quantité de légumes).

Grâce à la circonstance que les faits de commerce unilatérales peuvent être comprises dans la sphère des faits de commerce objectives ou subjectives, on parfois considère qu'ils ne constituent une catégorie distincte des faits de commerce.

*Ab initio* doit montrer le fait que basé sur l'article 56 Code commercial „*Si un acte est commercial seulement pour une partie, tous les contractants sont soumis, en ce qui concerne cet acte, à la loi commerciale...*”.

La solution se justifie par le fait qu'étant en question un acte juridique, il ne peut être soumis, simultanément, aux deux réglementations : l'une commerciale et l'une civile.

Il faut quand même souligner que la loi commerciale régleme seulement le rapport juridique sans avoir aucune conséquence sur le statut juridique du non-commerçant. Le non-commerçant n'est pas transformé en commerçant, ne lui imposant donc des obligations professionnelles du commerçant (par exemple l'obligation de registration au registre du commerce, tenir les registres commerciaux ou le déroulement de l'activité aux limites de la concurrence licite).

Cette false représentation de la situation de fait n'est que le résultat d'une inconnance des relations sociales avec caractère spécifique au droit commercial.

Ainsi expliquerai-je dans les suivantes quelques particularités de cette branche du droit privé.

Dans la conception du Code commercial roumain, l'accomplissement par une personne, n'importe si elle a ou non la qualité de commerçant, des faits de commerce, a comme résultat l'apparition des rapports juridiques commerciaux.

Donc, les rapports juridiques commerciaux sont des rapports de droit privé, comme les rapports civils. Ayant la même essence, les rapports juridiques commerciaux et les rapports juridiques civils sont soumis aux mêmes règles générales qui sont comprises dans le Code civil. Mais entre les deux catégories de

rapports juridiques il y a des certaines différences. Les aspects particuliers des rapports juridiques commerciaux sont réglementés par des normes spéciales comprises dans le Code commercial, Livre I, Titre V, « Sur les obligations commerciales en général ».

La réglementation des rapports juridiques commerciaux par les normes du Code commercial et celles du Code civil trouve son support légal dans l'article 1 Code commercial qui prévoit : « Dans le commerce on applique la loi présente. Là où elle ne dispose pas on applique le Code civil ».

Les obligations commerciales, comme les obligations civiles, ont comme sources les actes juridiques (le contrat et l'acte juridique unilatéral) et les faits juridiques (licites ou illicites). De toutes les sources des obligations commerciales, le plus important pour l'activité commerciale est, sans doute, le contrat.

### **Le principe de la liberté contractuelle**

Toute personne physique ou juridique peut manifester librement son volonté, conformément à ses intérêts. La volonté d'une personne est limitée seulement par les dispositions légales qui concernent l'ordre public et les bonnes mœurs (article 5 Code civil).

Concernant la conclusion des contrats, les parties manifestent librement leur volonté au sens de la naissance, de la modification, de la transmission et de l'annulation des certains droits et obligations. La liberté de la manifestation de la volonté des parties contractantes se définit comme une liberté contractuelle et constitue une expression des droits et des libertés de l'homme.

La liberté contractuelle consiste dans le droit d'une personne de conclure tout contrat, avec tout partenaire et avec les clauses que les parties conviennent, avec les seules limites imposées par l'ordre public et les bonnes mœurs.

La liberté contractuelle est un principe du droit privé, c'est-à-dire du droit civil et du droit commercial. Dans le droit commercial, le principe de la liberté contractuelle a une application générale ; il concerne non seulement les rapports contractuels auxquels participent les entrepreneurs particuliers (des commerçants individuels ou des sociétés commerciales), mais aussi les rapports de ceux auxquels prennent part les régies autonomes et les sociétés commerciales avec capital d'Etat.

Pour marquer le changement fondamental envers les rapports juridiques entre les entreprises d'Etat, au cadre de l'économie planifiée, la Loi no. 15/1990 a consacré, *in terminis*, l'application du principe de la liberté contractuelle aux rapports juridiques auxquels participent les régies autonomes et les sociétés commerciales constituées par la réorganisation des entreprises d'Etat.

Conformément aux articles 47 et 48 de la Loi no. 15/1990 : „Les relations commerciales entre les régies autonomes, celles entre les sociétés commerciales avec capital d'Etat, aussi les relations entre elle ou entre elles et l'Etat se dérouleront ayant des bases contractuelles. Les contrats conclus entre les agents économiques mentionnés au paragraphe 1 seront gouvernés par le principe de la liberté contractuelle et par les réglementations comprises dans le Code civil et le Code commercial roumain, avec les exceptions découlant de la loi présente. Les régies autonomes et les sociétés commerciales avec capital d'Etat pourront pratiquer entre elles et dans les rapports avec les tiers, les prix découlant de l'action conjuguée de la demande et de l'offre, exceptant la situation quand sur le marché roumain n'existent pas au moins trois agents économiques qui commercialisent le même type de bien, travail ou service et aussi exceptant les cas où les prix sont subventionnés par l'Etat conformément à la décision du gouvernement. Dans ces derniers cas, les prix seront établis par le gouvernement par négociation avec les agents économiques”.

Une conséquence du principe de la liberté contractuelle réside dans la liberté d'expression de la volonté à la conclusion du contrat.

Les contrats, conformément aux normes en vigueur, se concluent par le simple accord de volonté. Au cas du contrat commercial, ceci se conclut en concordance avec les intérêts des parties contractantes soit en forme écrite, verbale ou téléphonique etc.

Par suit, il est erronément considéré qu'il n'y a pas un contrat in absence d'un document en forme matérielle parce qu'on ne connaît le fait que la notion de contrat en matière commerciale s'interprète, d'habitude, comme *negotium juris* et non comme *instrumentum probationem*.

### **L'exécution des obligations commerciales**

En ce qui concerne l'exécution des obligations commerciales, si les parties n'ont pas convenu un terme pour exécuter l'obligation contractuelle, cela va être interprétée comme exécutable tout de suite, ayant à base les principes du droit civil („les clauses des contrats vont être interprétées au sens de produire des effets juridiques”) et du droit commercial („dans les contrats commerciales, en cas de doute, on applique la règle qui favorise la circulation”).

En aucune façon peut un contrat être une commande qui n'a pas été acceptée par l'offrant, parce que, pour que le contrat soit conclu on doit rencontrer les manifestations de volonté des toutes les deux parties contractantes.

En ce qui concerne le manque des conséquences de non-respecter les obligations contractuelles, il faut être invoquées les réglementations applicable en matière commerciale au sens que, conformément à l'article 43 du Code commercial „*Les dettes commerciales liquides et payable en argent produisent les intérêts de droit dès le jour quand elles devienent exigibles*”. Donc, il n'est pas nécessaire de stipuler expressément en contrat cet aspect, il est sous-entendu, seulement le cas où on avait désiré le paiement de certaines dédommages plus grands que l'intérêt légal.

#### **La monnaie de paiement du prix**

En ce qui concerne la monnaie dans laquelle le prix d'un contrat commercial est établi, aucune réglementation n'interdit d'établir le prix en monnaie étrangère, comme a statué l'instance suprême - C.S.J., section commerciale, décision no. 323/1999 dans la Revue de Droit commercial, no. 11/2000, page 201.

Dans certains cas, à cause de la modification du prix de la marchandise ou de l'urgence d'exécution des obligations, les parties ne sont pas en mesure d'établir le prix dans les contrats commerciaux qu'elles concluent. En ce type des cas, on considère que les parties contractantes ont eu en vue le prix réel ou leur prix courant.

Le Code commercial reconnaît le caractère valable de la vente même si le prix n'est pas prévu dans le contrat, mais les parties ont convenu de faire référence au prix réel ou au prix courant (article 61 Code commercial). On croît

que la même conclusion est valable aussi dans la matière d'autres contrats commerciaux.

Un problème qui se pose est celui de savoir qui sera le destin d'un contrat de vente-achat commercial au cas où le prix n'a pas été déterminé en contrat et ni on n'a pas prévu des éléments à l'aide desquels le prix soit déterminé ultérieurement. On croit de nouveau que, les conclusions de la matière de la vente-achat peuvent s'élargir dans la matière d'autres contrats.

Certains auteurs considèrent que, dans un tel cas, en absence de l'un des éléments du contrat de vente-achat, le contrat est nul. D'autres auteurs croient que l'opération est valable parce qu'on suppose que les parties contractantes ont fait référence au prix courant.

La dernière opinion nous paraît bien fondée, mais elle concerne seulement les cas où il y a un prix de bourse ou de marché. Au cas contraire, le contrat est valable seulement si le prix courant peut être établi par tout type de preuve, dans les conditions de l'article 40 Code commercial.

On entend qu'au cas où il y a un prix légal, le contrat de vente-achat est valable, même si dans le contrat on n'a pas prévu le prix concret, le prix de la vente sera celui établi par l'acte normatif.

Par prix réel on entend le prix établi par les listes de la bourse ou par les mercuriales de la place où le contrat a été conclu ou en absence, après la plus proche place ou après tout type de preuves.

Les dispositions de l'article 41 du Code commercial contiennent des certaines stipulations qui font référence au prix. Elles se réfèrent à la situation des obligations ou des contrats commerciaux où le paiement du prix a été fixé en monnaie étrangère.

Le texte a en vue seulement ces situations-là dans lesquelles le paiement du prix va se faire en monnaie étrangère. Ainsi : a) la monnaie du contrat a un cours légal en pays ; b) la monnaie du contrat a un cours commercial en pays ; c) la monnaie du contrat a un cours d'échange fixé par les parties ; d) la monnaie du contrat n'a aucun de ces cours ; e) la monnaie étrangère, inscrite en contrat, a été établie d'être payée „effectivement”.

Le problème de fixation de la monnaie dont le paiement de l'obligation commerciale va être fait présente une importance remarquable dans les situations

d'instabilité monétaire. Comme certains produits sont amenés de l'import, le commerçant (respectivement la société commerciale) achète un produit dans l'argent du pays de fabrication, le problème avec lequel l'importateur se confronte est celui de la vente sur le marché interne. D'habitude on fait ça dans l'argent national. Les difficultés ne peuvent pas apparaître dans les cas où le contrat de vente se conclue entre des personnes présentes et quand le paiement du produit se fait par la conversion de la monnaie du producteur en monnaie nationale, au cours d'échange du jour.

Sur le territoire de la Roumanie les encaissements et les paiements entre les résidents se font dans la monnaie nationale (le leu), tel comme la Banque Nationale de la Roumanie a réglementé dans l'article 18 du Règlement no. 3 de 23.12.1997 (en vigueur au moment de la conclusion du contrat avec S.C. Romger S.R.L. Bucarest), annulé en présent par le Règlement no. 1/2004 de la Banque Nationale de la Roumanie qui reprend dans l'article 8 ces dispositions mais avec quelques exceptions énumérées limitativement.

Qu'est ce qui se passe quand entre l'échéance et le paiement, le cours d'une monnaie étrangère qui se paie en lei, souffre des changements ? En ce cas dans la littérature juridique on a établi clairement le principe exposé en ce qu'il suite.

A. Si une baisse du cours de la date de l'échéance passe, le débiteur payera au cours de la date de l'échéance. Le créancier ne peut souffrir aucune perte parce que le débiteur n'a pas accompli son obligation à l'échéance.

B. Si le cours monte, de ce relèvement bénéficie aussi le créancier. La loi a eu en vue le cours de l'échéance, croyant que le débiteur va exécuter à cette date. Quand le débiteur recourt à la justice et un long terme s'interpose entre l'échéance et le paiement, le créancier ne doit pas souffrir parce que la décision s'obtient avec retard. Le créancier serait dédommagé si à la date du paiement il avait payé à un cours plus petit, celui de l'échéance, quand il n'est pas coupable de retard.

En pratique il peut apparaître des diverses situations. Par exemple, la pratique judiciaire s'est exprimée au sens que l'avance d'un montant d'argent en lei avec la stipulation qu'il serve pour le paiement en franc français des prix des marchandises qui avaient été délivrées à l'acheteur ne constitue pas une opération fictive, avec des risques pour les deux parties, pour remplir les

éléments d'un jeu de bourse, mais une opération réelle, une modalité de paiement d'une dette qui, pour le créancier, en spécial, exclut toute idée de risque, il ayant de recevoir, au plus mauvaise situation, le montant en francs français, n'importe les fluctuations des valeurs du leu.

On a montré aussi que si la loi accorde au débiteur obligé en monnaie étrangère la faculté de payer dans la monnaie du pays au cours d'échange à vue au jour de l'échéance et à la place du paiement, les éléments facilement calculable même par l'agent qui exécute les décisions, cette faculté ne peut faire la situation du créancier plus difficile en l'obligeant de parcourir inutilement tous les degrés de juridiction pour la fausse manque de liquidité de la créance.

Mais les difficultés apparaissent quand la convention se conclue entre des personnes qui ne sont pas présentes. Dans la période écoulée entre la manifestation des volontés il peut apparaitre des modifications du cours d'échange. Pour éviter les conséquences indésirables il est pratiqué le système du caractère valable de l'offre à terme court.

En ce qui concerne les hypothèses avancées par l'article 41 Code commercial il est à observer que le législatif roumain a en vue seulement trois formes de paiement dans la monnaie étrangère, à savoir : la monnaie étrangère a un cours commercial dans le pays, la monnaie a un cours d'échange fixé par les parties ou qui a un cours légal dans le pays.

Les termes „cours commercial”, „cours d'échange” et „cours légal” ont constitué objet de controverse doctrinaire et jurisprudentielle.

Le professeur Cesare Vivante considèrait qu'au cas où dans un contrat il est mentionné une monnaie étrangère qui doit être utilisée pour éteindre une obligation il faut vérifier si la monnaie respectivement a un cours légal ou commercial dans le pays. On considère qu'au cas où une monnaie n'a pas un cours légal elle ne peut avoir un cours commercial si elle fait l'objet des transactions de banque permanentes ou si elle est quotée à la bourse d'échanges qui concernent les devises étrangères. Au cas où la monnaie étrangère n'a pas un cours d'échange ou un cours commercial, la loi permet au débiteur de payer ses dettes par conversion avec la monnaie sûre qui a un cours légal.

Le cours des monnaies à la bourse n'est pas un cours commercial, mais d'échange. La monnaie qui a un cours commercial est celle qui circule dans un

pays à côté de la monnaie qui a un cours légal et qui est acceptée comme monnaie légale. Cette opinion a été consacrée aussi par la pratique judiciaire roumaine.

Mais elle a été contestée, en se considérant en fait qu'à l'époque présente il n'existe pas une différence scientifiquement justifiée entre la monnaie avec un cours commercial et la monnaie avec un cours d'échange légal. La différence entre ces deux cours est artificielle, son origine étant d'ordre historique. Elle date du période de l'occupation du nord de l'Italie par les autrichiens, quand la monnaie commerciale était celle italienne, et celle légale était l'autrichienne.

Dans ces conditions on a exprimé dans la littérature juridique l'opinion conformément à laquelle « le prix d'échange d'une monnaie est une chose et le cours commercial est un autre ». Le fait que dans la Bourse on fait des négociations sur les devises ne signifie pas seulement que certaines devises étrangères peuvent avoir un cours d'échange.

Pratiquement, si le paiement a été stipulé dans une monnaie étrangère, sans cours légal, l'article 41 Code commercial accorde au débiteur la faculté d'effectuer le paiement dans la monnaie du pays, après le cours de l'échange des devises étrangères de la date de l'échéance et de la place du paiement.

Comme on a été montré dans la pratique judiciaire, l'article 41 Code commercial, quand on fait rapport au jour de l'échéance, on s'est occupé du cas normal, quand le débiteur exécute son obligation. Mais quand il est mis au retard, le cours d'échange auquel il est tenu est celui de la date à laquelle le débiteur éteint par paiement l'obligation et non le cours de l'échéance.

Pour prévenir les spéculations des devises étrangères, encore la pratique judiciaire a décidé qu'au cas où le paiement n'a pas été effectué au terme après le cours du marché en monnaie stipulée dans l'offre, celui qui a reçu l'offre ne bénéficie pas de la baisse du cours parce que le fait qu'il n'a pas payé à temps constitue son coupable.

Une autre décision de la pratique judiciaire est encore plus tranchante : „Par le jour de l'échéance, au sens de l'article 41 Code commercial, on entend le jour de paiement quand le paiement se fait correctement dans le jour même de l'échéance, sans un retard de paiement qui interpose un temps entre l'échéance convenue et le paiement effectué. En cas de retard du paiement, les dommages

vont être supportées par la partie en coulpe, car celui qui a fait toutes les diligences pour s'exonérer de l'obligation de paiement ne peut être déclaré responsable de la fluctuation des devises étrangères".

En ce qui concerne la clause contractuelle à laquelle se réfère la partie finale de l'article 41 Code commercial conformément à laquelle les parties peuvent agréer que le paiement soit fait « effectivement » en argent étranger, celle-ci doit être traitée comme une obligation de « faire ». Le débiteur devra procurer l'argent étranger promis, et quand il n'est pas possible il faut payer dans l'argent national, y compris les dédommages. Bien sûr, l'impossibilité du débiteur doit être appréciée de cas au cas. Dans un cas on a décidé que si l'appelante s'est obligée au paiement en livres sterling, sans avoir précisé le cours de cette monnaie étrangère, et comme le livre sterling a eu et a un cours commercial sur notre marché, elle doit être obligée au paiement dans la monnaie prévue et après le cours au moment du paiement. Il n'importe si on a accordé un terme de grâce au débiteur, parce qu'il doit supporter les conséquences du retard au paiement. Cette-ci est une application des quelques règles que l'équité demande, parce qu'en cas de retard du paiement le dédommages doivent être supportées par la partie en coulpe, car celui qui a fait toutes les diligences pour s'exonérer de l'obligation de paiement ne peut être déclaré responsable de la fluctuation des devises étrangères.

Comme conclusion, les commerçants, pour éviter de supporter le risque de l'érosion de la monnaie nationale à cause de l'inflation, surtout au cas du commerce extérieur, prévoient des clauses de protection contre le risque des devises étrangères par établir le prix du contrat dans la monnaie étrangère avec le paiement dans la monnaie nationale au cours officiel de BNR au jour du paiement effectif.

#### LES RÉFÉRENCES

1. I. Albu, Libertatea contractuală, în Dreptul nr. 3/1993.
2. Codul comercial adnotat, Editura Tribuna, Craiova, 1994, pag. 50.
3. Codul comercial adnotat, Editura Tribuna, Craiova, 1994.
4. St. D. Cărpenaru, Drept comercial român, ed. a VII-a, Ed. Universul Juridic, București, 2007.

**Analele Universității "Dunărea de Jos", Galați - Fascicula XXII**  
***Drept și Administrație Publică Anul I, Nr. 1 - 2008***  
**Galați University Press ISSN 1843 -8334**

5. St. D. Cărpenaru, *Drept comercial român*, Editura All-Beck, 1998.
6. Curtea de Casație II, dec. nr. 1555/10 dec. 1923, în *Revista Societăților și a Dreptului Comercial*, 1926.
7. Curtea de Apel București, II, decizia comercială nr. 52/13 iunie 1939, în *Pandectele Romane*, 1940, III, 1964.
8. Curtea de Apel București II, dec. com. nr. 52/13.VI. 1939, în *Pandectele Române* 1940
9. Curtea de Apel Iași, 6 oct. 1923, *Dreptul*, 1924.
10. Curtea de Casație, III; dec. nr. 633/17.06.1926, *Pandectele Săptămânale*, 1927.
11. Curtea de Casație, II, dec. nr. 513/2 mai 1923, *Jurisprudență Generală*, 1923.
12. I.N. Fintescu, *Curs de drept comercial*, vol. I, București, 1929.
13. I.L. Georgescu, *Drept comercial român. Teoria generală a obligațiilor comerciale. Probele. Contractul de vânzare-cumpărare comercială*, lucrare revăzută, completată și adusă la zi de I. Băcanu, Editura Lumina Lex, 1994.
14. D.D. Gerota, *Teoria generală a obligațiilor comerciale*, Imprimeria Națională București, 1932.
15. D.D. Gerota, *Teoria generală a obligațiilor comerciale în raport cu tehnica operațiunilor civile*, București, Imprimeria Nationala, 1932.
16. Tribunalul Ilfov I, secția com., Jurnal din 10 Oct. 1935, în *Jurisprudență Generală*, 1935.
17. Tribunalul Ilfov II, secția com., sent. nr. 761/29 iunie 1923, în *Pandectele Române*, 1926, II.
18. Tribunalul Ilfov, II com., sent. nr. 701/29 iunie 1923, în *Pandectele Române* 1926, II.
19. Gr. Iunian și Elias, nota în *Revista de Drept comercial*, 1935.
20. Belu Magdo Mona Lisa, *Contracte comerciale tradiționale și moderne*, Tribuna Economică, București.
21. Raul Petrescu, *Principalele contracte de drept comercial*, Editura Oscar Print, București, 1999.
22. C. Petrescu-Ercea, *Drept comercial, Partea a III-a, Obligații comerciale*.
23. Romul Petru Vonica, *Dreptul contractelor comerciale*, Holding Reporter 1999.
24. C.S.J., sect. econ., dec. nr. 92/1992, în *Dreptul* nr. 5-6/1993.
25. C.S.J., secția com., dec. nr. 790/1995, în *Revista de Drept Comercial*, nr. 4/1996.
26. H. Udrea, notă în *Jurisprudență Generală*, 1935.
27. Cesare Vivante, *Traité de Droit commercial*, 1910, nr. 1565.