

ÎNCHEIEREA CONTRACTULUI DE ASOCIERE ÎN PARTICIPAȚIE

CONCLUSION OF THE ASSOCIATION IN PARTICIPATION CONTRACT

Conf. univ. dr. Lucian Săuleanu

Rezumat: Pornind de la definiția că asocierea în participație este contractul prin părțile, asociatul participant și asociatul administrator, persoane fizice și/sau juridice, stabilesc aducerea unor bunuri ca aport și desfășurarea de către asociatul administrator a unei activități tratând cu terții în numele și pe seama sa cu scopul obținerii unui profit ce urmează a fi împărțit de asociați, considerăm util ca abordarea din prezentul articol să urmărească șirul definiției, dezvoltând fiecare din aspectele esențiale ale încheierii unui astfel de contract.

Abstract: Starting from the definition that the association in participation represents the contract by which the parties, the shareholder participant and the shareholder administrator, natural persons and/or legal persons, undertake to bring assets as contribution and the performance by the shareholder administrator of an activity with third parties in his name and on his behalf with the purpose to obtain profit, this being divided between the shareholders, we consider useful that the herein article's approach follows the definition, developing each of the essential aspects of the conclusion of such contract.

Cuvinte cheie: asociați, consimțământ, aport, forma contractului, condiții la încheierea contractului

Key words: shareholders, consent, contribution, form of contract, conditions for the conclusion of the contract

Asociații. Contractul se încheie între două sau mai multe persoane fizice și persoane juridice.

Deși în doctrină sunt folosite mai multe denumiri printre care asociat fățiș și asociat ocult, asociat și asociant etc., considerăm potrivit a numi cele două părți contractante asociat administrator și asociat participant¹, denumiri care conturează pe deplin poziția juridică a părților contractante și comprimă obligațiile ce revin fiecăreia.

Asociatul participant (denumit și asociant sau asociat ocult) este asociatul care are un rol pasiv, fără implicare în executarea operațiunilor comerciale și care în schimbul aportului adus participă la profitul realizat ca urmare a activității desfășurate în baza asocierii în participație.

¹ În același sens a se vedea Nicoleta Tândăreanu, Contractul de asociere în participație, Dreptul nr. 5/1995, p. 14; Gabriel Chifan, Asociația în participație, R.D.C. nr. 2/2005, p. 35.

Asociatul administrator (denumit și asociat sau asociat fățiș) este asociatul care desfășoară efectiv activitatea comercială și oferă celuilalt asociat o parte din beneficiile realizate.

Soții pot să fie asociați într-o asociere în participație, soluție ce se impune *a fortiori* atât timp cât legiuitorul nu a înțeles să interzică acestora asocierea în societăți comerciale.

Cu privire la calitatea părților, anume de comercianți sau necomercianți, în doctrină² s-a considerat că asociatul participant poate fi comerciant și excepțional necomerciant, iar asociatul administrator poate fi orice persoană fizică sau juridică, indiferent dacă este sau nu comerciant, precum și orice persoană juridică, indiferent dacă este o societate comercială, regie autonomă, organizație cooperatistă, societate agricolă, o asociație sau fundație. Într-o altă formulare³ s-a considerat plecând de la dispozițiile art. 252 C.com. că și necomercianții pot acorda altor persoane o participație la beneficiile și pierderile uneia sau mai multor operațiuni comerciale, citându-se în acest sens o decizie a Înaltei Curți de Casație și Justiție în care se precizează că „prin urmare, primăria poate fi parte a contractului de asociere, chiar dacă este necomerciant, deoarece art. 252 C.com. este explicit în sensul că necomercianții pot încheia asemenea contracte”⁴.

Considerăm că asociatul participant poate fi comerciant sau necomerciant; poate fi necomerciant și rămâne necomerciant atât timp cât operațiunea făcută are un caracter accidental (art. 9 C. com.); din această perspectivă nu mai este valabilă afirmația că un necomerciant poate acorda unei alte persoane o participație la una *sau mai multe operațiuni comerciale*. La o singură operațiune poate să acorde participație și este necomerciant, însă atât timp cât desfășoară mai multe activități comerciale automat acesta devine comerciant.

Asociatul administrator este comerciant. Chiar dacă este persoană fizică necomerciant devine comerciant în baza art. 9 C.com. .Deși din ipoteza art. 252 C.com. ar rezulta că asociat administrator poate fi un necomerciant, textul referindu-se la calitatea de necomerciant a celui ce acordă o participație altor persoane. Mergând pe argumentele anterioare și ținând cont de art. 7 C.com. evident că dacă este persoană fizică și desfășoară mai multe activități comerciale, devine implicit comerciant. În privința persoanelor juridice credem că în virtutea principiului specialității, asociat administrator poate fi doar un comerciant (societate comercială, regie autonomă, grup de interes economic ori organizații cooperatiste), iar nu alte persoane juridice necomercianți (fundații, consiliile locale etc.)

Activitatea economică dovedește că asociați administratori sunt persoane juridice comercianți care au structura necesară pentru desfășurarea unor activități comerciale și pot ține o evidență contabilă conformă, iar asociații participanți chiar dacă sunt persoane fizice acestea se implică în asociere doar plecând de la premisa unui plasament financiar sau punerii la dispoziție a unui imobil etc. care nu se implică în activitatea respectivă.

Oricum, discuția este aproape inutilă din mai multe puncte de vedere:

- din punct de vedere al regimului fiscal nu există nici o diferență
- tot din punct de vedere fiscal realizarea unei activități comerciale în baza unui contract de asociere în participație presupune respectarea anumitor reglementări fiscale,

² Veronica Rebreanu, Asociațiunea în participațiune între tradiție și actualitate, R.D.C. nr. 4/1995, p. 112.

³ Ioan Schiaua, Drept comercial, Ed. Hamangiu, p. 492.

⁴ Î.C.C.J., Secț. Com., dec. 713 din feb. 2005

ce trebuie respectate chiar și de persoana fizică, astfel că este puțin probabil ca astfel de activități să nu se desfășoare pe structura asociatului administrator care este și persoană juridică.

- dacă asocierea în participație se realizează între un comerciant și un necomerciant, implicit contractul va fi unul comercial și supus regulilor comerciale în baza art. 56 și 893 C.com

- chiar și când o persoană face o faptă de comerț în mod accidental, legea aplicabilă este tot legea comercială (art. 9 C.com)

- rămâne un singur caz posibil, anume când o persoană fizică necomerciant încheie un astfel de contract de asociere cu un alt necomerciant pentru o anumită operațiune comercială.

Situația este puțin probabilă ca doi necomercianți, străini de regulile comerțului doresc pe baza riscului ce-l presupune o astfel de activitate să încheie un astfel de contract; oricum, ni se pare fără fundament ca într-o astfel de situație să aplicăm regulile stabilite de art. 251-256 C.com. doar pentru a susține că asocierea poate avea și o natură civilă. Cu privire la obiectul civil sau comercial al contractului Codul civil francez stabilește expres regulile aplicabile în art. art. 1871, respectiv raporturile între asociați sunt guvernate fie de dispozițiile aplicabile societăților civile, dacă societatea are un caracter civil, fie dacă are caracter comercial, de cele aplicabile societăților în nume colectiv.

Cum realitatea ne conduce către o altă concluzie, considerăm că natura comercială a contractului de asociere în participare reprezintă un specific al acestui contract.

Consimțământul

Contractul de asociere în participație are la bază libertatea contractuală a asociaților, voința părților subsumându-se condițiilor noțiunii de *affectio societatis*

În privința viciilor se aplică dreptul comun. Se pune totuși întrebarea dacă eroarea cu privire la persoana unuia dintre asociați poate fi invocată ca și cauză de anulare a contractului. Când am analizat caracterele juridice ale contractului am subliniat caracterul *inutitu personae*, plecând de la premisa că determinantă la încheierea contractului sunt calitățile cocontractantului. Nu putem ca răspunsul la această întrebare să nu pornească, pe de o parte, de la comparația asocierii în participație cu societățile de persoane, iar, pe de altă parte, de la faptul că asocierea se face special cu o anumită persoană pentru a obține un profit. Cu privire la primul aspect, făcând abstracție de diferența esențială dintre asocierea în participație și societățile de persoane, cum ar fi cazul societății în nume colectiv, observăm în privința modului de asumare a răspunderii față de terți că la cele din urmă mai întâi răspunde societatea, iar mai apoi asociații (vezi.. art. 2-3 L 31), în timp ce în cazul asocierii răspunde în principiu asociatul administrator. Însă, dacă la societățile de persoane toți asociații se cunosc, în cazul asocierilor în participație este posibil ca unii dintre asociați să nu se cunoască? Să luăm ca exemplu un contract multilateral încheiat între un asociat administrator și mai mulți asociați participanți, însă fără ca aceștia din urmă să se cunoască; deși exemplul ar fi posibil și în viața comercială, totuși faptul că doi dintre asociații participanți nu se cunosc nu face ca respectivul contract să nu aibă caracter *intuitu personae*. La o privire mai atentă, plecând de la premisa că asociatul participant are doar un rol pasiv, obligația principală fiind doar de a aduce un aport, observăm că nu calitățile acestuia sunt importante, odată ce în cele mai

multe cazuri este și rămâne o persoană ocultă, ci calitățile asociatului administrator. Asociatul participant înțelege să aducă un aport fiind convins că activitatea ce o va desfășura asociatul administrator va fi profitabilă. Asociatul administrator este un comerciant, deci un profesionist. În concluzie, eroarea poate să fie un motiv de anulare atât timp cât se dovedește că asociatul participant a fost în eroare cu privire la calitățile asociatului administrator, iar activitatea comercială urma a fi desfășurată exclusiv de acesta. Facem această precizare, întrucât în activitatea comercială a ultimilor ani se constată că s-a depășit rolul inițial al asociatului participant, rol total pasiv, acesta implicându-se din ce în ce mai mult în executarea operațiunilor comerciale, astfel că s-a ajuns ca asociatul administrator să-și asume acest rol nu datorită unor calități speciale, ci mai ales conjunctural. Evident că în acest ultim caz în care ambii asociați, în ciuda denumirilor formale, desfășoară în comun și efectiv activitatea, implicându-se decizional, nu mai putem discuta despre existența unei erori asupra calităților cocontractantului.

Obiectul contractului. Așa cum am precizat mai înainte, tradițional doctrina recunoaște că obiectul asocierii în participație poate fi civil sau comercial. În ce ne privește ne menținem concluzia că natura comercială reprezintă un specific al acestui contract.

Obiectul trebuie să fie legal, jurisprudența franceză considerând ca nelegal contractul de asociere în participație încheiat pentru realizarea unei înțelegeri economice⁵ ori pentru evitarea unei reglementări profesionale ce impune un anumit tip de contract sau dacă obiectul menționat în contract este rezervat anumitor forme de societăți⁶ sau supus anumitor autorizări prealabile.

Aporturile. Un prim aspect ce se desprinde din dispozițiile art. 251 C.com este cel al obligativității aporturilor, astfel că este de neconceput o asociere în participație fără aporturi. Într-un astfel de caz contractul este lovit de nulitate.

Aportul poate fi în natură, în numerar sau în industrie.

Aportul este personal, astfel că dacă sunt mai mulți asociați participanți fiecare se obligă pentru sine a aduce aportul respectiv. Dacă asociat ce s-a obligat la a aduce aportul nu și-a îndeplinit obligația, celălalt asociat poate solicita instanței executarea contractului, adică obligarea să aducă aportul respectiv. Asociatul care întârzie aducerea aportului poate fi obligat la daune interese moratorii.

Asociatul participant care aduce la aport o sumă de bani devine creditor al asociatului administrator.

Asociatul care aduce ca aport anumite bunuri trebuie să le dețină fie în calitate de proprietar, fie în altă calitate ce permite aducerea folosinței acestuia. Dacă asociatul participant deține un bun imobil ca și locatar, el nu va putea aduce ca aport la asociere folosința acestui imobil atât timp cât în contractul de locațiune îi este interzisă subînchirierea. Considerăm că interdicția se aplică chiar dacă aceasta vizează și contractul de asociere chiar dacă ea se rezumă doar la subînchiriere, întrucât protecția urmărită de proprietar a vizat orice contract ce duce la folosința de o terță persoană.

⁵ C.A. Lyon dec. 13.06.1960.

⁶ Jocelyne Vallansan, Éric Desmorieux, Société en participation et société créée de fait, Joly, Paris, 1996, p. 21.



Bunurile dobândite de asociat în timpul căsătoriei pot fi aduse ca aport întrucât prin aceasta nu are loc un transfer al dreptului de proprietate....*vezi Codul familiei.....*

Aportul poate să fie în industrie, adică se obligă să pună în slujba asocierii activitatea sa, munca, credibilitatea, profesionalismul ce-l are în respectiva activitate. O astfel de clauză trebuie bine redactată putându-se ajunge uneori la un conflict de interes; părțile pot stabili pe fondul unui astfel de aport o clauză de neconcurență din partea respectivului, adică să se abțină de la a desfășura respectiva activitate în interesul altor persoane fizice sau juridice, străine de asocierea în participație; spre exemplu, în cazul în care unul din asociați este pictor și aduce ca aport activitatea sa, iar celălalt asociat pune la dispoziție fonduri și un imobil necesare realizării unei galerii de artă, părțile pot stabili o clauză prin care pictorul se obligă să nu mai realizeze decât lucrări ce vor fi vândute prin respectiva galerie.

Dacă aportul este în natură, regula este că se aduce ca aport doar folosința, însă părțile pot stabili ca aportul să constea în transferul dreptului de proprietate către celălalt asociat. Alteori transferul proprietății este implicit ca în cazul bunurilor fungibile. Executarea obligației de a aduce un aport presupune punerea efectivă la dispoziția celuilalt asociat: dacă este un bun imobil predarea cheilor și permiterea accesului, în cazul unui bun mobil predarea efectivă etc.

În cazul aportului folosinței unui bun pentru a cărui exploatare sau utilizare trebuie o anumită autorizație, se impune ca asociatul administrator care desfășoară activitatea efectivă să dețină acea autorizație, neputându-se prevala de eventuala autorizație a celuilalt asociat; spre exemplu, dacă se aduc ca aport anumite jocuri mecanice asociatul administrator trebuie să obțină autorizație pentru jocuri, chiar dacă asociatul ce a adus aportul deține o astfel de autorizație valabilă.

În caz de pierdere a unui bun adus ca aport pierderea va fi suportată de toți asociații atât timp cât bunul a fost folosit sau a pierit în momentul executării unei activități comune sau rezultă dintr-un eveniment sau risc legat de obiectul asocierii⁷.

De asemenea, paguba cauzată unui terț de un bun adus ca aport și cu ocazia uneia activității comune va fi suportată de toți asociații; spre exemplu, autovehiculul adus ca aport cu ocazia unui transport ce are legătură cu activitatea asocierii produce un accident unui terț. Însă păgubitul fiind terț față de asocierea în participație va urmări pentru recuperarea prejudiciului pe proprietarul mașinii, neavând vreo relevanță juridică modul în care între asociații din asocierea în participație suportă paguba.

Termenul. Contractul de asociere în participație se poate încheia pentru o anumită operațiune sau mai multe, fără a fi stabilită perioada de timp sau, dimpotrivă, indiferent de obiectul asocierii părțile pot stabili o perioadă fixă de timp.

Dacă respectivul contract s-a încheiat pe o perioadă nedeterminată, el poate fi reziliat unilateral de oricare din părțile contractante. Cu privire la acest aspect Codul civil francez în art. 1872-2 stabilește că dacă asocierea în participație este pe o durată nedeterminată, dizolvarea sa se poate face în orice moment printr-o notificare adresată de unul dintre ei tuturor asociaților, cu condiția ca notificarea să fie de bună-credință și să nu fie făcută în contratimp. Cum legiuitorul nostru nu a stabilit nici o condiție privind rezilierea unilaterală a unui astfel de contract urmează ca rezilierea să se facă fără a aduce

⁷ Jocelyne Vallansan, Éric Desmorieux, op. cit., p. 24.

pagube asocierii, sens în care notificarea nu va trebui să fie intempestivă, ci dimpotrivă să fie comunicată într-un timp suficient după natura obiectului.

De asemenea, s-a considerat⁸ că și asocierile în participație încheiate pe perioade foarte mari de timp ar trebui interpretate ca fiind făcute fără termen, astfel încât părțile să nu fie legate printr-un contract pe o perioadă nejustificat de mare (spre exemplu 20-30 de ani), fără a putea prevedea schimbarea anumitor condiții economice etc., astfel încât să fie posibilă rezilierea unilaterală; deși opinia este justă prin raportare la scopul și structura unei asocieri în participație, însă analiza urmează a se face cu prudență, de la caz la caz.

Forma contractului. Probe. Contractul trebuie să se încheie sub forma înscrisului sub semnătură privată. Art. 256 C. com. prevede această condiție ca și condiție *ad probationem*, iar nu *ad validitatem*.

Această condiție a înscrisului sub semnătură privată a făcut subiectul dezbaterilor în doctrina interbelică⁹, condiția înscrisului sub semnătură privată stabilit de art. 256 C. com. fiind criticată. Dacă din punct de vedere practic ea se justifică, odată ce este de natură să preîntâmpine anumite litigii, totuși aceasta nu se justifică prin prisma art. 46 C.com. care permite proba cu martori fără vreo limitare, ajungându-se astfel la situația ca o vânzare cumpărare de valoare foarte mare să fie probată cu martori, în timp ce o asocierie în participație de o valoare mult mai mică să nu poată fi probată decât cu înscris sub semnătură privată¹⁰. Soluția a fost adoptată de legiuitorul nostru după modelul Codului comercial italian, spre deosebire de legiuitorul francez care a înțeles să permită prin art. 1871, probarea asocierii în participație prin orice mijloc de probă, inclusiv cu martori.

În lipsa înscrisului doveditor, proba asocierii urmează a se face după obiectul litigiului: dacă se solicită executarea unor obligații, cum ar fi cererea prin care un asociat solicită obligarea celuilalt să aducă aportul la care s-a obligat, proba cu martori nu este admisibilă, însă dacă obiectul litigiului privește încetarea contractului, adică lichidarea operațiunilor executate, proba cu martori este admisibilă. Dacă s-a redactat un înscris, atunci proba cu martori nu este admisă peste sau contra înscrisului chiar dacă litigiul are ca obiect încetarea contractului și lichidarea operațiunilor¹¹.

Terții pot dovedi existența asocierii prin orice mijloc de probă. În Franța, Curtea de Casație a statuat că aparența societății trebuie apreciată global, independent de aparența fiecăruia dintre cele trei elemente constitutive ale oricărei societăți¹².

Sanționarea nerespectării condițiilor privind încheierea contractului. Identificarea cauzelor de nulitate a contractului de asocierie presupune în primul rând stabilirea regimului juridic al nulităților, adică cel al nulităților specifice domeniului societăților ori regimul nulității contractelor. Indiferent de argumentele ce se aduc, de trimitere la texte de lege aplicabile societăților, totuși asocieria în participație fiind un contract implicit regimul nulității va fi cel al nulității contractelor. La cauzele comune

⁸ Jocelyne Vallansan, Éric Desmorieux, op. cit., p. 25

⁹ M. A. Dumitrescu, Asociațiunea în participațiune, în Revista Societăților și a Dreptului Comercial, nr. 2/1924, p. 248.

¹⁰ În Codul comercial din 1840 în art. 48 se prevedea că „întovărășirile în împărțire se pot dovedi prin arătarea cataștelor, a corespondenței sau prin dovada cu martori de va găsi cu cale tribunalul a o primi”.

¹¹ M.A. Dumitrescu, op. cit., p. 249.

¹² Jocelyne Vallansan, Éric Desmorieux, op. cit., p. 26

oricăror contracte se adaugă și cazuri specifice de nulitate cum ar fi lipsa unuia din cele trei elemente esențiale ale contractului, anume aportul, *affectio societatis* și clauza privind realizarea și împărțirea beneficiilor. În acest sens, cu privire la sancțiunea în caz de inexistență a clauzei privind împărțirea beneficiilor, deși într-o primă opinie¹³ formulată în acest sens s-a considerat că această lipsă nu atrage sancțiunea nulității absolute, prezumându-se voința părților de a împărți egal beneficiile realizate, totuși într-o a doua opinie s-a considerat¹⁴ că beneficiile vor fi calculate proporțional cu aportul adus, dar dacă nici acesta nu a fost cuantificat, implicit sancțiunea nulității absolute se impune, fiind imposibil în cele mai multe cazuri evaluarea aportului.

¹³ Nicoleta Țândăreanu, op. cit., p. 13.

¹⁴ Gabriel Chifan, op. cit., p. 38.