

## Asocierea in Participatie – o privire sintetica a reglementarii din Noul Cod Civil

Prezentul articol reprezinta o examinare sintetica a reglementarii speciale din Noul Cod Civil (NCC) si se doreste a fi inceputul dezvoltarii acestui subiect, precum si al disputarii acestui subiect pana la clarificarea modalitatii de aplicare in practica a normelor in materie.

### **Notiune, clarificare, forme de asociere**

**PRINCIPIU:** Asocierea poate interveni numai intre persoane fizice sau/si juridice. Sunt deci excluse participarea asocierilor si a societatilor simple fara personalitate juridica. Avand in vedere ca scopul il reprezinta realizarea de beneficii, se exclude vocatia de asociere in ceea ce priveste asociatiile cu personalitate juridica dar avand scopuri nepatrimoniale.

Asocierea asa cum este definita de art 1949 NCC este un contract scris, oneros si consensual.

Aporturile sunt obligatorii cat timp scopul este intreprinderea uneia sau mai multor operatiuni iar art. 1954 NCC da caracter imperativ putinelor articole care contureaza asocierea in participatie. Avand in vedere ca NCC art 10 interzice analogia, nu se vor putea aplica asocierii, normele prevazute expres pentru societati. Asocierea ramane o figura juridica supusa in cea mai mare masura principiului consensualismului.

Totusi art 1888 NCC Formele Societare, creeaza o confuzie exploatabila in sensul producerii de efecte juridice prin mentionarea la lit b) **societatii [...] in participatie**. Reglementarea expresa de la Sectiunea 3 a Cap VII mentionand Asocierea in participatie.

Ca urmare a acestei reglementari problematice asocierea in participatie sau societatea in participatie, aparent sunt forme societare distincte. . Probabil ca, in aplicarea NCC, cele mai multe contracte vor fi de asociere in participatie dar, cred ca vor aparea si contracte de societate in participatie. Sectiunea 1 a Cap VII este aplicabila ca norma generala si asocietiei in participatie.

In opinia mea, nu se creeaza in acest mod doua forme de asociere in participatie dar prin aceasta reglementare integrata si neordonata in pofida organizarii materiei, se da posibilitatea aplicarii NCC in mod arbitrar.

Asocierea presupune in terminis pluralitate de persoane, dar definitia legala mentioneaza o persoană care acordă uneia sau mai multor persoane beneficii la beneficiile și pierderile uneia sau mai multor operațiuni pe care le întreprinde.

De aici ar rezulta si posibilitatea de a considera existenta distincta a unei societati in participatie conform art 1888 NCC lit b) deoarece definitia societatii de la art. 1881 exprima in mod clar necesitatea asocierii in cadrul societar ales a minim doua persoane, care se obliga reciproc.

In opinia mea, nici aceasta deficienta in reglementare – aparent exploatabila – nu genereaza doua forme separate (i) asocierea in participatie si (ii) societatea in participatie.

Dar, reglementarea va mai genera o problema in ceea ce priveste transferul de bunuri de orice gen inclusiv transferul de beneficii. Definitia de la art 1949 NCC exprima posibilitatea legala ca, indiferent de aporturile obligatorii si de la care nu se poate deroga in privinta existentei lor (dar nu si a catimii), un asociat va putea sa efectueze in mod real operatiunile iar beneficiile se vor distribui catre ambii asociati.

Se introduce astfel o regula a activitatii obligatorii a minim unui asociat, de la care nu se poate deroga conform art 1954 NCC, ori scopul asocierii ar trebui sa fie desfasurarea de operatiuni de catre ambii asociati intr-o forma de organizare comuna si lipsita de personalitate juridica. Consecinta ar fi ca, asocierea in participatie este reglementata actual ca un vehicol legal care poate fi utilizat pentru (i) operatiuni comune sau (ii) pentru operatiuni de transfer de bunuri chiar si catre asociatii pasivi.

Forme de asociere generic identificabile

a. in raport cu tipul de proprietate care formeaza patrimoniul asociatilor:

1. asocierea in participatie privata
2. asocierea in participatie publica
3. asocierea mixta public-privat

b. in raport cu regimul juridic aplicabil asociatilor

1. asocierea profesionala intre societati
2. asocierea mixta intre societati si persoane fizice
3. asocierea intre persoane fizice

Limitarile in asociere in ceea ce priveste persoanele fizice sunt date de caracterul organizat si sistematic al operatiunilor intreprinse asa cum apare reglementat la art 7 NCC.

Cauze de incetare a Asocierii:

- (i) cauze legale: 1. nedesfasurarea a minim o operatiune din cele mentionate in contract 2. inexistentia sau neutilizarea aporturilor pentru realizarea de operatiuni.
- (ii) cauze contractuale: partile pot stabili orice cauze de incetare cu efect imediat, cu respectarea nederogarii prevazute la art 1954; de exemplu, incetarea asocierii pentru situatia utilizarii aporturilor comune sau afectate asocierii in scopul de a produce beneficii doar pentru asociatul care le foloseste.
- (iii) cauze operationale: situatia incheierii asocierii pentru o operatiune sau operatiuni determinate, care, odata finalizate, contractul de asociere inceteaza prin indeplinirea scopurilor asocierii, in lipsa de stipulatie contrara sau in lipsa vointei partilor de a prelungi durata asocierii.
- (iv) cauze judiciare: solicitarea in instanta a incetarii contractului si, eventual, atragarea raspunderii contractuale.

**CARACTERUL OBLIGATORIU SI NEDEROGATORIU CONVENTIONAL** este stabilit de art 1954 NCC. Asadar raman disponibile asociatilor in virtutea liberatii de a contracta si a p[rincipiului consensualismului :

1. Forma contractului : autentic sau sub semnatura privata, dar intotdeauna scris
2. Conditile asocierii: conducere, organizare, reprezentare, situatia bunurilor post asociere, bunuri comune v bunuri proprii, redobandirea bunurilor, distribuirea beneficiilor, raspunderi, reajustarea aporturilor prin schimbarea cotelor de participare, reinvestirea beneficiilor si cotele de participare
3. Cauze de dizolvare
4. Cauze de lichidare

Dreptul comun in materie de Lichidare art 1941-1948 NCC.

### **Forma, personalitate juridica, principii, reguli si exceptii**

**PRINCIPIUL FORMEI SCRISE:** Forma contractului este scrisa ad probationem conform art 1950 NCC.

**PRINCIPIU art 1951 alin 1 NCC:** Asocierea nu are vocatia de a dobandi personalitate juridica spre deosebire de Societatea simpla (art. 1892 N.C.C.), nu are patrimoniu propriu si nu poate contracta in nume propriu. Totusi conform art 41 alin 2 Cod Proc Civ actual, asociatia are calitate procesuala.

### **REGULA TERTULUI art 1951 alin 2 NCC:**

Drepturile si obligatiile tertilor se nasc doar in legatura cu patrimoniul persoanei asociate cu care a contractat – DACA asociatul a contractat **fara a-si declara calitatea** sa in cadrul ASOCIERII. Limitele si conditionarea regulii sunt date de EXCEPTIA de la art 1953 alin 3 NCC.

**REGULA NEREPREZENTARII CO-ASOCIATULUI art 1953 alin 1 NCC:** Asociatii nu se reprezinta reciproc la contractarea cu tertii chiar daca contracteaza **pe contul** asocierii. Pe contul asocierii inseamna in interesul asocierii, fara insa ca asociatul sa se regaseasca in situatia declararii calitatii de asociat fata de tert, situatie reglementata distinct de art. 1953 alin 2 si 3.

Deasemenea **pe contul asocierii** sugereaza ca (i) scopul contractarii cu tertii este exclusiv in legatura cu operatiunile asociatilor sau/si ca (ii) bunurile afectate contractarii sunt dintre cele aportate de asociati pentru a obtine beneficii (bani, mijloace fixe, drepturi de folosinta, terenuri etc).

**REGULA SOLIDARITATII PASIVE A ASOCIATILOR art 1953 alin 2 NCC:** Pentru obligatiile angajate de asociati exclusiv **in interesul asocierii si cu calitatea de asociat declarata tertului (conditii cumulative)**, se instituie raspunderea solidara a tuturor asociatilor. De aici necesitatea bunei reglementari contractuale a conducerii asociatiei, precum si a reprezentarii asociatiei fata de terti.

**REGULA SOLIDARITATII ACTIVE A ASOCIATILOR art 1953 alin 3 teza 1 NCC:** Fiecare asociat poate exercita drepturile celui alt asociat, dar exclusiv din cele contractate ***in interesul (pe contul) asocierii***. Este o distinctie intre drepturi si obligatii astfel incat, (i) tertul ramane obligat si in aceasta situatie/ executa prestatia sa numai fata de cel cu care a contractat (REGULA TERTULUI) chiar daca solicitarea executarii poate veni de la orice asociat iar (ii) asociatul contractant este singurul obligat fata de tert.

**EXCEPTIE DE LA REGULA TERTULUI art 1953 alin 3 teza 2 NCC:** Contractarea cu tertii ***in considerarea calitatii expres declarate de catre asociat*** are ca efect raspunderea tertilor si fata de CO-ASOCIATUL/ CO-ASOCIATII necontractant(i). Daca tertul afla de asociere, din alte surse nu i se aplica exceptia si nici nu este ilegal sa contractezi pentru o asociere fara a o declara.

In acest mod nasterea obligatiei TERTULUI depinde practic de un fapt exterior al altei persoane asociate, daca acesta opteaza pentru a contracta fara asi declara calitatea.

Pe de alta parte, notorietatea sau publicarea faptului existentei asocierii, nu ii sunt opozabile tertului ci numai declaratia expresa a asociatului-contractant.

Situatia TERTULUI :

(i) tertului ii va fi opozabila regula solidaritatii active a asociatilor si fata de asociatii declarati si fata de situatia nedeclararii calitatii de asociat

(ii) in situatia declararii calitatii de asociat la contractare de catre asociatul-contractant, i se va putea cere tertului executarea prestatilor fata de asociatii ne-contractanti in temeiul exceptiei de la regula tertului DAR va fi protejat in mod egal de regula solidaritatii pasive a asociatilor.

**PRINCIPIUL INOPOZABILITATII CLAUZEI DE LIMITARE A RASPUNDERII FATA DE TERTI art 1953 alin 4 NCC** – per a contrario se poate stipula intre coasociati o asemenea clauza de LIMITARE/ NERASPUNDERE fata de terti, opozabila si valida intre co-asociati DAR neopozabila tertilor care, astfel sunt protejati de neintelegerile dintre asociati.

Tertul este deasemenea protejat de REGULA TERTULUI (raspunderea asociatului contractant) si de REGULA SOLIDARITATII PASIVE A ASOCIATILOR.

De fapt

(i) tertului cu care s-a contractat fara declararea calitatii de asociat nu i se poate opune oricum nici o clauza din contractul de asociere iar

(ii) tertului cu care s-a contractat prin declararea expresa a calitatii de asociat nu i se poate opune oricum nici o alta clauza din contractul de asociere in care nu este parte, contractul nefiind supus publicitatii obligatorii.

Ramane totusi intrebarea:

(i) pot fi stipulate clauze opozabile tertilor ASOCIERII si care nu se refera la limitarea raspunderii asociatilor, ca efect al interpretarii **per a contrario** a acestui aliniat

sau

(ii) art. 1954 alin 4 este doar o subliniere nefericita a aplicabilitatii conventiei de asociere exclusiv intre asociati?

**PRINCIPIUL INTERDICTIEI CLAUZEI LEONINE** art 1953 alin 5 NCC permite ca asociatii intre ei (i) sa isi stabileasca un nivel minim garantat al beneficiilor pentru *TOTI ASOCIATII* sau (ii) sa stabileasca valori inegale ale beneficiilor si nu neaparat proportionale cu valoarea baneasca, de piata sau acceptata a aporturilor, mai ales in conditiile in care se permite in mod legal aportarea inegala sau mai bine zis pur conventionala.

### **Aporturi, reguli si exceptii**

**REGULA art 1952 alin 1 NCC:** Separatia de patrimoniului intre asociati. Bunurile fiind definite in extenso de art 535-546 NCC.

**EXCEPTIA DOBANDIRII PROPRIETATII COMUNE art 1952 alin 2 NCC:** Aporturile in bunuri si/sau beneficiile pot deveni proprietate comuna a asociatilor.

**EXCEPTIA DOBANDIRII PROPRIETATII PRIVATE art 1952 alin 3 NCC:** Aporturile care sunt proprietate privata sau proprietate comuna a asociatilor dar numai daca sunt la dispozitia asocierii, pot deveni proprietate doar a unui asociat/ a unor asociati (conditie intuitu personae), sub conditia rezolutorie expresa, deci NUMAI pentru realizarea **obiectului asocierii**.

In lipsa de stipulatie contrara in contractul de asociere, se poate concluziona ca, bunurile instrainate nu isi pierd calitatea de aport, astfel incat nici asociatul instrainator nu trebuie sa mai completeze aportul din asociere.

**PUBLICITATE** Publicitatea transferului proprietatii este conditie *ad validitatem*..

**DURATA art 1952 alin 4 NCC** Din perspectiva posibilitatii instrainarii Bunurilor-Aport, transferul acestora opereaza:

- **definitiv REGULA** -de aici necesitatea stipularii in contract a unor mecanisme de reglaje financiare intre asociati in ceea ce priveste beneficiile;
- **temporar** DOAR pe durata asocierii (sub conditie rezolutorie EXCEPTIA EXPRES REGLEMENTATA
- **forma si publicitatea instrainarii** – se aplica dreptul comun
- **necesitatea bunei reglementari a lichidarii/ dizolvarii** mai ales daca se are in vedere instrainarea de bunuri imobile

In ceea ce priveste aporturile banesti, va fi foarte dificil de pastrat o distinctie intre contractul de asociere si cel de imprumut. De asemenea, asocierea va putea fi folosita in acest sens ca vehicol de imprumut simulat.

De asemenea, in situatia aportarii de bunuri imobile pentru durate foarte mari de timp, in care se pot realiza operatiunile asocierii conform celor stipulate de asociati, contractul de asociere in participatie ar putea deveni o forma de donatie simulata.

**Petru Hobincu, Consilier Juridic**

**Dessewffy & Hobincu si Asociatii**