

## CONSIDERAȚII PRIVIND SOCIETATEA ÎN PARTICIPAȚIUNE

NICOLETA-RODICA DOMINTE

„Societatea în participațiune a fost asemănată cu un iceberg, adică cu un uriaș bloc de gheață plutitor din care numai o mică parte se vede la suprafața apei, cea mai mare parte a lui aflându-se sub apă.”<sup>1</sup>

Societatea în participațiune a fost reglementată pentru prima dată în Codul comercial francez din anul 1807 prin intermediul a doar patru articole (art. 47-50) sub denumirea de „*associations commerciales en participation*”<sup>2</sup>. Deși nu a fost legiferată prin Ordonanța comerțului din 1673, societatea în participațiune era utilizată și cunoscută în Franța, din secolul XVII, sub numele de *société en participation* ori *société anonyme*<sup>3</sup>. În analiza evoluției societății în participațiune s-a remarcat că aceasta „[...] constituie forma primordială a contractului de *commenda*.”<sup>4</sup>, iar primele contracte de *commenda* s-au încheiat în secolul XII<sup>5</sup>. Astfel, societatea în participațiune ar fi una dintre cele mai vechi forme de asociere în vederea desfășurării unei activități comerciale.

În România, societatea în participațiune a fost reglementată inițial în Condiția de Comerț din 1840 sub denumirea de „*întovărășiri neguțătorești de împărțășire*”. Ulterior, această formă de societate a fost legiferată de prevederile Codului comercial de la 1887 până în prezent, sub denumirea de *asociațiune în participațiune*, în cuprinsul art. 251-256 Cod comercial. Singurul Cod comercial care a abrogat articolele referitoare la asociația în participațiune a fost Codul comercial din 1938, care nu a intrat în vigoare.

Societatea în participațiune este reglementată în legislația franceză și germană, iar în cadrul legislației engleze sunt prevăzute unele particularități esențiale fără a fi legiferată în forma reglementată în sistemul de drept român<sup>6</sup>. Denumirea de asociație în participațiune a fost modificată în legislația franceză

---

<sup>1</sup> M. N. Costin, *Dreptul comerțului internațional*, Fascicola I – *Societăți comerciale*, Universitatea din Cluj Napoca, 1983, p. 49.

<sup>2</sup> Ph. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Editura Dalloz, Paris, 2001, p. 665.

<sup>3</sup> M. A. Dumitrescu, *Asociațiunea în participațiune (Partea generală)*, în *Revista Societăților și a Dreptului Comercial* nr. 2/1924, p. 163; M. Hacman, *Dreptul comercial comparat*, Editura „Curierul Judiciar”, București, 1932, p. 378.

<sup>4</sup> I. Macovei, *Instituții în dreptul comerțului internațional*, Editura Junimea, Iași, 1987, p. 133.

<sup>5</sup> M. Hacman, *op. cit.*, p. 19-21.

<sup>6</sup> D. Al. Sitaru, *Dreptul comerțului internațional*, vol. I, Editura Actami, București, 1996, p. 273.

prin Legea din 24 iulie 1966, care a reglementat titulatura de societate în participațiune.

În doctrină, au fost conturate două calificări caracteristice acestei forme de asociere: fie de asociație în participațiune, fie de societate în participațiune. În literatura juridică română, au fost prezentate propuneri de modificare a denumirii în societate în participațiune se constituie în temeiul încheierii unui contract de societate<sup>7</sup>. Deși această modificare nu a intervenit, în prezent se utilizează termenul de societate în participațiune, iar încadrarea efectuată este diferită comparativ cu tendințele curentului începutului de secol XX.

Societatea în participațiune se încheie în temeiul unui contract de societate, dar în legislația română și italiană se menține calificarea în materia asociațiilor, ceea ce înseamnă că nu poate fi încadrată în domeniul societăților comerciale. Mai mult, regimul juridic al societăților comerciale din România este reglementat prin Legea nr. 31 din 1990, iar asociația în participațiune continuă să fie legiferată de dispozițiile Codului comercial român.

Inițial, singurul sistem de drept care folosea termenul de societate sau societate secretă pentru a desemna asociația în participațiune, fără a o încadra în domeniul societăților comerciale, a fost sistemul de drept german care prin asociație în participațiune desemna „*o societate în care cineva participă la câștigul comerțului altuia, aducând o miză care trebuie să treacă în averea comerciantului putând fi scutit de participarea la pagubă*”<sup>8</sup>.

Dispozițiile art. 251 din Codul comercial român definesc asociația în participațiune care „*are loc atunci când un comerciant sau o societate comercială acordă uneia sau mai multor persoane ori societăți, o participațiune în beneficiile și pierderile uneia sau mai multor operațiuni sau chiar asupra întregului lor comerț.*”

În doctrina dreptului comerțului internațional a fost configurată o societate în participațiune. Mai mult, societatea în participațiune este încadrată în materia societăților comerciale de persoane<sup>9</sup>. Argumentul principal, care a fost adus, pentru a susține această concepție, este că societatea în participațiune se încheie în temeiul unui contract de societate. Societatea în participațiune are un caracter contractual<sup>10</sup>, iar contractul încheiat între asociați poate avea ca obiect

<sup>7</sup> M. A. Dumitrescu, *op. cit.*, p. 166.

<sup>8</sup> M. A. Dumitrescu, *op. cit.*, p. 160; M. Hacman, *op. cit.*, p. 379.

<sup>9</sup> I. Macovei, *op. cit.*, p. 134; M. N. Costin, *op. cit.*, p. 46.

<sup>10</sup> T. R. Popescu, *Dreptul comerțului internațional*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1976, p. 132; N. Țândăreanu, *Contractul de asociere în participațiune*, în *Revista Dreptul* nr. 5/1995, p. 13.

operațiuni de natură civilă sau comercială. Totuși, societatea în participațiune nu este persoană juridică, pentru că nu îndeplinește condițiile de înregistrare și publicitate specifice unei societăți comerciale.

Cele trei elemente caracteristice ale personalității juridice a unei societăți comerciale sunt existența unui scop propriu, a unui patrimoniu propriu și o structură organizatorică de sine stătătoare<sup>11</sup>.

Asocierea, în cadrul societății în participațiune, se efectuează în vederea realizării unui obiectiv comun al asociaților, care se poate referi la un număr variat de operațiuni<sup>12</sup>, precum: cumpărarea unui bilet de loterie, efectuarea comerțului cu pietre prețioase, constituirea unei societăți multinaționale, etc.

În privința structurii organizatorice, în doctrină a fost enunțată posibilitatea instituirii unei adunări generale a asociaților care va adopta deciziile în temeiul cvorumului stipulat în actul constitutiv<sup>13</sup>, dacă societatea se înființează pe o perioadă mai mare de 1 an de zile. La societățile cu răspundere limitată, în sistemul de drept luxemburghez, instituirea adunării generale a asociaților este imperativă doar când numărul acestora depășește 25 de asociați<sup>14</sup>, fără ca aceasta să afecteze caracterul de persoană juridică a societății.

Societatea în participațiune nu îndeplinește cel de al treilea element esențial și anume formarea unui patrimoniu propriu, deoarece se caracterizează prin imixtiunea aportului adus de asociatul ocult în patrimoniul asociantului<sup>15</sup>.

În situația în care existența societății și a asociaților este dezvăluită terților, societatea se transformă în societate în nume colectiv<sup>16</sup>. Printr-o privire comparativă, constatăm că, în sistemul de drept german, societatea în nume colectiv și societatea în comandită simplă, deși nu au personalitate juridică, sunt încadrate în materia societăților comerciale și trebuie să fie înregistrate în registrul comerțului alături de celelalte forme de societăți comerciale<sup>17</sup>. Totuși,

---

<sup>11</sup> A se vedea Șt. Răuschi, *Drept civil*, Editura Fundației Chemarea Iași, Iași, 1993, p. 297-301; St. D. Cârpenaru, *Drept comercial român*, Editura All, București, 1998, p. 189; Gh. Piperea, *Societăți comerciale, piață de capital. Acquis comunitar*, Editura All Beck, București, 2005, p. 51.

<sup>12</sup> I. Macovei, *op. cit.*, p. 133; Ph. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Editura Dalloz, Paris, 2001, p. 670.

<sup>13</sup> M. N. Costin, C.A. Jeflea, *Societățile comerciale de persoane*, Editura Lumina Lex, 1999, p. 310; C. Roșu, M. L. Tec, *Drept societar*, Editura Mirton, Timișoara, 2004, p. 180-181.

<sup>14</sup> C. Moriou, *Setting up a business in Europe*, Editura Kogan Page, London, 1999, p. 166.

<sup>15</sup> A se vedea V. Pătulea, C. Turianu, *Drept comercial. Practică judiciară adnotată*, Editura All, București, 1999, p.42; Curtea Supremă de Justiție, Secția comercială, dec. nr. 6913/2001 în Revista de Drept Comercial nr. 1/2004, p. 202-203.

<sup>16</sup> I. Macovei, *op. cit.*, p. 134.

<sup>17</sup> C. Moriou, *op. cit.*, p. 103.

societățile de persoane germane au o firmă socială, un capital social propriu, iar actele juridice sunt încheiate în numele societății<sup>18</sup>.

În sistemul de drept român, societatea în participațiune nu are personalitate juridică, ceea ce înseamnă că nu are firmă socială, sediu social, nu are un patrimoniu propriu și nu îndeplinește formalitățile de înregistrare și publicitate în privința constituirii unei societăți comerciale<sup>19</sup>. În literatura juridică s-a susținut că în relațiile dintre asociați, societatea în participațiune întrunește caracteristicile unei societăți comerciale, fiind de fapt o societate internă care produce efecte juridice doar între semnatarii contractului de societate<sup>20</sup>.

Dacă obiectul de activitate al societății în participațiune este comercial, se pune problema teoriei existenței unui caracter distinctiv, care să diferențieze societatea în participațiune de celelalte forme de societăți comerciale. În acest sens, în sistemul de drept francez elementul esențial distinctiv îl reprezintă caracterul ocult al societății, iar în dreptul român s-a considerat ca un criteriu definitoriu faptul că administratorul nu încheie contractele cu terți în numele societății, ci în nume propriu<sup>21</sup>. Astfel, putem aprecia caracterul ocult ca fiind un element adiacent și complementar întrucât, în caz contrar, administratorul ar încheia contractele cu terți în numele societății, și nu în nume propriu.

În temeiul dispozițiilor art. 256 Cod comercial român „*Asociațiunile în participațiune sunt scutite de formalitățile stabilite pentru societăți, dar ele trebuie să fie probate prin act scris.*” Dacă în secolul XIX se admitea încheierea contractului de societate și în formă verbală, în prezent trebuie încheiat în formă scrisă, chiar sub forma unui înscris sub semnătură privată<sup>22</sup>. Clauzele contractului de societate sunt configurate în temeiul principiului libertății contractuale a asociațiilor prevăzute de dispozițiile art. 255 Cod comercial român.

Societatea în participațiune ar putea fi înființată de către persoane fizice, care au cetățenie diferită. În acest sens, legea care guvernează prevederile contractului de asociere, ar putea fi criteriul de determinare a naționalității asociației în participațiune. Nu se poate determina naționalitatea societății în participațiune în temeiul criteriilor prevăzute pentru persoane juridice, deoarece în relațiile cu terți această formă de societate nu există ca persoană juridică. În

<sup>18</sup> A se vedea D. D. Șaguna, M.R. Nicolescu, *Societăți comerciale europene*, Editura Oscar print, București, 1996, p. 172-174.

<sup>19</sup> M. A. Dumitrescu, *op. cit.*, p. 163; M. N. Costin, *op. cit.*, p. 47; C. Ștefan, E. Casandra, *Asociația în participațiune*, în *Revista de Drept Comercial* nr. 12/1998, p. 76.

<sup>20</sup> I. Macovei, *op. cit.*, p. 134; T. R. Popescu, *op. cit.*, p. 134.

<sup>21</sup> M. A. Dumitrescu, *op. cit.*, p. 158 – 159; C. Ștefan, E. Casandra, *op. cit.*, p. 75.

<sup>22</sup> A se vedea M. A. Dumitrescu, *Asociațiunea în participațiune (Partea specială)*, în *Revista Societăților și a Dreptului Comercial* nr. 3/1924, p. 247; N. Țândăreanu, *op. cit.*, p. 14.

această privință, potrivit definiției dată de doctrină, societatea în participațiune reprezintă un contract care produce efecte între părțile semnate<sup>23</sup>. În materia raporturilor juridice cu element de extraneitate din domeniul contractelor, norma conflictuală română dispune în textul art. 73, astfel „*Contractul este supus legii alese prin consens de părți.*” Aceasta înseamnă că asociații sunt suverani în determinarea legii competente a se aplica prevederilor contractuale, dar Convenția de la Roma din 1980 cu privire la legea aplicabilă obligațiilor contractuale nu se aplică în materia societăților comerciale<sup>24</sup>. Societatea în participațiune nu este încadrată în domeniul societăților comerciale din perspectiva dispozițiilor legislative române, ceea ce înseamnă că poate fi supusă dispozițiilor normelor conflictuale în materia contractelor, pentru determinarea legii aplicabile condițiilor de fond și efectelor contractului de asociere.

În literatura juridică au fost evidențiate expres trăsăturile esențiale<sup>25</sup> ale societății în participațiune, care sunt următoarele: caracterul ocult, caracterul intuitu personae al asocierii și caracterul discret, în sensul că societatea nu este supusă măsurilor de publicitate. De asemenea, aporturile nu formează capitalul social, iar societatea în participațiune nu are personalitate juridică. Caracterul ocult al societății în participațiune se diminuează în domeniul fiscal, deoarece trebuie să se înregistreze la organismele financiare din statul în care își desfășoară activitatea<sup>26</sup>.

O excepție de la caracterul ocult al societății în participațiune o reprezintă dispozițiile legislației franceze, ce modifică regimul juridic al societății în participațiune instituind două forme prin Legea din 4 ianuarie 1978. Prima formă conservă caracterul tradițional ocult al societății în participațiune, în timp ce a doua îmbină trăsăturile esențiale ale acestei forme de asociere, mai puțin caracterul ocult, pentru că este adusă la cunoștința terților de la data înființării ei<sup>27</sup>.

Societatea în participațiune își desfășoară activitatea, încheind operațiunile cu terții prin intermediul unui administrator. Calitatea de administrator poate să revină unuia dintre asociați sau aceștia pot să desemneze, prin votul unanim al tuturor asociaților, un administrator fie din rândul asociaților, fie o terță

---

<sup>23</sup> I. Macovei, *op. cit.*, p. 133.

<sup>24</sup> Pentru detalii, C. Macovei, *Dreptul european al contractelor*, Ed. Universității „Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2005, p. 160-163.

<sup>25</sup> A se vedea I. Macovei, *op. cit.*, p. 134; T.R. Popescu, *op. cit.*, p. 132-133; C. Roșu, M. L. Tec, *op. cit.*, p. 179-180.

<sup>26</sup> A se vedea Ph. Merle, *op. cit.*, p. 669; C. Roșu, M. L. Tec, *op. cit.*, p. 179.

<sup>27</sup> Ph. Merle, *op. cit.*, p. 666.

persoană, care va răspunde personal și nelimitat pentru actele juridice încheiate cu terții în nume propriu<sup>28</sup>.

Un alt aspect important se referă la raporturile dintre asociați și terți. În acest sens, se stabilesc raporturi juridice doar între administratorul sau administratorii societății și terții cu care contractează. Asociații tăcuți nu intră în raporturi juridice cu terții, ceea ce înseamnă că aceștia nu beneficiază de acțiune directă împotriva asociaților tăcuți ai societății<sup>29</sup>. Din acest punct de vedere, se poate aprecia că administratorul are statutul comisionarului, care va răspunde în numele său personal. Contractul de comision nu poate fi confundat cu societatea în participațiune, deoarece aceasta din urmă are la bază un contract de societate și nu un contract de mandat. Totuși, doctrina prevede situații când terții pot exercita o acțiune directă împotriva asociaților oculti<sup>30</sup>, iar în situația divulgării existenței societății și a asociaților, terții au acțiune directă împotriva acestora.

Asociații au dreptul la beneficii, dar în același timp răspund pentru pierderile societății. Acestea pot fi dispuse prin clauzele contractuale, dar se pune problema ce fel de răspundere vor avea asociații în situația unei omisiuni a contractului de societate. Legislația română și cea franceză nu cuprind prevederi în acest sens, dar doctrina și jurisprudența considerau, la începutul secolului XX, că asociatul ocult răspunde nelimitat și solidar pentru pierderile societății<sup>31</sup>. Un argument, în acest sens, se referă la faptul că prin divulgarea numelor asociaților tăcuți, societatea în participațiune se transformă în societate în nume colectiv.

La polul opus, se află sistemul de drept german în temeiul căruia asociatul secret are poziția juridică a comanditarului<sup>32</sup>, iar Codul comercial german stipulează că prin contractul de asociere partenerii tăcuți pot fi excluși de la răspunderea pentru pierderile societății, dar niciodată de la beneficii<sup>33</sup>. Se poate afirma că această dispoziție a legislației germane este contrară principiilor care stau la baza asocierii printr-un contract de societate. Mai mult, chiar în cadrul societății în comandită simplă asociatul comanditar nu poate fi exclus de la suportarea pierderilor societății. Astfel, primordial este principiul libertății contractuale, pentru că o decizie în această sens nu poate fi luată decât cu votul unanim al tuturor asociaților.

În prezent, în absența unei clauze contractuale referitoare la răspunderea asociaților, unii autori susțin sistemul răspunderii în limita aportului adus la

<sup>28</sup> M. N. Costin, *op. cit.*, p. 47.

<sup>29</sup> M. N. Costin, C. A. Jeflea, *op. cit.*, p. 311; T.R. Popescu, *op. cit.*, p. 135.

<sup>30</sup> A se vedea C. Roșu, M.L. Tec, *op. cit.*, p. 181.

<sup>31</sup> M. A. Dumitrescu, *op. cit.*, p. 261.

<sup>32</sup> D. D. Șaguna, M.R. Nicolescu, *op. cit.*, p. 175.

<sup>33</sup> D. Al. Sitaru, *op. cit.*, p. 274.

societate<sup>34</sup>, iar alții afirmă că răspunderea va fi nelimitată<sup>35</sup>. Considerăm că nu ar fi corect ca asociatul ocult care are un statut pasiv în desfășurarea operațiunilor societății să aibă o răspundere nelimitată, similară cu cea a asociatului administrator, atâta timp cât societatea are un caracter ocult. Într-adevăr, în cazul divulgării existenței societății, aceasta se transformă în societate în nume colectiv, dar diferența esențială dintre cele două forme este configurată de faptul că administratorul societății în participațiune încheie actele juridice cu terții în nume propriu și ar fi injust să oblige asociații tăcuți la o răspundere nelimitată atâta timp cât acționează în numele său propriu. De asemenea, doctrina încadrează societatea în participațiune în categoria societăților de persoane, ceea ce înseamnă că nu poate fi exclusă răspunderea nelimitată a asociaților, care reprezintă un principiu primordial ce realizează diferența dintre societățile de persoane și societățile de capitaluri. În acest context, considerăm că răspunderea asociaților ar putea fi restricționată aplicându-se sistemul de la societatea în comandită simplă.

În literatura juridică se afirmă că „*Întrucât aporturile nu constituie un capital social, societatea nu poate emite titluri cesibile sau negociabile.*”<sup>36</sup> La societățile de persoane, capitalul social se divide în părți de interes, care nu sunt titluri liber transmisibile și negociabile<sup>37</sup>. În această privință, ar fi posibil ca partea de interes ce revine fiecărui asociat în raport direct proporțional cu aportul adus la societate să fie cesionată în anumite condiții. În privința societății în participațiune, în doctrina dreptului român și francez a fost elaborată ideea cesiunii părților de interes prin acordul unanim al tuturor asociaților, cu excepția cazului când prin actul constitutiv se prevede altfel<sup>38</sup>. Nu se poate transmite o parte socială ca diviziune a capitalului social, ci dreptul la beneficii corelativ cu obligația pentru pierderile societății.

Societatea în participațiune se dizolvă în temeiul cazurilor prevăzute pentru societățile de persoane, iar în ceea ce privește lichidarea, datorită faptului că nu are personalitate juridică, se poate menționa că se realizează doar o reglare de conturi între asociați și nu operațiunile de lichidare specifice societăților comerciale<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> M. N. Costin, C.A. Jeflea, *op. cit.*, p. 310.

<sup>35</sup> C. Ștefan, E. Casandra, *op. cit.*, p. 79.

<sup>36</sup> I. Macovei, *op. cit.*, p. 134.

<sup>37</sup> A se vedea St. D. Cârpenaru, *op. cit.*, p. 264; I. Turcu, *Teoria și practica dreptului comercial român*, vol. I, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 419.

<sup>38</sup> Ph. Merle, *op. cit.*, p. 676; C. Roșu, M.L. Tec, *op. cit.*, p. 180.

<sup>39</sup> T. R. Popescu, *op. cit.*, p. 135-136.

„*Cel mai evident avantaj al asociațiunii în participațiune este simplitatea constituirii [...]*”<sup>40</sup> Societatea în participațiune reprezintă singura formă de asociere care se constituie doar în temeiul încheierii unui contract de societate sub forma unui înscris sub semnătură privată între asociați. În aceste condiții, numărul societăților în participațiune înființate nu poate fi identificat cu exactitate în vederea efectuării unei statistici, decât prin verificarea documentelor deținute de organismele financiare. Prin coroborarea caracterului ocult al asocierii cu „*simplitatea constituirii*” considerăm că este una dintre cele mai folosite forme de societate în defășurarea operațiunilor comerciale interne și internaționale.

#### **CONSIDERATIONS REGARDING THE PARTICULAR PARTENERSHIP**

- Abstract -

One of the oldest forms of association is the particular partnership, since studies show that it is the very first configuration of limited commercial partnership. It was legislated on the Commercial Code of France for the first time in 1807.

The juridical literature presents the various essential features of the particular partnership. Firstly, the secrecy of the association is an important criterion that differentiates the particular partnership from other forms of companies. Also, the particular partnership is not a legal entity, for it doesn't have a capital of its own and it is not listed in the Companies Register.

The article presents considerations concerning the commercial particular partnership. It points out a few issues referring to the qualification as a company or association of particular partnership, the unlimited or limited liability of the sleeping partners, the transfer of shares and the nationality of the particular partnership.

As a conclusion, the particular partnership is one of the simplest forms of association.

---

<sup>40</sup> V. Rebreanu, *Asociațiunea în participațiune între tradiție și actualitate*, în *Revista de Drept Comercial* nr. 4/1995, p. 116.